

CIRCOLARE N. 33 DEL 25 OTTOBRE 2010

DIRITTO SOCIETARIO

Ristrutturazione del debito e risanamento delle imprese in crisi: le nuove norme introdotte dalla manovra finanziaria

ABSTRACT

Questa circolare illustra le modifiche alla legge fallimentare introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 in tema di misure urgenti in materia di stabilizzazione economica e finanziaria.

Le nuove norme hanno lo scopo di incentivare l'utilizzo dei nuovi istituti per la soluzione concordata della crisi d'impresa e chiarire alcune incertezze normative della disciplina fallimentare.

Le principali novità riguardano: l'estensione della prededuzione dei crediti a nuove fattispecie; l'anticipazione del blocco delle azioni esecutive nell'accordo di ristrutturazione alla fase delle trattative con i creditori; l'esenzione dai reati di bancarotta per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del piano attestato di cui all'art. 67 lett. d) l.f.. Sono state, infine, introdotte modifiche all'istituto della transazione fiscale.

PROVVEDIMENTI COMMENTATI

D.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122

* * *

INDICE

Introduzione	p. 4
1. La regola della prededuzione e il nuovo art. 182 <i>quater</i>	p. 5
1.1 I finanziamenti in procedura	p. 9
1.2 La finanza ponte	p.12
1.3 I finanziamenti dei soci	p.15
1.4 I compensi del professionista	p.17
1.5 La regola del voto	p.19
2. L'anticipazione del blocco delle azioni esecutive	p.20
2.1 Il procedimento e il ruolo del tribunale	p.21
3. L'esenzione dai reati di bancarotta	p.23
3.1 Esenzione dal reato di bancarotta semplice	p.24
3.2 Esenzione dal reato di bancarotta preferenziale	p.25
3.3 La nuova finanza e l'esenzione dai reati di bancarotta	p.26
4. Le modifiche all'istituto della transazione fiscale	p.28
4.1 Restrizione dell'ambito di applicazione	p.29
4.2 Documentazione necessaria	p.30
4.3 Revoca dell'accordo	p.31

Introduzione

Con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78¹, in tema di misure urgenti in materia di stabilizzazione economica, e finanziaria² sono state introdotte alcune importanti modifiche alla legge fallimentare. Le nuove disposizioni intendono colmare alcune lacune lasciate aperte dalle precedenti riforme, per rendere più efficienti i nuovi istituti del sistema concorsuale.

Con la riforma portata a compimento nel biennio 2005-2007 si è assistito a un radicale cambiamento del diritto fallimentare. Gli interventi normativi³ che in questo tempo si sono susseguiti hanno disegnato una nuova disciplina con l'obiettivo di salvaguardare l'attività d'impresa – o le parti di essa– ancora in grado di produrre ricchezza. A tal fine sono state, in particolare, valorizzate le soluzioni concordate della crisi con la modifica della disciplina del concordato preventivo e con l'introduzione di nuovi istituti: l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano attestato di risanamento.

Questo tipo di accordi avrebbe dovuto favorire una precoce emersione della crisi e consentirne una più rapida ed efficiente soluzione. Tuttavia, nella prassi sono stati scarsamente utilizzati, in ragione delle incertezze normative e delle lacune della disciplina.

Gli ostacoli allo sviluppo di questi istituti sono da ricondurre principalmente alle insufficienti garanzie per i finanziatori delle imprese in crisi, al persistente rischio di responsabilità anche penali per la sottoscrizione di accordi stragiudiziali, alle esigenze di protezione dalle esecuzioni individuali nella fase delle trattative con i creditori.

Il decreto in commento è intervenuto per colmare queste lacune e superare gli ostacoli che hanno fino ad ora disincentivato il ricorso alle soluzioni concordate della crisi, prevedendo in particolare: i) una nuova disciplina della prededuzione dei crediti in caso di fallimento successivo ad un concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione dei debiti; ii) l'esenzione dai reati di bancarotta per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati di cui all'art. 67 lett. d) l.f.; iii)

¹ D'ora in poi decreto.

² Convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 pubblicato sulla G.U. n. 176 del 30 luglio 2010, Suppl. Ord. n. 174.

³ Il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 è stato riformato in tre tempi attraverso: i) il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 che ha dettato i criteri di delega per la riforma del 2006; ii) il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; iii) il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

l'anticipazione del blocco delle azioni esecutive e cautelari nella fase antecedente la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese.

Queste modifiche, da tempo auspicate dal mondo economico, vanno nella direzione giusta anche se le nuove norme sollevano ancora qualche dubbio interpretativo. In particolare, come si dirà meglio in seguito, il nuovo art. 182 *quater* presenta alcune criticità per quanto riguarda la disciplina generale della prededuzione nel concordato preventivo e sulla procedura protettiva per gli accordi di ristrutturazione, che appare piuttosto articolata e complessa.

Il decreto, infine, ha modificato l'istituto della transazione fiscale previsto dall'art. 182 *ter* della legge fallimentare, con particolare riguardo a: i) ambito di applicazione ; ii) documentazione necessaria per proporre l'accordo transattivo; iii) revoca dell'accordo. Le novità fiscali fanno parte di un pacchetto di misure finalizzato a ottimizzare la riscossione dei tributi e la prevenzione degli abusi in materia tributaria. Non sono state invece introdotte misure volte a rendere fiscalmente più vantaggioso il ricorso ai nuovi istituti, che continuano ad essere un aspetto mancante della riforma.

Con la presente circolare si illustrano le nuove norme in materia fallimentare e si segnalano gli aspetti ancora critici della disciplina e le lacune normative che ancora sussistono.

1. **La regola della prededuzione dei crediti e il nuovo art. 182 *quater***

Nel sistema delineato dalla legge fallimentare i crediti prededucibili sono quelli che in sede di distribuzione delle somme derivanti dalla liquidazione dell'attivo fallimentare sono soddisfatti con precedenza e preferenza rispetto a tutti gli altri crediti⁴. La prededuzione si configura come una modalità di pagamento prioritaria del credito e trova la sua applicazione nel fallimento. Essa è strettamente legata alla procedura e il suo effetto viene meno alla chiusura della stessa. Se il credito prededucibile non è

⁴ L'art. 111 l.f. stabilisce al primo comma che le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate in primo luogo per il pagamento dei crediti prededucibili, seguono i crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge e i crediti chirografari. Questa disposizione è stata modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la sua formulazione originaria prevedeva, infatti, che nella distribuzione del ricavato delle vendite fallimentari si dovessero preferire a tutti gli altri crediti *le spese e i debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo fosse stato autorizzato*.

soddisfatto nel fallimento potrà, infatti, essere fatto valere successivamente nei confronti del debitore senza carattere di priorità. La prededucibilità è, dunque, una qualifica processuale, diversamente dalla prelazione che costituisce un carattere proprio del credito e non si esaurisce con il procedimento concorsuale⁵.

La soddisfazione del credito prededucibile comporta una deroga al principio della *par condicio creditorum*. Tale deroga si giustifica, tuttavia, in quanto la priorità e la certezza del pagamento di alcuni crediti consente lo svolgimento della procedura determinando un'utilità per tutta la massa dei creditori⁶.

In base alla regola generale contenuta nel secondo comma dell'art. 111 l.f. si considerano prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare. La norma detta tre diversi criteri per stabilire se un credito ha diritto a un pagamento prioritario e preferenziale: i) quello della qualifica legislativa; ii) quello dell'occasionalità; iii) quello funzionale⁷.

La qualifica di credito prededucibile può essere attribuita sia in maniera testuale sia mediante rinvio all'art. 111 l.f.⁸. Sono crediti prededucibili per legge, a titolo esemplificativo, quelli sorti in occasione dell'esercizio provvisorio dell'impresa⁹, nonché il credito del locatore dell'immobile ad un equo indennizzo per anticipato recesso del curatore nel caso di fallimento del conduttore¹⁰.

Il criterio dell'occasionalità implica che il credito sia sorto durante la procedura, dopo l'apertura del concorso, o comunque in relazione ad essa, come nel caso delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione della procedura stessa. Rientrano in questa categoria, ad esempio, le spese di giustizia relative alla dichiarazione di fallimento; il compenso del curatore; le spese per il funzionamento del comitato dei creditori, per

⁵ In tal senso v. C. MIELE, *Commento sub art. 111 l.f.*, in *La legge fallimentare*, a c. di M. Ferro, Padova, 2007, 870-879.

⁶ In tal senso v. Trib. Milano, 20 agosto 2009, in *Il fallimento*, 2009, 1413.

⁷ Per un attento esame della disciplina della prededuzione dei crediti prima delle modifiche introdotte dal decreto v. C. MIELE, *Commento sub art. 111 l.f.*, in *La legge fallimentare*, a c. di M. Ferro, Padova, 2007, 870-879; G. LIMITONE, *Commento sub art. 111 bis l.f.*, in *La legge fallimentare*, a c. di M. Ferro, Padova, 2007, 879-891; E. MATTEI, *Della ripartizione dell'attivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a c. di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 1265-1299.

⁸ In tal senso v. C. MIELE, *Commento sub art. 111 l.f.*, cit..

⁹ Art. 104, comma 8 l.f..

¹⁰ Art. 80 l.f..

l'apposizione dei sigilli, per la custodia dei beni del fallito; nonché gli oneri derivanti da contratti in corso; le spese giudiziali sostenute nelle cause promosse dalla curatela.

Il criterio funzionale, infine, consente di qualificare come prededucibili quei crediti che pur non derivando da attività direttamente svolta dagli organi fallimentari sono comunque strumentali alla procedura e diretti ad avvantaggiare il ceto creditorio nella sua globalità¹¹.

Il secondo comma dell'art. 111 l.f. è stato introdotto con la riforma del 2006 e ne rappresenta una grande novità in quanto consente di estendere la prededuzione anche ai crediti sorti nell'ambito di procedure concorsuali minori cui consegue il fallimento. Questa estensione va posta in relazione alla nuova filosofia della legge fallimentare volta a privilegiare il ricorso a soluzioni che favoriscono la conservazione dei complessi aziendali e la prosecuzione dell'attività d'impresa in luogo della liquidazione. Prima della riforma la soluzione principale alla crisi d'impresa era rappresentata dal fallimento. Ne derivava che i crediti cui riconoscere la prededuzione perché utili alla massa dei creditori erano soltanto quelli relativi alle spese necessarie per lo svolgimento della procedura di fallimento. La nuova legge muove invece dalla considerazione che un'impresa risanata può essere reinserita nel mercato e garantire ai creditori una soddisfazione maggiore rispetto a quella che deriverebbe loro da un fallimento. Le obbligazioni sorte in pendenza di una procedura diretta al risanamento possono, dunque, rappresentare un'utilità per tutti i creditori in caso di successo delle operazioni e non solo per chi ne sostiene gli oneri. Per tali ragioni si giustifica l'estensione della prededuzione ai crediti corrispondenti.

Tra le procedure nell'ambito delle quali possono maturare debiti in prededuzione rientrano il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato fallimentare e il concordato preventivo. Ne rimane, invece, escluso l'accordo di ristrutturazione dei debiti in ragione del carattere essenzialmente stragiudiziale della procedura, pur se taluni già ritenessero di estendere la regola generale della prededuzione a questo tipo di accordi previsto dalla legge fallimentare.

Con particolare riguardo al concordato preventivo si considerano crediti sorti in occasione o in funzione della procedura: i) nuovi finanziamenti concessi in pendenza della procedura e prima dell'omologazione, come mezzo per la conservazione dell'impresa e condizione indispensabile del piano di concordato; ii) nuovi

¹¹ Per un'elencazione completa dei crediti prededucibili v. A. TRINCHI, *Commento sub art. 111 l.f.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano, 2010, 1169-1218.

finanziamenti, da concedere una volta ottenuta l'omologazione della proposta, strumentali alla corretta esecuzione del concordato¹². Non si considera, invece, prededucibile a norma dell'art. 111, secondo comma, il finanziamento effettuato per ottenere l'accesso alla procedura, cd. finanziamento ponte.

In considerazione dell'importanza di favorire l'accesso a nuova finanza in tutti i casi in cui la crisi appare reversibile e transitoria, il nuovo intervento normativo ha esteso espressamente la regola della prededuzione agli accordi di ristrutturazione dei debiti, e ha consentito la garanzia del rimborso anticipato anche ai finanziamenti effettuati prima dell'apertura delle procedure (cd. finanza ponte).

Il decreto¹³ ha introdotto nella legge fallimentare il nuovo art. 182 *quater*, con il quale sono state previste specifiche ipotesi di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

La nuova disposizione prevede, infatti, che in caso di insuccesso del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nella procedura fallimentare che segue sono prededucibili:

- i) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari, in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti;
- ii) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dagli stessi soggetti in funzione della presentazione della domanda di ammissione al concordato o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (cd. finanziamento ponte);
- iii) i finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare, in deroga alla disciplina sui finanziamenti dei soci prevista dal codice civile (agli artt. 2467 e 2497 *quinquies*);
- iv) i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione che accompagna il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione.

Questa norma raggiunge sicuramente l'obiettivo di ampliare l'ambito dell'istituto della prededuzione e di favorire, in tal senso, la reperibilità di nuova finanza per le imprese in

¹² In tal senso v. L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, Il fallimento, 2008, 1077.

¹³ Art. 48, comma 1.

crisi. Tuttavia, la formulazione dell'art. 182 *quater* l.f. solleva un problema di coordinamento con la regola generale contenuta nell'art. 111, secondo comma l.f., con riguardo al concordato preventivo e con la disciplina civilistica della postergazione del finanziamento dei soci. Sotto il primo profilo la norma, infatti, sembra restringere ad una prima lettura l'ambito di applicazione della regola generale della prededuzione per il concordato preventivo. Con riguardo ai finanziamenti dei soci, invece, l'art. 182 *quater* introduce un regime in sede di fallimento diametralmente opposto a quello previsto dal codice civile.

1.1. I finanziamenti in procedura

La nuova norma¹⁴ stabilisce che sono prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.f., i crediti derivanti da finanziamenti che siano stati effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 TUB¹⁵, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

Con tale previsione viene espressamente riconosciuto che la regola della prededuzione opera anche per i crediti sorti nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Se ciò doveva già ritenersi pacifico per la prima tipologia di crediti¹⁶, analoghe conclusioni non venivano condivise per i crediti sorti in esecuzione dell'accordo ex 182 *bis*.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti si configura come una procedura stragiudiziale, volta a consentire una rapida definizione della crisi d'impresa. Esso si sostanzia in una proposta del debitore per il risanamento del suo debito, che deve ottenere il consenso di almeno il 60% dei creditori. Il tribunale è chiamato a omologare l'accordo in un momento successivo al raggiungimento del consenso, e i creditori estranei all'accordo

¹⁴Art. 182 *quater*, primo comma, l.f.

¹⁵ Si deve segnalare che dopo la pubblicazione in gazzetta ufficiale della legge di conversione del decreto in commento è stata modificata con il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 la disciplina degli intermediari finanziari contenuta nel Testo unico bancario. Le nuove disposizioni definiscono uno statuto normativo unico per gli intermediari autorizzati a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico, prevedendo un unico albo previsto dall'art. 106 TUB in cui questi devono essere iscritti. L'art. 10, comma 9 del decreto 141/2010 stabilisce che a decorrere dalla sua entrata in vigore tutte le disposizioni legislative che fanno riferimento agli intermediari iscritti agli elenchi di cui agli artt. 106 e al 107 TUB si intendono riferite agli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui al 106 nella sua nuova formulazione.

¹⁶ Il concordato preventivo si qualifica propriamente come una procedura concorsuale durante la quale possono sorgere crediti prededucibili a norma dell'art. 111, comma 2 l.f.. Nonostante l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia privata nell'ambito del nuovo concordato preventivo, esso si caratterizza comunque per la realizzazione del concorso dei creditori sotto il controllo degli organi della procedura nominati dal Tribunale.

vengono pagati secondo le condizioni del proprio credito. Con il decreto di omologa il tribunale non apre una procedura concorsuale, né nomina organi che vigilino sull'esecuzione dell'accordo. Secondo alcuni, l'assenza di una previsione espressa e il carattere stragiudiziale della procedura impedivano di considerare crediti prededucibili quelli sorti in occasione o in funzione dell'accordo stesso.

Il mancato riconoscimento a tali crediti della garanzia del rimborso anticipato nell'eventuale successivo fallimento è stata ritenuta una delle principali cause della scarsa utilizzazione di questo istituto. Il successo di un accordo di ristrutturazione presuppone, infatti, l'erogazione di nuova finanza che consenta di soddisfare le obbligazioni assunte in forza del piano posto alla base dell'accordo stesso. Senza la garanzia della prededuzione il potenziale finanziatore sarebbe chiamato ad accollarsi il rischio d'insuccesso dell'operazione di ristrutturazione e di venire soddisfatto solo nel successivo fallimento insieme agli altri creditori secondo le regole del concorso. In un tale contesto difficilmente l'imprenditore otterrebbe i finanziamenti necessari per l'esecuzione dell'accordo.

Il nuovo art. 182 *quater* ha espressamente ampliato l'ambito della prededuzione anche ai crediti sorti in esecuzione di accordi di ristrutturazione allo scopo di incentivarne l'uso.

Affinché la regola possa operare devono ricorrere però due condizioni: i) il finanziamento cui corrisponde il credito deve essere erogato da soggetti specializzati; ii) il credito deve essere sorto in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione che sia stato omologato. Entrambe le condizioni non sono, invece, richieste dall'art. 111, secondo comma l.f., che rimane la regola generale in tema di prededuzione. Un'interpretazione letterale della norma potrebbe condurre a una restrizione dell'ambito di applicazione non solo per la fattispecie nuova, cioè gli accordi di ristrutturazione, ma anche per il concordato preventivo per il quale già vigeva una regola più estensiva.

Le finalità specifiche del nuovo art. 182 *quater* l.f. dovrebbero, tuttavia, indurre a privilegiare un'interpretazione sistematica e coerente delle regole sulla prededuzione. Si deve ritenere, al riguardo, che l'art. 111 continui a disciplinare, per la parte generale, la regola della prededuzione per il concordato preventivo, mentre l'art. 182 *quater* aggiunge, anche per questo istituto, la possibilità di accedere a finanziamenti in funzione della domanda di ammissione alla procedura di concordato. La nuova

disposizione mira, infatti, ad estendere l'area della prededuzione agli accordi di ristrutturazione¹⁷ e sarebbe incoerente ritenere che la nuova norma riconosca il beneficio a crediti che in precedenza erano esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 111, secondo comma, l.f. e allo stesso tempo lo sottragga a quelli per i quali era già previsto dalla norma stessa.

Questa linea interpretativa vale anche per la limitazione relativa ai soggetti (professionali) che erogano il finanziamento, applicabile al concordato preventivo solo con riguardo ai cd. finanziamenti ponte, ma non per i finanziamenti concessi nell'alveo della regola generale (art. 111, secondo comma l.f.).

Per gli accordi di ristrutturazione, invece, l'art. 182 *quater*, 1° comma, prevede che il soggetto che eroga debba necessariamente essere un investitore professionale, qualunque sia il tipo di finanziamento concesso.

Anche con riguardo al requisito dell'omologa va fatta una distinzione nella disciplina degli accordi e del concordato. A tale riguardo l'art. 111, secondo comma l.f. ritiene sufficiente ai fini della prededuzione che il credito sia sorto in occasione o in funzione della procedura e sia dunque legato ad essa da un nesso genetico-funzionale. L'interpretazione letterale del nuovo art. 182 *quater* potrebbe indurre a ritenere anche con riguardo al concordato preventivo, che per la prededuzione nel successivo fallimento sia necessaria l'omologa dello stesso. Ciò in quanto nel sistema delineato dalla legge fallimentare la fase dell'esecuzione segue l'omologazione del concordato da parte del tribunale. Resterebbero in tal modo esclusi dalla garanzia della prededuzione i finanziamenti effettuati dopo l'ammissione alla procedura, ma prima dell'omologa¹⁸. A tale interpretazione letterale deve invece essere preferita un'interpretazione che tenga conto sia della finalità di favore sottese alla norma e la lettura sistematica della nuova disposizione: questi finanziamenti già prima della modifica in commento si consideravano prededucibili, da un lato, in forza dell'art. 111, secondo comma perché sorti in occasione del concordato, dall'altro in base alla previsione contenuta nell'art. 167 l.f. secondo la quale l'autorizzazione scritta del giudice delegato rende gli atti opponibili ai creditori anteriori¹⁹

¹⁷ In tal senso v. Relazione illustrativa al decreto.

¹⁸ Sono questi i finanziamenti strumentali alla conservazione dell'impresa, come quelli necessari per il pagamento di fornitori e dipendenti.

¹⁹ In tal senso v. anche M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il fallimento*, 8, 2010, 898-907.

Si deve, inoltre, segnalare che la nuova disposizione ha esteso la garanzia della prededuzione anche ai finanziamenti necessari per accedere alla procedura (cd. finanza ponte)²⁰, richiedendo come condizione l'ammissione al concordato preventivo in luogo dell'omologa dello stesso. Se si ritenesse, dunque, che per la prededuzione del finanziamento in procedura fosse necessaria l'omologa si realizzerebbe una paradossale situazione in cui i crediti sorti prima dell'ammissione alla procedura²¹ e quelli sorti dopo l'omologazione sarebbero prededucibili. Al contrario, quelli sorti durante la procedura e sotto la vigilanza degli organi giudiziari, non sarebbero coperti da analoga garanzia nel caso in cui l'accordo non venisse omologato.

Diverso discorso vale, invece, per i crediti sorti nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti. In tal caso, infatti, l'omologa è espressamente richiesta come condizione necessaria e indispensabile per la prededuzione. Questo requisito produce l'effetto negativo di spostare sui finanziatori il rischio dell'approvazione delle misure di risanamento, in quanto la garanzia di rimborso prioritario del loro credito opera solo se si verifica quella condizione – l'omologa – che eventualmente si realizzerà alla fine della procedura.

La ratio della diversità di disciplina della prededuzione, tra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, va ricercata nell'esigenza, sottolineata dal legislatore nella relazione alle norme, di agevolare il ricorso ai nuovi istituti concordatari e a nuove forme di finanziamento, mantenendo sufficienti garanzie per la massa dei creditori. Garanzie che nel concordato sono rappresentate dalla procedura giudiziale e che, invece, vanno mantenute sempre nel caso dei finanziamenti ponte, concessi prima dell'avvio della procedura.

1.2 I finanziamenti ponte

Accanto alla prededuzione dei crediti sorti in procedura la nuova norma²² riconosce la garanzia del rimborso anticipato ai c.d. 'finanziamenti ponte', e cioè ai crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche e intermediari specializzati²³ in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

²⁰ Art. 182 *quater* secondo comma, v. par. 1.2.

²¹ In una fase in cui non è possibile neppure prevedere se il concordato avrà successo.

²² Art. 182 *quater* secondo comma, l.f..

²³ Iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 del TUB.

Questa disposizione rappresenta una vera novità della disciplina, da tempo auspicata. Con la riforma, infatti, la possibilità riconosciuta all'imprenditore di scegliere soluzioni alternative al fallimento, con prosecuzione dell'attività imprenditoriale, non era stata accompagnata dal riconoscimento di idonee garanzie per quei soggetti chiamati ad investire nel processo di risanamento nella sua fase genetica.

Tra il manifestarsi dello stato di crisi e la scelta dell'imprenditore di ricorrere ad un concordato preventivo o a un accordo di ristrutturazione dei debiti l'impresa necessita di liquidità per rimanere in vita e conservare la sua capacità produttiva. Prima delle modifiche in commento l'erogazione di finanziamenti in questa fase era caratterizzata da un rischio contrattuale molto elevato per il finanziatore, chiamato a valutare il merito del credito esclusivamente sulla base di un giudizio ex ante sulle concrete prospettive di recupero dell'impresa. L'incertezza dell'esito delle operazioni di ristrutturazione scoraggiava significativamente l'erogazione di questi finanziamenti. In caso di successivo fallimento le possibilità di recupero del credito erano subordinate alle regole del concorso e quindi molto ridotte.

La nuova norma, l'art. 182 *quater* 2° comma, riconoscendo la prededuzione ai finanziamenti strumentali all'accesso alle soluzioni concordate, sposta il rischio dell'insuccesso dell'operazione dai finanziatori alla massa dei creditori. Ciò si giustifica in base al fatto che in caso di buon esito dell'operazione stessa i creditori potranno trarre maggiore soddisfazione di quella che deriverebbe loro dalla procedura di fallimento.

Tuttavia, il rimborso integrale e prioritario di questi finanziamenti in caso di fallimento riduce ulteriormente le risorse da distribuire ai creditori concorsuali, pregiudicando i diritti di questi ultimi. Per realizzare il bilanciamento degli interessi in gioco la norma richiede due condizioni: i) il finanziamento deve essere previsto dal piano o dall'accordo; ii) la prededuzione deve essere espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato o omologa l'accordo.

Il beneficio quindi non è automatico ed è sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria in funzione di garanzia della massa dei creditori concorsuali.

Con riguardo al concordato preventivo, la prededucibilità del finanziamento viene garantita solo se lo stesso finanziamento venga ritenuto dal giudice conforme al piano

che lo prevedeva nonché funzionale rispetto ad esso. Per l'accordo di ristrutturazione è necessaria, invece, la ben più onerosa omologa dell'accordo stesso.

Si deve segnalare che il secondo comma dell'art. 182 *quater* nella formulazione introdotta dal d.l. 78 del 2010 richiedeva l'omologa come condizione della prededuzione anche per i finanziamenti contratti per l'accesso alla procedura di concordato preventivo. La previsione era espressione di una precisa scelta del legislatore – evidenziata nella relazione illustrativa – di riconoscere il beneficio solo in presenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria, in modo da incentivare l'erogazione della nuova finanza, garantendo al contempo la tutela della massa dei creditori. Questa disposizione è stata, tuttavia, fortemente criticata, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legge che la prevedeva²⁴.

L'omologa di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti costituisce, infatti, una fase solo eventuale della procedura di risanamento. Nel momento in cui al potenziale finanziatore viene richiesta l'erogazione del finanziamento ponte questi non ha gli strumenti necessari per sapere se il concordato o l'accordo verranno omologati e, quindi, non può avere certezza del recupero del suo credito.

La previsione della condizione dell'omologa avrebbe finito per realizzare l'effetto opposto a quello auspicato, scoraggiando i potenziali finanziatori. Per tale ragione, in sede di conversione in legge del decreto la norma è stata modificata, anche se con riguardo al solo concordato preventivo, nel quale è richiesto che la prededuzione sia disposta nel decreto di ammissione alla procedura.

La protezione al finanziatore, nel concordato, viene quindi accordata nel momento in cui la procedura viene aperta e a prescindere dal fatto che il concordato possa poi essere risolto o non omologato. Ciò consente di tutelare, da un lato, l'interesse del finanziatore ad avere certezza del rimborso del suo credito prima dell'omologa e, dall'altro, l'interesse della massa dei creditori. Questi ultimi, infatti, nell'autorizzazione del tribunale al finanziamento riconoscono la garanzia della strumentalità e necessità dello stesso per il buon esito dell'operazione di risanamento²⁵.

²⁴ V. per tutti L. STANGHELLINI, Diritto fallimentare ritorno all'età della pietra, in www.la voce.info.

²⁵ Si deve segnalare che prima dell'entrata in vigore della norma per ovviare al problema del finanziamento ponte nella prassi spesso veniva presentata una domanda di ammissione alla procedura incompleta con richiesta di autorizzazione del tribunale all'accensione di un finanziamento. In tal modo la prededuzione veniva garantita attraverso la riconduzione del finanziamento all'interno della procedura e, quindi, nell'ambito di applicazione dell'art. 111, 2 co. l.f..

La necessità dell'omologa come condizione per il riconoscimento della prededuzione rimane, tuttavia, per l'accordo di ristrutturazione dei debiti. Nella valutazione del legislatore è prevalsa in questo caso la considerazione che la diversa struttura di questo istituto – caratterizzata dall'intervento del tribunale solo nella sua fase finale – non consente di prevedere un momento antecedente cui ancorare la prededuzione, senza che sia pregiudicato l'interesse della massa.

1.3 I finanziamenti dei soci

Il favore verso le prospettive di continuità aziendale durante il periodo necessario per la predisposizione del piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, costituisce la ragione dell'estensione della prededuzione anche ai finanziamenti effettuati dai soci. La nuova norma²⁶ prevede, infatti, che sono prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.f., i finanziamenti effettuati dai soci fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare, in deroga agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* del codice civile.

Si deve ricordare che l'art. 2467 c.c. disciplina il finanziamento dei soci a favore della società a responsabilità limitata prevedendo che, in sede fallimentare²⁷, il suo rimborso è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società deve essere restituito. In forza dell'art. 2497 *quinquies* analogo trattamento è previsto per il finanziamento effettuato alla società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti.

La regola della postergazione opera per quei finanziamenti concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento. Questi finanziamenti sono considerati anomali in quanto sostitutivi del capitale di rischio²⁸. Essi sono assimilati ai conferimenti e, come tali, il trattamento che

²⁶ Art. 182 *quater*, terzo comma l.f..

²⁷ Si deve segnalare come sia dibattuto in dottrina se tali disposizioni operino soltanto nell'ipotesi in cui la società versi in uno stato di insolvenza (tesi processualistica) oppure se la regola della postergazione si applichi anche quando l'impresa è *in bonis* o in caso di liquidazione volontaria (tesi sostanzialistica). Per una ricostruzione del dibattito si veda Circ. Assonime, *Il finanziamento della Società a responsabilità limitata*, n. 40, 17 luglio 2007.

²⁸ Sul tema dei finanziamenti anomali dei soci si veda approfonditamente G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 1**, Torino, 2004, 3-168.

ricevono nel fallimento è opposto a quello della prededuzione: devono cioè essere soddisfatti nel fallimento solo successivamente ai creditori chirografari.

La finalità sottesa alla disciplina prevista dagli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. è quella di garantire una tutela rafforzata dei terzi in caso di insolvenza della società. Il rimedio della postergazione è, infatti, strumentale alla conservazione del patrimonio netto su cui i creditori esterni possono rivalersi in sede di procedura concorsuale²⁹. Questi principi posti a tutela del rischio di sottocapitalizzazione delle società e di un uso distorto delle regole sul capitale sono ritenuti fondamentali da autorevole dottrina³⁰ e riconosciuti quali principi generali dell'ordinamento, applicabili a tutte le società.

La nuova disciplina introduce una deroga significativa a queste disposizioni³¹ opponendo alla regola della postergazione quella inversa del rimborso prioritario e preferenziale di questi finanziamenti, anche se limitatamente all'ottanta per cento del loro ammontare.

In prima analisi si potrebbe ritenere che l'esigenza di tutela dei creditori posta alla base della disciplina civilistica del finanziamento venga in tal modo posta in subordine rispetto alla tutela dei soci, cioè di quegli stessi soggetti che con le proprie scelte potrebbero aver contribuito a determinare il dissesto della società. Il riconoscimento della prededuzione al finanziamento del socio sposta il rischio d'impresa sui creditori esterni: se il tentativo di risanamento fallisce si riduce ulteriormente la quota di distribuzione del ricavato che spetterebbe ai creditori anteriori in caso di fallimento e il socio concorrerà con questi per il recupero del credito; se invece il risanamento ha successo il socio-finanziatore beneficerà doppiamente del ritorno *in bonis* della società, perché soddisferà sia le sue esigenze di credito, sia quelle di remunerazione della partecipazione al capitale della società.

Tuttavia l'estensione della prededuzione anche ai finanziamenti dei soci risponde essenzialmente alla necessità di favorire il reperimento di tutte le risorse necessarie per consentire il risanamento dell'impresa in crisi. La possibilità di ottenere il credito dai

²⁹ Per un attento esame della disciplina del finanziamento dei soci e della dottrina sul tema si veda G. BALP, *Commento sub art. 2467 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata*, a c. di L. A. Bianchi, 2008, Milano, 227-302.

³⁰ V. G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, cit..

³¹ Si deve ritenere che la portata della deroga sia più ampia se si segue la tesi processualistica nell'interpretazione degli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c.. Se infatti la postergazione viene considerata esclusivamente come una regola posta a tutela della parità di trattamento tra i creditori sociali, con operatività limitata all'ambito delle procedure concorsuali, l'ambito residuo di applicazione della disciplina civilistica rimane limitato alla percentuale del 20 % del finanziamento.

propri soci può risultare più conveniente per la stessa società con riferimento sia ai tempi sia ai costi dell'operazione, rispetto al ricorso al credito bancario. Talvolta, poi, l'erogazione di un finanziamento da parte di un socio può costituire l'unica possibilità per accedere ad una soluzione concordata della crisi a fronte della difficoltà di reperire nuova finanza. La deroga alla disciplina prevista dagli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. può rispondere, inoltre, anche all'esigenza di incentivare le operazioni di *turnaround*, favorendo ulteriori finanziamenti da parte di soggetti che in ragione dell'investimento effettuato subentrano nella compagine sociale.

1.4 I compensi del professionista

Il beneficio della prededuzione è, infine, riconosciuto al compenso del professionista incaricato dell'attestazione di fattibilità-ragionevolezza del piano di concordato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti³². Anche in tal caso però la norma richiede che la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo o l'accordo sia omologato.

Nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa il professionista svolge un ruolo fondamentale ai fini della tutela dei terzi e il suo intervento costituisce elemento necessario e indefettibile per ottenere l'omologa sia del concordato preventivo che dell'accordo. Nel primo caso è chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano³³. Nel secondo attesta, invece, l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei³⁴. In entrambi i casi l'attestazione costituisce il risultato della verifica della ragionevolezza del piano e della sua idoneità a condurre al risanamento dell'impresa³⁵. Essa consiste quindi in un giudizio di verifica informata e diligente sui presupposti del piano, sulla logicità e ragionevolezza delle analisi e previsioni e sulle metodologie usate.

L'attestatore per pervenire alla formulazione del suo giudizio deve, tra l'altro: i) accertare che i dati previsionali siano stati redatti sulla base di principi contabili omogenei rispetto ai principi utilizzati per la preparazione dei bilanci; ii) confrontare e valutare la coerenza delle ipotesi poste a fondamento del piano con il quadro

³² Art. 182 *quater*, quarto comma l.f..

³³ Art. 161, comma terzo, l.f..

³⁴ Art. 182 *bis* l.f..

³⁵ In tal senso V. L. STANGHELLINI, *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi – Prima edizione 2010*, disponibile sul sito www.assonime.it.

macroeconomico e di settore; iii) accertare la coerenza dei dati revisionali rispetto alle ipotesi eseguendo sia procedure di verifica dell'accuratezza dei dati elaborati, sia analisi in merito alla coerenza interna di tali dati; iv) analizzare con particolare attenzione le variabili del piano che potrebbero avere un elevato tasso di volatilità e modificare quindi significativamente i risultati attesi³⁶.

L'assunzione di tali compiti e lo svolgimento di queste attività implica costi e giustifica compensi, a prescindere dall'esito dell'operazione di ristrutturazione³⁷. L'incertezza di recuperare il credito per l'opera prestata in caso di un eventuale successivo fallimento, può inficiare la serietà del lavoro svolto e l'obiettività del giudizio del professionista. Per tali ragioni si è ritenuto opportuno estendere il beneficio della prededuzione anche a questi compensi.

Così come per i finanziamenti ponte anche per i crediti del professionista è necessario il vaglio dell'autorità giudiziaria. La norma richiede, infatti, che la prededuzione sia prevista nel decreto di ammissione al concordato preventivo e che l'accordo sia omologato³⁸. Tale previsione si pone in linea con quell'orientamento giurisprudenziale³⁹ che già riconosceva questo beneficio al compenso del professionista attestatore in forza di un'interpretazione estensiva dell'art. 111, secondo comma l.f.⁴⁰, purché però la procedura fosse stata almeno aperta. Secondo tale orientamento, infatti, la ratio del trattamento preferenziale doveva essere ravvisata nel fatto che la prestazione professionale avesse consentito l'accesso alla procedura, quale forma di tutela dell'interesse collettivo.

Se da un lato la nuova norma riconosce espressamente la prededuzione al suo compenso, dall'altro il professionista può avere certezza della stessa non nel momento in cui svolge il suo incarico, ma solo successivamente all'apertura della procedura nel concordato e a conclusione della stessa nell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

³⁶ Sul ruolo e sui compiti del professionista v. L. STANGHELLINI, *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi – Prima edizione 2010*, cit..

³⁷ Il professionista è chiamato, infatti, ad effettuare un giudizio prognostico sulla capacità di recupero della solvibilità dell'impresa e l'insuccesso del concordato o dell'accordo non comporta una sua automatica responsabilità, salvo il caso della negligenza.

³⁸ Tale previsione non era richiesta nella formulazione originaria della norma, ma è stata introdotta in sede di conversione in legge del decreto.

³⁹ Trib. Milano 20 agosto 2009, Trib Udine, 15 ottobre 2008, in *Il fallimento* 12/2009, 1413-1414.

⁴⁰ In quanto credito sorto in funzione della procedura. Nega, invece, che il compenso del professionista possa rientrare nell'ambito di applicazione del 111 e precisamente nella locuzione in occasione o in funzione della procedura c. MIELE, *Commento sub art. 111 l.f.*, cit..

Pur ampliando la platea dei creditori “preferiti”, la norma è apprezzabile in quanto consente l’ingresso di qualificate professionalità nella fase della ristrutturazione e completa il quadro delle regole che favoriscono la continuità dell’impresa.

1.5 La regola del voto

L’estensione della prededuzione ad un’ampia categoria di soggetti impone la previsione di un correttivo fondamentale: l’esclusione del diritto di voto nel concordato e nell’accordo. Il nuovo art. 182 *quater*, ultimo comma l.f. prevede, infatti, che con riferimento ai crediti dichiarati prededucibili dai precedenti commi della stessa, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo per l’approvazione del concordato, nonché dal computo della percentuale del 60% dei crediti necessario per ottenere l’omologa dell’accordo.

Questa disposizione è volta ad evitare che quegli stessi soggetti cui per legge viene riconosciuta la certezza del pagamento integrale e prioritario del loro credito in caso di insuccesso dell’operazione di ristrutturazione, possano incidere sull’approvazione del concordato o sul raggiungimento del consenso nell’accordo di ristrutturazione, in danno alla massa dei creditori.

I finanziatori cui viene riconosciuta la prededuzione del credito sono incentivati ad investire nel risanamento perché – seppur alle condizioni sopra esposte – recupereranno comunque per l’intero il finanziamento erogato. Diversa è la posizione di quei creditori ai quali questo beneficio non è accordato. Questi al momento del voto devono valutare la convenienza del concordato o dell’accordo anche alla luce della mole dei crediti prededucibili, posto che in caso di fallimento tali crediti riducono la quota di attivo distribuibile. Se tale valutazione portasse a ritenere la percentuale di soddisfazione insufficiente voterebbero in senso sfavorevole, ma sarebbero comunque vincolati al concordato se ai creditori che godono della prededuzione non fosse precluso il voto. Con riguardo all’accordo di ristrutturazione, nel quale i creditori estranei all’accordo devono essere soddisfatti per l’intero e a regolare scadenza, rischierebbero, invece, di veder depauperato il patrimonio dell’impresa in tentativi di risanamento non adeguatamente ponderati.

Finalità della norma è, dunque, essenzialmente quella di evitare il conflitto di interessi cui può incorrere chi vanta un credito prededucibile e di tutelare la massa dei creditori anteriori⁴¹.

⁴¹ Si segnala come analoghe previsioni siano previste per il voto dei creditori privilegiati nel concordato preventivo (art. 177 l.f.) e nel concordato fallimentare (art. 127 l.f.). Tali disposizioni sono sorrette dalla

2. L'anticipazione del blocco delle azioni esecutive

La seconda importante novità introdotta dal decreto⁴² riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti. La disciplina di questo istituto è stata integrata con la previsione di un procedimento – su istanza del debitore – finalizzato ad ottenere l'anticipazione della sospensione delle azione esecutive e cautelari dei creditori già nel corso delle trattative con gli stessi.

Allo stesso procedimento il debitore può ricorrere per impedire ai creditori di acquisire titoli di prelazione successivi al sorgere del credito⁴³.

Le nuove norme rispondono all'esigenza, da tempo avvertita, di proteggere il patrimonio del debitore dalle azioni individuali dei creditori prima del perfezionamento dell'accordo. Prima delle modifiche, infatti, il meccanismo di protezione operava automaticamente dalla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e aveva una durata limitata a 60 giorni da tale data⁴⁴. In tal modo le azioni individuali dei creditori venivano impedito nella sola fase tra la pubblicazione dell'accordo (che ha ricevuto già il consenso di una maggioranza qualificata dei creditori) e l'omologa dello stesso da parte del tribunale.

Questo meccanismo, tuttavia, aveva subito evidenziato nella prassi l'insufficienza del suo effetto protettivo. La caratteristica fondamentale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è la sua articolazione in due fasi: l'una stragiudiziale e l'altra giudiziale. La prima rimessa all'autonomia delle parti. In tale fase il debitore predispone un piano di risanamento, intraprende le trattative con i creditori e negozia con loro le adesioni all'accordo. Lo svolgimento di questa attività può richiedere anche tempi considerevoli. Nella seconda fase l'accordo viene reso pubblico per consentire ai creditori estranei all'accordo di formulare le opposizioni e lo stesso accordo viene sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria per ottenere l'omologa. La fase delle trattative è essenziale e

medesima *ratio* della nuova norma. Questi creditori possono, tuttavia, votare se rinunciano anche parzialmente al loro diritto di prelazione. In tal caso per la parte del credito non coperta da garanzia sono equiparati ai chirografari.

⁴² Art. 48, secondo comma.

⁴³ Quest'ultima previsione è stata introdotta in sede di conversione in legge del decreto.

⁴⁴ Art. 182 *bis*, terzo comma. E' opportuno segnalare come tale disposizione sia stata introdotta con il decreto correttivo 12 settembre 2007, n. 169 non essendo prevista alcuna sospensione nella formulazione originaria della norma. Questa circostanza era stata evidenziata come uno dei principali difetti della norma e come una delle ragioni che disincentivavano il ricorso all'istituto. In tal senso, tra gli altri, V. A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione e tutela giudiziaria"*, in *Il fallimento*, 12, 2005, 1453-1458.

prodromica rispetto alla seconda: l'esercizio di azioni individuali durante la stessa può pregiudicare il perfezionamento dell'accordo e vanificare il tentativo di risanamento. Per tali ragioni è fondamentale eliminare in questo momento eventuali azioni esecutive individuali e consentire ai creditori aderenti di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti⁴⁵.

L'anticipazione del blocco delle azioni esecutive e cautelari alla fase delle trattative, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione non operano automaticamente per effetto di disposizione di legge⁴⁶, ma necessitano di un'apposita istanza del debitore. Il procedimento è molto complesso ed è caratterizzato dall'intervento del tribunale in funzione di tutela dei diritti dei creditori estranei all'accordo⁴⁷.

2.1 Il procedimento⁴⁸ e il ruolo del tribunale

L'imprenditore può richiedere il divieto di iniziare o proseguire azioni individuali nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo depositando presso il tribunale del luogo in cui ha sede principale l'impresa:

- a) la documentazione necessaria per la richiesta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione⁴⁹;
- b) la proposta di accordo;
- c) l'autocertificazione dell'imprenditore, che attesti che sulla proposta stessa sono in corso trattative con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti;

⁴⁵ In tal senso v. Relazione illustrativa al decreto.

⁴⁶ Come avviene, invece, nella fase successiva alle trattative in base a quanto previsto dall'art. 182 *bis* terzo comma l.f..

⁴⁷ In tal senso v. Relazione illustrativa al decreto.

⁴⁸ Il procedimento per ottenere l'anticipazione del blocco delle azioni esecutive e il divieto di acquisire titoli di prelazione è delineato dai nuovi sesto, settimo e ottavo comma dell'art. 182 *bis* l.f. introdotti dall'art. 48, comma 2 del decreto.

⁴⁹ Si ricorda che tale documentazione - richiesta dall'art. 161 l.f. per il concordato preventivo e richiamata dall'art. 182 *bis* per l'accordo di ristrutturazione dei debiti - consiste in: a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; e) la relazione del professionista.

- d) la dichiarazione del professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) l.f. circa l'idoneità della proposta – se accettata – ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

L'istanza di sospensione deve essere pubblicata nel registro delle imprese. Dal giorno della pubblicazione essa produce l'effetto del blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati.

Entro trenta giorni dal deposito dell'istanza il tribunale, verificata la completezza della domanda, fissa con decreto un'udienza, disponendo la comunicazione a tutti i creditori della documentazione. In tale udienza il tribunale accerta che sussistano i presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione dei debiti (con particolare riguardo al consenso dei creditori che rappresentino il 60 % dei crediti), nonché che vi siano le condizioni per pagare regolarmente i creditori che non partecipano alle trattative.

Qualora tali verifiche abbiano esito positivo il tribunale, con decreto motivato, dispone il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari, e di acquisire titoli di prelazione. Con tale decreto fissa, inoltre, il termine di non oltre 60 giorni entro il quale l'imprenditore deve depositare l'accordo di ristrutturazione e la relazione del professionista⁵⁰ sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Il decreto di sospensione deve essere pubblicato nel registro delle imprese ed è reclamabile dinanzi alla Corte d'Appello nel termine di quindici giorni dalla sua pubblicazione.

Dal momento della presentazione dell'accordo definitivo decorrono, inoltre, gli ulteriori sessanta giorni di sospensione già previsti dalla precedente disciplina e trovano applicazione le disposizioni dell'art. 182 *bis* relative alla procedura per ottenere l'omologa⁵¹.

Si è detto sopra che lo scopo delle nuove norme è quello mettere al riparo la fase delle trattative per la conclusione dell'accordo di ristrutturazione dalle azioni individuali dei creditori. Tuttavia, il procedimento per ottenere l'effetto protettivo è molto complesso e anticipa l'intervento del tribunale in una fase che nella logica dell'istituto sarebbe

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 1 l.f..

⁵¹ V. art. 182 *bis*, secondo, terzo, quarto e quinto comma.

rimessa all'autonomia delle parti. Il legislatore ha inteso temperare le esigenze di protezione del debitore per arrivare all'accordo con quelle dei creditori estranei prevedendo in questa fase che venga garantita la piena informazione sulla crisi e sul piano a tutti i creditori. Va ricordato, tuttavia, che la richiesta di anticipazione della sospensione costituisce soltanto una facoltà e non un obbligo per il debitore. Inoltre, la necessità di depositare la stessa documentazione necessaria per ottenere l'omologa dell'accordo⁵² può produrre l'effetto positivo di far emergere tempestivamente la crisi e di pervenire a una più rapida soluzione della stessa.

3. L'esenzione dai reati di bancarotta

In sede di conversione in legge del decreto è stato introdotto⁵³ il nuovo art. 217 *bis* l.f., secondo il quale le disposizioni penali in tema di bancarotta preferenziale⁵⁴ e di bancarotta semplice⁵⁵ non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato e del piano di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) l.f..

La nuova norma assume una rilevanza fondamentale per incentivare l'utilizzo delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Essa, infatti, elimina ogni incertezza sulle conseguenze penali connesse alle operazioni compiute nell'ambito di ristrutturazioni aziendali attraverso l'espressa esclusione della responsabilità.

In attesa di una riforma completa dei reati fallimentari⁵⁶ l'esigenza dell'esenzione prevista dal nuovo art. 217 *bis* l.f. era stata segnalata dagli operatori, perché necessaria ad eliminare il contrasto lasciato aperto dalla riforma⁵⁷ tra la disciplina

⁵² Anche la relazione del professionista attestatore ha un contenuto analogo a quella richiesta per la successiva omologa.

⁵³ Art. 48, comma 2 *bis* del decreto .

⁵⁴ Art. 216, terzo comma l.f..

⁵⁵ Art. 217 l.f..

⁵⁶ Si deve al riguardo ricordare che è pendente in Commissione Giustizia II e Attività produttive X un disegno di legge delega (ddl AC-1741) al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali. L'art. 2 del ddl contiene la delega al Governo per la riforma della disciplina penale fallimentare. Nell'ambito dei lavori la Commissione ha indetto un'indagine conoscitiva a cui Assonime ha partecipato.

⁵⁷ Si deve ricordare, infatti, che la riforma portata a compimento nel biennio 2005-2007 (con il decreto legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito dalla legge delega 80 del 14 maggio 2005; il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 e con il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007) non è mai intervenuta sulla disciplina dei reati.

civilistica della crisi d'impresa e quella penale. Secondo alcuni, peraltro, l'espressa esenzione dall'azione revocatoria delle soluzioni concordate prevista dalla legge fallimentare avrebbe già dovuto escludere automaticamente le responsabilità penali dei soggetti che erogano i finanziamenti in applicazione degli accordi esenti da revocatoria in virtù del principio di coerenza che vige nel nostro ordinamento⁵⁸.

Con Il nuovo art. 217 *bis* condotte già qualificate lecite dal punto di vista sostanziale⁵⁹ cessano espressamente di avere rilevanza penale e viene meno ogni rischio di incorrere in responsabilità sia per il debitore sia per i creditori che abbiano cercato di risolvere la crisi con strumenti predisposti dall'ordinamento⁶⁰.

3.1 Esenzione dal reato di bancarotta semplice

La bancarotta semplice è un reato proprio dell'imprenditore che viene dichiarato fallito. Le condotte che integrano il fatto di reato sono molteplici⁶¹ e consistono nell'aver: i) fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla condizione economica; ii) consumato una notevole parte del patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; iii) compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; iv) aggravato il dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di fallimento; v) non aver soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare; vi) non aver tenuto regolarmente le scritture contabili nei tre anni precedenti il fallimento.

La pena prevista è quella della reclusione da sei mesi a due anni.

⁵⁸ La stessa Cassazione ha più volte affermato che l'interesse tutelato dal reato di bancarotta preferenziale coincide con l'interesse tutelato dalle norme dedicate alle revocatorie fallimentari, ne dovrebbe dunque conseguire che un atto non revocabile non dovrebbe essere rilevante a fini penali.

⁵⁹ Si pensi alla tutela civile accordata ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, un accordo di ristrutturazione dei debiti e un piano di risanamento attestato, attraverso l'esenzione dall'azione revocatoria, oppure ancora alla disciplina del concordato preventivo che legittima il trattamento differenziato dei creditori attraverso l'uso delle classi.

⁶⁰ Si deve segnalare come parte della dottrina ritenesse tali comportamenti privi di responsabilità penale anche prima dell'introduzione della norma in commento. E' stato, infatti, ritenuto che la presenza di un piano di ristrutturazione che integri i necessari requisiti formali e sostanziali non può produrre l'effetto civilistico di esentare dall'azione revocatoria e lasciare intatti gli effetti penali della stessa condotta. Sul punto V. A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali*, in *Giur. Comm.*, 2009, 1240 e dottrina ivi richiamata.

⁶¹ Alcune peraltro anacronistiche. Si segnala al riguardo che il ddl. AC. 1741 tra i principi e criteri direttivi cui il Governo deve attenersi nella riforma dei reati fallimentari vi è la riduzione delle condotte che integrano il reato di bancarotta semplice. Il decreto di attuazione dovrà in particolare limitare il reato al solo fatto di aver omesso o ritardato la presentazione dell'istanza per l'apertura della procedura concorsuale, così da aggravare il preesistente dissesto.

Per effetto dell'art. 217 *bis* l.f. il fatto non è punibile quando il fallito abbia eseguito pagamenti o operazioni in esecuzione: i) di un concordato preventivo; ii) di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato; iii) di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) della legge fallimentare, ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile.

L'esclusione della punibilità trova la sua *ratio* nel fatto che nel momento in cui viene predisposto il piano di risanamento⁶², le operazioni e i pagamenti necessari per attuarlo sono, sulla base di una valutazione prognostica⁶³, potenzialmente idonei a consentire al debitore di superare il dissesto, con beneficio per tutti i creditori. A posteriori ciò può, tuttavia, anche non verificarsi e il tentativo di risolvere la crisi non avere successo. Quelle stesse operazioni e pagamenti eseguite in esecuzione del piano possono aver contribuito ad aggravare il dissesto e depauperato ulteriormente il patrimonio dell'imprenditore. Prima della modifica, il debitore che cercava di risolvere la crisi attraverso strumenti diversi dal fallimento correva il rischio di essere condannato per tale condotta e preferiva ricorrere al fallimento anche a fronte di situazioni di difficoltà che presentassero serie prospettive di recupero. L'incertezza delle conseguenze penali delle soluzioni concordate ha, infatti, finora costituito uno dei principali deterrenti al loro utilizzo.

3.2 Esenzione dal reato di bancarotta preferenziale

La bancarotta preferenziale è il reato in cui incorre il debitore fallito quando prima o durante la procedura fallimentare esegue pagamenti o simula titoli di prelazione a scopo di favorire alcuni creditori in danno di altri. La pena prevista è quella della reclusione da uno a cinque anni.

Analogamente a quanto detto per la bancarotta semplice, per effetto della nuova norma⁶⁴, questa disposizione non si applica ai pagamenti e alle operazioni poste in essere in esecuzione delle soluzioni concordate indicate.

⁶² Posto alla base di tutte e tre le soluzioni concordate per le quali opera la scriminante.

⁶³ Sorretta peraltro da un'attestazione di un professionista circa l'idoneità del tentativo di risanamento e, nel caso del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, anche dalla valutazione dell'autorità giudiziaria espressa attraverso l'omologa.

⁶⁴ Art. 217 *bis* l.f..

La disciplina del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del piano attestato presenta nella sua anatomia il carattere proprio della preferenzialità. In particolare nel concordato preventivo viene prevista la possibilità di dividere i creditori in classi e di stabilire trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a diverse classi. L'accordo di ristrutturazione e il piano attestato si caratterizzano, invece, per il ruolo svolto dall'autonomia privata delle parti nello stabilire percentuali e modi di soddisfazione diversi dei creditori. Anche in questo caso se non fosse previsto espressamente un esonero da responsabilità, in caso di insuccesso dello strumento utilizzato e di conseguente fallimento, il debitore sarebbe chiamato a rispondere del reato.

3.3 La nuova finanza e l'esenzione dai reati di bancarotta

L'introduzione della norma penale che sancisce l'esenzione dai reati di bancarotta⁶⁵ assume una rilevanza fondamentale anche per agevolare l'erogazione della nuova finanza.

Si è sopra evidenziato come il successo dei nuovi istituti del risanamento dipenda fortemente dall'immissione di liquidità da parte di creditori già esposti, nonché di nuovi creditori che investono nel tentativo di recuperare le capacità produttive dell'impresa.

Il timore di incorrere in responsabilità penali ha, tuttavia, fino ad ora scoraggiato la concessione di nuovi finanziamenti e conseguentemente ridotto le possibilità per il debitore di accedere alle soluzioni concordate della crisi d'impresa.

In assenza di una norma che sancisca espressamente l'esclusione della punibilità per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti e di un piano attestato i creditori potevano, infatti, essere chiamati – in caso di successivo fallimento – a rispondere a titolo di concorso con il debitore per bancarotta semplice e preferenziale. Nel primo caso, perché partecipando al tentativo di risanamento, il finanziatore avrebbe contribuito con l'imprenditore a ritardare la dichiarazione di fallimento e ad aggravare il dissesto; nel secondo perché nello stesso tentativo avrebbe concorso con il debitore nell'eseguire pagamenti o simulare titoli di prelazione in favore di alcuni creditori in danno di altri.

Si deve ritenere che il riconoscimento espresso dell'esclusione della punibilità, oltre ad eliminare il rischio penale dell'insolvenza, pone, definitivamente fine anche alla

⁶⁵ Art. 217 *bis* l.f..

questione relativa alla responsabilità per concessione abusiva di credito nell'ambito dei nuovi istituti del risanamento.

Quest'ultima si configura come la responsabilità da fatto illecito⁶⁶ in cui incorrono le banche⁶⁷ quando, attraverso un comportamento abusivo concedono credito ad un'impresa in difficoltà – poi fallita – suscitando l'affidamento degli altri creditori sulla solidità economica del soggetto finanziato. In tal modo l'apertura della procedura fallimentare viene procrastinata e il patrimonio aziendale ulteriormente depauperato in danno dei creditori⁶⁸.

Già prima dell'introduzione della norma penale buona parte della dottrina riteneva che fosse possibile escludere la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito a fronte di finanziamenti erogati in attuazione di concordati omologati o stragiudiziali⁶⁹. Ciò in quanto la contestazione alla banca finanziatrice di un'illecita erogazione di credito mal si concilia con l'esonero dall'azione revocatoria del rimborso di quello stesso finanziamento prevista dall'art. 67, terzo comma, lett. d) l.f.⁷⁰. Sarebbe, infatti, contraddittorio incentivare la banca a concedere il credito attraverso la garanzia dell'esenzione dall'azione revocatoria e poi in caso di esito negativo dell'operazione di ristrutturazione affermarne la responsabilità per concessione di credito abusivo.

Nel momento in cui viene meno per previsione legislativa la responsabilità penale dei finanziatori in caso di esito negativo delle soluzioni concordate, non può residuare spazio per una responsabilità da fatto illecito degli stessi soggetti. Si deve ritenere che entrambe le responsabilità restino però ferme, in presenza di comportamenti dolosi, nonché quando i pagamenti e le operazioni che integrano la condotta non siano state

⁶⁶ In tal senso v. Cass. Sez. Unite, 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031.

⁶⁷ Principali finanziatrici delle ristrutturazioni aziendali.

⁶⁸ Tale comportamento costituiva peraltro il presupposto logico del suindicato concorso in bancarotta semplice.

⁶⁹ Per un attento esame della questione v. F. ALLEGRI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, 563-593.

⁷⁰ In tal senso v. L. PANZANI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in www.fallimentoipsoa.it; A. MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali. Strumenti attuativi il riequilibrio finanziario*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009, 232-289.

compiute nell'ambito degli strumenti predisposti dalla legge fallimentare o quando il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione non siano stati omologati.

4. Le modifiche all'istituto della transazione fiscale

Con il decreto⁷¹ sono state introdotte anche alcune modifiche all'istituto della transazione fiscale previsto dall'art. 182 *ter* l.f.. In base a tale disposizione l'imprenditore, in occasione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti può proporre il pagamento parziale o dilazionato dei tributi amministrati dalle Agenzie fiscali e dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

La possibilità di transigere i debiti tributari nell'ambito di un progetto di ristrutturazione è stata riconosciuta dalla riforma⁷² con lo scopo di incentivare il ricorso alle soluzioni concordate della crisi. L'indisponibilità dell'obbligazione tributaria ostacolava, infatti, la predisposizione di piani che consentissero il recupero della capacità d'impresa, in quanto le risorse necessarie per il pagamento degli altri creditori e per la prosecuzione dell'attività d'impresa venivano assorbite dal debito verso lo Stato. Ne derivava il ricorso alla procedura di fallimento anche per quelle imprese che presentavano serie prospettive di recupero. La ratio della transazione fiscale va, dunque, ricercata nella nuova filosofia del sistema concorsuale italiano volto a favorire la conservazione dei complessi aziendali e il ritorno al mercato delle imprese in crisi.

Le modifiche introdotte dal decreto rispondono, invece, a un'esigenza diversa. Esse, infatti, fanno parte di un pacchetto di misure finalizzato a ottimizzare la riscossione dei tributi e la prevenzione degli abusi in materia tributaria. Le novità riguardano in particolare: i) l'ambito di applicazione dell'istituto della transazione tributaria; ii) la documentazione necessaria per proporre l'accordo transattivo e la previsione di un nuovo illecito tributario; iii) la revoca dell'accordo.

⁷¹ Art. 29.

⁷² Si deve ricordare che la transazione fiscale inizialmente è stata introdotta con il d.lgs n. 5 del 2006 soltanto nell'ambito del concordato preventivo. Successivamente con il decreto correttivo è stata estesa anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti proprio con lo scopo di incentivare il ricorso a tale tipo di accordi.

Non sono state, invece, introdotte le disposizioni auspiccate, volte a rendere fiscalmente vantaggioso il ricorso agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Si deve ricordare, infatti, che il trattamento delle rinunce dei creditori in sede di accordo non è conforme a quello previsto per il concordato preventivo e fallimentare dagli articoli 88 e 101 del TUIR. Secondo tali disposizioni, per il debitore non si considera sopravvenienza attiva la riduzione del debito che si realizza con il concordato (cd. bonus di concordato) e per il creditore la rinuncia alla soddisfazione integrale si traduce in una perdita su credito deducibile. La mancanza di previsioni analoghe per gli accordi di ristrutturazione comporta che a fronte di una parziale rinuncia al credito, il debitore registra una sopravvenienza attiva – come tale tassabile – e il creditore non può dedurre la parte del credito a cui ha rinunciato in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, con la conseguenza di incorrere in una minusvalenza normalmente non deducibile.

4.1 Restrizione dell'ambito di applicazione

Secondo quanto previsto dall'art. 182 *ter* della l.f. nella sua formulazione originaria la transazione fiscale può avere ad oggetto i tributi amministrati dalle agenzie fiscali e i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria. Sono esclusi dalla transazione i tributi locali⁷³ e, per espressa previsione i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea. Con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente il pagamento dilazionato⁷⁴.

La nuova disposizione⁷⁵ estende il trattamento proprio dell'imposta sul valore aggiunto anche alle ritenute operate e non versate dall'imprenditore. Con riguardo all'IVA e alle ritenute d'acconto non versate, pertanto, la proposta transattiva può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento e non anche la falcidia del credito.

Tale previsione trova il suo fondamento⁷⁶ nel fatto che anche le ritenute operate dal sostituto d'imposta a titolo di acconto sono poi utilizzate in detrazione dal sostituto, in

⁷³ In forza del riferimento ai tributi amministrati dalle agenzie fiscali.

⁷⁴ La possibilità di proporre un pagamento dilazionato dell'IVA è stata inserita nella legge fallimentare con il d.l. 29 novembre 2008, n.185 (cd. decreto anticrisi). Nella formulazione originaria della norma, infatti, nulla si diceva con riguardo al tributo IVA. Sebbene dottrina e giurisprudenza fossero concordi nel ritenere ammissibile anche la falcidia del credito IVA, tuttavia, a livello di prassi l'Agenzia delle Entrate con la circolare 40/E del 18 aprile del 2008 ne aveva affermato l'esclusione dalla transazione fiscale in quanto risorsa propria dell'Unione Europea. La previsione del decreto anticrisi pone definitivamente fine alla questione con una posizione a metà strada, ritenendo ammissibile una proposta transattiva che contempli la rateizzazione dell'IVA, ma non anche il pagamento parziale della stessa.

⁷⁵ Art. 182 *ter*, comma 1, come modificato dall'art. 29, comma 2 del decreto.

⁷⁶ V. Relazione illustrativa al decreto.

diminuzione del proprio debito tributario. Esse sono somme di terzi, che il sostituto trattiene allo scopo di riversarle allo Stato. Le analogie con l'istituto dell'IVA avrebbero reso irragionevole una disparità di trattamento. La misura introdotta è volta, inoltre, ad assicurare trasparenza nei rapporti tra il contribuente che accede alla transazione e i prestatori d'opera di cui si è avvalso e sulle cui retribuzioni ha operato le ritenute.

Si deve, tuttavia, segnalare come nella maggior parte dei dissesti finanziari la quota di debito verso l'Erario rappresenti spesso una percentuale molto elevata e come tale debito sia in larga misura rappresentato proprio da Iva e ritenute anziché da imposte dirette, in assenza costante di imponibile.

La possibilità soltanto di un pagamento rateizzato di tale debito e non anche di un pagamento in percentuale limita gli effetti della transazione⁷⁷ e non produce l'auspicato effetto di incentivo al ricorso alle soluzioni concordate della crisi.

4.2 Documentazione necessaria

L'art. 182 *quater* sesto comma⁷⁸ precisa in primo luogo che se la transazione fiscale è inserita nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, l'istanza deve essere accompagnata dalla documentazione prevista dall'art. 161 l.f.⁷⁹. Si ricorda che tale documentazione consiste in: a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; e) la relazione del professionista. Questa nuova disposizione appesantisce la procedura di transazione, ma trova la sua giustificazione nel fatto che l'assenso dello Stato alla transazione equivale alla sottoscrizione dell'accordo⁸⁰. Per tale ragione lo Stato stesso deve essere a conoscenza di tutti gli elementi su cui l'accordo stesso si fonda.

⁷⁷ Si deve segnalare come tale osservazione era già stata formulata dai primi commentatori della disposizione che prevede la possibilità del pagamento soltanto dilazionato dell'IVA escludendo la possibilità di un pagamento parziale. In tal senso v. per tutti M. POLLIO, *La transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 1837-1860 e dottrina ivi richiamata. G. LO CASCIO, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182 ter l.fall.*, in *Il fallimento*, 1, 2009, 5-6;

⁷⁸ Come modificato dall'art. 29 co. 2 del decreto.

⁷⁹ Documentazione necessaria sia per proporre il concordato preventivo che per richiedere l'omologa dell'accordo.

⁸⁰ Art. 182 *ter*, sesto comma, ultimo periodo.

La norma prevede in secondo luogo che nel caso di transazione nell'ambito di un accordo di ristrutturazione il debitore deve allegare alla proposta una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale attesti che la documentazione presentata rappresenti fedelmente e integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio.

Con tale dichiarazione il debitore si assume personalmente la responsabilità di attestare la veridicità e la completezza dei dati aziendali riportati in contabilità e ciò in quanto, a differenza del concordato preventivo, nell'accordo di ristrutturazione dei debiti non c'è commissario giudiziale che svolga le attività di verifica dei crediti e dei debiti, inventario e analisi della contabilità⁸¹.

A questa dichiarazione è legato il nuovo reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte tramite l'utilizzo della transazione. Il decreto⁸² ha, infatti, introdotto una modifica alla disciplina degli illeciti tributari attraverso la previsione di una nuova fattispecie penale⁸³. La nuova norma prevede, infatti, che è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo, o elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore a 50.000 €. Se l'ammontare indicato è superiore a 200.000 € è prevista la reclusione da uno a sei anni⁸⁴.

In tal modo si intende punire chi diminuisce l'attivo o aumenta il passivo nel tentativo di convincere l'amministrazione finanziaria che la percentuale di pagamento che trarrebbe dalla transazione è maggiore rispetto a quella che otterrebbe nel fallimento.

4.3 La revoca dell'accordo

L'ultima importante novità riguarda la revoca dell'accordo transattivo. Il decreto⁸⁵ ha aggiunto un nuovo comma all'art. 182 *ter* prevedendo che la transazione fiscale conclusa nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti è revocata di diritto se il

⁸¹ In tal senso v. Relazione illustrativa al decreto.

⁸² Art. 29 comma 4.

⁸³ Art. 11, secondo comma del d.lgs 10 marzo 2000, n. 74.

⁸⁴ Per completezza si segnala come il quarto comma dell'art. 29 del decreto ha modificato anche il primo comma dell'art. 11 del d.lgs 10 marzo 2000, n. 74, prevedendo l'abbassamento della soglia di punibilità per il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte e rende più severa la sanzione già prevista attraverso la previsione di una circostanza aggravante.

⁸⁵ Art. 29 comma 2.

debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli altri enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

La finalità di questa disposizione è quella di evitare possibili abusi del contribuente che viene in tal modo responsabilizzato ad adempiere gli impegni assunti con l'amministrazione finanziaria. L'inadempimento si configura con il ritardo del pagamento. Tale ritardo deve essere, tuttavia ragionevole. La revoca opera soltanto nel caso in cui il mancato pagamento si protragga per più di 90 giorni dalla scadenza fissata.

Il Direttore Generale

Micossi