



L'AUTORE

Corrado Roda, esperto e cultore del Diritto della Crisi d'Impresa, è Avvocato Cassazionista, titolare dell'omonimo Studio Legale con sede a Milano, C.so di P.ta Romana, 51 (www.studiolegaleroda.it).

E' autore di numerosi articoli e testi in materia di crisi d'Impresa, e docente relatore in numerosi convegni in materia concorsuale, organizzati per associazioni d'impresе e categorie professionali.

Nominato Cavaliere della Repubblica Italiana per meriti professionali, lo Studio di cui è titolare, composto da 12 professionisti, ha al proprio attivo numerosissimi casi di risanamento e ristrutturazione di imprese in crisi, oltre al patrocinio di decine di concordati preventivi, anche di rilevanza nazionale, divisati con successo in tutto il territorio nazionale.

La Guida è stata realizzata con la collaborazione di AIRIC (www.airic.it), associata **ASSEPRIM**.



ASSEPRIM

ascolta, realizza, comunica

**GUIDA AL DIRITTO DELLA
CRISI D'IMPRESA:
IL NUOVO CONCORDATO
PREVENTIVO**



Unione
CONFCOMMERCIO

IMPRESE PER L'ITALIA

ASSEPRIM
Associazione Servizi Professionali per le Imprese

•
Testi a cura di
Avv. Corrado Roda

•
Progetto grafico e stampa a cura di
BOZZI MULTIMEDIA

•
Finito di stampare nel mese di
Giugno 2012



Guida al diritto della crisi d'impresa: il nuovo concordato preventivo by ASSEPRIM
- Associazione Servizi Professionali per le Imprese is licensed under a Creative
Commons Attribution – Non commerciale – Non opere derivate 3.0.

I contenuti possono essere condivisi indicando sempre l'autore dell'opera
(attributo obbligatorio) in modo che sia possibile attribuirne la paternità.
L'autore ha il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera. Non sono
consentiti usi commerciali ed elaborazioni dell'opera creativa.

**GUIDA AL DIRITTO DELLA
CRISI D'IMPRESA:
IL NUOVO CONCORDATO
PREVENTIVO**



INDICE

Prefazione	9
Introduzione	13

CAPITOLO I	
LA SITUAZIONE DI DIFFICOLTÀ	
DELL'IMPRESA: RICONOSCERLA ED	
AFFRONTARLA TEMPESTIVAMENTE	17

CAPITOLO II	
LE AZIONI DA COMPIERE E	
GLI ERRORI DA EVITARE	23

CAPITOLO III	
LA TUTELA DEGLI AMMINISTRATORI	
DA IPOTESI DI RESPONSABILITÀ	
CIVILE E PENALE	31

3.1	Le norme che configurano la responsabilità civilistica degli amministratori.....	32
3.2	Le norme che configurano la responsabilità penale degli amministratori.....	38
3.3	La corretta e tempestiva approvazione del bilancio e della situazione patrimoniale aggiornata.....	44

CAPITOLO IV	
LE FASI DELLA CRISI E LE PROCEDURE	
POSSIBILI	49

4.1	I piani di risanamento.....	50
4.2	Gli accordi di ristrutturazione.....	51
4.3	Il concordato preventivo	51
4.4	Il concordato fallimentare	52

CAPITOLO V
IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO.... 55

5.1	Le condizioni	56
5.2	Gli effetti	62
5.3	I crediti privilegiati ed i crediti chirografari	65
5.4	Contenuto del ricorso e del piano concordatario	75
5.5	La fattibilità del piano concordatario e l'attestazione del professionista.....	83
5.6	Le quattro fasi della procedura di concordato.....	84

CAPITOLO VI
CASI PRATICI: LA PROSECUZIONE
DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA NEL
CONCORDATO LIQUIDATORIO..... 95

6.1	Aggiornamento della contabilità	97
6.2	Apertura del conto corrente concordatario	99
6.3	Convocazione e tenuta dell'assemblea straordinaria per la messa in liquidazione della società avanti a notaio.....	101
6.4	Lettera ai creditori sociali	102
6.5	Costituzione della New Company.....	103
6.6	Stipula del contratto notarile di affitto di ramo o di azienda con proposta irrevocabile di acquisto condizionata all'omologa del concordato preventivo	104
6.7	La procedura per il trasferimento dei dipendenti	107
6.8	L'acquisto dell'azienda esdebitata o del ramo dalla procedura concorsuale ...	108

CONCLUSIONE..... 111

PREFAZIONE
A cura di Umberto Bellini,
Presidente Asseprim

Le sfide che oggi le imprese sono chiamate ad affrontare sono quanto mai pressanti, sotto ogni aspetto. Un mercato in continuo ed imprevedibile mutamento impone agli imprenditori di ripensare i modelli di sviluppo canonici e di introdurre elementi d'innovazione nella strategia aziendale. Occorre altresì essere preparati ad affrontare situazioni di crisi dalle quali può dipendere la vita stessa dell'impresa.

Un rischio, questo, quanto mai attuale in ragione della caotica situazione economica nazionale ed internazionale in atto ormai da troppo tempo. Le Associazioni di Categoria sono però in grado di mettere a disposizione delle proprie imprese aderenti strumenti, servizi e buone pratiche per limitare tali rischi ed orientare, supportandole, le scelte che le imprese si trovano a dover effettuare.

Questa è la *filosofia* dalla quale trae origine la collana ASSEPRIM delle **Guide pratiche rivolte alle imprese**, che ora si arricchisce del presente nuovo titolo dedicato alla soluzione delle "Crisi d'impresa". Riteniamo infatti che gli imprenditori dedichino troppo poco tempo alla conoscenza diretta delle opportunità legislative utili ad affrontare

e risolvere la crisi. Si tratta di conoscenze specialistiche, certo, che sono però imprescindibili per l'imprenditore.

Il nuovo "Diritto della crisi d'Impresa" è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico a partire dal 2006, rivoluzionando quello che era il previgente **diritto fallimentare** regolato dal Regio Decreto 16 Marzo 1942, nr. 267.

La riforma della legge Fallimentare ha riguardato soprattutto il diverso approccio di mentalità introdotto dal Legislatore, il quale ha inteso salvaguardare le possibilità di prosecuzione dell'attività dell'impresa ed il mantenimento dei livelli occupazionali anche nei casi di crisi più profonda, con ciò effettuando una coraggiosa scelta di "politica economica".

L'obiettivo prioritario, dunque, diventa il tentativo di rilanciare l'attività, nonostante tutto. Purtroppo i Media non hanno sinora dato il dovuto risalto alle opportunità connesse all'applicazione della norma, e quindi la nostra iniziativa editoriale assume un valore ancora più elevato in termini di utilità per i nostri associati.

ASSEPRIM vuole esercitare, anche su questo tema, un ruolo attivo e propositivo. La "Guida pratica" è il supporto ideale perché presenta l'argomento in modo snello, chiaro e pratico.

La Guida consente di essere informati in modo semplice e diretto sui nuovi strumenti giuridici che la normativa mette a disposizione per **dare una risposta concreta e risolutiva alle situazioni di crisi aziendale.**

Ovviamente, il percorso di ristrutturazione e di risanamento sarà reso più semplice dalla tempestività con la quale l'imprenditore saprà gestire il suo intervento, e dall'individuazione dell'esatto strumento da adottare a seconda del livello di difficoltà in cui l'impresa si trova.

Senza avere ambizioni di esaustività, la nostra **Guida Pratica** intende dare la giusta consapevolezza all'imprenditore affinché possa affrontare qualora si verifichi, con serenità e cognizione di causa, la difficoltà o la crisi della propria impresa.

Sapere che esistono soluzioni giuridiche percorribili ed efficaci consente, a nostro avviso, di affrontare i problemi con una maggiore serenità e di **attenuare la "pressione psicologica"** che grava sull'imprenditore, permettendo di **non esasperare le situazioni di stress** che spesso sono riconducibili unicamente a scarsa conoscenza dei nuovi strumenti legislativi.

Vi auguro una buona ed interessante lettura.

Umberto Bellini
Presidente Asseprim



INTRODUZIONE

La riforma della legge Fallimentare ha rappresentato un'autentica rivoluzione copernicana nel sistema delle procedure concorsuali, tanto che correttamente alcuni Autori parlano oggi di **"Diritto della crisi d'Impresa"** come sistema di norme autonomo rispetto al Diritto Fallimentare.

Il Legislatore, con una riforma certamente orientata a principi liberali (ma approvata con il favore di tutto l'arco parlamentare) ha voluto privilegiare il rapporto diretto tra l'imprenditore (debitore) e i suoi creditori favorendo la c.d. **"privatizzazione delle procedure di insolvenza"**, attraverso la composizione negoziale della crisi, mettendo a disposizione delle imprese **nuovi istituti funzionali ad anticipare, evitare e superare la crisi d'impresa, scongiurandone il declino, con l'obiettivo di "conservare in vita l'impresa in difficoltà"**, salvaguardando i suoi valori produttivi, come beni primari da tutelare prioritariamente anche rispetto agli interessi del ceto creditorio.

In questo senso ha ridotto, e a tratti eliminato, l'ingerenza giurisdizionale (che prima caratterizzava in modo decisivo le procedure concorsuali) nel rapporto tra l'imprenditore ed i suoi creditori, modificando decisamente l'ordine dei soggetti e dei beni che i nuovi istituti intendono tutelare.

Nel sistema previgente la normativa era orientata a **tutelare in via prevalente** (se non esclusiva) **i creditori**, massimizzandone gli interessi, che venivano perseguiti attraverso la liquidazione atomistica del patrimonio aziendale, con il risultato che quasi sempre l'azienda in crisi disperdeva i propri valori produttivi e cessava l'attività.

Le nuove norme si pongono l'obiettivo primario opposto: **valorizzare il recupero ed il rilancio dell'azienda, dopo la rimozione dell'insolvenza.**

Il bene primario da tutelare è divenuto quindi l'azienda, la conservazione dei livelli occupazionali, il Know-how, l'avviamento e l'insieme di valori immateriali che con la procedura di insolvenza previgente si disperdevano definitivamente e che oggi il nostro Ordinamento si pone l'obiettivo di salvaguardare.

Il legislatore della Riforma ha preso (finalmente) coscienza del fatto che un'impresa che cessa la propria attività provoca danni al tessuto economico e sociale (la perdita di posti di lavoro e la distruzione di valori immateriali – know-how, avviamento commerciale, investimenti in ricerca e sviluppo – per la cui costruzione occorrono anni se non decenni) e all'indotto delle imprese fornitrici, di gran lunga superiori alla falciatura dei crediti che subiscono *“una tantum”* i fornitori di beni e servizi dell'impresa in crisi, i

quali potranno – con la prosecuzione dell’attività di questa – recuperare negli anni le perdite subite dallo stralcio dei debiti.

La prosecuzione dell’attività dell’impresa favorisce infine il mercato in generale, che ha interesse a conservare la presenza di più operatori, a tutela della libera concorrenza.

Tale scelta di politica economica, ampiamente condivisa, ha ispirato la Riforma¹, che ha introdotto tre nuovi istituti, graduati in relazione allo stato di crisi in cui si trova l’azienda:

- 1) i piani di risanamento (disciplinati dall’art. 67, 3° comma lett. d., L.F.);**
- 2) gli accordi di ristrutturazione dei debiti (disciplinati dall’art. 182 bis L.F.);**
- 3) il nuovo concordato preventivo (disciplinato dall’art. 160 e segg. Legge Fallimentare);**

Il primo interviene quando l’imprenditore deve porre rimedio ad una situazione di squilibrio finanziario, nella fase di crisi, ma

¹ Gli istituti sono stati introdotti all’interno della disciplina del fallimento, normato con il Regio Decreto 16 Marzo 1942, nr. 267, attraverso le modifiche introdotte dal Legislatore con il Decreto legislativo del 9 Gennaio 2006, nr. 5, il Decreto Legislativo 12 Settembre 2007, nr. 169, la Legge 24 Dicembre 2007, nr. 244, il decreto Legge 31 Maggio 2010, nr. 78 convertito con modificazioni nella Legge 30 Luglio 2010, nr. 122.

non di insolvenza² e si trova quindi nel c.d. *stato di "crisi finanziaria"*.

Il secondo interviene nella fase della crisi con ampia possibilità di soluzione positiva (nel c.d. *stato di "crisi economica"*).

Il terzo interviene nel caso di crisi più grave ovvero di insolvenza reversibile (è il c.d. *stato di "crisi patrimoniale"*).

Il legislatore della Riforma ha dato enfasi anche a un quarto istituto, quello del **concordato fallimentare**, che interviene nei casi di insolvenza irreversibile e successivamente alla dichiarazione di fallimento, e che pure oggi è una procedura funzionale alla prosecuzione dell'attività di impresa conseguente alla rimozione dell'insolvenza.

Questo straordinario ventaglio di possibilità offerte all'imprenditore per affrontare e superare la crisi della propria impresa, amplia naturalmente le responsabilità del medesimo, che, avendo oggi a disposizione questi (straordinari) strumenti volti ad anticipare, riconoscere ed affrontare tempestivamente la crisi, non può fare a meno di conoscerne il contenuto e adottarli secondo le modalità previste legislativamente nell'interesse della propria azienda e di tutti gli stakeholder.

² Vedremo in seguito il concetto di crisi e quello di insolvenza nella nuova accezione legislativa.

CAPITOLO I

LA SITUAZIONE DI DIFFICOLTÀ DELL'IMPRESA: RICONOSCERLA ED AFFRONTARLA TEMPESTIVAMENTE



Il requisito, ovvero la condizione giuridica per accedere agli istituti descritti (i piani di risanamento, gli accordi di ristrutturazione ed il nuovo concordato preventivo) è la **crisi dell'impresa**.

Il legislatore tuttavia non fornisce una definizione giuridica del termine "crisi"; definisce il concetto di *insolvenza* (art. 5 Legge Fallimentare) come "*l'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori*" e ci dice (art. 160 ultimo comma Legge Fallimentare) che "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*", quindi che il concetto di crisi è in rapporto di continenza con il concetto giuridico di insolvenza.

Si tratta quindi di determinare la cosiddetta "soglia di ingresso della crisi", in assenza di una esplicita determinazione da parte del legislatore.

Poiché l'obiettivo è quello di estendere il più possibile l'applicazione dei nuovi istituti, la dottrina e la giurisprudenza pressoché unanimemente ritengono che il concetto di crisi vada esteso non soltanto all'imprenditore insolvente, ma anche a chi rischia di divenirlo. Pertanto nel concetto di "crisi" va ricompresa:

- la situazione di difficoltà o tensione finanziaria, anche di carattere temporaneo;
- la situazione di insolvenza non definitiva o reversibile;

- fino al vero proprio dissesto irreversibile o cosiddetta "decozione" dell'impresa.

L'estensione dell'ambito applicativo del concetto di "crisi di impresa" consente pertanto di estendere a un raggio amplissimo di soggetti i benefici dei nuovi istituti legislativi.

Chiarito quanto sopra, si tratta ora di individuare gli strumenti per l'imprenditore per riconoscere la crisi ovvero i c.d. *segnali di avvicinamento alla soglia di ingresso nella crisi dell'impresa*.

I cosiddetti "**segnali di allerta**" vengono in genere individuati nei seguenti fatti esteriori:

- Contrazione del fatturato;
- Riduzione degli utili o perdite d'esercizio che non incidano significativamente sul patrimonio netto;
- Cash flow operativi in calo o negativi;
- Marginalità operativa in calo;
- Maggior ricorso alla leva finanziaria;
- Maggiore incidenza degli oneri finanziari;
- Contrazione degli investimenti a causa della carenza di liquidità;
- Prime difficoltà nel rispetto dei tempi di pagamento;
- Perdita quote di mercato;
- Riduzione magazzino (reale non contabile).

I segnali di allerta anticipano statisticamente quasi sempre i c.d. "**sintomi della crisi**", rappresentati dai seguenti eventi:

- Castelletti interamente utilizzati;
- Prestiti in scadenza fissa (mutui e leasing) senza prospettive verosimili di rimborso;
- Cessazione del sostegno finanziario da parte dei finanziatori o altri creditori (modifica delle condizioni di pagamento o prime richieste di rientro);
- Incapacità di ottenere nuovi finanziamenti per investimenti o sviluppo;
- Difficoltà nel mantenere il normale flusso di approvvigionamenti dai fornitori strategici;
- Cambiamento delle forme di pagamento concesse dai fornitori: dal pagamento a credito alla pronta consegna.

In assenza di un'azione tempestiva da parte dell'imprenditore inizieranno a manifestarsi i **sintomi dell'insolvenza**, definita dal citato art. 5, 2° comma L.F., quali a titolo esemplificativo:

- Cessazione di pagamenti o pagamenti con mezzi anormali (assegni o cambiali post-datate, cessione di crediti non scaduti, etc.);
- Inadempimenti gravi ed importanti di una o più obbligazioni che manifestino

il dissesto;

- Interruzione delle forniture;
- Richieste di pagamento e messa in mora da parte dei fornitori;
- Notifica di decreti ingiuntivi, precetti, pignoramenti;
- Protesto di titoli (cambiali, assegni);
- Mancato o ritardato pagamento di IVA, contributi previdenziali, imposte;
- Mancato o ritardato pagamento del personale dipendente.

La capacità dell'imprenditore di riconoscere i segnali di allerta e di crisi e di agire prontamente, adottando il corretto strumento legislativo, è determinante nel perseguire con successo il percorso di risanamento e di rilancio dell'impresa, evitando la commissione di quegli errori, frequentissimi nella prassi, che dipendono dall'intempestività dell'azione o dalla mancata conoscenza delle soluzioni giuridiche efficacemente percorribili.



CAPITOLO II

LE AZIONI DA COMPIERE E GLI ERRORI DA EVITARE



Le azioni da compiere e gli errori da evitare

Si è detto in introduzione che i nuovi strumenti legislativi, posti a tutela dell'interesse di tutti gli stakeholder (dipendenti, creditori, azionisti/soci), ampliano le responsabilità e gli obblighi dell'imprenditore, il quale non può (più) gestire la crisi in modo omissivo o negligente, cioè senza fare nulla o agendo in modo intempestivo.

Nella disciplina previgente vi erano solo due soluzioni alla crisi: il concordato preventivo (che aveva una soglia di ingresso estremamente selezionata, giacchè richiedeva il pagamento in misura minima almeno al 40% dei creditori chirografari) o il fallimento in proprio, rispetto ai quali, in definitiva, l'imprenditore non aveva certamente un ampio ventaglio di possibilità comportamentali.

Viceversa i nuovi istituti consentono all'imprenditore di agire in tutte le fasi o stadi della crisi con spazi di manovra estremamente ampi.

E proprio l'ampiezza di tali spazi di manovra introduce il tema di cosa deve fare e cosa non fare l'imprenditore, in che tempi e con quali responsabilità.

In sintesi, dopo la Riforma all'imprenditore in crisi è richiesto di:

- agire rapidamente;
- non ritardare l'accesso ad un istituto pre-concorsuale o concorsuale;
- non aggravare il dissesto;
- non effettuare pagamenti preferenziali

e non violare la c.d. “*par condicio creditorum*”;

- non manomettere i bilanci, allo scopo di perseguire a tutti i costi una continuità non più sostenibile, senza l'intervento di uno strumento di crisi.

Nella statistica operativa – purtroppo – l'imprenditore si comporta in modo esattamente opposto, giacché tende a vedere nello strumento legislativo non la cura, la soluzione, ma la patologia.

La parola crisi / procedura concorsuale o addirittura fallimentare evoca paure (figlie anche di un sistema terminologico che avrebbe dovuto essere superato³) che portano in genere l'imprenditore a violare gli obblighi che prevede la legge⁴, facendo esattamente l'opposto di quanto previsto dalle disposizioni legislative; e ciò in genere perché l'imprenditore non conosce i rimedi giuridici alla crisi d'impresa.

³ Il termine “fallimento” così come il termine “bancarotta” (che deriva dall'usanza medievale di “rompere” fisicamente nei mercati e nelle piazze pubbliche il banco del mercante che non onorava i propri debiti) evoca addirittura una condizione di discredito sociale, che non è presente negli ordinamenti.

⁴ Anche nei casi di insolvenza irreversibile (e che può essere affrontata con un concordato fallimentare) l'imprenditore per evitare il fallimento, o l'accesso alla procedura concorsuale o ai nuovi istituti, commette spesso reati che gli istituti citati consentono di evitare. La richiesta di fallimento in proprio è invece un dovere dell'imprenditore (nel caso più grave di stato di insolvenza irreversibile) e la mancata presentazione è fonte di responsabilità. Oggi lo è ancora di più nel riformato sistema in cui non può più essere richiesto il fallimento d'ufficio.

Statisticamente l'imprenditore anziché affrontare la crisi, anticipandola, la rimuove psicologicamente rinviando gli interventi necessari attraverso la predisposizione dei c.d. "bilanci di continuità" con iscrizioni discutibili (e per questo fonte di responsabilità), spesso occultando lo stato di crisi, sperando in una (spesso difficile) "inversione di tendenza" che determina invece quasi sempre "l'aggravamento della crisi o del dissesto", perché nel frattempo l'azienda continua a produrre perdite con due conseguenze per l'imprenditore:

- 1) si pregiudica l'utilizzo degli istituti di crisi più "leggeri" (i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione);
- 2) per questo ritardo spesso compie comportamenti che sono fonte di responsabilità oggettiva, e possono addirittura determinare la commissione di reati.

I casi più frequenti riguardano:

A) La "manomissione" del bilancio:

- non viene (adeguatamente) svalutato il magazzino;
- non vengono (adeguatamente) svalutati i crediti;
- nelle immobilizzazioni immateriali si

conservano valori discutibili (es. avviamento generato da disavanzi di fusione) o si capitalizzano costi che andrebbero spesati nell'esercizio (es. costi di pubblicità ecc..).

A volte purtroppo vengono addirittura appostate a bilancio fatture inventiere o inserite nell'attivo del conto economico l'infausta voce "fatture da emettere", per evitare la formazione di un bilancio in perdita. Questo determina l'approvazione ed il deposito di bilanci non veri, con il rischio, in caso di procedura concorsuale, della commissione del reato di **banca-rotta fraudolenta**.

B) La dilazione o il mancato pagamento di debiti privilegiati:

- il mancato versamento dell'IVA;
- il mancato versamento dei contributi;
- o in genere il mancato pagamento dei debiti tributari e previdenziali.

C) L'effettuazione di pagamenti preferenziali (il c.d. "mancato rispetto dell'ordine dei privilegi"):

si continuano a pagare i fornitori e le banche, a volte avendo già un patrimonio netto negativo ed un attivo patrimoniale che non riesce a "coprire" i debiti privilegiati (TFR, agenti, artigiani, Erario), con il rischio di commissione del reato - in caso di proce-

dura concorsuale – di **bancarotta preferenziale**.

D) L'appoggio delle medesime ricevute bancarie o lo sconto delle stesse fatture presso diversi istituti di credito. Nei casi più gravi addirittura la formazione di fatture inveritiere ed il loro sconto presso gli istituti di credito, con il rischio di commissione del reato di **mendacio bancario**.

E) L'incremento del ricorso al credito bancario, contestuale alla situazione di crisi, con il conseguente rischio di commissione del reato di **ricorso abusivo al credito**.

L'imprenditore è portato a tenere tali comportamenti per timore che, una volta pubblicato il bilancio con le perdite, gli istituti di credito riducano o revochino gli affidamenti ovvero che i fornitori non consegnino più la merce.

Ma tale comportamento non fa altro che determinare sempre l'aggravamento del dissesto⁵ ed il ritardo all'accesso alla soluzione pre-concorsuale o concorsuale, già di per sé determinando la responsabilità (civilistica) per negligente gestione della crisi ed il

⁵ La forzata conservazione in vita di una azienda dissestata senza ricorrere a istituti di crisi, se interviene il fallimento, determina quasi sempre il reato di bancarotta semplice, che punisce il ritardo nell'accesso alla procedura concorsuale maggiore, sul presupposto che questo quasi sempre determina un incremento del dissesto e quindi un maggior danno ai creditori sociali.

rischio di responsabilità penale per **banca-rotta semplice**.

Vediamo quindi cosa deve fare l'imprenditore e quali sono le fonti di responsabilità e le norme da osservare per andarne esenti, tenendo presente che la linea guida da osservare è rappresentata sempre dall'obbligo di anticipare la crisi e affrontarla tempestivamente⁶, e che, dopo la Riforma, la disciplina del diritto societario e la disciplina del diritto dell'impresa in crisi sono strettamente connesse tra loro.

⁶ Se l'imprenditore – che ha operato correttamente – affronta la crisi con gli strumenti di legge e nonostante ciò la crisi non viene superata, con il conseguente fallimento della società, egli non è assoggettato a responsabilità. Ma i nuovi strumenti, se correttamente e tempestivamente utilizzati, quasi sempre consentono il superamento della crisi d'impresa.



CAPITOLO III

LA TUTELA DEGLI AMMINISTRATORI DA IPOTESI DI RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE



Le norme di riferimento da cui scaturisce la responsabilità sono di due tipi:

- quelle civilistiche, da cui discende una responsabilità solo patrimoniale (assoggettando l'amministratore ad azione di responsabilità da parte dei soci e dei creditori in caso di insolvenza e del Curatore in caso di Fallimento);
- quelle penalistiche, da cui discende la responsabilità oggettiva (che contempla sempre oltre alla sanzione penale anche la responsabilità patrimoniale).

3.1 LE NORME CHE CONFIGURANO LA RESPONSABILITA' CIVILISTICA DEGLI AMMINISTRATORI

Nel presente paragrafo viene trattato il tema della responsabilità degli amministratori di Srl e di Spa nella crisi di impresa sotto il profilo della sussistenza delle condizioni che legittimano l'azione di responsabilità da parte della società, dei soci e dei creditori, nonché da parte del Curatore Fallimentare:

- A) per la violazione dei doveri generali imposti agli amministratori;
- B) per inefficiente gestione della crisi.

A) La norma di riferimento è l'art. 2392 Cod. Civ. che recita:

"Gli amministratori devono adempiere i do-

veri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la **diligenza richiesta dalla natura dell'incarico** e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili **verso la società** dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del Comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori”.

Il secondo comma prevede che, in ogni caso, e quindi anche nelle ipotesi di attribuzioni di funzioni delegate al Comitato esecutivo o ai singoli amministratori, gli altri “sono solidalmente responsabili se essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”.

Il terzo comma prevede che “la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a coloro che, essendo immuni da colpa, abbiano fatto annotare in ritardo il dissenso nel libro delle deliberazioni del Consiglio, dandone notizia scritta al Presidente del Collegio sindacale”.

L'art. 2381 Cod. Civ. definisce la responsabilità degli amministratori in relazione alle funzioni attribuite agli organi delegati (l'amministratore o il consigliere delegato ovvero il comitato esecutivo) chiarendo che il C.d.A. (3° comma) “può delegare le sue funzioni ad un comitato esecutivo composto da uno

o più dei suoi componenti, determinando il contenuto ed i limiti della delega, potendo, comunque, impartire direttive ai delegati e riavocare a sé il compimento delle operazioni rientranti nella delega; infine valuta in base alla relazione dei delegati il generale andamento della gestione”.

Infine il 6° comma prevede che “gli amministratori debbono **agire in modo informato**, potendo ciascun amministratore chiedere ai delegati che siano fornite informazioni al C.d.A. in relazione alla gestione della società”.

L’art. 2381 unitamente all’art. 2392 Cod. Civ. disegna una **responsabilità degli amministratori anche per omessa vigilanza sull’operato degli amministratori delegati** e del comitato esecutivo a cui sono state delegate specifiche funzioni; tale responsabilità discende dal **penetrante potere di vigilanza** che deve essere esercitato da ciascun amministratore-consigliere secondo i parametri della “*diligenza professionale*”, cioè della maggior diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle specifiche competenze richieste a ciascun amministratore.

Il dovere di vigilanza e la conseguente responsabilità connessa è stata **ampliata** anche in forza degli obblighi imposti agli organi delegati (5° comma, art. 2381) di fornire continuamente ed in modo analitico

informazioni sulle attività a loro delegate, ed in particolare sull'andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione, e sulle operazioni di maggior rilievo.

Questo insieme di norme restringe moltissimo la possibilità per l'amministratore⁷ della società, anche senza deleghe, di andare esente dalla responsabilità **in caso di danno provocato dalla gestione alla società o ai suoi creditori**.

Altra norma centrale nel disegnare la responsabilità degli amministratori è l'art. 2394 (Responsabilità verso i creditori sociali), che oggi vede accrescere la sua importanza grazie alla moltiplicazione degli istituti di intervento sulla crisi di impresa; la norma prevede al 1° comma che "gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti alla **conservazione della integrità del patrimonio sociale**".

Il 2° Comma prevede che "l'azione può essere proposta dai creditori quando **il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti**".

⁷ Non possiamo trattare in questa sede la responsabilità dei sindaci, limitandoci a rappresentare che anche nei confronti dell'organo di controllo è stato esteso significativamente l'obbligo di vigilanza (si veda l'art. 2409 C.C. che attribuisce al collegio sindacale la possibilità di denunciare al Tribunale le irregolarità degli amministratori nell'adempimento dei loro doveri).

Dobbiamo rammentare che il nostro sistema è fondato sul principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 Cod. Civ., per cui il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

In sede civilistica la responsabilità degli amministratori delle società per azioni, di carattere patrimoniale, determina la loro soggezione all'**azione di responsabilità** deliberata dall'assemblea dei soci, (art. 2393 Cod. Civ.), ovvero esercitata dai soci personalmente (art. 2393 bis C.C.), purchè in rappresentanza di almeno 1/5 del capitale sociale (o 1/40 per le società quotate). Nelle società a responsabilità limitata l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore è esercitata da ciascun socio (art. 2476 , 3° comma), non anche dai creditori dopo l'abrogazione dell'att. 2487 C.C. Nelle procedure concorsuali (art. 2394 bis) l'azione di responsabilità è esercitata invece dal Curatore del Fallimento.

Per scrupolo precisiamo che la giurisprudenza ha fugato i dubbi sulla possibilità per il Curatore di esercitare l'azione di responsabilità oltre che nei confronti degli amministratori delle Spa anche verso quelli delle Srl (il dubbio era sorto proprio per l'abrogazione della norma di cui all'art. 2487 sulla responsabilità dell'amministratore della Srl verso i creditori, oltre che verso i soci).

B) Quanto al tema, attualissimo, della responsabilità degli amministratori per cattiva gestione della crisi dell'impresa, ancorchè in assenza di norme specifiche dell'ordinamento, possiamo dire quanto segue.

Le norme generali sulla diligenza (art. 2392 C.C.) cui è tenuto l'amministratore nell'esercizio delle sue funzioni e sugli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale nei confronti dei creditori (art. 2394 C.C.)⁸ devono essere **reinterpretate in senso estensivo** alla luce dei nuovi istituti previsti dal riformato diritto della crisi di impresa.

E' evidente che la presenza nel nostro Ordinamento di un così ampio ventaglio di istituti finalizzati ad anticipare e superare la crisi incrementa le responsabilità dell'amministratore in caso di inerzia colpevole, per il mancato utilizzo dei medesimi o per la scelta negligente dello strumento più appropriato per gestire la crisi d'impresa, ancorchè non vi siano norme specifiche sul punto (pur essendo facilmente prevedibile una futura disciplina da parte del Legislatore insieme alla futura disciplina dei c.d. strumenti di allerta).

La responsabilità dell'amministratore – dopo la Riforma – è incrementata anche dalla presenza delle norme penali che intro-

⁸ Si rammenta che per il principio della responsabilità patrimoniale (art. 2740 Cod. Civ.) il patrimonio dell'impresa e la sua integrità è posto a garanzia dei creditori sociali.

ducono nuovi aspetti di responsabilità per la cattiva gestione della crisi.

Si pensi ad esempio all'obbligo di cui all'art. 217 L.F. di non aggravare il dissesto dell'impresa astenendosi dal chiedere il proprio fallimento (obbligo che può essere esteso, sotto il profilo della diligenza, anche all'accesso alla procedura concorsuale minore del concordato preventivo).

Dunque in futuro è prevedibile che verranno eseguite azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori fondate su questo specifico profilo.

3.2 LE NORME CHE CONFIGURANO LA RESPONSABILITA' PENALE DEGLI AMMINISTRATORI

Le norme oggetto del presente paragrafo si trovano anzitutto nel **Codice Civile**, nelle disposizioni penali in materia di società. Le fattispecie sono di seguito elencate.

Destinatari sono gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili, i sindaci e i liquidatori.

Art. 2621 – False comunicazioni sociali

il reato consegue all'esposizione nei bilanci di **fatti materiali non rispondenti al vero**, ancorchè oggetto di valutazione o l'omissione di informazioni ... sulla situazione

economica, patrimoniale o finanziaria della societàin modo idoneo ad indurre in errore ... (sanzione: amm.va + interdizione dai pubblici uffici; sei mesi/tre anni).

Art. 2622 – False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori è l'esposizione nei bilanci di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorchè oggetto di valutazione o la omissione di informazioni ... sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della societàin modo idoneo ad indurre in errore ...che abbiano cagionato un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori (sanzione: sei mesi/tre anni)⁹.

(Il danno si genera ogni qualvolta la formazione di un bilancio non vero abbia aggravato il dissesto. La punibilità è esclusa – anche nel caso di Fallimento – se le falsità determinano una variazione del risultato di esercizio non superiore al 5% o del P.N. non superiore all'1%, o se la variazione, rispetto alle valutazioni estimative singolarmente considerate non è superiore al 10%)

Destinatari sono gli amministratori.

⁹ Si pensi ai crediti o al magazzino non svalutato, o alla indebita capitalizzazione dei costi di pubblicità, ricerca e sviluppo.

Art. 2626 – Indebita restituzione dei conferimenti

E' la restituzione, anche simulata, ai soci dei conferimenti o la loro liberazione dall'obbligo di eseguirli fuori dei casi di legittima riduzione del capitale sociale (sanzione: fino ad un anno).

Art. 2627 – Illegale ripartizione degli utili e delle riserve

Ripartizione di utili o acconti su utili non conseguiti o destinati per legge a riserva, o ripartizioni di riserve che non possono per legge essere distribuite (sanzione: fino ad un anno)¹⁰.

Art. 2628 – Illecite operazioni su azioni o quote sociali o della società controllante

Acquisto o sottoscrizione da parte degli amministratori, fuori dei casi previsti dalla legge, di azioni o quote sociali, ... anche emesse dalla società controllante ... cagionando una lesione dell'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili (sanzione: fino ad un anno).

(Il fatto non è punibile se il capitale o le riserve sono ricostituite prima dell'approvazione del bilancio).

¹⁰ Si pensi alla distribuzione delle riserve di rivalutazione sugli immobili di cui alla recentissima legge. Obiettivo è evitare il depauperamento dell'attivo sociale, che costituisce una garanzia per i creditori.

2629 – Operazioni in pregiudizio dei creditori

Riduzione del capitale sociale, fusioni con altre società o scissioni, in violazione delle disposizioni di legge a tutela dei creditori, che cagionino danni a questi (sanzione: tre mesi/due anni).

2632 – Formazione fittizia del capitale

Amministratori e soci conferenti che formano o aumentano fittiziamente il capitale sociale mediante attribuzioni di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti o del patrimonio della società nel caso di trasformazione. (sanzione: fino ad 1 anno).

2633 - Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei Liquidatori

Ripartizione **da parte dei Liquidatori**, dei beni sociali tra i soci, prima del pagamento dei creditori sociali o dell'accantonamento delle somme per soddisfarli, cagionando danno ai creditori (sanzione: sei mesi /tre anni).

2634 - Infedeltà patrimoniale

Amministratori, Direttori Generali e Liquidatori che in conflitto d'interessi, per procurare a sé o altri un ingiusto profitto, compiono atti di disposizione dei beni sociali cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale.

Questi fatti, che hanno un'autonoma sanzione civilistica fuori della crisi d'impresa, integrano all'interno della procedura concorsuale maggiore o minore (fallimento o concordato preventivo) **il reato di bancarotta fraudolenta**.

Le altre norme che disciplinano ipotesi di responsabilità penale si trovano nella **Legge Fallimentare (R.D. 16 Marzo 1942 nr. 267)**

Art. 223. LF – Fatti di Bancarotta fraudolenta

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che abbiano:

- 1) cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 Cod. Civ.;
- 2) cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il Fallimento della società.

Art. 224 – Fatti di bancarotta semplice

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che abbiano:

- 1) fatto spese personali eccessive rispetto alla condizione economica dell'impresa:

- consumato notevole parte del patrimonio aziendale in operazioni di pura sorte (es: derivati);
 - compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;
 - aggravato il dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra colpa grave;
 - non abbiano soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato.
- 2) concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con **l'inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla Legge¹¹**.

Art. 225 - ricorso abusivo al credito

Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori che abbiano continuato a **ricorrere al credito dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza**.

Art. 236 - Concordato preventivo

L'imprenditore che per essere ammesso alla procedura di concordato si sia attribuito attività inesistenti o per influire sulla formazione delle maggioranze abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.

¹¹ Norma aperta che richiama anche le norme di carattere civilistico generale.

3.3 LA CORRETTA E TEMPESTIVA APPROVAZIONE DEL BILANCIO E DELLA SITUAZIONE PATRIMONIALE AGGIORNATA

Le norme che abbiamo citato elencano le responsabilità degli amministratori in conseguenza di comportamenti attivi od omissivi sanzionati civilisticamente o penalmente, indicando i comportamenti da tenere e le condotte da evitare, ma contemporaneamente disegnano anche i principi cardine posti a tutela degli stakeholders dell'impresa: i creditori sociali ed i soci.

Tutte le norme citate sono infatti poste a salvaguardia del patrimonio sociale, che costituisce la garanzia posta a tutela dei diritti dei creditori e della soddisfazione del loro credito, in coerenza con il principio vigente nel nostro ordinamento della responsabilità patrimoniale, per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni assunte con tutti i suoi beni (art. 2740 Cod. Civ.).

Elemento centrale di questa "garanzia" – per le società di capitali – è il bilancio sociale, che, reso pubblico attraverso il deposito e la conseguente pubblicazione nel Registro delle Imprese, costituisce lo strumento per i creditori per verificare la consistenza patrimoniale del proprio debitore e conseguentemente la sua affidabilità rispetto alle obbligazioni che assume.

Come si è visto molte norme attributive della responsabilità traggono origine dalla formazione del bilancio, la cui veritiera e corretta redazione deve essere la "stella polare" che indica all'imprenditore la strada da percorrere nella crisi d'impresa.

L'approvazione di un bilancio veritiero, passa spesso attraverso la svalutazione delle giacenze di magazzino e dei crediti inesigibili, attraverso l'attualizzazione del valore degli assets materiali ed immateriali e la verifica dell'attualità delle spese pluriennali, spesso capitalizzate, anziché portate a costo. Analogo discorso vale per il passivo dello stato patrimoniale e del conto economico, ove spesso non vengono riportate (nella variegata prassi della crisi d'impresa) le sanzioni e gli interessi maturati sui debiti tributari e previdenziali.

Ottenuto un bilancio che riporta le voci dell'attivo e del passivo al loro "fair value" la società si può trovare, sia essa Srl, una Spa o una Sapa, in una triplice condizione:

- 1) Il capitale in conseguenza delle perdite è diminuito di oltre 1/3 (art. 2446 C.C. per la SPA, art. 2482 bis per la SRL). In tal caso gli amministratori devono convocare senza indugio l'assemblea dei soci cui sottoporre una relazione sulla situazione patrimo-

niale della società con le osservazioni del collegio sindacale, dando conto in assemblea dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione. Se entro l'esercizio successivo la perdita non è stata riasorbita o diminuita a meno di 1/3, la società deve ridurre il capitale in proporzione alle perdite accertate.

- 2) Nel caso in cui la perdita sia superiore a 1/3 del capitale sociale e per effetto il capitale si riduca al di sotto del minimo legale (art. 2447 C.C. per la Spa e 2482 ter per la Srl), (euro 120.000,00 per le Spa, euro 10.000,00 per le Srl) gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento ad una cifra non inferiore al minimo ovvero la trasformazione della società (da Spa a Srl o da Srl a società di persone).
- 3) Nel caso in cui i soci non vogliano o non siano in condizioni di ricostituire il capitale sociale (art. 2484 C.C., 1° comma n. 4) gli amministratori, senza indugio, debbono convocare l'assemblea per deliberare lo **scioglimento e la messa in liquidazione** della società, la nomina dei liquidatori, l'attribuzione dei poteri ed i criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione.

A questo punto i liquidatori dovranno riqua-
lificare il bilancio verificando se la liquida-
zione dell'attivo è sufficiente ad estinguere
tutte le passività. In caso negativo dovràn-
no programmare l'utilizzo di una procedura
concorsuale.

Dunque la corretta (e tempestiva) appro-
vazione del bilancio o della situazione patri-
moniale aggiornata consentirà all'impre-
ditore di avere già una prima chiara visuale
della situazione patrimoniale ed economica
dell'impresa e conseguentemente dell'isti-
tuto più idoneo per affrontare la crisi, di-
verso a seconda del grado di crisi in cui
l'impresa si trova.

Naturalmente la scelta dell'istituto da uti-
lizzare dovrà essere delegata a professioni-
sti specializzati nella materia, i quali sono
chiamati a riclassificare le poste del bilan-
cio (vedi infra) in funzione di tale scelta.
Tuttavia già la redazione di un bilancio ag-
giornato veritiero, anche in assenza di un
analitico rendiconto finanziario, consente di
eseguire una prima selezione del tipo d'in-
tervento necessario per affrontare la crisi.
Poiché, infatti, i nuovi istituti sono graduati
in funzione del grado di crisi, è evidente
che non si potrà intervenire con un Piano di
Risanamento ex art. 67 L.F. nel caso in cui
la società debba essere posta in liquidazio-
ne per la perdita del capitale sociale.

Proprio la gradualità degli istituti e la circo-

stanza che il trascorrere del tempo ed il conseguente deterioramento della crisi comporta la preclusione degli istituti più "leggeri" (la cui applicazione determina un minor danno, in termini di falcidia, per i creditori sociali) impone agli amministratori, per andare esenti da responsabilità, di utilizzare gli **strumenti di allerta** ed intervenire sulla crisi ben prima che le perdite abbiano eroso il capitale sociale, obbligandoli a favorire la tempestiva emersione della crisi: in questo senso deve essere reinterpretato estensivamente l'obbligo di cui all'art. 2485 C.C. che impone agli amministratori di accertare senza indugio l'esistenza di una causa di scioglimento.

Insomma i nuovi istituti sul diritto della crisi d'impresa impongono agli amministratori un'accelerazione alla loro attività, maggiore rispetto agli obblighi a loro imposti dal diritto societario.

CAPITOLO IV

LE FASI DELLA CRISI E LE PROCEDURE POSSIBILI



Come anticipato in premessa la Riforma ha introdotto e innovato quattro istituti funzionali ad affrontare e superare la crisi d'impresa.

4.1 Il **Piano di Risanamento**, disciplinato dall'art. 67, 3° comma lett. d) della Legge Fallimentare, interviene nella fase di crisi finanziaria dell'impresa e prevede la formazione di un piano industriale generalmente di durata da tre a cinque anni, idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, la cui ragionevolezza deve essere attestata da un professionista iscritto all'Albo dei revisori contabili. Il Piano prevede in genere il congelamento di parte dell'esposizione debitoria, prevalentemente nei confronti degli istituti di credito, ed il suo riscadenziamento negli anni (anche più di cinque se assistito da garanzie ipotecarie), che viene formalizzato in appositi contratti sottoscritti con i creditori. Il Piano e la sua attestazione – cui è sempre opportuno conferire data certa – permettono di sottrarre – in caso di fallimento – all'azione revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie concessi in esecuzione del Piano. La procedura prevista dall'istituto è stragiudiziale ed in genere non comporta stralcio dei debiti dell'impresa, ma solo il loro riscadenziamento, ancorchè il contenuto dell'accordo sia integralmente rimesso alla libertà negoziale delle parti.

4.2 Gli accordi di ristrutturazione, disciplinati dall'art. 182 bis della Legge Fallimentare, intervengono nella fase di crisi economica dell'impresa e prevedono anch'essi la formazione di un Piano Industriale e la sottoscrizione di uno o più accordi contrattuali – coerenti con il medesimo – con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti, che prevedano il congelamento ed il riscadenziamento dei debiti dell'impresa ovvero il loro stralcio parziale, da stipularsi per atto pubblico e pubblicarsi nel registro dell'impresa.

L'attuabilità del piano e degli accordi e la loro idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei ad essi, deve essere attestata da un revisore contabile.

Gli accordi devono essere omologati dal Tribunale in cui ha sede l'impresa e l'omologazione garantisce l'irrevocabilità dei pagamenti effettuati in esecuzione del Piano.

L'impresa che ricorre a questo strumento non può subire azioni cautelari o esecutive sul proprio patrimonio per i 60 giorni successivi alla data di pubblicazione degli accordi nel registro delle Imprese.

Questo istituto nella prassi viene utilizzato soprattutto dalla imprese di grandi dimensioni che hanno un'esposizione debitoria prevalentemente verso gli istituti di credito.

4.3 Il nuovo concordato preventivo, disciplinato dall'art. 160 della Legge Falli-

mentare, interviene nella crisi patrimoniale reversibile. Tale argomento verrà trattato dettagliatamente *infra* nella presente guida.

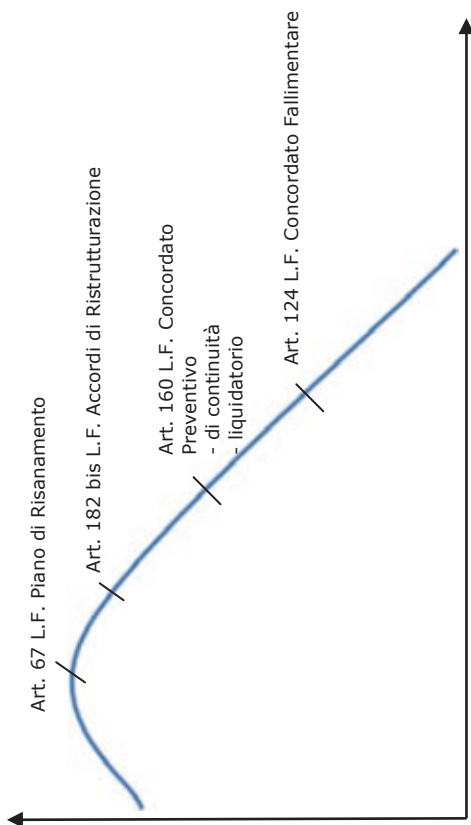
4.4 Il **concordato fallimentare**, disciplinato dall'art. 124 Legge Fallimentare, interviene nella crisi patrimoniale irreversibile ed ha caratteristiche analoghe al concordato preventivo, ma a differenza di questo può essere presentato da uno o più creditori dell'impresa o da un terzo, ovvero dal fallito, ma in tal caso solo dopo che sia decorso un anno dalla dichiarazione di fallimento. La peculiarità del concordato fallimentare consiste nella circostanza che esso è approvato dalla maggioranza dei creditori (50%+1), ma si ritengono consenzienti i creditori che non fanno pervenire il loro dissenso durante le operazioni di voto. Equiparando il non voto al voto favorevole il Legislatore della Riforma ha voluto incentivare l'utilizzo di questo istituto, allo scopo di consentire alle imprese di proseguire l'attività, rimossa l'insolvenza, anche dopo la dichiarazione di fallimento.

Anche nel concordato fallimentare, come in quello preventivo, è stata rimossa la percentuale minima da offrire ai creditori, che possono essere soddisfatti anche non in denaro, mediante cessioni di beni o attribuzioni di azioni, quote o obbligazioni, dalla società in concordato, di sue partecipate o di società terze.

Nel grafico di seguito riportato vengono evi-

denziati i quattro istituti all'interno del ciclo di vita dell'impresa.

CICLO DI VITA DELL'IMPRESA





CAPITOLO V

IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO



Nella presente guida viene trattato l'istituto del concordato preventivo, che è stato profondamente innovato dalla Riforma e rappresenta più di ogni altro la rivoluzione "privatistica" delle procedure di insolvenza. Per ragioni di sintesi e semplicità si è provveduto a schematizzare l'istituto, descrivendone le condizioni di accesso, gli effetti nei confronti dei creditori, il contenuto della domanda e le fasi della procedura.

5.1) LE CONDIZIONI

La norma regolatrice è il recentissimo art. 160 della Legge Fallimentare.

L'accesso al beneficio della procedura del concordato preventivo richiede quattro presupposti o requisiti:

- **un presupposto soggettivo** (art. 1 L.F. – art. 2195 Cod. Civ.), dato dalla qualifica d'imprenditore commerciale e dai suoi requisiti dimensionali minimi;
- **un presupposto oggettivo**, lo stato di crisi, cui è parificata l'insolvenza (art. 160, 1° e ultimo comma L.F.);
- **un presupposto sostanziale**, che è la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del Piano concordatario (art. 160, 5° comma L.F.);
- **un requisito formale**, che è la sussistenza dei poteri in capo al richie-

dente conferiti nelle forme di Legge (art. 151 e art 161, 4° comma LF).

I) Quanto al **presupposto soggettivo**, è assoggettabile alla procedura del concordato preventivo l'imprenditore individuale o collettivo che eserciti un'**attività commerciale**, esclusi gli enti pubblici.

Si tratta quindi degli imprenditori iscritti nel registro delle imprese, che esercitino una delle attività previste dall'art. 2195 Cod. Civ. (produzione di beni e servizi, intermediaria nella circolazione dei beni, cioè commerciale, di trasporto per terra, acqua e aria, bancaria o assicurativa, o attività ausiliaria delle precedenti); ne sono esclusi i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli, gli enti pubblici, le società semplici, le associazioni non riconosciute e i consorzi di produzione e scambio (salvo che siano organizzati in forma d'impresa e costituiti con le forme delle società commerciali).

Possono accedere al concordato preventivo anche le imprese aventi i requisiti per essere assoggettate all'amministrazione straordinaria e (per la dottrina giurisprudenza prevalenti) anche le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, anche se escluse dal fallimento.

Quanto ai **requisiti dimensionali minimi** per accedere al concordato, essi si ricavano per esclusione dall'art. 1 della Legge Falli-

mentare, che indica i soggetti non assoggettabili al fallimento (e quindi esclusi dal beneficio del concordato) i quali debbono avere il possesso congiunto¹² dei seguenti requisiti:

- a) aver avuto nei tre esercizi antecedenti la data del deposito dell'istanza un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad euro 300.000,00=. Nel calcolare l'attivo dello stato patrimoniale si deve tener conto di tutte le voci, sia i ratei ed i risconti, sia le voci dell'attivo circolante;
- b) aver realizzato nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza ricavi lordi non superiori ad euro 200.000,00=¹³;
- c) avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiori ad euro 500.000,00=.

I *requisiti di meritevolezza* richiesti nella previgente legislazione sono stati tutti eliminati, a conferma della riduzione, nella nuova procedura, dell'ingerenza giurisdizionale che poneva come condizioni di ammissibilità aspetti di carattere soggettivo: l'iscrizione della società al registro imprese da

¹² Basta che un solo requisito non sia soddisfatto per poter accedere alla procedura di concordato.

¹³ I ricavi non devono avere mai superato il limite di euro 200.000,00: sparisce il riferimento alla media ponderata degli ultimi tre anni indicato nella legislazione previgente.

almeno due anni, l'assenza di procedure concorsuali nei 5 anni precedenti il deposito della domanda, la mancanza di condanna per reati fallimentari, contro il patrimonio, la fede pubblica, l'industria ed il commercio. Alla verifica di tali aspetti era preposto il Pubblico Ministero, il cui parere era obbligatorio.

Con la Riforma la domanda di concordato va solo comunicata al Pubblico Ministero (art. 161 ultimo comma).

II) Il **presupposto oggettivo** non è più lo stato di insolvenza, ma lo stato di crisi. Per **crisi** si deve intendere non soltanto l'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni, ma anche una situazione di difficoltà o tensione finanziaria meno grave della decozione ovvero una condizione di insolvenza che possa essere non definitiva ed irreversibile.

Come anticipato, il Legislatore ha voluto ampliare l'applicazione del nuovo istituto estendendolo anche a chi non sia insolvente, ma *rischi di divenirlo*. Pur non essendo stata definita la *soglia di ingresso della crisi* (non essendo stato dettato un criterio legislativo preciso) si ritiene che l'estensione sia molto ampia e vada dalla *semplice tensione finanziaria* (cioè lo squilibrio finanziario, che consente anche il ricorso all'istituto del piano di risanamento, di cui all'art. 67, 3° comma lett. d) al *dissesto vero e proprio*.

L'art. 161 ultimo comma ha ricompreso (nell'ultima modifica legislativa) il concetto di insolvenza nel termine "crisi", ponendolo in rapporto di continenza rispetto ad essa, anche per superare l'iniziale (deprecabile) indirizzo giurisprudenziale post Riforma, che riteneva ammissibili i ricorsi per concordato soltanto se presentati da società che si trovassero in uno stato di difficoltà finanziaria temporanea e reversibile.

III) Il terzo **requisito sostanziale**, che è la fattibilità del Piano concordatario, viene esaminato infra, con il contenuto del ricorso.

IV) Il quarto **requisito** (anch'esso innovativo) è di carattere **formale**.

Il ricorso e le condizioni del concordato preventivo (che va sottoscritto personalmente dal debitore/amministratore della società), deve essere **approvato/deliberato** (art. 161, 4° comma e art. 152 L.F.):

- nelle società di persone: dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale (51%);
- nelle Spa, Sapa, Srl e nelle società cooperative: **dagli amministratori**, che devono naturalmente essere investiti dei relativi poteri dall'assemblea dei soci.

Nelle società con amministratore unico o

liquidatore unico con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione è necessario che la decisione risulti da verbale redatto da notaio. In presenza di un Consiglio di Amministrazione occorre che la delibera sia assunta, per atto notarile, dalla maggioranza del consiglio.

Prima della Riforma capitava spesso che gli amministratori di società non potessero presentare la domanda di concordato (o di fallimento in proprio), pur sussistendone i presupposti, perché i soci delle società non conferivano loro i necessari poteri.

Gli amministratori di società si trovavano così nella condizione di rispondere (a volte anche penalmente) per il ritardato accesso alla procedura, pur essendone incolpevoli.

Il Legislatore della Riforma ha quindi attribuito loro il potere di presentare il concordato preventivo anche senza ovvero (astrattamente) contro il parere dell'assemblea dei soci.

La nuova normativa ha coniugato quindi poteri e responsabilità, tutelando maggiormente la posizione degli amministratori, con l'obbiettivo (ancora una volta) di favorire l'accesso alla procedura di concordato.

In ogni caso la **decisione** (dell'amministratore/liquidatore, del consiglio di amministrazione o del collegio dei liquidatori) o la **deliberazione** (dell'assemblea), **oltre che risultare da verbale redatto da notaio, deve essere iscritta nel registro delle imprese.** La norma risponde naturalmente

alla logica di dare pubblicità ad una delibera così importante per la vita sociale, soprattutto nell'interesse dei creditori sociali.

Tra le condizioni di ammissibilità formale, va ricordato che la domanda di concordato deve essere presentata al Tribunale territorialmente competente (art. 161, 1° comma L.F.), che è quello del luogo dove l'impresa ha la propria **sede principale**, non necessariamente coincidente con quella legale, con la precisazione che il trasferimento della sede dell'impresa avvenuto nell'anno antecedente al deposito non rileva ai fini dell'individuazione della competenza.

Alla domanda di concordato occorre siano allegati tutti i documenti previsti dall'art. 162 L.F. (situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, stato analitico ed estimativo delle sue attività, elenco dei creditori con l'indicazione dei crediti e delle cause di prelazione, elenco dei titolari di diritti reali o personali sui beni dell'impresa).

5.2) GLI EFFETTI

Il concordato preventivo produce quattro effetti estremamente importanti:

I) L'effetto protettivo (art. 168 L.F.): dal momento del deposito del ricorso i creditori dell'impresa non possono più iniziare o

proseguire azioni esecutive sul patrimonio della stessa.

Tutti i creditori – da tale momento – soggiacciono al “concorso” e non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti; non possono – quindi – più essere iscritte *ipoteche, pegni o pignoramenti sui beni della società*; non possono nemmeno essere promossi *decreti ingiuntivi o notificati sequestri, giudiziari o conservativi*.

La norma precisa che, dopo il deposito del ricorso, l’inizio o la prosecuzione delle azioni esecutive individuali soggiacciono alla pena della *nullità*. Ovviamente rispetto a tali azioni il deposito del ricorso produce l’effetto di sospendere le prescrizioni e le decadenze.

Il deposito della domanda di concordato fa venir meno anche la prosecuzione dell’istanze di fallimento, che devono essere dichiarate *improcedibili* (salvo che non sia già stata pubblicata la sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 16 L.F.).

II) L’effetto conservativo: dal deposito del ricorso l’impresa mantiene la disponibilità del proprio patrimonio. Il concordato produce l’effetto di uno “*scudo*” sul patrimonio del debitore il quale, da tale momento, viene destinato esclusivamente a soddisfare (in qualsiasi forma) i creditori anteriori al deposito della domanda, secondo il conte-

nuto della proposta presentata dall'imprenditore¹⁴.

III) La conservazione dell'amministrazione dell'impresa (art. 167 L.F.).

La norma consente all'imprenditore di continuare a gestire normalmente l'impresa con il solo limite di essere sottoposto alla vigilanza del Commissario giudiziale (vedi Infra).

L'unica limitazione che subisce l'impresa è che gli atti di straordinaria amministrazione (mutui, transazioni, compromessi, cessioni di beni immobili, concessioni di fidejussioni, pegni ed ipoteche, le rinunce alle liti, le riconoscizioni di diritti di terzi, ed in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione) debbono essere compiuti con l'autorizzazione scritta del giudice delegato, altrimenti sono inefficaci rispetto ai crediti anteriori al concordato.

Il Tribunale, tuttavia, nel decreto di ammissione può stabilire un limite sotto il quale non occorre l'autorizzazione (vedi Infra).

¹⁴ La regola riguarda i concordati preventivi c.d. liquidatori, che prevedono la liquidazione dei beni dell'impresa e la destinazione del loro ricavato alla soddisfazione dei creditori. Nel Concordato Preventivo liquidatorio, dopo il deposito del ricorso non si formano debiti ulteriori in capo all'impresa, eccezion fatta per le cosiddette spese di sopravvivenza (tenuta della contabilità e presentazione dei bilanci). Nel concordato preventivo "di continuità" l'impresa prosegue la propria attività, assumendo nuovi debiti (i c.d. debiti endoconcorsuali) che debbono essere pagati in prededuzione rispetto ai debiti anteriori al deposito del ricorso, cioè integralmente, ed alla scadenza.

IV) L'effetto esdebitativo: se la proposta di concordato viene accolta dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti, questi non possono più agire per la parte di credito non soddisfatta dalla proposta concordataria, per i crediti formatisi anteriormente al deposito della domanda.

In sostanza, i creditori anteriori subiscono la falcidia del loro credito, che viene stralciato *ex lege*, anche se dissenzienti, purchè i creditori titolari del 50%+1 dei crediti (riuniti in una unica classe o suddivisi in più classi – vedi infra) accetti la proposta concordataria e voti a favore dello stralcio proposto nel piano.

5.3) I CREDITI PRIVILEGIATI ED I CREDITI CHIROGRAFARI

Prima di entrare nel merito del contenuto della proposta e del piano concordatario è opportuno effettuare una premessa .

Il nostro Ordinamento non attribuisce ai crediti lo stesso indistinto trattamento.

Pur essendo fondato sul principio della *responsabilità patrimoniale* (art. 2740 – il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni) e del *concorso dei creditori* (art. 2741 - i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore), pone a queste regole delle eccezioni, attribuendo ad alcuni crediti delle

cause di prelazione, cioè la possibilità di essere soddisfatti *prima* rispetto ad altri, in via integrale e con grado anteriore.

Nel nostro ordinamento le cause legittime di prelazione sono:

- **i privilegi**, vengono accordati ai crediti in considerazione della loro *causa* e possono essere generali, cioè esercitarsi su tutti i beni mobili indistinti del debitore, o speciali, cioè esercitarsi su determinati ed individuati beni del debitore, mobili o immobili;
- **il pegno**, che si costituisce con la consegna della cosa *mobile* o del documento, che conferisce l'esclusiva disponibilità del bene mobile al creditore e attribuisce al medesimo il diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa fino alla concorrenza del suo valore;
- **l'ipoteca**, che attribuisce al creditore il diritto di espropriare il bene *immobile*, attribuendone il ricavato al creditore fino alla concorrenza del suo valore.

Nel concordato preventivo, per formulare la proposta concordataria è indispensabile (ancora una volta) partire dalla riclassificazione del bilancio ed in particolare dalla riclassificazione dell'attivo e del passivo.

L'attivo deve essere stimato in modo prudente ed in funzione del realizzo ovvero dell'assegnazione dei beni ai creditori.

Il passivo deve essere riclassificato dividendo i crediti in privilegiati e chirografari. In particolare il professionista del debitore deve riclassificare la posizione dei creditori verso la società in concordato dividendo i crediti secondo le cause di prelazione che li assistono.

In estrema sintesi, l'ordine dei creditori che godono del privilegio generale (art. 2751 bis Cod. Civ.) è il seguente:

- dipendenti, per retribuzioni, indennità e trattamento di fine rapporto;
- professionisti iscritti negli appositi Albi, per i crediti derivanti dagli ultimi due anni di prestazione;
- agenti, iscritti nei relativi albi;
- artigiani, iscritti nel relativo registro speciale;
- imprese fornitrici di lavoro temporaneo;
- lo Stato, per l'imposta sul reddito delle persone, fisiche e giuridiche, e per l'IVA, nonché i Comuni e le Province, per imposte, tasse e tributi (art. 2752 Cod. Civ.);
- lo Stato, per i contributi di assicurazione obbligatoria, per invalidità, la vecchiaia ed i superstiti (Inps ed Inail) (art. 2753 Cod. Civ.).

Il nuovo concordato preventivo

I crediti descritti, in quanto titolari di una causa di prelazione "*generale*" gravano indistintamente su tutti i beni facenti parte dell'impresa (compresi quindi liquidità, crediti e beni materiali e immateriali, quali rami di azienda o crediti per la loro cessione).

Tra i privilegi *speciali*¹⁵ gravanti sui beni mobili vi sono:

- le spese di giustizia;
- le spese di conservazione dei beni presso il creditore;
- i tributi indiretti, quali l'Iva di rivalsa, che grava sui beni oggetto di cessione;
- il credito del locatore di immobile per i beni esistenti nell'immobile.

Infine i pegni e le ipoteche gravano sui beni costituiti in garanzia, fino all'ammontare del valore ed alla concorrenza dell'importo dovuto per capitale ed interessi.

Nel nuovo concordato preventivo la regola generale (che subisce però una importante eccezione, come vedremo) è che i crediti assistiti da cause di prelazione (privilegiati generali, privilegi speciali, pegni ed ipoteche, fino alla concorrenza del valore dei beni su cui gravano) debbano essere pagati

¹⁵ Sono privilegi speciali quelli che gravano su un bene determinato.

integralmente al 100%. Tutti gli altri crediti sono chirografari e possono essere stralciati o trattati senza limiti¹⁶.

Pertanto nel riclassificare il bilancio in funzione concordataria (e verificare se sussistono gli estremi per presentare il concordato preventivo) occorrerà adottare i criteri suddetti, come esemplificati nella tabella di seguito riportata.

ALFA SRL IN LIQUIDAZIONE				
PASSIVO				
			% DI SODDISFAZIONE	
COMMISSARIO GIUDIZIALE	-44.720,00			
LIQUIDATORE GIUDIZIALE	-13.520,00			
REVISORE CONTABILE PER RELAZ. EX 161 L.F.	-23.400,00			
AVVOCATI PER REDAZIONE RICORSO	-46.800,00			
REVISORE CONTABILE PER PERIZIA AZIENDA	-8.320,00			
FONDO IMPREVISTI SCOSTAMENTI	-10.000,00			
FONDO INTERESSI E SANZIONI	-5.000,00			
FONDO E INTERESSI E RIVAL.TFR	-5.000,00			
FONDO LICENZIAMENTI	-36.000,00			

¹⁶ L'orientamento unanime è che, comunque, la proposta di concordato debba prevedere una soddisfazione anche se minima per i chirografari (astrattamente anche solo lo 0,5% dell'importo loro dovuto); con la conseguenza che dovrà essere dichiarato inammissibile il concordato che non attribuisca alcuna soddisfazione ai chirografari.

Il nuovo concordato preventivo

FONDO SPESE ENDOCONCORSUALI	-5.400,00			
		PREDEDUZIONI	-198.160,00	
TFR DIPENDENTI (ART. 2751,1° bis nr.1 C.C.)	-574.476,41			
INDENNITA' PREAVV.E TFR LICENZIATI	-135.841,20			
RETR. 13° E TFR PERSONALE IN FORZA	-72.773,00	-366.911,64		
PROFESSIONISTI PRIV.EX ART.2751,1°BIS N.2	-51.645,00			
AGENTI (ART. 2751,1° BIS N.3)	0,00			
ARTIGIANI (ART. 2751,1° BIS NR.5)	-13.906,36			
TRATTENUTE LAV.DIP. IRPER 2010	-148.346,62			
TRATT.LAV.DIP.IRPEF SU TFR 2010	-38.841,25			
TRATT.LAVORO AUTONOMO PROFESS.	-12.327,50			
DEBITI VERSO LO STATO PER IVA (ART. 2752)	0,00			
DEBITI V.SO STATO PER ACCERT.	-62.830,58			
DEBITI REG./COMUN. LAVORO DIPEND.	-2.026,02			
ENTI PREV. VARI (ART. 2753)	-102.539,67			
		PRIVILEGIATI	-1.215.553,61	
TOT. GEN. PREDEDUZ.+PRIV	-1.413.713,61		100%	
BANCA x	-746.949,64		4%	29.877,99
BANCA Y	-529.016,38		4%	21.160,66
CREDITO Z	-716.988,78		4%	28.679,55
B.CA DI CREDITO COOP.	-202.089,23		4%	8.083,57
BANCA DI BETA	-132.808,06		4%	5.312,32

Il nuovo concordato preventivo

BANCO DI ALFA	-333.935,65		4%	13.357,43
INTERESSI BANCARI AL DEPOSITO	-53.236,00		4%	2.129,44
	Parziale Banche	-2.715.023,74		
FINANZIAMENTO V.SO SOC. FINANZIARIA A	-4.630,50		4%	185,22
FINANZIAMENTO V.SO SOC. FINANZIARIA B	-36.199,25		4%	1.447,97
INTERESSI PER DEBITI V.SO FINANZ.	-1.170,25		4%	46,81
	Parziale Soc. Finanziarie	-42.000,00		
	Totale Parziale Banche e società finanziarie	-2.757.023,74	4%	110.280,95
FORNITORI	-2.865.769,45		6,67%	191.023,98
INTERESSI SU FORNITORI MACRO (> 20.000 €)	-13.993,88		6,67%	933,39
	Parziale	-2.879.763,33		
MICROFORNITORI	-68.138,01		30%	20.441,40
INTERESSI SU FORNITORI MICRO (< 20.000 €)	-340,69		30%	102,21
	Parziale	-68.478,70		
IVA DEGRAD.CHIR. ARTIGIANI	-2.392,36		30%	717,71
	Parziale	-2.392,36		
	Totale Parziale fornitori	-2.950.634,39		213.218,69
TOTALE DEBITI CHIROGRAFI	-5.707.658,13		5,67%	323.499,64
ATTIVO				

Il nuovo concordato preventivo

CREDITI VS CLIENTI	761.750,00			
a dedurre Fattura costo compensabile	-122.000,00			
a dedurre Fattura costo compensabile	-14.877,70			Nota: credito svalutato al 100%
a dedurre Fondo Sval. Crediti	-8.584,52			Nota: fondo prudenziale al 2%
BANCHE SBF	61.400,73			
CREDITI TRIBUTARI	78.227,43			
CREDITI DIVERSI	143.412,39			
CREDITI VERSO ALTRI	5.130,49			
Parziale crediti	904.458,82			
BANCA POPOLARE DI ALFA	70.570,46			
CASSA CONTANTI	754,14			
CASSA VALUTA	429,83			
CASSA ASSEGNI CIRCOLARI	150.000,00			
Parziale Casse e Banche	221.754,43			
Totale dei crediti e dei c/c attivi	1.126.213,25			
FATTURE DA EMETTERE PER AFFITTO	36.000,00			
CESSIONE RAMO D'AZIENDA	575.000,00			
TOTALE FABBISOGNO CONCORDATO	1.737.213,25			323.499,64

Riclassificato il bilancio secondo lo schema sopra riportato sar  possibile predisporre la

situazione patrimoniale ai fini della proposta di concordato, comparando le attività da destinare alla soddisfazione dei creditori, con le passività da soddisfare, secondo l'ordine dei privilegi e le percentuali assegnate ai creditori chirografari, che possono essere suddivisi in classi omogenee; l'attivo concordatario non dovrà naturalmente mai essere inferiore al passivo – riclassificato – da soddisfare. Il tutto secondo lo schema che segue:

SITUAZIONE PATRIMONIALE AI FINI DELLA PROPOSTA	
Attività	Valori in Euro
Crediti	904.458,82
Cassa e conti correnti attivi	221.754,43
Credito per canoni affitto di azienda	36.000,00
Valore azienda oggetto di affitto (compreso giacenze non affittate)	575.000,00
TOTALE ATTIVITÀ	1.737.213,25
Passività	Valori in Euro
Debiti prededucibili o privilegiati	
Spese di procedura, debiti prededucibili e fondi vari	198.160,00
Debiti privilegiati	1.215.553,61
Debiti chirografari	
Istituti di credito e società finanziarie	2.757.023,74

Il nuovo concordato preventivo

Fornitori in genere per crediti superiori ad euro 2.000		2.879.763,33	
Fornitori in genere (incluso credito per rivalsa IVA su crediti privilegiati artigiani degradati al chirografo) per crediti inferiori ad euro 2000		70.871,06	
TOTALE		7.121.371,74	
SCHEMA RIEPILOGATIVO DELLA PROPOSTA DI CONCORDATO PREVENTIVO			
Debiti prededucibili o privilegiati	Importo da soddisfare	Percentuale offerta	Importo offerto
Spese di procedura, crediti prededucibili e fondi vari	198.160,00	100%	198.160,00
Debiti privilegiati	1.215.553,61	100%	1.215.553,61
Debiti chirografari			0,00
Istituti di credito e società finanziarie,	2.757.023,74	4%	110.280,95
Fornitori in generale per importi superiori ad euro 2.000	2.879.763,33	6,60%	190.064,38
Fornitori in generale per importi inferiori ad euro 2.000 (incluso credito per rivalsa IVA su crediti privilegiati degradati al chirografo)	70.871,06	30%	21.261,32
TOTALE FABBISOGNO CONCORDATARIO			1.735.320,26

Il nuovo concordato preventivo

PATRIMONIO GENERALE MOBILIARE della ricorrente	
Ramo d'azienda	210.000,00
Giacenza non oggetto di affitto	40.000,00
Credito affitto d'azienda	36.000,00
Totale crediti e c/c attivi	1.126.213,25
Totale patrimonio netto senza apporto-garanzia	1.412.213,25
Totale debiti in prededuzione più privilegiati	1.413.713,61
Differenza tra patrimonio netto e debiti in prededuzione e privilegiati	-1.500,36
ATTIVO CONCORDATARIO	
Prezzo di acquisto ramo azienda + giacenze non oggetto di affitto	575.000,00
Credito affitto d'azienda	36.000,00
Totale crediti e c/c attivi	1.126.213,25
Totale patrimonio attivo concordatario	1.737.213,25
Fabbisogno concordatario	1.735.320,26
Differenza tra attivo concordatario e fabbisogno concordatario	1.892,99

5.4) CONTENUTO DEL RICORSO E DEL PIANO CONCORDATARIO.

La prima grande rivoluzione (che conferma la natura privatistica o contrattualistica del nuovo concordato) è data dal fatto che la **proposta di ristrutturazione dei debiti** che l'imprenditore può formulare ai propri

creditori non richiede più soglie di pagamento minime, mentre nella legislazione precedente occorreva pagare *in denaro* ai creditori chirografari almeno il 40% dei debiti.

L'altra grande e straordinaria rivoluzione è che il contenuto della proposta concordataria è libera e non prevede più necessariamente il pagamento dei creditori ma, appunto, la loro "soddisfazione" in qualsiasi forma:

- cessione dei beni;
- accollo dei debiti;
- attribuzione ai creditori di azioni, quote, obbligazioni o altri strumenti finanziari;
- attribuzione delle attività dell'impresa ad un assuntore, il quale può essere anche un creditore della società, o più creditori riuniti in una new.co, cui vengono trasferite le attività della società che richiede il concordato;
- ovvero altre forme, anche miste tra le precedenti.

L'elencazione delle forme di concordato è esemplificativa, non tassativa: l'art. 160 L.F. precisa che la **soddisfazione dei crediti** può avvenire attraverso **altre operazioni "straordinarie"** che sono quindi rimesse alla competenza dei professionisti che assistono le imprese debitorie.

La riforma inoltre ha introdotto ufficialmente la **figura dell'assuntore**, espressamen-

te prevista dall'art. 160, 1° comma lettera B, cioè di colui che si impegna a soddisfare i creditori della società, spesso acquisendo in tutto o in parte l'attivo dell'impresa, soluzione frequentissima anche sotto la precedente legislazione, che veniva spesso attuata mediante l'affitto di azienda con impegno (garantito) all'acquisto della stessa, condizionatamente all'omologa del concordato.

Le forme più classiche di concordato preventivo e percentualmente più adottate nella casistica applicativa sono le seguenti:

a) La proposta di concordato che prevede la cessione di tutti i beni esistenti nel patrimonio dell'impresa (cosiddetto "concordato liquidatorio") in cui la prosecuzione dell'attività viene garantita attraverso un contratto di affitto di azienda (di cui diremo infra) con una new company, che si costituisce come assuntore del concordato, garantendo l'acquisto dell'azienda affittata al termine della procedura di concordato preventivo ed al suo buon esito.

Nella prassi operativa è il caso molto diffuso in cui lo stesso imprenditore si costituisce assuntore del concordato per il tramite di una società a lui riconducibile. Molto spesso questa forma di concordato si accompagna all'accollo di parte dei debiti della società. La forma più classica è quella dell'affitto di azienda con il trasferimento dei dipenden-

ti e l'accollo, liberatorio per il debitore, dei debiti per trattamento di fine rapporto nei confronti dei medesimi dipendenti.

b) La proposta che preveda, per tutti o parte dei creditori, la costituzione di una società in cui vengono trasferiti gli attivi del debitore e le cui quote vengono attribuite ai creditori in proporzione ai loro crediti, anche nella forma mista, prevedente, ad esempio, la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa con la destinazione del ricavato ad una classe dei creditori ed il trasferimento dei beni funzionali all'esercizio dell'impresa, con la destinazione del ricavato ad un'altra classe dei creditori, ovvero parte a loro, parte all'assuntore.

c) L'ultima ipotesi (per la verità percentualmente utilizzata in misura non superiore al 3 - 4%) è quella del concordato "di continuazione".

Questo istituto non ha avuto molto successo nella prassi applicativa, perché "gravato" dagli stessi difetti che hanno portato alla scarsa applicazione del vecchio istituto dell'amministrazione controllata; in primis la circostanza che con la richiesta di concordato la società subisce quasi sempre la revoca degli affidamenti da parte degli istituti di credito e questo rende molto più difficoltosa la prosecuzione dell'attività, giacché il circolante deve essere finanziato con capi-

tale proprio.

Questo tipo di concordato è maggiormente diffuso tra le società che hanno importanti patrimoni immobiliari e dei quali si prevede la dismissione nel tempo, funzionale a pagare in via rateale tutti i debiti anteriori alla presentazione della proposta concordataria. Secondo la Giurisprudenza prevalente il piano concordatario può prevedere il pagamento dei creditori con una dilazione fino ad un massimo di cinque anni, se il pagamento viene garantito dai flussi di cassa derivanti dalla gestione caratteristica.

Naturalmente questo tipo di concordato subisce (molto più che quello per cessione dei beni) l'alea della risoluzione per inadempimento, dovendo garantire anche pagamento in via integrale ed alla scadenza dei debiti funzionali all'esercizio dell'impresa sorti **successivamente alla presentazione della domanda di concordato.**

L'altra grande e straordinaria "rivoluzione" nel concordato preventivo (mutuata dal diritto anglo-americano) è fornita dalla possibilità per il debitore di **suddividere i creditori in classi e prevedere trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse.**

Questa "rivoluzione legislativa" rispetto all'istituto previgente ha determinato un'importante attenuazione del principio cardine dell'ordinamento della "*par condicio credito-*

rum", fin quasi ad espungerlo.

La norma (art. 160, 1° comma, lettera C e D) consente di dividere i creditori in classi, purchè questi abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei.

La distinzione per omogeneità di **posizione giuridica** fa riferimento alle classiche categorie di creditori (in prededuzione, privilegiati e chirografari)¹⁷.

La distinzione per omogeneità di interesse economico fa riferimento alle classi di creditori chirografari, i cui crediti possono essere stralciati in misura diversa tra loro.

Le classi dei creditori si formano tradizionalmente (omogeneità dell'interesse economico) con riferimento **alla fonte del credito**. La suddivisione tradizionale è quella tra:

- fornitori bancari;
- fornitori di materie prime o merci;
- fornitori di servizi.

I chirografari possono essere tuttavia suddivisi in classi anche con **riferimento all'ammontare del credito** (il tipico esempio è la classe dei "micro fornitori") ovvero alla sua **epoca di formazione o alla sua scadenza**

¹⁷ Vi è un autorevole indirizzo giurisprudenziale che ritiene di poter suddividere il ceto creditorio per posizione giuridica separando i creditori privilegiati tra privilegiati immobiliari e privilegiati mobiliari.

(crediti antichi, scaduti e crediti recenti non scaduti alla data di presentazione del concordato); ancora, tra i fornitori chirografari si possono formare due classi tra quelli che hanno interesse a continuare a fornire il debitore e quelli che non hanno più interesse in quel senso.

Ovviamente le classi vanno formate avendo riguardo dell'obiettivo da perseguire, cioè l'adesione dei creditori alla proposta concordataria.

Poiché il nuovo concordato preventivo richiede (art. 167 L.F.) che sia **raggiunta la maggioranza dei crediti** (il 51% del totale) e **la maggioranza delle classi**, è sempre opportuno formare un numero di classi dispari e, ad esempio, offrire una percentuale maggiore ai micro fornitori per garantirsi il voto favorevole della classe in cui vengono isolati, giacché questo determina una minore incidenza sul passivo del concordato.

Poiché la norma attribuisce al debitore la facoltà di formare le classi è certamente possibile prevedere una proposta concordataria con una **classe unica**, nella quale vengono "annegati" tutti i creditori chirografari (anche se va detto sotto questo profilo che vi è un indirizzo, isolato, di un autorevolissimo Tribunale lombardo, che esclude la possibilità di formare una classe unica di fornitori chirografari con argomentazioni tecniche

che in questa sede non possiamo riportare e che tuttavia non paiono condivisibili).

L'ultima grande rivoluzione prevista per la proposta concordataria è la possibilità di prevedere il **pagamento non integrale anche per i creditori privilegiati**, ivi compresi i crediti erariali, circostanza espressamente prevista dall'art. 182 ter L.F. Questa possibilità incontra tuttavia due limiti imposti dalla norma:

- la proposta concordataria deve prevederne il soddisfacimento **in misura non inferiore al ricavato realizzato, in caso di liquidazione, dalla vendita dei beni su cui insiste la causa di prelazione;**
- il **trattamento economico riservato a ciascuna delle classi dei creditori non deve alterare l'ordine delle cause di prelazione.**

Il limite porta ad isolare i casi di stralcio del privilegio ai concordati in cui vi sia un assuntore che metta a disposizione nuova finanza, anche tramite accollo dei debiti dell'impresa in concordato o acquisto dei suoi beni ad un prezzo superiore al suo valore di mercato.

Solo per la parte eccedente il valore dei beni su cui insiste la causa di prelazione potrà essere proposta la falcidia dei debiti privilegiati.

Questo è anche il motivo per cui il valore di mercato dei beni costituenti l'attivo dell'impresa debitrice deve essere peritato da un professionista iscritto all'albo dei revisori contabili (art. 160, 67 e 28 L.F.).

Infine il divieto di alterare l'ordine delle cause di prelazione ha portato la giurisprudenza a ritenere che, in ogni caso, i creditori chirografari non possano ottenere un pagamento superiore ai privilegiati, anche nel caso in cui lo consentisse la maggior finanza offerta dall'assuntore.

5.5) LA FATTIBILITA' DEL PIANO CONCORDATARIO E L'ATTESTAZIONE DEL PROFESSIONISTA

Il ricorso deve contenere il piano di previsione dei tempi e delle percentuali di soddisfazione dei creditori, nelle svariate forme che abbiamo descritto.

Ulteriore innovazione (marcatamente privatistica) della nuova procedura concorsuale è che la **fattibilità del piano** deve essere **attestata da un professionista iscritto all'albo dei revisori contabili**.

Il professionista che ne attesta la fattibilità deve essere terzo ed indipendente rispetto all'azienda (non può quindi essere il commercialista, uno dei sindaci o un socio dei

rispettivi studi professionali) e deve redigere la relazione/asseverazione sulla scorta di un'attività di due diligence e di revisione, che non può limitarsi a recepire le informazioni fornite dalla società, ma deve estendersi all'acquisizione dei dati secondo l'attività che è tenuto a svolgere il revisore per redigere la propria relazione.

Il giudizio del professionista indipendente deve inoltre estendersi all'intera documentazione allegata al ricorso introduttivo.

La norma, coerente con l'impostazione privatistica del concordato, incrementa certamente la responsabilità dell'imprenditore e dei suoi professionisti nei confronti dei creditori e degli organi della procedura.

5.6) LE QUATTRO FASI DELLA PROCEDURA DI CONCORDATO

L'apertura

L'approvazione

L'omologazione

La risoluzione del concordato

La fase di apertura del procedimento

L'importanza del piano concordatario e della sua fattibilità si evince dalla portata dell'art. 162 L.F. Il Tribunale infatti conserva il potere di **dichiarare inammissibile la proposta di concordato** se il piano non presenta le **caratteristiche di fattibilità** per il quale la

giurisprudenza ritiene occorrano i requisiti:

- *della coerenza con la proposta;*
- *della serietà;*
- *della concreta realizzabilità* sulla base delle risorse presenti nel patrimonio aziendale e di quelli realizzabili con l'attività liquidatoria.

Mentre nel concordato per liquidazione la verifica (e l'attestazione) della concreta realizzabilità è più semplice (giacchè i beni sono in genere tutti peritati) nel concordato di continuazione o parzialmente liquidatorio essa si basa su una previsione prognostica sull'andamento dell'azienda, che non sempre è facile realizzare.

Il Tribunale deve inoltre svolgere la verifica **della completezza dei documenti allegati, della corretta formazione delle classi** e può chiedere al **debitore di integrare il piano**, produrre nuovi documenti ed anche suggerire, occorrendo (circostanza che avviene spesso nella prassi), di modificare la formazione delle classi o la proposta. Ovviamente la verifica del Tribunale si estende alla sussistenza del presupposto soggettivo ed oggettivo e di tutti gli altri elementi sopra elencati.

La "rivoluzione privatistica" del concordato ha portato però a ritenere che il Tribunale nella fase iniziale abbia un potere/dovere di

indirizzare il ricorrente verso una domanda completa, correttamente formulata ed attuabile attivando il potere/dovere di consultazione e di guida che è proprio dell'organo giurisdizionale.

Soltanto nel caso in cui tale attivazione sia infruttuosa, decorso il termine di 15 giorni (art. 162 L.F.), il Tribunale può dichiarare inammissibile la proposta.

Ovviamente questa possibilità va limitata ai casi in cui sia eclatante:

- la non fattibilità del piano;
- o l'inidoneità della relazione (ex art. 161) ad integrare una seria attestazione di fattibilità.

Nel caso in cui il concordato sia dichiarato inammissibile il Tribunale può estendere il proprio controllo giurisdizionale fino a dichiarare il fallimento della società, solo se ne sussistono i presupposti di insolvenza irreversibile previsti dall'art. 5 L.F.

La fase di Approvazione

In presenza di tutti i requisiti previsti dalla legge, il Tribunale emette il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, con cui nomina il Giudice Delegato ed il Commissario Giudiziale, ordina la convocazione dei creditori per la votazione in adunanza entro 30 giorni e stabilisce l'im-

porto delle spese di giustizia ed il loro deposito entro 15 giorni. L'importo da anticipare non può essere inferiore ad una percentuale tra il 20% ed il 50% del costo da sostenere per il Commissario Giudiziale.

Il decreto è pubblicato nel Registro delle Imprese perché i creditori ne siano messi a conoscenza (art. 166 L.F.).

Il Commissario Giudiziale deve comunicare a tutti i creditori la data di convocazione dell'adunanza ed il contenuto della proposta concordataria del debitore (art. 161 L.F.). Deve poi provvedere (art. 162 LF) ad inventariare il patrimonio del debitore, a redigere una relazione sulle proposta di concordato e sulle garanzie offerte (nominando, occorrendo, un estimatore) ed una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto del debitore e sulla condotta tenuta da questi (art. 162 L.F.).

Quest'ultima attività ha particolare rilevanza perché se il Commissario accerta che il debitore ha occultato o simulato parte dell'attivo, omesso di denunciare crediti, o esposto passività insussistenti o altri atti di frode, il Tribunale d'ufficio apre il provvedimento della revoca del concordato e dichiara il fallimento del debitore, se sussistono i presupposti di cui all'art. 5 L.F.

Quest'ultima è la parte più importante di controllo giurisdizionale che è rimasta inalterata rispetto al precedente ordinamento. Tuttavia, anche questo controllo ha subito un'attenuazione, giacchè la necessità di armonizzare l'art. 173 con il nuovo sistema, ha fatto ritenere che **non tutti gli atti di frode** possono determinare l'arresto della procedura di concordato, ma solo quelli **di particolare entità e rilevanza dimensionale e temporale** e che **incidano sui presupposti di ammissibilità** e quindi sulla fattibilità della proposta concordataria.

In altre parole, le cause di revoca della proposta di concordato possono essere solo i fatti distrattivi o fraudolenti, che abbiano determinato "lo stato di crisi" in cui sia entrato l'imprenditore e che incidano sul contenuto della proposta concordataria.

Ultimate le indagini e le attività sopra descritte il Commissario Giudiziale deposita la propria relazione in cancelleria, tre giorni prima dell'adunanza dei creditori (art. 172 L.F.). La relazione contiene sempre il **parere di convenienza** del concordato preventivo rispetto all'ipotesi di fallimento, ed è quasi sempre determinante nell'orientare il voto favorevole dei creditori.

Nel giorno fissato per l'adunanza dei creditori presso il Tribunale, il debitore deve intervenire personalmente, così come i credi-

tori i quali, in mancanza, debbono farsi rappresentare da un procuratore speciale (art. 174 L.F.) .

Nell'adunanza, presieduta dal Giudice Delegato, il Commissario Giudiziale illustra la sua relazione e le proposte del debitore.

Il debitore può **modificare la proposta fino all'inizio delle operazioni di voto.**

Nel caso in cui il Commissario Giudiziale non abbia dato parere favorevole alla proposta ritenendo non raggiungibile la percentuale di soddisfazione indicata dal debitore, questi può richiedere termine al Tribunale per modificare la domanda concordataria, adeguandosi alle previsioni percentuali del Commissario Giudiziale.

Il voto può anche essere espresso per telegramma, telefax o posta elettronica nei 20 giorni successivi all'adunanza.

Non è preclusa dalla norma l'attività di proselitismo e di raccolta delle adesioni prima dell'adunanza. La dichiarazione di voto tuttavia non può avere data precedente al giorno dell'adunanza.

Il concordato preventivo si considera approvato se si raggiunge la **maggioranza dei crediti ammessi al voto.** In caso di concordato con più classi occorre che la maggioranza si verifichi nel maggior numero delle classi, motivo per il quale è sempre

preferibile prevedere un numero di classi dispari.

Non possono votare i creditori privilegiati muniti di privilegio, pegno o ipoteca, se la proposta ne prevede il pagamento integrale (perché questi essendo soddisfatti al 100% non hanno interesse all'esito della votazione), salvo che rinuncino o in tutto o in parte al diritto di prelazione.

I creditori privilegiati soddisfatti in via non integrale votano come i chirografari, per la parte residua di credito degradato a chirografo.

Non può votare nel concordato chi abbia acquistato i crediti nell'anno precedente alla proposta (quest'ultima norma vigente anche nel previgente sistema fu ideata per scoraggiare il mercato di voto e l'acquisto dei crediti ad importi deteriori, grazie alla rappresentazione ai cessionari della prossimità della proposta).

Il processo di voto viene verbalizzato e sottoscritto dal Giudice, dal Commissario e dal Cancelliere. Se nei 20 giorni successivi alla votazione non si raggiungono le maggioranze richieste, il Giudice Delegato ne riferisce al Tribunale che provvede ai sensi dell'art. 162, 2° comma: dichiara inammissibile la proposta di concordato, ovvero il fallimento se ne sussistono i presupposti.

Se viceversa il concordato è stato approvato dalla maggioranza dei creditori (art. 180 L.F.) inizia la terza fase della procedura.

Il giudizio di omologazione

Terminate le operazioni di voto e redatto il relativo verbale, il Giudice Delegato riferisce al Tribunale che fissa udienza in camera di consiglio, con decreto, disponendo la comparizione del Commissario Giudiziale e del debitore, che deve pubblicare il provvedimento nel registro delle imprese e notificarlo al commissario e ai creditori dissenzienti (cioè ai creditori che non hanno dato voto favorevole alla proposta concordataria).

Le parti si devono costituire 10 giorni prima dell'udienza fissata ed i creditori costituendosi, possono proporre opposizione. Il Commissario Giudiziale deve depositare il proprio parere motivato.

Se non sono proposte opposizioni, il Tribunale omologa il concordato con decreto.

Se sono proposte opposizioni da parte di creditori dissenzienti appartenenti ad una classe dissenziente, il Tribunale può omologare il concordato dopo averne verificata la convenienza rispetto alle alternative praticabili (cioè il fallimento).

Il giudizio di convenienza determina il cosiddetto "cram-down" (ingozzamento), ultimo istituto che – ancora una volta – rappresen-

ta il favore del legislatore per il concordato: il creditore dissenziente non può, in sostanza, impedire l'omologazione del concordato da parte del Tribunale, se la proposta di concordato determina per il medesimo un risultato più soddisfacente rispetto alla ipotesi di fallimento.

Questo istituto sancisce, con l'obbligatorietà della proposta di concordato per i creditori anche dissenzienti (che subiscono la falcidia del credito, anche contro la propria volontà), l'estremo sforzo del legislatore per favorire la soluzione della crisi di impresa.

Contro il decreto che omologa il concordato può essere proposto reclamo alla Corte di Appello e contro il provvedimento della Corte il ricorso in Cassazione.

La risoluzione del concordato

Se l'imprenditore non adempie alla proposta concordataria, nei termini e nelle percentuali indicate, i creditori possono chiedere la risoluzione del concordato (art. 186 LF), ma **solo se l'inadempimento non ha scarsa importanza.**

Valgono in questo caso le regole generali codicistiche sull'importanza dell'inadempimento.

Nel caso concreto potrà essere chiesta la risoluzione del concordato solo nei casi in

cui vi sia uno scostamento significativo tra la proposta concordataria e la prestazione effettivamente svolta.

La risoluzione del concordato può essere chiesta dai creditori **entro un anno dal termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.**

Decorso tale termine si presume, infatti, che i creditori non abbiano più interesse ovvero abbiano regolarmente ricevuto la prestazione.



CAPITOLO VI

CASI PRATICI: LA PROSECUZIONE DELL'ATTIVITÀ DELL'IMPRESA NEL CONCORDATO LIQUIDATORIO



Nei Piani di Risanamento, negli Accordi di Ristrutturazione e nel **Concordato preventivo di continuazione** l'uscita dalla crisi è garantita:

- dall'esecuzione del Piano di risanamento (67 LF);
- dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione (182 bis);
- dall'omologazione del Concordato Preventivo di continuità (160) e dalla regolare esecuzione del Piano Concordatario, con il pagamento ai creditori delle percentuali promesse, nei tempi promessi ovvero con l'assegnazione ad essi dei beni indicati nella proposta di concordato.

In questa sede esamineremo il caso della **continuazione dell'impresa nel concordato liquidatorio**, quello apparentemente più difficile, in cui l'impresa è in uno stato quasi irreversibile d'insolvenza, le perdite hanno completamente eroso il capitale e le riserve, i soci non sono stati in grado di ricapitalizzare e la società ha dovuto porsi in liquidazione ai sensi dell'art. 2484 CC.

La ristrutturazione dell'impresa in questo stadio di difficoltà è stata favorito dalla nuova Normativa¹⁸ ed oggi, nella prassi

¹⁸ Che non preclude all'imprenditore in crisi di essere il titolare della new company che prende in affitto l'azienda.

applicativa, rappresenta il tipo di concordato percentualmente più diffuso (anche a causa del fatto che l'imprenditore è abituato a muoversi molto in ritardo rispetto alla crisi ed al suo aggravamento).

Ovviamente questo tipo di "ristrutturazione" richiede un'attività preparatoria molto attenta ed ossequiosa delle norme che abbiamo esposto nella presente guida, sia di diritto societario che concorsuale, e tra queste in particolare quelle sul rispetto dei pagamenti secondo l'ordine dei privilegi.

Provvediamo quindi ad indicare, in modo pratico, le attività che occorre effettuare, nella loro successione cronologica.

6.1) AGGIORNAMENTO DELLA CONTABILITA'

Deve essere effettuato attraverso:

- La predisposizione della bozza di bilancio relativo all'esercizio caratteristico già chiuso, se non ancora approvato, secondo i valori di fair value (con criteri pressoché liquidatori);
- La predisposizione di una situazione patrimoniale aggiornata a 60 giorni, con i valori abbattuti in prospettiva liquidatoria.

L'aggiornamento della contabilità è necessario in quanto funzionale sia alla esatta verifica dei conti prodromici alla definizione delle proposte di concordato, sia alla convocazione dell'assemblea ordinaria per l'approvazione del bilancio, sia alla successiva convocazione dell'assemblea per gli incompetenti di cui all'art. 2446 e 2447 CC¹⁹ e 2484 CC (liquidazione della società) ed al conferimento al liquidatore di tutti i poteri per la presentazione della Procedura Concorsuale.

La predisposizione della situazione patrimoniale aggiornata a 60 giorni, costituisce contemporaneamente

- la base per la relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale, da depositarsi otto giorni prima dell'assemblea ex art. 2446 CC o 2447 CC;
- la base per l'impostazione del concordato.

Se successiva, la situazione patrimoniale aggiornata è opportuno comprenda i dati contabili relativi all'eventuale risoluzione del rapporto di lavoro con parte dei dipendenti, con iscrizione nel passivo dell'esatto conteggio del TFR e delle eventuali indennità

¹⁹ Le norme citate si riferiscono alle società per azioni; per le società a responsabilità limitata valgono le norme di cui agli art. 2482 bis e 2482 ter Cod. Civ., che prevedono analoghe disposizioni.

di mancato preavviso e le altre variazioni connesse alle scelte che verranno prese con il consulente del lavoro, in relazione agli altri dipendenti che rimarranno in organico alla new.co. srl che prenderà in affitto l'azienda o il ramo di azienda per la prosecuzione dell'attività.

6.2) APERTURA DEL CONTO CORRENTE CONCORDATARIO

La società deve aprire **un conto corrente** presso un **istituto** che **non sia creditore dell'impresa**.

Su detto conto attivo devono essere **canalizzati tutti gli incassi da parte dei clienti**, per evitare che le banche introitino i pagamenti portandoli a deconto delle rispettive esposizioni (in tal modo si realizzerebbe un pagamento preferenziale, giacché le banche sono creditori chirografari). Il conto può essere aperto anche al Bancoposta.

Per evitare pignoramenti presso terzi sul conto corrente concordatario è possibile prelevare le somme periodicamente, facendo assegni circolari non trasferibili intestati alla società, conservati presso una cassetta **non pignorabile** dai creditori sociali.

I suddetti importi andranno depositati sul C/C della procedura immediatamente dopo il deposito del ricorso.

Per facilitare la canalizzazione dei crediti è

opportuno **inviare una comunicazione** a tutti i clienti, rappresentando che il pagamento effettuato su conti diversi da quello "concordatario" non sarà liberatorio per il debitore.

Il conto corrente concordatario deve permettere la canalizzazione di tutti i crediti in scadenza, salvo naturalmente i crediti già ceduti e notificati ai clienti.

Dalla formazione dell'attivo sul conto concordatario dipende spesso il buon esito della procedura concorsuale.

Va segnalato che tale attività non solo è lecita, ma addirittura necessaria, in presenza del divieto (sancito dall'art. 216 L.F.) di effettuare pagamenti preferenziali, per effetto del quale, in caso di insuccesso della procedura, potrebbe ravvisarsi una responsabilità dell'imprenditore per avere di fatto favorito pagamenti preferenziali. Le Banche, infatti, sono creditori chirografari e spesso – in passato – gli incassi venivano lasciati defluire sui conti aperti con istituti creditori perché l'imprenditore, fideiussore, abbassava il valore dell'importo da lui dovuto agli istituti per effetto della garanzia rilasciata.

Lo stesso obbligo impone all'imprenditore, nella fase c.d. pre-concorsuale, di sospendere i pagamenti diversi dall'acquisizione di alcuni beni e servizi essenziali, in particolare:

- le prestazioni dei dipendenti;
- l'erogazione dei contratti di somministrazione di acqua, luce, gas e telefonia;
- gli acconti e i saldi per i servizi professionali strumentali all'accesso alla procedura;
- le prestazioni ed i beni necessari alla ultimazione delle commesse appaltate, e prodromici all'incasso dei saldi per importi superiori alla spesa sostenuta.

In generale è comunque necessario rispettare la regola per la quale i **pagamenti in generale devono essere effettuati nel rigoroso rispetto dell'ordine dei privilegi**, di cui all'art. 2751 bis., 2777 e 2778 Cod. Civ. e la domanda di concordato deve essere depositata prima che i creditori chirografari trasformino il proprio credito in privilegiato, ad esempio iscrivendo ipoteca giudiziale sugli immobili dell'impresa in danno della "par condicio creditorum".

6.3) CONVOCAZIONE E TENUTA DELL'ASSEMBLEA STRAORDINARIA PER LA MESSA IN LIQUIDAZIONE DELLA SOCIETA' AVANTI A NOTAIO

Successivamente all'approvazione del bilancio ed alla mancata ricapitalizzazione per impossibilità dei soci la società dovrà porsi

in liquidazione ex art. 2484 CC per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (nr. 4).

Come anticipato, prima della convocazione dell'assemblea occorrerà predisporre la RELAZIONE SULLA SITUAZIONE PATRIMONIALE DELLA SOCIETA', che dovrà essere depositata nella sede della società negli otto giorni che precedono l'assemblea. L'assemblea delibererà la messa in Liquidazione della società e conferirà al Liquidatore tutti i poteri per affittare o vendere l'azienda o rami d'azienda, per portare a compimento la liquidazione e per presentare la procedura concorsuale.

All'esito dell'Assemblea il Liquidatore ratificherà la delega conferita ai professionisti per la presentazione della domanda di concordato, previo aggiornamento dei Libri Sociali ed iscrizione della nomina del Liquidatore al Registro delle Imprese.

6.4) LETTERA AI CREDITORI SOCIALI

Subito dopo la messa in liquidazione verrà inviata a tutti i creditori sociali la comunicazione in cui si anticipa che la società è stata posta in liquidazione e ha deliberato l'accesso alla procedura concorsuale.

Nella missiva i creditori verranno invitati a quantificare e qualificare (in modo particolare a documentare la sussistenza di un pri-

vilegio, professionale, di agente o artigiano) il proprio credito, astenendosi dall'iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, perché destinate a perenzione per effetto del deposito del ricorso.

Sulla scorta della quantificazione e qualificazione dei crediti i professionisti potranno ultimare il lavoro di riclassificazione per determinare l'ammontare dei debiti privilegiati e dei debiti chirografari.

6.5) COSTITUZIONE DELLA NEW COMPANY.

In vista della messa in liquidazione della società potrà essere costituita una nuova srl, che successivamente **assumerà in affitto l'azienda** o il ramo di azienda; il contenuto del contratto è descritto nel capitolo che segue.

Possono essere soci della new.co. lo stesso imprenditore o suoi familiari, ma anche i creditori della società, specie i fornitori c.d. strategici.

La new.co., fungendo – di fatto – da assunto del concordato, può assumere il ruolo di garante del concordato, mediante promessa irrevocabile di acquisto dell'azienda affittata ovvero diventare oggetto della stessa proposta concordataria, mediante l'offerta di l'attribuzione ai fornitori strategici di quote della medesima società.

6.6) STIPULA DEL CONTRATTO NOTARILE DI AFFITTO DI RAMO O DI AZIENDA CON PROPOSTA IRREVOCABILE DI ACQUISTO CONDIZIONATA ALL'OMOLOGA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Il contratto di affitto d'azienda ad una società terza ha lo scopo di mantenere, nell'interesse di tutto il ceto creditorio, il valore espresso dall'azienda quale complesso di beni organizzati per lo svolgimento di un'attività economica, la conservazione in vita della medesima ed il mantenimento dei livelli occupazionali.

Il contratto (regolato dall'art. 2562 C.C.) – in genere prevede:

- la durata generalmente per 12/18 mesi (compatibile con la durata della procedura di omologa), rinnovabile tacitamente alla scadenza per ulteriori dodici mesi, salvo disdetta da parte degli organi gestori, di concerto e su indirizzo di quelli concorsuali;
- l'affitto del magazzino (in tutto o in parte) e la regolamentazione della differenza tra la consistenza d'inventario del magazzino all'inizio ed al termine dell'affitto di azienda da regolarsi in denaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'affitto di azienda (contratto estimatorio);

- il trasferimento delle commesse (utili) in corso mediante subentro nei relativi contratti;
- il subentro in tutto/ parte dei rapporti di lavoro dipendente in essere alla data dell'affitto del ramo di azienda (con la esclusione dei dipendenti già in precedenza dimissionari o licenziati), senza soluzione di continuità ed in ossequio al disposto di cui all'art. 2112, terzo comma, cod. civ., eventualmente assumendosi ed accollandosi integralmente il debito da TFR vantato dai predetti lavoratori subordinati;
- l'obbligo dell'affittuaria di formulare una proposta irrevocabile di acquisto dell'azienda, condizionata all'omologa del concordato, per un corrispettivo da determinarsi in ragione del fabbisogno del concordato preventivo²⁰ cui la società locatrice l'azienda chiederà di avere accesso, anche in funzione della stima che ne darà il perito incaricato della relazione giurata ai sensi dell'art.160, secondo comma, L.F.;
- il pagamento del prezzo ratealmente, in 24 mesi, dopo l'omologa del con-

²⁰ Il corrispettivo, in ogni caso non deve essere inferiore al valore indicato nella **perizia giurata sul valore delle immobilizzazioni materiali e immateriali** redatta da revisore contabile iscritto nell'apposito Albo, la quale deve contenere anche la valutazione **sulla esistenza o assenza di beni su cui grava il privilegio speciale iva.**

cordato preventivo, anche mediante accollo dei debiti individuati dall'affittuaria (si tratta quasi sempre dei debiti privilegiati nei confronti dei lavoratori per TFR)²¹;

- il subentro in tutti gli altri contratti utili all'esercizio dell'azienda - o del ramo affittato - (naturalmente i contratti di somministrazione di servizi, acqua, luce, gas, assicurazione ecc.. ecc..) compreso il contratto di locazione (salva l'ipotesi di risoluzione del medesimo e di stipula di un nuovo contratto direttamente in capo alla new.co.).

L'affitto d'azienda o di ramo costituisce uno strumento di **ristrutturazione dell'azienda** e della struttura dell'impresa ed un'occasione di profonda revisione dell'attività, funzionale all'abbattimento dei costi fissi, alla selezione delle commesse, al riposizionamento sul mercato ed alla revisione dei prodotti, con l'obiettivo di privilegiare la redditività dei ricavi e la solvibilità dei clienti.

A tal fine è spesso utile il coinvolgimento di un aziendalista/advisor per il Piano Industriale, che dovrà tener conto delle necessità finanziarie della nuova impresa, al netto

²¹ E' la forma più diffusa, perché non richiede un esborso di capitali, che possono così essere destinati a finanziare il ciclo produttivo.

dei vantaggi dalla ristrutturazione dei costi.

6.7) LA PROCEDURA PER IL TRASFERIMENTO DEI DIPENDENTI

La procedura per il trasferimento dei dipendenti è disciplinata dall'art. 2112 del Codice Civile, che prevede che il rapporto di lavoro prosegua con il cessionario o affittuario dell'azienda e che questi resti obbligato in solido con il cedente o Locatore, salvo che i lavoratori non liberino il cedente/locatore con la procedura prevista dagli art. 410 e 411 cpc., cioè attraverso il verbale di conciliazione in sede sindacale, che viene sottoscritto avanti la Direzione Provinciale del Lavoro competente.

Nel verbale si può prevedere espressamente la liberazione della locatrice condizionatamente al buon fine della proposta di acquisto dell'azienda o del ramo e della procedura di concordato preventivo.

Nel caso in cui nell'azienda siano **occupati più di 15 lavoratori**, il trasferimento dei medesimi, anche con procedura di affitto, è regolato dall'art. 47 della legge 428 del 1990, che richiede **un esame congiunto con i sindacati**, che occupa 25 giorni dalla data della comunicazione.

Ovviamente anche in questo caso, il trasferimento con accollo liberatorio del TFR deve

essere garantito dal verbale sottoscritto con i dipendenti in sede sindacale.

Nel caso di **trasferimento solo di una parte dei dipendenti, gli altri**, che restano in forza all'azienda posta in liquidazione che richiede il concordato, possono essere **messi in mobilità** senza il pagamento del contributo previsto dalla legge e quindi con un importante sgravio di costi.

6.8) L'ACQUISITO DELL'AZIENDA O DEL RAMO D'AZIENDA ESDEBITATO DALLA PROCEDURA CONCORSALE

Dopo l'omologa del concordato preventivo (che in genere coincide con la scadenza del termine per il contratto di affitto di azienda), nei concordati per cessione dei beni il Tribunale, nel decreto di omologazione, nomina uno o più liquidatori con il compito di liquidare i beni e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione (Art. 182 LF). Il Tribunale determina le modalità della liquidazione.

La vendita dell'azienda, che va autorizzata dal comitato dei creditori deve avvenire tramite procedura competitiva (art. 107 L.F.) con adeguate forme di pubblicità.

Il nuovo art. 105 della legge fallimentare prevede che **il pagamento del prezzo può essere effettuato mediante accollo dei de-**

biti da parte dell'acquirente, solo se non viene alterata la graduazione dei crediti (circostanza rispettata nell'accollo del TFR).

Va detto che è rara la circostanza in cui l'azienda affittata sia acquistata da un soggetto terzo rispetto all'affittuario, ciò a prescindere dall'inserimento della clausola di prelazione nel contratto di affitto, e ciò per la posizione di favore di cui gode l'affittuaria nella vendita competitiva, derivante dalla profonda conoscenza dell'attività, del mercato, del know-how aziendale, dei clienti e delle relazioni commerciali, spesso soggettive, non sempre facilmente trasferibili al terzo acquirente della azienda.

Con il riacquisto dalla procedura di concordato dell'azienda o del ramo di azienda affittato, la new company diventa proprietaria dell'impresa esdebitata.

La società in liquidazione, che ha proposto la domanda di concordato preventivo, a sua volta, con la vendita dell'azienda o del ramo di azienda affittato e l'assegnazione del ricavato ai propri creditori, dà esecuzione al concordato preventivo con cui si realizza l'effetto esdebitativo ed il provvedimento di esecuzione del concordato viene pubblicato nel registro delle imprese (art. 185, 136 e 17 L.F.).



CONCLUSIONE

La presente Guida ha affrontato, in modo necessariamente sintetico, il percorso che deve compiere l'imprenditore già alle prime avvisaglie di crisi e gli errori che questi deve evitare, indicando gli istituti introdotti con la Riforma e limitando il campo di indagine all'istituto del concordato preventivo liquidatorio, che è quello maggiormente diffuso nella prassi.

Lo strumento giuridico citato è stato descritto in modo non tecnico, atteso che il presente manoscritto è rivolto agli imprenditori, con lo scopo di fornire all'operatore la conoscenza dell'istituto e la sua efficacia, ove adottato nel rispetto degli obiettivi del legislatore.

Analoga efficacia hanno gli istituti dei Piani di Risanamento e degli Accordi di Ristrutturazione, nonché del concordato preventivo di continuità, che verranno trattati in separati manoscritti e che sarebbero idonei, se adottati con tempismo e su larga scala, a ridurre in modo significativo – se non ad eliminare – il numero di procedure concorsuali maggiori (Fallimenti), quasi sempre evitabili se gli imprenditori affrontassero la crisi tempestivamente e – soprattutto – con professionisti specializzati nel settore della crisi d'impresa.

Conclusione

Purtroppo, analogamente a quanto accade nel mondo dell'impresa, che non ha visto diffondersi una cultura (per il vero nemmeno adeguate informazioni) degli strumenti di risanamento, tardano a formarsi nel nostro Paese studi professionali altamente qualificati nella *crisi d'impresa*.

La materia richiede non solo una profonda esperienza e conoscenza tecnica della normativa di riferimento, ma anche strutture professionali di adeguate dimensioni, che siano in grado di garantire all'imprenditore l'ampia e concorrente prestazione dei servizi dedicati che la situazione di crisi richiede, e che contempla competenze di natura concorsuale, societaria, giuslavoristica, contabile e fiscale, che debbono essere riversate in modo coordinato e rapido nel processo di ristrutturazione dell'impresa in crisi.

La presente Giuda si augura di fornire uno spunto di riflessione anche per quei professionisti che vogliono iniziare ad intraprendere un cammino di specializzazione in un settore un cui vi è ancora scarsissima offerta di strutture di qualità, pur a fronte di una crescente domanda di servizi e competenze dedicate da parte delle imprese.

Avv. Corrado Roda