

CONSIGLIO NOTARILE
DI BERGAMO



LA CRISI DI IMPRESA: LE SOLUZIONI NEGOZIALI E LE DELIBERE SOCIETARIE

GIORNATA DI STUDIO
23 OTTOBRE 2014 - BERGAMO
CENTRO CONGRESSI GIOVANNI XXIII

ATTI E MATERIALI DEL CONVEGNO

UNA BREVISSIMA INTRODUZIONE

Se vogliamo avvicinarci al tema di oggi in una lettura “costituzionalmente orientata”, non possiamo far altro che rileggere o ricordare

- l’art. 41 della Costituzione, che tutela la libertà di *iniziativa economica*, che va armonizzata con *l’utilità sociale*,
- l’art. 46 (che ha avuto scarsa attuazione), e che riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e limiti stabiliti dalle leggi, alla *gestione delle aziende*,
- l’art. 35, secondo cui la Repubblica *tutela* il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

Lavoro è certamente quello del dipendente, ma è anche quello dell’imprenditore: negli anni che stiamo vivendo la crisi economica, che si manifesta quotidianamente attraverso i fenomeni della stagnazione della domanda e dei consumi, della disoccupazione, della ancora insufficiente disponibilità del sistema bancario al finanziamento delle attività produttive e degli investimenti, sta creando ferite profonde alla tutela del lavoro.

Lo scenario che ben conosciamo è quello dell’imprenditore, sia esso un semplice imprenditore individuale (quello che in politica si chiama “una partita iva”) o una società per azioni, che a fronte di *fatturati in forte diminuzione e spese* (per la produzione, per gli oneri finanziari, per la fiscalità, per gli insoluti) *che più di tanto non possono essere ridotte*, che è sul punto di “portare i libri in tribunale”, o di darsi da fare per richiedere un Concordato, o (più raramente) un accordo per la ristrutturazione dei debiti.

Verrebbe da dire che anche molti professionisti stanno vivendo momenti di simile difficoltà.

Ma il *piangersi addosso* non è né utile, né tipico della nostra terra, occorre capire *cosa* di può fare per *limitare i danni* o per *provare a ripartire*, e soprattutto *come* è bene agire.

Per questa ragione siamo qui oggi, in compagnia di relatori tra i più qualificati a livello nazionale, ai quali va il mio personale ringraziamento.

Bergamo, 23 ottobre 2014

Guido De Rosa
Responsabile scientifico del Convegno

INDICE

<i>pag. 7</i>	La soluzione concordata della crisi d'impresa Mauro Vitiello, <i>Presidente Sezione Fallimentare Tribunale di Bergamo</i>
<i>pag. 23</i>	Ruolo, competenze e responsabilità dell'attestatore: i rapporti con l'imprenditore e i terzi Angelo Galizzi, <i>Dottore Commercialista in Bergamo,</i> <i>Presidente Commissione Procedure Concorsuali e Funzioni Giudiziarie</i>
<i>pag. 49</i>	I profili di responsabilità penale dell'amministratore dell'impresa in crisi: il concorso del professionista nel reato di bancarotta Pietro Biancato, <i>Avvocato in Bergamo</i>
<i>pag. 81</i>	Le delibere relative al capitale nelle srl in perdita, nel riformato contesto normativo Stefano Santangelo, <i>Notaio in Napoli, Componente della Commissione Studi di Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato</i>
<i>pag. 109</i>	Le attività contrattuali dell'impresa in crisi: in particolare, l'affitto e la vendita dell'azienda Guido De Rosa, <i>Notaio in Bergamo,</i> <i>Docente della Scuola di Notariato della Lombardia</i>
<i>pag. 127</i>	Introduzione e direzione dei lavori Maurizio Luraghi, <i>Presidente del Consiglio Notarile di Bergamo</i>
<i>pag. 133</i>	Gli atti posti in essere in esecuzione dei piani attestati di risanamento ex art. 67 LF. Considerazioni sulle operazioni straordinarie più ricorrenti nella crisi d'impresa. Marco Maltoni, <i>Notaio in Forlì, Componente della Commissione Studi di Impresa del Consiglio Nazionale del Notariato</i>
<i>pag. 135</i>	La scissione negativa Federico Magliulo, <i>Notaio in Roma, Docente in Operazioni Societarie Straordinarie, Scuola di Notariato "A. Anselmi" di Roma</i>
<i>pag. 157</i>	La crisi d'impresa e gli strumenti finanziari partecipativi previsti dall'art. 2346 sesto comma c.c. Carlo Marchetti, <i>Notaio in Milano, Componente della Commissione per i Principi Uniformi in tema di Società del Consiglio Notarile di Milano</i>
<i>pag. 169</i>	Il trust liquidatorio: garanzia dei creditori o violazione di norme imperative? Giuseppe Gallizia, <i>Notaio in Milano - Consiglio Notarile di Milano</i>
<i>pag. 201</i>	Contributo di Daniela Boggiali, <i>Componente Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato - Settore Impresa</i> Pagamenti eseguiti dagli amministratori nelle società a rischio di insolvenza

LE NUOVE PROCEDURE CONCORDSUALI DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

di *Mauro Vitiello*

1. Premessa

L'art. 18 del decreto legge n. 179/12, convertito dalla legge n. 221/12 (in vigore dal 19 dicembre del 2012), modificando la legge 27 gennaio 2012 n. 3, ha introdotto nell'ordinamento giuridico tre nuove procedure concorsuali riservate alla platea dei soggetti non assoggettabili a fallimento, concordato preventivo ed al procedimento di cui all'art. 182 *bis* l. fall.

I destinatari della normativa che regola i "Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio" sono anzitutto gli imprenditori commerciali le cui dimensioni, a causa del mancato superamento di tutte le soglie previste dall'art. 1 l. fall., escludono la loro assoggettabilità a fallimento.

A tale principio c'è una significativa eccezione, introdotta dal comma 1 dell'art. 31 del decreto, che prevede espressamente l'assoggettabilità alle sole procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento delle *start up* innovative (imprese neo-costituite che sviluppino progetti innovativi), a prescindere dal fatto che superino o meno le soglie di assoggettabilità a fallimento.

Gli altri destinatari della disciplina introdotta dal cd. decreto sviluppo *bis* sono gli imprenditori agricoli, i soggetti che svolgono un'attività di libera professione, infine i consumatori.

Il consumatore, cioè il soggetto il cui indebitamento non deriva da attività imprenditoriale né libero-professionale, ha l'esclusiva possibilità di azionare una qualsiasi delle tre procedure previste dalla legge n. 221/12: l'accordo di composizione della crisi; il piano di ristrutturazione dei debiti; il procedimento di liquidazione del patrimonio.

Poiché delle tre procedure ve ne è una, il piano di ristrutturazione dei debiti, riservata esclusivamente al consumatore, ne consegue che tutti gli altri soggetti hanno a loro disposizione soltanto due delle tre procedure, cioè l'accordo di composizione della crisi ed il procedimento di liquidazione del patrimonio.

La disciplina integra una riforma della legge 27 gennaio 2012 n. 3, la cd. legge Centaro, che aveva incontrato notevoli difficoltà di applicazione, un po' per l'incoerenza e la farraginosità di alcune sue previsioni, un po' per la mancata metabolizzazione da parte degli operatori delle sue più rilevanti implicazioni.

Lo stesso legislatore si è sin da subito accorto di ciò, se è vero che già il 9 marzo dell'anno 2012 era stato approvato un disegno di legge di riforma dai contenuti anticipatori della normativa ora in vigore, che segna un significativo mutamento di prospettiva, poiché introduce per la prima volta il controllo giurisdizionale (per quanto attenuato e su base volontaria) sulle situazioni di crisi sino ad oggi considerate prive di interesse, per il loro non rilevante impatto sociale ed economico, ed in quanto tali sottratte al controllo del giudice (così di quello civile come di quello penale).

2. Il passaggio dalla disciplina originaria della legge n. 3/12, "Centaro" alla normativa attualmente in vigore.

Per vero, una forma di controllo giurisdizionale sulla crisi della piccola impresa e sul sovraindebitamento del consumatore era stata introdotta già con la legge n. 3 del 27 gennaio 2012, che della normativa in commento costituisce, come detto, l'antecedente storico.

L'istituto regolato dalla legge Centaro non era una procedura concorsuale, ma un momento negoziale-privatistico, assistito (dagli organismi di composizione della crisi), procedimentalizzato e giurisdizionalizzato.

Gli effetti della procedimentalizzazione e della giurisdizionalizzazione erano in parte di natura interinale (la protezione del patrimonio del debitore), in parte finali, in quanto conseguenti al decreto di omologazione emesso dal giudice del procedimento (l'estensione dell'effetto protettivo sino ad un anno dall'omologazione e la proroga della scadenza delle obbligazioni riferiti ai creditori cd. "estranei", in quanto non parte dell'accordo e quindi da pagare integralmente).

Si trattava pertanto di un istituto caratterizzato dalla a-concorsualità, su base volontaria, perché azionabile soltanto su iniziativa del debitore insolvente o sovraindebitato, caratterizzato da un meccanismo di raccolta delle adesioni dei creditori simile a quello previsto dalla disciplina del concordato preventivo, ma non governato dal principio secondo cui la volontà della maggioranza vincola la minoranza.

Poiché il soddisfacimento secondo le regole dell'accordo dipendeva dal necessario consenso alla proposta da parte del singolo creditore, e non da un'adesione a maggioranza dei crediti aventi diritti al voto, il proponente poteva disattendere senza alcun problema il principio della *par condicio*.

Sotto questo profilo la dottrina più sensibile si era interrogata sul perché fosse espressamente prevista la possibilità di suddividere i creditori in classi, dal momento che queste ultime trovano ragion d'essere nella possibilità, per il debitore, di prevedere diverse forme o percentuali di soddisfacimento dei creditori nell'ambito delle procedure concorsuali, governate dalla regola della *par condicio*.

Nel visitare l'istituto, una sorta di ibrido tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione ex art. 182 *bis* l. fall., invero più vicino a questi ultimi per la sua vista a-concorsualità, la dottrina aveva affrontato qualche problema interpretativo specifico.

La questione della ricorribilità avanti alla Corte di Cassazione del decreto di omologazione, ex art. 111 cost., era stato risolto positivamente valorizzando il *vulnus*, per il diritto di credito vantato dagli estranei, conseguente alla proroga dei termini di pagamento degli estranei stessi.

La previsione secondo cui "*il fallimento è causa di risoluzione dell'accordo*", è stata riferita alle ipotesi in cui il consumatore o il titolare di un'impresa individuale venga dichiarato fallito in estensione del fallimento di una società di persone.

Ma a parte ciò, ben può dirsi che la normativa previgente si offrisse almeno a quattro rilievi critici.

Il primo è che essa integrava un'unica procedura, con unica disciplina, per l'insolvenza civile e per quella commerciale, fenomeni ontologicamente distinti tra loro.

Il secondo muoveva dalla considerazione che, ove la proposta avesse ricevuto adesione da parte di titolari di crediti per importi superiori alla soglia minima del settanta per cento, si sarebbe determinato un esubero di risorse di incerta destinazione.

Non mancava chi rilevasse la scarsa appetibilità, per il debitore, dell'istituto, che comportava l'obbligo di pagare integralmente gli estranei ed elevati costi, connessi alla necessità di avere l'assistenza di un commercialista, di un legale e di pagare l'Organismo di composizione della crisi.

Non v'è dubbio, infine, che il procedimento, così come disciplinato, fosse caratterizzato da una buona dose di farraginosità.

Ben può dirsi che tali criticità siano state superate con la normativa vigente, che segna il passaggio da un procedimento (unico) che rivestiva dall'esterno un momento negoziale-privatistico, che quindi non apriva il concorso dei creditori e non era governato dal principio della *par condicio*, a tre distinte procedure concorsuali, una delle quali

riservata al consumatore sovraindebitato, tutte caratterizzate da un momento di apertura del concorso dei creditori e dalla fruizione dell'effetto esdebitativo (nella procedura della liquidazione del patrimonio del debitore condizionato alla meritevolezza).

Al contrario di quanto visto per il procedimento disciplinato dalla legge Centaro, il riferimento all'istituto delle classi trova ragion d'essere nell'esigenza di consentire al debitore di derogare al principio della *par condicio*.

Le procedure sono decisamente più appetibili per il debitore, che se meritevole viene esdebitato e che può fruire dell'approvazione della proposta di accordo di ristrutturazione con la regola del silenzio-assenso mutuata dalla disciplina del concordato fallimentare.

La proposta di piano del consumatore, ancor più favorevolmente, non viene portata al voto dei creditori, integrando una sorta di concordato "coattivo", soggetto al solo controllo del giudice dell'omologazione.

Come contrappeso a tali rilevanti benefici vengono introdotte nuove ipotesi di reato ritagliate specificatamente sulla persona del debitore, quando egli persegua in modo fraudolento lo scopo di ottenere l'accesso alle procedure, o quando ponga in essere comportamenti di per sé lesivi dell'interesse della massa dei creditori.

3. Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento: i temi di carattere generale introdotti dalla disciplina

3a. Il condizionamento delle procedure (e degli effetti favorevoli delle stesse) a requisiti di natura etica

La normativa è in controtendenza rispetto alle scelte operate dal legislatore a proposito del concordato preventivo, istituto dal quale sono scomparsi, sia il requisito della meritevolezza, sia tutti i presupposti di ammissibilità della domanda in qualche misura connessi ad elementi di natura etica (il riferimento è al testo previgente dell'art. 160 l. fall.).

Può certamente dirsi che gli istituti in esame segnino il ritorno ad una concezione "moralizzata" della procedura concorsuale.

Ne sono una prima dimostrazione, per quanto indiretta, sia le nuove ipotesi di reato "proprio" ritagliate sulla figura del debitore (alcune delle quali, come detto, caratterizzate dal perseguimento da parte dell'autore, in modo fraudolento, dello scopo di ottenere l'accesso ad una delle procedure, altre integranti condotte di per sé lesive dell'interesse della massa dei creditori) sia, nella procedura della liquidazione del patrimonio, il condizionamento del beneficio dell'esdebitazione all'accertamento della meritevolezza.

Ma a parte ciò, la "moralizzazione" delle procedure si desume in particolare dalla previsione secondo cui l'organismo di composizione della crisi debba predisporre una relazione, da allegarsi alla domanda di piano del consumatore e a quella di liquidazione del patrimonio del debitore, inerente alle cause dell'indebitamento, alla diligenza del debitore nell'assunzione delle obbligazioni, alle ragioni del sovraindebitamento ed alla attendibilità della documentazione allegata all'atto introduttivo delle procedure.

La relazione deve altresì contenere il resoconto sulla solvibilità del debitore negli ultimi cinque anni.

Vanno poi considerati emblematici il condizionamento dell'ammissibilità della proposta di piano del consumatore e di accordo di composizione della crisi all'accertamento della mancanza di atti di disposizione patrimoniale di natura fraudolenta posti in essere dal debitore negli ultimi cinque anni e, nei casi in cui il debitore abbia svolto attività d'impresa, alla regolare tenuta delle scritture contabili.

Infine va evidenziato che la proposta di piano o di accordo sono inammissibili se il debitore abbia già fatto ricorso, nei cinque anni precedenti, a procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in tutti i casi in cui una precedente procedura abbia avuto esito negativo (risoluzione, revoca, cessazione degli effetti), o in cui la documentazione allegata non consenta la ricostruzione della situazione economica patrimoniale.

3b. La nozione di sovraindebitamento

L'art. 6, al comma 2, lett. a) definisce "sovraindebitamento" *la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*.

La definizione risente della necessità di ricomprendere nel presupposto oggettivo unico delle tre procedure concorsuali riservate al soggetto non fallibile due situazioni ontologicamente distinte: quella dell'imprenditore o del professionista che, proseguendo nella propria attività, si trovi nell'irreversibile impossibilità di onorare le obbligazioni assunte nei termini concordati con i creditori; quella della persona fisica con un patrimonio liquidabile insufficiente a fronteggiare i debiti contratti in relazione alle proprie esigenze di vita.

La prima delle due situazioni (definitiva incapacità di adempiere) finisce per coincidere perfettamente con la nozione classica dell'insolvenza imprenditoriale; come tale va tenuta distinta da condizioni diverse, comprensibili nella più ampia accezione di "crisi": l'insolvenza reversibile, l'incapacità di adempimento meramente temporanea, lo *stress* finanziario, l'insolvenza prospettica.

La seconda situazione riecheggia il concetto dell'insolvenza riferito all'imprenditore che abbia cessato la gestione caratteristica e sia stato posto in liquidazione.

L'analoga è tuttavia soltanto apparente, dal momento che la norma parametrà le obbligazioni assunte all'entità del patrimonio *prontamente* liquidabile, donde l'impossibilità di tener conto, per escludere il sovraindebitamento, di elementi che consentirebbero l'esclusione dell'insolvenza nel caso dell'imprenditore fallibile posto in liquidazione, quali i beni che, per le cause più varie, non siano realizzabili in un lasso di tempo ragionevolmente breve.

Va poi evidenziato che la norma richiede che lo squilibrio tra obbligazioni e patrimonio sia *perdurante*, di qui la necessità che la valutazione dello squilibrio sia comprensiva di una prognosi riferita al prossimo futuro.

L'inevitabile margine di discrezionalità derivante dal requisito del "*perdurante squilibrio*" e, soprattutto, dalla scelta di parametrare il presupposto del sovraindebitamento al concetto di patrimonio "*prontamente*" liquidabile, determina un'esigenza di maggior cautela da parte del giudice nella valutazione inerente ai presupposti di ammissibilità delle proposte di piano e di accordo.

3c. La nozione di consumatore

L'art. 6, al comma 2, lett. b) definisce "consumatore" *il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*.

La definizione rileva soprattutto per la determinazione del presupposto soggettivo della procedura del piano riservata, appunto, al solo consumatore.

Da essa si desume che soltanto il debitore persona fisica possa accedere al piano, e che la legittimazione attiva a proporre quest'ultimo non sia condizionata al fatto che il debitore non sia né imprenditore né libero professionista, bensì alla circostanza che l'indebitamento non sia riconducibile ad un'attività imprenditoriale o professionale.

Nella sostanza, quindi, anche l'imprenditore o il libero professionista possono avere qualifica di "consumatore", ove le obbligazioni scadute e non adempiute, e che abbiano determinato il "sovraindebitamento", non siano riferibili in alcun modo all'attività d'impresa o professionale svolta.

3d. I limiti del controllo giurisdizionale

Il tema del controllo giurisdizionale nell'ambito delle procedure concorsuali va affrontato muovendo da una serie di constatazioni, quanto ai contenuti della disciplina, che consentono di ritenere che i livelli sui quali opera il controllo del giudice siano molteplici.

Ad un primo livello va posto il controllo di legittimità, quello discendente dalle prerogative tipiche dell'organo giurisdizionale, cui spetta ovviamente la valutazione sulla presenza dei presupposti di ammissibilità della procedura, sulla regolarità del procedimento, infine sulla mancanza di violazioni a tutte le norme di carattere imperativo contenute nella disciplina in esame.

Mutuando la classificazione introdotta dalla Corte di Cassazione con la sentenza resa a Sezioni Unite n. 1521/13, a proposito del concordato con cessione dei beni, ben si può dire che il controllo di legittimità inerisca alla fattibilità giuridica dell'accordo o del piano del consumatore.

Al giudice spetta pertanto *in primis* la verifica in merito all'esistenza: dei presupposti soggettivi delle varie procedure (qualità di soggetto non assoggettabile alle procedure concorsuali "maggiori" o, nella procedura riservata al consumatore, di debitore cui sono estranee attività imprenditoriali o professionali); del presupposto oggettivo del sovraindebitamento, nelle viste due diverse forme in cui può essere integrato; di un piano, a contenuto libero e atipico, di soddisfacimento del ceto creditorio.

Oltre alle cosiddette condizioni di ammissibilità sostanziali, è necessariamente oggetto del controllo giurisdizionale la presenza delle condizioni di ammissibilità formali, cioè di tutti i documenti che devono accompagnare la proposta di accordo o di piano.

Essi sono elencati all'art. 9, comma 2, 3, 3 *bis* e sono: *l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore, degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati dalle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dall'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata dal certificato dello stato di famiglia*.

Se il debitore proponente svolge attività d'impresa è tenuto inoltre a depositare *le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente ad una dichiarazione che ne attesti la conformità all'originale*.

Se il debitore è un consumatore, alla proposta di piano va allegata una relazione dell'organismo di composizione della crisi, con contenuti molteplici di cui più avanti si dirà.

Tra le norme imperative di indispensabile applicazione, a presidio del cui rispetto si pone l'organo giurisdizionale, vanno ricordate quella che condiziona il soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati alla preferibilità del trattamento proposto rispetto a quanto deriverebbe dalla liquidazione a valore di mercato dei beni sui cui il privilegio insiste, nonché quella che impone il pagamento integrale del credito vantato dall'erario per IVA e ritenuta d'acconto.

Gli ulteriori profili sui quali interviene il controllo giurisdizionale sono meritevolezza, fattibilità e convenienza.

A differenza del controllo di legittimità, immanente alle prerogative del giudice e da quest'ultimo realizzato in piena autonomia, il controllo sulla meritevolezza del debitore e sulla fattibilità e convenienza del piano sottostante alla proposta viene realizzato con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi.

In generale va rimarcato che la reintroduzione della meritevolezza, scomparsa, come noto, dalla disciplina degli istituti di soluzione della crisi o di gestione dell'insolvenza alternativi al fallimento, va di pari passo con l'intensità dei benefici riconosciuti al debitore che voglia utilizzare una delle tre procedure concorsuali in esame: la protezione del patrimonio dalle possibili iniziative cautelari o esecutive dei creditori, l'esdebitazione conseguente all'omologazione dell'accordo o del piano o alla liquidazione del patrimonio.

Proprio la considerazione di tali indubbi e rilevanti benefici, e la conseguente necessità di controbilanciare il sistema, hanno indotto il legislatore a riservare le procedure al debitore meritevole e inoltre a prevedere nuove figure di reato, a dolo specifico, in capo al debitore che ponga in essere condotte illecite funzionali all'accesso alle procedure in parola.

I profili della fattibilità e convenienza non riguardano, per ragioni facilmente intuibili, la procedura di liquidazione del patrimonio, ma soltanto gli accordi di ristrutturazione ed il piano del consumatore.

La fattibilità va indagata d'ufficio dal giudice al momento della pronuncia di omologazione (negli accordi sulla base di una mirata relazione predisposta dall'organismo di composizione della crisi), in una prospettiva che tiene conto, nella procedura di accordi di ristrutturazione, dell'adozione del meccanismo del silenzio-assenso senza adunanza, quale criterio cui ancorare l'approvazione del concordato, in quella del piano del consumatore, della mancata previsione del voto dei creditori, motivo per cui la proposta, per quanto oggetto di obbligatoria comunicazione ai creditori, passa direttamente alla valutazione del giudice, senza necessità di una sua approvazione da parte dei creditori falcidiati, nemmeno con la regola del silenzio-assenso dettata per gli accordi di ristrutturazione.

La convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria, infine, rientra nel campo di verifica giurisdizionale nella sola ipotesi in cui venga presentata una contestazione specifica, sul punto, da parte di uno dei creditori.

3e. La responsabilità penale del componente dell'organismo di composizione della crisi o del professionista che dell'organismo svolge le funzioni.

Le ipotesi di reato introdotte decreto legge n. 179/12, convertito dalla legge n. 221/12, sono un elemento di novità che si inserisce nel solco, già segnato per primo dalla legge n. 3/12 (la cd. legge "Centaro"), della esaltazione della responsabilità, civile e penale, del professionista che intervenga nella crisi dell'impresa o del debitore civile.

In un sistema, quello della composizione concordata della crisi, in cui si innestano a pieno titolo anche le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, il ruolo giocato dal professionista assume via via sempre maggiore importanza; di qui l'inevitabile accentuazione dei profili di responsabilità del professionista che si riveli in mala fede nello svolgimento delle sue delicate funzioni.

L'introduzione di nuove ipotesi di reato va pertanto considerata inevitabile e necessaria, ad evitare utilizzi distorti e fraudolenti di strumenti pensati soprattutto in una prospettiva di incentivazione a nuovi *start-up*, nel superiore interesse della collettività

all'eliminazione di situazioni ostative allo svolgimento di attività di piccola impresa o professionale.

4. La disciplina degli accordi di composizione della crisi e del piano del consumatore.

Le due procedure concorsuali hanno una disciplina nella sostanza comune e unitaria dei presupposti di ammissibilità, dei contenuti della proposta di piano o di accordo.

La disciplina diverge, in alcuni passi significativamente, nella parte procedimentale, per poi tornare comune e trasversale quanto alla fase di esecuzione successiva all'omologazione.

Gli istituti dell'annullamento e della risoluzione ineriscono all'accordo, quello della cessazione degli effetti dell'omologazione al piano del consumatore.

4a. Le norme comuni ad entrambe le procedure

Il debitore sovraindebitato può proporre un accordo o, se consumatore, un piano, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi con sede nel circondario del tribunale competente.

E' necessario assicurare il regolare pagamento dei crediti di cui è prevista l'impignorabilità ex art. 545 c.p.c. (crediti alimentari, per sussidi di povertà, i quattro quinti dei crediti da prestazioni di lavoro), nonché il pagamento integrale, previa eventuale, ed essa sola possibile, dilazione di pagamento, dell'imposta sul valore aggiunto e delle ritenute operate e non versate.

Numerose norme recepiscono principi e istituti tipici delle procedure concorsuali "maggiori": l'istituto delle classi, funzionale alla possibilità di prevedere il diverso trattamento dei creditori facenti parti di distinti raggruppamenti; la possibilità di pagare in percentuale i crediti assistiti da una causa di prelazione speciale o generale, condizionatamente al fatto che il trattamento non sia peggiorativo rispetto a quanto derivante dalla liquidazione a valore di mercato del bene o dei beni sui quali il privilegio insiste (con l'espressa previsione che ad attestare il valore di mercato debba essere l'organismo di composizione della crisi).

Ancora, analogamente a quanto previsto per il concordato preventivo e fallimentare, si sancisce il principio dell'atipicità dei contenuti del piano (*la proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri*) e si mutua dall'art. 186 *bis* l. fall. la moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti privilegiati, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui cui sussiste la causa di prelazione.

Anche il principio che consente al giudice di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni (termine definito perentorio, ma che nella sostanza va considerato meramente acceleratorio, stante la mancata previsione di sanzioni per il caso in cui venga disatteso) per integrare la proposta e produrre nuovi documenti, viene importato dall'art. 162, comma 1° l. fall.

La previsione della sospensione, ai soli effetti del concorso, del corso degli interessi legali o convenzionali al momento del deposito della proposta, salvo che il credito concorsuale sia garantito da pegno, ipoteca o privilegio, con conseguente applicazione degli artt. 2749, 2788 e 2855, commi secondo e terzo c.c., completa, insieme al riconoscimento della prededuzione per i crediti sorti in occasione o in funzione dei due procedimenti in esame, il novero delle norme che si ispirano a principi caratterizzanti le procedure concorsuali "maggiori".

E' poi previsto che la proposta possa imporsi anche su risorse di un soggetto diverso dal debitore, in tal caso operando l'obbligo per il terzo di sottoscrivere personalmente la proposta.

E' introdotta la possibilità di prevedere l'affidamento del patrimonio ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori, gestore da individuarsi tra i soggetti muniti delle qualifiche necessarie per ricoprire l'ufficio di curatore fallimentare (art. 28 l. fall.).

E' infine stabilito che la proposta sia inammissibile quando il debitore sia assoggettabile a procedure concorsuali diverse da quelle disciplinate e se, come già visto, il debitore abbia già fatto ricorso, nei cinque anni precedenti, a procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, in tutti i casi in cui una precedente procedura abbia avuto esito negativo (risoluzione, revoca, cessazione degli effetti), o in cui la documentazione allegata non consenta la ricostruzione della situazione economica patrimoniale.

La competenza territoriale è individuata con riguardo al luogo di residenza o della sede principale del debitore.

Il luogo di residenza è il criterio di individuazione del giudice competente per territorio esclusivo quando la proposta è presentata dal consumatore.

Negli altri casi (imprenditore commerciale non fallibile, imprenditore agricolo, libero professionista) è previsto un criterio alternativo rimesso alla libera scelta del debitore e ciò, unitamente al fatto che non sia stata sancita l'irrilevanza del trasferimento di residenza e di sede principale risalente all'anno che precede il deposito della proposta (a differenza di quanto stabilito nel fallimento e nel concordato preventivo), può favorire il fenomeno della "scelta" del giudice competente da parte del debitore, previo trasferimento di residenza o di sede meramente strumentale.

Contestualmente al deposito della proposta, o al massimo entro tre giorni quest'ultima, completa della ricostruzione della posizione fiscale e dell'indicazione di eventuali contenziosi tributari pendenti va trasmessa, a cura dell'OCC, all'agente della riscossione e agli uffici fiscali competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del proponente.

I commi 2, 3 e 3 *bis* dell'art. 9 elencano tutti i documenti che necessariamente devono accompagnare la proposta, di piano o di accordo che sia.

Sono i cosiddetti presupposti formali della domanda: *l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore, degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati dalle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dall'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia, previa indicazione della composizione del nucleo familiare corredata dal certificato dello stato di famiglia.*

Se il debitore proponente svolge attività d'impresa è tenuto inoltre a depositare *le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, unitamente ad una dichiarazione che ne attesti la conformità all'originale.*

Se il debitore è un consumatore, alla proposta di piano va allegata una relazione dell'organismo di composizione della crisi, con i molteplici contenuti di cui già s'è detto.

4bLa parziale diversità dei procedimenti

Il legislatore conferma la scelta del rito camerale per la soluzione di ogni fase o controversia endoconcorsuale e prevede espressamente l'applicabilità ad entrambi i procedimenti in esame delle norme di cui agli artt. 737 e segg. c.p.c., in quanto compatibili.

Inoltre per entrambi i procedimenti è previsto che l'omologazione debba intervenire nel termine di sei mesi decorrente dalla prestazione della proposta.

La previsione del termine non ha altra funzione se non quella di accelerare il procedimento, e pare in ogni caso compatibile con la complessità, non elevata, delle due procedure.

Altro principio comune è quello che prevede la reclamabilità al tribunale in composizione collegiale, di cui non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento, del decreto di omologazione o di diniego dell'omologazione.

In entrambi i procedimenti, infine, è previsto che l'omologazione vincoli tutti i creditori concorsuali, con titolo anteriore al momento della pubblicità del decreto che fissa l'udienza, nell'accordo di composizione della crisi, e del decreto di omologazione, nel piano del consumatore, e vincola i beni oggetto del piano sottostante alla proposta di accordo o alla proposta di piano al soddisfacimento dei creditori concorsuali (*i creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano*).

Tali effetti vengono meno in caso di risoluzione o di omesso pagamento dei crediti impignorabili e di quelli derivanti da omesso versamento di IVA e RA.

Il procedimento di omologazione degli accordi di composizione della crisi diverge tuttavia significativamente da quello previsto per il piano del consumatore.

Le differenze dipendono per la gran parte dal fatto che la proposta di accordo viene comunicata ai creditori aventi diritto al voto perché essi possano esprimere o meno la loro adesione, mentre la proposta di piano non prevede una comunicazione ai creditori funzionale al voto, ma soltanto ad un'eventuale contestazione inerente alla convenienza della proposta rispetto all'ipotesi della liquidazione del patrimonio del debitore disciplinata dalla sezione seconda della legge.

Poiché l'approvazione della proposta di accordo è regolata dal principio del silenzio-assenso e quella della proposta di piano non è affatto prevista, pare corretto accostare l'accordo di composizione della crisi ad una forma *minor* di concordato preventivo (in cui il meccanismo di approvazione è tuttavia importato dal concordato fallimentare, che a differenza del preventivo non prevede l'adunanza quale luogo di incontro tra debitore e creditori) e il piano del consumatore ad un concordato coattivo (o al cd. concordato non concordato), sul modello di quello previsto dall'art. 78 l. 270/99 nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, o di quello disciplinato dall'art. 214, commi 2 e segg. l. fall. nell'ambito delle procedure di liquidazione coatta amministrativa.

Le ulteriori differenze dipendono nella sostanza dal fatto che nell'accordo di composizione della crisi la destinazione esclusiva del patrimonio del debitore al soddisfacimento dei creditori, il concorso di questi ultimi e la protezione del patrimonio del debitore scattano sin da subito, con la pubblicizzazione (in forma idonea stabilita dal giudice e, se il debitore è iscritto al registro delle imprese, con la necessaria pubblicazione su quest'ultimo) della proposta e del decreto con cui il giudice fissa l'udienza; nel piano del consumatore, al contrario, salva la facoltà, per il giudice, di sospendere in via anticipata procedimenti di esecuzione forzata pregiudizievoli della fattibilità del piano, l'effetto protettivo opera, così come il concorso dei creditori, a partire dalla pubblicizzazione (in forma idonea disposta dal giudice) del decreto di omologazione, evento che viene equiparato al pignoramento.

La maggior complessità del procedimento inerente agli accordi si manifesta nella necessità che il giudice, dopo aver verificato l'esistenza dei presupposti di ammissibilità della proposta, fissi un'udienza disponendo che decreto di fissazione e proposta vengano comunicati ai creditori almeno trenta giorni prima del decimo giorno antecedente alla data dell'udienza stessa, termine quest'ultimo indicato perché i

creditori possano far pervenire all'organismo di composizione della crisi il loro voto, con la precisazione che l'eventuale silenzio equivale all'adesione alla proposta.

Non sono ammessi al voto i creditori privilegiati dei quali la proposta preveda il soddisfacimento integrale, il coniuge, i parenti e gli affini sino al quarto grado del debitore ed i cessionari ed aggiudicatari dei crediti da meno di un anno (il termine di riferimento è il deposito della proposta).

La proposta è approvata se ottiene adesioni, anche silenti, pari o superiori al sessanta per cento dei crediti aventi diritto al voto.

In tale caso l'OCC trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi espressi, allegando ad essa il testo dell'accordo.

Nei dieci giorni successivi i creditori possono sollevare contestazioni.

Decorso i dieci giorni, l'OCC trasmette al giudice la relazione, allegando le eventuali contestazioni ricevute ed una definitiva attestazione sulla fattibilità del piano sottostante alla proposta del debitore.

L'omologazione dell'accordo è condizionata alla verifica da parte dell'organo giurisdizionale del raggiungimento della percentuale del sessanta per cento dei crediti aventi diritto al voto, dell'idoneità del piano ad assicurare il pagamento integrale dei crediti non pignorabili e dei crediti per IVA non versata e ritenuta d'acconto operata e non versata, della convenienza dell'accordo, per l'eventuale creditore non aderente, escluso o terzo interessato che la contesti rispetto al livello di soddisfacimento derivante dalla liquidazione del patrimonio del debitore disciplinata dalla sezione seconda della legge.

La sentenza dichiarativa del fallimento del debitore produce la risoluzione dell'accordo.

L'ipotesi può ricorrere qualora il debitore persona fisica sia socio illimitatamente responsabile di una società commerciale assoggettabile a fallimento, o qualora il debitore sia titolare di un'impresa individuale ed un tribunale diverso da quello presso cui è iniziata la procedura di composizione della crisi da sovra indebitamento ne dichiara il fallimento.

In tali casi è espressamente prevista l'esenzione da revocatoria fallimentare per gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo omologato.

Nel procedimento riferito al piano del consumatore l'omologazione è condizionata ad una serie di verifiche cui è tenuto il giudice: la fattibilità del piano, la sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei crediti non pignorabili e dei crediti per IVA non versata e ritenuta d'acconto operata e non versata, della convenienza dell'accordo, per l'eventuale creditore non aderente, escluso o terzo interessato che la contesti, rispetto al livello di soddisfacimento derivante dalla liquidazione del patrimonio del debitore disciplinata dalla sezione seconda della legge.

A ciò si aggiunge una valutazione che caratterizza il piano del consumatore rispetto all'accordo di composizione della crisi: è necessario che possa escludersi che il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere e che abbia colposamente determinato il sovra indebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

4c. La fase esecutiva: annullamento e risoluzione dell'accordo, revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore

Come già detto, la disciplina torna ad essere comune con riguardo alla fase esecutiva, in cui l'organismo di composizione della crisi svolge un ruolo di rilievo, spettandogli la proposta di nomina di un liquidatore, quando essa sia prevista dalla proposta di accordo o di piano o quando per il soddisfacimento dei creditori siano utilizzati anche beni sottoposti a pignoramento; la vigilanza sull'adempimento di quanto previsto

dall'accordo o dal piano; la soluzione di eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione; la comunicazione ai creditori di ogni eventuale irregolarità.

Resta, peraltro, una riserva di competenza giurisdizionale per ogni questione che involga diritti soggettivi.

E' prevista espressamente l'inefficacia rispetto ai creditori concorsuali dei pagamenti e degli atti posti in essere in violazione dell'accordo o del piano del consumatore.

La revoca di accordo e piano opera di diritto, e viene dichiarata d'ufficio dal giudice, se risulti il compimento di atti diretti a frodare le ragioni dei creditori.

Parimenti opera di diritto la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore se il debitore non esegue integralmente entro novanta giorni dalle scadenze previste i pagamenti dovuti secondo il piano alle amministrazioni pubbliche e agli enti gestori di forme di previdenza e di assistenza obbligatorie.

All'accordo di composizione della crisi sono riservati l'istituto dell'annullamento (per aumento o diminuzione del passivo o simulazione di attività inesistenti fatte con dolo o colpa grave, sottrazione e dissimulazione di attivo), e quello della risoluzione per inadempimento.

Annullamento e risoluzione possono essere chieste da un creditore con ricorso introduttivo di un procedimento camerale che si svolge nel contraddittorio con il debitore.

Il ricorso non può più essere presentato decorso sei mesi dalla scoperta dei fatti o decorso due anni (per l'annullamento) o un anno (per la risoluzione) dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto.

Il decreto emesso dal giudice è reclamabile al collegio, di cui a pena di nullità non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Al piano del consumatore è riservato l'istituto della cessazione degli effetti (per aumento o diminuzione del passivo o simulazione di attività inesistenti fatte con dolo o colpa grave, sottrazione e dissimulazione di attivo o qualora il proponente non adempia agli obblighi derivanti dal piano, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione del piano diviene impossibile, anche per ragioni non imputabili al debitore).

La cessazione degli effetti può essere chiesta da un creditore con ricorso introduttivo di un procedimento camerale che si svolge nel contraddittorio con il debitore.

Il ricorso non può più essere presentato decorso sei mesi dalla scoperta dei fatti o decorso due anni o un anno (a seconda dei casi) dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto.

Il decreto emesso dal giudice è reclamabile al collegio, di cui a pena di nullità non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

5 La liquidazione del patrimonio

La sezione seconda della legge regola il procedimento della liquidazione del patrimonio. Si tratta nella sostanza di un "piccolo fallimento", su base esclusivamente volontaria.

E' soltanto il debitore, infatti, che ha la legittimazione attiva a presentare domanda di liquidazione, fatta salva l'ipotesi della conversione di una delle due procedure di composizione della crisi previste dalla stessa legge in liquidazione, ipotesi prevista dall'art. 14 *quater*, per i casi di insuccesso della procedura di composizione: in tali casi è legittimato a presentare la domanda di liquidazione, oltre che il debitore, anche uno dei creditori.

La domanda va presentata a tribunale del luogo di residenza o della sede principale del debitore, senza che sia prevista una norma equivalente a quella di cui all'art. 9, comma 2, l. fall., che prevede l'irrelevanza dei trasferimenti di residenza o di sede risalenti

all'anno antecedente al momento della presentazione della domanda, il che rende certamente possibile che il debitore possa in qualche modo scegliersi il "suo" giudice.

Alla domanda va allegato l'inventario dei beni oltre ad una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi inerente ad una serie di profili (cause dell'indebitamento e diligenza del debitore nell'assumere le obbligazioni; ragioni del sovraindebitamento; resoconto sulla solvibilità del debitore negli ultimi cinque anni) che in qualche misura sono agganciati a presupposti di natura etica e che sono coerenti con la prospettiva che indente riservare i benefici della procedura di liquidazione al debitore "sfortunato", oltre che meritevole, laddove voglia chiedere l'esdebitazione.

La relazione deve inoltre contenere l'indicazione di eventuali atti del debitore che siano stati impugnati dai creditori ed il giudizio sulla completezza ed attendibilità della documentazione che corredo la domanda.

L'OCC è tenuto a dare notizia della domanda ai competenti uffici fiscali ed all'ente di riscossione.

E' necessario, a pena di inammissibilità della domanda, che sia possibile ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore.

Dalla liquidazione sono esclusi i crediti di carattere alimentare e le remunerazioni necessarie per il sostentamento del debitore e dei suoi familiari.

Il deposito della domanda sospende il corso degli interessi, ai fini del concorso, sino alla chiusura della liquidazione, salvo che i crediti siano assistiti da una causa di prelazione speciale o generale.

Il decreto di apertura della procedura, emesso dal giudice in presenza di tutte le viste condizioni di ammissibilità, apre il concorso tra i creditori, nomina un liquidatore, che deve avere i requisiti di cui all'art. 28 l. fall., determina l'effetto protettivo del patrimonio del debitore rispetto a possibili azioni esecutive o cautelari dei creditori.

Il decreto di apertura va pubblicizzato con l'annotazione nel registro delle imprese se il debitore esercita un'attività d'impresa; negli altri casi in forma idonea, rimessa alla individuazione del giudice; va trascritto quando il patrimonio comprende beni immobili o mobili registrati; determina lo spossessamento del debitore sino alla completa esecuzione del programma di liquidazione e non oltre, comunque, ai quattro anni successivi al deposito della domanda.

Aperta la procedura, il liquidatore deve comunicare ai creditori, individuati sulla base del documentazione disponibile, che possono chiedere di partecipare alla liquidazione con apposita domanda; deve inoltre indicare la data entro cui è possibile presentare la domanda ed il termine entro cui sarà comunicato ai creditori lo stato passivo.

I requisiti della domanda di partecipazione alla liquidazione sono analoghi a quelli della domanda di ammissione allo stato passivo del fallimento.

La verifica dei crediti non è giurisdizionalizzata, non prevede cioè l'intervento del giudice, se non nel caso in cui tra creditore e liquidatore non vi sia accordo sul riconoscimento de credito.

Il liquidatore è tenuto a predisporre il progetto di stato passivo e a comunicarlo agli interessati, assegnando loro un termine di quindici giorni per le eventuali osservazioni.

Se le osservazioni non vengono recepite nello stato passivo definitivo del liquidatore e se quindi le contestazioni diventano insuperabili, non consentendo la predisposizione dello stato passivo, gli atti vanno rimessi al giudice, che provvede alla definitiva formulazione del passivo.

La fase della liquidazione rispecchia a sua volta il modello fallimentare: il liquidatore predispone un programma di liquidazione, in coerenza del quale le vendite e gli ulteriori atti liquidatori devono essere eseguiti, salvo il rispetto dei due principi generali che governano le liquidazioni concorsuali: quello della pubblicità idonea a garantire la più

diffusione possibile della notizia della vendita; quello dell'individuazione dell'acquirente con una procedura di natura competitiva.

In tale fase il giudice, oltre a garantire il rispetto, in concreto, dei due visti principi, autorizza lo svincolo delle somme, emette i decreti "purgativi"; dichiara chiusa la liquidazione accertata la completa esecuzione del programma o al decorso dei quattro anni dal suo deposito.

Dallo spossessamento del debitore discende il subentro del liquidatore nelle cause attive a contenuto patrimoniale.

La chiusura della liquidazione può comportare l'esdebitazione del debitore, e quindi la trasformazione della parte residua non soddisfatta dei debiti da obbligazioni giuridiche ad obbligazioni naturali.

Perché l'effetto si realizzi sono tuttavia necessarie, oltre alla domanda del debitore, una serie di condizioni, che riecheggiano quelle previste dagli artt. 142 e segg. l. fall. per l'esdebitazione della persona fisica che sia stata dichiarata fallita (cooperazione con il liquidatore e mancanza di comportamenti dilatori posti in essere nel corso della procedura; mancata fruizione del beneficio negli otto anni precedenti; inesistenza di condanne definitive per uno dei reati previsti dall'art. 16 della legge n. 221/12; svolgimento di un'attività produttiva di reddito adeguata o ricerca altrettanto adeguata di un'occupazione; infine avvenuto soddisfacimento, almeno parziale, dei crediti concorsuali).

Sono poi previste cause ostative alla fruizione del beneficio (sovraindebitamento determinato da un ricorso al credito colposo o sproporzionato rispetto alle capacità patrimoniali del debitore; commissione di atti fraudolenti nei cinque anni precedenti all'apertura della procedura o nel corso della stessa).

Vi sono poi alcuni debiti rispetto ai quali il beneficio non opera: quelli derivanti da obblighi di mantenimento o alimentari; quelli da risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale o da sanzioni penali che non siano accessorie a debiti estinti; quelli fiscali che siano stati accertati successivamente all'apertura della liquidazione per la sopravvenuta conoscenza di elementi nuovi.

Anche le norme procedurali ricalcano quelle previste nella legge fallimentare: la domanda di esdebitazione può essere presentata entro l'anno dalla chiusura della liquidazione, previa instaurazione del contraddittorio con i creditori non integralmente soddisfatti; il procedimento è camerale, donde l'applicazione della disciplina di cui all'art. 739 c.p.c.

6 Gli organismi di composizione della crisi

L'elemento di novità maggiormente rilevante della disciplina in esame va senz'altro ravvisato nella previsione dell'organismo di composizione della crisi.

Investito di un ruolo di imparzialità e terzietà direttamente derivante dalla sua promanazione pubblica (può essere costituito presso enti pubblici e deve essere iscritto all'apposito registro tenuto presso il Ministro della Giustizia, od essere "personificato" nella figura di un avvocato, commercialista o notaio nominato dal presidente del tribunale territorialmente competente, o da un giudice direttamente nominato dal presidente), l'OCC è chiamato a svolgere funzioni diverse, tutte riconducibili al ruolo di garante del corretto funzionamento e del buon esito della procedura.

Le funzioni vanno dall'ausilio del debitore nella elaborazione del piano sottostante alla proposta e nell'esecuzione della stessa, all'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità del piano, alla effettuazione delle pubblicità e comunicazioni disposte dal giudice, alla soluzione delle questioni e vertenze sorte nella fase di esecuzione

dell'accordo o del piano (quelle inerenti a diritti soggettivi sono comunque riservate al giudice).

L'OCC può inoltre essere chiamato a svolgere funzioni di organo liquidatore nella procedura di liquidazione del patrimonio o di gestore della liquidazione, ove questa sia prevista nelle procedure di composizione della crisi.

L'OCC deve necessariamente orientare scelte e mansioni alla realizzazione dello scopo della soluzione della crisi da sovraindebitamento, evitando approcci che si risolvano nel sostegno di una parte piuttosto che di un'altra, rischio quest'ultimo, se si vuole, insito nel fatto che sia prevista una specifica attività di consulenza nella predisposizione del piano, il che potrebbe comportare una sorta di compenetrazione con gli interessi del debitore. Riaffermato quindi che le caratteristiche di indipendenza e di imparzialità connotanti l'organismo lo qualificano come organo di ausilio e assistenza di tutti i soggetti coinvolti nella procedura (debitore, creditori e giudice) in funzione della realizzazione del pubblico interesse alla soluzione della crisi da sovraindebitamento, va considerato che la disciplina attende il suo completamento con l'adozione del regolamento del Ministero della Giustizia, da adottarsi di concerto con i ministeri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, regolamento previsto dall'art. 15 comma 3, per la determinazione dei requisiti e delle modalità per l'iscrizione nell'apposito registro e per la determinazione dei compensi spettanti agli organismi, compensi che sono integralmente a carico del debitore.

7 Le norme penali

L'art. 16 inerisce alle condotte di reato la cui commissione è possibile nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio.

La disciplina penale integra uno sviluppo ed un completamento, rispetto alle ipotesi di responsabilità penale tipiche del professionista componente degli OCC o facente le funzioni dell'OCC introdotte dalla legge n. 3 del 27.1.2012 (cd. legge Centaro), introducendo ben sei fattispecie criminose del debitore (art. 16, comma 1, lett. a, b, c, d, f), che affiancano le due ipotesi delittuose ritagliate specificamente sulla figura del componente dell'organismo di composizione della crisi e del professionista che ne svolga le funzioni.

Queste ultime (false attestazioni in ordine alla veridicità dei dati contenuti nella proposta o nei documenti allegati o alla fattibilità del piano, ovvero nella relazione relativa al piano del consumatore, all'accordo di composizione della crisi o alla liquidazione del patrimonio; omissione o rifiuto di un atto dell'ufficio che siano stati produttivi di danni per i creditori) si differenziano dalle condotte previste dall'art. 236 *bis* l. fall. per il professionista attestatore sotto diversi profili.

Le condotte criminose, da un lato risentono delle più estese funzioni dell'OCC e dei suoi componenti, e quindi non sono integrate esclusivamente dalle false attestazioni, ma comprendono il reato di omissione o rifiuto di un atto d'ufficio (reato di danno, non già di mero pericolo, donde la necessità che dall'omissione o rifiuto discenda un pregiudizio, anche soltanto lieve, per i creditori); dall'altro non comprendono l'ipotesi dell'omessa enunciazione di informazioni rilevanti.

La mancata previsione per il componente dell'OCC o per il professionista che ne svolga le funzioni della condotta omissiva in parola va salutata con favore, dal momento che l'omessa enunciazione di informazioni rilevanti integra una fattispecie foriera di problemi applicativi, nella misura in cui ancora l'elemento oggettivo del reato ad un

giudizio di rilevanza che porta con sé, inevitabilmente, possibili problemi di legittimità costituzionale sotto il profilo dell'effettivo rispetto del principio di tassatività.

Le ipotesi di reato sono a dolo generico; la pena prevista è la reclusione da uno a tre anni e la multa da 1.000 a 50.000 euro.

La severità del trattamento sanzionatorio può esser ricondotta alla rilevanza delle attribuzioni dell'organismo di composizione della crisi, organo ausiliario del debitore, dei creditori e del giudice, ma soprattutto alla promanazione pubblicistica del componente dell'OCC che, alternativamente, o fa parte di un ente pubblico o è iscritto all'ordine degli avvocati, commercialisti o dei notai e deve essere necessariamente nominato dal presidente del tribunale o da un giudice da quest'ultimo delegato.

In ciò il soggetto attivo dei reati in parola si distingue dal professionista attestatore, con riguardo al quale l'art. 67 lett. d) l. fall., come modificato dalla legge n. 134/12, ne ha riaffermato la promanazione privatistica, dovendo egli essere *designato dal debitore*, pur non potendosi dimenticare che le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno comunque qualificato l'attestatore come un soggetto che deve rapportarsi al giudice quale vero e proprio ausiliario di giustizia (sentenza n. 1521/13).

Venendo ai reati introdotti per il debitore che intenda presentare o abbia già azionato una delle procedure previste dalla legge in esame, essi vanno considerati il necessario contrappeso agli effetti favorevoli riconducibili alle procedure di composizione della crisi e di liquidazione patrimoniale; una sorta di responsabilizzazione del debitore, prova ne sia che alcuni di essi (aumento o diminuzione di passivo; sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo; simulazione dolosa di attività inesistenti; produzione di documentazione contraffatta o alterata; sottrazione, occultamento o distruzione, in tutto o in parte, della documentazione relativa alla situazione debitoria ovvero della documentazione contabile) sono ipotesi delittuose a dolo specifico, per la cui realizzazione, quindi, è necessario che l'autore abbia agito con lo scopo di ottenere l'accesso alle procedure.

I reati di omessa indicazione di beni nell'inventario, nell'ambito della procedura di liquidazione del patrimonio; di esecuzione di pagamenti non previsti nell'accordo di ristrutturazione dei debiti o nel piano del consumatore; di aggravamento della posizione debitoria; del mancato rispetto dei contenuti dell'accordo o del piano sono invece qualificati dal dolo generico dell'agente, donde la sufficienza della coscienza e volontà, da parte di quest'ultimo, delle relative condotte poste in essere.

Il trattamento sanzionatorio (reclusione da sei mesi a due anni e multa da mille a cinquantamila euro) è assai meno severo di quello previsto, come detto, per il componente dell'OCC o per il professionista che dell'organismo svolge le funzioni.

Ciò va considerato fisiologico, stante la carenza in capo al debitore di una posizione di terzietà e di garanzia arricchita dalla promanazione pubblica del componente dell'organo o del professionista nominato dal presidente del tribunale o da un giudice da quest'ultimo delegato.

Va piuttosto notato che il legislatore ha ommesso (dimenticato?) di prevedere la responsabilità penale del gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori (art. 7, comma 1) e del liquidatore (art. 13 e 14 *quinquies* e ss.).

In generale, va evidenziato come la previsione di una disciplina penale specifica per le procedure concorsuali riservate alla platea dei soggetti non fallibili sia un'ulteriore sottolineatura del mutamento di prospettiva del nostro legislatore, che considera ora di interesse pubblico qualsiasi insolvenza o sovra indebitamento, donde la predisposizione degli strumenti introdotti dalla legge in discorso per la loro gestione o superamento.

La perseguibilità d'ufficio di tutti i reati ne è un'ulteriore dimostrazione.

Qualora il debitore sia un soggetto collettivo, in mancanza di una norma che individui il soggetto attivo del reato nel rappresentante legale, deve ritenersi che esso vada identificato con la persona fisica che formi la proposta di accordo o la domanda di liquidazione del patrimonio (il problema evidentemente non si pone per il piano, riservato al consumatore).

8 Conclusioni

Nel perseguire lo scopo di consentire agli imprenditori commerciali non assoggettabili a fallimento, agli imprenditori agricoli e ai professionisti un nuovo *start up*, e al debitore consumatore meritevole la liberazione da quella parte delle obbligazioni non adempiute (esdebitazione), la normativa scaturita dal decreto legge n. 179/12, convertito dalla legge n. 221/12, completa il diritto della crisi d'impresa affiancando alle procedure e ai procedimenti riservati all'imprenditore medio-grande due procedure assai vicine al concordato preventivo ed una prossima al fallimento.

E' sulla effettiva funzionalità dell'OCC, organo ausiliario del debitore *in primis*, ma altresì del giudice e dei creditori, che si gioca la riuscita ed il possibile impatto positivo sulla realtà sociale ed economica dei procedimenti costruiti sul modello concordatario.

Il procedimento di liquidazione del patrimonio è invece la fisiologica conseguenza dell'esito negativo delle due procedure concordatarie, in tutte le possibili ipotesi in cui esso si determini.

Verosimilmente avrà meno frequente applicazione quale procedura scelta in alternativa alle prime due.

In ogni caso, il successo della riforma non può prescindere dalla sua piena assimilazione da parte dei professionisti e dall'auspicata inclinazione da parte di questi ultimi a farne una diffusa applicazione nel miglior interesse dei propri assistiti.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÈ EDITORE

26.9.14

BREVI NOTE SUI PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI DI RISANAMENTO E RUOLO DEL PROFESSIONISTA

di **Alberto Tron**, Dottore commercialista

SOMMARIO: **1.** I nuovi Principi di attestazione dei piani di risanamento – **2.** L'attività strumentale per l'attestazione della fattibilità dei piani di risanamento – **3.** La valutazione delle assunzioni di piano e l'evoluzione delle variabili economico – finanziarie: l'analisi di sensitivity e stress test – **4.** Il giudizio finale del professionista attestatore.

1. I Nuovi Principi di attestazione dei piani di risanamento. Le attività di verifica della veridicità dei dati aziendali.

Una recente importante novità, nell'ambito della composizione negoziale della crisi, è rappresentata dai **Principi di attestazione dei piani di risanamento**, redatti da AIDEA – IRDCEC – ANDAF – APRI - OCRI, approvati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Esperti Contabili nella seduta del 3 settembre u.s.

Tale documento nasce con l'intento di formulare e proporre modelli comportamentali condivisi e accettati riguardanti le attività che il professionista attestatore (d'ora in avanti anche solo "professionista") deve svolgere, sia relativamente alla **veridicità dei dati aziendali**, sia relativamente al giudizio di **fattibilità** (o attuabilità) del piano di risanamento aziendale, accordo di ristrutturazione del debito o concordato preventivo liquidatorio o con continuità. Come noto, il giudizio del professionista contempla contenuti accertativi, valutativi e previsionali, ma, sicuramente, la previsione ne costituisce il nucleo centrale.

Sulla base di questa considerazione si deve ritenere che la verifica della veridicità dei dati aziendali non rappresenti, pertanto, oggetto di un autonomo giudizio, ma si debba intendere come dato di partenza strettamente strumentale al giudizio sulla fattibilità del piano che rappresenta l'obiettivo principale dell'attestazione del professionista incaricato¹.

¹ Nei Principi di attestazione dei piani di risanamento, nel rafforzare tale fondamento, si legge che "il giudizio sulla veridicità è una valutazione che riguarda il complessivo sistema di dati attorno ai quali è

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÉ EDITORE

In tale senso i Principi di attestazione dei piani di risanamento (d'ora in avanti anche solo "Principi di attestazione"), evidenziano che il professionista "deve sempre considerare che tale accertamento è strumentale al giudizio di fattibilità del piano e di attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o della proposta concordataria, nel senso che una base dati non veritiera rende inattendibile il piano costruito su di essa e impedisce nella sostanza il giudizio sulla fattibilità di quest'ultimo"².

Nel documento in commento si puntualizza come l'espressione "**veridicità**" dei dati aziendali utilizzata nella legge fallimentare, non deve essere intesa nel senso di "verità oggettiva del bilancio" che è "irraggiungibile con riguardo ai valori stimati"³, ma come equivalente di rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria⁴.

I dati devono essere "**veridici**" e non veri, cioè conformi a corretti processi di rilevazione e appostati secondo metodologie quantitative rispettose dei criteri di legge e degli statuti principi contabili.

L'espressione "veridicità" rappresenta, pertanto, un implicito rinvio ai principi e postulati per la redazione del bilancio, che saranno rilevanti nei limiti in cui siano funzionali alla redazione di una situazione patrimoniale che costituisca un'attendibile base informativa di partenza per la formulazione delle prospettive economiche, finanziarie e patrimoniali contenute nel piano di risanamento d'impresa.

Le procedure di riferimento, indicate dai Principi di attestazione, per l'attività di verifica dei dati aziendali sono le "tecniche di revisione", con l'accortezza di adottare i principi di revisione che saranno ritenuti più idonei per la tipologia di controlli decisi dal professionista al fine del compiuto assolvimento del proprio incarico.

Con riguardo alle procedure operative di verifica, nella scelta delle stesse il professionista dovrà tenere in considerazione tre aspetti critici:

- a) perimetro, oggetto ed ampiezza delle verifiche;
- b) attribuzioni di valore degli elementi patrimoniali;
- c) utilizzo dei lavori di altri revisori contabili.

In merito al **primo aspetto critico**, la pianificazione e lo svolgimento dell'attività di verifica devono essere informati alla rilevazione del rischio di errori significativi che interessano i dati posti a base delle stime prognostiche⁵. Ne deriva che l'attività di verifica della "**base dati contabile**" è diversamente articolata a

costruito il piano. Si possono quindi verificare situazioni nelle quali l'Attestatore considera non veritieri alcuni dati, senza che per questo sia iniziata la veridicità complessiva del suddetto sistema. Tali situazioni richiederanno particolare attenzione per capirne il riflesso nella costruzione del piano ed andranno comunque espressamente menzionate nella relazione finale", art. 4.1.1. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a Quagli, *Le attestazioni di fattibilità dei piani di risanamento nelle procedure concorsuali*, in *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, di Galletti-Panizza-Danovi-Ferri-Riva-Cesare-Quagli, Milano, 2013.

² Principi di attestazione dei piani di risanamento, art. 4.1.

³ In tale senso la *Relazione di accompagnamento del Decreto Legislativo 9 aprile 1991*, n. 127.

⁴ Principi di attestazione dei piani di risanamento, art. 4.2.1.

⁵ Si considerano quali riferimenti di estrema utilità, oltre agli statuti principi di revisione, anche gli *International Standard on Assurance Engagements (ISAE)* che si riferiscono a incarichi "*other than audits or reviews of historical financial information*" principalmente agli ISAE n. 3000 e 3400.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÉ EDITORE

seconda delle dimensioni dell'impresa, del suo assetto amministrativo-contabile e dell'ambiente di controllo.

Come suggerito dai Principi di attestazione, della "base dati contabile" così determinata, andranno verificate, attraverso le tecniche di revisione del c.d. "*Balance Sheet Audit*", l'esistenza, nei limiti del possibile attraverso accessi diretti agli elementi patrimoniali, e l'entità delle attività dell'impresa (beni mobili, immobili, crediti, contratti, ecc.), unitamente all'entità dell'esposizione debitoria e alla qualificazione dei creditori, fornendo particolare attenzione agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi (es. crediti rilevanti), alle componenti del capitale circolante che produrranno prospetticamente i flussi di cassa (es. scorte, crediti, debiti, acconti), agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell'attestazione (es. avviamenti di *assets* da dismettere, debiti e contenziosi tributari, fondi rischi e oneri) e, infine, agli elementi di sospetto circa l'affidabilità delle operazioni di gestione (es. operazioni con parti correlate).

Tra le procedure di revisione che dovranno essere poste in essere dal professionista, una posizione rilevante sarà assunta dai campionamenti eseguiti per le selezioni documentali da verificare (secondo il principio di revisione ISA 530) nonché dalla richiesta di conferme esterne (c.d. procedura di circolarizzazione) che dovrà essere svolta sulla base delle indicazioni del principio di revisione ISA 505, nonché dall'effettuazione di verifiche sull'inventario delle rimanenze di magazzino (e correlata valorizzazione) secondo i criteri previsti nei principi di revisione ISA 500-501.

In relazione al **secondo aspetto critico**, le procedure di analisi del professionista devono soddisfare gli **obiettivi di controllo** che assumono rilevanza diversa a seconda di come le attività e le passività sono riflesse nel piano, in funzione delle modalità di estinzione, realizzo o esercizio delle stesse.

Il professionista deve, infatti, verificare i criteri di valutazione adottati nella "base dati contabile" in ordine, in specifico, alla loro coerenza rispetto al piano di risanamento; in ipotesi di dismissione di taluni cespiti o di procedura liquidatoria pura gli elementi patrimoniali attivi e passivi dovranno essere valutati rispettivamente ai presumibili valori di realizzo diretto "per stralcio" e ai presunti valori di estinzione. Qualora, viceversa, il piano di risanamento preveda la continuità dell'attività dell'azienda, i criteri di valutazione da verificare saranno quelli di funzionamento.

Il documento in commento raccomanda particolare attenzione alla verifica delle eventuali **passività potenziali** non contemplate nei fondi rischi e oneri accantonati dall'azienda, che possono essere sottovalutate in periodi di crisi; sarà opportuno indagare con attenzione le cause in corso mediante ricognizione del legale dell'azienda quale utile evidenza probativa, valutando altresì contenziosi fiscali e le partecipazioni strategiche, spesso non svalutate anche in presenza di perdite, e così via.

Con riguardo al **terzo aspetto critico**, i Principi di attestazione contemplano l'ipotesi (auspicata) che il professionista possa utilizzare il **lavoro di revisione svolto da altri revisori**.

L'accesso alle verifiche predisposte da terzi (test di conformità e test di sostanza) permette, infatti, in linea teorica, di comprimere i tempi dei controlli della "base dati contabile"; i ristretti tempi a disposizione del professionista, ma anche

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÈ EDITORE

dell'azienda nella materiale elaborazione del piano, rappresentano, infatti, una significativa criticità.

Non deve essere trascurato, come ribadito nei Principi di attestazione, che, in ogni caso, la responsabilità del giudizio di veridicità della "base dati contabile" ricade sul professionista in quanto la relazione di quest'ultimo è diretta a sostituire l'attività istruttoria del tribunale ed a garantire che i creditori siano adeguatamente e correttamente informati.

Ancora, è da evidenziare, un fattore di criticità riguardante il fattore temporale relativo alla situazione patrimoniale ed economico-finanziaria dell'impresa di partenza del piano.

A tale riguardo si ritiene opportuno evidenziare, ancorché non esplicitato nei Principi di attestazione, che il professionista dovrà richiedere e ottenere, unitamente all'ultimo bilancio o situazione periodica sottoposta a verifica della veridicità dei dati aziendali ("base dati contabile"), la situazione contabile più aggiornata, effettuando su di essa attività di verifica, quale, ad es., una (eventuale) nuova procedura di cd. **circolarizzazione** dei saldi dei crediti verso clienti e debiti verso fornitori, nonché il lavoro di verifica dell'inventario delle scorte di magazzino. In taluni casi, in particolare quando si è valutato positivamente il sistema amministrativo e di controllo interno societario, tale analisi potrà essere eseguita utilizzando, alternativamente, le tecniche di revisione limitata eseguite in accordo con il principio di revisione internazionale ISRE 2410⁶. In tale ambito potranno essere utilizzate le analisi comparative, dette anche procedure analitiche di revisione di cui al principio di revisione n. 520. Le procedure analitiche includono la comparazione dei dati contabili con i dati comparabili dell'esercizio precedente, le relazioni tra elementi di bilancio (come, ad es., il margine lordo raffrontato con quello dell'esercizio precedente, ecc.), le relazioni tra dati contabili e non contabili (come il costo del lavoro totale per il numero dei dipendenti), e così via.

Nello svolgimento delle procedure analitiche di revisione, si dovrà seguire una procedura basata sui seguenti punti:

- definire una differenza significativa o valore soglia;
- calcolare le differenze;
- indagare le differenze significative e trarre le conclusioni.

In ultimo, nei Principi di attestazione è indicato che, con riferimento all'analisi della "base dati contabile", il professionista debba compiutamente relazionare e documentare le verifiche strumentali al giudizio sulla veridicità svolte sulle singole poste dell'attivo e del passivo. A tal fine deve evidenziare:

- le tecniche di revisione utilizzate;
- le categorie di asserzioni indagate (esistenza, completezza, diritti e obblighi, manifestazione, valutazione, misurazione, presentazione e informativa);
- l'estensione dei campioni osservati;
- i risultati ottenuti⁷.

La relazione di attestazione può contenere un giudizio positivo sulla veridicità dei

⁶ ISRE 2410 – Review of interim financial information performed by the independent auditor of the entity.

⁷ Cfr. art. 7.2.6, *Principi di attestazione*, op. cit.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÈ EDITORE

dati aziendali anche se, limitatamente ad alcune poste, riscontra carenze ed errori. Ciò purché questi siano tali da non compromettere la veridicità complessiva della "base dati contabile"⁸.

In assenza di un giudizio positivo in merito alla veridicità della base dati non si ritiene possibile, però, giungere a esprimere un giudizio finale positivo sulla fattibilità del piano ed è, pertanto, inopportuno, salvo casi eccezionali, che il professionista si esprima in merito alla fattibilità del piano⁹.

Per quanto riguarda i dati relativi agli esercizi precedenti i *Principi di attestazione* indicano, opportunamente, che il professionista non debba esprimere alcun giudizio su di essi, né tantomeno sulla correttezza della gestione in tali esercizi¹⁰.

Altresì, al professionista non è richiesto di ricercare informazioni che ineriscono all'eventuale sussistenza di "atti in frode" di cui all'art. 173 l. fall. né di esprimere giudizi circa l'esperibilità di eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo della società (salvo che le stesse non siano esplicitamente previste o menzionate nel Piano), né individuare e/o prevenire atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore¹¹.

2. L'attività strumentale per l'attestazione della fattibilità dei piani di risanamento

La fase successiva di verifica del professionista riguarda la fattibilità del piano (per il concordato preventivo e per il piano attestato) ovvero l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei al medesimo (per l'accordo di ristrutturazione del debito).

Se, quindi, con l'attività di verifica dei dati aziendali il professionista svolge un'analisi dell'evoluzione contabile passata, che si traduce in un esame della situazione contabile esistente, il giudizio di fattibilità o attuabilità prevede l'impiego di attività di *assurance* su informazioni finanziarie prospettiche, dove l'obiettivo dell'analisi è l'individuazione di appropriati riferimenti e informazioni utili alla **riduzione del rischio di attestazione**.

L'attestazione del professionista sulla fattibilità del piano, dopo aver indicato le verifiche effettuate in ordine alla veridicità dei dati aziendali, deve porre in evidenza le cause e le circostanze del dissesto, deve valutare in modo comparativo le possibili ipotesi di risanamento, deve indicare gli obiettivi e le risorse che permettano all'impresa il recupero di una condizione di equilibrio che consenta la migliore soddisfazione possibile del ceto creditorio.

Come indicato nei Principi di attestazione dei piani di risanamento, a tale fine il professionista è opportuno che effettui un'analisi di coerenza del piano che si appresta ad attestare in relazione a variabili sia esterne che interne all'azienda, ai fini della comprensione del funzionamento dell'economia dell'impresa e per

⁸ Cfr. art. 7.4.3, *Principi di attestazione*, op.cit.

⁹ Cfr. art. 7.4.4, *Principi di attestazione*, op.cit.

¹⁰ Cfr. art. 4.3.5, *Principi di attestazione*, op.cit.

¹¹ Cfr. artt. 4.6.4, 4.7.1, 4.7.2 dei *Principi di attestazione*, op. cit.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÉ EDITORE

operare un opportuno confronto fra i dati storici e quelli previsionali¹².

Di assoluta importanza sarà anche la verifica di fattori di discontinuità rispetto a quelle che si ritiene siano le cause che hanno portato l'azienda a versare in uno stato di crisi¹³.

Per quanto concerne le **variabili esterne**, la coerenza andrà appurata in relazione a variabili macroeconomiche, dinamiche di settore, contesto tecnologico e normativo.

Quanto alle **variabili interne** all'azienda, risulterà utile un'analisi approfondita riguardante punti di forza/debolezza dell'azienda, dati storici, analisi dei costi fissi e variabili, calcolo del *break even point*, analisi dei rendiconti finanziari.

In base all'origine della crisi, nei *Principi di attestazione* si distinguono due tipologie di soluzioni che dovranno essere incluse nel piano di risanamento aziendale: interventi operativi e interventi strategici.

«I primi sono consigliabili quando la crisi dipende da fattori interni all'azienda, come l'inadeguatezza del management, del controllo finanziario e della gestione della liquidità. Gli interventi di natura operativa, finalizzati ad ottenere risultati nel breve termine, cercano di ricondurre l'azienda ad una situazione di equilibrio economico-finanziario. Gli interventi strategici, invece, sono necessari quando la crisi è causata da fattori esterni ascrivibili, ad esempio, alla diminuzione della domanda in ragione della maturità del prodotto, all'attività dei concorrenti, nonché a eventi di natura straordinaria come calamità naturali o accadimenti con forte impatto sull'attività delle aziende e sull'intera economia. Gli interventi di tipo strategico si focalizzano in genere sul core business aziendale, cercando di separare le aree strategiche profittevoli da quelle economicamente non vantaggiose che saranno le prime a essere dismesse»¹⁴.

Il professionista dovrà, peraltro, considerare criticamente la durata dell'arco temporale coperto dalla previsione finanziaria del piano di risanamento aziendale.

Nei casi in cui la soluzione negoziata della crisi preveda il riscadenziamento (oltre ad eventuale parziale falcidia) dei debiti a medio-lungo termine, il piano di risanamento dovrà coprire l'intera nuova durata dei debiti.

¹² Cfr. art. 5.3.3, *Principi di attestazione*, op.cit. in cui si raccomanda che «l'esame degli indici di bilancio di redditività, liquidità, efficienza e solidità, permette di evidenziare gli effetti della crisi su fenomeni di natura reddituale, finanziaria (insufficiente generazione di cassa), e patrimoniale. Quest'analisi aiuta l'attestatore nella valutazione del percorso che l'azienda intende intraprendere valutando se lo stesso conduca al risanamento».

¹³ Cfr. art. 5.2.2, *Principi di attestazione*, op.cit. in cui si raccomanda che «l'Attestatore analizzi i fattori critici di successo e del contesto competitivo in cui opera l'impresa al fine di verificare che lo strumento prescelto per la risoluzione della crisi sia il risultato di un'approfondita analisi effettuata sia a livello del settore in cui opera l'azienda, sia a livello delle caratteristiche specifiche dell'impresa».

¹⁴ Lo standard ISA 315 ha il seguente oggetto *"The objective of the auditor is to identify and assess the risks of material misstatement, whether due to fraud or error, at the financial statement and assertion levels, through understanding the entity and its environment, including the entity's internal control, thereby providing a basis for designing and implementing responses to the assessed risks of material misstatement"*.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÉ EDITORE

Per comprendere l'importanza, ai fini delle verifiche del professionista, dell'arco temporale del piano di risanamento da attestare occorre richiamare il contenuto dell'ISAE 3400¹⁵ emesso dall'IFAC (*International Federation of Accountants*), documento che costituisce lo *standard* di riferimento per le verifiche in merito alle analisi dei dati e dei piani previsionali.

Tale principio di revisione, nel fornire la definizione di dati previsionali distingue tra *"forecast"* e *"projection"*, indica che mentre i *forecast* sono dati previsionali a breve termine, redatti sulla base di *best-estimate assumptions*, le *projection* sono dati basati su *hypothetical assumption*, ovvero assunzioni ipotetiche non supportate da dati storici ed a effetti di azioni del *management* che potrebbero anche non verificarsi.

Da ciò consegue che l'informativa prospettica finanziaria può assumere la forma di una previsione, quando è predisposta su *best estimate assumption*, ovvero la forma di una proiezione, laddove basata su *hypothetical assumption*, ovvero potrà essere una combinazione di entrambe.

Ridurre l'ampiezza dell'orizzonte temporale dell'attestazione allo stretto necessario per escludere pregiudizi ai creditori consente di limitare il grado d'incertezza e, conseguente-mente, di rafforzare il convincimento di fattibilità del piano di risanamento¹⁶. Il rischio di tali pregiudizi, quindi, deve condurre il professionista a individuare l'orizzonte temporale minimo di riferimento dell'attestazione; tale orizzonte potrebbe essere, peraltro, inciso dalla presenza, o meno, della "nuova" finanza.

Esiste un *trade-off* tra orizzonte temporale e capacità di previsione delle tendenze future di lungo periodo che induce a ritenere opportuno non estendere l'orizzonte temporale oltre i tre o cinque anni, periodo considerato dalla prassi aziendale sufficiente per mostrare gli effetti economico-finanziari degli interventi di risanamento.

Ciò non esclude che si possa considerare un periodo più limitato in casi di forti turbolenze del mercato. La delimitazione dell'arco temporale di riferimento in particolare di lungo periodo non è priva di difficoltà.

La durata del piano può variare in funzione di diversi fattori tra cui le condizioni di partenza dell'impresa in crisi (situazione economico-finanziaria), il tipo di produzione e le criticità dell'attività dell'impresa, il settore in cui opera, la situazione del mercato, gli orientamenti strategici di fondo e la capacità effettiva del soggetto responsabile ad attuare le misure indicate nel piano.

L'attenzione e il livello di approfondimento del professionista dovranno pertanto essere tanto più alti quanto maggiore è il ricorso, da parte del redattore del piano di risanamento, a *hypothetical assumption* nella predisposizione dei dati previsionali; più l'orizzonte temporale del piano sarà ampio, più il professionista si troverà in quest'ultima fattispecie.

¹⁵ ISAE (*International Standards on Assurance Engagements*) 3400 è relativo a *"The Examination of Prospective Financial Information"*.

¹⁶ Nei *Principi di attestazione* si fa esplicito riferimento all'"arco temporale oggetto di considerazione (che) deve attestarsi a data non anteriore al momento in cui, in base al Piano, è previsto che siano soddisfatti i creditori, ovvero, nel caso di continuità aziendale siano ripristinate le normali condizioni di finanziamento (e di fido) ovvero nel caso di prosecuzione di contratti pubblici, siano ripristinate condizioni che consentano un regolare adempimento degli stessi", art. 6.5.11.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÈ EDITORE

Pertanto, il professionista dovrà svolgere opportune valutazioni riguardanti:

- la durata del ciclo operativo;
- la coerenza con le ipotesi formulate;
- l'utilizzo che verrà fatto delle informazioni.

L'indicazione esplicita delle fonti informative e delle metodologie utilizzate per la predisposizione del piano costituisce una condizione necessaria al fine di consentire all'attestatore e ai terzi di valutare compiutamente l'autorevolezza, l'eshaustività e, in termini più generali, la fondatezza delle informazioni da cui scaturiscono ipotesi e previsioni che si riferiscono all'arco temporale coperto dal Piano.

3. La valutazione delle assunzioni di piano e l'evoluzione delle variabili di tipo economico-finanziario: l'analisi di *sensitivity* e *stress test*

La verifica della parte "numerica" del piano, con la rappresentazione degli effetti della strategia nei bilanci prospettici, presuppone, anzitutto, la valutazione della congruità delle ipotesi circa l'evoluzione delle variabili di tipo economico-finanziario.

La tenuta prospettica del piano sotto il profilo della sostenibilità economico-finanziaria è condizionata dal modo in cui i risultati prospettici indicati reagiscono in seguito ad una variazione delle componenti da cui gli stessi dipendono.

Per **analisi di *sensitivity*** del piano di risanamento s'intende quell'attività volta a comprendere gli impatti economico-patrimoniali e soprattutto finanziari di andamenti delle principali variabili del piano diversi rispetto a quelli previsti, al fine di comprendere se, anche in ipotesi di *stress*, il piano medesimo conservi la propria tenuta prospettica e sia, comunque, in grado di rispettare i *covenant* di solito presenti nell'accordo di ristrutturazione¹⁷.

La sensitività dei risultati è valutata modificando lo scenario di base in funzione di assunti maggiormente conservativi rispetto ai valori del Piano. Gli scenari conservativi devono riguardare sia il Piano economico sia quello finanziario, in modo da comprendere quale dimensione risulterebbe maggiormente sensibile, e quindi pregiudicata, al verificarsi di un peggioramento del contesto⁽¹⁸⁾.

I Principi di attestazione raccomandano che il professionista effettui una ricognizione delle variabili critiche (competitive e gestionali) che più sono in grado di esercitare un influsso sulla creazione di valore, sull'equilibrio finanziario e sul risanamento della posizione debitoria. Se per alcune simulazioni

¹⁷ Nei *Principi di attestazione* si indica che "mediante l'analisi di sensitività l'Attestatore verifica gli effetti di eventuali modifiche nelle ipotesi alla base del Piano. Le analisi di sensitività si estrinsecano nello stimare come si modifichino i valori del Piano al verificarsi di variazioni nelle ipotesi di fondo (*what-if analysis*), al fine di comprendere se il Piano conservi o meno la propria tenuta prospettica sotto il profilo sia della sostenibilità economico-finanziaria. L'analisi assume particolare rilevanza anche sotto il profilo della "bancabilità" con particolare riferimento al rispetto dei *covenants* di solito presenti negli accordi di ristrutturazione", art. 6.6.3.

¹⁸ Cfr. *Principi di attestazione*, art. 6.6.4.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÈ EDITORE

L'Attestatore crede che alcuni dati non contenuti nel piano siano particolarmente significativi, ne fa richiesta al management¹⁹.

Il professionista deve verificare per quale variazione massima dei *Key Performance Indicator (KPI)*, si raggiungerà il punto di "rottura" (²⁰), ovvero il piano non potrà più considerarsi attuabile per il risanamento, e per quali variazioni, invece, l'impresa raggiungerà i migliori livelli di *performance*.

Pertanto, l'analisi consentirà di immaginare *scenari di rottura* del piano che dovranno essere oggetto di verifica di *deployment* e di *monitoring* da parte del *management* aziendale al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi di risanamento contenuti nel piano stesso.

Analogamente alla *gap analysis* "economico-finanziaria" che normalmente si articola attraverso i KPI di natura economica, finanziaria e patrimoniale indicati nel piano, è necessario strutturare anche la *gap analysis* "organizzativa".

Il successo del piano industriale non dipende soltanto da una rinnovata architettura strategica, ma anche da un'analisi organizzativa dettagliata finalizzata ad individuare le zone di specifiche assunzioni di responsabilità delle azioni definite nel piano stesso.

Una corretta e puntuale realizzazione di queste ultime comporterà il riequilibrio aziendale descritto.

L'analisi organizzativa permetterà di evidenziare il *gap*, relativo alle dimensioni delle capacità e competenze operative, tra la situazione attuale, che ha portato alla crisi, e la situazione futura prevista nel piano.

Le modalità di copertura di tale *gap* (formazione tecnica, formazione manageriale, spostamenti e/o accorpamenti di funzioni, ridefinizione delle linee di responsabilità e di comando ecc.) devono essere previste nel piano di risanamento e devono, soprattutto, essere pianificate, in base a priorità e propedeuticità, affinché la nuova organizzazione (competenze, processi ecc.) sia adeguata per sostenere l'efficace ed efficiente implementazione delle azioni a supporto del piano.

4. Il giudizio finale del professionista attestatore

La relazione di attestazione deve contenere separatamente il giudizio sulla veridicità dei dati aziendali e il giudizio di fattibilità del piano.

Il giudizio sulla veridicità dei dati aziendali, come indicato in precedenza, può essere positivo o negativo; al giudizio negativo è equiparato il caso nel quale vi sia l'impossibilità di esprimere un giudizio (ad es. impossibilità di verificare la fondatezza di ipotesi che condizionano significativamente la fattibilità del piano).

Come evidenziato nei Principi di attestazione "in assenza di un giudizio positivo in merito alla veridicità della base dati non si crede possibile giungere ad esprimere un giudizio finale sulla fattibilità del piano ed è pertanto inopportuno, salvo casi

¹⁹ Cfr. *Principi di attestazione*, art. 6.6.6.

²⁰ «Lo scostamento si intende "significativo" allorché l'ipotesi contenuta nel piano è assunta a *milestone* non sia più realizzabile ovvero lo sia, ma a condizioni economiche e/o temporali incompatibili con il rispetto del cronoprogramma e/o degli obiettivi su cui si basa il piano», cfr. *Linee-guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, op. cit., 48.

i/FALLIMENTARISTA

GIUFFRÉ EDITORE

eccezionali, che l'attestatore si esprima in merito alla fattibilità del piano"²¹.

Il giudizio di fattibilità del piano può essere positivo o negativo; nei Principi di attestazione si afferma che "qualora la fattibilità del piano dipenda da specifici eventi futuri circoscritti nel tempo l'attestazione è immediatamente efficace se l'attestatore attesta che sussiste una elevata probabilità che essi si verifichino; è sospensivamente condizionata negli altri casi. Nel secondo caso, la condizione deve verificarsi perché l'attestazione produca i propri effetti. L'attestazione condizionata è da considerarsi ammissibile purché gli eventi iniziali siano specificatamente individuati ed esplicitati dall'attestatore che deve anche indicare l'orizzonte temporale entro quale devono verificarsi"²².

²¹ Cfr. *Principi di attestazione*, art. 8.4.4.

²² Cfr. *Principi di attestazione*, art. 8.4.7.

Autorità

Tribunale sez. IV Palermo

Data:

04/06/2014 (ud. 03/06/2014 , dep.04/06/2014)

Numero:

5513

- **Intestazione**
- REPUBBLICA ITALIANA
- IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
- TRIBUNALE DI PALERMO
- SEZIONE IV CIVILE E FALLIMENTARE
- Il Tribunale di Palermo, Sezione IV Civile e Fallimentare, composto
- dai Magistrati:
- Dott. Antonio Novara Presidente
- Dott.ssa Gabriella Giammona Giudice delegato
- Dott.ssa Clelia Maltese Giudice
- riunito in Camera di consiglio, ha pronunciato il seguente
- **DECRETO**
- Letto il ricorso ex art. 161 L.F. depositato in data 11.2.2014, con
- il quale la Vini del Sud s.a.s. di Casa Vinicola Ca. s.p.a. ed i soci
- accomandatari Casa Vinicola Ca. s.p.a., Estates Service s.c.r.l.,
- Mediterranean Domains s.r.l., Elvanto s.r.l., Castel di Maranfusa
- s.c.r.l., Agricola Valera s.r.l., Maganoce s.r.l., Sagitta s.r.l.,
- Ursa s.r.l., Vigne Nuove s.r.l., Castore s.r.l., Norma s.r.l. e Nuovo
- Sud s.p.a., nonché D. Li. Ro., titolare dell'omonima impresa
- individuale e socia accomandante della Vini del Sud s.a.s., hanno
- chiesto di essere ammesse alla procedura di concordato preventivo;
- considerato che la proposta è stata regolarmente comunicata al P.M.;
- esaminata la memoria ex art. 162 L.F., depositata dalle proponenti in
- data 8.4.2014;
- rilevato che, all'udienza camerale del 21 maggio 2014, le proponenti
- hanno insistito in ricorso, mentre il Pubblico Ministero si è opposto
- all'ammissione;
- **Fatto**

OSSERVA

Con ricorso ex art. 161 L.F., depositato in data 11.2.2014, la Vini del Sud s.a.s. di Casa Vinicola Ca. s.p.a. ed i soci accomandatari Casa Vinicola Ca. s.p.a., Estates Service s.c.r.l., Mediterranean Domains s.r.l., Elvanto s.r.l., Castel di Maranfusa s.c.r.l., Agricola Valera s.r.l., Maganoce s.r.l., Sagitta s.r.l., Ursa s.r.l., Vigne Nuove s.r.l., Castore s.r.l., Norma s.r.l. e Nuovo Sud s.p.a., nonché D. Li. Ro., titolare dell'omonima impresa individuale e socia accomandante della Vini del Sud s.a.s., hanno chiesto di essere ammesse alla procedura di concordato preventiva, proponendo un concordato di gruppo con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F. e con assuntore.

In particolare, le proponenti, esposto il proprio stato di crisi, da ultimo culminato nella risoluzione dell'accordo di ristrutturazione proposto dalla Casa Vinicola Ca. s.p.a. ed omologato da questo Tribunale il 5.10.2010, hanno rappresentato:

* di essere tutte parti di un unico gruppo societario facente capo al Dott. Mi. An., operante nel settore vinicolo ed avente ad oggetto l'attività di produzione, lavorazione, trasformazione e commercializzazione del vino;

* di aver posto in essere un'operazione straordinaria di aggregazione societaria, consistita nella recente costituzione della Vini del Sud s.a.s., nella quale le società proponenti (socie accomandatarie della s.a.s.) e l'impresa individuale nella titolarità di D. Li. Ro. (socia accomandante) hanno conferito i rispettivi complessi aziendali, condizionando risolutivamente detti conferimenti alla mancata omologazione del concordato preventivo proposto;

* che, con delibera del 3.1.2014, l'assemblea sociale della Vini del Sud s.a.s., allo scopo di fare assumere ai soci accomandanti Mi. An. e D. Li. Ro. la qualifica di soci illimitatamente responsabili, ha deliberato la propria trasformazione in s.n.c., condizionando sospensivamente l'efficacia di detta trasformazione all'omologazione del concordato proposto;

* che, con atto del 6.2.2014, Mi. Vi. e Mi. Gi., rispettivamente padre e fratello del socio accomandante Mi. An., hanno costituito un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. sui beni gravati da ipoteca a garanzia dei finanziamenti erogati in favore delle società proponenti.

Ciò premesso, le società e la D. Li. hanno proposto un piano che prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte della Vini del Sud s.a.s. sino alla definitività del decreto di omologazione del concordato e, successivamente, l'intervento di un assuntore, individuato nella VGM s.r.l., il quale proseguirà l'attività, accollandosi tutti i debiti ed acquisendo tutte le attività mobiliari della s.a.s. ad avvenuto pagamento dei creditori privilegiati integralmente capienti, salva l'eventuale cessione anticipata da perfezionarsi ex art. 167 L.F., ed al quale saranno trasferiti, ad esecuzione avvenuta del piano ed integrale adempimento della proposta, anche i residui beni immobili, diversi da quelli c.d. no core, alienati a terzi nel corso della procedura.

Le differenti modalità attuative del piano, inizialmente descritte in maniera eccessivamente indeterminata, sono state precisate dalle proponenti nella memoria depositata l'8.4.2014, con la quale è stato chiarito che il piano ha alla base un'unica operazione traslativa (e, segnatamente, il trasferimento delle attività mobiliari in favore dell'assuntore o di società da questo indicata e ad esso riconducibile), con la previsione di un'articolata scansione degli eventi, tanto di carattere temporale (con possibilità di perfezionare tutto o parte del trasferimento prima dell'omologa, previa autorizzazione giudiziale), quanto di natura formale (potendo il trasferimento tradursi in una vendita o in un conferimento di azienda), quanto infine di carattere soggettivo (essendo prevista la possibilità di deviazione degli effetti ad un terzo).

Con riferimento al patrimonio immobiliare, viene previsto che lo stesso rimanga nella titolarità della s.a.s. fino all'avvenuta esecuzione del piano e all'adempimento della proposta, fatta salva la detenzione di parte dei beni in capo all'assuntore e l'alienazione a terzi di quelli non più funzionali alla prosecuzione dell'attività aziendale, in relazione ai quali le proponenti rimettono al Tribunale la valutazione circa la nomina di un liquidatore.

Ad esecuzione completa del piano e della proposta, tutti gli immobili residui verranno definitivamente trasferiti all'assuntore.

Come si legge nella relazione integrativa degli esperti depositata a corredo della memoria dell'8.4.2014, "la società ha elaborato una proposta di concordato che mira a soddisfare i creditori mediante la conservazione del going concern aziendale, utilizzando i flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività di impresa ed il contestuale raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della società attraverso il risanamento dall'impresa".

Il gruppo societario ha, quindi, sviluppato un piano industriale unitario, che garantisce la concentrazione in un'unica realtà aziendale di tutta la filiera produttiva ed industriale (coltivazione dei vigneti, produzione del vino, imbottigliamento, diversificazione dei prodotti e dei marchi, commercializzazione), "mediante l'aggregazione dei patrimoni di tutti i soggetti coinvolti nel

concordato della Vini del Sud s.a.s., come prevede il rilancio dell'attività attraverso una serie di azioni rimirate, che dovrebbero portare a significative crescite dei ricavi e dei margini e alla generazione di determinati flussi di cassa".

La proposta non contiene la suddivisione dei creditori in classi e, nella versione definitiva di cui alla memoria dell'8.4.2014, prevede:

- il pagamento integrale delle spese di giustizia e dei creditori in prededuzione entro 12 mesi dalla definitività del decreto di omologa del concordato preventivo;

- il pagamento integrale dei creditori muniti di privilegio generale integralmente capienti entro 12 mesi dalla data di definitiva omologazione del concordato (quanto ai creditori privilegiati ex art. 2751 bis n. 1 c.c., in ricorso viene specificato che il debito maturato a titolo di TFR verrà estinto nell'ambito concordatario per quei dipendenti il cui rapporto di lavoro sarà interrotto nelle more della procedura, mentre per i lavoratori che passeranno alle dipendenze dell'Assuntore il debito verrà estinto a mezzo accollo liberatorio da parte di quest'ultimo e pagato al momento della cessazione del rapporto di lavoro);

- il pagamento degli altri creditori privilegiati ed ipotecari nei limiti della capienza del valore dei beni gravati dalla garanzia, quale determinato con l'allegata relazione ex art. 160 L.F., e nei seguenti termini: entro 12 mesi dalla definitiva omologazione, per i privilegiati diversi dagli ipotecari; entro 5 anni dalla definitiva omologazione, per gli ipotecari;

- il soddisfacimento di tutti gli altri creditori, chirografari e privilegiati in tutto o in parte incapienti, nella misura del 3%, in 5 ratei annuali di pari importo a decorrere dal 180° giorno successivo al pagamento dei creditori privilegiati integralmente capienti.

Il soddisfacimento di detti ultimi creditori avverrà attraverso l'apporto di nuova finanza, costituita dalle risorse rinvenienti dalla prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'assuntore e dagli apporti finanziari provenienti da quest'ultimo.

Tanto premesso, il Collegio è chiamato, in questa sede, a pronunciarsi in ordine all'ammissibilità della proposta, verificando la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, e segnatamente: a) la qualità di imprenditore commerciale delle proponenti; b) la sussistenza dello stato di crisi; c) la completezza della documentazione depositata; d) la presentazione di un piano formulato ai sensi dell'art. 160 L.F.

Con riferimento al primo requisito, non v'è dubbio che ciascuna delle imprese proponenti rientri tra i soggetti di cui all'art. 1 LF, e sia, quindi, in possesso dei requisiti per accedere al concordato preventivo.

Ritiene, inoltre, il Collegio la legittimità ed ammissibilità della proposta concordataria di gruppo formulata dalle proponenti.

Invero, sebbene la normativa in materia non disciplini il concordato di gruppo, può senz'altro condividersi l'orientamento interpretativo favorevole a riconoscere la legittimità ed ammissibilità di siffatto concordato, fondato su un piano aziendale riferito all'impresa di gruppo, e ciò almeno laddove, come nel caso di specie, il piano stesso risponda all'interesse dei creditori, favorendo un'attività liquidatoria unitaria in virtù delle strette connessioni esistenti tra le società e/o imprese facenti parte del gruppo e prevedendo l'abbattimento dell'esposizione debitoria infragruppo, sì da rendere possibile la prosecuzione dell'attività aziendale nel suo complesso, attraverso l'intervento di un assuntore (la società VGM s.r.l.) appositamente costituito.

In altri termini, i rapporti che legano reciprocamente le varie imprese del gruppo, divenute per di più socie accomandatarie della nuova società in accomandita semplice Vini del Sud, giustificano e legittimano sia una valutazione sostanziale che una trattazione a livello procedurale unitaria del piano concordatario, e quindi una gestione integralmente unitaria della procedura concorsuale, con un'unica adunanza e con un computo delle maggioranze riferito, non già ad ogni singola

impresa, bensì all'unico programma concordatario (in tal senso, Trib. La Spezia 2.5.2011 e Corte di Appello Genova 23.12.2011).

V'è da considerare, inoltre, che, nel caso in esame, tanto la proposta, quanto il piano, quanto, infine, la relazione degli esperti tengono adeguatamente distinte le attività e passività di ogni singola impresa del gruppo, e risultano, pertanto, idonee a consentire ad ogni singolo creditore di verificare la propria posizione creditoria e l'impatto della proposta concordataria sul soddisfacimento della stessa, nonché l'alternativa in caso di liquidazione fallimentare.

Resterà, ovviamente, affidata ai creditori, attraverso l'esercizio del diritto di voto, preceduto dall'analisi dei risultati e degli approfondimenti contenuti nella relazione del nominando Commissario Giudiziale, la valutazione della convenienza di tale gestione unitaria e globale della crisi.

Altrettanto legittima appare la modesta percentuale di soddisfacimento proposta per i creditori chirografari e privilegiati in tutto od in parte incapienti (3%), tenuto conto che, per un verso, il patrimonio di ogni singola società ed impresa viene interamente destinato al soddisfacimento dei rispettivi creditori privilegiati nei limiti della capienza dei beni oggetto della garanzia, rispettandosi quindi l'ordine legale delle cause di prelazione riferito ad ogni impresa del gruppo, e, per altro verso, che i creditori chirografari e privilegiati in tutto od in parte incapienti, nell'alternativa ipotesi fallimentare, non riceverebbero alcun soddisfacimento.

Il che vale a rendere non meritevole di accoglimento la contestazione sollevata dal P.M. in udienza con riferimento all'eccessivo sacrificio imposto ai predetti creditori.

Invero, la proposta concordataria assicura ai creditori chirografari e privilegiati per la parte incapiente quel minimo soddisfo che gli stessi non avrebbero ove il concordato non andasse a buon fine, e ciò grazie alle risorse (c.d. nuova finanza) derivanti dalla prosecuzione dell'attività aziendale in capo all'assuntore.

Del resto, la qualificazione di dette risorse come "nuova finanza", come tale liberamente disponibile e non soggetta al divieto di alterazione delle cause di prelazione, appare in linea con i principi affermati dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 9373/2012, ove si afferma che tale divieto può essere derogato in caso di risorse provenienti da terzi allorché l'apporto - come avviene nel caso di specie - risulti neutrale rispetto al patrimonio del debitore proponente, nel senso che non comporti un diretto incremento dello stato patrimoniale dell'impresa, né un aggravio della massa passiva con il riconoscimento di un credito a favore del terzo.

Quanto al requisito della sussistenza dello stato di crisi, è indubbio che le imprese versino in una situazione di crisi, tenuto conto delle risultanze delle rispettive situazioni economico-patrimoniali. Riguardo alla regolarità e completezza della documentazione prodotta, deve osservarsi che risulta depositata tutta la documentazione richiesta dall'art. 161, comma II, L.F., e, segnatamente: a) la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria delle imprese proponenti; b) lo 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 sui beni di proprietà o in possesso delle imprese; d) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

È stata, inoltre, depositata la relazione ai sensi del secondo comma dell'art. 160 L.F.

Per ciò che concerne, poi, la relazione dei professionisti ex art. 161, comma III, L.F., deve osservarsi, per un verso, che gli esperti attestatori, Dott. An. Ma., Dott. An. Mo. e Rag. Gi. Ro., risultano in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma III lett. d) L.F., e, per altro verso, che la relazione dagli stessi redatta, e, da ultimo, integrata il 2.4.2014, appare completa e soddisfacente, sia con riferimento all'attestazione di veridicità dei dati contabili, sia con riferimento alla fattibilità del piano proposto, del quale vengono approfonditamente esaminate le concrete prospettive di successo, come le rilevanti criticità.

In particolare, gli esperti, esaminato con la dovuta analiticità il piano industriale sotteso alla proposta, non hanno mancato di evidenziare come lo stesso risulti "molto ambizioso", prevedendo, rispetto al trend negativo degli anni passati, una crescita molto significativa e repentina, sia in termini di volumi di vendita, che di prezzi medi, che di redditività. In quest'ottica, la relazione contiene le opportune simulazioni del piano in scenari peggiorativi rispetto a quelli ipotizzati dalle proponenti, e ciò al precipuo fine di verificarne la tenuta al variare di alcuni dei suoi presupposti chiave.

Inoltre, trattandosi di un concordato preventivo con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F., il piano contiene l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi mensili attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, ed è stato valutato positivamente dai professionisti attestatori, i quali, per un verso, hanno individuato, sia pure in termini probabilistici e con la necessaria prudenza, la sussistenza delle risorse finanziarie necessarie per la prosecuzione dell'attività d'impresa e per l'adempimento della proposta concordataria, e, per altro verso, hanno attestato che la prosecuzione di detta attività (sia pure in forma indiretta) è funzionale al maggior soddisfacimento dei creditori, determinando un incremento dell'attivo disponibile, rispetto all'alternativa ipotesi fallimentare, nella misura del 30% circa.

Infine, il Collegio osserva come la presentazione del ricorso in esame appaia conforme alla previsione di cui agli artt. 161 ultimo comma e 152 L.F., in quanto la domanda risulta approvata e sottoscritta dall'amministratore unico di ciascuna società, in forza di altrettante delibere ricevute dal Notaio Maria Gabriella Cannistraro in data 6 e 7 febbraio 2014, regolarmente iscritte nel registro delle imprese.

Il ricorso proposto deve, pertanto, essere considerato ammissibile, con conseguente apertura della procedura di concordato preventivo.

Infine, valutata l'entità dei compensi presumibilmente spettanti al Commissario giudiziale ed al Liquidatore, nonché delle altre spese di procedura allo statu preventivabili e tenuto conto della richiesta delle proponenti di limitare al 20% la somma da depositare ai sensi dell'art. 163 comma II n. 4) L.F., detta somma può stabilirsi in E 120.000,00, che le proponenti dovranno depositare in Cancelleria, entro quindici giorni dalla comunicazione del presente decreto, mediante assegni circolari non trasferibili intestati alla procedura, che il Commissario giudiziale provvederà a versare sul relativo conto corrente.

• PQM

P.Q.M.

Il Tribunale, visti gli artt. 160 ss. L.F.,

dichiara aperta la procedura di concordato preventivo proposta dalle seguenti società:

- Vini del Sud s.a.s. di Casa Vinicola Ca. s.p.a., con sede in San Cipirello (PA), Contrada Piano Piraino, codice fiscale -omissis-;
- Casa Vinicola Ca. s.p.a., con sede in San Cipirello (PA), Contrada Piano Piraino, codice fiscale -omissis-;
- Estates Service s.c.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
- Mediterranean Domains s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
- Elvanto s.r.l., con sede in San Cipirello (PA), Contrada Piano Piraino, codice fiscale -omissis-;
- Castel di Maranfusa s.c.r.l., con sede in San Cipirello (PA), Contrada Piano Piraino, codice fiscale -omissis-;
- Agricola Valera s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
- Maganoce s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
- Sagitta s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
- Ursa s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
- Vigne Nuove s.r.l., con sede in Palermo, Via Giuseppe La Farina n. 3, codice fiscale -omissis-;

- Castore s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
 - Norma s.r.l., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
 - Nuovo Sud s.p.a., con sede in Palermo, Via Briuccia n. 52, codice fiscale -omissis-;
 - D. Li. Ro., titolare dell'omonima impresa individuale, con sede in San Cipirello, Contrada -omissis-, Partita IVA -omissis-;
 delega alla procedura il Giudice dott.ssa Ga. Gi.;
 nomina Commissario giudiziale il Prof. Avv. Vi. Me. con studio in Palermo, Via Sammartino n. 4 (studio legale Avv. Alberto Marino);
 fissa per il giorno 10/7/2014, ore 9,30 l'adunanza dei creditori di cui all'art. 174 L.F. e dispone la comunicazione agli stessi del presente decreto entro il 26/6/2014 da parte del Commissario giudiziale;
 assegna alle ricorrenti termine di giorni quindici dalla comunicazione del presente decreto per il deposito della somma di E 120.000,00 pari al 20% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, da effettuarsi con le modalità di cui in parte motiva, con l'avvertimento che, decorso inutilmente detto termine, il Commissario Giudiziale procederà a norma dell'art. 173 comma 1 L.F.;
 manda alla Cancelleria per l'immediata comunicazione alle proponenti ed al Commissario giudiziale, nonché per quanto disposto dall'art. 166 L.F.
 Palermo, 3 giugno 2014
 Depositata in cancelleria il 04/06/2014.

Giurisprudenza di merito

Nel caso in cui alla proposta di concordato vengano apportate modifiche di carattere migliorativo, in tal senso valutate dal commissario giudiziale, non risulta necessario produrre una seconda relazione di attestazione ex articolo 161, comma 3, ultima parte L.F.. – **Appello Firenze 10 febbraio 2014**

Nella valutazione delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato preventivo, qualunque sia la sede in cui avvenga (ammissione ex art. 162, secondo comma; revoca ex art. 173, terzo comma; omologazione ex art. 180, terzo comma, legge fall.), al tribunale non è consentito il controllo sulla regolarità ed attendibilità delle scritture contabili, ma è permesso il sindacato sulla veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti prodotti unitamente al ricorso (art. 161, secondo comma, lett. a, b, c, e d, legge fall.), sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, al fine di consentire ai creditori di valutare, sulla base di dati reali, la convenienza della proposta e la stessa fattibilità del piano. Resta, invece, precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali effettuata dal professionista attestatore, salvo il caso di incongruenza o illogicità della motivazione. – **Cassazione civile, sezione I, 31 gennaio 2014**

In tema di fattibilità della proposta di concordato preventivo, rientrano nell'ambito del controllo riservato al tribunale la correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del giudizio di fattibilità del piano, l'eventuale impossibilità giuridica di dare esecuzione, sia pure parziale, alla proposta di concordato, nonché l'eventuale inidoneità della medesima, se emergente prima facie, a soddisfare in qualche misura i crediti. – **Tribunale Pescara, 17 gennaio 2014**

La fattibilità giuridica della proposta deve essere intesa nel senso della compatibilità della medesima a norme giuridiche inderogabili, da valutarsi tenendo conto del contenuto della proposta stessa e delle finalità perseguite con la conseguenza che i margini di intervento del giudice chiamato alla verifica in questione non sono, pertanto, identificabili a priori ed in astratto. – **Tribunale Pescara 17 gennaio 2014**

La fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è "*di secondo grado*" non esercitandosi lo stesso sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui all'articolo 161, comma 3, L.F., ma consistendo nella verifica diretta del presupposto stesso, con la precisazione che la fattibilità si distingue in fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo. – **Cassazione civile, sez. I 06 novembre 2013**

Nell'ambito del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis l.f., la esplicita previsione del requisito della "cessione di azienda in esercizio" consente di escludere che il concordato con continuità possa essere attuato tramite la distinta ipotesi dell'affitto di azienda. In particolare, le disposizioni speciali in tema

di continuità concordataria di cui al novellato art. 186 bis l.f. ("in primis" predisposizione di un piano industriale, speciale attestazione, ecc...) si giustificano in quanto la debitrice prospetti la permanenza di un rischio di impresa su cui i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto. Laddove invece (come nella specie, ascrivibile alla categoria del concordato liquidatorio con risanamento indiretto) la continuazione dell'attività è in capo ad un soggetto giuridico diverso, che si è impegnato a pagare un canone fisso, si dovrà eventualmente discutere della solvibilità dell'affittuaria o delle garanzie da questa prestate (o meno) ma all'interno di uno schema concordatario e causale puramente liquidatorio. – **Tribunale Ravenna, 29 ottobre 2013**

Nel concordato preventivo è previsto che la relazione del professionista ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.f. sia resa da un solo attestatore, indipendente, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma tre, lett. d l.f., che risponde anche penalmente delle informazioni che espone o delle omissioni di informazioni rilevanti, senza possibilità di frazionamento della relazione in più parti affidate a differenti professionisti. – **Tribunale Mantova 17 ottobre 2013**

La relazione del professionista resa ai sensi del terzo comma dell'art. 161 l.f. non è idonea ad attestare la fattibilità del piano se in essa l'attestazione di fattibilità è subordinata all'avverarsi di situazioni incerte, atteso che in questo caso non vengono forniti ai creditori elementi utili circa la probabilità di riuscita del piano. – **Tribunale Mantova 17 ottobre 2013**

Chi attesta la fattibilità di un piano in cui la maggior parte delle liquidità deriva da apporti di capitale di un'altra società deve assumersi la responsabilità di controllare la correttezza e la serietà delle valutazioni effettuate nel piano industriale di quest'altra società per verificare la fondatezza dei presumibili ricavi e costi. – **Tribunale Mantova 17 ottobre 2013**

Il giudizio in ordine alla inidoneità della relazione resa dal professionista attestatore ai sensi dell'articolo 161, comma 3, L.F. rientra nell'ambito del sindacato del tribunale ed è di per sé sufficiente a fondare la dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato preventivo. – **Cassazione civile, sez. I 25 settembre 2013**

Nell'ipotesi in cui l'imprenditore proponga un concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis l. fall., costituisce motivo d'inammissibilità della domanda di concordato, anche in sede di giudizio di omologazione, la mancanza di una concreta ed effettiva attestazione in relazione alla funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa al miglior soddisfacimento dei creditori. Tale contenuto ha carattere obbligatorio ed essenziale ed implica un raffronto tra le prospettive di pagamento derivanti (anche) dalla prosecuzione dell'attività d'impresa con le prospettive di liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, compresi i beni facenti parte dell'azienda, o del ramo d'azienda, che l'imprenditore non cede proprio per poter proseguire l'attività. – **Tribunale Bergamo, 26 settembre 2013**

Nell'ambito della disciplina attuale, la relazione del professionista ex art. 161, comma 3, l. fall. sostituisce l'attività istruttoria del Tribunale e deve garantire una informazione adeguata e corretta dei creditori. Pertanto, la attestazione della veridicità dei dati aziendali non può ridursi a un "atto di fede" ricollegabile alla esistenza di documenti formali e a un mero rinvio agli stessi. Al contrario, la attestazione deve dare conto della verifica capillare di tutti i dati aziendali ovvero, qualora ciò sia impossibile per i tempi e gli oneri correlati alle dimensioni aziendali, la attestazione deve essere supportata da un loro controllo 'a campione'; inoltre deve permettere la ricostruzione dell'iter logico posto alla base della valutazioni dell'attestatore. – **Tribunale Novara, 14 giugno 2013**

Nel concordato preventivo, con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, ma, al contrario, tale giudizio comporta che il professionista accerti e attesti che i dati in questione siano "effettivamente reali". Il concetto di "veridicità" dei dati aziendali di cui all'art. 161, comma 3, L.F. deve essere ricondotto a quello di "rappresentazione veritiera e corretta" ex art. 2423 c.c., e deve, quindi, essere inteso in termini di "corrispondenza al vero". In questa prospettiva, il professionista attestatore è tenuto ad esaminare e verificare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui il piano concordatario si fonda, vale a dire tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano, con la precisazione che particolare attenzione l'attestatore deve prestare agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi (ad esempio, crediti rilevanti), alle componenti del capitale circolante che generano flussi di cassa (ad esempio, scorte, crediti, debiti, ecc.), ed agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell'attestazione (ad esempio, avviamenti di assets da dismettere, fondi di rischio ed oneri). – **Tribunale S. Maria Capua V, 12 giugno 2013**

In tema di concordato preventivo, il controllo del tribunale va effettuato sia verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori, sia accertando la fattibilità giuridica della proposta, sia, infine, valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura. Rientrano, dunque, nell'ambito di detto controllo, la correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano; l'eventuale impossibilità giuridica di dare esecuzione, sia pure parziale, alla proposta di concordato; l'eventuale inidoneità della proposta, se emergente "prima facie", a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati restando invece, riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito di detto giudizio, che ha ad oggetto la fattibilità del piano e la sua convenienza economica. – **Cassazione civile, sez. I 27 maggio 2013**

In tema di concordato preventivo, il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista,

mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità - che deve svolgersi in tutte le fasi del concordato preventivo - non è limitato alla completezza, alla congruità logica e alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili e con la causa in concreto dell'accordo, il quale ha come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e l'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro. Con particolare riguardo al concordato preventivo con cessione di beni, il controllo di legittimità consiste nella verifica dell'idoneità della documentazione a fornire elementi di giudizio ai creditori circa la convenienza della proposta. – **Cassazione civile, sez. I 09 maggio 2013**

È compito del Tribunale, nella fase di ammissione d'un debitore ad un concordato preventivo con continuità aziendale, valutare se la prosecuzione dell'attività d'impresa sia effettivamente funzionale a garantire la più ampia soddisfazione dei crediti concorsuali, verificando la completezza del piano, in termini di sviluppo d'una analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi nel periodo di riferimento, e l'eshaustività dell'attestazione, in termini non solo di affermazione della veridicità dei dati aziendali, ma anche di accertamento, con puntualità e coerenza logica nella prospettiva della massimizzazione dei ricavi a beneficio del ceto creditorio, della preferenza della prosecuzione dell'esercizio aziendale rispetto alla liquidazione. – **Tribunale di Roma, sezione fallimentare – 6 maggio 2013**

La relazione del professionista ex art. 161, co. 3, l.f. sostituisce l'attività istruttoria del Tribunale e deve garantire una informazione adeguata e corretta dei creditori con la conseguenza che la attestazione della veridicità dei dati aziendali non può ridursi a un atto di fede ricollegabile alla esistenza di documenti formali e a un mero rinvio agli stessi. In particolare la attestazione deve dare conto della verifica capillare di tutti i dati aziendali ovvero, qualora ciò sia impossibile per i tempi e gli oneri correlati alle dimensioni aziendali, la attestazione deve essere supportata da un loro controllo 'a campione' e deve consentire la ricostruzione dell'iter logico su cui si fondono le valutazioni dell'attestatore. – **Tribunale Novara, 14 marzo 2013**

Nel concordato preventivo, con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, dovendosi al contrario tale giudizio comportare che il professionista accerti e attesti che i dati in questione siano “effettivamente reali” – **Tribunale Benevento 23 aprile 2013**

Il concetto di “veridicità” dei dati aziendali di cui all'articolo 161, comma 3, L.F. deve essere ricondotto a quello di “rappresentazione veritiera e corretta” ex art. 2423 c.c., e deve, quindi, essere inteso in termini di “corrispondenza al vero” con la conseguenza che il professionista attestatore ha l'obbligo di esaminare e verificare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui il piano concordatario si fonda. In particolare lo

stesso dovrà verificare i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano, con particolare attenzione agli elementi di maggiore importanza in termini quantitativi (crediti rilevanti, ecc.), alle componenti del capitale circolante che generano flussi di cassa (scorte, crediti, debiti, ecc.), ed agli elementi con profili di rischio elevato ai fini dell'attestazione (avviamenti di assets da dismettere, fondi di rischio ed oneri). – **Tribunale Benevento 23 aprile 2013**

La tipologia del controllo del professionista che attesta la fattibilità del piano di concordato preventivo non può prescindere dalle caratteristiche del piano stesso e così nel caso di un piano di tipo liquidatorio, il professionista dovrà accertare e attestare l'appartenenza al debitore dei beni immobili e degli altri cespiti e la libera disponibilità degli stessi, la effettiva esistenza e la corretta valutazione dei crediti commerciali, la effettiva presenza di giacenze di magazzino e la concreta possibilità di collocazione sul mercato. – **Tribunale Benevento 23 aprile 2013**

Al fine di effettuare l'attestazione della veridicità dei dati di cui all'articolo 161, comma 3, L.F., il professionista deve verificare la reale consistenza del patrimonio dell'azienda, esaminando e vagliando gli elementi che lo compongono. In particolare lo stesso deve accertare che i beni materiali ed immateriali esposti in domanda (diritti di esclusiva, brevetti, giacenze di magazzino, macchinario, beni immobili, ecc.) siano esistenti e correttamente valorizzati, anche prendendone visione diretta o, in caso di dubbio, richiedendo apposite stime (senza che ciò lo esima da una valutazione critica della stima); deve accertare che i crediti vantati siano esistenti e “concretamente esigibili”, in quanto relativi a debitori solvibili, effettuando le opportune verifiche (circolarizzazione del credito, esame della situazione patrimoniale del debitore, ecc.); deve accertare il valore delle partecipazioni societarie calandosi nella realtà della società partecipata. Il tutto con “criterio di prudenza” ovvero assumendo, nel dubbio, le attività esposte al valore più basso. Quanto alle passività, egli deve verificare che quelle esposte siano (quantomeno) quelle risultanti dalla contabilità e dagli altri documenti aziendali (non solo dal bilancio), nonché dalle informazioni che egli possa assumere presso clienti, banche e fornitori; che il debitore abbia tenuto conto, nella proposta, della natura dei crediti vantati nei suoi confronti (privilegiati o chirografari), indagando la condizione del creditore e la causa del credito; che il debitore abbia palesato l'esistenza di diritti reali di garanzia esistenti sui suoi beni; che abbia tenuto conto delle passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali, ovvero la posizione di garanzia assunta rispetto ai lavoratori; che abbia adeguatamente considerato i rischi connessi ai contenziosi pendenti o prevedibili; che abbia risolto (o programmato di risolvere) secondo legge e contratto i rapporti giuridici pendenti. Anche in questo caso, dovrà seguire criteri di prudenza assumendo, nel dubbio, al valore più alto le passività accertate”. – **Tribunale Benevento 23 aprile 2013**

È illegittimo il giudizio del tribunale, posto a fondamento della decisione di inammissibilità del concordato preventivo, nel quale entrino in discussione aspetti relativi alla fattibilità economica del piano, trattandosi di giudizio prognostico che presenta fisiologicamente margini di opinabilità ed implica possibilità di errore e, quindi, profili di rischio del quale devono farsi carico esclusivamente i creditori dopo che siano stati correttamente informati. – **Appello Firenze 27 febbraio 2013**

Nella relazione attestativa che accompagna la domanda di concordato preventivo è necessario che il professionista dichiari espressamente la propria indipendenza ovvero la mancanza di interessi personali nell'operazione, di rapporti professionali o personali con soggetti che vi abbiano interesse, tali da compromettere l'indipendenza di giudizio, nonché la mancata prestazione, nei cinque anni antecedenti la presentazione della proposta, di consulenza al debitore, neppure attraverso associati. – **Tribunale Novara 27 febbraio 2013**

Risulta inammissibile una mera attestazione che si limiti a descrivere la perdita di valore connessa alla cessazione dell'attività per effetto della svalutazione dell'avviamento, dei beni immateriali e dei beni destinati alla produzione, ed "attesti" che tali minusvalenze risultano superiori rispetto alla perdita che si stima sarebbe generata dalla prosecuzione dell'attività. In particolare la relazione dell'esperto risulta carente nel caso di mancata attestazione della veridicità dei dati aziendali e mancata valutazione delle conseguenze della prededuzione sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali), dovendosi ritenere che l'oggetto dell'attestazione e del giudizio del tribunale debba necessariamente riguardare la (eventuale) creazione di valore conseguente al risanamento e non già gli aspetti della rappresentazione contabile della situazione economica e patrimoniale dell'impresa in crisi conseguenti alla sussistenza o meno della continuità aziendale, di per sé irrilevanti ai fini del soddisfacimento dei creditori. – **Tribunale Terni 28 gennaio 2013**

Il professionista attestatore, oltre a dichiarare il possesso dei requisiti e l'assenza delle incompatibilità di cui all'articolo 28 L.F., non deve limitarsi a dichiarare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lett. d), L.F. ma deve aggiungere espressamente di non aver prestato negli ultimi cinque anni, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo dello stesso, al fine di rendere più esplicita l'osservanza delle nuove disposizioni sulla sua indipendenza, previste dal novellato articolo 161, comma 3, L.F.. – **Tribunale Terni 28 gennaio 2013**

Nel concordato preventivo, il professionista attestatore ha il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, fornendo dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi, questi, che il giudice potrebbe altrimenti acquisire soltanto nominando un consulente tecnico. Il professionista attestatore, pur non essendo un consulente del giudice, deve, pertanto, avere caratteristiche di indipendenza (significativamente rafforzate dalla sanzioni penali di cui all'articolo 236 bis, legge fallimentare) e professionalità tali da garantire una corretta attuazione del dettato normativo. – **Cassazione civile 23 gennaio 2013**

Nonostante nel concordato preventivo, al professionista attestatore sia demandato il compito di certificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano

dallo stesso proposto, il controllo del giudice su questi aspetti non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica della motivazione offerta dal professionista anche sotto il profilo del collegamento effettivo tra i dati riscontrati ed il giudizio espresso potendo il giudice discostarsi dal giudizio espresso dal professionista, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario. – **Cassazione civile 23 gennaio 2013**

La fattibilità del piano di concordato non deve essere confusa con la convenienza della proposta (vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al tribunale e riservato ai creditori), con la conseguenza che la stessa fattibilità, intesa come una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, implica una ulteriore distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica. La verifica della fattibilità giuridica spetta sicuramente al giudice, il quale dovrà esprimere un giudizio negativo sull'ammissibilità della proposta quando le sue modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili, mentre è invece di competenza esclusiva dei creditori il giudizio in ordine alla fattibilità economica del concordato, posto che questa valutazione consiste in un giudizio prognostico che comporta margini di opinabilità e possibilità di errore che si traducono inevitabilmente in un fattore di rischio per i soggetti interessati con la conseguenza che risulta quindi ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto del concordato preventivo, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori. – **Cassazione civile 23 gennaio 2013**

Al fine di consentire ai creditori di esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato, concorrendo così a garantire il giusto esito della procedura, è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incombenti, questi, che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura ed ai quali debbono provvedere dapprima il professionista attestatore (rispetto al quale il d.l. 83 del 2012, oltre a sottolinearne la necessaria indipendenza, ha introdotto pesanti sanzioni nel caso di falsità nelle attestazioni o nelle relazioni), in funzione dell'ammissibilità al concordato, e successivamente il commissario giudiziale prima dell'adunanza dei creditori ai fini del voto. – **Cassazione civile 23 gennaio 2013**

Il tribunale ha il compito di esercitare un controllo nella fase di ammissione sull'adeguatezza delle informazioni contenute nella proposta di concordato preventivo nel duplice senso della completezza e della coerenza rispetto alla proposta e pertanto a tale scopo il tribunale verifica l'adeguatezza quantitativa dei dati, la coerenza rispetto ad essi del piano sotteso alla proposta di concordato nonché l'adeguatezza logico-informativa dell'attestazione, indagando se il professionista abbia svolto concretamente il ruolo ad esso affidato dalla legge. – **Tribunale Monza 22 gennaio 2013**

Il professionista attestatore deve formulare un giudizio di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano di concordato preventivo con la conseguenza che la verifica dei dati forniti dall'impresa deve essere concreta e la motivazione del giudizio di fattibilità deve essere adeguata, completa e coerente con la motivazione. Il

professionista attestatore dovrà pertanto specificare quali controlli abbia svolto al fine di verificare fondatezza e corrispondenza ai principi contabili dei dati messi a sua disposizione, quali verifiche abbia compiuto in ordine all'esistenza ed all'ammontare dei debiti e a fondamento della valutazione di esigibilità dei crediti, nonché quali concrete valutazioni di fattibilità del piano abbia compiuto. Con specifico riferimento ai crediti il professionista attestatore dovrà indicare i criteri di valutazione degli stessi e le ragioni che inducano a non svalutarli, dovrà verificare se siano stati emessi dei protesti nei confronti delle società creditrici, quali siano le date di anzianità dei crediti, le condizioni finanziarie patrimoniali, se i creditori siano soggetti in difficoltà o in procedura concorsuale, se vi siano stati tentativi di recupero e se i crediti siano contestati. Con riferimento alle proposte pervenute, l'attestatore dovrà accertare la genuinità, veridicità e la serietà di un'eventuale proposta irrevocabile d'acquisto di un cespite aziendale contenuta nel piano di cui all'art. 160 L.F. riferendo inoltre quali concrete valutazioni di fattibilità del piano abbia compiuto. –

Tribunale Monza 22 gennaio 2013

Sebbene non espressamente menzionata dall'articolo 182 quinquies, comma 1, legge fallimentare, l'attestazione della veridicità dei dati aziendali costituisce un passaggio imprescindibile dell'attestazione richiesta al professionista dalla medesima norma della funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, con la precisazione che eventuali ragioni di urgenza e tempestività che connotano l'erogazione di nuova finanza non consentono una deroga alla serietà ed al rigore che devono accompagnare i controlli giudiziali previsti dalla legge, essendo onere del debitore allestire tempistiche e scansioni organizzative idonee al perseguimento del risultato voluto. – **Tribunale Terni, 15 gennaio 2013**

La funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori dei finanziamenti contemplati dall'articolo 182 quinquies, legge fallimentare deve essere rapportata ai valori patrimoniali attivi e passivi dell'impresa debitrice e l'idoneità allo scopo dei finanziamenti in questione può ritenersi sussistente quando: a) si generi un reddito positivo con conseguente incremento del valore del patrimonio aziendale (aumento dell'attivo/diminuzione del passivo/incremento indiretto del valore patrimoniale, come ad esempio dell'avviamento); b) si generi una perdita, ma ciò nonostante il patrimonio aziendale non subisca una riduzione non tanto sul piano meramente contabile ma in termini di valore realizzabile e destinabile ai creditori; al quesito deve, invece, darsi risposta negativa quando c) dalla prosecuzione dell'attività di impresa derivi una perdita e il valore di realizzo del patrimonio aziendale subisca una riduzione. – **Tribunale Terni, 15 gennaio 2013**

Il livello di approfondimento e di completezza della attestazione sulla veridicità dei dati aziendali richiesta dall'articolo 182 quinquies, legge fallimentare è direttamente proporzionale allo stato di avanzamento della procedura di deposito della domanda di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, tenendo presente che l'imposizione, tra gli obblighi informativi, dei report mensili dovrebbe avere proprio il fine di consentire all'attestatore - prima ancora che al tribunale cui sono destinati - di monitorare la

progressione degli adempimenti necessari in vista del rispetto della scadenza del termine concesso dal tribunale a fronte della domanda di concordato con riserva. – **Tribunale Terni, 15 gennaio 2013**

L'attestazione della funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori non può limitarsi ad una generica dichiarazione che una liquidazione a stralcio dei beni successiva alla cessione dell'attività determinerebbe una riduzione del valore di trasferimento dell'azienda (circostanza, questa, della quale normalmente non si ha motivo di dubitare), dovendo, invece, contenere una proiezione, anche numerica, degli scenari praticabili, con indicazione del fatto che nell'ipotesi alternativa a quella voluta dal debitore i creditori riceverebbero una soddisfazione inferiore. In quest'ottica, l'attestatore dovrà ovviamente considerare anche il peso finanziario della prededuzione spettante agli istituti di credito, specie a fronte di erogazioni di importi elevati, i quali potrebbero in astratto precludere o ridurre grandemente la soddisfazione degli altri creditori. – **Tribunale Terni, 15 gennaio 2013**

L'attestazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, legge fallimentare, deve offrire garanzia ai creditori, come al giudice, sull'esito positivo delle analisi compiute dal debitore rispetto ai dati aziendali e sulla conseguente verosimile certezza che quanto previsto nel piano possa effettivamente realizzarsi nei modi e tempi proposti con la conseguenza che una attestazione che esprima valutazioni sulla fattibilità di mera "possibilità" o anche "probabilità" è priva dei requisiti prescritti per legge e deve quindi condurre all'inammissibilità della proposta concordataria, ove il professionista incaricato non provveda a rivederla nel termine all'uopo assegnabile dal tribunale. – **Tribunale Firenze 07 gennaio 2013**

La relazione si completa con i seguenti allegati, disponibili on line sul sito www.notaibergamo.it:
PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI DI RISANAMENTO 6 giugno 2014 A
ALLEGATO 1: PROCEDURE DI VERIFICA SU ALCUNE POSTE PATRIMONIALI DELLA
BASEDATI CONTABILE.

Allegato 2: Le attestazioni speciali di cui agli artt. 182 quinquies e 186 bis l.f. (cenni)



TRIBUNALE DI ROVERETO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

SENT. Nr. **12/05**

R.G.NR. 10/94

R.G.G.I.P. 12/25

Sentenza dd.

12.01.2012

Deposito in Cancelleria
il

Il Giudice dell'udienza preliminare dott.ssa Monica Izzo all'udienza del 12 gennaio 2012 ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente

S E N T E N Z A

- art. 442 c.p.p. -

nei confronti di:

- 1) **OMISSIS (CARLOZZI GIOVANNI BATTISTA)**
- 2) **OMISSIS (DI DARIO FRANCESCO)**
- 3) **OMISSIS (FEDRIZZI CORRADO)**
- 4) **MONTI PIETRO** nato il 17.07.1943 a Baselga di Pinè (TN) residente in Rovereto (TN) via Bellavista II n. 21 elett.te dom.to presso lo studio del difensore di fiducia avv. Bruno Ballardini del Foro di Rovereto

Fatta comunicazione
al P.M. il

Visto P.G. dd.

LIBERO - PRESENTE

Data irrevocabilità

- 5) **OMISSIS (PETRECCA ANGELO)**
- 6) **OMISSIS (ZANA GIAN MARIO)**
- 7) **OMISSIS (ZANNOTTI ULDERICO)**
- 8) **OMISSIS (ZENI ARMANDO)**

Inviato estratto

Procura per

assistito e difeso dagli avv.ti **BRUNO BALLARDINI e EMILIANO BALLARDINI del Foro di Rovereto** – di fiducia

esecuzione il

PARTI CIVILI

Nr.

INTERNATIONAL PAPER ITALIA Srl in persona dell'Amministratore Delegato **PRATELLA PAOLO** – con gli avv.ti Roberto Scisca del Foro di Monza e Giovanni Guarini del Foro di Rovereto

del campione penale

Fatta scheda

CONCORDATO PREVENTIVO SALUMIFICIO MARSILLI SPA in persona del liquidatore giudiziale **dott. DEBORA PEDROTTI** - e del commissario giudiziale **dott. PAOLA SAIANI** – entrambe con l'avv. Giuliano Valer del Foro di Trento

casellario

il

Fatto f. c. il

**MARANELLI DIEGO – LUTTERI MASSIMO – FAIT ENRICO – LTAIEF
FAISEL con l'avv. Nicola Canestrini**

imputato

- a) Di Dario, Zana, Fedrizzi e Zeni OMISSIS
- b) MONTI

del delitto di cui agli artt. 81, 481 CP perché, nella sua qualità di esperto esercente il servizio di pubblica utilità previsto dagli artt. 161 cp. 3 R.D. 267/42 e 2501bis co. 4 C.C., nelle relazioni di accompagnamento alla domanda per l'ammissione al concordato preventivo avanzata dalla società Salumificio Marsilli S.p.A. con ricorso al Tribunale di Rovereto del 15 gennaio 2009, attestava falsamente la veridicità dei dati aziendali in quanto occultava il valore del diritto di godimento che la società ricorrente vantava per quindici anni sull'immobile adibito a stabilimento industriale per il quale aveva già pagato alla locatrice, Trentino Sviluppo S.p.A., la rilevante somma di un milione di euro all'atto della stipula del contratto di locazione, in data 18 ottobre 2007.

In Rovereto il 15 gennaio ed il 16 febbraio 2009

- c) Di Dario OMISSIS
- d) Carlozzi, Petrecca e Fedrizzi OMISSIS
- e) Di Dario, Carlozzi, Petrecca, Fedrizzi e Zannotti OMISSIS

CONCLUSIONI

Il Pubblico Ministero, dott. Merlo chiede la condanna dell'imputato alla pena di mesi due di reclusione.

L'avv. Valer per la p.c. Concordato preventivo Salumificio Marsilli chiede condannarsi gli imputati a congrua pena; con condanna degli stessi alla rifusione di tutti i danni morali e materiali nella misura di € 15.000.000+2.000.0000 (somma delle distrazioni e del danno patrimoniale cagionato+danno morale) o in quella diversa che il Giudice riterrà di giustizia, con richiesta di provvisoria; condanna provvisoriamente esecutiva e rifusione delle spese legali.

L'avv. Guarini per la p.c. International Paper Italia Srl chiede condannarsi l'imputato a congrua pena, congruità rapportata alla gravità del reato come desumibile dall'art. 133 cp: condannarsi l'imputato al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali tutti, morali ed esistenziali da quantificarsi in separata sede civile, rimettendo le parti innanzi al giudice

civile per la liquidazione ai sensi dell'art. 539 cpp; condanna al pagamento di una provvisoria nei limiti del danno per il quale si ritiene raggiunta la prova ai sensi e per gli effetti dell'art. 539 comma 2 cpp con provvedimento immediatamente esecutivo ope legis; condanna dell'imputato alla rifusione delle spese legali.

L'avv. Guarini in sostituzione dell'avv. Canestrini per le p.c. Ltaief, Fait, Lutteri, Maranelli chiede condannarsi l'imputato a congrua pena, congruità rapportata alla gravità del reato come desumibile dall'art. 133 cp: condannarsi l'imputato al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali tutti, morali ed esistenziali da quantificarsi in separata sede civile, rimettendo le parti innanzi al giudice civile per la liquidazione ai sensi dell'art. 539 cpp; condanna al pagamento di una provvisoria nei limiti del danno per il quale si ritiene raggiunta la prova ai sensi e per gli effetti dell'art. 539 comma 2 cpp con provvedimento immediatamente esecutivo ope legis pari ad € 3.000 ciascuno; condanna dell'imputato alla rifusione delle spese legali.

Il difensore di fiducia avv. Bruno Ballardini chiede l'assoluzione del proprio assistito perché il fatto non sussiste. Contesta le costituzioni di parte civile per mancanza di nesso causale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

In sede di udienza preliminare l'imputato chiedeva di essere giudicato con rito abbreviato condizionato all'audizione di un consulente tecnico. Il PM chiedeva, a controprova, di essere ammesso all'audizione di propri esperti.

Il rito veniva ammesso come richiesto e l'udienza contestualmente rinviata per la discussione del giudizio abbreviato e la decisione in ordine alla richiesta di rinvio a giudizio relativa agli altri imputati che non avevano formulato istanza di riti alternativi. Il giudicante, nelle more dell'udienza di discussione, formulava richiesta di autorizzazione all'astensione, avendo pronunciato decreto di archiviazione in un procedimento derivato a carico del commissario giudiziale di Salumificio Marsilli s.p.a., richiesta che il Presidente del Tribunale respingeva. All'udienza del 10.11.2011 alcuni dei coimputati, esclusi Monti e Zana, formulavano dichiarazione di ricusazione, ricusazione ritenuta inammissibile dalla Corte di Appello di Trento. All'udienza odierna il giudicante, reso edotto dai difensori degli imputati della pendenza del ricorso in Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello, evidenziava come non vi fosse un obbligo giuridico di sospensione del procedimento, anche alla luce della sentenza di data 27.01.2011 n. 23122 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite; precisava altresì che non ricorrevano ragioni di opportunità che consigliassero un rinvio della

discussione, in considerazione delle decisioni già pronunciate dal Presidente del Tribunale e dalla Corte di Appello e tenuto conto che un ulteriore differimento avrebbe sacrificato il corretto andamento del giudizio e la ragionevole durata del processo.

Pertanto, esaurita la discussione in ordine alle richieste di rinvio a giudizio degli imputati che non avevano chiesto di essere giudicati con riti alternativi e sentiti i consulenti dell'imputato e del PM nell'ambito del giudizio abbreviato, le parti concludevano come da verbale.

All'esito dell'unica camera di consiglio il giudice si pronunciava come da separati decreti di rinvio a giudizio e dispositivo di sentenza letti in Udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

All'esito del giudizio deve ritenersi accertata la penale responsabilità di Monti Pietro, desumibile dal contenuto delle due relazioni redatte in qualità di esperto ai sensi dell'art. 161 legge fallimentare, dai provvedimenti del Tribunale civile di Rovereto che ha omologato il concordato preventivo di Salumificio Marsilli s.p.a., dalla copiosa documentazione versata in atti, da quanto emerso dagli accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza di Trento, dalle trascrizioni delle intercettazioni telefoniche, utilizzabili anche nell'ambito del presente giudizio (cfr. Cass. Sez. 3 n. 39761 del 2010), nonché dalle risultanze emerse dalle deposizioni dei consulenti di parte.

A Pietro Monti, in particolare, viene contestata la violazione degli artt. 81, 481 CP perché, *nella sua qualità di esperto esercente il servizio di pubblica utilità previsto dagli artt. 161 cp. 3 R.D. 267/42 e 2501bis co. 4 C.C., nelle relazioni* (di data 15 gennaio ed il 16 febbraio 2009 n.d.r) *di accompagnamento alla domanda per l'ammissione al concordato preventivo avanzata dalla società Salumificio Marsilli S.p.A. con ricorso al Tribunale di Rovereto del 15 gennaio 2009, attestava falsamente la veridicità dei dati aziendali in quanto occultava il valore del diritto di godimento che la società ricorrente vantava per quindici anni sull'immobile adibito a stabilimento industriale per il quale aveva già pagato alla locatrice, Trentino Sviluppo S.p.A., la rilevante somma di un milione di euro all'atto della stipula del contratto di locazione, in data 18 ottobre 2007.*

E' pacifico che in data 18.10.2007, Salumificio Marsilli s.p.a., ancora in bonis ma in evidenti difficoltà finanziarie, allo scopo di reperire liquidità, stipulava con Trentino Sviluppo s.p.a. un contratto di *sale and lease back* avente ad oggetto lo stabilimento industriale, venduto al prezzo di € 6.125.000,00.

L'acquirente Trentino Sviluppo s.p.a. contestualmente concedeva l'immobile in locazione a

Salumificio Marsilli s.p.a., affinché potesse continuare ad utilizzarlo per la durata di quindici anni, dietro previsione di un corrispettivo complessivo di € 7.076.197,60, salvo adeguamento al tasso di interesse, e con possibilità di riscatto alla scadenza al prezzo di € 2.450.000,00 o in qualunque momento ad un costo pari al valore capitale residuo.

I canoni dovevano essere versati anticipatamente ogni mese; le parti concordavano altresì il versamento di una rata iniziale pari ad € 1.000.000,00 definita "maxicanone".

In sostanza, al momento del perfezionamento del contratto, Salumificio Marsilli S.p.a. riceveva la liquidità pattuita pari ad € 6.125.000,00 e contestualmente versava a favore di Trentino Sviluppo s.p.a. il maxicanone di € 1.000.000,00 (verosimilmente per questioni legate all'entità dell'investimento che la società acquirente intendeva sostenere) a fronte di un canone complessivo, da spalmare in rate mensili, per quindici anni, di oltre 7.000.000,00 di euro.

Circa un anno dopo la stipula di quel contratto di leasing, Salumificio Marsilli s.p.a., ormai in stato di dissesto, iniziava ad attuare una programma finalizzato al concordato preventivo con cessione di beni; in particolare, stipulava con la neo costituita Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. un contratto di affitto di azienda con impegno irrevocabile all'acquisto, con cui Salumificio Marsilli s.p.a. concedeva immediatamente il godimento dell'azienda a Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. per un triennio rinnovabile, al prezzo di € 100.000,00 annuali, e quest'ultima si impegnava inderogabilmente ad acquistare l'azienda stessa al costo predeterminato di € 850.000,00 (prezzo dal quale dovevano essere detratti i canoni di affitto nelle more pagati) una volta verificatesi due condizioni, ossia la preventiva autorizzazione dell'assemblea dell'affittante e l'approvazione del contratto stesso da parte degli organi della procedura concorsuale.

In effetti, il contratto di affitto con impegno irrevocabile all'acquisto era, secondo la prospettiva pacificamente ed espressamente condivisa dalle parti, funzionale al ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Nel contratto si dava atto che lo stabilimento oggetto del contratto di leasing era parte integrante dell'azienda, tant'è che l'affitto veniva risolutivamente condizionato all'eventuale recesso da parte di Trentino Sviluppo s.p.a.. Veniva quindi pattuito il subentro dell'affittuario nel contratto di leasing per il periodo di affitto dell'azienda.

Emerge dalla documentazione agli atti, che, in data 28.10.2008, Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. chiedeva a Trentino Sviluppo il consenso al citato subentro, consenso che veniva

prestato il giorno della sottoscrizione del contratto di affitto, ossia il 31.10.2008.

In data 14.11.2008, l'assemblea straordinaria di Salumificio Marsilli s.p.a. deliberava lo scioglimento anticipato della società e la messa in liquidazione (con nomina dei liquidatori) nonché l'autorizzazione alla vendita dell'azienda al prezzo di € 850.000,00 come già pattuito. Nel mese di gennaio 2009 i liquidatori depositavano ricorso per l'ammissione a concordato preventivo con cessione dei beni, allegando alla domanda, in ottemperanza della disposizioni contenute nell'art. 161 legge fallimentare, lo stato patrimoniale alla data del 31.12.2008 e la relazione dell'esperto dott. Pietro Monti; il 15 ottobre del 2009 il Tribunale di Rovereto emetteva il decreto di omologazione.

In data 16.12.2009 veniva quindi stipulato il prospettato contratto di cessione di azienda al prezzo di € 850.000,00, con espresso subentro della cessionaria, tra l'altro, *nel contratto di locazione finanziaria di data 18 ottobre 2007...avente ad oggetto l'immobile in cui viene esercitata l'attività.*

Nelle more dell'esecuzione del concordato, prima della vendita definitiva dell'azienda, il commissario giudiziale ed il liquidatore si rivolgevano al giudice delegato rappresentando di nutrire dubbi sulla congruità del prezzo "tenuto conto dell'esistenza di un contratto di leasing immobiliare (stipulato nell'ottobre 2007) in relazione al quale, in sede di sottoscrizione dello stesso la Salumificio Marsilli s.p.a. ha versato nelle casse di Trentino Sviluppo la somma di € 1.000.000 a titolo di maxicanone, importo che ora verrà riversato dalla stessa Trentino Sviluppo s.p.a. nelle casse della Salumificio Marsilli 1914 s.p.a." (cfr. f. 8).

In particolare commissario giudiziale e liquidatore facevano riferimento ad una e-mail datata 13 novembre 2009 trasmessa da Corrado Fedrizzi (consulente di Salumificio Marsilli 1914 s.p.a.) all'indirizzo di Manfredi Filippo e Laner Diego (di Trentino Sviluppo s.p.a.) nella quale si anticipava, con trasmissione della bozza in allegato, l'accordo per la restituzione della somma di € 1.000.000 *quale rimborso del maxicanone trattenuto da Trentino Sviluppo Spa in sede di stipula del contratto di lease back stipulato con Salumificio Marsilli s.p.a. in liquidazione e concordato preventivo, nel quale la scrivente è subentrata* (cfr. ff. 10 e 11).

Gli organi della procedura chiedevano quindi se dovesse essere dato avvio delle procedure competitive di cui all'art. 107 della legge fallimentare, rappresentando che l'impegno irrevocabile di acquisto implicava la vendita al prezzo di € 850.000,00 nel termine perentorio di 60 giorni dall'omologa, termine la cui scadenza era ormai imminente.

Detta comunicazione induceva il Collegio ad invitare il liquidatore a considerare seriamente

la possibilità di recupero del maxicanone alla massa attiva del concordato, evidenziando che detto pagamento non costituiva un corrispettivo incassato e che, pertanto, non poteva essere trattenuto da Trentino Sviluppo come previsto dall'art. 30 del contratto di leasing (essendosi verificata la cessazione sotto il profilo soggettivo del contratto in relazione a Salumificio Marsilli s.p.a.); il Collegio, inoltre, trasmetteva alla Procura della Repubblica il proprio provvedimento unitamente all'istanza di commissario giudiziale e liquidatore affinché venisse valutata la sussistenza di ipotesi di reato nel contegno di Trentino Sviluppo s.p.a. e del perito della società in concordato preventivo **che non ha evidenziato nelle relazioni allegate al ricorso per concordato preventivo l'esistenza del suddetto maxicanone** (cfr. ff. 2 e ss.).

L'analisi delle due relazioni redatte dall'esperto Monti evidenzia che del maxicanone versato da Salumificio Marsilli s.p.a. a favore di Trentino Sviluppo non vi è esplicita traccia; è individuabile solo una rapida menzione dell'intero contratto nel secondo elaborato in occasione della valutazione dell'immobile adibito a mensa, nella parte il cui l'imputato afferma che *non è facile attribuire un valore ad un immobile come questo per il quale è difficile ipotizzare un utilizzo disgiunto da quello dello stabilimento che è di proprietà di Trentino Sviluppo S.p.a. che l'aveva concesso a Salumificio Marsilli s.p.a. nell'ottobre 2007 con contratto di leasing di natura quindicinale.*

Va peraltro precisato che l'esperto dovette predisporre due relazioni perché il Tribunale riscontrò delle lacune nella prima e con diffusa motivazione sollecitò integrazioni ed approfondimenti.

In particolare, dopo il deposito dell'elaborato di data 15.01.2009, il Tribunale si pronunciava evidenziando che la relazione presentava un *contenuto generico* posto che difettava *l'analisi delle diverse poste* di bilancio, essendosi l'esperto espresso *in termini di mera condivisione delle valutazioni effettuate dalla società.*

In detto provvedimento il Tribunale, richiamando la giurisprudenza sul punto, dava conto altresì della funzione dell'elaborato del professionista di garanzia della *trasparenza* e di *informazione* dei creditori al fine di consentire agli stessi di esprimere un voto consapevole.

Si legge, in sintesi, che la relazione doveva *presentare un contenuto chiaro, comprensibile, sulla base di dati veritieri e non reticenti, in grado di consentire a chi la legge di avere tutte le informazioni necessarie ed in particolare ai creditori di esprimere un consenso informato.*

A titolo esemplificativo venivano elencati alcuni contenuti necessari dell'attestazione dell'esperto, quali l'indicazione delle valutazioni attribuite ai singoli cespiti aziendali ed alle

partecipazioni nonché i criteri adottati, il valore dell'avviamento commerciale, l'analisi logica e razionale di esigibilità dei crediti.

Vi era infine l'invito a considerare gli effetti sul concordato dei patti parasociali e dell'operazione con Meliorbanca (cfr. provvedimento di data 29.01.2009 del Tribunale di Rovereto).

Seguiva quindi la relazione integrativa di data 16.02.2009 a firma del Monti il quale, per quanto interessa nel presente giudizio, forniva delle nuove indicazioni di tipo valutativo, inseriva il già citato riferimento al contratto di leasing ai soli fini dell'individuazione del valore dell'immobile adibito a mensa, indicava le perdite risultanti dagli ultimi bilanci e dava conto di un *avviamento negativo* derivante da una situazione aziendale *in progressiva decadenza, con una continua perdita di clientela e di immagine*. Proseguiva l'esperto che *l'azienda poteva rappresentare un qualche interesse solo per la presenza di un marchio ancora riconosciuto sul mercato, pur se in calo di immagine e di vendite negli ultimi anni e di un know-how legato alla professionalità delle maestranze, con la necessità peraltro di realizzare costose operazioni commerciali e di marketing volte ad un progressivo, non facile aumento di clientela e fatturato per poter conseguire positivi risultati di esercizio*.

Il prezzo della vendita del complesso aziendale già fissato in € 850.000,00 veniva quindi ritenuto ancora una volta congruo (cfr. relazione 16.02.2009 a firma Pietro Monti).

Se si esaminano le premesse del contratto di affitto di azienda e la successiva cessione emerge che l'azienda era costituita da beni mobili valutati espressamente in € 430.000,00, dall'immobile adibito a mensa con piazzale e parcheggio (del valore stimato dall'Agenzia per il Territorio di € 260.300,00 e oggetto di una vendita non andata a buon fine per € 700.000,00) valutato al momento della cessione € 250.000,00, nonché da marchi, know-how, disegni tecnici e contratti.

Secondo la tesi difensiva dell'odierno imputato egli, nella sue relazioni, non fece espresso riferimento al maxicanone perché costituiva dato pacifico che il dato non avrebbe inciso sulla valutazione di congruità del prezzo. Più precisamente, egli avrebbe operato un bilanciamento con il badwill (o avviamento negativo) e, condividendo la valutazione che venne data all'azienda – addirittura asseritamente sovrastimata - non ritenne necessario dare specifico conto del versato maxicanone, né sarebbe stato corretto inserirlo tra le poste attive.

In sostanza, sebbene il maxicanone fosse inserito tra i risconti attivi nel bilancio di esercizio del dicembre 2007, secondo la difesa del Monti, bene fecero i liquidatori che nello stato

patrimoniale del 2008 lo azzerarono.

Nel corso dell'Udienza il Monti, che chiedeva di rilasciare dichiarazioni spontanee, ribadendo la correttezza del suo operato, precisava di avere esaminato nel dettaglio *tutta la documentazione necessaria allo scopo... così come previsto negli orientamenti predisposti dall'Ordine Dottori Commercialisti ...* ed è stata valutata *in senso critico anche in costante e diretto contatto con i liquidatori sociali*.

Aggiungeva, per quanto riguarda la veridicità dei dati, di avere *fatto riferimento alla situazione patrimoniale rettificata che è stata posta a base della domanda di concordato e predisposta dai tre liquidatori sociali che porta la data ... del 10 dicembre 2008 quando l'azienda era già affittata al "Salumificio Marsilli 1914" con le rettifiche apportate dai liquidatori sociali in base alle previsioni di realizzo del concordato. Nella stessa situazione i liquidatori sociali avevano provveduto ad azzerare tutti i valori dell'attivo relativi agli elementi patrimoniali che erano analiticamente inclusi nell'impegno irrevocabile d'acquisto sottoscritto dal "Salumificio Marsilli 1914" compreso il risconto attivo di Euro 986 mila che faceva riferimento al maxicanone del contratto di leasing espressamente incluso fra le attività da trasferire al "Salumificio Marsilli 1914" ma non perché questo maxicanone di 986 fosse stato stralciato, dimenticato, regalato, ma in quanto facente parte del complesso aziendale che veniva ceduto, perché l'immobile è stato ceduto, o meglio, il contratto di leasing comprensivo dell'immobile è stato ceduto con tutti i diritti connessi allo stesso*.

L'imputato ribadiva di avere condiviso la scelta dei liquidatori *in quanto l'impegno all'acquisto comportava espressamente, quale condizione risolutiva, il subentro nel contratto di leasing*; ricordava di avere provveduto ad attestare la fattibilità della proposta di concordato, *passando nel dettaglio tutte le varie poste dell'attivo compreso i consistenti valutandoli e – di concerto con i liquidatori – stralciando quelli che potevano essere ritenuti di difficile esazione, assumendo tra le varie poste, criticamente verificate, anche il prezzo offerto per l'azienda e parti ad Euro 850*. A seguito della richiesta d'integrazione da parte del Tribunale aveva infine ritenuto opportuno, *anziché procedere a un'integrazione, procedere ad illustrare in maniera più compiuta le motivazioni che lo avevano portato a considerare realizzabile il prezzo di Euro 850 mila valutandolo nel suo complesso, comprensivo di tutto ciò che nel contratto di data 31 ottobre era previsto fosse oggetto della cessione*.

Precisava il Monti che, interrogato dal Pubblico Ministero, aveva dichiarato espressamente che il valore dell'anticipo a titolo di maxicanone era stato *considerato* nel dichiarare la

congruità del prezzo offerto di 850 mila in quanto si era in presenza di un'azienda che aveva un *forte disavviamento*.

Ricordava altresì che il Giudice Delegato aveva ritenuto di autorizzare la vendita dell'azienda ad Euro 850.000 e aveva detto al liquidatore giudiziale di recuperare il milione di Euro da "Trentino Sviluppo" ma tale ipotesi era, dal punto di vista dell'imputato, *inspiegabile* perché non riusciva a comprendere *come poteva giuridicamente la "Trentino Sviluppo" restituire un corrispettivo pagato dal "Salumificio Marsilli" all'inizio del contratto di leasing e, per giunta, restituirlo alla "Salumificio Marsilli 1914"*.

In realtà, secondo il Monti, si era verificato un equivoco perché i soggetti coinvolti avevano concordato *un nuovo finanziamento e non una restituzione*, nell'ambito del quale, verosimilmente, il riferimento al maxicanone e l'importo di un milione di Euro era solo il *metro di misura*.

Tanto premesso, ritiene il giudicante che, ai fini del corretto inquadramento della fattispecie ed onde evitare inconferenti digressioni, vada esaminata la posizione dell'esperto di cui all'art. 161 L.F. nell'ambito della procedura per concordato preventivo.

Come è noto, la c.d. riforma del diritto fallimentare ha introdotto la nuova figura del professionista, incaricato, da un lato, di asseverare i dati contabili contenuti nella relazione presentata dall'imprenditore che intende accedere al concordato preventivo e, dall'altro, di garantire la fattibilità del piano di salvataggio dell'impresa.

In particolare l'art. 161 come riformato dal D. Lgs. 12.9.2007 n. 169, prevede che *il debitore deve presentare con il ricorso: a) una 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 dei 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*.

Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

La formulazione della norma non lascia dubbi in ordine alla doppia valenza della relazione dell'esperto, certificativa e valutativa, doppia valenza che mai risulta essere stata messa in discussione dopo la modifica all'art. 161 L.F. introdotta dalla L. 14.5.2005 n. 80 e successiva

integrazione.

Come correttamente evidenziato dalla giurisprudenza di merito, il professionista non è chiamato ad una mera elencazione dei beni e dei creditori, ma ha il dovere di formulare un giudizio di veridicità, senza limitarsi a recepire passivamente le indicazioni dell'imprenditore. Il suo lavoro presuppone logicamente un'approfondita analisi dei dati contabili ed aziendali, tant'è che l'attività viene assimilata a quella di revisione contabile (cfr. sul punto decreto 18.3.2010 Tribunale Milano), con la conseguenza che l'esame dei documenti e dei dati dovrà estendersi alla verifica dei rapporti sottostanti ed alla corretta rappresentazione contabile degli stessi.

In sostanza, il lavoro dell'esperto chiamato a redigere la relazione ex art. 161 L.F. è astrattamente frazionabile in vari momenti: una fase di acquisizione dei dati, connotata da un'attitudine ricognitiva ma anche ispettiva; una fase di verifica della regolarità contabile di quanto riportato sotto il profilo della corretta contabilizzazione; una fase finale che attesta la veridicità dei dati aziendali, dà conto della fattibilità del piano ed esplicita i controlli ed i criteri valutativi utilizzati.

Ne consegue che, come riconosciuto dalla giurisprudenza di merito, la relazione del professionista ha una sua specifica forza probatoria: si parla, in proposito, di qualità fidefacenti (cfr. Tribunale Modena 20 ottobre 2006) di giudizio di veridicità (cfr. Tribunale Udine 5 maggio 2006) di dati "veridici" (Tribunale Ancona 30 novembre 2006) di chiara attestazione di veridicità dei dati (Tribunale di Saluzzo, decreto 30 novembre 2006) di conferma della veridicità dei dati esposti nella domanda (Tribunale Milano, decreto 09 febbraio 2007).

Posizioni analoghe sono individuabili nella giurisprudenza civile del Tribunale di Rovereto.

La specifica funzione probatoria in ordine alla corrispondenza tra i dati forniti dall'imprenditore nella sua proposta e la contabilità, trova ragione e conferma nella centralità della relazione dell'esperto nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

Infatti, è l'esperto stesso che informa i creditori in modo di renderli capaci di manifestare un consenso informato in quanto proprio attraverso la sua relazione il commissario giudiziale valuta criticamente tutta la documentazione ed elabora, a sua volta, la relazione che illustra ai creditori la realtà imprenditoriale (cfr. sul punto Cass. I Sez. Civile 3586/2011).

Ed è ancora l'esperto che fornisce dati e conclusioni al Tribunale, al quale, per contro, è preclusa qualunque valutazione di adeguatezza della proposta e correttezza sostanziale della

contabilizzazione, posto che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza civile di legittimità, *in tema di concordato preventivo, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi degli artt. 162 e 163 legge fall., ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito.... né ad uno scopo diverso assolve l'eventuale termine concesso al debitore dal tribunale, ex art. 162, comma 1, legge fall., al fine della integrazione del piano e della produzione di nuovi documenti, essendo tale possibilità diretta a soddisfarne maggiormente la completezza informativa al fine di assicurare il consenso informato dei creditori.* (cfr. ex multis Sez. 1, Sentenza n. 3586 del 14/02/2011).

In conclusione, deve ritenersi che nella relazione sia insita l'attestazione dell'esperto di avere compiuto le attività di raccolta dati e di verifica della contabilità aziendale e del compendio dei beni nonché di avere constatato che i dati e le notizie raccolti in ordine alla situazione economica, finanziaria ed aziendale coincidono con quelli esposti dall'imprenditore.

D'altro canto, è innegabile che la relazione, inserendosi nel procedimento giurisdizionale, in concreto sostituisce i poteri istruttori del Tribunale - il quale come si è visto, può solo sollecitare delle integrazioni ma ai limitati fini della completezza delle informazioni - e detto specifico ruolo risulta enfatizzato dal fatto stesso che si tratti una condizione di ammissibilità del concordato.

Una volta chiarito che la relazione dell'esperto, oltre ad un contenuto valutativo, è caratterizzata da un contenuto certificativo - dal quale discende uno specifico valore probatorio - appare evidente l'astratta configurabilità dei reati di falso, ed in particolare del reato di falso ideologico commesso da persone esercenti un servizio di pubblica necessità.

Quanto alla qualifica soggettiva, va solo rammentato che l'art. 359 c.p. precisa che, agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità *i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge*

vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi.

Per le ragioni sopra esposte, nessun dubbio vi è in ordine al fatto che il professionista incaricato per espressa previsione di legge dall'impresa ed *in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d.,* legge fallimentare, nell'adempire ai compiti ricognitivi, ispettivi e surrogatori rispetto ai poteri istruttori del Tribunale nell'ambito di una procedura giurisdizionale quale è quella del concordato preventivo, svolga un servizio di pubblica necessità in funzione di corretta informazione e tutela dei creditori.

Ne consegue che l'esperto, al quale l'imprenditore deve necessariamente rivolgersi per la predisposizione della relazione accompagnatoria al ricorso per l'ammissione al concordato preventivo è investito di poteri e doveri tipici dei soggetti esercenti un servizio di pubblica necessità, posto che egli deve compiutamente informare commissario giudiziale, creditori e, non da ultimo, il Tribunale.

Quanto all'elemento oggettivo, come è noto, l'art. 481 c.p. presuppone che l'agente abbia compiuto un'attività di accertamento diretto e che abbia attestato falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità.

Una volta ribadito come dato ormai pacificamente acquisito dalla giurisprudenza (e dalla dottrina) che la relazione di cui all'art. 161 L.F. contiene in sé l'attestazione dell'esperto di avere compiuto le attività di raccolta dati e di verifica della contabilità aziendale e del compendio nonché di avere accertato che i dati e le notizie raccolti in ordine alla situazione economica, finanziaria ed aziendale coincidono con quelli esposti dall'imprenditore, ne consegue che quella relazione prova la verità dei dati stessi.

In detto contesto, una falsa attestazione di corrispondenza al vero dei dati fattuali e contabili riportati dall'imprenditore nel ricorso per l'ammissione al concordato preventivo integra, sotto il profilo della materialità della condotta, il reato di cui all'art. 481 c.p.

Sotto il profilo soggettivo, invece, è sufficiente il dolo generico, ossia la coscienza e volontà dell'alterazione del vero, senza che sia necessario alcun fine specifico, fermo restando che l'elemento psicologico non può ritenersi implicito nella materialità del fatto.

Vi è a questo punto anzitutto da chiedersi, sotto il profilo oggettivo, se la mancata menzione del maxicanone nelle relazioni predisposte dal Monti costituisca un'alterazione della reale situazione patrimoniale dell'azienda.

I consulenti delle parti, con prospettive del tutto contrastanti hanno sostenuto conclusioni

difformi.

La tesi dei consulenti dell'accusa può sintetizzarsi come segue: nel caso di pagamento di un maxicanone, stante la natura di costo anticipato di utilità ultrannuale, esso va diluito lungo la durata del contratto mediante la registrazione di un risconto attivo. Nell'ipotesi in cui il complesso aziendale venga locato a terzi durante la vigenza del contratto di leasing, il saldo residuo della voce risconti attivi aperto nella contabilità della locatrice deve essere chiuso in contropartita di un credito di pari importo nei confronti dell'affittuaria subentrata nel leasing. L'affittuaria, a sua volta, rileverà un debito verso l'affittante, in contropartita di un risconto attivo del medesimo ammontare. Qualora l'affittuaria, come nel caso di specie, al termine del contratto di affitto di azienda, acquistasse l'intero compendio, il credito dell'affittante, contabilizzato al momento della stipula del contratto di locazione, dovrebbe essere interamente pagato in denaro. Errato fu dunque l'azzeramento del risconto con addebito dell'intero ammontare sul conto economico in quanto il contratto era stato trasferito all'affittuaria, perché in realtà, a fronte dell'azzeramento doveva essere iscritto un corrispondente credito verso Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. Dall'omessa iscrizione del diritto di credito derivò un vantaggio ingiustificato a favore dell'affittuaria e successiva acquirente.

Di qui la responsabilità dell'esperto che omise di segnalare la mancata iscrizione del credito nella situazione patrimoniale al 31.12.2008, avallando l'operato dell'impresa.

La tesi della difesa, al contrario, conclude che: la natura contabile del risconto attivo è in realtà quella di costo sospeso, non monetizzabile, in quanto anticipazione parziale per il godimento di un bene. Quando l'impresa entra in fase di liquidazione il capitale assume una composizione particolare di cui fanno parte solo i beni materiali e immateriali che possono essere scambiati sul mercato, disponibilità liquide, crediti e debiti. Pertanto, alcune componenti del bilancio di esercizio non vanno inserite nel bilancio di liquidazione teso a determinare il capitale di liquidazione della società sulla base del valore di realizzo. Poiché la situazione patrimoniale rettificata, che è redatta in sede di ricorso per ammissione a concordato preventivo, è assimilabile al bilancio di liquidazione, correttamente fu eliminato il risconto attivo derivante dal versamento del maxicanone in quanto non suscettibile di autonomo scambio sul mercato. L'esistenza di un ingente avviamento negativo ha peraltro inciso pesantemente sul valore del patrimonio aziendale, rendendo negativo il valore del capitale economico; pertanto nessun rimprovero può essere mosso all'esperto per l'omessa

indicazione del maxicanone, dovendosi oltretutto ritenere l'assoluta correttezza della valutazione di congruità del prezzo di vendita dell'azienda.

Su entrambe le prospettive campeggia il dato inequivoco della mancata indicazione nelle relazioni predisposte dal Monti di quel versamento, ad opera dell'azienda ormai in difficoltà, di un milione di euro, effettuato circa un anno prima della stipula del contratto con Salumificio Marsilli 1914 s.p.a.

E non si vede come si possa negare che la società affittuaria (e futura cessionaria) avrebbe beneficiato del diritto di godimento sullo stabilimento a condizioni più vantaggiose, poiché era stato versato un ingente anticipo.

Sotto detto profilo, appare pienamente condivisibile quanto evidenziato dai consulenti del PM nel momento in cui monetizzano il vantaggio riconducendolo ad una riduzione dei canoni successivi.

In termini contabili, la situazione va logicamente diversificata a seconda del destino dell'attività imprenditoriale: se l'azienda viene affittata, con subentro solo provvisorio dell'affittuaria, si evidenzia un diritto di credito nei confronti di quest'ultima pari al minor canone che dovrà pagare al locatore dello stabilimento; se l'azienda viene venduta, il cedente deve azzerare il risconto attivo, perché in futuro non godrà più del diritto di credito verso il locatore, mentre quanto versato come canone anticipato passa in toto al compratore come vantaggio, che andrà quindi monetizzato nel prezzo di vendita.

All'epoca della predisposizione della relazione, tra Salumificio Marsilli S.p.a. e Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. risultava in corso il contratto di affitto di azienda (la cessione seguirà in data 16.12.2009) sicché nulla giustificava l'azzeramento del risconto attivo poiché dovevano applicarsi i principi contabili sull'esercizio provvisorio (applicabili anche in ipotesi di affitto di azienda) posto che l'effetto traslativo era futuro e incerto.

In ogni caso, se poi la vendita fosse andata a buon fine, come auspicato, quel dato contabile del risconto attivo sarebbe finito nel capitale dell'acquirente, il che non poteva non avere rilevanza ai fini della determinazione del prezzo.

In sostanza, ciò che non può non colpire è l'entità di quel maxicanone anticipato nell'economia del contratto di locazione finanziaria, pari a circa un settimo rispetto al costo della locazione per quindici anni. Ed è logico, oltre che conforme ai principi codicistici e contabili, che il vantaggio derivante da quel primo ingente versamento, vada spalmato per l'intera durata del contratto in termini di acquisizione del diritto di godimento e riduzione dei

canoni successivi.

A titolo esemplificativo, i consulenti del PM hanno monetizzato il vantaggio paragonando la rata mensile quantificata in virtù del pagamento anticipato, pari a € 39.424,50, con quella che si sarebbe pagata se non vi fosse stato il versamento del maxicanone, pari ad € 45.912,31.

In termini più grossolani ed intuitivi potrebbe sostenersi che spalmando il maxicanone nei quindicennio, ogni anno si beneficiava di un credito di circa € 66.600,00 perché già versati all'atto della stipula.

E che si trattasse di un valore positivo e tangibile conosciuto e considerato dai soggetti coinvolti nella complessa operazione economica, lo evidenziano alcune circostanze non di poco conto.

Nella nota integrativa del bilancio di Salumificio Marsilli s.p.a. del 2007 il valore del maxicanone era inserito (come plusvalenza pari ad € 815.834,51) tra i proventi straordinari ed era imputata per intero nel conto economico.

Nelle prime considerazioni in merito alla bozza del bilancio Paolo Bresciani, da poco nominato amministratore di Salumificio Marsilli S.p.a. su indicazione di Trentino Sviluppo s.p.a., evidenziava che, essendo la società intenzionata ad inserire la plusvalenza in conto economico integralmente nell'esercizio 2007, emergeva la chiara violazione dell'art. 2425bis, IV comma c.c. che prevede espressamente che *le plusvalenze derivanti da operazioni di compravendita con locazione finanziaria sono ripartite in funzione della durata del contratto di locazione*.

Come dichiarato dal Bresciani i suoi rilievi, concernenti anche altri punti del bilancio, non vennero ascoltati sicché egli preferì dimettersi (Cfr. ff. 454 e ss.).

In sostanza, già in sede di stesura del bilancio di Salumificio Marsilli s.p.a. per il 2007, era stato esplicitato che la plusvalenza derivante dal contratto di leasing correlata al versamento del maxicanone era un dato che andava inserito nel bilancio, con la precisazione che il valore andava ripartito come posta attiva per gli anni di durata della locazione.

Lo stesso Fedrizzi, consulente di Salumificio Marsilli 1914 s.p.a., nell'esporre la parcella per l'attività prestata, commisurava l'importo dovuto dalla sua cliente anche al valore del maxicanone, il che non avrebbe avuto senso se non vi fosse stata la consapevolezza che la citata società acquirente aveva acquisito anche quella posta attiva.

In particolare, nel riepilogo delle attività svolte nel 2009 di data 01.02.2010 a firma del Fedrizzi, si legge, al punto 4) che il professionista si era occupato della "rinegoziazione

contratto di lease back con Trentino Sviluppo S.p.a. Valore della Pratica € 6.000.000. Acquisto del contratto per circa € 200.000, incassati netti € 1.000.000". Veniva quindi proposto un compenso forfettario di € 90.000.

Il documento risulta controfirmato da Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. per accettazione del rendiconto.

Analogamente, nello scambio di e-mail tra il Fedrizzi e Mario Angeli (Sindaco di Salumificio Marsilli 1914 s.p.a.) vi è l'esplicito riferimento alle modalità di contabilizzazione del milione di euro che era transitato nel patrimonio dell'acquirente e i due convenivano sul fatto che si trattasse di una sopravvenienza attiva.

In particolare, l'Angeli scriveva: *ciao Corrado, ho pensato a ciò che mi hai riferito e convergo nel tuo pensiero che il 1.000.000 euro che darà Trentino Sviluppo Spa corrisponde ad una sopravvenienza attiva*. Esplicitava quindi il suo ragionamento in termini schematici ed il Fedrizzi rispondeva *grazie Mario, mi rassicura il fatto che anche tu condivida l'interpretazione che anch'io do all'operazione*.

Fedrizzi inoltre specificava i valori: € 850.000 per costo azienda, di cui € 250.000 per l'immobile mensa, € 430.000 per attrezzature, € 70.000 per contratto di leasing, € 1.000.000 per maxicanone incassato. Detraendo il costo del contratto, la plusvalenza o sopravvenienza attiva veniva quindi indicata in € 930.000 (cfr. ff 566-567).

E, infine, significativo è che in data 16.12.2009 Trentino Sviluppo S.p.a. emetteva 4 assegni, per complessivi € 1.000.000,00 di cui € 250.000 a favore di Salumificio Marsilli 1914 s.p.a. ed i restanti direttamente a favore di Salumificio Marsilli s.p.a. in concordato, quale *restituzione di importo pari al maxicanone previsto nel contratto di locazione finanziaria di data 18.10.2007*, (cfr. ff. 3361-3362) senza che la circostanza che detta restituzione fosse stata concordata nell'ambito dei patti parasociali ne annullasse, evidentemente, il valore di posta attiva.

In particolare, nella missiva del 16.11.2009 trasmessa dallo Zeni (quale presidente di Salumificio Marsilli 1914 s.p.a.) a Trentino Sviluppo s.p.a. si legge che la società acquirente esercitava l'opzione di richiedere che l'apporto di Euro 1.000.000,00 da parte di Trentino Sviluppo avvenisse nella forma del versamento *nelle casse della scrivente della somma medesima, quale rimborso del maxicanone trattenuto da Trentino Sviluppo s.p.a. in sede di stipula del contratto di lease-back stipulato con Salumificio Marsilli s.p.a. in liquidazione e concordato preventivo* nel quale la scrivente era subentrata, con la precisazione che parte

dell'apporto, per ammontare che sarebbe stato indicato successivamente, poteva essere versato direttamente nella mani della società in concordato.

Nello specifico, proseguiva lo Zeni, *onde evitare l'attivazione di laboriose ed onerose pratiche di affidamento che si renderebbero necessarie per anticipare fondi o garanzie destinate a rientrare nel corso di pochi giorni, sarebbe sufficiente che il pagamento dell'azienda stessa avvenisse direttamente da Trentino Sviluppo alla procedura (ovviamente per conto della scrivente).*(cfr. f. 11).

In sostanza, come evidenziato dalla Guardia di Finanza negli atti di indagine, parte del rimborso del maxicanone è stato utilizzato da Salumificio Marsilli 1914 s.p.a per pagare l'azienda alla stessa società cedente ormai in concordato.

D'altra parte, proprio la linea difensiva del Monti conferma implicitamente il valore di posta attiva del maxicanone salvo concludere con una indebita commistione tra il momento certificativo e quello valutativo della relazione.

E' chiaro che il rimprovero mosso dall'accusa al Monti non è quello di avere effettuato una discutibile valutazione di congruità del prezzo di vendita dell'azienda, bensì il fatto di non avere indicato e posto all'attenzione dei creditori e degli organi della procedura una parte dell'attivo, costituita, appunto, da quell'anticipo sui canoni di locazione di cui avrebbe necessariamente goduto, al termine dell'operazione, l'acquirente dell'azienda stessa.

Irrilevante è che ad avviso dell'esperto detto valore non avrebbe reso maggiormente appetibile il compendio (perché già posto in bilanciamento con il c.d. badwill), essendo dirimente la circostanza che i creditori non furono messi in condizione di conoscere né il valore attivo del maxicanone, né quello negativo dell'avviamento in termini monetari.

D'altro canto, se l'avviamento fosse stato negativo al punto da giustificare l'azzeramento di un valore così elevato, eventuali dubbi in ordine al buon esito del concordato preventivo sarebbero stati del tutto legittimi; deve dunque convenirsi che i creditori non furono compiutamente informati e non poterono esprimere un libero ed autonomo consenso, di fatto subendo una mera valutazione di congruità.

Sotto il profilo soggettivo, che il Monti fosse consapevole di avere rappresentato una realtà diversa da quella effettiva, occultando una posta favorevole, non può essere revocato in dubbio.

Lo studio Monti è stato da sempre il consulente della società, tant'è che proprio sull'imputato cadde la scelta quando dovette essere individuato l'esperto che avrebbe predisposto la

relazione accompagnatoria alla domanda di concordato preventivo.

In sostanza, non si trattava di un tecnico che per la prima volta doveva affrontare un lavoro su ampia e complessa documentazione da esaminare e verificare: Pietro Monti conosceva la contabilità ed i bilanci di Salumificio Marsilli s.p.a..

Sotto diverso profilo, trattandosi di soggetto dotato di specifiche cognizioni tecniche, era certamente a conoscenza del fatto che il maxicanone anticipato, di valore decisamente elevato nell'ambito dell'economia del contratto di leasing, aveva un suo autonomo rilievo nella contabilità aziendale di Salumificio Marsilli s.p.a. e la prova è nell'indicazione del valore corrispondente come risconto attivo nel bilancio del 2007; conseguentemente, l'imputato certamente non ignorava che quel valore, con la vendita, sarebbe passato nel patrimonio dell'acquirente.

Significativi, sul punto, sono i contenuti dell'intercettazione telefonica intercorsa tra l'imputato e il socio Sergio Matuella in data 21.6.2010.

Sull'utilizzabilità delle citate intercettazioni nel presente giudizio va solo osservato che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte *i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati dall'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite* (cfr. Cass. 39761 del 2010).

Tanto premesso, emerge dalle trascrizioni, che il Monti riferiva al suo socio di avere ricevuto l'invito a presentarsi in Procura e ne spiegava il motivo facendo riferimento al "diritto di godimento del leasing...quel milione famoso".

L'imputato tentava anche di ricordare se fosse stato inserito un accenno del contratto di leasing nel ricorso e aggiungeva che "la prima cosa che ho detto è che il Zeni deve rimborsare parte di quel maxicanone, ti ricordi?".

Matuella quindi ricordava al suo interlocutore che avevano discusso del fatto che Zeni, subentrando nel contratto, aveva ottenuto un vantaggio e quindi "la somma che lui pagava era bassa".

Monti aggiungeva che "dal punto di vista contabile è un risconto...queste cose qui le riscontiamo noi", precisando che secondo il suo punto di vista se il contratto di leasing fosse stato risolto il maxicanone si perdeva, altrimenti doveva essere restituito.

Ricordava quindi l'imputato che "certo che dovevo farmelo dar dal Zeni, è stato quel per il quale ho litigato con quel mona del Corrado Fedrizzi, no?"..."però non abbiamo detto niente,

però se l'avessimo detto avremmo dovuto metterci dentro un credito. Invece il credito non c'è bisogno tirare fuori il contratto”.

Nella successiva telefonata a tre (si era aggiunto un interlocutore n.d.r.), l'imputato ribadiva di avere “sempre detto” al Fedrizzi che il pagamento del maxicanone doveva essere considerato come somma anticipata ma negava che andasse a fondare un diritto di godimento; affermava che l'errore era di Trentino Sviluppo e del Fedrizzi “che ha trattato per il Zeni”; conveniva, infine, con il terzo interlocutore sul fatto che il Fedrizzi aveva voluto far avere uno sconto allo Zeni (cfr. ff. 1202 e ss.).

Palese è dunque che il Monti non aveva dubbi sul fatto che il maxicanone costituisse una posta attiva, anche se nutriva delle perplessità sulle modalità di contabilizzazione.

Meramente difensiva è l'affermazione dell'imputato che, nel corso dell'udienza, ha affermato di essersi convinto della necessità di recuperare il maxicanone perché all'epoca dell'intercettazione in Tribunale a Rovereto non si parlava d'altro.

In realtà, dal tenore del dialogo intercettato emerge che il Monti aveva detto più volte al Fedrizzi che il maxicanone andava recuperato ma che aveva capito che la volontà era quella di agevolare l'acquirente Zeni.

E' chiaro che tali considerazioni vanno riferite al passato e non all'epoca delle intercettazioni, quando oramai la vendita era stata attuata ed il maxicanone restituito a Salumificio Marsilli 1914 s.p.a.

In conclusione, proprio da quanto ricorda l'imputato al suo interlocutore, evidentemente dopo avere ricostruito gli accadimenti e compreso che la vicenda era sotto la cognizione dell'Autorità Giudiziaria, emerge che all'epoca dell'intera operazione - e quindi della predisposizione della relazione ex art. 161 L.F. - Monti si pose il problema della sorte del maxicanone e rappresentò le sue preoccupazioni, ma rimase sostanzialmente inascoltato.

Malgrado ciò, l'esperto avallò l'azzeramento della voce relativa al maxicanone nello stato patrimoniale e non inserì nessuna specifica indicazione in proposito nella sua relazione, consapevole, oltretutto, che l'omissione avrebbe, come voleva il Fedrizzi, favorito lo Zeni.

Ciò posto, deve ritenersi accertato che, nelle sue relazioni di accompagnamento alla domanda di concordato preventivo, il Monti attestò falsamente la veridicità dei dati aziendali nella piena consapevolezza che il milione di euro pagato dalla società a titolo di maxicanone anticipato non appariva nello stato patrimoniale.

Egli stesso si rese conto che costituiva un valore che poteva essere recuperato e che invece

sarebbe finito nelle mani dell'acquirente, ma non ritenne di rappresentare il dato ai creditori (ed al Tribunale) per metterli nella condizione di effettuare le necessarie valutazioni sulla convenienza del concordato nei termini indicati.

E' evidente che la condotta illecita non si estrinseca nella valutazione di congruità del prezzo di vendita, ma nella dichiarazione di veridicità dei dati aziendali che, invece, non indicavano la presenza della rilevante posta attiva.

Né può sostenersi che il falso sia stato innocuo o inutile affermando che la vendita fu in ogni caso vantaggiosa, sia perché il dato è indimostrato, non essendo a tal fine sufficiente evidenziare la penuria di acquirenti, sia perché ai creditori fu sottratta la possibilità di pervenire ad una decisione consapevole.

Va infatti, considerato che, nel caso in cui il piano non fosse stato approvato dai creditori, Salumificio Marsilli s.p.a. sarebbe certamente fallita.

La stessa impresa dette un valore ai beni immobili, mobili, materiali e immateriali costituenti l'azienda (escluso naturalmente il valore costituito dal maxicanone) sostanzialmente coincidente con il prezzo di cessione, il che può fare fondatamente ritenere che una vendita frazionata, attuabile nell'ipotesi di fallimento, avrebbe consentito di conseguire maggiore liquidità.

Quanto poi al contratto di leasing, il curatore avrebbe potuto deciderne la sorte nell'interesse del fallimento.

In ipotesi di risoluzione del contratto stesso, il maxicanone sarebbe ritornato nel patrimonio di Salumificio Marsilli s.p.a. in applicazione dell'art. 1562 cod. civ. e salvo il diritto all'equo compenso per l'uso a favore di Trentino Sviluppo s.p.a. (cfr. Cass. Sentenza n. 73 del 08/01/2010).

Deve dunque concludersi che, di fatto, la falsa attestazione di veridicità dei dati aziendali certamente privò i creditori del diritto di conoscere compiutamente e criticamente il patrimonio aziendale, *ivi compresa la rilevante posta costituita dal maxicanone anticipato*, e quindi della possibilità di negare il consenso al concordato qualora avessero ritenuto che si trattasse di un valore che non doveva semplicemente transitare, senza corrispettivo, nel patrimonio dell'acquirente ma che, al contrario, poteva essere monetizzato.

Ciò posto, valutati gli elementi di cui all'art. 133 c.p. e ritenuta la continuazione, essendosi il falso ripetuto nelle due relazioni, appare equa la pena di mesi 1 di reclusione (P.B. mesi 1 e giorni 10 reclusione, ridotta per le circostanze attenuanti generiche a mesi 1 di reclusione;

aumentata per la continuazione a mesi 1 e giorni 15 di reclusione; ridotta per il rito), oltre al pagamento delle spese processuali.

A favore dell'imputato possono essere concesse le circostanze attenuanti generiche in considerazione della sua incensuratezza, della personalità, quale emerge dagli atti, e della condotta processuale.

Per le medesime ragioni può essere concesso altresì il beneficio della sospensione condizionale della pena dovendosi fondatamente ritenere che il Monti si asterrà in futuro dal commettere nuovi reati.

Alla condanna dell'imputato consegue la condanna al risarcimento delle parti civili costituite nel presente giudizio, in quanto vi è un nesso di causalità diretto tra la condotta del Monti ed il pregiudizio subito dal concordato e dai creditori.

Infatti, come sopra evidenziato, la mancata indicazione di una parte rilevante dell'attivo ha condizionato l'intera procedura, sia sotto il profilo della congruità del prezzo di vendita dell'azienda sia sotto il profilo della corretta informazione; non vi è dubbio che solo l'esatta e completa comprensione da parte degli organi della procedura e dei creditori della reale situazione patrimoniale dell'impresa avrebbe potuto fondare scelte consapevoli, così come voluto dalla legge.

Invece, il già citato difetto di informazione ha indotto i creditori ad acquietarsi su una "valutazione" che gli stessi, a causa della rilevante e consapevole omissione, non hanno avuto modo di vagliare scientemente, posto che il consenso venne sollecitato ed ottenuto sulla base di informazioni solo parziali.

Che si tratti del danno da perdita di chances ovvero di un danno patrimoniale in senso stretto è giudizio che potrà essere formulato all'esito della procedura concorsuale; allo stato, in difetto di specifici parametri di riferimento, la commisurazione va riservata necessariamente al giudice civile, anche in relazione all'entità dell'apporto causale del Monti rispetto alle condotte degli altri imputati.

P.Q.M.

Visti gli artt.442, 533, 535 C.P.P.

Dichiara Monti Pietro responsabile del reato a lui ascritto e, ritenuta la continuazione, concesse le circostanze attenuanti generiche e operata la diminuzione per il rito, lo condanna alla pena di mesi 1 di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali.

Concede a favore dell'imputato il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Visto l'art. 539 c.p.p., condanna l'imputato al risarcimento dei danni nei confronti delle parti civili costituite che rimette dinanzi al Giudice Civile per la liquidazione.

Visto l'art. 541 c.p.p. condanna l'imputato alla rifusione delle spese relative all'azione civile che si liquidano in euro 1.800,00 a favore del concordato preventivo Salumificio Marsilli s.p.a. in liquidazione, di cui € 630,00 per diritti ed il resto per onorari di avvocato, oltre rimborso spese generali, IVA e cnpa; in euro 1.400,00, a favore della società International Papier Italia s.r.l., di cui 630,00 per diritti ed il resto per onorari di avvocato, oltre rimborso spese generali, IVA e cnpa; ed in € 2.300,00 complessivamente a favore di Maranelli Diego, Lutteri Massimo, Fait Enrico e Ltaief Faisel, di cui € 850,00 per diritti ed il resto per onorari di avvocato, oltre rimborso spese generali, IVA e cnpa.

Visto l'art. 544 cpp fissa il termine di giorni 40 per il deposito della motivazione.

Rovereto, 12 gennaio 2012

Il Cancelliere

Il G.U.P.

dott.ssa Monica Izzo

TRIBUNALE ORDINARIO
DI TORINO
Sezione IV Penale

SENTENZA (artt. 544 e segg., 549 c.p.p.)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice dr.ssa Ivana Pane

alla pubblica udienza del 8.3.2010 ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente

SENTENZA

nei confronti di:

nato a il
residente in
elett. domiciliato in
Difeso dall'avv.to

nato a
residente in
ivi elettivamente domiciliato ex art. 161 c.p.p.
Difeso dall'avv.to

IMPUTATI

per i seguenti reati:

A) - Reato di cui agli artt. 81, 110, 479 c.p. perché, in concorso tra loro, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, agendo , in qualità di Presidente del Cda di S.p.A. con sede in , quale istigatore e mandante, e quale esecutore materiale e pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 c.p. e 28 e 161, 3° comma, Legge Fallimentare, attestavano falsamente in un atto pubblico (la relazione prevista dall'art. 161, 3° comma, LF) al Tribunale di Torino, fatti dei quali l'atto era destinato a provare la verità; e ciò in quanto:

1. proponeva alla VI Sez. Civile del Tribunale di Torino ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che veniva depositato in data 16 novembre 2006, allegando al ricorso la relazione prevista dall'art. 161 comma 3 L.F.;

2. nominato professionista a norma dell'art. 161 3° comma L. F., redigeva la relazione che veniva allegata al ricorso, nella quale

a. ometteva di indicare, quali passività:

I) i debiti della società nei confronti dell'Erario e degli Istituti previdenziali a titolo di sanzioni ed interessi maturati per effetto del mancato pagamento delle somme dovute a tali Enti alle prescritte scadenze, per un ammontare pari a euro 186.615,45 (di cui 181.623,33 assistiti da privilegio)

II) ulteriori passività che condizionavano lo svolgimento dell'attività produttiva nel rispetto delle norme dettate in materia di sicurezza anche ambientale, per un ammontare pari a 1.355.000,00 più IVA; passività che avrebbero dovuto essere necessariamente sostenute nel quadro della prospettata vendita del ramo di azienda a S.p.A. (da cui avrebbero tratto origine le risorse necessarie per il fabbisogno del concordato) e che era stato contrattualmente stabilito avrebbero dovuto essere sostenute per un ammontare pari a 1.025.000,00 più IV A dalla società istante per il concordato;

b. indicava falsamente, quale posta attiva, un credito nei confronti dell'Erario per imposte anticipate pari a euro 789.557,00; attività solo potenziale, che avrebbe potuto essere recuperata solo mediante deduzione dalle imposte future eventualmente dovute dalla nel caso di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, caso escluso proprio dalla cessione del ramo d'azienda prospettata come fonte delle risorse poste a servizio del fabbisogno concordatario; e che mai avrebbe potuto essere recuperata nemmeno dalla società acquirente di nel corso della sua futura attività;

c. ometteva di indicare che il debito verso s.c.a.r. era debito privilegiato ex art. 1751 bis n. 5 c.c., con ciò attestando falsamente la veridicità di quanto indicato nel documento n. 5 allegato al ricorso secondo il quale il debito in questione era chirografario.

In Torino il 16.11.2006.

Con l'intervento del Pubblico Ministero dr. Robelto Furlan e degli avv.ti Pierluigi Ciaramella, difensore della parte civile , , difensore di fiducia dell'imputato , e , difensore di fiducia dell'imputato .

Le patti hanno concluso come segue:

Pubblico Ministero: circostanze attenuanti generiche, mesi 10 di reclusione, con sospensione condizionale della pena;

Parte civile: condannare gli imputati alle pene di legge, al risarcimento dei danni cagionati alla parte civile, da liquidare in separato giudizio, al pagamento di una provvisoria per euro 50.000 od altra somma ed alla rifusione delle spese processuali sostenute, come da nota allegata; Difese: assoluzione.

MOTIVAZIONE

Il reato ascritto agli odierni imputati presuppone l' accertamento della qualifica di pubblico ufficiale in capo al professionista incaricato dall'imprenditore di stilare la relazione di cui all' art. 161 comma 3 L. fall. : nel caso in esame, in capo al Dr. , professionista incaricato da , nella sua qualità di presidente del consiglio di amministrazione della s.p.a., della predisposizione della relazione per l'ammissione al concordato preventivo della società.

E' noto che la riforma della legge fallimentare introdotta con la legge n. 5 del 2006 ed il decreto correttivo n. 169 del 2007 hanno innovato la materia fallimentare in genere, e la procedura del concordato preventivo in specie, accentuando l'importanza della prevenzione dell'insolvenza e in ogni caso del suo superamento attraverso la ricerca di un accordo con i creditori.

Nell'ambito del concordato preventivo, è stata per la prima volta introdotta la figura del professionista incaricato di redigere la relazione che, secondo l'espresso dettato del comma III art. 161 L. fall., "attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ... " proposto ai creditori dall'imprenditore a norma dell'art. 160 precedente.

E' ovvia l'importanza di tale relazione, posto che, nella fase preliminare di ammissione alla procedura, in mancanza di attività istruttoria del Tribunale, essa costituisce l'unico elemento su cui il giudice fonda il giudizio di ammissibilità.

Ne consegue, dunque, che il professionista incaricato della relazione, per ottemperare al primo dei due compiti a lui affidati, debba esplicitare una vera e propria attività di verifica dei dati aziendali, compiendo controlli assimilabili a quelli che un revisore è tenuto a svolgere per redigere la relazione di revisione. In tal senso si è invero pronunciata autorevole dottrina e la giurisprudenza di merito.

Dalle cennate considerazioni, peraltro, non si possono trarre le conseguenze volute dall'accusa, in ordine all'attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale all' esperto in esame.

Nonostante, infatti, detto professionista debba necessariamente avere una posizione di terzietà, dovendo fornire al giudice ed al commissario giudiziale seri elementi di valutazione, è altrettanto vero che egli è legato da un rapporto di fiducia all'imprenditore che lo ha nominato scegliendolo a preferenza di altri, circostanza questa che (involgendo in qualche misura una dipendenza funzionale da una parte processuale) di per sé rende ardua l'assimilazione al pubblico ufficiale (cfr. Cass. pen., sez. VI, 31656, 13.2.2008).

Significativa del resto del ruolo attribuito al professionista è la complessiva disciplina della sua figura, con particolare riferimento ai requisiti richiesti ed al regime delle incompatibilità. Minori sono infatti i requisiti richiesti, rispetto a quelli che riguardano il curatore (vedi l'art. 161 co. 3 L. fall., che ha effettuato un richiamo al solo comma 1 dell'atto 28, ovvero alle categorie di provenienza, e non già a tutti gli altri requisiti richiesti al curatore). Si aggiunga poi che, innovando rispetto alla riforma del 2006, la novella del 2007 non ha più previsto tra le ipotesi di incompatibilità quella del professionista "che ha prestato comunque la sua attività professionale" a favore dell'imprenditore, così dettando una disciplina meno rigorosa rispetto alla precedente - e certo meno rigorosa rispetto a quella prevista per il curatore (cfr. Cass. pen., sez. 1, 2706, 2009; id. Cass. pen., sez. 1, 29.10.2009, n. 22927).

In buona sostanza, dunque, deve convenirsi con le conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte, se pure in ambito civilistico, secondo cui il professionista ex art. 161 L. fall. non è un pubblico ufficiale ("è di tutta evidenza che lo svolgere le funzioni di curatore è qualcosa di assolutamente diverso rispetto al semplice redigere una relazione per conto di una società che richiede l'ammissione ad un concordato preventivo. Tra le numerose e lapalissiane differenze basta soltanto rammentare che il curatore ricopre la funzione di pubblico ufficiale incaricato della gestione del patrimonio del fallito, mentre il professionista è soltanto un privato che effettua una prestazione professionale per conto di un imprenditore non ancora sottoposto ad alcuna procedura concorsuale", così Cass.civ., sez. I, 29/10/2009, n. 22927).

Da ultimo non può trascurarsi di sottolineare come anche la più accreditata dottrina non abbia abbracciato la tesi sostenuta dall'accusa. Avendo infatti riferimento tanto alla figura oggi in esame quanto a quella, ad essa per molti aspetti assimilabile, del professionista incaricato dall'imprenditore della relazione sull'attuabilità dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti (altra procedura alternativa al fallimento), è stata configurata la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dei medesimi, e financo, sotto il profilo penalistico, la possibilità di configurare in capo all'esperto anche il concorso in truffa, ovvero in bancarotta semplice o fraudolenta nel caso all'insuccesso dell'operazione di risanamento segua la dichiarazione di insolvenza della società, ma mai una responsabilità del medesimo quale pubblico ufficiale.

Difettando dunque, in estrema sintesi, uno degli elementi essenziali del reato (ovvero la qualifica di pubblico ufficiale in capo al), si impone l'assoluzione degli imputati dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste.

P.Q.M.

Visto l'art. 530 c.p.p.

Assolve gli imputati dal reato loro ascritto perché il fatto non sussiste. Motivazione in 30 giorni.

Torino, 8.3.2010.

IL GIUDICE
- dr.ssa Ivana PANE -

Depositato in cancelleria
Torino, 31 marzo 2010

Cass. 29.10.2009 n. 22927

La Corte [Omissis].
Il secondo motivo si rivela infondato.
È pacifico che, essendo stata presentata la istanza di ammissione al concordato preventivo in data 27 settembre 2007, ed essendo stata emanata da parte del tribunale di Vicenza la sentenza di inammissibilità dell'istanza e di pronuncia di fallimento in data 20 dicembre 2007, alla fattispecie in esame vada applicata la legge fallimentare come modificata dal D.Lgs. n. 5/2006.
Per quel che concerne l'art. 161, terzo comma l.fall., applicabile *ratione temporis*, questo prevedeva che "il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista di cui all'art. 28 che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo".
Sostiene il fallimento ricorrente che il professionista che aveva redatto la relazione, essendosi insinuato al passivo del successivo fallimento ed essendo, quindi, creditore della società debitrice, si trovava in posizione di incompatibilità con quest'ultima e non poteva, pertanto, redigere la relazione per il concordato, a ciò ostando l'art. 28, terzo comma l.fall., nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie.
L'assunto è erroneo.
L'art. 28 l.fall. contiene l'indicazione dei requisiti per la nomina a curatore fallimentare. Al primo comma elenca le categorie di professionisti che possono svolgere tale funzione: avvocati, commercialisti, ragionieri, studi professionali associati, amministratori di società per azioni etc.
Al secondo comma, prevede che con il provvedimento di nomina il tribunale debba indicare le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore.
Al terzo comma, stabilisce, infine, le condizioni di incompatibilità con la carica predetta e cioè: l'essere coniuge del fallito, parente e affine entro il quarto grado ovvero creditore di questi. A queste cause si aggiungono l'aver concorso nel dissesto negli ultimi due anni antecedenti il fallimento o il trovarsi in situazione di conflitto d'interessi con quest'ultimo.
Ritiene la Corte che il richiamo effettuato dall'art. 161, terzo comma l.fall., all'epoca vigente all'art. 28 l.fall., debba ritenersi limitato al solo primo comma.
Se infatti l'art. 161, avesse voluto richiamare l'intero art. 28, avrebbe usato la dizione "il piano e la documentazione devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista aventi i requisiti di cui all'art. 28", mentre, invece, la formulazione utilizzata "professionista di cui all'art. 28" lascia chiaramente intendere che il richiamo era effettuato al solo fine di individuare le categorie di professionisti di cui al comma 1, abilitati alla presentazione della relazione. A tale argomentazione di carattere letterale se ne aggiunge una ulteriore di carattere sistematico.
È di tutta evidenza che lo svolgere le funzioni di curatore è qualcosa di assolutamente diverso rispetto al semplice redigere una relazione per conto di una società che richiede l'ammissione ad un concordato preventivo. Tra le numerose e lapalissiane differenze basta soltanto rammentare che il curatore ricopre la funzione di pubblico ufficiale incaricato della gestione del patrimonio del fallito, mentre il professionista è soltanto un privato che effettua una prestazione professionale per conto di un imprenditore non ancora sottoposto ad alcuna procedura concorsuale. Ne consegue necessariamente che non è compatibile con una interpretazione logico-sistematica corretta ritenere che per il professionista che redige le relazioni in esame vengano le stesse condizioni di incompatibilità previste per il curatore fallimentare.
Del resto, che il richiamo effettuato dall'art. 161, terzo comma, non fosse all'intero art. 28 ma riguardasse selettivamente solo il primo comma di esso, lo si deduce ulteriormente dal fatto che non avrebbe avuto senso neppure richiamare l'art. 28, secondo comma in esame, che prevede che il provvedimento di nomina del curatore debba indicarne le caratteristiche e le attitudini; disposizione chiaramente inapplicabile alla fattispecie in esame. Ulteriore riprova di quanto fin qui affermato la si ricava dal fatto che, a fronte della non precisa formulazione dell'art. 161, terzo comma l.fall., il legislatore ha sentito la necessità di intervenire nuovamente sul punto con il D.Lgs. n. 169 del 2007, modificando ulteriormente il comma in esame e stabilendo che l'unico requisito necessario per il professionista che redige la relazione è quello di essere iscritto nel registro dei revisori contabili ed avere i requisiti di cui all'art. 28 lett. a e b. In altri termini la modifica in esame stabilisce solo i requisiti professionali di cui il professionista incaricato della relazione debba disporre e non determina anche condizioni di incompatibilità in ragione dei rapporti con il debitore, che risultano così escluse.
Su tale ultimo punto è appena il caso di rammentare che questa Corte ha già avuto occasione di evidenziare che, dovendosi riconoscere al professionista anche una posizione di terzietà, pur se connotata da un rapporto di fiducia con l'imprenditore, non può non tenersi conto dell'ulteriore evoluzione della disciplina caratterizzata dal mancato richiamo dall'art. 28, ultimo comma, da parte del successivo D.Lgs. n.169/2007, con la conseguente necessità di un'interpretazione evolutiva che tenga conto della previsione meno rigorosa successivamente emanata. (Cass. n. 2706/2009).
Il terzo motivo è infondato.
Va preliminarmente rammentato che la normativa applicabile alla fattispecie *ratione temporis* (legge fallimentare, come modificata dal D.Lgs. n. 5/2006) stabiliva (art. 163 l.fall.) che "il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo ...".
La norma in questione faceva evidente riferimento alla documentazione di cui all'art. 161 l.fall., che l'imprenditore doveva presentare unitamente al ricorso con cui si chiedeva l'ammissione al concordato. Come osservato dalla Corte d'appello, nessuna sanzione di inammissibilità della domanda era espressamente prevista in caso di documentazione incompleta o irregolare.
Solo successivamente, a seguito delle ulteriori modifiche apportate dal D.Lgs. n. 169/2007, all'art. 162 l.fall., quest'ultimo articolo espressamente stabilisce che la mancanza dei requisiti di cui all'art. 161 l.fall. comporta

l'inammissibilità della proposta di concordato. Chiarito il quadro normativo, osserva la Corte che le censure che il fallimento ricorrente avanza con il motivo in esame attengono in primo luogo alla questione se il giudice sia tenuto a verificare, ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato, se esistano o meno le condizioni di cui alla l.fall., art. 161. In secondo luogo investono la questione concreta di una mancata verifica della sussistenza di tali condizioni, dovendosi, però, rilevare che tale doglianza non riguarda l'insieme della documentazione presentata dalla V.S. S.p.a. ai sensi dell'art. 161, secondo e terzo comma l.fall. (relazione sulla situazione patrimoniale economico e finanziaria, stato analitico ed estimativo dell'attività, elenco dei creditori, elenco dei titolari di diritti reali etc. nonché relazione di un professionista), ma è circoscritta esclusivamente alla relazione del professionista di cui non sarebbe stata valutata da parte della Corte d'appello l'esistenza di un contenuto minimo tale da garantire la corretta informazione del ceto creditore e l'attendibilità delle conclusioni dalla stessa raggiunte. Ciò posto occorre prendere le premesse dal fatto che l'art. 163 l.fall., applicabile *ratione temporis* (alla fattispecie prevedeva, come già osservato, che il tribunale doveva verificare la regolarità e la completezza della documentazione presentata senza prevedere alcuna esplicita previsione di inammissibilità del ricorso in caso di accertamento negativo. La prima verifica da effettuare è; dunque, se la Corte d'appello si sia fatta carico o meno di valutare la regolarità e la completezza della documentazione in esame, dovendosi, peraltro, limitare il detto esame alla sola relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma, attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, essendo - come detto - le censure del terzo motivo limitate esclusivamente a tale documento. La verifica in questione fornisce una risposta positiva. La sentenza impugnata da infatti atto che "nel caso una relazione dettagliata ed integrata venne presentata" aggiungendo che il Dott. C. rese all'udienza del 4 dicembre 2007 "valida ed efficace attestazione di verità dei dati aziendali". Ciò vuoi dire che la Corte d'appello ha in concreto valutato che la relazione del professionista presentava tutti i requisiti di completezza e regolarità e che la attestazione di verità dei dati aziendali era stata efficacemente effettuata. In ragione di ciò appare priva di rilevanza ai fini del presente giudizio la successiva affermazione contenuta nella sentenza secondo cui la mancanza delle condizioni di cui all'art. 161 l.fall. non era prevista dall'art. 162 l.fall., come causa di inammissibilità del ricorso. Tale affermazione appare infatti meramente sussidiaria e costituisce una argomentazione ulteriore rispetto alla fondamentale *ratio decidendi* costituita dall'affermazione che la relazione del professionista era completa e regolare e che l'attestazione di veridicità dei dati aziendali era stata correttamente effettuata. La censura volta a contestare l'affermazione in esame appare quindi inammissibile in quanto irrilevante non afferendo alla effettiva *ratio decidendi* posta a base della decisione. Resta da esaminare l'altro profilo censorio prospettato e, cioè, se la Corte d'appello era tenuta a verificare se la relazione accompagnatoria aveva un contenuto minimo atto a garantire la corretta informazione del ceto creditore circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. In ordine a tale questione occorre premettere che questa Corte ha già avuto occasione di rilevare che l'esclusione di molti dei requisiti di natura personale richiesti dalla precedente normativa (art. 160 l.fall.) anteriore alla riforma per l'ammissione alla procedura concordataria, nonché la maggiore autonomia lasciata ai creditori nell'approvazione del piano ed il ruolo centrale che essi esercitano a tal fine hanno comportato la riduzione, ma non l'esclusione, della sfera d'intervento del Tribunale, chiamato pur sempre al controllo di legalità nell'ambito di una più accentuata natura privatistica dell'istituto con poteri che possono estendersi anche, sia pure in un ambito più ristretto, a valutazioni di merito, Cass. n. 2706/2009). Nel caso di specie, l'art. 163 l.fall., nella versione applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, limita il controllo del giudice alla completezza e regolarità della documentazione senza che possa valutarne l'adeguatezza sotto il profilo del merito. Ciò comporta che, nel vagliare la relazione del professionista, il giudice deve limitarsi a valutare se nella stessa siano presenti quegli elementi necessari a far sì che essa possa corrispondere alla funzione che le è propria di fornire elementi di valutazione sulla fattibilità del piano e di attestare la veridicità dei dati contabili che ne sono alla base. L'accertamento dell'esistenza di detti elementi integra, per l'appunto, quel controllo di completezza e regolarità, imposto dall'art. 163 l.fall., all'epoca vigente, che nella fattispecie è stato effettuato dalla Corte d'appello laddove ha accertato che la relazione era dettagliata e che era stata anche oggetto di successive integrazioni, anche in ordine alla veridicità dei dati contabili. In tal senso si appalesa inammissibile la censura del fallimento ricorrente di una mancata verifica da parte della Corte d'appello della correttezza del procedimento seguito dal professionista che, a suo dire, non avrebbe posto in essere, ai fini della attestazioni dei dati di bilancio, alcuna indagine per accertarne l'effettiva veridicità nonché della attendibilità delle conclusioni raggiunte, ivi compresa quella sulla adeguatezza delle informazioni fornite ai creditori. Detta censura tende infatti ad prospettare una diversa valutazione in punto di fatto rispetto a quella effettuata dalla Corte d'appello che, sia pure con una molto sintetica motivazione, ha accertato la sussistenza dei requisiti minimi che consentivano alla relazione di svolgere la funzione informativa richiesta dalla legge nonché la correttezza dell'attestazione di veridicità dei dati di bilancio. In conclusione il ricorso va respinto. [Omissis].

CASSAZIONE PENALE
Estremi

Autorità

Cassazione penale sez. III

Data:

24/01/2003 (ud. 24/01/2003 , dep.02/03/2003)

Numero:

9527

Classificazione

FALSITÀ IN ATTI (Reati) - Falsità ideologica - - commessa dal privato in atto pubblico

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE III PENALE

composta dagli Ill. mi signori:
Dott. Umberto PAPADIA - Presidente
1. Dott. Amedeo POSTIGLIONE - Consigliere
2. Dott. Claudia SQUASSONI - Consigliere
3. Dott. Carlo GRILLO - Consigliere
4. Dott. Vittorio VANGELISTA - Consigliere

ha pronunciato la seguente
SENTENZA

sui ricorsi proposti da:
D. G., nato a M. il GG/MM/AAAA;
V. D., nata a B. il GG/MM/AAAA;
avverso la sentenza n. 2435 del 24/27/9/2001 pronunciata dalla Corte di Appello di Firenze;
Letti gli atti, la sentenza denunciata ed i ricorsi;
udita in pubblica udienza la relazione fatta dal Consigliere Carlo M. Grillo;
udite le conclusioni del P.M., in persona del S. Procuratore Generale A. Albano, con le quali chiede il rigetto dei ricorsi La Corte osserva:

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di Appello di Firenze, cori la sentenza indicata in premessa, confermava integralmente la sentenza 3/11/2000 del Tribunale di Lucca - Sezione distaccata di Viareggio, con la quale V. D., quale proprietaria e committente dei lavori, era stata condannata alla pena, condizionalmente sospesa, di anni 1 di reclusione e L. 600.000 di multa, oltre alla demolizione delle opere abusive ed alla riduzione in pristino dello stato dei luoghi, in ordine ai reati, ritenuti in continuazione, di cui agli artt. 20 lett. c) L. n. 47/1985, 1-sexies L. n. 431/1985, 349 c.p. e 61 n. 2- 483 C.P..

Con la stessa sentenza veniva altresì confermata la condanna di D. G. - quale legale rappresentante dell'impresa edile esecutrice delle opere in questione - alla pena, condizionalmente sospesa, di giorni 10 di arresto e L. 21.000.000 di ammenda, in ordine alla sola contravvenzione edilizia, limitatamente alla abusiva realizzazione di un manufatto in muratura di mt. 6,95 x 6,25 x 3 di altezza massima.

Ricorrono per cassazione gli imputati, con due distinti atti di impugnazione.

D. deduce:

1) inosservanza di norme di rito stabilite a pena (di inutilizzabilità e travisamento delle risultanze processuali sotto un duplice profilo; in primis, perché la Corte ha ritenuto dimostrato il rapporto di dipendenza, tra i due operai trovati a lavorare nel manufatto abusivo e la ditta "Edilizia D. s.r.l.", sulla base di una dichiarazione de relato, che non solo non fornisce alcuna indicazione sulla persona del datore di lavoro, ma che è comunque processualmente inutilizzabile; in secondo luogo, per aver escluso la natura pertinenziale del manufatto, che lo stesso verbalizzante aveva dato, invece, per scontata;

2) manifesta illogicità della motivazione della sentenza impugnata, sia perché la Corte distrettuale, par dando atto che i due lavoratori avevano riferito di operare alle dipendenze dell'appaltante V. D., aveva tuttavia addebitato l'esecuzione dei lavori all'impresa edile del D., sia perché era stata negata la natura pertinenziale del manufatto per la considerazione che l'uso abitativo del fabbricato principale non era ancora in atto, mentre invece detto immobile risultava ultimato ed abitato dalla V.;

76

77

3) mancanza di motivazione circa l' evidenziata differenza tra la contestata "costruzione" del manufatto e la rilevata "tramezzatura" dello stesso, non potendosi ritenere cori certezza che chi esegue la tramezzatura sia anche realizzatore della costruzione; in altri termini la V. avrebbe potuto far realizzare il manufatto da un' impresa e, successivamente, rivolgersi ad un' altra per la tramezzatura.

V. deduce:

- 1) illogicità della motivazione e travisamento del fatto in ordine al capo della sentenza relativo all'eccezione di nullità di notifica della controcitazione 27/5/99 e degli atti successivi, non rispondendo al vero che la prima notificazione nel domicilio da lei dichiarato non era stata possibile, in quanto la notifica dell'invito a comparire del P.M. fu effettuata il 28/12/98, a mani dell' indagata, proprio in via B. XX di Pietrasanta, mentre la notifica del decreto di citazione non ebbe buon esito per difetto di diligenza dell' assistente UNEP;
- 2) violazione degli artt. 161, comma 4, 171 e 179 c.p.p., in quanto l'impossibilità di notificazione al domicilio dichiarato dall'indagato/ imputato, che legittima la procedura ex art. 161, comma 4, c.p.p. , va correlata all' insufficienza o inidoneità delle indicazioni contenute nella dichiarazione, tali da rendere non fisicamente individuabile il domicilio, mentre nel caso di specie questo era presso il fabbricato oggetto degli abusi edilizi e sottoposto a sequestro, e quindi assolutamente individuabile ed individuato, tant'è che la notifica del 28/12/98 era stata colà effettuata, per cui la mancata notifica del successivo decreto di citazione a giudizio non legittimava il ricorso alla procedura surrogatoria di cui alla menzionata norma, donde la nullità assoluta della controcitazione del 27/5/99 e degli avvisi successivi, che coinvolge tutti gli atti connessi e conseguenti;
- 3) illogicità della motivazione e travisamento del fatto in ordine al capo della sentenza relativo ai reati di cui agli artt. 20 lett. c) L. n. 47/1985 e 1-sexies L. n. 431/1985, con riguardo al fabbricato principale, in quanto commessi nel 1996 e dunque estinti per prescrizione; infatti il detto fabbricato è stato ultimato nella primavera '96, mentre i lavori edilizi in corso nel novembre '98, accertati dai verbalizzanti, riguardavano esclusivamente il fabbricato pertinenziale;
- 4) violazione della L. n. 94/1982 con riguardo al manufatto ad uso pertinenziale, non avendo la Corte di merito riconosciuto tale natura allo stesso, benché fosse destinato a servizio del fabbricato principale (ad uso abitativo), situato a breve distanza da questo, di limitata ampiezza (mq. 42 circa) ed insuscettibile, per le sue caratteristiche, di diversa ed autonoma destinazione d'uso;
- 5) violazione dell'art. 483 c.p., in quanto le false dichiarazioni rese da un privato nella domanda di condono non integrano tale reato, atteso che la concessione edilizia in sanatoria costituisce un'autorizzazione amministrativa, per cui non è compresa nella previsione degli artt. 477 e 480 c.p.; inoltre la sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva dell' atto di notorietà non necessita più di autenticazione - ai sensi della L. n. 129/1997, che ha abrogato l'art. 2 L. n. 15/1968 - per cui viene proprio meno l'antigiuridicità del fatto, non costituendo la dichiarazione atto pubblico";
- 6) omesso esame del motivo di impugnazione riguardante la invocata continuazione tra i fatti oggetto del presente procedimento e quelli giudicati con sentenza irrevocabile 31/10/96 del Pretore di Pietrasanta.

All'odierna udienza il P.G. conclude come riportato in epigrafe.

• Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Rileva, innanzi tutto, il Collegio che il manufatto abusivo più piccolo, in corso di completamento al momento del sopralluogo del 3/11/98, non può considerarsi pertinenza di quello principale, già oggetto anche del giudizio penale conclusosi con sentenza 31/10/96 del Pretore di Pietrasanta e demolito, poi, in ottemperanza all'ordine contenuto in essa, quantunque successivamente al detto sopralluogo.

E ciò non tanto per le ragioni espresse dai giudici di appello, vale a dire per le dimensioni non modeste del manufatto (mq. 42) e per la non ultimazione dell'edificio principale, anche se entrambe le considerazioni hanno una qualche valenza ed anche se l'indagine sulla sussistenza in concreto delle condizioni oggettive per qualificare "pertinenza" un'opera edilizia è riservata all'apprezzamento di fatto del giudice di merito (Cass. Sez. III, 27 aprile 1990, n. 6095, Bellomo), ma piuttosto per una serie di altre considerazioni.

In primis, e questo rilievo è tranciante, non è ammissibile una pertinenza lecita di un edificio abusivo, quale quello in questione, che è stato addirittura successivamente demolito iussu iudicis. In secondo luogo, giusto il consolidato ed unanime orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. III, 18 febbraio 1999, n. 4277, Giordano ed altro), nelle zone " soggette a vincolo, come quella in questione, è inibita ogni modificazione dell'assetto del territorio nonché qualsiasi opera edilizia senza autorizzazione, ad eccezione degli interventi indicati dall' art. 1, comma 8, L. n. 431/1985; le deroghe alla necessità dell'autorizzazione paesaggistica, pertanto, non annoverano l'ipotesi di costruzione pertinenziale. Infine, in forza del combinato disposto degli artt. 8, ultimo comma. L. n. 47/1985 e 7, secondo comma, lett. a), D.L. n. 9/1982, convertito in L. n. 94/1982, le opere edilizie abusive, realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico, anche se fosse stata rilasciata una concessione edilizia, si considerano comunque eseguite in totale difformità dalla stessa (artt. 7 e 20 L. n. 41/1985) e, se costituenti pertinenze, non sono suscettibili di autorizzazione in luogo della concessione (Cass. Sez. III, 15 dicembre 1993, n. 2733, Paolillo).

Sgombrato il campo dalla questione ora esaminata, oggetto di specifica doglianza da parte di entrambi gli imputati, deve, per priorità logica, escludersi l' estinzione per prescrizione delle contravvenzioni, addebitate alla sola V., che si riferiscono al c.d. edificio principale.

Questo, infatti, sottoposto a sequestro all'epoca del primo processo penale, precisamente il 12/6/95, quando era al grezzo", è stato trovato, al momento del menzionato sopralluogo, completato in ogni sua parte, con infissi, intonaci (interni ed esterni), pareti divisorie, pavimenti, rivestimenti, impianti (idro-sanitario ed elettrico), per cui, il termine prescrizionale relativo alle contestate contravvenzioni - come anche, del resto, quello riguardante il delitto di violazione dei sigilli - non può che partire dall'accertamento del 3/11/98, non essendovi alcuna risultanza processuale da cui dedurre che le descritte opere siano state completate in epoca precedente.

Comunque, la ritenuta continuazione tra gli abusi edilizi relativi alle due costruzioni, e la constatazione che i lavori erano ancora in atto relativamente a quella secondaria, consente di superare qualsiasi problematica sul punto in esame.

In ordine alle doglianze processuali sollevate dall' imputata (prima e seconda censura), relative al lamentato difetto di rituale notifica del decreto di citazione (o meglio della controcitazione del 27/5/99) per il giudizio di primo grado, ritiene il Collegio che sia stata correttamente seguita la procedura di cui all'art. 161, comma 4, c.p.p.. Infatti, da quanto si ricava dalla relata di notifica in atti, all' assistente UNEP non fu possibile individuare - non già il immobile di via B. di Pietrasanta, oggetto di sequestro, ove l'imputata aveva dichiarato domicilio il 7/12/98 - bensì proprio la persona fisica dell' imputata come colà reperibile, giacché probabilmente ella non abitava il detto immobile, essendo ancora in fase di completamento; né contraddice tale convincimento la circostanza riferita dalla difesa che, precedentemente, una notifica in quel luogo ebbe esito positivo, anche perché un' altra notifica alla predetta risulta effettuata cori esito altrettanto positivo, invece, come ricordano i giudici distrettuali, presso la sua residenza anagrafica di via P. XX di Massa, dove la stessa avrebbe eletto domicilio dopo la sentenza di primo grado. In definitiva, quindi, ritiene il Collegio che il ricorso alla procedura ex art. 161, comma 4, c.p.p. sia stato assolutamente legittimo, né il difensore, che ha ricevuto la notifica di diversi atti processuali cori tali modalità, ha mai

eccepito nulla, ed addirittura l'imputata, citata allo stesso modo, risulta essersi presentata personalmente all' udienza del 12/4/99 avanti al Pretore di Pietrasanta.

Non merita accoglimento neppure la quinta doglianza del ricorso V., relativa alla sussistenza del delitto di cui all' art. 483 c.p..

Invero, pur prendendo atto di qualche oscillazione giurisprudenziale sul punto, il Collegio condivide l'orientamento maggioritario espresso da Cass. Sez. V, 22 febbraio 2000, n. 3762, Bazzichi; Sez. V, 2 giugno 1999, n.. 10377, Di Paolo (sulla scia di SS.UU. 17 febbraio 1999, n. 6, Lucarotti) , secondo cui

"Il delitto di falsità ideologica commesso dal privato in atto pubblico sussiste allorché l' atto pubblico, nel quale la dichiarazione del privato è stata trasfusa, sia destinato a provare la verità dei fatti attestati; nella domanda di condono edilizio la parte richiedente dichiara che sussistono i requisiti previsti dalla legge per l'applicazione del beneficio richiesto, in particolare che la costruzione è stata conclusa prima del 31/12/1993 e che la misura globale delle opere è conforme alle previsioni di legge.

Sulla base di queste dichiarazioni, la Pubblica Amministrazione ammette il richiedente alla procedura, salvi gli opportuni accertamenti. Pertanto la domanda di condono è chiaramente destinata a provare la verità dei fatti attestati, producendo immediatamente effetti rilevanti sul piano giuridico.

Ne consegue che in questo caso, sussistendo l' oggetto della tutela penale, la fattispecie prevista dall' articolo 483 cod. pen. trova piena applicazione .

È stato anche affermato (Sez. V, 15 giugno 2001, n. 34815, Di Bari), sotto altro profilo, pure toccato dalla censura della ricorrente, che "la falsità delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale nella domanda di sanatoria edilizia, è punita ai sensi dell' art. 26 della legge 4 gennaio 1968 n. 15, con la sanzione prevista dall' ad. 483 cod. per, per cui, quando le predette dichiarazioni sono allegate a corredo di una domanda di definizione agevolata di violazione edilizia, non rileva, ai fini della configurabilità del reato, la natura di mera autorizzazione amministrativa della concessione in sanatoria, che è soltanto l'atto finale del procedimento" .

La situazione non è sostanzialmente mutata, ad avviso del Collegio, a seguito dell' abrogazione della L. n. 15/1968, attuata in via generale, da ultimo, dall' art. 77 D. L.vo n. 445/2000, in seguito alla quale la sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva di atto notorio non deve più essere autenticata dal pubblico ufficiale, in quanto, come precisato dalle decisioni sopra riportate, quel che rileva, ai fini della sussistenza del delitto in questione, è la destinazione e lo scopo della falsa dichiarazione del privato e gli effetti di essa sul piano giuridico, che impongono una particolare tutela.

Ciò, senza tener conto della circostanza che la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà risale ai 1995, ben prima, dunque, della legge abrogatrice della L. n. 15/1968.

Merita accoglimento, invece, l'ulima doglianza del ricorso V., relativa alla omessa statuizione della Corte distrettuale in ordine al motivo di impugnazione riguardante la invocata continuazione tra i fatti oggetto del presente procedimento e quelli giudicati con sentenza irrevocabile 31/10/96 del Pretore di Pietrasanta. Invero la richiesta non appare manifestamente infondata, per cui i giudici del merito, che pure hanno specificamente riportato nel "fatto" della gravata sentenza la censura dell' appellante, dovevano comunque dare una risposta. In tali limiti va annullata con rinvio, nei confronti della Vetrani, la sentenza impugnata.

Relativamente al ricorso D., già si è detto quanto alla prospettata natura pertinenziale del manufatto abusivo. La prima doglianza, però, è fondata. La motivazione della sentenza impugnata, in ordine alla responsabilità del "capomastro" ricorrente, oltre che estremamente sintetica, appare confusa, contraddittoria e non coerente con le risultanze probatorie.

I giudici, infatti,dopo aver ammesso che "l'unico elemento di prova discutibile è quello attinente ai lavori in corso quel 17 novembre 1998", intendendo chiaramente riferirsi a quanto accertato in sede di sopralluogo, che però venne effettuato il 3 e non il 17/11/98, fondano tuttavia esclusivamente sui detti accertamenti, e dunque su tale "prova discutibile", l'affermazione di responsabilità dell'imputato. In particolare si basano sulla testimonianza de relato del verbalizzante P., che aveva trovato due operai intenti a realizzare la tramezzatura del manufatto secondario, e che - a dire dello stesso - gli riferirono di lavorare alle dipendenze della ditta dell'imputato.

Sennonché, come esattamente rilevato dal ricorrente con richiamo specifico al verbale di udienza, uno dei due operai, D. D., è risultato essere fratello dell' imputato, non avvertito della facoltà di non rispondere ed avvalso di essa in dibattimento, per cui le sue dichiarazioni sono inutilizzabili, l'altro operaio, P. A., "non fece alcuna dichiarazione", ragione per la quale non è stato neppure sentito in dibattimento.

Rebus sic stantibus, la Corte distrettuale dovrà rivalutare più approfonditamente le risultanze processuali, anche sotto il profilo della loro utilizzabilità, per stabilire l'eventuale responsabilità del ricorrente in ordine alla contravvenzione ascrittagli.

• PQM

P.Q.M.

La Corte annulla la sentenza impugnata nei confronti del D. A. nonché nei confronti della V., limitatamente per quest'ultima all'omessa motivazione in ordine alla continuazione; e rinvia ad altra Sezione della Corte di Appello di Firenze;

rigetta nel resto il ricorso della V..

Così deciso in Roma, il 24 gennaio 2003.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 2 MAR. 2003

APPUNTI PER LA RELAZIONE

LE DELIBERE RELATIVE AL CAPITALE NELLE SRL IN PERDITA NEL RIFORMATO CONTESTO NORMATIVO

Stefano Santangelo

Introduzione

La sfavorevole congiuntura economica che attraversa l'impresa e le sue dinamiche chiama costantemente in causa la funzione notarile che si trova investita, con sempre crescente intensità, a gestire la crisi d'impresa.

Si impone, pertanto, il confronto della Categoria col tema degli strumenti d'intervento, della loro efficacia e dei confini entro i quali l'azione notarile deve svolgersi.

Il concetto di crisi

La trattazione deve essere sviluppata definendo preliminarmente il concetto di crisi.

La Crisi d'impresa, che risponde alle logiche economiche, richiama immediatamente i concetti di riduzione del fatturato, perdita di porzioni di mercato, aumento dei costi di produzione e di gestione ecc.

La Crisi d'impresa, declinata in chiave giuridica, risponde, di contro, alle regole dettate dal Legislatore il quale, nella "frenesia" della contingenza, non sempre è un esempio di chiarezza e lucidità.

In questa prospettiva, uno dei principali indicatori della Crisi d'impresa è dato dalle dinamiche del bilancio ed in particolare dalle perdite che da esso emergono.

In questa sede, per problemi di tempo, non possiamo occuparci anche di un altro tema, apparentemente diverso ma affine a quello che ci occupa, rappresentato dalla Crisi indotta o provocata. Il riferimento va alla situazione di crisi originata dall'esercizio del diritto del recesso del

socio; il recesso del socio, guardato dall'angolo prospettico della società dalla quale il socio recede, altro non è che una vicenda che determina un depauperamento patrimoniale del tutto assimilabile ad una perdita, ancorché non derivante dalla gestione sociale; essa pertanto, in assenza di valori positivi di patrimonio netto conduce la società alla riduzione del capitale o allo scioglimento della società. Su impulso del socio recedente, dunque, la Società è esposta alla gestione di una crisi provocata.

La gestione della Crisi: l'intervento notarile

Prima di affrontare le problematiche inerenti le poste del patrimonio netto del bilancio e la loro interazione con le perdite, intendo indugiare sulla funzione notarile nella dinamica di gestione della crisi.

Il richiamo è al ruolo assunto dal notaio verbalizzante nelle decisioni assembleari.

L'argomento è più delicato di quanto apparentemente possa sembrare; si tratta di definire la portata dell'incarico professionale affidato al pubblico ufficiale.

La funzione notarile in campo societario non può restare relegata a quella di verbalizzalizzazione e successiva omologa della volontà assembleare; la funzione notarile è ben più ampia e profonda ed è riconducibile alla funzione di verifica e di adeguamento che normalmente il notaio esercita nell'esercizio del suo ministero.

Questi è chiamato ad indagare i propositi dell'assemblea, misurando le volontà sociali con i paradigmi dell'ordinamento positivo esattamente come è chiamato ad indagare la volontà delle parti in materia contrattuale.

La funzione notarile, allora, non si esaurisce con la verbalizzazione delle decisioni assunte dal consesso dei soci; l'intervento notarile si eleva nella gestione della crisi. La strategia d'intervento si sviluppa con il supporto del notaio, destinatario di un sapere giuridico che copre un campo estremamente tecnico che non si sovrappone ad alcuna delle competenze proprie di altri professionisti.

Deferito al notaio il controllo omologatorio delle deliberazioni assembleari, la verifica notarile ex art. 2436 comma 3 c.c. nella realtà si è anteposta alla seduta assembleare; rare si rivelano, infatti, le riunioni assembleari attraversate dall'incertezza degli esiti.

I lavori assembleari, di regola, corrono verso le decisioni già interessate dalla valutazione dei soci e verificate dal notaio incaricato.

Nondimeno, si rivelano trascurabili i casi di rifiuto d'iscrizione della decisione assembleare nel Registro Imprese da parte dell'ufficiale rogante.

Sono consapevole che conseguenza di questa ricostruzione rappresenti un aggravio di responsabilità da parte del notaio. Ritengo però che questa attività sia già svolta normalmente dal notaio; non possiamo non tenere conto che il più delle volte il verbale redatto dal pubblico ufficiale è più che "abbozzato" prima della seduta, il che significa che il notaio gestisce gli avvenimenti dopo aver disegnato l'iter giuridico dell'operazione. Tale ulteriore assunzione di responsabilità che deriverebbe da tutto ciò non deve preoccuparci; la nostra funzione è tutta basata sulla dicotomia notaio – responsabilità e pertanto già alberga nel nostro DNA.

L'apporto offerto dal professionista notaio deve diventare elemento integrativo, al fianco degli altri professionisti che assistono l'azienda, della strategia intrapresa dalla società; oggi il controllo omologatorio postumo e l'eventuale rifiuto operato dal notaio all'iscrizione della delibera presso il Registro delle Imprese appaiono inadeguati.

Estrinsecazione della crisi: nozione di perdita

Definiamo, ora molto brevemente, il perimetro del nostro campo d'interesse: perdita fisiologica e perdita patologica

- 1- Nozione: la perdita è una minusvalenza riveniente dal conto economico; tale minusvalenza in presenza di sufficienti poste positive di patrimonio netto suscettibili di erosione sarà "assorbita", per somma algebrica; la società a seguito di una perdita sarà una società in perdita se nel patrimonio netto, a seguito della differenza tra Attivo – Passivo reale,

l'ammontare di esso patrimonio netto sarà inferiore alla cifra stabilita quale capitale nominale (sottoscritto).

In realtà per determinare l'esistenza di una perdita si dovrebbe attendere la liquidazione della società, mentre il legislatore, al fine di compiere un controllo temporale per la tutela del mercato, ne richiede una verifica annuale.

- 2- la perdita rilevante: le perdite alle quali il legislatore ha attribuito rilevanza giuridica sono solo quelle il cui importo è superiore ad un terzo rispetto all'ammontare del capitale sociale.
- 3- La perdita fisiologica: nel caso in cui la perdita non superi la soglia del terzo essa è qualificabile come fisiologica e non rileva, ai sensi dell'art. 2482 bis c.c. e 2482 ter c.c..

Il calcolo della perdita

In dottrina sono state proposte tre tesi sulla modalità di calcolo delle perdite al fine di determinare se esse siano fisiologiche o rilevanti (per tutti cfr. **studio del CNN n. 3658/2001**).

Secondo una prima tesi, il terzo va calcolato con riferimento al patrimonio netto positivo e cioè con riferimento alla somma del capitale e delle riserve.

Secondo altra dottrina, il terzo va calcolato con riferimento solo al capitale nominale, ancorché sia accertata l'esistenza di riserve. Nell'ambito di tale tesi, si sostiene che l'assemblea, con una specifica delibera, può decidere di utilizzare le riserve esistenti al fine di ripianare le perdite. Aderendo a questa ricostruzione si permetterebbe ai soci di far incidere la perdita sulla parte indisponibile del netto (capitale sociale), lasciando invece intatta la parte disponibile, con la conseguenza che, operata la riduzione, rimarrebbe la possibilità di distribuire le riserve.

La dottrina assolutamente prevalente (per tutti, Colombo) ritiene che le perdite incidano sul capitale solo dopo aver eroso tutte le riserve. Circa l'ordine di disponibilità delle riserve la dottrina e giurisprudenza dominanti (**Cass. n. 8221/07**) ritengono che le perdite erodano progressivamente e fino ad esaurimento le voci del patrimonio netto (art. 2424 c.c.) secondo il vincolo di disponibilità partendo da quello meno rigoroso fino ad arrivare al capitale sociale nel seguente ordine:

- a) riserve facoltative e disponibili;
- b) riserve statutarie;
- c) fondi di rivalutazione monetaria;
- d) riserva sovrapprezzo azioni;
- e) riserva legale;
- f) capitale sociale.

LE POSTE DEL PATRIMONIO NETTO – INCERTEZZE APPLICATIVE

Molto brevemente passiamo in rassegna le poste del patrimonio netto, come elaborate dalla dottrina aziendalistica e notarile, al fine di verificare la loro attitudine ad essere erose da perdite sopravvenute, ovviamente concentrando l'attenzione sulle sole poste che determinano ancora incertezze applicative.

Riserva Legale

Che la riserva legale sia erosa dalla perdita rappresenta l'essenza della posta stessa e pertanto non se ne dubita.

Recentemente è stata autorevolmente sostenuta (Busi - Comitato Triveneto Massima IG 47) la possibilità di disporre della riserva legale in sede di aumento gratuito del capitale sociale; se può sembrare questa una digressione dal tema della crisi che ci occupa, in realtà tale nuova ricostruzione della disponibilità della riserva legale ha una forte ricaduta sul tema delle perdite. Mi riferisco alla esatta collocazione della riserva nell'ordine di progressiva incidenza della perdita sulle poste di netto di cui si è detto; se si accogliesse la tesi della disponibilità della riserva legale, allora, potrebbero ritenersi avere, quanto meno, pari grado nella gerarchia la riserva sovrapprezzo azioni e la riserva legale, restando accomunate le stesse solo dal vincolo di indisponibilità.

Tale tesi si basa alle seguenti motivazioni:

1. **la legge non stabilisce espressamente l'indisponibilità della riserva legale come, invece, ha fatto sia per la riserva azioni proprie all'art. 2357-ter cod. civ.** (senza voler entrare nel merito del dibattito tra chi ritiene che l'indicata posta sia una mera posta correttiva e chi invece la ritiene un'autentica riserva indisponibile), sia per la riserva da fair *value*, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38;

2. **utilizzare la riserva legale per aumentare il capitale sociale rappresenterebbe un vantaggio per i creditori** sociali che potrebbero contare da un lato su un capitale nominale più elevato e dall'altro lato sull'obbligo per la società di ricostituire una riserva legale di importo superiore, considerato che il limite di cui all'art. 2430 cod. civ. dovrà essere calcolato sul capitale nel suo nuovo ammontare;

3. con la riforma del 2003, il legislatore ha lasciato piena discrezionalità ai soci circa la riduzione volontaria che non deve essere più ancorata al requisito dell'esuberanza. **Ritenere indisponibile la riserva legale ai fini dell'aumento gratuito comporta che, a seguito della riforma, la riserva legale ha acquistato un vincolo di indisponibilità superiore a quello del capitale, potendo quest'ultimo essere ridotto e distribuito in ogni momento, ferma restando l'opposizione dei creditori.**

4. **L'art. 2463 comma 5 c.c. per le S.r.l. con capitale inferiore ad euro 10.000,00,** prevede che la riserva legale possa essere imputata a capitale ad integrazione della soglia di euro 10.000,00.

Riserva sovrapprezzo azioni

Nessun dubbio circa la sua attitudine ad essere erosa dalla perdita.

Riserva da rivalutazione

Se per tale riserva costituita a seguito della rivalutazione dei beni appostati a costo storico, rivalutazione resa possibile solo a seguito di una legge speciale che la consenta, parte della dottrina dubita dell'utilizzabilità ai fini di un aumento del capitale, è fuori di dubbio la capacità della stessa di assorbire la perdita.

Riserve statutarie con specifica destinazione o prive di specifica destinazione

Nessuna incertezza circa la suscettibilità di tali riserve ad essere utilizzate per la riduzione della perdita. E' bene solo ricordare che, ove la destinazione impressa dalla norma statutaria, fosse proprio la copertura perdite, tale posta sopravanzerebbe nella gerarchia di incidenza le poste con minore vincolo di disponibilità.

Riserva azioni proprie (digressione)

L'indirizzo prevalente in dottrina considera la riserva azioni proprie una **mera voce rettificativa dell'attivo**, una posta "vuota", e non ritiene, quindi, che possano sorgere dubbi in ordine alla sua indisponibilità anche ai fini della riduzione per perdite.

Riserva da fusione e scissione

Senza indugiare su tale argomento particolarmente complesso e che, peraltro, immagino sarà toccato dalla relazione del notaio Magliulo, in questa sede mi limito ad un brevissimo cenno.

Quando si parla di riserva da fusione o da scissione ci si deve riferire ai casi in cui, a causa di tali operazioni straordinarie, nel patrimonio netto del bilancio post operazione si sprigiona una plusvalenza contabile anche detta "avanzo" determinata dallo sbilancio patrimoniale.

Si pensi ad esempio:

- nel contesto della fusione c.d. propria, quando il capitale della new-co risulti fissato in misura inferiore alla somma dei capitali sociali delle società partecipanti all'operazione straordinaria;
- nella fusione per incorporazione, allorchè la misura dell'aumento del capitale destinato a soddisfare il concambio si riveli inferiore al netto contabile della società incorporata, confluendo per effetto dell'operazione nella incorporanda, **c.d. avanzo da concambio**;
- nella fusione per incorporazione di società posseduta, quando il valore di libro dei beni della società incorporata risulti superiore al valore della partecipazione allocato nel bilancio della incorporante (si pensi all'ipotesi in cui la partecipazione sia stata acquisita dalla incorporante in epoca molto precedente alla fusione e la fruttuosa gestione sociale abbia incrementato significativamente il patrimonio della incorporata), c.d. **avanzo da annullamento**.
- nel contesto della scissione parziale, allorchè il compendio assegnato alla beneficiaria si riveli (solo) contabilmente negativo (**c.d. scissione negativa**).
L'assegnazione libera nel patrimonio netto della scissa una plusvalenza contabile, corrispondente al valore contabile negativo assorbito dal bilancio della beneficiaria.

Ritengo che in tutte queste ipotesi le poste di patrimonio netto emerse dall'operazione siano suscettibili di essere erose dalla perdita.

Nella consapevolezza che l'argomento meriterebbe ben altro approfondimento, mi sia consentito rinviare ad un mio articolo, in corso di pubblicazione sul Notariato, relativo all'aumento di capitale in occasione di operazioni di fusione.

Riserve facoltative

Disponibili.

Utili/perdite di periodo

Gli utili e le perdite di periodo sono i risultati della gestione non ancora cristallizzati in un bilancio di esercizio.

Le perdite di periodo fanno “cumulo” con le perdite portate a nuovo;

Gli utili di periodo, invece, sebbene indisponibili ed indisponibili per l'aumento gratuito del capitale sociale, devono essere utilizzati a copertura perdite.

Sent. Cass. 23 marzo 2004, n. 5740: *“Ai fini dell'adozione dei provvedimenti richiesti dall'art. 2447 c.c., si deve tener conto, nella determinazione dell'ammontare della perdita, anche degli eventuali utili del periodo successivo alla chiusura dell'esercizio, risultanti dalla situazione patrimoniale infrannuale posta alla base della deliberazione assembleare”.*

Riserve tassate

Si formano in seguito a rettifiche apportate dall'amministrazione finanziaria a poste attive o passive: ad es. voce dell'attivo sottovalutata o ad un passivo considerato eccessivo. In tali casi occorrerà iscrivere all'attivo la posta al valore rettificato ed al passivo un fondo pari al valore di rettifica a denominarsi riserva tassata.

Disponibili.

Riserva da *fair value*

Il d.lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, utilizzando con grande ampiezza la facoltà contemplata dall'art. 4 del Regolamento comunitario n. 1606/2002, impone ad alcune categorie di società

l'obbligo di redigere il bilancio di esercizio secondo i principi contabili internazionali mentre per tutte le altre società resta una facoltà.

I principi contabili internazionali, a differenza della disciplina contabile tradizionale, non prevedono l'appostazione dei beni al valore equo cd. *fair value* (altrimenti detto: valore di mercato o valore corrente).

L'adozione dei principi contabili internazionali consente una "sorta" di rivalutazione dei beni della società dalla quale emerge la cd. riserva da *fair value*.

Tale riserva è disciplinata dall'art. 6, d. lgs. n. 38/2005 che ne sancisce testualmente l'indisponibilità all'aumento, ma la suscettibilità di essere erosa dalle perdite.

I versamenti dei soci. Profili problematici

Gli apporti, effettuati dai soci alla società, fuori capitale vanno distinti in due categorie concettuali a seconda che essi siano definitivamente acquisiti al patrimonio sociale, ovvero, debbano essere oggetto di restituzione ai soci prima dello scioglimento della società.

La distinzione, per l'operatore, è particolarmente importante in vista:

- della non omogeneità nella terminologia normalmente utilizzata per tali versamenti;
- della non precisa qualificazione causale del versamento nel momento in cui esso è effettuato dai soci.

Al riguardo la giurisprudenza della Cassazione è costante nel ritenere irrilevante la denominazione del versamento ai fini della individuazione della sua disciplina giuridica. Vedi in argomento **Cass. civ., Sez. III, 06/07/2001, n. 9209** secondo cui:

"... E' questione di interpretazione della volontà negoziale delle parti stabilire se l'indicato versamento tragga origine da un rapporto di mutuo o se invece esso sia stato effettuato a titolo di apporto del socio al patrimonio di rischio dell'impresa collettiva; nel qual ultimo caso il diritto alla restituzione, prima e al di fuori del procedimento di liquidazione della società, sussiste

solo qualora il conferimento sia stato risolutivamente condizionato alla mancata successiva deliberazione assembleare di aumento del capitale nominale della società e tale deliberazione non sia intervenuta entro il termine stabilito dalle parti o fissato dal giudice".

La problematica relativa all'appostamento dei versamenti diversi dai conferimenti rileva a causa della endemica sottocapitalizzazione delle società italiane. E' stato rilevato, infatti, che il legislatore, nel fissare il capitale minimo richiesto a seconda del tipo di società, non ha stabilito che il capitale delle società debba essere congruo rispetto all'oggetto sociale. **Si è, pertanto, distinta la cosiddetta sottocapitalizzazione reale** (società non dotata di risorse finanziarie sufficienti al raggiungimento dell'oggetto sociale) **dalla cosiddetta sottocapitalizzazione nominale** (società dotata di un capitale nominale minimo, ma di patrimonio anche ragguardevole). **In tale ultima ipotesi si rilevano tutti i profili problematici attinenti al tema dei versamenti diversi dai conferimenti.**

Tipologie di versamenti dei soci diversi dal conferimento ("fuori capitale")

1. Versamenti in conto futuro aumento capitale

Tali versamenti sono effettuati dai soci in vista di un futuro aumento (oneroso) del capitale e, fino a quando non si procederà alla operazione di aumento è discusso se essi rappresentino un debito per la società, ovvero se restino definitivamente acquisiti al patrimonio sociale.

Secondo alcuni autori i finanziamenti in conto futuro aumento del capitale andrebbero appostati nel patrimonio netto, poiché effettuati in via anticipata in previsione di un futuro aumento di capitale; si tratterebbe, pertanto, "di riserve di capitale aventi uno specifico vincolo di destinazione" (così OIC 28). Qualora intervenga una perdita prima dell'aumento del capitale? Ove si ritenesse che si tratta di riserva targata non suscettibile di erosione da parte della sopravvenuta perdita, varrebbe a dire che tale riserva è insensibile alle vicende del netto e pertanto un "NON" netto; ciò che non è netto è voce del passivo reale.

Secondo la tesi che si lascia preferire, invece, tali versamenti vanno appostati nel passivo reale. Infatti, detti versamenti non sono definitivamente acquisiti al patrimonio sociale; qualora non si proceda all'aumento a pagamento del capitale, la società dovrà restituire le somme ai soci che hanno effettuato tale versamento; si tratta pertanto di una posta incerta e come tale sottoposta a condizione che richiede di essere allocata fuori dal patrimonio netto, più propriamente alla voce “rischi ed oneri”.

2. Versamento a seguito di aumento di capitale scindibile (cd. “in conto aumento capitale”), in assenza della previsione della efficacia immediata

Si tratta di una **riserva con preciso vincolo di destinazione che accoglie il capitale sottoscritto dai soci nell'ipotesi di aumento di capitale scindibile**, quando la procedura di aumento del capitale sociale è ancora in corso alla data di chiusura dell'esercizio e nelle more dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione di aumento del capitale sociale. Pertanto, tale posta rappresenta ricchezza definitivamente acquistata dalla società.

Il sopravvenire di una perdita, pendente il termine finale dell'aumento, incide sul versamento effettuato dal socio?

In argomento, sono state formulate tre tesi che hanno in comune un unico presupposto: il versamento in conto aumento del capitale, in caso di aumento scindibile, è definitivamente acquistato dalla società.

- Una esigua parte della dottrina ha affermato che il versamento in parola confluisca in una riserva soggetta ad erosione da parte della perdita. **Critica:** in tal caso il solo socio che ha sottoscritto e versato subirebbe, da solo, il peso della perdita.

- Altra parte della dottrina, sempre sul presupposto di cui sopra e ritenendo che il versamento confluisca in una vera e propria riserva ritiene che detta posta vada **qualificata come quasi – capitale** e che, come tale, sia **suscettibile di erosione proporzionalmente al capitale stesso (riserva targata?)**. **Critica:** Tale tesi non appare corretta sul medesimo presupposto che così facendo, ancorché in proporzione, sopporta la perdita anche il socio sottoscrittore sul versamento fatto; così ragionando tale

ipotesi coinciderebbe con la diversa fattispecie che si verifica nell'ipotesi di efficacia immediata della sottoscrizione; in tale caso, però, il sacrificio del socio sottoscrittore in caso di perdita sopravvenuta sarebbe compensato dall'attribuzione immediata allo stesso di diritti amministrativi e patrimoniali a seguito della sua sottoscrizione.

- A mio modo di vedere, sempre sul presupposto che il versamento sia definitivamente acquistato alla società e considerato che in delibera non fosse prevista l'efficacia progressiva delle sottoscrizioni, **il versamento in oggetto dovrebbe ritenersi insensibile alle eventuali perdite sopravvenute le quali dovrebbero incidere solo sul capitale**. In particolare si potrebbe ritenere che la posta in commento vada qualificata come “targata”, ovvero **destinata ad essere imputata a capitale solo allo spirare del termine di efficacia dell'aumento** e pertanto medio tempore questa riserva targata non sia coinvolta nell'erosione della perdita; la perdita inciderà sul capitale e, se rilevante anche oltre il capitale stesso, sarà gestita come se la riserva non fosse presente in bilancio: vi farà ufficiale ingresso allo spirare del termine.

3. Versamento a seguito di aumento di capitale inscindibile in corso di sottoscrizione

Non potendo aderire alla teoria secondo cui i versamenti in parola costituiscono una **posta del patrimonio netto**, con la conseguenza di essere erosi dalle perdite che si vengono a creare *medio tempore*, ritengo che tali versamenti, finché non sia perfezionata l'operazione di aumento (integrale sottoscrizione di esso), configurano **un debito della società**.

Versamenti in conto capitale e a fondo perduto

Trattandosi versamenti sui quali **il socio perde ogni pretesa restitutoria** viene a crearsi una riserva disponibile e distribuibile, ovviamente, idonea a incidere sulla determinazione delle perdite sofferte.

4. Versamenti fuori capitale in natura

Se il trasferimento della proprietà di un bene immobile viene effettuato a titolo di **versamento fuori capitale** (se effettuato dai soci) o **a fondo perduto** (se effettuato da terzi) è discusso se sia o meno necessaria la perizia di stima.

Parte della dottrina ritiene che tale apporto **necessiti della perizia di stima** poiché anche se non destinato a coprire immediatamente il capitale sociale esso, comunque, potrebbe essere utilizzato per un aumento gratuito con aggiramento della norma di cui all'art. 2343 c.c..

Altri autori, in modo più convincente, ritengono che tale **apporto** debba essere **trattato alla stregua di qualunque acquisizione** sia effettuata durante la vita della società e pertanto è compito degli amministratori attribuire ad esso un valore da appostare in bilancio (si pensi alla donazione di un immobile alla società).

Discorso diverso potrebbe essere fatto per un versamento in natura a copertura perdite in mancanza di altre voci di patrimonio netto.

Si faccia il seguente esempio: Alfa capitale sociale 100, cassa 100; a seguito del sopravvenire di una perdita di 50 la cassa si abbassa a 50; i soci effettuano un versamento in natura di un bene immobile del valore di 50 con il quale eliminano la perdita; al termine dell'operazione la società avrà sempre capitale sociale 100 ma all'attivo figurerà cassa per 50 ed immobile per 50.

In tal caso potrebbe discutersi sulla necessità o meno della perizia di stima.

LE STRATEGIE D'INTERVENTO

L'intervento destinato a superare lo stato di crisi si orienta in ragione delle condizioni attraversate dalla società. La crisi, infatti, può presentarsi d'intensità crescente; il novero delle misure di superamento della crisi è ampio.

In primo luogo, si ascrive alla categoria l'operazione di riduzione nominale del capitale destinata a conferire evidenza alla situazione di perdite maturata dalla compagine.

In secondo luogo, il Legislatore riconosce alla trasformazione l'attitudine al superamento della vicenda di crisi della società.

Ancora, la dottrina di settore investe nello sviluppo di misure alternative di superamento della crisi. Il richiamo è alle operazioni di fusione e scissione e all'istituto dell'aumento oneroso.

Procedendo nella disamina di queste attività, analizziamo le diverse strategie d'intervento in ragione della progressione dello stato di crisi.

Prima di affrontare il tema delle diverse strategie di intervento per la copertura delle perdite, è necessario ricordare un principio, con il quale dovremo sovente confrontarci, emergente dal dato testuale, secondo il quale ove si riduca il capitale sociale per l'eliminazione delle perdite queste ultime, come risultanti dal documento contabile, devono essere integralmente ripianate.

Sul punto sono state proposte due tesi:

Limitata parte della dottrina ritiene ammissibile la riduzione con copertura parziale della perdita in quanto l'interesse generale alla corretta informazione sulla consistenza della società è già soddisfatto dalle norme sul bilancio, che impongono di iscrivere nella situazione patrimoniale le perdite non coperte, e dall'art. 2250, comma 2 (indicazione negli atti e nella corrispondenza del capitale versato ed esistente risultante dall'ultimo bilancio). Nell'ambito di tale orientamento alcuni ritengono che la copertura parziale della perdita possa essere consentita solo nella riduzione per perdite facoltativa, sia essa facoltativa poiché la perdita ammonta a meno di un terzo del capitale, sia perché risulti applicabile il primo comma dell'art. 2482 bis (essendo possibile il rinvio a nuovo della perdita la riduzione non sarebbe obbligatoria, bensì facoltativa).

La dottrina prevalente, e la giurisprudenza costante, sostengono invece che l'assemblea debba ripianare interamente la perdita accertata e ciò sia, perché si vuole tutelare l'esigenza di

informazione sottesa alla disciplina in parola, sia per evitare che, per la parte di perdita “portata a nuovo”, si prolunghi indebitamente il termine del secondo esercizio sociale successivo alla rilevazione della perdita stessa fissato dal legislatore come termine massimo tollerabile.

RIDUZIONE DEL CAPITALE PER PERDITE C.D. FACOLTATIVA

Si può avere una riduzione del capitale per perdite c.d. facoltativa in due ipotesi.

In primo luogo, la società, in presenza di perdite non rilevanti (perdite inferiori al terzo) ai sensi dell’art. 2482 bis c.c., può avere interesse ad eliminarle per poter procedere alla distribuzione degli utili che, altrimenti, è vietata, in presenza di perdite, dall’art. 2433, comma 3 c.c..

In tale fattispecie, la situazione di perdita è reputata fisiologica; tollerabile per la società.

Sebbene tale riduzione non sia necessaria essa è pur sempre una riduzione per perdite (nominale e non certo reale) e quindi il paradigma di riferimento è l’art. 2482 bis c.c. con conseguente non applicazione dell’art. 2482 in particolare nella parte in cui prevede il diritto di opposizione a favore dei creditori sociali. In argomento è stato precisato che:

- 1- all’assemblea chiamata ad una riduzione per perdite facoltativa **deve essere presentato un documento contabile aggiornato**;
- 2- la stessa assemblea deve ridurre interamente la perdita.

In secondo luogo, quando, potendo la società rinviare a nuovo le perdite ed attendere il bilancio dell’esercizio successivo, decida invece di ridurre il capitale per perdite superiori al terzo del capitale prima che l’art. 2482 bis c.c. ne imponga la riduzione,.

RIDUZIONE OBBLIGATORIA DEL CAPITALE PER PERDITE

Nella progressione dell’analisi, la situazione di crisi d’impresa si intensifica nel contesto della fattispecie regolata all’art 2482 bis c.c.; tale fattispecie è integrata allorché le perdite maturate travalichino la soglia della fisiologia, superando la soglia del terzo rispetto al capitale.

Ebbene la norma impone di assumere opportuni provvedimenti.

Quali sono gli opportuni provvedimenti che l’assemblea può adottare?

1. In primo luogo, l’assemblea può **rinviare all’esercizio successivo la perdita** (cd. rinvio a nuovo). Secondo parte della dottrina l’assemblea può rinviare l’adozione dell’opportuno provvedimento qualora consideri che sia verosimile e ragionevole il riassorbimento della perdita mediante l’attività di impresa. Altra dottrina ritiene, invece, che la società possa rinviare la riduzione anche se non sia prevedibile che, entro l’esercizio successivo, la perdita scenda al di sotto del terzo del capitale. La dottrina in parola sottolinea peraltro come, sebbene la delibera di rinvio appaia “una non deliberazione”, in quanto rimette al futuro qualunque decisione, la medesima, in realtà, produca effetti secondari precisi: non impedisce agli amministratori di convocare ugualmente l’assemblea per ridurre il capitale durante l’anno di attesa, qualora lo ritengano opportuno; esclude il diritto della minoranza di chiedere, ai sensi dell’art. 2367 c.c., la convocazione dell’assemblea per la riduzione del capitale.

Prima di affrontare gli altri opportuni provvedimenti è indispensabile capire se il disposto dell’art. 2482 bis c.c. **procedimentalizza il programma di copertura della perdita?**

Si tratta cioè di capire se l’art. 2482 bis c.c. dia avvio ad un procedimento per la gestione della perdita ovvero dia unicamente la possibilità di posporre l’operazione sul capitale nella speranza che, nel tempo che deve trascorrere fino al bilancio dell’esercizio successivo, la situazione patrimoniale ritorni nella fisiologia.

In altri termini, la società che ai sensi dell’art. 2482 bis c.c. delibera di portare a nuovo la perdita, nel periodo intercorrente tra tale delibera e l’approvazione del bilancio dell’esercizio successivo, nonostante si trovi a viaggiare con una perdita superiore al terzo, potrà deliberare

qualunque operazione ovvero l'Assemblea, in questa situazione di crisi conclamata, ma non paralizzante, perderà alcune delle sue prerogative?

E pertanto, ad esempio, una volta deliberato il rinvio a nuovo, la società, nell'anno e più, può deliberare l'aumento del capitale sociale?

Parte della dottrina rileva che l'operazione così strutturata sarebbe illegittima poiché condurrebbe ad un annacquamento della perdita, facendola così rientrare in limiti fisiologici, aggirando di fatto l'art. 2482 bis c.c..

Altra parte della dottrina, così come la Commissione del consiglio Notarile di Milano (Mass. 122), ritiene possibile che l'assemblea, in presenza di una perdita rilevante, ai sensi dell'art. 2482 bis c.c., dopo aver rinviato l'adozione di un opportuno provvedimento all'esercizio successivo, deliberi un aumento del capitale sociale.

Ne parleremo più diffusamente poi.

2. L'assemblea può procedere all'immediata riduzione del capitale, in proporzione alle perdite accertate, con il ripianamento totale delle stesse (in tale ipotesi la riduzione è facoltativa e si distingue dalla riduzione di cui all'art. 2446, comma 2, in quanto, il legislatore non la impone come unica misura possibile).
3. L'assemblea può deliberare lo scioglimento e messa in liquidazione della società.
4. L'assemblea può deliberare la fusione con altra società qualora il patrimonio netto di questa sia sufficiente a ripianare la perdita.
5. L'assemblea può deliberare la trasformazione della società in altro tipo per il quale il legislatore abbia fissato un limite più basso del capitale sociale o non abbia previsto una disciplina vincolistica del capitale: (Massima Firenze) in caso di società di capitali con

patrimonio netto negativo, è legittimo deliberare la trasformazione in società di persone senza necessità di alcun preventivo intervento sul capitale sociale (al fine di ricapitalizzare la società e ricostituire così un patrimonio netto positivo).

L'evoluzione interpretativa ci impone di soffermarci sulla legittimità dell'aumento oneroso del capitale quale opportuno provvedimento, così da ricondurre la perdita al di sotto del terzo del capitale aumentato.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza ed in dottrina, non è possibile deliberare l'aumento del capitale in presenza di perdite rilevanti, in quanto si occulterebbero le perdite e rimarrebbe operante il divieto di distribuzione degli utili; si tratterebbe di un'operazione illegittima perché elusiva della procedura degli artt. 2482 bis e 2482 ter c.c.. Sul punto si veda la massima del Triveneto:

I.G.30 – (AUMENTO DI CAPITALE IN PRESENZA DI PERDITE RILEVANTI AI SENSI DI LEGGE – 1° pubbl. 09/07) In presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale deve ritenersi non consentita una deliberazione dell'assemblea dei soci di aumento del capitale sociale ove non sia accompagnata dalla copertura integrale delle perdite accertate.

Pur se non si comprende dal tenore della massima a quale momento si riferisca con l'espressione "in presenza di perdite", possiamo dedurre che il punto centrale che induce i colleghi del triveneto a negare la fattibilità dell'operazione è la mancata copertura integrale della perdita.

E' questo l'angolo prospettico dal quale guarderemo l'operazione di aumento del capitale in presenza di perdite.

Tralasciando le motivazioni molto ben sviluppate dalla Commissione meneghina e peraltro ben note a tutti, possiamo, in breve, passare in rassegna le ipotesi portate dalla massima di **Milano n. 122**. La quale accoglie l'ammissibilità dell'operazione, riconoscendo all'aumento oneroso l'attitudine al superamento della crisi. L'aumento del capitale, per un importo almeno pari a 3 volte la perdita maturata, consente di ricondurre la perdita stessa sotto la soglia della fisiologia.

1) L'aumento di capitale in caso di perdite incidenti sul capitale per non più di un terzo (perdite cd. fisiologiche).

Lo abbiamo già analizzato e, sulla considerazione che il legislatore non impone in tale evenienza alcun comportamento alla società, della sua legittimità non si dubita.

2) (inversione rispetto alla Massima dei punti 2 e 3) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo (se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale), in qualsiasi momento antecedente l'assemblea di approvazione del bilancio dell'esercizio successivo rispetto a quello in cui la perdita è stata rilevata.

Anche questo lo abbiamo già analizzato e, sulla considerazione che l'assemblea della società non perde alcuna sua prerogativa, nel periodo in parola non si dubita della fattibilità dell'aumento.

3) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo (se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale) quale “opportuno provvedimento” ex art. 2482 bis, c. 1, c.c..

Al di là delle note motivazioni, non può non darsi evidenza del fatto che se l'aumento può essere deciso nell'arco temporale che il legislatore consente alla società con l'art. 2482 ter c.c., ben strano sembrerebbe che l'aumento non fosse possibile deliberarlo un attimo prima; basterebbe allora deliberare nella stessa assemblea prima il rinvio e poi l'aumento.

4) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo (se il capitale non si sia ridotto al di sotto del minimo legale), in sede di assemblea di approvazione del bilancio dell'esercizio successivo rispetto a quello in cui la perdita è stata rilevata, a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre la perdita entro il terzo.

Stesso ragionamento del punto precedente, apparirebbe del tutto insoddisfacente concludere che l'aumento di capitale può essere posto in essere un attimo prima dell'approvazione del bilancio

e non invece contestualmente; il bilancio rappresenta solo il momento temporale entro il quale porre in essere l'aumento e non ne impedisce la fattibilità.

In tutte le ipotesi fin qui analizzate l'operazione posta in essere e deliberata dall'assemblea non è la riduzione per perdite, bensì un aumento del capitale: l'invocato concetto secondo cui è necessaria l'integrale copertura della perdita è principio proprio della riduzione per perdite, circuito, quello della riduzione, che non si è mai attivato.

5) in caso di perdite incidenti sul capitale per più di un terzo, se il capitale si sia ridotto al di sotto del minimo legale, in sede di assemblea convocata ex art. 2482 ter c.c., a condizione che si tratti di un aumento di capitale da sottoscrivere tempestivamente in misura idonea a ricondurre la perdita entro il terzo.

E' solo in questa fattispecie che a mio avviso si attiva la riduzione per perdite; la norma non consentendo rinvii della perdita pretende un immediato ripianamento della stessa che l'aumento potrebbe non soddisfare. Tale tesi è, inoltre, supportata dal chiaro dato normativo di cui all'art. 2447 c.c. che sembra tipizzare i provvedimenti adottabili, non facendo generico riferimento agli “opportuni provvedimenti”.

CENNI SULLA RIDUZIONE DEL CAPITALE PER PERDITE EX ART. 2482 TER C.C.

Provvedimenti adottabili dall'assemblea convocata, ai sensi dell'art. 2482-ter.

In dottrina sembra prevalere la tesi secondo cui, ai sensi dell'art. 2482-ter c.c., qualora una società registri una perdita superiore al terzo del capitale che lo abbia ridotto al di sotto del minimo legale, l'assemblea possa deliberare solo uno dei provvedimenti indicati dalla norma in commento e, precisamente: (i) riduzione del capitale e sua ricostituzione; (ii) trasformazione della società. Quale unico (non) provvedimento, si ritiene che l'assemblea possa prendere atto della perdita e

accertare la causa di scioglimento in vista della futura liquidazione della società. Non sembra contestabile la possibilità che uno spontaneo versamento da parte di un socio (o di un terzo) sia “idoneo a rimuovere il presupposto della riduzione obbligatoria, ossia la perdita nella misura normativamente prevista”.

Tra le ipotesi che, di recente, la dottrina ritiene annoverabili tra gli opportuni provvedimenti rientrano la fusione e la scissione.

Nella ipotesi di perdita totale del capitale si deve necessariamente azzerare il capitale e ricostituirlo prima di procedere ad una operazione di fusione con una società in bonis?

Non è necessario rimuovere la causa di scioglimento prima di procedere alla fusione.

Alla luce di quanto dispone il secondo comma dell’art 2501 cc secondo cui “La partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell’attivo”, si esclude che sussista in via generale una incompatibilità tra lo stato di scioglimento in cui la società si trovi e la sua partecipazione a operazioni di fusione; la fusione per incorporazione è espressamente definita uno “scioglimento senza liquidazione”

Neanche la perdita dell’intero capitale da parte di una delle società partecipanti alla fusione impedisce l’operazione: la perdita dell’intero capitale non significa assenza di patrimonio reale o interesse da parte della società e non esclude, pertanto, nell’ipotesi in cui in tale situazione versi la incorporanda, la possibilità per i soci della società con capitale azzerato di fruire del rapporto di cambio.

LE S.R.L. CON CAPITALE INFERIORE A DIECIMILA EURO

Il legislatore, con il D.L. 28/6/2013 n. 76 convertito con legge 9/8/2013 n. 99, ha ritenuto, tra l’altro, di inserire qualche comma qua e là negli articoli dedicati alle SRL; tale improvvisa novellazione ha determinato un notevole sconvolgimento nella già traballante normativa delle società a responsabilità limitata.

Venendo alle problematiche che ci interessano le modifiche hanno riguardato l’art. 2463 c.c. ove è stato inserito un nuovo comma 4, il quale precede che “l’ammontare del capitale può essere determinato in misura inferiore a euro diecimila, pari almeno a un euro. In tal caso i conferimenti devono farsi in denaro e devono essere versati per intero alle persone cui è affidata l’amministrazione” ed un nuovo comma 5 del medesimo articolo il quale precede che “La somma da dedurre dagli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato, per formare la riserva prevista dall’articolo 2430, deve essere almeno pari a un quinto degli stessi, fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l’ammontare di diecimila euro. La riserva così formata può essere utilizzata solo per imputazione a capitale e per copertura di eventuali perdite. Essa deve essere reintegrata a norma del presente comma se viene diminuita per qualsiasi ragione”.

Tali nuovi articolati, ed in particolare il nuovo comma 4, a causa del mancato coordinamento con l’art. 2463 comma 2 n. 4 c.c., determinano un contrasto normativo che impone all’utilizzatore un notevole sforzo interpretativo, non scevro da conseguenti responsabilità.

Infatti dal momento in cui il legislatore non impone, per le società con capitale compreso tra 1 euro e 9.999,99 euro, una volta effettuato l’accantonamento della riserva legale accelerata ed accresciuta, l’obbligo di passare tale riserva a capitale per raggiungere almeno i 10.000 euro, il che avrebbe reso questo sottotipo di SRL solo una agevolazione di START UP temporaneo, vuol chiaramente significare che minimo legale del capitale delle s.r.l. è passato da 10.000 euro ad 1 euro; e ciò non solo nella fase di START UP ma anche a regime.

L’importo di 10.000 euro non rappresenta più, quindi, il minimo legale del capitale sociale delle SRL, bensì una soglia rilevante ai fini della disciplina applicabile in tema di conferimenti e riserva legale; non è la SRL con capitale compreso tra 1 e 9.999,99 euro un sottotipo della SRL, bensì la SRL con capitale almeno di euro 10.000 un “sovratipo” delle prime le quali pertanto non rappresentano un nuovo tipo sociale.

A conferma di ciò si ricordi che della circostanza che si tratta di SRL con capitale inferiore a euro 10.000 non deve farsi menzione nella denominazione (come accade invece per le SRLS ed accadeva con le SRL a CR).

Veniamo ora ad analizzare, seppur brevemente, come la situazione di crisi di una SRL possa impattare con il mutato quadro normativo; ciò sia riferendoci alla SRL costituita con capitale compreso tra 1 e 9.999,9 sia ad una SRL con capitale almeno pari ad euro 10.000,00; ciò in quanto le novità non sono state coordinate con le disposizioni in tema di riduzione del capitale.

Notevoli dubbi interpretativi sorgono in considerazione del fatto che le norme sulla riduzione del capitale in tema di SRL continuano a contemplare, quale soglia minima, il predetto importo di 10.000 euro richiamando il n. 4 del 2 comma dell'art. 2463 c.c..

La riduzione per perdite SRL costituita con capitale compreso tra 1 e 9.999,9

L'art. 2482-bis c.c. non si pone in contrasto con la disciplina delle società con capitale inferiore a 10.000 euro; infatti, parametrando la perdita al terzo del capitale sociale e non essendovi richiami nella norma al n. 4 dell'art. 2643 c.c., in caso di tali perdite i soci sarebbero tenuti a ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate.

Viceversa emerge l'evidente mancanza di coordinamento della norma con il mutato regime del capitale minimo della società a responsabilità limitata, nel portato dell'art. 2482 ter c.c. in quanto tale norma richiama espressamente il n. 4 dell'art. 2643 c.c.; attenendosi ad una interpretazione letterale della norma dovendosi attivare per il ripianamento solo "se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal n. 4) dell'art. 2643, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea ..." a prima lettura tale norma resterebbe inapplicabile.

Anche qui la responsabilità è rimessa all'interprete operatore.

Ad avviso di chi scrive, in linea con le conclusioni cui è giunto lo studio del CNN 892/2013, si deve necessariamente armonizzare la norma con il mutato contesto normativo; si deve pertanto ipotizzare che il riferimento all'importo di cui al n. 4) dell'art. 2463 c.c. non sia euro 10.000 bensì quello che dalla novella si desuma essere in nuovo importo minimo legale sancito per le SRL cioè 1 euro. Si deve ritenere che, poiché l'art. 2482-ter c.c. contiene la disciplina della riduzione del capitale al disotto del minimo legale, e poiché il minimo legale delle s.r.l. è oggi di 1 euro, la disciplina di cui all'art. 2482-ter c.c. si applichi quando, per perdite superiori al terzo del capitale, questo risulti inferiore ad un euro.

Ciò val quanto dire che l'aver fissato il capitale minimo in un euro induce a ritenere che al legislatore non interessa la capitalizzazione delle SRL (schizofrenico appare su questo punto il legislatore stesso pensando all'art. 2467 c.c.) potendo operare le società stesse con un capitale sostanzialmente inesistente facendo pertanto affidamento solo su finanziamenti di terzi o soci; l'unico limite invalicabile resta il patrimonio in territorio negativo.

Se quanto detto ha pregio, una SRL con capitale inferiore ad 10.000 euro ove subisca perdite eccedenti 1/3 del capitale, fintanto che presenti un patrimonio netto totale pari a 0,66 centesimi applicherà sempre la disciplina di cui all'art. 2482-bis c.c. e, quindi, la possibilità del rinvio annuale.

Pertanto l'art. 2482 ter c.c. resta applicabile nella sostanza solo all'ipotesi di perdite superiori al capitale sociale; in tal caso gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore a 1 euro.

La riduzione per perdite nelle s.r.l. con capitale superiore a 10.000 euro

Anche in questa ipotesi le novità introdotte dall'art. 9 D.L. 76/2013 non sembrano determinare modifiche in merito all'applicazione della disciplina della riduzione del capitale per perdite ex art. 2482-bis c.c.; infatti come sopra detto infatti, parametrando ai fini di tale articolo, la perdita al terzo del capitale sociale e non essendovi richiami nella norma al n. 4 dell'art. 2643 c.c., in caso di tali perdite i soci sarebbero tenuti a ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate.

Assume, invece, anche qui rilievo il contenuto dell'art. 2482-ter c.c., sempre a causa dell'espresso rinvio che la norma fa al n. 4) dell'art. 2643 c.c.; dovendo gli amministratori senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, facendo salva la possibilità di deliberare la trasformazione della società

Le ipotesi interpretative sono sostanzialmente tre:

- Ritenere che per le società con capitale superiore ad euro 10.000, anche sul presupposto che l'art. 2482 ter c.c. fa espresso riferimento al n. 4) dell'art. 2643 (minimo legale 10.000) in questa fattispecie non sia intervenuta alcuna modifica: la società con capitale di euro 10.000 con una perdita di euro 4.000 dovrà senza indugio deliberare un opportuno provvedimento tra i quali il ripianamento integrale della perdita con riaumento del capitale ad almeno euro 10.000;
- Ritenere, come abbiamo fatto per le società in perdita nate con capitale inferiore a euro 10.000, che la norma si debba armonizzare con il mutato contesto normativo; anche in questo caso si deve ipotizzare che il riferimento all'importo di cui al n. 4) dell'art. 2643 c.c. non sia euro 10.000 bensì quello che dalla novella si desume essere in nuovo importo minimo legale sancito per le SRL cioè 1 euro. Si deve cioè ritenere che la

società con capitale euro 10.000 con perdite superiori ad un terzo si trovi nella condizione prevista dall'art. 2482 bis c.c.; troverà applicazione l'art. 2482-ter c.c. solo quando, per perdite superiori al terzo del capitale, questo risulti inferiore ad un euro;

- Anche riconoscendo che il nuovo minimo legale sia 1 euro, si mantiene un doppio binario per la riduzione per perdite:

1) le società nate con capitale inferiore ad 1 euro non riconoscono in nessun caso il limite dei 10.000 euro essendone fuori geneticamente;

2) le società con capitale superiore ad euro 10.000 mantengono tale limite di capitale ai fini dell'applicabilità dell'art. 2482 ter; una società con 10.000 euro di capitale ed euro 4.000 di perdite si trova in 2482 ter c.c., fa scattare pertanto il circuito previsto dalla legge (non è un 2482 bis c.c. e quindi non è possibile rinviare la perdita a nuovo) e la società senza indugio deve assumere gli opportuni provvedimenti. Ove ritenesse di assumere quello della riduzione per perdite ed il capitale raggiungesse un ammontare inferiore ad euro 10.000 non sarebbe necessario provvedere al successivo riaumento fino a raggiungere i 10.000 potendo mantenere tale capitale inferiore con conseguente applicabilità della nuova normativa in tema di riserva legale.

Sebbene, quindi, la soglia dei 10.000 euro non rappresenti più l'ammontare minimo del capitale, essa comunque rimarrebbe soglia rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 2482-ter, c.c.

La stessa società con capitale di 10.000 euro, ove avesse subito perdite per 11.000 euro, sarebbe obbligata ad azzerare il capitale e ad eliminare la residua perdita di 1.000 euro con la tecnica del sovrapprezzo o della cd. altalena fino al totale ripianamento. Una volta assorbita la perdita, la società avrebbe poi l'obbligo di ricostituire il capitale ad almeno 1 euro e non, invece, al maggiore limite di 10.000 euro.

Trasformazioni, fusioni e scissioni da e in s.r.l. con capital inferiore a 10.000 euro

La s.r.l. con capitale inferiore a 10.000 euro appartiene al tipo sociale della s.r.l. e pertanto qualunque modifica della statuto nell'ambito tipologico della SRL non ha natura trasformativa, bensì di modifica statutaria e che non dà luogo a recesso.

Appare quindi possibile una trasformazione omogenea (progressiva, da società di persone, o regressiva, da s.p.a. o s.a.p.a.) o eterogenea in società a responsabilità limitata il cui capitale sia fissato in un ammontare inferiore ai 10.000 euro.

Sempre in virtù di tali considerazioni è ammissibile che la società a responsabilità limitata con capitale inferiore ai 10.000 euro possa essere l'esito di operazioni di fusione e di scissione, anche portanti trasformazione.

Le operazioni straordinarie e l'attività negoziale in fase preconcorsuale ed in pendenza di procedura

Dott. Guido De Rosa
Notaio in Bergamo
23 ottobre 2014

Prima premessa: definizione di crisi

Art 5 l. fall.: l'insolvenza è la condizione che si “manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”

Art. 160 l. fall.: “L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano ...”

“Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.”.

Seconda premessa: crisi inespressa

- Può darsi che una società si trovi in situazione di crisi economica ma che non abbia ancora potuto o voluto ricorrere ad alcuno degli strumenti di soluzione negoziale della crisi (piano di risanamento ex art 67 l.fall., concordato preventivo ex art 160 l. fall., accordo di ristrutturazione dei debiti ex 182 bis l.fall.)
- Per inquadrare correttamente le attività negoziali e le operazioni straordinarie afferenti alla crisi d'impresa occorre quindi distinguere a seconda che la società si trovi ancora dentro o fuori dal perimetro delle procedure previste dalla legge fallimentare.

Crisi “inespressa”: attività negoziale

Norme del codice civile sull'insolvenza del debitore:

- 1186: **decadenza dal beneficio del termine**: anche quando il termine di adempimento è posto a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente (o ha diminuito per fatto proprio le garanzie che aveva date, o non ha dato le garanzie promesse).
- 1460: **eccezione di inadempimento**: nel contratto a prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie
- 1461: attribuisce il diritto di **sospendere l'esecuzione** della prestazione se le condizioni patrimoniali della controparte sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione (salva prestazione di idonea garanzia)
- 1626: **in tema di affitto** (locazione di cosa produttiva ex 1615 c.c.): **il contratto si scioglie** per (incapacità o) sopravvenuta insolvenza dell'affittuario, salvo che al locatore sia prestata garanzia per l'esatto adempimento dei suoi obblighi. La norma va però letta insieme all'art 79 e 80 l. fall.
- 1953: Nella fideiussione, se il debitore è divenuto inadempiente **il fideiussore può ottenere** in giudizio, anche prima di aver pagato, **che il debitore gli procuri la liberazione o presti le garanzie necessarie** per assicurare il soddisfacimento delle sue ragioni di regresso.

Crisi “inespressa”: attività negoziale

- L'azione **revocatoria fallimentare**: Se l'imprenditore è successivamente dichiarato fallito, molti degli atti che egli ha posto in essere nei mesi e negli anni precedenti possono formare oggetto di revocatoria fallimentare (art 65 e 67 l.fall). In tal modo la legge rende inefficaci, relativamente ai creditori del fallito, gli atti con i quali egli ha disposto del proprio patrimonio in loro pregiudizio prima della dichiarazione di fallimento.
- 64 l. fall.: Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, **gli atti a titolo gratuito** (...) in quanto la liberalità sia sproporzionata al patrimonio del donante.

Crisi “inespressa”: attività negoziale

67 l. fall. : Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

- 1) gli atti a **titolo oneroso compiuti nell'anno** anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;
- 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili **non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento**, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento (DATIO IN SOLUTUM)
- 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;
- 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Crisi “inespressa”: attività negoziale

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

- a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado; (1)
- d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un **piano che appaia idoneo a consentire il risanamento** della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile; (2)
- e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis;
- f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito)
- g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

Crisi “inespressa”: attività negoziale

- **Cessione dei beni ai creditori**, di cui all'art 1977 s.s. c.c. con la quale il debitore incarica alcuni o tutti i suoi creditori di procedere all'alienazione di alcuni o tutti i suoi beni con lo scopo di soddisfare le loro pretese e di ottenere la restituzione di quanto residua: **non si ha trasferimento** della proprietà, **è un mandato con rappresentanza in rem propriam**, con funzione solutoria; ai cessionari spetta l'amministrazione, il debitore non può più disporre: i creditori cessionari non possono agire in esecuzione ex 1980. Forma scritta ad substantiam, se sono ceduti immobili la trascrizione è prevista dall'art. 2649 comma 2;
- **Trust liquidatorio e il vincolo di destinazione** ex art 2645ter: se è il debitore a porre in essere il vincolo sui propri beni, la segregazione patrimoniale può pregiudicare la par condicio creditorum; nulla quaestio se è il terzo a vincolare propri beni a garanzia del soddisfacimento dei creditori dell'impresa;
- Altri contratti (che possono trovare applicazione anche nell'attuazione dei piani concordati) quali **transazioni, datio in solutum, remissioni parziali, compensazioni** volontarie ecc – dirette a ridurre l'esposizione debitoria

Crisi “inespressa”: attività negoziale

Affitto di azienda: è frequente nella prassi che il contratto sia stipulato anche prima dell'emersione della crisi e dell'adozione di soluzioni negoziali (quali il concordato). Perché?

- Garantisce la continuità d'impresa
- Consente la conservazione del valore dei beni produttivi (la cessazione dell'attività distrugge questo valore, quindi l'avviamento)
- Possono essere preservati marchi e brevetti
- Può essere funzionale al soddisfacimento del ceto creditorio
- Può essere utile al fine di una più proficua vendita dell'azienda (104 bis – primo comma – L.F.);
- Il piano di prosecuzione dev'essere attendibile, avuto riguardo anche ai livelli occupazionali (104 bis – secondo comma);
- Il canone deve essere correttamente rapportato al valore e alla redditività dell'azienda;
- Il contratto dovrebbe presentare clausole volte a tutelare l'interesse del ceto creditorio;
- Garanzie del contraente in bonis, concessione di diritti di recesso, poteri di ispezione agli organi della procedura;
- Sono opponibili al fallimento i soli contratti di affitto iscritti nel Registro delle Imprese;

Crisi “inespressa”: attività negoziale

- Occorrerà in ogni caso che la situazione di crisi non sia così accentuata da costituire una vera e propria situazione di insolvenza palese ed irreversibile; in quest'ultimo caso è bene ricorrere ad una procedura concorsuale: l'affitto è esposto a rischi di revocatoria fallimentare (c'è chi sostiene anche una possibile responsabilità penale: bancarotta per distrazione);
- Art 72 comma 6 l. fall.: “sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento”. Per l'affitto di azienda si applica infatti l'art 79 l. fall.: “**il fallimento non è causa di scioglimento del contratto (...), ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo**” **prededucibile ex art 111 l.fall.**
- Avviene con notevole frequenza che il debitore ceda l'azienda in affitto al conduttore prima di depositare la domanda di concordato (magari con riserva), convenendo che il contratto di affitto sia sottoposto alla verifica del tribunale e possa essere modificato o sciolto qualora non riceva il consenso del tribunale. Non pare che trovi applicazione l'art 72 l. fall. citato a questa pattuizione.

Crisi “inespressa”: attività negoziale

- All'affitto di azienda (ex art 2112 comma 6 c.c.) devono applicarsi le cautele previste dall'art 2112 c.c. e dalle leggi speciali sul **mantenimento dei diritti dei lavoratori** in caso di cessione di azienda. In particolare rileva l'art. 47 l. 428 del 1990 per il quale, se sono occupati più di quindici lavoratori, occorre la comunicazione anticipata del contratto alle rappresentanze sindacali (dalla quale può partire una procedura sindacale di consultazione, che deve esaurirsi prima della conclusione del contratto).
- Si ricorda che lo stesso art. 47 prevede la possibilità di limitare le cautele di legge dell'art 2112 c.c. quando per l'azienda oggetto del contratto sia aperta la procedura di concordato o di accordo di ristrutturazione e sia stato convenuto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione. (La regola non si applica però se non è ancora avviata la procedura).

Crisi “inespressa”: attività negoziale

- **L'inapplicabilità dell'art. 2560 c.c.** in tema di affitto di azienda è pressoché pacificamente condivisa dalla dottrina. Può essere occorrente precisare la sorte dei crediti e dei debiti aziendali maturati dall'affittuario medio tempore in caso di cessazione degli effetti del contratto.
- È opportuno disciplinare le facoltà dell'affittuario con specifico riferimento all'utilizzo di beni consumabili, alle scorte, al magazzino, e stabilire una disciplina convenzionale con riferimento agli incrementi e decrementi di valore dell'azienda.
- Sembra opportuno inserire nel contratto una clausola che, nell'intento di procedere con trasparenza e senza pregiudizio delle ragioni dei creditori attuali dell'affittante, preveda un meccanismo peritale al fine di individuare il "giusto corrispettivo" dell'affitto medesimo (anche al fine di scongiurare le azioni revocatorie).

Crisi “inespressa”: operazioni straordinarie

- Il **contratto di rete** tra imprese ([D.L. 10 febbraio 2009, n. 5](#)). Due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune un o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la loro competitività, in base a un programma comune (acquista personalità giuridica se è previsto un fondo patrimoniale comune e l'iscrizione alla sezione ordinaria del R.I.). Facendo ricorso alle c.d. economie di scala, l'imprenditore si unisce ad altri per esercitare in comune l'attività d'impresa, conservando però la propria autonomia patrimoniale e negoziale
- La **fusione** con altra società può avere una funzione di difesa dalla crisi, qualora si riescano a sviluppare delle sinergie tra incorporante e incorporata. La fusione può essere uno degli “opportuni provvedimenti” che permettono alla società di uscire dallo stato di perdite rilevanti di cui all'art. 2446 e 2447 c.c. (studio CNN 3658 del 2001).
- Anche la **scissione** può essere un'operazione utile, qualora, ad esempio, si desideri proteggere una parte dell'attivo sociale (marchi, immobili, ecc). Probabile opposizione dei creditori per la scissione tra “good company” e “bad company”, destinando la seconda alla liquidazione..
Scissione negativa: il fatto che il patrimonio attribuito alla beneficiaria abbia valore contabile negativo non è d'ostacolo qualora il suo valore reale sia però positivo. «È ammissibile la scissione, anche non proporzionale, mediante assegnazione ad una o più beneficiarie di un insieme di elementi patrimoniali attivi il cui valore contabile sia inferiore a quello dell'insieme degli elementi passivi (cosiddetta "scissione negativa"), sempreché il valore economico/reale di quanto complessivamente assegnato sia positivo». In tal caso è necessaria la presenza di una relazione di stima (2343 c.c.) che attesti la sussistenza di un valore reale positivo.

Crisi “inespressa”: operazioni straordinarie

Una nota importante: non è detto che la perdita rilevante comporti lo stato di crisi, o che la società in crisi sia anche in perdita rilevante.

Ciò premesso, se la perdita supera un terzo del capitale sociale (2446 c.c. in spa, 2482bis c.c. in srl) gli amministratori devono convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti, tra i quali ci può essere: il rinvio alla perdita all'anno successivo; la riduzione di capitale o il ripianamento delle perdite; la trasformazione; secondo una Massima di Milano anche l'aumento di capitale (che porti la perdita a livello tollerato); la deliberazione di una fusione, con prospettive:

- di rilancio dell'attività
- Di riduzione dei costi (connessi principalmente agli organi sociali e alla gestione delle due società separate)

Un ragionamento simile vale per la fusione in situazione di perdite ex 2447 c.c. (oltre un terzo del capitale e al disotto del minimo legale). In tal caso la fusione può essere un'opzione ulteriore rispetto all'alternativa tra trasformare, sciogliere e ricapitalizzare.

Crisi “inespressa”: operazioni straordinarie

Tema dell'applicabilità della revocatoria fallimentare (art 67 l. fall) agli atti di fusione e scissione compiuti prima dell'emersione della crisi.

Punti di partenza normativi sono;

- l'art 2503 c.c. sul diritto di opposizione concesso ai creditori (nei sessanta giorni decorrenti tra delibera di approvazione del progetto e atto di fusione/scissione);
- l'art 2504 quater c.c. che prevede che l'invalidità della fusione non possa essere pronunciata dopo le iscrizioni dell'atto di fusione

Tali norme sono applicabili anche alla scissione in virtù dell'art. 2506 ter c.c.

Crisi “inespressa”: operazioni straordinarie

- Tribunale di Catania 9 gennaio 2012: “La scissione di società costituisce un atto assoggettabile a revocatoria fallimentare, potendo essere inquadrato fra gli atti a titolo oneroso di cui all'art. 67, comma 1 n. 1, l.fall.” (conforme Tribunale Palermo 26 gennaio 2004 e Livorno 2 settembre 2003)
- Tribunale di Milano 5 marzo 2009 propone questa analogia: “L'impugnazione del creditore ai sensi dell'art. 2503 c.c. non comporta profili (...) di invalidità (annullamento-nullità) dell'atto impugnato(...), bensì profili di mera inefficacia dell'atto stesso, sul presupposto che esso possa pregiudicare le garanzie di soddisfacimento del creditore medesimo (cfr. in analogia “eventus damni” dell'azione revocatoria)”
- Ordinanza S.U. 2637 del 2006: “la fusione tra società (...) non determina, nella ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. **Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto** e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una **vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto**, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”.
- Tribunale di Roma 11 gennaio 2001: È inammissibile un'azione revocatoria ex art. 67, comma 1 n. 2 l. fall., diretta all'accertamento della nullità e della inefficacia di una (già perfezionata) scissione di società. L'atto di scissione, ove impugnato senza impugnare contemporaneamente il conseguente atto di fusione, non può configurare neppure in via ipotetica un pagamento effettuato con mezzi anormali e quindi non è revocabile”

Crisi “inespressa”: operazioni straordinarie

Sembra di poter concludere quanto segue:

Nonostante alcune recenti pronunzie di merito affermino la revocabilità ex art. 67 l. fall. della fusione e della scissione, occorre tenere in conto che secondo l'orientamento delle Sezioni Unite le due operazioni straordinarie non comportano alcun trasferimento (non sono vicende estintivo-traslative ma modificativo-evolutive). Non costituendo una forma di trasferimento oneroso **l'operazione è al di fuori del dettato dell'art 67 l. fall.**

Inoltre si ribadisce che ai creditori è offerta, come rimedio, l'opposizione alla delibera che approva il progetto di fusione o scissione (2503 c.c.). L'argomento può essere rafforzato dal richiamo (pur non decisivo) all'art 2504quater c.c. che nega che la validità (non, in realtà, l'efficacia) dell'operazione possa essere messa in discussione dopo la fine delle iscrizioni. Si può dire che la riforma ha previsto per i creditori un rimedio risarcitorio e non reale.

Crisi “inespressa”: operazioni straordinarie

- La **trasformazione c.d. regressiva** – alleggerire la società dai costi del revisore contabile e del collegio sindacale.
- Un'operazione tipica delle fasi di crisi d'impresa, qualora alcuni dei creditori principali abbiano interesse nelle sorti dell'impresa, può essere quella di **convertire il loro capitale di credito in capitale di rischio**. L'operazione si può attuare attraverso un **aumento di capitale mediante compensazione** del debito derivante dal conferimento con il credito del creditore che vuole diventare socio. Sul punto si è di recente pronunciata favorevolmente una Massima del Consiglio Notarile di Milano, la n. 125 (che richiede, se il credito non ha natura finanziaria, una perizia ex art. 2343 ss per la corretta formazione del capitale sociale).
- Se la difficoltà dell'impresa discende da una semplice mancanza di liquidità, un'ulteriore strumento per le s.p.a. è **l'emissione di obbligazioni** : la società ricerca sul mercato capitale di credito, acquisendo cassa.
- Anche nelle SRL l'operazione è possibile, ma con maggiori complicazioni: i **titoli di debito** ex art 2483 c.c. devono essere sottoscritti da investitori professionali, e devono avere un taglio minimo di euro 50.000 (delibera CICR 1058/2005)

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

I FINANZIAMENTI

La riforma del 2012 (d.l. 22 giugno, n. 83) della legge fallimentare garantisce la prededucibilità (ex 111 l.fall) in caso di fallimento ai crediti derivanti:

- Da c.d. **finanziamenti “ponte”** – erogati prima della presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato o della domanda di omologazione dell'accordo (182 quater l.fall)
- Da c.d. **finanziamenti alla ristrutturazione** – erogati cioè in esecuzione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione (182 quater l. fall)
- Da c.d. **finanza interinale**, cioè i finanziamenti concessi dopo la presentazione della domanda di concordato o accordo di ristrutturazione, atti a per soddisfare il fabbisogno dell'impresa sino all'omologazione (182 quinquies l. fall).

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

I FINANZIAMENTI

Problema del credito fondiario con garanzia reale sui beni dell'imprenditore, erogato allo scopo di estinguere alcune sue pregresse esposizioni debitorie.

Il carattere principale del mutuo fondiario ai nostri fini è la consolidazione dell'ipoteca in dieci giorni dalla sua iscrizione (art. 39 comma 4 TUB) : gli altri creditori non potranno ottenere la revocatoria dell'ipoteca in sede fallimentare

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

I FINANZIAMENTI

La giurisprudenza:

- Cass. 21020 del 2013: “ove risulti che l'operazione di fondiario sia stata realizzata in frode ai creditori la garanzia ipotecaria può essere legittimamente revocata.”
- Cass. 9482 del 2013: dichiara il contratto valido, ma disapplica l'art 39 tub che prevede i consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca fondiaria
- Cass. 1807 del 2013: afferma che sussistono nel caso concreto i presupposti per la revocatoria fallimentare (sussistendo i requisiti del collegamento funzionale e del motivo illecito comune). Conformi anche diverse Cassazioni nel 2012.

Merito: nullità per difetto di causa (Trib. Lecce 1 feb 2013)

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

I FINANZIAMENTI

La fattispecie si colloca di solito prima dell'emersione della crisi e dei piani concordati o di risanamento.

Ci si può chiedere però se l'esenzione il regime di favore dettato per gli atti posti in essere in esecuzione di un piano ex art 67 l.f., di un concordato ex art. 160 l.f. o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex 182bis l.f. ci permetta di considerare valida e non revocabile (in quelle sedi) la stipulazione di un mutuo fondiario diretto a ripianare esposizioni debitorie pregresse.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

I FINANZIAMENTI

La risposta dovrebbe essere negativa: il problema non pare infatti formale, ma sostanziale. Si deve negare che i creditori (in sede di successivo fallimento) possano essere pregiudicati dal consolidamento immediato dell'ipoteca, e dunque non possa essere esperita l'azione revocatoria.

Il contratto dovrebbe infatti essere qualificato non come mutuo fondiario, ma come contratto modificativo del contratto precedente, diretto a rinegoziare le scadenze e gli importi dovuti e contestualmente a costituire una garanzia reale (non soggetta alla disciplina del credito fondiario e quindi revocabile).

Il contratto sarà dunque impugnabile anche se in esecuzione di un piano di risanamento ex 67 l. fall.; i giudici non omologano piani che contengono finanziamenti fondiari così strutturati.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

- La liquidazione c.d. atomistica dell'attivo aziendale non è la soluzione più efficiente per l'impresa: essa infatti comporta un danno non solo per l'imprenditore e i suoi creditori (vendendo separatamente i singoli beni e diritti si ottiene, frequentemente, un risultato inferiore) ma anche per la collettività (si pensi ai lavoratori, ai fornitori ecc).
- Si ricercano allora soluzioni dirette a conservare l'integrità dell'azienda e a “metterla nelle mani di chi la valuta di più e la sa usare meglio”.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

- La cessione di azienda prima dell'esecuzione del concordato (o dell'accordo di ristrutturazione) pone un problema: l'acquirente risponderebbe ex art. 2560 c.c. dei debiti aziendali.
- La prassi ha sviluppato una struttura negoziale formata sul contratto di affitto di azienda e sul contratto di opzione:
 - 1) Prima dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art 163 l.fall (o prima della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione ex 182bis) si stipula un contratto di affitto di azienda con il terzo interessato.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

- 2) Contestualmente si stipula alternativamente
 - Un contratto di **opzione** di acquisto di azienda a favore del conduttore
 - Un contratto **preliminare** di vendita dell'azienda al conduttore, ove l'acquisto è sottoposto alla condizione sospensiva del passaggio in giudicato del decreto di omologazione del concordato preventivo
 - Una **vendita** di azienda al conduttore subordinata alla **condizione sospensiva** dell'omologazione del concordato preventivo

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

- 3) Dopo l'ammissione alla procedura, il conduttore inizia a pagare i canoni d'affitto e possono intervenire pattuizioni concernenti l'acquisto del magazzino
- 4) Dopo l'omologazione del concordato può avvenire l'acquisto dell'azienda da parte del conduttore. In tutti i casi, generalmente, dal prezzo di acquisto si scomputano, in tutto o in parte, le rate pagate per l'affitto

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

CONSEGUENZE

- Se si è attribuita al conduttore una semplice opzione di acquisto, questi potrebbe decidere di non esercitare il suo diritto, proseguendo il contratto di affitto. Ciò potrebbe avere potenzialmente delle conseguenze negative
- Se si è invece sottoscritto un contratto preliminare bilaterale, il conduttore, dopo il decreto, sarà obbligato a procedere all'acquisto. L'imprenditore in concordato potrà, in caso di inadempimento, ottenere una sentenza costitutiva ex art 2932 c.c.
- Se si è stipulata la cessione di azienda sotto condizione, al momento dell'emissione del decreto di omologazione, si daranno gli effetti reali, senza alcun rischio di inadempimento. Scegliendo questa strada è molto importante regolare il pagamento del prezzo. Ricorrono due strade:
 - La consegna del denaro a mani del notaio
 - Sottoporre il contratto di vendita ad un'ulteriore condizione, cioè al pagamento da parte del venditore del corrispettivo.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

Esposta questa prassi redazionale, si potrebbe porre un problema di disciplina applicabile

- Art 182 l. fall (introdotto nel 2005) - **concordato con cessione di beni**. Disciplina: nomina dei liquidatori, applicazione di molte norme sul fallimento, necessaria autorizzazione del comitato dei creditori per la vendita (dell'azienda)
- Art 186 bis l. fall (introdotto nel 2012) – nuovo **concordato con continuità aziendale** (si applica per legge alle ipotesi di cessione di azienda). Disciplina: piano deve contenere analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi e delle risorse finanziarie a copertura; la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; i contratti in corso di esecuzione non si risolvono; il giudice all'atto di cessione dispone la cancellazione di iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

“Ai fini dell'applicazione delle diverse regole stabilite dall'art. 182, piuttosto che 186 bis l.fall., occorre allora accertare se con ciò si configuri un concordato liquidatorio ovvero con continuità. E il discrimine può essere correttamente individuato nella funzionalità della prosecuzione dell'attività di impresa: alla liquidazione, con integrazione così della prima ipotesi; o proprio ad essa medesima, con integrazione così della seconda ipotesi, costituendo la continuità dell'esercizio di impresa il fulcro del piano e accedendo la dismissione dei beni, inidonei allo scopo, alla sua migliore efficienza” PATTI, Fallimento, 2, 2014, p. 191 ss.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: fattispecie negoziali

AFFITTO DI AZIENDA

Tribunale di Bolzano 27 febbraio 2013: “L'articolo 186 bis L.F., il quale disciplina il concordato con continuità aziendale, nel prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, non distingue tra attività esercitata direttamente ed attività esercitata indirettamente dal debitore imprenditore, con la conseguenza che quella di affitto di azienda deve necessariamente ritenersi compresa nell'esercizio dell'attività di impresa e che l'affitto di azienda può rientrare in una delle ipotesi di continuità espressamente previste dal citato articolo 186 bis.”

L. 23 luglio 1991, n. 223 co. 4 art. 3, prevede l'istituto della “prelazione” a favore dell'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione “anche parziale” di un'azienda assoggettata a procedura concorsuale, nel caso in cui ne venga successivamente disposta la vendita. (la Cassazione nel 1994 e 1998 ha precisato che la prelazione si applica solo ai casi in cui l'intervento dell'affittuario abbia evitato l'erogazione di provvidenze di carattere sociale a favore dei dipendenti delle imprese in crisi garantendo la continuazione dell'attività lavorativa dei loro dipendenti).

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: operazioni straordinarie

Riduzione di capitale per perdite: l'art 182 sexies l.fall introdotto nel 2012 ha previsto che “dalla data di deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo (...) della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (...) ovvero della proposta di accordo” di ristrutturazione di cui all'art 182 bis comma 6 - e sino all'omologazione – non si applicano gli artt 2446 co 2 e 3 e 2447 (e i corrispondenti nelle srl: 2482 bis co 4 5 6 e 2482 ter cc).

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: operazioni straordinarie

L'aumento di capitale, reale o gratuito, è un'operazione straordinaria che favorisce i creditori, proteggendoli ed incrementando le loro possibilità di soddisfacimento. Un'altra Massima di Firenze del luglio 2013 ammette pertanto entrambe le operazioni (2438 e 2442 cc) senza che occorra alcuna autorizzazione o alcun vaglio di compatibilità con lo stato della procedura

La **riduzione reale** di capitale (con rimborso ai soci del capitale) ex art. 2445 c.c. si ritiene ammessa nella fase di liquidazione della società (2484) solo con il rispetto dei requisiti di cui all'art 2491 c.c. (in tema di acconti sul risultato della liquidazione, che richiedono che dai bilanci risulti che la ripartizione non incide sulla disponibilità delle somme necessarie a pagare i creditori).

In sede di procedure quali concordato e accordi di ristrutturazione pare invece non vi sia spazio per un'operazione simile: la società si trova nella necessità di soddisfare anzi tutto e primariamente i creditori, e dunque l'interesse di avvantaggiare i soci rimborsando loro il capitale (o liberandoli dall'obbligo di effettuare i conferimenti ancora dovuti) pare inammissibile

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: operazioni straordinarie

Le operazioni straordinarie di **trasformazione, fusione e scissione** in pendenza di procedure concorsuali sono ammesse ormai espressamente dalla disciplina post riforma (artt. 2499 e 2501 c.c.).

Se, come di regola, le stesse sono espressamente previste e disciplinate nel piano (concordato o accordo di ristrutturazione) possono essere eseguite senza autorizzazioni, in ossequio al provvedimento del giudice.

Se invece l'operazione non fosse stata prevista, ma si reputi comunque necessario attuarla, occorrerà applicare la disciplina della legge fallimentare:

- Art 161 comma 7 se l'operazione è deliberata dopo la presentazione della domanda ma prima dell'ammissione a procedura
- 167 se l'operazione è deliberata dopo l'ammissione a procedura

Con riferimento a fusione e scissione si ritiene che l'approvazione del progetto possa deliberarsi senza autorizzazione, purché l'atto di fusione sia stipulato dopo l'omologazione del piano concordato (che la prevede) o che lo stesso atto di fusione sia debitamente autorizzato (è dall'atto e non dalla delibera che si producono gli effetti).

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: operazioni straordinarie

- Problema: il termine per il reclamo dei creditori ex art 183 l. fall. si assorbe nel termine per l'opposizione dei creditori ex 2503 c.c.? Risposta negativa.

In costanza del termine per il reclamo si potrà stipulare l'atto di fusione/scissione, se necessario, ma si dovrà avvertire la società dei rischi derivanti dall'accoglimento del reclamo: la fusione resterà valida, ma la società risultante risponderà di tutti i debiti, non essendosi realizzato il vantaggio concordatario.

In pendenza di procedura “alternativa al fallimento”: operazioni straordinarie

Lo stesso art 160 l. fall. prevede come modalità del piano concordato l'emissione di obbligazioni, anche convertibili, o strumenti finanziari partecipativi.

Possiamo dunque considerare percorribili, qualora previste nel piano o correttamente autorizzate ex art 161 co 7 o 167 l.fall. anche le emissioni obbligazionarie.

Anche in questo caso una comune pratica commerciale è l'aumento di capitale con attribuzione ai creditori di azioni (compensando il loro credito con il debito da conferimento).

La crisi di impresa: Le soluzioni negoziali e le delibere societarie

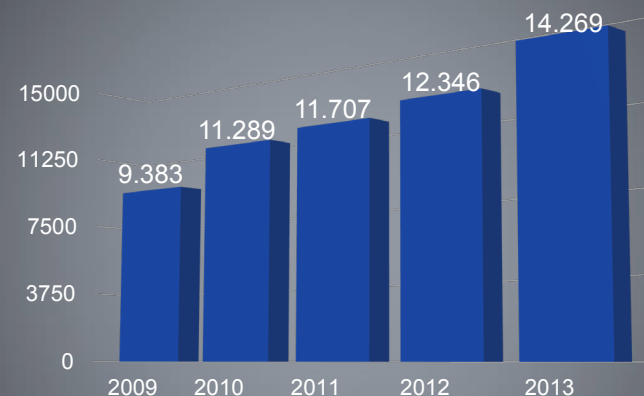
Bergamo, 23 ottobre 2014



Consiglio Notarile di Bergamo

Introduzione dei lavori

I fallimenti dichiarati in Italia
nel quinquennio 2009 - 2013

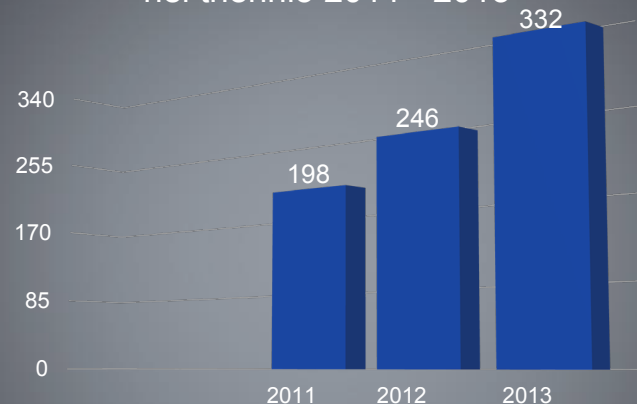


Primo semestre 2014: **8120**



Consiglio Notarile di Bergamo

I fallimenti dichiarati dal Tribunale di Bergamo nel triennio 2011 - 2013

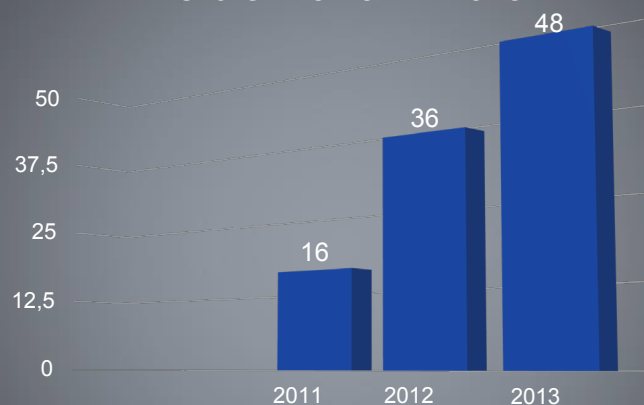


periodo gennaio-
settembre 2014: **297**



Consiglio Notarile di Bergamo

I concordati approvati dal Tribunale di Bergamo nel triennio 2011 - 2013

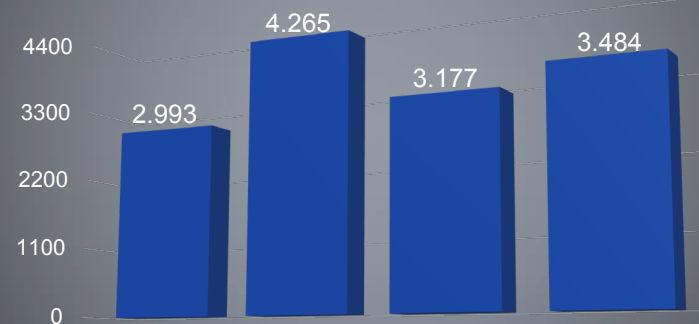


Primo semestre 2014: **39**



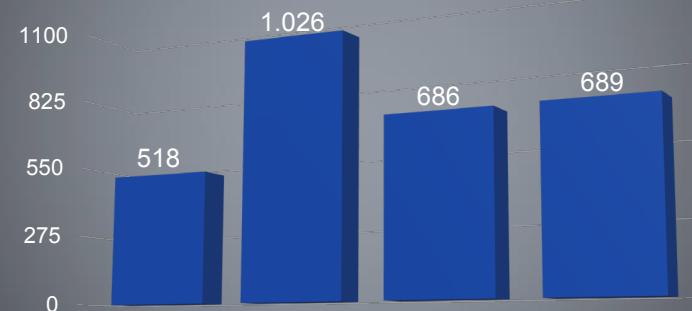
Consiglio Notarile di Bergamo

Principali atti notarili stipulati nel periodo luglio 2013 - giugno 2014 Vendite (immobili e aziende)



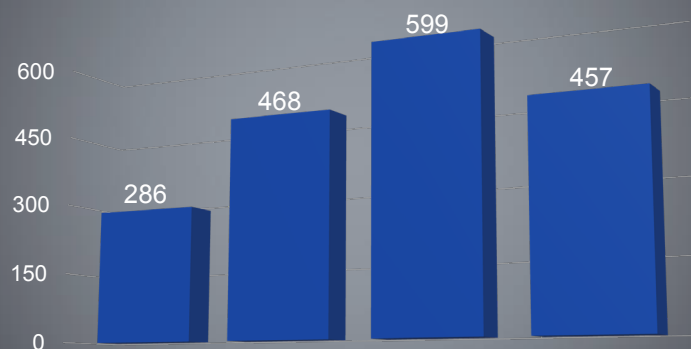
Consiglio Notarile di Bergamo

Principali atti notarili stipulati nel periodo luglio 2013 - giugno 2014 Cessioni quote e azioni societarie



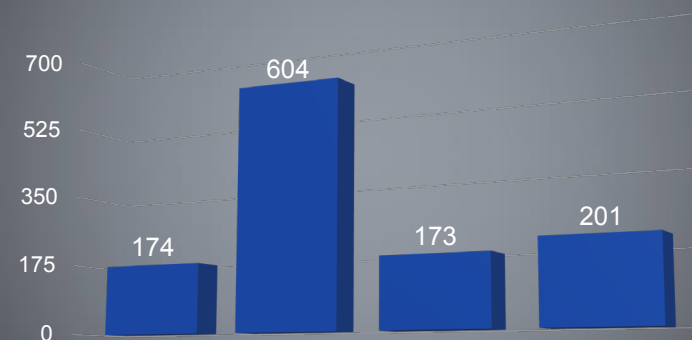
Consiglio Notarile di Bergamo

Principali atti notarili stipulati nel periodo
luglio 2013 - giugno 2014
Costituzioni di società



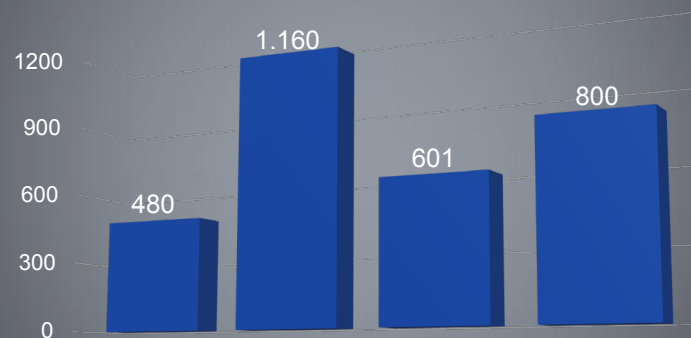
Consiglio Notarile di Bergamo

Principali atti notarili stipulati nel periodo
luglio 2013 - giugno 2014
Scioglimenti di società



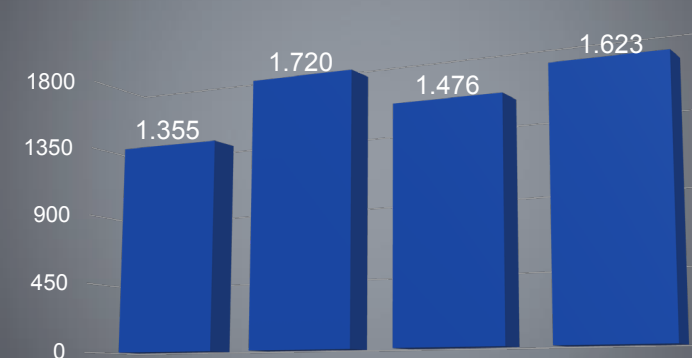
Consiglio Notarile di Bergamo

Principali atti notarili stipulati nel periodo
luglio 2013 - giugno 2014
Atti modificativi di società



Consiglio Notarile di Bergamo

Principali atti notarili stipulati nel periodo
luglio 2013 - giugno 2014
Mutui e finanziamenti ipotecari



Consiglio Notarile di Bergamo

Gli atti posti in essere in esecuzione dei piani attestati di risanamento ex art.67 LF.

- a) Il problema della tutela di colui che acquista un bene (immobile) da un'impresa in crisi è questione di interpretazione ed applicazione delle regole.
- b) Si tratta di capire a quali condizioni, sulla base di quali presupposti, il conflitto fra l'interesse dell'acquirente a non essere coinvolto nella vicenda fallimentare, a non vedere appreso il bene alla massa fallimentare, e l'interesse del ceto creditorio a poter contare anche sul bene venduto per soddisfare le proprie legittime pretese, è risolto a favore del primo.
- c) L'istituto deputato ad assicurare tutela alle ragioni dei creditori è la revocatoria (fallimentare o ordinaria).
- d) Il tema in oggetto è quello dell'interpretazione e dell'applicazione di una delle fattispecie di esenzione dalla revocatoria stessa (art.67 L.F.).
- e) In particolare occorre verificare quali siano i limiti posti alla scelta normativa di privilegiare l'acquirente, superati i quali si ha solo apparenza di esenzione, mentre tornano a prevalere le ragioni dei creditori e con esse l'applicabilità della revocatoria.
- f) Il Notaio, pur non essendo responsabile quale pubblico ufficiale, può essere chiamato ad esprimere una valutazione nell'interesse dell'acquirente. Di qui la necessità di acquisire consapevolezza sulle questioni descritte.

Il piano attestato non è, tecnicamente, un accordo, ma è, più propriamente, un atto unilaterale di natura aziendale e non negoziale. E' un piano economico, a cui possono accedere accordi negoziali per consentirne l'attuazione, accordi che non costituiscono il piano ma lo condizionano.

Deve contenere una durata di riferimento; è dubbio che possa attagliarsi ad un programma di liquidazione.

Non deve essere necessariamente pubblicizzato presso il registro delle imprese.

Deve essere attestato da un esperto. L'attestazione è l'elemento che fonda l'esenzione da revocatoria.

A fronte di una probabile lettura restrittiva occorre chiedersi quali indici è opportuno che l'acquirente verifichi per assicurarsi al massimo l'operatività dell'esenzione in via di eccezione rispetto ad una possibile azione revocatoria.

In tal senso è utile guida lo studio predisposto dall'Università degli Studi di Firenze e da Assonime, unitamente al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili.

Sintesi degli elementi di cui accertarsi:

- a) che la vendita del bene che interessa sia espressamente prevista nel piano;
- b) che la vendita avvenga a prezzo conforme, o comunque entro i margini previsti nel piano;
- c) che il piano sia attestato, e, in caso di condizioni (p.es: sottoscrizione di accordo bancario) , che le stesse si siano avverate; è più favorevole che l'attestazione sia successiva al 2012, per i più rigorosi requisiti pretesi per l'attestatore, oltre che per il suo maggior livello di responsabilità;

- d) che siano stati rispettati i tempi di attuazione delle varie fasi del piano, e che la vendita intervenga entro il termine previsto; infatti, la giurisprudenza ritiene che se il piano è deragliato, o fuori termine, non operi più l'esenzione da revocatoria;
- e) che il piano abbia data certa.

La relazione si completa con i seguenti allegati, disponibili on line sul sito www.notaibergamo.it:
LINEE-GUIDA PER IL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE IN CRISI.
BOZZA PER DISCUSSIONE DELLA SECONDA EDIZIONE – 2014

LA SCISSIONE NEGATIVA

Cassazione, sez. I, 20 novembre 2013, n. 26043, – Pres. Carnevale - Rel. Di Amato – P.M. Capasso - INVESTIMENTI E GESTIONI S.R.L. e SAMUELE EPISCOPO S.R.L.

Ricorre un'ipotesi di scissione c.d. negativa verso una società neocostituita quando il valore reale del patrimonio assegnato dalla scissa alla beneficiaria sia negativo. Tale scissione è da ritenere non consentita, in quanto non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e conseguentemente non potrebbe aversi una distribuzione di azioni.

Svolgimento del processo

Con sentenza del 20 gennaio 2012 la Corte di appello di Salerno rigettava i reclami proposti dalla s.r.l. Samuele Episcopo e dalla s.r.l. Investimenti e gestioni avverso la sentenza in data 26 luglio 2011 con cui il Tribunale di Sala Consilina, su richiesta del pubblico ministero, aveva dichiarato il loro fallimento. In particolare, la Corte di appello osservava che: A) il pubblico ministero aveva legittimamente formulato la richiesta di fallimento sulla base della segnalazione con cui il giudice dell'esecuzione di Sala Consilina, nell'ambito di una procedura esecutiva a carico della s.r.l. Samuele Episcopo, gli aveva indicato "in maniera sufficientemente specifica gli elementi" dai quali aveva desunto il possibile stato di decozione sia della predetta società, sia della s.r.l. Investimenti e gestioni, derivata dalla prima a seguito di una scissione; B) il rigetto, da parte del giudice delegato all'istruttoria, dell'istanza del difensore di estrarre copia della documentazione presentata dal p.m. a corredo della richiesta di fallimento, non aveva comportato un vizio della procedura sia perché le reclamanti non avevano precisato né quale fosse la documentazione né quali fossero state le conseguenze lesive dell'esercizio del diritto di difesa, sia perché, comunque, alle stesse era stata garantita la più ampia possibilità di esporre le loro ragioni; C) la duplice dichiarazione di fallimento con un'unica sentenza non aveva prodotto pregiudizi alle società; D) non vi era stata violazione dell'art. 2506 quater, comma terzo, c.c., secondo cui "ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico"; nella specie, infatti, la società scissa, cioè la s.r.l. Samuele Episcopo, era inadempiente in relazione al debito di Euro 450.841,55, transitato nella nuova società, cioè la s.r.l. Investimenti e gestioni, e quest'ultima, d'altro canto, era inadempiente in quanto subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi relativi al complesso patrimoniale trasferitole con la scissione. Inoltre la scissione era stata realizzata per finalità diverse da quelle tipiche, e cioè per attribuire alla s.r.l. Samuele Episcopo un apparente stato di solvibilità, realizzando così una ipotesi di abuso del diritto; E) lo stato di insolvenza era rimasto accertato dalle rilevanti esposizioni emerse nella procedura esecutiva a carico della s.r.l. Samuele Episcopo e non era escluso dalla contestazione di un credito senza dedurre elementi che consentissero un giudizio di serietà. Infine, quanto al dedotto intervento di un terzo che si era assunto i debiti delle società, difettava la prova che lo stesso si fosse reso cessionario dei crediti gravanti sulle due società.

La s.r.l. Samuele Episcopo e la s.r.l. Investimenti e gestioni propongono distinti ricorsi per cassazione, deducendo ciascuna quattro motivi di identico contenuto. I fallimenti della s.r.l. Samuele Episcopo e della s.r.l. Investimenti e gestioni non hanno svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

Con il primo motivo dei ricorsi le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 2506 quater, terzo comma, c.c. e degli artt. 5 e 15 l. fall., nonché il vizio di motivazione, lamentando che la Corte di appello non aveva tenuto conto della disciplina della scissione, configurando erroneamente una responsabilità solidale della società scissa (s.r.l. Samuele Episcopo) e della società beneficiaria (s.r.l. Investimenti e gestioni) mentre la prima rispondeva solidalmente dei debiti trasferiti alla beneficiaria solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto rimastole, mentre la seconda rispondeva solidalmente dei debiti rimasti

in capo alla società scissa solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferitole. Tali profili, al contrario, non erano stati indagati in sede di istruttoria prefallimentare e l'insolvenza di entrambe le società era stata rapportata all'insieme dei debiti originariamente in capo alla società alla s.r.l. Samuele Episcopo.

Il motivo è fondato. Nella specie, secondo quanto accertato dalla Corte di appello [“la scissione in questione è stata realizzata per finalità non tipiche della scissione ma (trasferendo passività e mirate attività dalla società Samuele Episcopo s.r.l. alla Società investimenti e gestioni s.r.l.) finalizzate essenzialmente ad attribuire alla società Emanuele Piscopo s.r.l. un apparente stato di solvibilità”], sembra essersi realizzata una non consentita ipotesi di scissione c.d. negativa verso una società neocostituita. Ricorre tale ipotesi quando il valore reale del patrimonio assegnato sia negativo. Tale scissione è da ritenere non consentita in quanto non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e conseguentemente non potrebbe aversi una distribuzione di azioni. Ciò nonostante, dopo il decorso, senza opposizione da parte dei creditori, del termine di sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di scissione e dopo l'iscrizione dell'ultimo atto della scissione nel registro delle imprese (artt. 2506 quater primo comma, c.c.; art. 2503 c.c., richiamato dall'art. 2506 ter c.c.), l'invalidità della scissione non può essere pronunciata (art. 2504 c.c., richiamato dall'art. 2506 ter c.c.). Ne consegue che, malgrado la ricorrenza di una non consentita ipotesi di scissione negativa, deve trovare piena applicazione il disposto dell'art. 2506 quater, terzo comma, c.c. e che la sussistenza dell'insolvenza della società scissa e della società beneficiaria deve essere valutata separatamente, avendo riguardo agli elementi attivi e passivi del patrimonio di ciascuna società, tenendo presenti i limiti di responsabilità in relazione rispettivamente alle obbligazioni transitate nel patrimonio della società beneficiaria e alle obbligazioni rimaste nel patrimonio della società scissa.

... omississ ...

P.Q.M.

accoglie il primo motivo di entrambi i ricorsi e rigetta gli altri; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvià, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Salerno in diversa composizione.

IL COMMENTO

di Federico Magliulo

Con la sentenza in commento la Suprema Corte si pronuncia per la prima volta sul discusso istituto della scissione c.d. negativa. Tuttavia la laconicità della motivazione e la mancanza di maggiori dettagli sulle caratteristiche dell'operazione giunta all'esame dei giudici di legittimità impediscono di ricostruire in modo sistematico il pensiero della Cassazione al riguardo. Non resta, pertanto, che auspicare che la Suprema Corte voglia tornare ad esaminare più approfonditamente il nostro istituto.

Il caso oggetto della decisione

La sentenza che si commenta è di estremo interesse per gli studiosi della scissione, in quanto con essa la Suprema Corte affronta per la prima volta il problema dell'ammissibilità della scissione c.d. negativa, ritenendola, peraltro, non consentita.

Nondimeno è estremamente difficile nel caso di specie commentare il pronunciamento della Suprema Corte, in quanto non appaiono sufficientemente chiare le caratteristiche dell'operazione che è stata portata al vaglio del Giudice di legittimità.

Dalle motivazioni della sentenza in esame, infatti, si rileva soltanto che nel caso di specie si trattava di scissione a favore di beneficiaria di nuova costituzione e che “il valore reale del patrimonio assegnato dalla scissa alla beneficiaria” era “negativo”. Nessun altro dettaglio viene fornito al riguardo.

Dalla consultazione della documentazione inerente alla scissione in questione depositata presso il competente Registro delle Imprese è stato, tuttavia, possibile accertare che:

- effettivamente si trattava di scissione a favore di beneficiaria di nuova costituzione, ma
- il patrimonio netto assegnato alla beneficiaria aveva un valore contabile positivo, in quanto oggetto di assegnazione erano componenti patrimoniali attive per un valore contabile di euro 796.695,10, componenti patrimoniali passive per un valore contabile di euro 786.695,10; il conseguente valore netto imputato al capitale della beneficiaria neocostituita era, dunque, positivo per euro 10.000;
- si trattava, inoltre, di una scissione “asimmetrica”¹, in quanto il capitale della scissa, ante scissione era diviso in quote uguali fra due soci e, a seguito della scissione, l'intero capitale della scissa è stato assegnato ad un socio e l'intero capitale della beneficiaria è stato assegnato all'altro socio.

E' probabile che la laconicità delle motivazioni della sentenza in commento sia dovuta al fatto che la Suprema Corte si è pronunciata sull'ammissibilità della scissione negativa solo incidentalmente, in quanto la doglianza addotta dai ricorrenti, ritenuta fondata dalla Cassazione, attiene alla diversa questione relativa alla violazione dell'art. 2506-*quater*, terzo comma, c.c.

I ricorrenti, infatti, hanno censurato il pronunciamento del giudice di merito in considerazione del fatto che quest'ultimo aveva erroneamente configurato una responsabilità solidale della società scissa e della società beneficiaria per i debiti sociali “mentre la prima rispondeva solidalmente dei debiti trasferiti alla beneficiaria solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto rimastole, mentre la seconda rispondeva solidalmente dei debiti rimasti in capo alla società scissa solo nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferitole”. Su tali basi il Giudice di merito aveva erroneamente dichiarato l'insolvenza di entrambe le società, rapportandola all'insieme dei debiti originariamente in capo alla società scissa².

Nell'affermare tale principio, la Suprema Corte ha rilevato che nella specie “sembra essersi realizzata una non consentita ipotesi di scissione c.d. negativa verso una società neocostituita. Ricorre tale ipotesi quando il valore reale del patrimonio assegnato sia negativo. Tale scissione è da ritenere non consentita in quanto non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e conseguentemente non potrebbe aversi una distribuzione di azioni. Ciò nonostante, dopo il decorso, senza opposizione da parte dei creditori, del termine di sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione di scissione e dopo l'iscrizione dell'ultimo atto della scissione nel registro delle imprese (artt. 2506 quater primo comma, c.c.; art. 2503 c.c., richiamato dall'art. 2506 ter c.c.), l'invalidità della scissione non può essere pronunciata (art. 2504 c.c., richiamato dall'art. 2506 ter c.c.)”³.

¹ Per la nozione e la disciplina della scissione asimmetrica sia consentito rinviare a F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 290 e ss.

² In ordine al regime della responsabilità solidale di cui all'art. 2506-*quater* c.c. sia consentito ancora rinviare a F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 581 e ss.

³ In ordine alla disciplina dell'invalidità della scissione rinvio ancora a F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 808 e ss.

E' probabile che a tali conclusioni i giudici di legittimità siano giunti in considerazione del fatto che gli atti di causa sembravano evidenziare che, ancorchè il valore contabile netto assegnato alla beneficiaria fosse positivo, quello reale presentava un saldo negativo. Ma, anche laddove tali considerazioni fossero fondate, le succinte motivazioni addotte a sostegno dell'inammissibilità della scissione negativa non convincono. Per dimostrare tale assunto occorre, tuttavia, esaminare in modo sistematico le diverse fattispecie ascrivibili al concetto di "scissione negativa".

Il problema dell'ammissibilità della scissione negativa

Può, infatti, accadere che la scissione, tanto laddove essa sia effettuata da una società in liquidazione, quanto ove sia attuata da una società *in bonis*, preveda l'assegnazione alla società beneficiaria di un netto che, già dal punto di vista contabile, ha valore negativo o, al limite, pari a zero.

Si tratta di una fattispecie verosimilmente diversa da quella che è stata sottoposta all'esame della Suprema Corte nella sentenza in commento, nella quale i valori contabili assegnati alla beneficiaria, stando alle risultanze del registro delle imprese, erano positivi.

Nondimeno, anche in tal caso si pone il problema dell'ammissibilità dell'operazione e, in caso affermativo, delle conseguenze che un'assegnazione di tale genere determini sulla società beneficiaria e sul rapporto di cambio.

Quanto al problema dell'ammissibilità dell'operazione⁴, deve rilevarsi innanzitutto che la lettera della legge non sembra escludere la legittimità della fattispecie in esame.

L'art. 2506-bis c.c. dispone, infatti, che dal progetto di scissione deve risultare "l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale congruaggio in danaro", ma non dice affatto che tali elementi patrimoniali debbano presentare un saldo contabile positivo.

Né la funzione giuridica della scissione implica una siffatta conseguenza.

Come si è già avuto modo di sottolineare in altra sede⁵, l'elemento caratterizzante della scissione è l'intento di porre in essere un processo riorganizzativo delle società partecipanti e non quello di operare un trasferimento di ricchezza.

La funzione scissoria così delineata, dunque, prescinde dal valore positivo o negativo degli

4 Contro l'ammissibilità dell'operazione in termini generali U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 526 s.; G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, secondo cui la fattispecie in esame sarebbe «in contrasto, oltre che con l'evoluzione dell'istituto e il quadro dei principali ordinamenti europei, con il tenore degli artt. 2504-octies, 2° comma, e 2504-decies, 2° comma, la cui disciplina appare chiaramente modellata sul presupposto dell'assegnazione di quote di patrimonio netto di segno positivo»; G. B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 494.

In giurisprudenza, con riferimento ad una fattispecie in cui il netto era pari a zero, Trib. Verona 6 novembre 1992, in *Le Società*, 1993, 362.

5 F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 9 e ss.

elementi patrimoniali assegnati e considera, invece, le esigenze organizzative delle società coinvolte, rispetto alle quali il valore di tali elementi può essere a volte secondario rispetto alla funzione che questi svolgono nel processo produttivo⁶.

Non possono, inoltre, costituire argomenti a sostegno della opposta tesi la necessità che nella relazione dell'organo amministrativo debba essere indicato il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente rimanga nella società scissa (art. 2506-ter, secondo comma, c.c.) ovvero la disposizione di cui all'art. 2506-quater, ultimo comma, secondo cui "Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico".

La prima disposizione è, infatti, compatibile con la presenza di un valore di assegnazione nullo o negativo, atteso che, in termini matematici, anche in tal caso si esprime un valore.

La seconda disposizione è suscettibile di essere applicata con gli opportuni adattamenti anche nel caso di specie.

Infatti senza dubbio la scissa risponderà in via sussidiaria dei debiti assegnati alla beneficiaria nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa rimasto.

I creditori della scissa il cui debito sia assegnato alla beneficiaria subiscono anche in questa ipotesi una possibile lesione alla propria garanzia patrimoniale di importo pari al valore corrente del patrimonio che rimane alla scissa.

6 F. LAURINI, *La scissione delle società* cit., in *Riv. Soc.*, 1992, 929 ss., che afferma l'ammissibilità dell'operazione «in presenza di presupposti tali che abbiano fatto considerare ad entrambe le società ugualmente utile addivenire alla scissione»; E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992, 137; G. e A. VASAPOLLI, *Avanzo, disavanzo e differenze di scissione*, in *Le Società*, 1995, 163; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, 254, sia pure con soluzioni alquanto articolate; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7th, 2, Torino, 2004, 149 ss. (ma solo con riferimento ad un netto avente valore negativo e non pari a zero); L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 1086 ss.; L. BERTOLI, *Scissione di un ramo d'attività avente valore negativo (c.d. scissione negativa)*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 741 e ss.

Nella dottrina aziendalistica M. DI SIENA, *La scissione di un patrimonio netto negativo: note minime sulla disciplina civilistico-contabile e sulle relative implicazioni fiscali*, in *Rass. Trib.*, 2006, 1, 270; OIC 4 del 24 gennaio 2007 - *Fusione e scissione*, § 4.3.3. che tuttavia limita l'ammissibilità dell'operazione alla condizione che "il valore economico sia positivo e si tratti di società beneficiaria già esistente"; E. LO PRESTI VENTURA, *Risoluzione n. 12/E del 16 gennaio 2009 - Scissione di patrimonio netto Negativo*, in *Il fisco*, 25 maggio 2009, 21.

In giurisprudenza Trib. Roma 4 febbraio 1999, n. 1670, in *Impresa*, 1999, 806.

Nello stesso senso in ambito tributario Agenzia delle Entrate, *Risoluzione n. 12/E del 16 gennaio 2009*.

Ma la beneficiaria non risponderà, invece, in alcun modo dei debiti della scissa rimasti imputati a quest'ultima, poiché il netto patrimoniale assegnato *scissionis causa* non ha valore positivo e non risulta pertanto applicabile la norma in esame.

Del resto tale conclusione è perfettamente coerente con la *ratio legis*, in quanto il creditore della scissa in tal caso non subisce alcun possibile pregiudizio: il valore della garanzia patrimoniale offerta dalla scissa nel caso di specie non solo non diminuisce, ma addirittura aumenta, essendo ad esso sottratta per effetto della scissione una componente negativa.

Per altro verso il pregiudizio per i pregressi creditori della beneficiaria derivante dall'introduzione nel patrimonio della medesima di una componente negativa è inquadrabile nel più generale pregiudizio derivante dalla confusione patrimoniale che si verifica nelle scissioni c.d. "aggregative", vale a dire in favore di beneficiarie preesistenti.

A presidio di tale pregiudizio la legge fornisce il diverso rimedio del diritto di opposizione ex art. 2503 c.c.

La scissione con rivalutazione del netto contabile negativo

Ciò posto, deve ulteriormente distinguersi, nell'ambito delle scissioni con assegnazione di un netto contabile negativo, quelle in cui si intenda mantenere nella contabilità della società beneficiaria gli stessi valori che gli elementi assegnati avevano nelle scritture contabili della scissa, da quelle in cui si intenda operare in qualche modo una rivalutazione degli elementi patrimoniali assegnati, al fine di far constare che essi hanno in realtà un valore corrente positivo.

Quest'ultima fattispecie pone delicati problemi interpretativi in relazione all'applicazione alla scissione del principio di continuità dei valori contabili, sancito dall'art. 2504-bis, quarto comma, c.c. richiamato dall'art. 2506-*quater*, primo comma ultimo disposto, c.c.

Prima di occuparci dell'ammissibilità di siffatta rivalutazione è, tuttavia, necessario ricordare che, ove tale rivalutazione non fosse ammessa, non sarebbe evidentemente possibile effettuare la scissione con netto negativo in favore di una beneficiaria di nuova costituzione *in bonis*, in quanto la società beneficiaria non sarebbe dotata di un netto contabile atto a coprire il capitale sociale della medesima⁷.

Siffatta operazione sarebbe dunque possibile, a mio avviso, solo laddove si tratti di scissione a scopo meramente liquidativo⁸.

Laddove la rivalutazione fosse, invece, possibile e venisse di fatto effettuata, la fattispecie diverrebbe assimilabile a qualsiasi altra ordinaria forma di scissione, atteso che, per effetto della divisata rivalutazione, il netto assegnato alla beneficiaria tornerebbe ad assumere un valore positivo.

⁷ In tal senso, infatti, S. SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, in CNN, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 552; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 152; L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506-bis*, cit., 1088; A. MORANO, *La scissione non proporzionale*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, 50; OIC 4 del 24 gennaio 2007 - *Fusione e scissione*, § 4.3.3.; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (Massima L.E.1); L. OLIVIERI, *Le fattispecie di fusione e scissione richiedenti la relazione di stima*, in M. NASTRI, P. DIVIZIA e L. OLIVIERI, *Il capitale sociale e le operazioni straordinarie*, Milano, 2012, 398.

La società beneficiaria di nuova costituzione, dunque, ben potrebbe essere una società *in bonis* e, in caso di scissione a favore di beneficiaria preesistente, il rapporto di cambio, che ovviamente non può che tenere conto dei valori effettivi degli elementi patrimoniali considerati nell'operazione, potrebbe tranquillamente supportare un'assegnazione di partecipazioni sociali della beneficiaria in favore dei soci della società scissa.

Quanto all'ammissibilità di una rivalutazione siffatta, occorre, in termini più generali, accertare preliminarmente se l'aumento di capitale della società beneficiaria preesistente - o, in caso di scissione in favore di società di nuova costituzione, il capitale della beneficiaria - possa essere di importo superiore al valore della parte del patrimonio netto contabile della scissa assegnato alla beneficiaria.

Non v'è dubbio che, di regola, tale operazione non sia ammissibile, poiché essa pone in pericolo il principio dell'integrità del capitale sociale.

Ma nel vecchio sistema ci si era chiesti se l'operazione in oggetto potesse considerarsi lecita laddove si procedesse a redigere una perizia di stima ex art. 2343 c.c. della parte del patrimonio della società scissa da assegnare alla beneficiaria, che attestasse l'effettività delle rivalutazioni effettuate rispetto ai valori di libro.

Contro l'ammissibilità di siffatta operazione, nel vigore del precedente sistema, si era addotta "l'operatività dei criteri inderogabili di bilancio"⁹.

Alla base di tale assunto si poneva, dunque, il disposto dell'art. 2423-bis n. 6 c.c., secondo

8 Ove la scissione interessi società in stato di liquidazione, non è detto, infatti, che essa implichi necessariamente una revoca (totale o parziale) della liquidazione medesima, poiché la scissione ben potrebbe attuarsi a favore di società preesistente in stato di liquidazione e prevedendosi che la società beneficiaria continui ad essere una società in stato di liquidazione.

In tal caso evidentemente la scissione ha uno scopo meramente liquidativo, diretto a riorganizzare il processo di liquidazione delle società partecipanti alla scissione; ma ciò non appare in contrasto con le finalità della liquidazione medesima (A. PICCIAU, *Osservazioni alle istruzioni del Tribunale di Milano per le omologazioni in materia di fusione*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 496 ss.; A. SERRA-M.S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 17; A. PACIELLO, *Su alcuni profili problematici della nuova disciplina della fusione e della scissione di società in liquidazione*, cit., 648 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econom.*, XXIX, Padova, 2003, 533; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 90, sia pure con diversa motivazione; CNN, *Studio n. 202-2009/I, Revoca implicita della liquidazione*, Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 novembre 2009, est. F. Petrerà; P. DIVIZIA e L. OLIVIERI, *Le modifiche al capitale in conseguenza della fusione o della scissione*, in M. NASTRI, P. DIVIZIA e L. OLIVIERI, *Il capitale sociale e le operazioni straordinarie*, Milano, 2012, 241).

⁹ V. in materia di fusione Trib. Padova 19 dicembre 1997, in *Le Società*, 1998, 693 e in *Notariato*, 1998, 527; E. SANDRINI, *Inammissibilità della stima ex art. 2343 nella fusione tra società di capitali*, cit., 693; nello stesso senso sembra orientato E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 108 ss.

Trib. Roma 3 febbraio 1987, in *Le Società*, 1987, 737, giunge invece, senza alcuna sostanziale motivazione, a negare la possibilità di operare in sede di fusione un aumento di capitale dell'incorporante in misura superiore al capitale sociale dell'incorporata, pur in presenza di riserve di corrispondente importo nel bilancio della incorporata.

cui “i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all’altro”.

Né si era ritenuto possibile che la scissione integrasse una di quelle deroghe a tale principio che, a termini del secondo comma del citato articolo, “sono consentite in casi eccezionali”, ma con l’obbligo che la nota integrativa debba “motivare la deroga e indicarne l’influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico”.

E ciò in conformità all’orientamento prevalente, secondo il quale i “casi eccezionali” di cui sopra debbono riguardare i singoli beni appostati in bilancio e non particolari esigenze della società¹⁰.

Nel vigore del nuovo sistema tale impostazione è destinata a trovare nuove e più forti motivazioni nel sopra citato principio di continuità dei bilanci sancito dall’art. 2504-bis, quarto comma, c.c.¹¹.

Ma a ben vedere non pare che detto principio abbia nella sostanza alterato i termini del problema rispetto a quanto poteva ritenersi nel vigore del precedente sistema societario.

Già in tale contesto parte della dottrina¹² e della giurisprudenza¹³ avevano ritenuto ammissibile l’operazione in esame.

Con specifico riferimento alla scissione P. FERRO LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1074; S. LANDOLFI, *I valori nella scissione e il trasferimento del patri-monio*, in *Le Società*, 1994, 890; G. LAURINI, *Nomina dell’esperto ex art. 2343 c.c. nella scissione di società*, in *Le Società*, 1993, 1318 ss.

10 In argomento v. per tutti G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, VII, 1, Torino, 1994, 334 ss. e G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, 460, ove ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali e, dopo la riforma, E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., 56; C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7^{**}, 1, Torino, 2004, 310; S. CACCHI PESSANI, *Commento all’art. 2501-quater*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 566. *Contra* anche dopo la riforma F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 462.

11 V. infatti in tal senso S. SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, cit., 575; ID., *Il bilancio nella scissione*, in AA.VV., *Il bilancio spiegato ai giuristi, Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 19 e 20 settembre 2008*, Milano, 2009, 188; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 323; R. PERROTTA, *Le valutazioni di scissione*, Milano, 2006, 211, secondo il quale ciò non impedirebbe di aumentare il capitale della beneficiaria in misura superiore al netto contabile assegnatole dalla scissa, ma imporrebbe che tale maggior valore debba essere portato a diminuzione del netto della beneficiaria post scissione; L. G. PICONE, *Commento all’art. 2506-quater*, cit., 1185; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima L.E.9).

12 In materia di scissione E. PAOLINI, *Scissione di società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 861 nt. 94.

Ed infatti non può a nostro avviso negarsi che la rivalutazione delle poste di bilancio della società scissa verrebbe nella specie effettuata nel contesto di un’operazione straordinaria implicante una rilevante riorganizzazione aziendale e non pone pertanto problemi di comparabilità del bilancio post scissione con i bilanci pregressi¹⁴.

È vero, peraltro, che detta operazione viene operata sulla base di situazioni patrimoniali che devono essere redatte con gli stessi criteri del bilancio di esercizio (art. 2501-quater c.c.) e che essa è dominata dal principio di continuità delle rappresentazioni contabili (art. 2504-bis, quarto comma, c.c.).

Ma è anche vero che il principio di continuità dei bilanci è funzionale soprattutto alla tutela dell’integrità del capitale¹⁵, per cui quando, per le specifiche modalità dell’operazione, tale integrità non sia posta in pericolo, non vi sarebbe ragione di applicare

In materia di fusione G. MANZINI, *Aumento di capitale superiore al patrimonio netto dell’incorporata*, in *Notariato*, 1998, 527.

Secondo P.G. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. not.*, 1991, 40 e B. QUATRARO - S. D’AMORA, *Le operazioni sul capitale*, Milano, 1994, 191, l’operazione in esame sarebbe possibile anche in assenza della perizia ex art. 2343 c.c., in quanto la relazione di stima sulla congruità del rapporto di cambio sarebbe idonea ad assolvere anche alla tutela dell’effettività del capitale sociale.

13 Trib. Torino 19 maggio 1995, in *Le Società*, 1995, 1479 e in *Riv. not.*, 1995, 1095, secondo cui “La relazione giurata di un esperto ex art. 2343, codice civile, è necessaria nel solo caso di scissione mediante costituzione di società con capitale sociale di valore superiore al valore contabile del patrimonio netto alla stessa trasferito”.

In materia di fusione v. inoltre *Orientamenti del Tribunale di Milano*, 1989, secondo cui “Nei casi di fusione che comportino: a) la creazione di una nuova società soggetta ad omologazione; b) aumenti del capitale della società, avente personalità giuridica, incorporante:

1) le relative delibere sono omologabili se il capitale della nuova società a) o l’aumento del capitale della società incorporante b) non superino nel primo caso, la somma dei patrimoni netti delle società partecipanti alla fusione o, nel secondo caso, l’importo del patrimonio netto delle società incorporate; intendendosi ovviamente per patrimonio netto l’importo del capitale più quello delle riserve disponibili. Sarà necessario - in ambedue i casi - il previo controllo della reale esistenza delle riserve e della loro utilizzabilità. (Ciò in considerazione del fatto che trattasi di valori di bilancio che già costituivano il capitale delle società destinate ad estinguersi a seguito della fusione e che le riserve potevano essere utilizzate per aumentare lo stesso, fermo restando che dette riserve, per la parte utilizzata ai fini della realizzazione della fusione, non vanno successivamente indicate nei bilanci della nuova società o della società incorporante);

2) allorché, invece, il capitale della nuova società o l’aumento di capitale della società incorporante superi limiti di cui sopra, deve seguirsi la procedura di cui all’art. 2343 c.c. con riferimento al patrimonio delle società partecipanti alla fusione, nel caso sub a), e delle società incorporande, nel caso sub b). (Ciò in considerazione del fatto che, nell’ipotesi prospettate, la fusione comporta il conferimento a capitale di tutto o di parte del patrimonio - superiore al c.d. patrimonio netto - delle società destinate ad estinguersi e che l’operazione di conferimento a capitale ha una sua autonoma disciplina e sue particolari finalità e garanzie, che non vengono meno in relazione alle autonome valutazioni effettuate dagli interessati in sede di determinazione della ragione di cambio, anche nell’ipotesi di cui all’art. 7 del d.p.r. n. 136/75”).

detto principio.

Del resto la rivalutazione che verrebbe operata sulla base della perizia di stima *ex art.* 2343 c.c. è ben diversa da quella che sarebbe consentita in casi eccezionali dall'art. 2423-bis c.c.

È stato, infatti, esattamente osservato che “nel sistema delle società di capitali l'effettività delle (ri)valutazioni che non solo eccezionalmente (art. 2425, ultimo comma), ma annualmente ed ordinariamente vengono compiute (l'applicazione di alcuni criteri di valutazione in sede di redazione del bilancio possono condurre a rivalutazioni di cespiti) non è affatto affidata ad un riscontro attraverso una stima esterna ad opera di un perito nominato dall'autorità giudiziaria”¹⁶.

Ma, soprattutto, l'eventuale impossibilità di procedere alla rivalutazione delle poste di

14 Sulla strumentalità del “*principio di continuità delle valutazioni*” di cui all'art. 2423-bis, n. 6, c.c. rispetto al “*principio di comparabilità dei bilanci*” (che è diretto a consentire di leggere in sequenza i bilanci della medesima impresa riguardanti esercizi successivi, effettuando il raffronto fra i loro risultati, calcolandone i trend positivi e negativi e, in ultima analisi, riuscendo a formarsi un'opinione e ad esprimere un giudizio sulla situazione dell'impresa e sulle sue prospettive di sviluppo) e sulla conseguente inutilità dell'applicazione dello stesso al bilancio post scissione, che “serve soprattutto per stabilire quale sia la struttura e composizione del patrimonio del complesso unificato dopo un'operazione straordinaria” v. M. CARATTOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le Società*, 2000, 1296 ss.

15 M. NOTARI, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione*, in *Studi in onore di G. Cottino*, II, Padova, 1997, 1394.

In contrario si è dubitato in materia di fusione “che l'integrità del capitale sociale venga posta in pericolo dall'iscrizione di valori correnti, superiori ai valori contabili (ed in particolare ai costi storici)”, in quanto “se i valori correnti (e l'avviamento) sono determinati correttamente non si verifica, anzitutto, alcuna rilevazione di utili fittizi, la cui distribuzione possa depauperare il capitale. Al contrario, si verifica, a parità di condizioni, una riduzione dell'utile che sarebbe stato rilevato se fossero stati iscritti dall'incorporante valori contabili. Infatti, i valori correnti delle immobilizzazioni ammortizzabili (fabbricati, impianti, macchinari, attrezzature, brevetti, marchi, know-how, ecc.), ed il valore dell'avviamento venendo iscritti nel bilancio d'esercizio post-fusione, provocheranno la rilevazione, nei futuri esercizi, di maggiori ammortamenti, i quali ridurranno sensibilmente l'utile di tali esercizi (anche perché i maggiori ammortamenti normalmente non possono essere dedotti fiscalmente dal reddito imponibile dell'impresa). I maggiori valori delle rimanenze di materie, merci e prodotti, o dei titoli e partecipazioni, ridurranno gli utili e le plusvalenze derivanti dal loro realizzo (o li trasformeranno in minusvalenze e perdite) contribuendo anch'essi alla riduzione dell'utile netto dei futuri esercizi. Dunque, i valori correnti, a parità di condizioni, provocheranno una riduzione, non un aumento degli utili futuri” (M. CARATTOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, cit., 1296 ss.).

Tuttavia può obiettarsi al riguardo che tutte le considerazioni che precedono si basano sul fatto che i valori correnti siano stati a monte determinati correttamente. Ma è proprio per evitare il pericolo che ciò non avvenga che è stato evidentemente posto il principio della continuità dei valori contabili.

bilancio della società scissa, ove essa sia una società di capitali, comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento con l'ipotesi della scissione di società di persone a favore di società di capitali, ove invece detta rivalutazione deve ritenersi normativamente consentita. In tal caso infatti, lo stesso legislatore della riforma ha imposto l'applicazione delle regole proprie della trasformazione, assoggettando alla perizia di stima giurata della parte del patrimonio della società di persone che si scinde a favore di una società di capitali (art. 2501-sexies penultimo comma c.c., richiamato dall'art. 2506-ter, terzo comma, c.c.). Orbene nella trasformazione non pare dubbio che la perizia di stima possa portare ad una rivalutazione dei valori contabili del patrimonio della società ante trasformazione, con conseguente imputazione dei maggiori valori così ottenuti al capitale sociale della società risultante dalla trasformazione. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 2500-ter c.c. che, in caso di trasformazione di società di persone in società di capitali, il capitale della società risultante dalla trasformazione deve essere determinato sulla base dei “*valori attuali*” degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'art. 2343 c.c. o, nel caso di società a responsabilità limitata, dell'art. 2465 c.c.¹⁷.

Tale circostanza, invero, costituisce un indice rilevante del fatto che il legislatore considera la scissione un istituto regolato da principi propri, giustificati dalla straordinarietà dell'operazione.

Ne deriva a nostro avviso che, per coerenza sistematica, la rivalutazione vietata dal principio di continuità di cui all'art. 2504-bis, quarto comma, c.c. deve ritenersi esclusivamente quella effettuata in assenza di stima giurata e non anche quella accompagnata da tale stima¹⁸.

Del resto il principio di continuità dei bilanci in sede di scissione nasce sul piano del diritto

In altre parole la soluzione del problema dipende dalla scelta inerente alle garanzie necessarie per assicurare una corretta valutazione dei valori dei cespiti iscritti in bilancio.

Se si ritiene che a tal fine siano sufficienti le responsabilità che l'organo amministrativo si assume nel redigere il bilancio, anche in ordine alle valutazioni nello stesso contenute, nulla potrebbe opporsi all'applicazione generalizzata del principio del *fair value* e dunque dei valori correnti.

Se, al contrario, tale responsabilità non si ritiene costituire una garanzia sufficiente, può essere necessario ricorrere alla valutazione dei cespiti al costo storico e ed al conseguente principio di continuità del bilancio.

Il legislatore della riforma ha, invero, nella sua discrezionalità operato, a torto o a ragione, una scelta in quest'ultimo senso, che peraltro, alla stregua dell'evoluzione internazionale dei principi contabili, appare alquanto anacronistica.

16! P.G. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina della fusione*, cit., 39.

17 F. TASSINARI, *La trasformazione c.d. omogenea in generale. La trasformazione da società di persone in società di capitali*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 106 s.

positivo, ad opera della riforma, già minato alle fondamenta non solo dalle numerose eccezioni che lo stesso diritto positivo offre¹⁹, ma anche e soprattutto dall'avvento dei principi contabili internazionali (IAS), che consentono, come vedremo, una rilevante deroga alla regola della continuità.

Ma, se ciò è vero, è forse possibile compiere un ulteriore passaggio interpretativo.

Se, infatti, la rivalutazione deve ritenersi vietata solo laddove non sussista la ragionevole certezza dell'effettività dei relativi plusvalori, deve allora affermarsi che, ove tale certezza sussista per effetto della stima giurata, nessun ulteriore limite alla stessa può desumersi dal sistema.

In conseguenza la rivalutazione in esame deve ritenersi consentita anche laddove essa:

- 1) non sia resa necessaria dall'attuazione del rapporto di cambio²⁰;
- 2) sia riferita non già all'intero netto patrimoniale assegnato dalla scissa, ma a singoli beni facenti parte del medesimo²¹;
- 3) sia riferita non solo a beni della scissa assegnati alla beneficiaria, ma anche a beni della

¹⁸ Nel senso della possibilità di operare rivalutazioni in deroga al principio di continuità di cui all'art. 2504-bis, quarto comma, c.c. se supportate da perizia ex art. 2343 c.c. v. anche G. LAURINI, *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie*, Padova, 2004, 134; F. ZABBAN, *La fusione e la scissione: linee guida della riforma, aspetti di contenuto e procedurali. Semplificazioni*, in AA.VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano, 2003, 95; C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, cit., 202; S. CACCHI PESSANI, *Commento all'art. 2501-sexies*, cit., 620; L.A. BIANCHI, *Commento all'art. 2504-bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 886; CNN, *Scissione: disavanzo da concambio e aumento di capitale delle beneficiarie*, Quesito n. 42-2006/I, est. D. BOGGIALI; R. DINI, *Scissioni – strutture, forme e funzioni*, cit., 143 e 430; CNN, *Scissione non proporzionale con attribuzione ad una delle beneficiarie di un patrimonio netto contabile negativo e perizia di stima*, Quesito n. 85-2010/I, est. A. RUOTOLO; A. BUSANI – C. MONTINARI, *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, in *Le Società*, 2011, 650; L. BERTOLI, *Scissione di un ramo d'attività avente valore negativo (c.d. scissione negativa)*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 747 e ss.; L. OLIVIERI, *Le fattispecie di fusione e scissione richiedenti la relazione di stima*, cit., 400 e ss.; *Orientamenti del Consiglio notarile di Firenze e Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano* (massima n. 72).

¹⁹ Sulla non integrale applicabilità del principio del costo storico alle partecipazioni sociali, in quanto “beni di secondo grado”, v. ad es. G.E. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, cit., 202; M. CARATOZZOLO, *Fusione, scissione e principio di continuità dei bilanci*, cit., 1296 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Effetti patrimoniali e rappresentazione contabile della fusione inversa*, in *Le Società*, 2000, 333 ss.

²⁰ *Contra* Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano (massima n. 72) e A. VICARI, *Il regime giuridico del disavanzo e dell'avanzo da annullamento e da concambio nella fusione*, in *Riv. soc.*, 2008, 535 secondo cui la rivalutazione è possibile solo se risulti strumentale alla realizzazione del concambio.

beneficiaria preesistente²².

In particolare quanto al punto *sub* 1), a rigore nella scissione a favore di società preesistente la rivalutazione molto spesso non è un effetto necessario, ben potendo il rapporto di cambio essere attuato senza un aumento di capitale della beneficiaria, bensì mediante la mera redistribuzione del capitale della medesima²³.

La rivalutazione diviene, invece, essenziale in ipotesi estreme e cioè:

- laddove si tratti di scissione a favore di società di nuova costituzione mediante assegnazione alla stessa di un patrimonio avente un valore contabile negativo²⁴ ovvero comunque un valore contabile inferiore al capitale minimo legale della beneficiaria;
- laddove si tratti di scissione a favore di società preesistente non in liquidazione mediante assegnazione alla stessa di un patrimonio avente un valore contabile negativo e il patrimonio netto della beneficiaria non presenti un saldo positivo idoneo ad assorbire il netto negativo assegnatole, onde in mancanza della rivalutazione del netto assegnato si

Nel senso del testo in materia di fusione C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, cit., 201 ss., secondo il quale peraltro la stima deve effettuarsi al momento della redazione del bilancio di apertura dell'incorporante e non già all'atto della redazione del progetto di fusione, al fine di evitare che nelle more tra la redazione della perizia e l'iscrizione dell'atto di fusione si possano verificare alterazioni sensibili del valore periziato. Ma in contrario può obiettarsi che lo stesso rischio sussiste anche in caso di conferimenti in natura effettuati in sede di costituzione della società o di aumento del capitale sociale e nondimeno si ammette, in analogia con l'art. 2501-quater c.c., che la data di riferimento della perizia sia non coincidente con quella del conferimento purchè non anteriore di 120 giorni (*Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano* (massima n. V); *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima H.A.2)).

²¹ In tal senso in materia di fusione A. VICARI, *Il regime giuridico del disavanzo e dell'avanzo da annullamento e da concambio nella fusione*, cit., 536.

²² In materia di fusione A. VICARI, *Il regime giuridico del disavanzo e dell'avanzo da annullamento e da concambio nella fusione*, cit., 536; L.A. BIANCHI, *Commento all'art. 2504-bis*, cit., 883 s.

²³ Cfr. L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506-quater*, cit., 1185, che però utilizza tale argomento per negare *tout court* l'ammissibilità della rivalutazione ex art. 2343 c.c. nella scissione con disavanzo da concambio.

²⁴ *Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano* (massima n. 72); A. BUSANI – C. MONTINARI, *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, cit., 650.

determinerebbe nella beneficiaria stessa la fattispecie di cui all'art. 2447 c.c.

La scissione con assegnazione di netto contabile nullo o negativo non rivalutato o rivalutabile ed i suoi effetti sul patrimonio della società beneficiaria

Se, invece, si mantengano nella contabilità della società beneficiaria gli stessi valori netti negativi che gli elementi assegnati avevano nelle scritture contabili della scissa, si pone innanzitutto il problema di verificare gli effetti che tale assegnazione produce sul patrimonio della società beneficiaria, laddove questa sia una società preesistente e non in stato di liquidazione.

Il problema va affrontato e risolto alla stregua degli orientamenti consolidatisi in dottrina a proposito dell'analogo problema della fusione di società in perdita.

A tale riguardo si è infatti ritenuto che se la società incorporante o quella risultante dalla fusione è una società non in liquidazione e taluna delle società partecipanti si trovi nella situazione di cui all'art. 2447 c.c., occorre che il patrimonio netto della società incorporante o risultante dalla fusione presenti un saldo positivo idoneo ad assorbire le perdite della società incorporata o delle società partecipanti, senza dar luogo nella società risultante dalla fusione alla fattispecie di cui all'art. 2447 c.c.²⁵.

Ciò posto, si può in conseguenza affermare che la scissione a favore di beneficiaria preesistente non in liquidazione con assegnazione di un netto negativo può essere

²⁵ *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1994; *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1996. Dopo la riforma v. in tal senso N. ATLANTE, *La fusione*, in CNN, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 489; C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, cit., 28; M. DI SARLI, L., *Commento all'art. 2501*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 440.

Si badi peraltro che il patrimonio netto della società incorporata può presentare un saldo positivo, e tale da non configurare nella società risultante dalla fusione la situazione di cui all'art. 2447 c.c., anche se la società incorporante sia in perdita ex art. 2446, primo comma, c.c. (perdita superiore al terzo, ma riportabile a nuovo) (cfr. E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., 25) e la società incorporata si trovi addirittura in liquidazione per effetto dell'applicazione dell'art. 2447 c.c.

Può infatti accadere che la società incorporata sia interamente posseduta dall'incorporante e che in conseguenza la fusione si attui senza alcun rapporto di cambio e senza alcun aumento di capitale da parte dell'incorporante.

In tal caso pertanto l'incorporante può legittimamente riportare a nuovo le proprie perdite ex art. 2446, primo comma, c.c. se il patrimonio netto dell'incorporata, pur inferiore al capitale minino legale di questa, presenti comunque un'eccedenza attiva.

Anzi potrebbe accadere addirittura che l'attuazione della fusione generi un avanzo di fusione, laddove la partecipazione nell'incorporata sia iscritta nel bilancio dell'incorporante per un valore inferiore al patrimonio netto dell'incorporata.

In tal caso invero, all'esito della fusione, il patrimonio netto post-fusione dell'incorporante non solo non diminuirebbe, ma verrebbe addirittura ad incrementarsi per effetto del citato avanzo di fusione.

effettuata a condizione che il patrimonio netto della beneficiaria presenti un saldo positivo idoneo ad assorbire il netto negativo assegnatole, senza dar luogo nella beneficiaria stessa alla fattispecie di cui all'art. 2447 c.c.²⁶.

La scissione di società in perdita

Per altro verso deve sottolinearsi che nel caso in cui la scissa presenti una perdita superiore al terzo del capitale ex art. 2446 c.c. è ben possibile che essa deliberi la scissione mediante assegnazione di un netto negativo ad altra società in grado di assorbirlo, in misura tale da mondare il patrimonio netto della società assegnante dalle perdite accumulate, grazie alla riserva che in tal modo si libera nel patrimonio netto della scissa.

Del pari la società affetta da perdite rilevanti potrebbe assumere il ruolo di beneficiaria di una scissione mediante assegnazione da parte della scissa di un netto positivo in grado di assorbire le perdite della beneficiaria.

In tali ipotesi dunque la scissione costituirebbe uno degli opportuni provvedimenti che l'assemblea può adottare per eliminare le perdite²⁷.

²⁶ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 154 ss., la quale addirittura ammette che, anche laddove la scissione provochi nella beneficiaria una perdita rilevante ex artt. 2446 e 2447 c.c., essa "se non incide di per sé sulla legittimità dell'operazione, (salvo il caso di eccesso di potere in danno della minoranza), pone, in capo agli amministratori, un onere particolarmente intenso di motivazione, da assolvere attraverso la relazione prevista dall'art. 2506-ter, 1° comma"; L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506-bis*, cit., 1087; A. BUSANI – C. MONTINARI, *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, in *Le Società*, 2011, 655; L. OLIVIERI, *Le fattispecie di fusione e scissione richiedenti la relazione di stima*, cit., 397.

Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari (Massima L.E.1) ritiene in particolare che "l'operazione debba alternativamente attuarsi:

- a) mediante riduzione delle riserve della beneficiaria (ovvero, in carenza di riserve capienti, del capitale) in misura tale da assorbire il netto contabile trasferito;
- b) mediante rilevazione della minusvalenza".

²⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 153; P. DIVIZIA e L. OLIVIERI, *Le modifiche al capitale in conseguenza della fusione o della scissione*, cit., 230.

In materia di fusione P.G. MARCHETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, cit., 20; L. SALVATO, *Le operazioni di fusione e di scissione*, in AA.VV., *Manuale di volontaria giurisdizione*, a cura di V. Salafia, Milano, 1999, 599; N. ATLANTE, *La fusione*, cit., 489; M. DI SARLI, L., *Commento all'art. 2501*, cit., 441; G. A. M. TRIMARCHI, *Le riduzioni del capitale sociale*, Milano, 2010, 325; CNN, *Fusione per incorporazione di società con capitale interamente eroso dalle perdite*, Quesito di Impresa n. 151-2011/I, est. D. Boggiali – A. Ruotolo; Trib. Milano 22 settembre 1995, in *Le Società*, 1996, 803.

Tuttavia, secondo CNN, *Fusione per incorporazione di società con capitale interamente eroso dalle perdite*, cit., "La situazione appare, invece, diversa per le società che si trovino nella situazione di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c. (perdite superiori al terzo del capitale sociale che abbiano ridotto lo stesso al di sotto del limite legale).

Analogamente, anche quando la società affetta da perdite sia in liquidazione *ex art.* 2484, n. 4, c.c. in relazione agli articoli 2447 e 2482-*ter* c.c., la scissione può consentire alla società in questione di liberarsi di un netto negativo o di ricevere un netto positivo in misura tale da eliminare le perdite.

In siffatte ipotesi la scissione può rappresentare un provvedimento diretto alla rimozione della causa di scioglimento, propedeutico alla revoca della liquidazione ai sensi dell'art. 2487-*ter* c.c., secondo cui "La società può in ogni momento revocare lo stato di liquidazione, occorrendo previa eliminazione della causa di scioglimento"²⁸.

Ma in questo caso la revoca della liquidazione non è un effetto indotto necessariamente dalla scissione, ma oggetto di una delibera diretta specificamente a produrlo, rispetto alla quale la scissione rappresenta soltanto un'operazione propedeutica.

Ne consegue che nella specie le norme in materia di revoca della liquidazione, ed in particolare di opposizione dei creditori alla stessa, non possono ritenersi assorbite da quelle in materia di scissione.

Nondimeno deve ritenersi possibile che la revoca della liquidazione possa essere deliberata "a cascata", contemporaneamente alla delibera di scissione e subordinatamente al prodursi degli effetti della stessa.

Innanzitutto, gli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. impongono in questo caso agli amministratori di convocare l'assemblea per decidere se provvedere alla riduzione ed all'aumento, ovvero se sciogliere la società, o ancora se deliberare la trasformazione. Considerata la lettera della legge, che sembra soddisfare l'esigenza di consentire ai soci una massima libertà di scelta tra le diverse alternative possibili, appare obbligatorio per gli amministratori rispettare il dettato normativo e, quindi, non sembra corretto convocare l'assemblea proponendo, già dall'ordine del giorno, quale unico rimedio la fusione ...

In secondo luogo, la delibera di fusione adottata da una società che si trovi nelle condizioni di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. non appare di per sé idonea ad eliminare immediatamente la causa di scioglimento derivante dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale per perdite superiori al terzo, nonostante in seguito alla fusione la società incorporante o risultante da tale operazione sia munita di un capitale non intaccato da perdite rilevanti ai sensi degli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.

La fusione, infatti, può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-*bis* c.c., salvo che consti il consenso dei creditori, e ha effetto dall'ultima delle iscrizioni alle quali è soggetto l'atto di fusione ...

Ciò non significa che l'assemblea, convocata dagli amministratori ai sensi degli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. non possa deliberare la fusione: tale delibera appare ammissibile, ma non preclude il verificarsi della causa di scioglimento consistente nella riduzione del capitale al di sotto del limite legale, con conseguente obbligo degli amministratori di iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione con cui accertano lo scioglimento della società".

²⁸ Nello stesso senso P. DIVIZIA e L. OLIVIERI, *Le modifiche al capitale in conseguenza della fusione o della scissione*, cit., 247

La dottrina, infatti, ammette ormai concordemente in termini generali che ove l'efficacia di un'operazione sia subordinata all'iscrizione nel registro delle imprese, è consentito che, nelle more di tale iscrizione, vengano assunte deliberazioni fondate sulla operazione precedente non ancora iscritta²⁹.

In tali ipotesi invero l'efficacia di tali deliberazioni è subordinata all'iscrizione nel registro delle imprese dell'operazione che ne costituisce il presupposto.

L'unica particolarità che si verifica nel caso di specie, rispetto alle altre ipotesi di operazioni "a cascata" risiede nel fatto che l'operazione che costituisce il presupposto della revoca della liquidazione non è rappresentata da una delibera assembleare, ma dalla stipulazione e successiva iscrizione dell'atto di scissione.

Ma non pare che siffatta particolarità possa compromettere in alcun modo l'ammissibilità dell'operazione in esame.

Il rapporto di cambio nella scissione con assegnazione di netto nullo o negativo non rivalutato o rivalutabile

Ciò posto, in ipotesi di scissione a favore di beneficiaria preesistente, ulteriori problemi interpretativi si pongono nella materia in esame con riferimento alla determinazione rapporto di cambio.

Ed è proprio su tale questione che si è pronunciata la sentenza in commento.

A questo proposito deve rilevarsi che il mantenimento nella contabilità della società beneficiaria degli stessi valori netti negativi o nulli che gli elementi assegnati avevano nelle scritture contabili della scissa, può essere dovuto ad un duplice ordine di ragioni.

Può, infatti, accadere che il netto assegnato sia negativo o nullo solo dal punto di vista contabile, in quanto in base ai valori correnti tale netto sia positivo e non si intenda per le più svariate ragioni effettuare un aggiornamento ai valori effettivi.

In tal caso non si pongono particolari problemi per la determinazione del rapporto di cambio della scissione.

Anche questa volta tale rapporto, che ovviamente non può che tenere conto dei valori effettivi degli elementi patrimoniali considerati nell'operazione, potrebbe tranquillamente supportare un'assegnazione di partecipazioni sociali della beneficiaria in favore dei soci della società scissa³⁰.

²⁹ Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano (massima n. 19).

³⁰ S. SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, cit., 552; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 150; A. MORANO, *La scissione non proporzionale*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, 50; L. BERTOLI, *Scissione di un ramo d'attività avente valore negativo* cit., 743. P. DIVIZIA e L. OLIVIERI, *Le modifiche al capitale in conseguenza della fusione o della scissione*, cit., 239; L. OLIVIERI, *Le fattispecie di fusione e scissione richiedenti la relazione di stima*, cit., 391 e ss.

L'unica particolarità dell'operazione risiede nel fatto che il netto contabile assegnato alla beneficiaria, siccome negativo o nullo, non può supportare un aumento di capitale a servizio del rapporto di cambio.

Ne consegue che per attuare tale rapporto occorrerà avvalersi di soluzioni alternative, quali l'utilizzo di poste di netto della beneficiaria ovvero delle tecniche di attuazione del rapporto di cambio senza aumento del capitale sociale della beneficiaria, quale la redistribuzione del capitale di quest'ultima³¹.

Può, invece, accadere che il netto assegnato abbia un valore negativo o nullo non solo dal punto di vista contabile, ma anche considerando i valori correnti.

In tal caso non sarebbe possibile, mediante assegnazione di partecipazioni sociali della beneficiaria preesistente ai soci della società scissa, configurare un rapporto di cambio congruo, in quanto tale assegnazione, posto che il valore effettivo netto del patrimonio della beneficiaria sia positivo, lederebbe i soci di quest'ultima.

Costoro, a fronte della diminuzione di valore (o invarianza dello stesso, in caso di netto pari a zero) che il patrimonio della società dai medesimi partecipata subirebbe per effetto dell'acquisizione di un valore reale negativo (o nullo), non solo non acquisirebbero partecipazioni in altra società per un corrispondente valore reale positivo, ma addirittura vedrebbero diminuire la propria caratura di partecipazione nella beneficiaria per "far posto" ai soci della scissa.

Ne consegue che l'unico modo per configurare un congruo rapporto di cambio nel caso di specie è quello

- in caso di netto negativo, di assegnare in concambio, in ipotesi di scissione parziale, solo azioni o quote della scissa e per di più non già in favore di soci della scissa medesima, bensì in favore dei soci della beneficiaria,

- in caso di netto nullo, di non attuare alcun rapporto di cambio.

In caso di assegnazione di un patrimonio di valore negativo, se il patrimonio residuo della scissa, al netto del reale valore negativo assegnato da questa alla beneficiaria, presenta un valore effettivo positivo, l'assegnazione di partecipazioni nella scissa ai soci della beneficiaria è in grado di compensare la perdita di valore economico che le partecipazioni nella beneficiaria subiscono a causa dell'acquisizione da parte di questa di valori reali negativi.

D'altra parte la diminuzione della caratura della partecipazione sociale che i soci della scissa subiscono per "fare posto" ai soci della beneficiaria è giustificata dall'aumento di valore che il patrimonio netto della scissa subisce per effetto dell'espunzione dal medesimo del valore negativo assegnato alla beneficiaria.

Occorre innanzitutto chiedersi a tale riguardo come possa attuarsi nella scissa siffatta diminuzione della caratura della partecipazione sociale per "fare posto" ai soci della beneficiaria.

Senza dubbio ciò potrà essere effettuato senza procedere ad un aumento di capitale della scissa, avvalendosi delle consuete tecniche di attuazione del rapporto di cambio senza aumento del capitale sociale.

³¹ In argomento v. F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 613 e ss.

Ma non può escludersi che si possa procedere anche mediante un aumento del capitale sociale della scissa utilizzando poste del patrimonio netto della medesima.

Né vale obiettare che "non sembra trovare posto nel sistema del codice civile l'ipotesi dell'aumento del capitale correlativo ad un incremento del patrimonio netto, a sua volta derivante dalla diminuzione della passività gravanti sulla società"³².

Nella fattispecie in esame si determina in ogni caso nella scissa la liberazione di una vera e propria riserva, di importo corrispondente al netto negativo assegnato alla beneficiaria³³.

Non si vede pertanto perché tale riserva non possa essere utilizzata ai fini di un aumento del capitale della scissa.

Sulla base di tali considerazioni non può escludersi che l'operazione in esame sia ammissibile anche in caso di scissione totale³⁴.

In tale ipotesi, infatti, si riprodurrebbe in definitiva il medesimo fenomeno già esaminato in ipotesi di scissione parziale, con l'unica particolarità che, in luogo della scissa, vi sarebbe la beneficiaria diversa da quella che risulta assegnataria del netto negativo.

Ne consegue che ai soci della beneficiaria assegnataria del netto negativo andranno assegnate partecipazioni nell'altra o nelle altre beneficiarie.

Ciò posto, occorre chiedersi se una siffatta assegnazione di partecipazioni sociali (o, in caso di netto nullo, la mancata assegnazione di partecipazioni sociali³⁵) sia consentita dalla normativa sulla scissione, considerato che la nozione normativa di cui all'art. 2506, primo comma, c.c. prevede l'assegnazione *scissionis causa* di partecipazioni della beneficiaria ed esclusivamente in favore dei soci della scissa³⁶.

La sentenza in commento sembra fornire a tale interrogativo una risposta negativa.

³² Così G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 152.

³³ G. FIORI, *Le scissioni nell'economia e nei bilanci delle aziende*, Milano, 1995, 296; S. SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, cit., 552; L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506-bis*, cit., 1087; OIC 4 del 24 gennaio 2007 - *Fusione e scissione*, § 4.3.3.; Agenzia delle Entrate, *Risoluzione n. 12/E del 16 gennaio 2009*, secondo cui "Tale riserva non costituirà un componente positivo di reddito ai sensi del citato art. 173 del Tuir; tuttavia, nell'ipotesi in cui la stessa fosse - da un punto di vista civilistico - liberamente distribuita ai soci, essa sarebbe fiscalmente disciplinata dall'art. 89 del Tuir e, come tale, soggetta a tassazione alla stregua di una riserva di utili. Ciò in quanto tale riserva nella sostanza non esprime alcun apporto dei soci ed inoltre non rappresenta una posta di patrimonio netto prevista dall'art. 47, comma 5, del Tuir"; nello stesso senso L. BERTOLI, *Scissione di un ramo d'attività avente valore negativo (c.d. scissione negativa)*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 745; L. OLIVIERI, *Le fattispecie di fusione e scissione richiedenti la relazione di stima*, cit., 399.

³⁴ *Contra* G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 151.

Nondimeno, come si è avuto modo di osservare, la nozione di scissione contenuta nell'art. 2506, primo comma, c.c. non esaurisce affatto le possibili configurazioni dell'istituto.

Lo stesso sistema positivo contiene specifiche disposizioni dalle quali si evince che l'operazione di scissione può avere luogo addirittura senza alcuna assegnazione di partecipazioni sociali, né nella scissa, né nella beneficiaria o con assegnazione di partecipazioni della scissa.

Innanzitutto la scissione può anche comportare un'assegnazione delle azioni o quote della beneficiaria solo ad alcuni dei soci della scissa e per converso che le quote o azioni della scissa nella scissione parziale vengano ridistribuite ed assegnate solo ad alcuni dei suoi vecchi soci (c.d. scissione asimmetrica).

35 Taluni autori escludono che in caso di assegnazione di un netto avente valore effettivo pari a zero ricorra il fenomeno della scissione. In tal caso, infatti, si è osservato (G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 163) che laddove il netto patrimoniale assegnato alla beneficiaria abbia un valore effettivo pari a zero, "esso non esprime più alcuna partecipazione sociale, alcun investimento ... quindi la sua trasmissione alla beneficiaria non può esprimere quell'intento di prosecuzione sotto forme diverse dell'attività originariamente svolta nella scissa, nel quale si reputa risiedere ... il tratto saliente della scissione".

Ma non pare a ben vedere che nel sistema positivo l'"intento di prosecuzione sotto forme diverse dell'attività originariamente svolta nella scissa" costituisca "il tratto saliente della scissione", atteso che è senza dubbio ascrivibile al concetto di scissione la scissione c.d. asimmetrica, nella quale taluno dei soci della scissa non riceva assegnazione di partecipazioni nella beneficiaria.

Costui infatti non potrà continuare a partecipare all'attività originariamente svolta nella scissa con riferimento al patrimonio assegnato alla beneficiaria.

Del resto la scissione con assegnazione di netto avente un valore pari a zero può assolvere ad effettive esigenze di riorganizzazione aziendale, caratteristiche della scissione, almeno laddove la società scissa e quella beneficiaria abbiano in comune tutti o alcuni dei soci, ma le carature di partecipazione di ciascuno di essi in ciascuna società siano diverse.

Se infatti la scissa e la beneficiaria fossero partecipate dagli stessi soci e nelle medesime proporzioni, secondo l'opinione ormai prevalente, indipendentemente dal valore effettivo del netto assegnato dalla scissa alla beneficiaria, si potrebbe procedere all'operazione senza alcun rapporto di cambio.

Ma a questo punto non si vede perché non si possa fare altrettanto laddove la congruenza fra le compagini sociali della scissa e della beneficiaria sia solo parziale ed il netto assegnato abbia un valore pari a zero, se siffatta assegnazione sia utile sul piano organizzativo per entrambe le società. Anche in tal caso si avrebbe in definitiva una sorta di "prosecuzione sotto forme diverse dell'attività originariamente svolta nella scissa".

36 In senso favorevole alla scissione con assegnazione di elementi patrimoniali aventi un valore effettivo negativo o nullo E. CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992, 137 nt. 145; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *La scissione di società*, Milano, 1996, 32; E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, cit., 224; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., 151 (quest'ultima solo con riferimento ad un netto avente valore negativo).

In secondo luogo può accadere che la scissione non comporti assegnazione di quote o azioni per alcuno dei soci della scissa e/o della beneficiaria.

L'ipotesi è testualmente prevista per il caso di scissione parziale a favore di società preesistente che possieda l'intero capitale della scissa, ove l'art. 2506-ter, ultimo comma, c.c. richiama gli artt. 2504-ter e 2505 c.c. in materia di fusione, i quali a loro volta vietano nella fattispecie la previsione di un rapporto di cambio.

Si tratta a mio avviso di indici normativi che rendono evidente che la definizione di scissione contenuta all'art. 2506, primo comma, c.c. non preclude all'interprete la possibilità di enucleare ulteriori fattispecie scissorie.

Del resto tale conclusione appare suffragata dall'inesistenza nel sistema positivo di una norma di chiusura, prevista da taluni ordinamenti, che limiti tassativamente la nozione di scissione alle sole fattispecie espressamente previste³⁷.

Sono dunque ascrivibili al concetto di scissione, e come tali sottoposte alle sue regole, tutte le operazioni che condividano la funzione di riorganizzazione societaria di una o più società, all'esito della quale si ottengano almeno due società.

Se ciò è vero, anche il caso di scissione con assegnazione di un netto a valore reale negativo si presta ad integrare una fattispecie di tipo scissorio.

In senso contrario si esprime una cospicua parte della dottrina: U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, cit., 51 s.; OIC 4 del 24 gennaio 2007 - *Fusione e scissione*, § 4.3.3.; L. LAMBERTINI, *Commento art. 2506*, in *La riforma del diritto societario* a cura di G. Lo Cascio, *Gruppi, Trasformazione, Fusione e scissione, Scioglimento e Liquidazione, Società estere* (artt. 2484-2510), Milano, 2003, 519; L. G. PICONE, *Commento all'art. 2506-bis*, cit., 1086 s.; CNN, *Scissione non proporzionale con attribuzione ad una delle beneficiarie di un patrimonio netto contabile negativo e perizia di stima*, Quesito n. 85-2010/I, est. A. Ruotolo; A. MORANO, *La scissione non proporzionale*, cit., 50; L. BERTOLI, *Scissione di un ramo d'attività avente valore negativo* cit., 742 e s.; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (Massima L.E.1), secondo cui inoltre "una scissione o una fusione "realmente negativa", anche laddove non sia necessario determinare un rapporto di cambio, risulterebbe priva di utilità per la società beneficiaria/incorporante e produrrebbe comunque un'alterazione del valore economico delle partecipazioni preesistenti, in ciò contrastando con la causa stessa di tali operazioni".

Altri autori (S. SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, cit., 553 e A. BUSANI – C. MONTINARI, *La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria*, cit., 651 ss.; L. OLIVIERI, *Le fattispecie di fusione e scissione richiedenti la relazione di stima*, cit., 395) ammettono la scissione con valore effettivo assegnato negativo solo laddove non si debba procedere a concambio a causa dell'identità delle compagini sociali di scissa e beneficiaria.

37 Si veda al riguardo il § 1, secondo comma, *Umwandlungsgesetz* (*UmwG*), secondo cui "Eine Umwandlung im Sinne des Absatzes 1 ist außer in den in diesem Gesetz geregelten Fällen nur möglich, wenn sie durch ein anderes Bundesgesetz oder ein Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen ist". Vale a dire "Una ristrutturazione ai sensi del paragrafo 1, è, salvo che nei casi disciplinati dalla presente legge possibile, solo se è espressamente prevista da una legge federale o da una legge dello Stato".

Infine deve rilevarsi che la possibilità di elaborare un rapporto di cambio congruo sussiste anche nel caso in cui tanto il complesso patrimoniale assegnato dalla scissa quanto il preesistente patrimonio della beneficiaria presentino un netto negativo.

In tal caso la fissazione di un rapporto di cambio che tenga conto dei reali valori economici di tali complessi patrimoniali assume comunque un significato economico – giuridico, laddove in un secondo momento si intenda riportare *in bonis* la società beneficiaria.

L'attuazione del rapporto di cambio della scissione, fa sì che le partecipazioni sociali nella beneficiaria siano suddivise equamente tra i vecchi soci della beneficiaria ed i soci della scissa, divenuti anch'essi soci della beneficiaria in dipendenza della scissione.

Tale nuovo assetto della compagine sociale a sua volta fa sì che costoro siano chiamati a partecipare ad eventuali future operazioni di ricapitalizzazione della beneficiaria in proporzione a tale assetto, che risente dei valori (negativi) del netto assegnato dalla scissa e del preesistente patrimonio netto della beneficiaria.

PARERE PRO VERITATE

Mi è stato chiesto di esprimere un parere sulla natura giuridica dell'operazione di apporto e sottoscrizione di strumenti finanziari partecipativi approvata dall'assemblea di Alfa S.p.A., ed in particolare se sia possibile assimilare detta operazione ad un apporto a capitale.

Anticipo la conclusione della analisi condotta, per confermare che *gli Strumenti Finanziari Partecipativi deliberati da Alfa S.p.A. possono e devono, a mio parere, esser considerati come strumenti di partecipazione al capitale di rischio della Società*, e come tali assimilabili appunto a titoli, per usare una terminologia di derivazione più economica che codicistica, di “*equity*”. Sotto il profilo della rappresentazione contabile, conseguentemente, *l'apporto effettuato nel contesto della sottoscrizione degli Strumenti Finanziari Partecipativi dà luogo alla creazione di una posta del patrimonio netto consistente in una riserva acquisita, per così dire, a titolo definitivo dalla Società*.

Innumerevoli argomentazioni sostengono l'opinione testé espressa.

1. La distinzione tra apporti a capitale di rischio ed apporti a capitale di credito: la centralità della sussistenza, o meno, dell'obbligo di rimborso di quanto apportato.

Prima di concentrarsi sull'analisi puntuale degli strumenti emessi da Alfa S.p.A., è utile rammentare come il nostro diritto societario, ed in particolare la disciplina codicistica delle società per azioni, non offre una classificazione “omnicomprensiva” dei molti strumenti finanziari che ormai possono essere emessi, e nemmeno conosce una differenziazione di detti strumenti che sia fondata sulla bipartizione tra strumenti di capitale proprio o di capitale di rischio e strumenti del capitale di credito. Quest'ultima, come è noto, è una classificazione che al giurista in realtà deriva dalle discipline

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

CONTRIBUTO A CURA DEL PROF. CARLO MARCHETTI

aziendalistiche, chiamate a descrivere, sotto un profilo perlopiù funzionale, le diverse forme mediante le quali la società può essere finanziata. Il diritto societario, tuttavia, non è stato colto impreparato da questi stimoli provenienti da discipline contigue, avendo potuto tradizionalmente tradurre la bipartizione tra strumenti di *equity* e strumenti di *debt* con la distinzione tra “azioni” da un lato ed “obbligazioni” dall'altro: le prime rappresentative per definizione del capitale di rischio della società, le seconde rappresentative del capitale di credito, assieme naturalmente alle altre operazioni di finanziamento attivate non già sul piano societario ma su quello meramente contrattuale.

Al tempo stesso, è storia nota quella della progressiva comparsa nella legislazione e nella prassi dell'impresa di una ricchissima serie di strumenti finanziari che, muovendo dai due noti archetipi, si discostavano e si discostano in modo più o meno significativo dalle loro originarie caratteristiche, dando luogo a molteplici e talora problematiche figure “ibride”, tra cui possono ricordarsi, per il loro “radicalismo”, le azioni di risparmio da un lato e le obbligazioni c.d. irredimibili dall'altro lato¹. La proliferazione delle forme ibride di finanziamento dell'impresa rende in realtà sempre più sfumata, sotto il profilo tecnico – giuridico, la precisa linea di demarcazione sussistente tra capitale di rischio e capitale di credito: le società, si è osservato, possono oggi dar vita ad una pressoché infinita serie di strumenti che si collocano lungo una linea continua che parte dalle azioni “ordinarie” e giunge alle obbligazioni così come tradizionalmente configurate².

Pur nel contesto di tali difficoltà, l'esigenza di inquadrare un dato strumento finanziario ibrido nell'una o nell'altra categoria naturalmente permane: da essa, infatti, dipende la rappresentazione contabile dello strumento, la sua disciplina fiscale (tanto per la società emittente quanto per il titolare), la scelta circa l'applicabilità – magari in via analogica – di una serie di disposizioni codicistiche di natura propriamente societaria quali ad esempio l'eventuale applicazione del limite quantitativo previsto per le obbligazioni, il

¹ *Ex multis*, v. TOMBARI, *Azioni di risparmio e tutela dell'investitore (Verso nuove forme rappresentative della società per azioni quotate)*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1062.

² ANGELICI, *La riforma delle società di capitali* (seconda edizione), Padova, 2006, 72 ss.

riconoscimento della legittimazione attiva a chiedere il fallimento della società, e così via³.

Il primo nodo da sciogliere, pertanto, è quello di cercare di chiarire con la massima precisione possibile quali siano i criteri, i parametri, per cui un certo strumento finanziario può e deve essere considerato come strumento di capitale o strumento di debito, visto che – come si è detto – il diritto societario non offre sul punto una sicura guida definitiva, e visto che i contorni dei tradizionali paradigmi di riferimento, come pure si è sottolineato, appaiono sempre più incerti. Ora, senza naturalmente alcuna pretesa di esaustività, mi pare che da un'analisi sia pur di ampio respiro degli esiti cui giungono le scienze giuridiche ed aziendalistiche si possano trarre le indicazioni che seguono:

(i) il tratto tipologico irrinunciabile degli strumenti di partecipazione al capitale di rischio è costituito dall'*assenza dell'obbligo di restituzione* di quanto apportato: l'oggetto dell'apporto diviene capitale “proprio” della società in quanto non sussiste in capo alla stessa alcun debito relativo alla sua restituzione;

(ii) la caratterizzazione come strumento di *equity*, *tendenzialmente*, implica pure la *partecipazione del titolare alle perdite* della società; il che, sempre in via tendenziale, non accade invece per chi apporta capitale di credito, le cui pretese, salvo il caso limite dell'insolvenza, non vengono quanto meno in via diretta pregiudicate dal negativo andamento della società;

(iii) gli strumenti di partecipazione al capitale di rischio, infine, sono *generalmente* connotati da una *remunerazione* che *partecipa* al rischio di impresa, che è tendenzialmente parametrata ai risultati dell'attività di impresa e che è priva di una precisa correlazione con il valore economico di quanto conferito alla società.

Si tratta, giova ribadire, di indicazioni da valutarsi con una certa elasticità, non potendosi sottacere lo stato ancora in rapidissima evoluzione delle riflessioni che la

³ V., da ultimo, SORCI, *Contributo alla ricostruzione della fattispecie “strumento finanziario partecipativo” (uno nessuno o centomila?)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, p. 403.

dottrina, oltretutto espressione di discipline tra loro diverse sia pure contigue, al proposito formula. Se ci si sofferma, ad esempio, sul punto (iii) non può non ricordarsi la ormai pacifica ammissibilità (articolo 2441, secondo comma, del codice civile) di prestiti obbligazionari – e dunque di strumenti di credito – il cui rendimento sia parametrato ai risultati della società emittente. Nell'insieme, la presenza degli indici che si sono posti in evidenza, mi pare, rappresenti allo stato una guida sufficientemente sicura per poter attribuire allo strumento finanziario oggetto di analisi la caratterizzazione di strumento di *equity*. Ciò è vero soprattutto con riferimento alla mancanza di un obbligo di restituzione di quanto apportato a favore della Società, essendo proprio, viceversa, tale obbligo il tratto che connota una certa operazione come operazione di “prestito”. Ed è vero che ormai sono ben conosciute emissioni obbligazionarie che «condizionano [persino] i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società» (articolo 2411, terzo comma, del codice civile), ma è anche vero che, per rilievo della dottrina pressoché pacifica, detti prestiti non fanno venir meno l'obbligo giuridico della restituzione di quanto apportato, ma, appunto, rendono detta restituzione *in concreto* meno certa in forza della introduzione di specifiche condizioni e vincoli⁴.

2. Gli strumenti finanziari partecipativi ex articolo 2346, sesto comma, del codice civile: la non condivisibilità della tesi che ne proclama la natura di strumenti sempre e comunque di debito.

Sulle questioni descritte nel paragrafo che precede si innesta il dibattito circa la natura degli strumenti finanziari partecipativi di cui all'articolo 2346, sesto comma, del codice civile⁵.

⁴ Sul punto, ed in genere sulle osservazioni classificatorie appena formulate: FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 673, p. 685; NOTARI - GIANNELLI, *Articolo 2346, comma 6*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti – Bianchi – Ghezzi – Notari, *Le Azioni*, a cura di Notari, Milano, 2008, p. 127, ma anche DALLOCCIO – SALVI, *Finanza d'Azienda* (seconda edizione), Milano, 2004, p. 149 ss. e p. 243 ss.

Secondo una prima parte della dottrina, infatti, gli strumenti finanziari partecipativi sarebbero necessariamente caratterizzati da una causa unitaria e tipica⁶, e più precisamente da una causa di finanziamento⁷. La tesi giunge sostanzialmente ad includere gli strumenti finanziari partecipativi nella categoria delle obbligazioni, e porta a sostegno di tale conclusione la formulazione assai ampia dell'articolo 2411, terzo comma: detta formulazione, il cui tenore si è poc'anzi ricordato, avrebbe appunto l'effetto di includere nella fattispecie obbligazionaria – e dunque nell'insieme degli strumenti di debito – qualunque titolo emesso a fronte di un apporto a favore della società *diverso* dal titolo azionario e dal correlato apporto a capitale sociale tecnicamente inteso⁸. La tesi qui richiamata, insomma, sostiene che nel momento in cui si è voluto annoverare tra le “obbligazioni” gli (o comunque si è voluto applicare la disciplina delle obbligazioni anche agli) «strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società» (articolo 2411, terzo comma), di fatto si è voluto chiarire che qualunque strumento finanziario diverso dalle azioni, anche se caratterizzato da una significativa partecipazione al rischio d'impresa, comunque dovrebbe esser considerato alla stregua

⁵ Ampia è la manualistica in argomento, FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, a cura di Montagnani, Milano, 2004, p. 67 ss.; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 127 ss.; SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di RESCIGNO e SCIARRONE ALIBRANDI, Milano, 2004, p. 32 ss.; TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1093 ss.; CORSI, *La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 414 ss.; LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell'emissione di strumenti finanziari*, in *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005, p. 519 ss.; NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini della fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 542 ss.; PISANI MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1268 ss.

⁶ *Contra*, sostengono l'assenza di una causa tipica unitaria CAVALLO BORGIA, *Della società per azioni, tomo IV, Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, a cura di Galgano Bologna, 2005; STAGNO D'ALCONTRES, *Commenti agli artt. 2346, 2349, 2351 e 2376 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario, Volume I artt. 2325- 2379 ter c.c.*, a cura di Niccolini – Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.

⁷ Per tutti, v. FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 805 ss.

⁸ Così pure SPADA, *Azioni e strumenti finanziari*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e Materiali*, 2004, suppl. 2, p. 221.

di uno strumento di credito, e come tale disciplinato. Secondo questa tesi, dunque, gli strumenti finanziari partecipativi non potrebbero *mai* dare luogo a strumenti assimilabili a capitale, con tutto ciò che ne consegue sul piano della loro rappresentazione contabile.

La posizione appena illustrata è stata sostenuta soprattutto nei tempi immediatamente successivi alla riforma del diritto societario che ha introdotto la disciplina dell'articolo 2346, sesto comma, ed invero pare sempre più destinata ad occupare una posizione minoritaria.

Nella letteratura che si è occupata del tema, si registra infatti, ed anzitutto, un certo successo della posizione, del tutto opposta a quella testé richiamata, che individua negli strumenti finanziari partecipativi *sempre e comunque* uno strumento assimilabile a capitale, negando invece che essi possano esser utilizzati dall'autonomia statutaria per "incorporare" (o meglio: "oggettivizzare") una posizione di natura essenzialmente creditoria⁹. Sebbene quelle appena menzionate siano conclusioni non completamente condivisibili – come meglio si vedrà tra breve – le argomentazioni che le sostengono, specie in quanto orientate alla confutazione della opposta tesi degli strumenti finanziari come strumenti necessariamente di debito, sono, a mio parere, del tutto fondate e meritano dunque di esser qui sinteticamente ricordate.

A ben vedere, infatti, nulla nella disciplina codicistica permette di considerare connaturato agli strumenti finanziari partecipativi un obbligo di rimborso di quanto apportato: la disposizione che detta la disciplina di tali strumenti è quella dell'articolo 2346, sesto comma, la quale tuttavia opera un ampio rimando alla autonomia statutaria senza prendere posizione alcuna in punto obbligo di restituzione del conferimento. Ed il tentativo di scorgere per via implicita un simile obbligo nella disposizione in materia di obbligazioni dell'articolo 2411, terzo comma, appare davvero poco promettente. Come già si accennava, infatti, la condivisa lettura di quest'ultima norma è quella che vi legge la legittimazione a considerare come "obbligazioni" anche, o meglio ad estendere la disciplina delle obbligazioni anche a strumenti che condizionino i tempi e l'entità del rimborso all'andamento economico della società. Ma nulla, nella disciplina di legge,

⁹ SORCI, *op. cit.*; MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo-Portale, Torino, 2004, vol. I, tomo 3, p. 259 ss.; MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004.

dice all'interprete che questi strumenti cui estendere la disciplina delle obbligazioni devono ritenersi coincidenti con gli strumenti finanziari partecipativi *ex* articolo 2346, sesto comma.

Anzi, semmai è vero il contrario. La disciplina tratteggiata dall'articolo 2346, sesto comma, è infatti diversa ed in parte incompatibile con quella delle obbligazioni: si pensi alla diversa ripartizione tra competenze assembleari e consiliari in sede di emissione e di definizione della relativa disciplina, alla facoltà – non consentita per le obbligazioni – di prevedere l'intrasferibilità dello strumento, alla facoltà di riconoscere agli strumenti partecipativi stessi diritti amministrativi tipici delle azioni ed incompatibili con le obbligazioni (tra i molti: nomina di componenti di organi sociali *ex* articolo 2351, quinto comma, o anche diritti di voto preventivo su materie assembleari da esercitarsi nell'assemblea speciale). E soprattutto si pensi alla possibilità, del tutto fisiologica, di attribuire ai titolari di strumenti finanziari *ex* articolo 2346, sesto comma, diritti patrimoniali, appunto... partecipativi, come anzitutto il diritto a ricevere utili, che non sembrano compatibili con i tratti tipologici essenziali del contratto di mutuo sottostante al prestito obbligazionario, pur tenuto conto delle aperture e della maggiore elasticità oggi assicurata dalla disciplina dell'articolo 2411¹⁰. Ma se vi è incompatibilità tra la disciplina che il legislatore offre per gli strumenti *ex* articolo 2346, sesto comma, e quella delle obbligazioni o dei titoli ad esse assimilati *ex* articolo 2411, terzo comma, è ben difficile, mi pare, sostenere che i primi siano necessariamente una *species* delle seconde.

Le osservazioni appena formulate inducono quindi ad *escludere*, a mio parere, che gli strumenti finanziari partecipativi debbano essere sempre e comunque considerati come strumenti di debito, e come tali trattati nella corrispondente rappresentazione contabile.

Meno condivisibile, invece, è il corollario che la dottrina da ultimo menzionata da ciò desume, e cioè che gli strumenti partecipativi debbano viceversa considerarsi sempre e comunque come strumenti assimilabili a strumenti di capitale. Ancora una volta, infatti, mi pare che una simile conclusione vada oltre gli indici che si ricavano dalla disciplina di legge. E' vero infatti che la fattispecie viene trattata nella medesima disposizione che

¹⁰ Su tali aspetti vedi soprattutto, NOTARI – GIANNELLI, *op. cit.*, p. 115 ss.

introduce lo strumento di *equity* per definizione, e cioè le azioni; ma non è men vero che, come noto, la collocazione di una norma nell'articolato codicistico non può di per se stessa considerarsi come determinante. La realtà è che, verosimilmente, così come la disciplina dell'articolo 2346, sesto comma, non può autorizzare a considerare gli strumenti in essa previsti come strumenti necessariamente portanti un obbligo di rimborso del capitale, e come tali sempre assimilabili a strumenti di debito, allo stesso modo essa non pare autorizzare a considerare i medesimi strumenti come sempre e comunque connotati dalla acquisizione a titolo definitivo dell'apporto alla società, e come sempre e necessariamente assimilabili a strumenti di capitale. Mi pare allora che bene concluda chi legge come tratto tipologico essenziale degli strumenti finanziari partecipativi *ex* articolo 2346, sesto comma, non tanto la loro natura di strumenti di *equity* o di strumenti di debito, quanto piuttosto la loro capacità di riconoscere al titolare un qualche diritto *partecipativo*, e cioè, più precisamente, una qualche forma di partecipazione al contratto di società un tempo altrimenti propria soltanto della posizione degli azionisti. La peculiarità degli strumenti finanziari partecipativi, insomma, consiste «*nell'attribuzione ai sottoscrittori, pur non essendo qualificabili come soci, di diritti sociali, in quanto derivanti dal contratto sociale, al quale pertanto essi "partecipano" in una forma diversa e (solo in un certo senso) attenuata rispetto a quella propria degli azionisti*»¹¹.

Diverse sono le ulteriori considerazioni e gli ulteriori approfondimenti che questa tesi della natura degli strumenti finanziari partecipativi solleciterebbe, considerazioni e approfondimenti che, tuttavia, esulano dai compiti che mi sono stati assegnati con queste note. Per quanto qui interessa, è sufficiente dunque ribadire che, rifiutata e non condivisa la tesi secondo cui gli strumenti in questione avrebbero inevitabilmente natura di strumenti di debito, l'interprete o condivide l'opposta tesi della necessaria loro natura di strumenti di *equity*, oppure prende atto, per così dire, della loro atipicità, anche funzionale, e procede con l'osservazione delle concrete caratteristiche del singolo strumento finanziario partecipativo che egli è chiamato ad analizzare, per verificarne in concreto l'inclusione nell'una o nell'altra delle possibili tipologie di apporto - a capitale

¹¹ NOTARI – GIANNELLI, *op cit.*, p. 116; v. pure SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2003, p. 205 ss.

di rischio ovvero a capitale di credito - che la disciplina soprattutto aziendalistica conosce. A ciò dunque si deve ora procedere, analizzando gli strumenti finanziari partecipativi emessi da Alfa S.p.A. sulla base dei parametri messi a fuoco nel primo paragrafo.

3. *Gli strumenti finanziari partecipativi emessi da Alfa S.p.A.: la loro natura di strumenti di capitale di rischio, e la conseguente rappresentazione contabile.*

È opinione ormai consolidata, lo si è appunto sottolineato nel primo paragrafo, che l'aspetto essenziale ed irrinunciabile, affinché un dato strumento finanziario possa considerarsi compreso o assimilato nell'ambito del capitale di rischio, consiste nell'assenza di obblighi di restituzione di quanto apportato a fronte della sottoscrizione dello strumento.

Ebbene, l'articolo 3 del regolamento di detti strumenti finanziari partecipativi con formulazione inequivoca precisa proprio che «*l'apporto viene effettuato a fondo perduto, senza diritto di rimborso, e viene contabilizzato in un'apposita riserva del patrimonio netto denominata "Riserva Apporto Strumento Finanziario Partecipativo". La titolarità degli SFP, fatti salvi i diritti patrimoniali disciplinati dal presente Regolamento, non attribuisce alcun diritto alla restituzione di quanto oggetto di apporto, né di quanto confluito nella "Riserva Apporto Strumento Finanziario Partecipativo", nemmeno nel contesto della liquidazione della Società*».

L'assetto cui l'apporto dà luogo, come si vede, costituisce un'ipotesi si direbbe paradigmatica di partecipazione al capitale di rischio. Colui che sottoscrive gli strumenti, infatti, rinuncia a qualunque diritto a vedersi restituito l'apporto, tanto nel corso della vita della società, quanto in fase di liquidazione. Sotto quest'ultimo profilo, si badi, è vero che l'articolo 4 del regolamento riconosce al sottoscrittore diritti patrimoniali connessi alla liquidazione della società: ma si tratta del diritto a partecipare al riparto del residuo attivo di liquidazione «*quale risultante al netto del pagamento di tutti i creditori della Società*», e pertanto si tratta del diritto tipico non certo di chi apporta capitale di credito, ma di chi apporta capitale di rischio. Il sottoscrittore di

strumenti finanziari partecipativi di Alfa S.p.A., insomma, effettua a favore della società un apporto a fondo perduto, essendo esso acquisito in via definitiva al patrimonio della società; egli, conseguentemente, si colloca in una posizione del tutto analoga a quella in cui si trova il socio, e cioè il soggetto che, si ribadisce, apporta alla società capitale tipicamente di rischio.

Una simile configurazione dell'apporto del sottoscrittore degli strumenti finanziari di Alfa S.p.A. implica come immediata conseguenza, sotto il profilo della rappresentazione contabile dell'operazione, la necessità di apportare nel patrimonio netto della società una riserva di valore corrispondente al valore dell'apporto; conseguenza, questa, condivisa dalla unanime della dottrina¹².

Si osservi, ancora, che la riserva che si viene a creare con la sottoscrizione degli strumenti finanziari è una riserva che, sia pure denominata in modo da richiamare l'operazione che l'ha generata, vive, per così dire, di vita propria. Una volta appurato che l'apporto viene effettuato a fondo perduto, e dunque senza alcun obbligo restitutorio, ritengo infatti che la corrispondente riserva perda ogni legame con i singoli strumenti finanziari partecipativi sottoscritti con l'apporto, e che dunque essa possa e debba esser utilizzata, ad esempio, per coprire le perdite senza che ciò ovviamente comporti la necessaria "cancellazione" di proporzionale numero di strumenti partecipativi ancora in circolazione. Possono certo essere introdotti – come sono introdotti – alcuni diritti patrimoniali che implicano anche la possibile distribuzione della riserva: ma si tratta, appunto, di diritti patrimoniali attribuiti ai titolari degli strumenti in via convenzionale, e che non derivano dal persistere di una correlazione automatica e necessaria tra riserva a suo tempo costituita con l'apporto e strumenti con l'apporto medesimo sottoscritti.

¹² Tra i molti: COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime considerazioni*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I, p. 45 ss. e BUSSOLETTI, *L'iscrizione in bilancio degli apporti non di capitale (titoli partecipativi e apporti di terzi nei patrimoni destinati)*, in *Liber Amicorum Campobasso*, Torino, 2007, vol. III, 187, p. 194). Più precisamente, a fronte dell'apporto di detti strumenti si procederà ad iscrivere una posta di patrimonio netto assimilabile, a mio parere, ad una qualunque riserva statutaria, e come tale destinata ad essere intaccata dalle perdite subordinatamente alle riserve genericamente disponibili, ma prioritariamente rispetto sia alla riserva legale, sia soprattutto al capitale sociale (cfr., sulle riserve statutarie in genere: COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo – Portale, vol. VII, Torino, 1994, p. 510).

La configurazione degli strumenti finanziari di Alfa S.p.A. come strumenti di capitale di rischio, e non come strumenti di debito, viene poi confermata anche guardando agli altri, pur di per sé non decisivi, parametri richiamati nel primo paragrafo. Gli strumenti di Alfa S.p.A., anzitutto, partecipano alle perdite esattamente come partecipano alle perdite le azioni. Ciò emerge con chiarezza dal disposto dell'articolo 6.2 del regolamento, in cui si precisa che, mano a mano, per così dire, che le azioni vengono annullate a causa di perdite, eguale corrispondente annullamento colpisce gli strumenti finanziari partecipativi. E poiché è proprio dal numero degli strumenti posseduti che dipende l'ammontare dei diritti patrimoniali ed amministrativi esercitabili – e dunque, in ultima istanza, la stessa titolarità delle posizioni giuridiche connesse agli strumenti – tale corrispondenza significa perfetta parità tra azioni e strumenti nella partecipazione alle perdite della società. Ancora una volta, dunque, il trattamento è quello tipicamente riservato dei titolari di strumenti di partecipazione al capitale di rischio.

Anche la configurazione dei diritti patrimoniali degli strumenti finanziari partecipativi di Alfa S.p.A. risulta poi *sostanzialmente* allineata a quella tipica degli strumenti di *equity*. I titolari di strumenti, infatti, anzitutto partecipano, sia pure con un privilegio quantitativo rispetto alle azioni, alla distribuzione di utili e di riserve da utile di cui l'assemblea abbia deliberato la distribuzione (articolo 4 del regolamento), e dunque partecipano alla remunerazione tipica non certo del finanziamento, quanto piuttosto dell'investimento azionario. Essi, inoltre, beneficiano (perlopiù in corrispondenza di una ipotesi di recesso) del diritto di ricevere una serie di distribuzioni di importi di denaro disciplinate nell'articolo 7 del regolamento, diritto che peraltro può esercitarsi solo a valere su riserve esistenti, e che comunque si attiva soltanto a seguito del verificarsi di determinati fatti gestionali, da cui a sua volta derivi un saldo positivo di alcune poste di bilancio: anche in tal caso, dunque, la remunerazione dipende dai risultati dell'attività di impresa, in modo coerente con quanto accade per la tipica remunerazione dell'investimento a capitale.

La rosa dei diritti patrimoniali, da ultimo, si completa con il diritto (sempre in corrispondenza di una ipotesi di recesso) a ricevere a determinate condizioni alcuni asset della società emittente gli strumenti, e più precisamente il diritto a ricevere una porzione delle azioni di Alfa S.p.A. ancora detenute in portafoglio. Anche in questo

caso, si tratta di un beneficio economico del tutto aleatorio, considerato che esso ha per oggetto una porzione prestabilita di azioni Alfa S.p.A., senza tuttavia che il valore reale (o anche solo contabile) di queste ultime abbia alcuna rilevanza. E comunque, si deve rimarcare, si tratta di un beneficio economico il cui pregio, in quanto del tutto aleatorio ed indeterminabile *ex ante*, non ha alcuna correlazione con il valore economico di quanto conferito.

In conclusione, nuovamente richiamando l'insussistenza, stabilita dall'articolo 2 del regolamento, dell'obbligo di rimborso di quanto oggetto di apporto, confermo l'opinione secondo cui gli strumenti finanziari emessi da Alfa S.p.A. debbano essere considerati come strumenti assimilabili a strumenti di partecipazione al capitale di rischio.

Rimango a disposizione per ogni ulteriori approfondimento risultasse necessario, e porgo i miei più cordiali saluti.

Carlo Marchetti

Italia – Tribunale di Milano

Nullità del trust liquidatorio che non preveda la restituzione del fondo al curatore in caso di fallimento

Società – stato di insolvenza – trust liquidatorio – clausole limitative – mancanza – fallimento – nullità

Un trust liquidatorio, per armonizzarsi con la disciplina della convenzione de L'Aja, art. 15 lettera e), deve prevedere che in caso di fallimento i beni siano restituiti al curatore; in mancanza, le disposizioni sulla gestione del fondo in trust sono contrarie a norme imperative.

La nullità investe l'intero negozio, sebbene il profilo di contrarietà attenga soltanto alla gestione del patrimonio nel caso di fallimento e alla mancata previsione della riconsegna dei beni al curatore, quando questo è stato il vero ed unico motivo per cui le parti si determinarono a stipulare il trust.

■ Tribunale di Milano, Sez. VIII Civile, E. Consolandi G.U., 29 ottobre 2010 [Fall.to F S.n.c. di G.G. e C. c Y S.r.l.]

TESTO DELLA SENTENZA

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO

La società F S.n.c. aveva per soci ed amministratori due coniugi, G.G. e I. B. e prima del 2006 altri due loro familiari e versava in cattive acque finanziariamente, con ingiunzioni pendenti e sfratto per morosità.

Il 19 ottobre 2007 veniva posta in liquidazione e il successivo 8 novembre costituiva un trust liquidatorio, oggi convenuto nella persona del trustee, nel quale veniva conferito l'intero patrimonio sociale; i due coniugi soci erano nominati l'uno - almeno inizialmente - trustee e l'altro guardiano; beneficiari i creditori della società, scopo la liquidazione da attuarsi salvaguardando il valore dell'impresa. Dopo poco la azienda veniva affitta a società terza.

Su istanza di due fornitori il Tribunale di Milano dichiarava il fallimento - con sentenza 8-12 gennaio 2009 - della società e dei due soci; si apriva una questione sulla nomina del nuovo trustee effettuata dal curatore fallimentare, durante la quale il trust veniva incidentalmente dichiarato nullo in sede cautelare. Il curatore richiedeva ed otteneva il sequestro giudiziario dei beni conferiti nel trust.

Si tratta qui della azione di merito conseguente al sequestro giudiziario, ove il fallimento sostiene spettare alla società fallita i beni un tempo sottoposti al trust, perché:

a) questo tipo di trust "liquidatorio" non sarebbe rico-

nosciuto dal nostro ordinamento, perché le parti l'hanno voluto sottoporre alla legge di Jersey, senza che abbia alcun criterio di collegamento con tale territorio.

b) si tratterebbe di trust nullo perché simulato (c.d. sham trust), non portatore di interessi tutelabili: in realtà si tratterebbe di iniziativa in frode ai creditori non essendosi gli organi del trust minimamente preoccupati di perseguire le finalità liquidatorie dichiarate.

c) il trust è nullo perché contrastante a norme inderogabili, poiché consente la disapplicazione delle norme sul fallimento che regolano lo stato di insolvenza.

Sostiene parte convenuta con diversi argomenti la va-

Publichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata da Maurizio Lupoi, *infra*, 211.

Sulla medesima vicenda si era già pronunciato il Tribunale di Milano, in data 16 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 533, a seguito di ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. avverso l'istituzione del trust. Tale ordinanza è stata successivamente oggetto di reclamo deciso con provvedimento del 30 luglio 2009, *ivi*, 2010, 80.

Con ordinanza in data 17 luglio 2009, in questa Rivista, 2009, 628, il medesimo Tribunale aveva, altresì, disposto il sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. dei beni aziendali vincolati nel trust. Tale provvedimento è stato confermato in sede di reclamo con ordinanza del 22 ottobre 2009, *ivi*, 2010, 77.

La sentenza dichiarativa del fallimento è stata confermata dalla Corte d'Appello di Milano in data 29 ottobre 2009, in questa Rivista, 2010, 271. In materia di nullità dei trust liquidatori si v. anche l'ordinanza del Tribunale di Alessandria in data 24 novembre 2009, in questa Rivista, 2010, 171, emessa a seguito di ricorso per sequestro conservativo.

Giurisprudenza italiana

Trusts
e attività fiduciarie

liquidità del trust e la opponibilità al fallimento del vincolo di destinazione impresso ai beni costituenti il patrimonio della società fallita.

Ritenutasi di natura documentale, la causa è stata inviata in decisione senza istruttoria.

La convenzione dell'Aja sul trust recepita dalla L. 364 del 1989, riconosce i beni vincolati dal trust come una massa distinta e la possibilità che il trust sia regolato dalla legge prescelta con l'atto fondativo. La stessa legge riconosce la non aggredivibilità da parte dei creditori particolari del trustee. Tuttavia all'art. 15 la convenzione dice che:

"La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie:

...
e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità;

...
Quallora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici."

È dunque la legge stessa che ammette il trust nel nostro ordinamento a stabilire una limitazione all'istituto per i casi di "insolvibilità".

Del resto la materia fallimentare, assistita anche da norme di carattere penale, è improntata prioritariamente alla tutela di interessi pubblici, nei quali la protezione degli interessi della massa creditoria è in realtà finalizzata alla tutela dei traffici commerciali e ciò non solo nell'ordinamento italiano.

Si giustifica perciò pienamente il limite posto alla operatività del trust nel caso di sovrapposizione fra la disciplina di questo e la gestione legale della insolvenza, cioè in materia fallimentare.

La norma ora considerata esclude dunque che la disciplina della separazione patrimoniale e del vincolo di destinazione dei beni possa sopravvivere al fallimento del conferente o del trustee, per cui i beni di costoro, anche se oggetto del trust saranno assoggettati alla disciplina del fallimento.

Ciò non esclude la liceità di un trust liquidatorio, che, come mette in luce parte convenuta, potrebbe avere una sua utilità nell'affidare la crisi della impresa a soggetti terzi e meno interessati rispetto all'imprenditore insolvente, magari anche consentendo una prosecuzione dell'impresa e la salvaguardia di valori - quali l'avviamento - legati al suo funzionamento. Tuttavia questo tipo di trust dovrebbe contenere delle clausole che ne limitino la operatività nel caso di insolvenza conclamata, in modo da restituire i beni comunque alla procedura inderogabile e di carattere pubblico prevista per questi casi⁽¹⁾. In parole semplici un trust liquidatorio, per armonizzarsi con la disciplina della convenzione, art. 15 lettera E ricordata sopra, deve prevedere che in caso di fallimento i beni siano restituiti al curatore.

Ove ciò non sia, come nel caso di specie nel quale nul-

la è stato previsto per il caso di insolvenza, nonostante la crisi della impresa per carenza di liquidità fosse proprio uno dei motivi che hanno indotto a stipulare il trust, il "mezzo giuridico" di cui la A.G. dispone è la declaratoria di nullità per contrarietà a norme imperative e cioè l'inevitabile assoggettamento alla disciplina fallimentare di tutto il patrimonio del fallito, ivi compreso quanto destinato al trust.

Parte convenuta critica la richiesta nullità sostenendo la inapplicabilità della disciplina della nullità contrattuale al trust, che sarebbe un mero negozio.

Da un lato si deve attribuire, secondo questo giudice, la natura contrattuale al patto fondativo del trust, almeno nel caso di specie, laddove è confluita la volontà di più persone (società conferente, trustee e guardiano), anche se con comunione di scopo, per regolare aspetti economici futuri; dall'altro sembra proprio doversi estendere la disciplina della contrarietà a norme imperative anche ai negozi giuridici.

La dichiarata nullità esime dalla disamina degli altri motivi di vizio sollevati da parte attrice, quali la simulazione, la frode e la non riconoscibilità nell'ordinamento italiano.

È solo da specificare che si tratta di nullità totale e non parziale perché seppure il profilo di contrarietà attenga soltanto la gestione del patrimonio nel caso di fallimento e la mancata previsione della riconsegna dei beni al curatore, perché si ritiene che in realtà questo sia stato il vero ed unico motivo per cui le parti si determinarono a stipulare il trust, posto che nessuna gestione effettivamente liquidatoria o volta al pagamento dei creditori - che poi infatti hanno chiesto il fallimento - è stata portata avanti nel non breve periodo intercorso fra il contratto fondativo e il fallimento ed anche perché il trustee è stato nominato uno dei soci, che avevano la gestione anche prima del trust.

Va conseguentemente accolta la domanda di restituzione al fallimento dei beni oggetto del trust.

A ciò consegue inoltre il pagamento delle spese processuali, liquidate come da nota.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza disattesa o assorbita, dichiara la nullità del trust F.S.n.c. di G.G. e C. e condanna Y S.r.l. a restituire al fallimento attore tutti i beni costituenti il patrimonio aziendale della fallita conferiti nel predetto trust.

Condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice le spese di lite, che si liquidano in € 75,5 per spese, nulla per spese imponibili, € 653,00 per diritti, € 14.705,00 per onorari, oltre I.V.A., C.P.A. e rimborso forfetario 12,5%.

Così deciso in data 29/10/2010 dal TRIBUNALE ORDINARIO di Milano.

Il Giudice Dott. Enrico Consolandi

Nota:

(1) Una clausola di questo genere è in M. Lupoi, Atti istitutivi di trust e contratti di affidamento fiduciario, Milano, 2010, p. 119.

R.G. N. 109/2012

GIUDICE DEL REGISTRO DELLE IMPRESE



TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

Oggi 17 luglio 2013 alle ore 12.15 avanti il Giudice del Registro sono comparsi per la ricorrente l'avv. [redacted] in sost. avv. [redacted]; per i signori P. e F. l'avv. [redacted]; per i signori C. e A. l'avv. [redacted]; la dr.ssa [redacted] per l'Ufficio del Registro delle Imprese.

E' altresì presente ai fini della pratica forense il dr. [redacted]

L'avv. [redacted] insiste per l'accoglimento del ricorso, quanto alle argomentazioni avversarie ribadendo come nel caso di specie non è stato rispettato lo schema legale, la liquidazione non è stata compiuta ma demandata a un terzo tuttora in attività, e sottolineando che nelle stesse pronunce della cassazione a sezione unite citate da controparte si afferma che la cancellazione della iscrizione della cancellazione può essere disposta nel caso in cui la società continui ad operare. Quanto al lamentato venir meno di uno dei soci sottolinea che comunque la compagine sociale era composta da più soggetti.

L'avv. [redacted] ribadisce che con il trust la liquidazione si è compiuta essendo stati trasferiti tutti i beni con delegazione di pagamento dei creditori e quindi insiste per il rigetto del ricorso riportandosi alle precedenti difese.

La dott.ssa [redacted] chiede che il ricorso venga accolto secondo l'orientamento seguito già in altri casi dal giudice del registro e attualmente anche dal conservatore.

L'avv. [redacted] chiede il rigetto del ricorso e fa notare che il socio venuto meno era detentore del 90 per cento circa del capitale, da ciò si ricava che il tempo ha inciso sulla situazione.

Il giudice

si riserva di provvedere.

Il giudice

Elena Riva Crugnola

Successivamente, a scioglimento della riserva di cui al verbale che precede;

il giudice

considerato che con proprio provvedimento del 12.3.2012 questo giudice ha così disposto:

"Il Curatore del FALLIMENTO R. - R. T. SPA ha chiesto, con atto depositato il 2.8.2011, che il Giudice del registro disponga ex art.2191 cc la cancellazione della iscrizione eseguita l'11.8.2010 relativa alla cancellazione dal Registro delle Imprese della SPA R. - R. T. in liquidazione, richiesta fondata:

1. sulla sopravvenuta dichiarazione di fallimento della spa, come da sentenza del Tribunale di Torino del 10.5.2011;
2. sulla asserita insussistenza dei presupposti di legge per la cancellazione della società,
 - o date le vicende del tutto anomale della liquidazione,

- o deliberata dall'assemblea dei soci del 9.6.2010, con la quale si è contestualmente autorizzata l'istituzione di un trust liquidatorio, poi immediatamente costituito dal liquidatore,
- o con successiva approvazione, sempre da parte dell'assemblea, alle ore 20 della stessa giornata, di un bilancio finale evidenziante l'azzeramento di tutte le voci posto l'intervenuto trasferimento di ogni cespiti e rapporto al trust.

Disposta dal Giudice del Registro la convocazione avanti a sé degli interessati, vale a dire, oltre che del ricorrente e del Conservatore del registro, degli ex soci e del cessato liquidatore nominato trustee nonché del successivo trustee e del guardiano del trust, la ricorrente ha provveduto alle relative notifiche alle quali ha fatto seguito, all'udienza del 25.1.2012, la comparsa nel procedimento:

- del cessato liquidatore e primo trustee, S. B.,
- nonché dei due ex soci G. F. (subentrato nell'incarico di trustee a S. B.) e A. F. (svolgente il ruolo di "guardiano" del trust),
- mentre la KELA LTD,
 - o società estera alla quale era stata ceduta l'intera partecipazione dal G. F. e dalla A.F. immediatamente prima della assemblea deliberante la messa in liquidazione,
- benché ritualmente convocata, non si è presentata.

Sia il S. B. sia il G. F. e la A. F. non hanno contrastato la richiesta del FALLIMENTO, ed anzi i due ex soci hanno svolto richiesta ex art.2191 cc analoga a quella del ricorrente, evidenziando come le contemporanee operazioni di liquidazione/istituzione di trust/cancellazione fossero in realtà state il frutto non di una loro consapevole iniziativa ma dei consigli e delle attività di un legale milanese e della sua collegata srl di "consulenza legale per aziende in crisi", cui si erano rivolti per uscire da una crisi finanziaria che aveva colpito la società, consigli e attività in relazione ai quali il G.F. e la A.F. hanno specificato di aver sporto denuncia querela per truffa e per appropriazione indebita.

Il Conservatore del Registro delle Imprese ha poi depositato il 13.2.2012, nel termine assegnatogli, propria memoria nella quale ha concluso per l'irrelevanza del sopravvenuto fallimento della spa e per la correttezza della iscrizione della cancellazione della spa dal Registro, dato l'orientamento giurisprudenziale di merito che riconosce -sia pure con varie precisazioni- l'ammissibilità del trust nel nostro ordinamento e data la consolidata opinione circa l'ambito limitato (e non estendibile alla validità degli atti presupposti) del controllo preliminare alla iscrizione.

All'esito di tale contraddittorio il Giudice del registro reputa che debba essere emesso il provvedimento di cancellazione in discussione, apparendo condivisibile la seconda delle ragioni addotte dal FALLIMENTO ricorrente¹.

Al riguardo va infatti in particolare considerato:

- in primo luogo, che la cancellazione di iscrizione nel Registro delle imprese avvenuta "senza che esistano le condizioni richieste dalla legge" è provvedimento adottabile d'ufficio, come esplicitato dalla rubrica dell'art.2191 cc, "Cancellazione d'ufficio",

¹ Quanto alla prima deduzione del ricorrente, essa, come osservato dal Conservatore, non risulta pertinente, posto che:

- dalla disciplina normativa che consente la dichiarazione di fallimento di società cancellate dal Registro delle Imprese entro l'anno dalla cancellazione ex art.10 L.F. non pare possibile trarre, come sostiene invece il ricorrente, la necessità di procedere alla cancellazione della società dal Registro delle imprese,
- tale cancellazione non essendo né richiesta dalla complessiva disciplina né comunque utile alla massa dei creditori, la procedura concorsuale relativa ai quali non risulta in alcun modo depotenziata dal fatto che il fallimento riguardi una società cancellata dal Registro.

- con la conseguenza che restano irrilevanti eventuali considerazioni in ordine alla mancanza di interesse del FALLIMENTO (che ha chiesto nell'ambito di distinto procedimento contenzioso declaratoria di nullità/inefficacia dell'atto di istituzione del trust);
- in secondo luogo, poi, che ai sensi del primo comma dell'art.2495 cc il presupposto della cancellazione di società dal Registro delle Imprese è rappresentato dalla approvazione del bilancio finale di liquidazione, vale a dire di documento contabile che presuppone l'avvenuta integrale liquidazione dell'attivo e la sua destinazione al pagamento dei creditori e dei finanziatori postergati ex art.2467 cc, e che deve conseguentemente individuare specificatamente il residuo attivo da distribuire pro quota ai soci,
- residuo che delimita, ex art.2495 secondo comma cc, la misura della responsabilità patrimoniale personale degli (ex) soci rispetto ad eventuali creditori sociali rimasti insoddisfatti;
- in terzo luogo, che nel caso di specie il bilancio finale di liquidazione consiste in un documento contabile solo apparente, essendo completamente privo del contenuto proprio, posto che,
 - o in dipendenza della contestualità tra delibera di messa in liquidazione, istituzione del trust, e approvazione del bilancio finale,
- in sostanza il documento contabile non reca alcuna indicazione circa l'esito delle attività liquidatorie ma si limita, come si legge nella nota integrativa (cfr. sub doc.4 ricorrente), a dar atto del trasferimento al trust dell'intero patrimonio sociale e del conseguente azzeramento di tutte le voci dell'attivo e del passivo,
- così risolvendosi in una mera presa d'atto di modalità liquidatorie future demandate al trustee secondo l'atto istitutivo del trust (cfr. doc.3 ricorrente),
- e, soprattutto, così risultando privo di qualsiasi specificazione dell'ammontare dei residui attivi distribuiti ai soci, pure indicati nell'atto istitutivo quali "beneficiari finali" del patrimonio segregato (cfr. clausola 14.2 dell'atto istitutivo).

Per quanto fin qui detto deve dunque ritenersi che nel caso di specie ci si trovi in presenza di una iscrizione eseguita in difetto dei presupposti di legge e come tale cancellabile su disposizione del Giudice del registro²,

- in particolare in quanto la inidoneità del documento depositato dal liquidatore a rappresentare "il bilancio finale di liquidazione" richiesto dalla legge
- risulta dal mero controllo formale del documento, dal quale emerge che si tratta di un documento contabile "vuoto", di per sé incapace di dar conto delle vicende liquidatorie e, in particolare, della sussistenza di attivo di liquidazione.

Per i motivi fin qui indicati deve dunque ritenersi che la iscrizione in discussione sia avvenuta in mancanza dei presupposti di legge e ne va quindi ordinata la cancellazione, e ciò a prescindere da ogni valutazione circa la validità dell'atto istitutivo del trust, valutazione che, come sottolineato dal Conservatore, non è demandata né al Conservatore né al Giudice del Registro delle imprese.

P.Q.M.

Visto l'art.2191 cc;

ordina la cancellazione dal Registro delle imprese della iscrizione eseguita l'11.8.2010 relativa alla cancellazione dal Registro delle Imprese della SPA R. – R. T. in liquidazione."

² Cfr. nello stesso senso in una fattispecie analoga il provvedimento del Giudice del Registro di Bolzano 13/17.6.2011, inedito e prodotto dal Conservatore in allegato alla sua memoria.

rilevato che la motivazione sopra riportata appare sovrapponibile anche al presente procedimento, nel quale la banca ricorrente ha chiesto disporsi ex art.2191 cc la cancellazione della iscrizione relativa alla cancellazione dal Registro delle imprese della srl D. P. I. IN LIQUIDAZIONE, sul presupposto che tale iscrizione sia avvenuta in difetto delle condizioni di legge, in particolare il bilancio finale di liquidazione non presentando il contenuto richiesto dall'art.2492 cc:

- essendo stata deliberata la nomina del liquidatore il 21.7.2008,
- il 24.7.2008 essendo stato disposto il conferimento di tutto il patrimonio attivo e passivo dell'ente ad apposito *trust* liquidatorio costituito nella stessa giornata,
- e il 25.7.2008 essendo stato sottoposto all'assemblea dei soci il bilancio finale di liquidazione, il quale *"non reca alcuna indicazione circa l'esito delle attività liquidatorie ma si limita, piuttosto, a dare atto dell'azzeramento dell'attivo e del passivo, per effetto del trasferimento, senza corrispettivo, del patrimonio della società al trust"*,
- così in sostanza rappresentando *"un documento inidoneo a dar conto delle vicende liquidatorie e, pertanto, insoddisfacente rispetto al presupposto richiesto dall'art.2495 cc"*;

ritenuto che la conclusione alle quale si è pervenuti nel provvedimento sopra riportato non pare inficiata dalle argomentazioni degli (ex) soci della srl cancellata, L. C. e S. A., in particolare richiamanti il sopravvenuto chiarimento in tema di interpretazione della disciplina ex art.2495 cc di cui a Cass. s.u. n.6070/2013, la disciplina di cui al sesto comma dell'art.2490 cc, nonché l'intervenuta estinzione di uno dei soci della srl cancellata, considerato:

- quanto al primo tema, che la recente pronuncia a sezioni unite non pare affermare, come sostiene la difesa in esame, la assoluta irreversibilità della cancellazione di società di capitali così sottraendo la relativa iscrizione al regime della cancellazione d'ufficio ex art.2191 cc, ma, più limitatamente, chiarisce il regime dei rapporti giuridici (ancora) sussistenti dopo la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese richiamando al riguardo un fenomeno *latu sensu* successorio in capo agli (ex) soci,
- tematica questa, a ben vedere, di per sé differente da quella dibattuta nel presente procedimento,
 - ove non si discute della necessità di cancellazione di iscrizione di cancellazione sul presupposto del mancato compimento della liquidazione in riferimento a taluni rapporti giuridici facenti capo all'ente estinto (necessità appunto esclusa dalla Cassazione nella sentenza n. 6070/2013, che ha ritenuto tal genere di rapporti proseguano in capo agli ex soci),
 - ma si discute invece della necessità di cancellazione di iscrizione di cancellazione avvenuta nella completa pretermissione del procedimento di liquidazione richiesto per tale iscrizione dall'art.2495 cc, la liquidazione dell'intero patrimonio sociale essendo stata in concreto affidata -per un tempo futuro rispetto alla data di redazione del bilancio finale- ad un soggetto esterno all'ente, appunto il *trust* nel caso di specie istituito il 24.7.2008,
 - sì che, in sostanza, come già chiarito nella motivazione sopra riportata, l'intero meccanismo di cui all'art.2495 cc viene a "saltare",
 - pervenendosi a una cancellazione dell'ente (con la conseguenza della sua estinzione) in difetto di qualsiasi riscontro endosocietario (anche in termini di pubblicità della relativa documentazione contabile) circa l'attività di liquidazione, in realtà ancora da compiersi (da parte del *trust*) al momento della richiesta di cancellazione,

- e, dunque, in definitiva, vengono a mancare le "condizioni richieste dalla legge" per l'iscrizione di cancellazione;

- quanto al secondo tema, che la previsione ex art.2490 sesto comma cc, di cancellazione d'ufficio dal Registro delle imprese delle società di capitali in fase di liquidazione le quali non depositino "per oltre tre anni consecutivi" il bilancio annuale previsto dagli altri commi della norma, non pare configurabile come norma centrale del sistema, dalla quale possa ricavarci, come sostenuto dalla difesa in esame, *"che la chiusura della fase liquidatoria non è presupposto necessario della cancellazione"*, ma rappresenta piuttosto una eccezione al disegno generale di cui all'art.2495 cc, eccezione la cui *ratio* pare rimandare ad una sorta di presunzione di irrilevanza del protrarsi della liquidazione nel caso di completa e continuata inerzia dell'organo liquidatore;
- quanto al terzo tema, che l'argomento di fatto appare non dirimente, fenomeni estintivi di soci di società di capitali ben potendo verificarsi anche rispetto a società non cancellate ed essendo quindi da regolare secondo i principi generali dell'ordinamento;

ritenuto dunque che, per quanto fin qui detto, la iscrizione in discussione sia avvenuta in mancanza dei presupposti di legge e ne vada quindi ordinata d'ufficio la cancellazione;

P.Q.M.

visto l'art.2191 cc;

ordina la cancellazione dal Registro delle imprese della iscrizione eseguita il 9.9.2008 relativa alla cancellazione dal Registro delle Imprese della SRL D. P. I. IN LIQUIDAZIONE.

Milano, 12 settembre 2013.

Il Giudice del Registro delle Imprese

Elena Riva Crugnola



IL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

(decreto di inammissibilità della proposta concordataria – articolo 162 del regio decreto 16 marzo 1942 n° 267)

riunito in camera di consiglio e così composto:

dottorressa	Rosaria	Savastano	presidente
dottor	Luciano	Varotti	giudice
dottor	Giovanni	Fanticini	giudice rel.

nel procedimento camerale iscritto al n° 16 del ruolo generale dell'anno 2014 (concordato preventivo EDILOTTO S.r.l.)

- esaminata la proposta concordataria e la documentazione a questa allegata, nonché l'integrazione del 26/6/2014,
 - sentita la debitrice in camera di consiglio – ai sensi dell'art. 162 comma 2° L.F. – in data 14/7/2014,
- ha emesso il seguente

DECRETO

Edilotto S.r.l., con sede in piazza M.M.Boiardo 2 a Scandiano, ha presentato – il 21/5/2014 – domanda per l'ammissione alla procedura di concordato.

Spetta al Tribunale "il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato", il quale si estrinseca mediante il "controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura", la "delibazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni adottate dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano" e "valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura" (Cass. Sez. Un. 1521/2013).

Ritiene il Collegio che la proposta concordataria e il piano depositati da Edilotto non corrispondano ai requisiti di "fattibilità giuridica" sopra indicati.

Infatti:

- La degradazione dei crediti privilegiati (ivi compresi quelli speciali ex art. 2758 comma 2° c.c.) e ipotecari si fonda su un'attestazione ex art. 160 comma 2° L.F. che muove da una premessa errata: si afferma, infatti, che nello scenario fallimentare il patrimonio mobiliare sarebbe incapiente per il pagamento dei crediti prededucibili e che, per conseguenza, tutti i creditori che su quel patrimonio vantano un privilegio sono da considerare declassati a chirografari. In realtà, si trascura di considerare che le spese prededucibili, in caso di fallimento, graverebbero anche sull'attivo immobiliare e, in assenza di specifiche indicazioni da parte della ricorrente, in misura proporzionale al presumibile ricavato (Cass. 11500/2010). Così opinando – stando alle previsioni di ricavo e di spese (prededucibili) formulate dalla stessa Edilotto, l'attivo mobiliare di Euro 122.070 sarebbe gravato da spese in prededuzione per Euro 18.400, mentre quello immobiliare per Euro 298.450. Sul residuo patrimonio di Euro 103.670 (Euro 122.070,00 – Euro 18.400) potrebbero dunque trovare soddisfazione i creditori privilegiati generali, che invece, come detto, sono stati declassati e falcidiati.
- Per quanto esposto *sub a)*, è errata anche la quantificazione dei crediti, soddisfatti e degradati, di Credito Cooperativo Reggiano: risultando maggiormente inciso dalle spese in prededuzione il patrimonio immobiliare, non potrà evidentemente soddisfarsi il credito ipotecario nella



prospettata percentuale e aumenterà la parte del credito degradata a chirografo (classe 6 ammessa al voto).

- Quando al privilegio speciale ex art. 2758 comma 2° c.c. (certamente significativo stando all'entità dei crediti annoverati tra i privilegiati ex art. 2751-bis nn. 2 e 5), lo stesso deve essere – nel concordato – integralmente soddisfatto (Cass. 12064/2013), a meno che "il proponente non si sia avvalso della facoltà, introdotta dal novellato art. 160 legge fall., di limitare la soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte del loro credito, che troverebbe capienza nell'ipotesi di liquidazione del bene gravato." (Cass. 24970/2013); la relazione giurata avrebbe però dovuto individuare specificamente i beni presenti nel patrimonio e, valutato il presumibile introito derivante dalla loro liquidazione, eventualmente falcidiarli.
- La fattibilità (giuridica) del concordato si regge interamente sulla finanza esterna, atteso che le risorse proprie di Edilotto non sono sufficienti nemmeno per il pagamento dei debiti garantiti da ipoteca sugli immobili: è dunque essenziale (ed è compito del Tribunale) verificare la validità degli atti previsti dalla proposta concordataria per garantire tale apporto e per mantenerlo vincolato alla sua destinazione.
- L'apporto di Euro 40.000 di Frignani Costruzioni S.r.l. non appare soddisfare tali requisiti:
 - contrariamente agli assunti contenuti nella memoria integrativa, non c'è un interesse economico di gruppo (non esiste un gruppo o, quantomeno, non ne è stata esplicitata la sua esistenza) che viene soddisfatto in via mediata e indiretta;
 - inoltre, un "mero atto liberale" non può essere ritenuto vincolante e legittimo: le società commerciali che hanno come fine il lucro non possono compiere atti di liberalità (a meno che ciò non sia previsto e disciplinato dallo statuto societario) e, in ogni caso, l'impegno al compimento di atti liberali non è coercibile (di talché un eventuale ripensamento priverebbe l'attivo di voci essenziali alla tenuta della proposta);
 - l'atto, dichiaratamente estraneo all'oggetto sociale, non può ritenersi convalidato dall'approvazione totalitaria dei soci e, anzi, secondo la giurisprudenza (Cass. 20597/2010), l'atto *ultra vires* deve reputarsi nullo perché l'oggetto sociale costituisce limite allo svolgimento dell'attività della società posto (anche) a salvaguardia dei creditori sociali;
 - in ogni caso, una "lettera di impegno ex art. 1173 c.c." è assolutamente inidonea ad obbligare la società al conferimento dell'importo suindicato: l'art. 1987 c.c. esclude che a tale promessa possa ricondursi efficacia obbligatoria;
 - è irrilevante la consegna di una cambiale tratta in favore della Edilotto: il titolo infatti deve trovare causa in un valido rapporto sottostante e il difetto di questo può fondare una motivata opposizione ex art. 615 c.p.c. (sull'opponibilità al primo prenditore delle questioni inerenti al rapporto causale, ex multis Cass. 7779/2014);
 - in ogni caso, l'afflusso della somma di Euro 40.000 nelle casse della Edilotto e/o l'incasso di quel titolo da parte della stessa società determinerebbero un incremento del patrimonio societario e la necessità di soddisfare i creditori senza alcuna possibilità di alterazione dei loro privilegi (Cass. 9373/2012: "L'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice, non comportando né un incremento dell'attivo, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado").
- Neanche l'apporto di Euro 40.000 da parte di Frignani Roberto appare soddisfare i requisiti:
 - una "lettera di impegno ex art. 1173 c.c." è assolutamente inidonea ad obbligare il dichiarante al conferimento dell'importo suindicato: l'art. 1987 c.c. esclude che a tale promessa possa ricondursi efficacia obbligatoria;



- in ogni caso, l'afflusso della somma di Euro 40.000 nelle casse della Edilotto determinerebbe un incremento del patrimonio societario e la necessità di soddisfare i creditori senza alcuna possibilità di alterazione dei loro privilegi (Cass. 9373/2012: *"L'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice, non comportando né un incremento dell'attivo, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado"*);
 - inoltre, proprio nella relazione attestativa si legge: *"Circa la solvibilità del Sig. Frignani Roberto, garante nei confronti del sistema bancario, nel caso di mancata corretta esecuzione del piano concordatario possono sorgere alcune perplessità"*; il fatto che lo stesso possa contare, in caso di prosecuzione dell'attività della Frignani Costruzioni su *"un provento da "lavoro", potenzialmente aggredibile"* non fornisce alcuna garanzia sull'esistenza e sulla stabilità dell'apporto promesso (e indispensabile).
- g) La proposta prevede il pagamento di crediti in prededuzione a 12 mesi dall'omologa, del credito ipotecario di B.P.E.R a 24 mesi dall'omologa, del credito ipotecario (nella parte non falcidiata) di C.C.R. a 36 mesi dall'omologa.
- Secondo Cass. 10112/2014 la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei crediti privilegiati e la proposta di pagamento dei crediti medesimi con una dilazione implica una non integrale soddisfazione di detti crediti; ciò comporta, secondo la Suprema Corte, una *"perdita economica conseguente al ritardo"* che deve trovare nel concordato una quantificazione e una contropartita (anche per l'espressione del voto da parte del creditore *"falcidiato"* dal ritardo).
- La proposta di Edilotto non individua alcunché a riguardo.
- h) In giurisprudenza (ad esempio, Trib. Ravenna 4/4/2013; in precedenza, Trib. Parma 3/3/2005, Trib. Mondovì 16/9/2005 e Trib. Pescara 11/10/2011) si è già riconosciuto che il *trust* costituisce strumento idoneo a vincolare i beni di terzi al buon esito della procedura concordataria, impedendo che gli stessi possano essere distolti dal fine impresso e curando (il *trustee*, sotto la sorveglianza del guardiano) la loro proficua gestione a vantaggio del ceto creditorio; tuttavia, l'atto di dotazione del *trust* è suscettibile di revocatoria da parte dei creditori del disponente (si rinvengono vari precedenti: Trib. Cassino 8/1/2009, Trib. Cassino 1/4/2009, Trib. Torino – Sez. Moncalieri 15/6/2009, Trib. Firenze 16/5/2013, Trib. Torre Annunziata – Sez. Sorrento 27/12/2012, Trib. Milano 3/5/2013) ed è evidente che l'esercizio di una simile azione pregiudicherebbe la fattibilità del concordato.
- Il rischio (elevato, per quanto si dirà) di revocatoria dell'atto di dotazione (e non dell'atto istitutivo; cfr. Trib. Monza 3/1/2013 e Trib. Cremona 8/10/2013) del *"Trust Edilotto"* è tutt'altro che scongiurata dalle considerazioni svolte dalla ricorrente e dall'attestatore, i quali sostengono che – con l'approvazione della proposta concordataria – ai creditori sarebbe preclusa l'azione in quanto i beni conferiti sarebbero destinati al concordato.
- Sul punto vi è grave deficit informativo della relazione attestativa: infatti, l'art. 184 L.F. non impedisce ai creditori di avanzare le loro pretese nei confronti dei garanti, cioè di alcuni dei soggetti che hanno, col *trust*, compiuto atti dispositivi del loro patrimonio in favore di Edilotto; l'omologazione del concordato non impedirebbe affatto un'aggressione del loro patrimonio e nessuna norma consente di ritenere acquisiti all'attivo concordatario (e, quindi, *"protetti"* da azioni individuali) i cespiti in *trust* (basti pensare che, se così fosse, i beni del *trust* dovrebbero ritenersi assoggettati al divieto di alterazione della graduazione dei privilegi; cfr. Cass. 9373/2012).
- È palesemente errato ritenere che il consenso al concordato comporti rinuncia ad esperire azioni nei confronti dei garanti. Peraltro, sotto il profilo del rischio (richiamato negli atti depositati), non può affatto ritenersi improbabile il tentativo di creditori sociali insoddisfatti (per somme



- cospicue) di avvalersi delle facoltà concesse dall'ordinamento per ottenere dai garanti il pagamento.
- Perciò, nel caso *de quo*, lo strumento del *trust* non garantisce affatto che l'apporto – essenziale per la fattibilità del concordato – sia fornito e, soprattutto, mantenuto alla finalità a cui il piano lo destina.
- i) Da ultimo, la postergazione del credito di Frignani Roberto, Maura, Renza e Luciana comporta ulteriori problematiche: la mera postergazione – senza alcuna rinuncia – implica che i creditori predetti debbano trovare un *quid* di soddisfazione dal concordato (Cass. Sez. Un. 1521/2013), mentre, nel caso in esame, agli stessi non sarebbe riconosciuto alcunché; inoltre, la mancata rinuncia di Frignani Roberto potrebbe supportare – anche a voler ritenere superate le obiezioni *sub f)* – un'eccezione di compensazione rispetto all'apporto di Euro 40.000.

§ § §

Non risulta proposta istanza di fallimento; ai sensi dell'art. 7 L.F. (come interpretato da Cass. Sez. Un. 9409/2013) il presente provvedimento deve comunque essere trasmesso al Pubblico Ministero per le determinazioni di competenza.

§ § §

P.Q.M.

I. dichiara l'inammissibilità della proposta concordataria;

II. dispone la trasmissione di questo decreto al Pubblico Ministero.

Così deciso nella camera di consiglio dell'11/8/2014.

Il Presidente

Dr.ssa Rosaria Savastano

Il Giudice Estensore

Dr. Giovanni Fanticini

N. 38773/12 R.G.
Pag. 1 a 5

(art 13 Cuv.)



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale di Milano
Seconda Sezione Civile

In persona del dr. Filippo D'Aquino in funzione di Giudice
Unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al n. 38773/12 R.G. promossa con
atto di citazione notificato in data 11.06.2012 da:

I S.p.A. (C.F. 007), in persona del
legale rappresentante pro tempore, quale procuratore di S.p.A.
S.p.A., rappresentato e difeso dagli Avv. V.
S.p.A. in virtù di procura a margine dell'atto
di citazione, elettivamente domiciliato in Milano, Via

-attore-

contro

PAC (C.F. 001D)

-convenuto, contumace-

OGGETTO: revocatoria ordinaria

CONCLUSIONI PRECISATE ALL'UDIENZA DEL 5.02.2013:

come da foglio allegato

Tribunale di Milano
Dr. Filippo D'Aquino

N. 38773/12 R.G.
Pag. 2 a 5

PREMESSO IN FATTO

L'attore ha chiesto revocarsi e dichiararsi inefficace nei confronti di Intesa Sanpaolo S.p.A., nell'interesse della quale l'attore agisce quale procuratore, l'atto costitutivo di *trust* del 16.09.2010, quale "atto dispositivo dei beni immobili" del convenuto.

Premette l'attore che Banca Intesa S.p.A. è creditrice di P. S.r.l., società dichiarata fallita dal Tribunale di Milano in data 20.10.2011, dell'importo di Euro 104.038,33, nonché dei fideiussori (il terzo P. S.r.l. e il convenuto P. S.r.l.) in virtù di fideiussione rilasciata in data 17.01.2002 sino alla concorrenza di Euro 150.000,00 (incrementata in data 10.06.2008 sino alla concorrenza di Euro 190.000,00: doc. 12). Deduce l'attore che in data 8.02.2011 il creditore ha revocato gli affidamenti all'obbligato principale e ha chiesto il rientro dell'intero debito. Deduce, pertanto, l'attore che l'atto di costituzione di *trust* (trust nel quale sono stati conferiti i beni immobili di proprietà di P. S.r.l., costituiti da un capannone artigianale e da una casa ad uso abitazione e pertinenze) è stato costituito in frode delle ragioni dei creditori e in particolare di Intesa Sanpaolo S.p.A. Rileva, in proposito, l'attore che il *trust*, oltre ad essere autodichiarato (essendo il P. S.r.l. disponente e *trustee*), contempla il P. S.r.l. anche nella veste di beneficiario del *trust* medesimo e, quindi, appare posto in essere al solo scopo di frustrare le pretese dei creditori sottraendo alla garanzia patrimoniale del P. S.r.l. i beni di più agevole aggredibilità. Deduce, in ogni caso, l'antiorità del credito e la consapevolezza del P. S.r.l. di ledere la garanzia patrimoniale dei creditori, deducendo la natura gratuita dell'atto di costituzione del *trust*.

Il P. S.r.l. è stato dichiarato contumace e la causa è passata in decisione senza istruttoria.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.1 - Occorre preliminarmente dare atto come negli atti di causa l'attore non deduce la nullità del *trust* in oggetto ma chiede che lo stesso venga dichiarato inefficace ex art. 2901 c.c. in quanto *trust* "abusivo", sfiorando la problematica dello *sham trust*.

Non deduce, invece, la nullità del *trust* sotto il profilo della non riconoscibilità del *trust* interno ex artt. 13, 15 lett. e) conv. dell'Aja del 1.07.1985 (recepita con l. 364/89); né il giudice può, di ufficio, rilevare detta nullità ove l'attore, deducendo la revocabilità dell'atto, ne assume la validità (Cass., Sez. I, 27 aprile 2011, n. 9395), potendo, al più, il giudice rilevarla *incidenter tantum* senza efficacia di giudicato (Cass. Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828), circostanza sulla quale si tornerà *infra* 3.

Deve, pertanto, passarsi all'esame della domanda di revocatoria dell'atto costitutivo del *trust* in oggetto alla luce della documentazione versata in atti, la quale fornisce elementi aggiuntivi a quelli tratteggiati dall'attore.

1.2 - Intesa Sanpaolo S.p.A. risulta creditrice dell'obbligato principale P. S.r.l. in virtù di rapporto di conto corrente acceso nel 2002 (doc. 7), con saldo passivo alla data dell'8.03.2011

Tribunale di Milano
Dr. Filippo D'Aquino

N. 38773/12 R.G.

Pag. 3 a 5

di Euro 103.861,06 (doc. 6). La documentazione prodotta mostra, inoltre, l'andamento mensile del conto (doc. 16). Al rapporto accedevano un'apertura di credito in conto corrente sino alla concorrenza di Euro 25.000,00 (doc. 8) e un anticipo di portafoglio sino alla concorrenza di Euro 80.000,00 (circostanza pacifica). In sede di accensione del rapporto l'amministratore era l'attuale terzo garante P... e il procuratore l'attuale convenuto. La società era cessionaria dell'azienda della società P... S.n.c. di P... (doc. 5). La società, con socio unico P..., è stata posta in liquidazione in data 15.12.2010 e successivamente è stata cancellata dal registro delle imprese in data 10.02.2011. Nelle more Intesa Sanpaolo S.p.A. ha sospeso gli affidamenti in data 5.01.2011 (doc. 9) e li ha revocati in data 8.02.2011, chiedendo il rientro (doc. 10). Successivamente è stata inviata segnalazione alla CR della sofferenza (doc. 13). Successivamente all'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese sono stati elevati a carico della società (cancellata) numerosi protesti per assegni emessi tra l'11.02.2011 e il 4.04.2011, assegni con tutta evidenza emessi con post-datazione. La società è, infine, stata dichiarata fallita ex art. 10 l.f. dal Tribunale di Milano in data 20.10.2011.

In queste condizioni matura l'istituzione del *trust* in oggetto (doc. 14), che pone – come nota l'attore – alcuni spunti di riflessione.

L'atto costitutivo del *trust* in data 16.09.2010, denominato "C. I. Trust" va ben oltre la struttura del *trust* autodichiarato (in cui disponente e *trustee* coincidono), ma prevede che beneficiario del *trust* sia lo stesso convenuto P... (che, quindi, è disponente, *trustee* e beneficiario) e, in via successiva, le figlie (all'epoca entrambe) minori del P... Nel *trust* vengono conferiti i beni immobili di proprietà del P... (che non risultano gravati di garanzie reali) ed è regolato dalla legge di Jersey. Non vengono indicate espressamente le obbligazioni del *trustee* ma si fa riferimento "cumulativamente" alle obbligazioni derivanti dalla legge italiana e dalla legge regolatrice del *trust* (legge di Jersey). Stranamente non è istituita la figura del guardiano ma, con formula non ben chiara, la sostituzione del *trustee* viene affidata allo stesso disponente ("l'eventuale successivo *trustee* verrà nominato secondo le disposizioni del disponente, ove esistente, diversamente la relativa nomina sarà effettuata dal beneficiario finale"). Il primo *trustee* non ha alcun compenso per lo svolgimento del proprio compito.

1.3 – Da tali elementi devono trarsi le seguenti conclusioni.

Deve farsi applicazione della legge italiana in relazione all'atto di conferimento nel *trust* dei beni immobili ai sensi dell'art. 4 dell'atto istitutivo del *trust*, posto che l'art. 10 dell'atto istitutivo del *trust* prevede che "la validità, l'efficacia e l'opponibilità degli atti del "trustee" posti in essere in Italia e riguardante beni immobili siti in Italia (...) sono regolate dalla legge italiana".

Sussiste l'anteriorità del credito rispetto all'atto costitutivo del *trust*, nonché la lesione della garanzia patrimoniale del creditore.

Sussiste la consapevolezza del disponente di ledere le ragioni

Tribunale di Milano
Dr. Filippo D'Aquino

N. 38773/12 R.G.

Pag. 4 a 5

del creditore essendo plurimi e concordanti gli elementi indiziari addotti dall'attore.

La società P... S.r.l. si trovava in evidenti difficoltà finanziarie. Nonostante l'ampliamento delle linee di credito nel 2008 (e delle fidejussioni), la stessa era costantemente in scoperto (al netto dell'apertura di credito). La crisi esplode nel 2010, tanto che la società viene posta in liquidazione alla fine del 2010 e nelle settimane successive Banca Intesa S.p.A. dapprima sospende e poi revoca gli affidamenti. Furbescamente il liquidatore di P... S.r.l. (l'odierno convenuto), nonché fideiussore, pensa bene di cancellare la società, nonostante i debiti, e lo fa in data 10.02.2011 (contestualmente alla revoca delle facilitazioni creditizie), prima che vengano posti all'incasso diversi assegni post-datati dal 11.02.2011 in poi; la società viene poi dichiarata fallita in data 20.10.2011.

Per garantirsi dall'aggressione dei creditori il P... istituisce un *trust* interno (essendo in Italia la residenza di disponente, *trustee* e beneficiari, nonché il luogo di stipulazione dell'atto e i beni conferiti), in cui egli si nomina *trustee* e beneficiario e non fa nominare alcun guardiano, anzi si riserva quale disponente la revoca del *trustee* (ossia di se stesso), non prevedendo alcun compenso a favore di se stesso per l'attività di *trustee*.

Appare sin troppo evidente che la costituzione del *trust* e il conferimento nel *trust* (che non può definirsi autodichiarato ma del tutto abusivo o *sham*, essendo coincidenti nella stessa persona disponente, fiduciario e beneficiari ed essendo il disponente anche surrettiziamente in veste di guardiano) dei beni immobili di proprietà del disponente convenuto Paganini ha lo scopo di paralizzare qualsiasi iniziativa dei suoi creditori sul proprio patrimonio.

Trattandosi di atto a titolo gratuito non è necessaria la consapevolezza dell'acquirente (che, peraltro, è lo stesso convenuto P... i). La domanda ex art. 2901 c.c. va, pertanto, accolta come da dispositivo.

2 – Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

3 – Si ritiene, peraltro, incidenter tantum, che l'atto istitutivo del *trust* sia radicalmente nullo per le ragioni che seguono.

Come si è rilevato, l'atto prevede che disponente, *trustee* e beneficiario coincidano. Né è prevista alcuna figura di guardiano, anzi il disponente si riserva di sostituire il *trustee*. L'atto in oggetto si pone ben oltre il perimetro del *trust* autodichiarato, ammesso in giurisprudenza (Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007; Trib. Milano, 23 febbraio 2005), benché contrastato da parte della giurisprudenza tributaria (Commiss. Trib. Prov. Veneto Treviso, 25 ottobre 2010, n. 108), posto che il *trustee* è anche beneficiario e (stante l'assenza del guardiano), non ha di fatto alcun obbligo da rispettare (Cass. pen. Sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13276). Tale atto appare diretto a sottrarre beni immobili di proprietà del disponente dalla imminente aggressione dei creditori, in quanto volto a far figurare all'esterno l'apparenza di un patrimonio segregato in danno dei creditori del

Tribunale di Milano
Dr. Filippo D'Aquino

N. 38773/12 R.G.

Pag. 5 a 5

disponente che, di fatto, continua a gestire i propri beni senza alcuna conseguenza patrimoniale per le obbligazioni precedentemente contratte. Detto *trust* deve, quindi, ritenersi radicalmente nullo in quanto in contrasto con gli artt. 13, 15 lett. e) A della Convenzione dell'Aja del 1.07.1985, ratificata con l. 364/89, non potendosi riconoscere legittimità né ingresso nell'ordinamento italiano a un *trust* direttamente se non dichiaratamente volto a ostacolare la protezione dei creditori del disponente in caso di sua insolvibilità. Si ritiene, pertanto, che il Notaio rogante Dr. Enrico Chiodi Daelli sia incorso nella violazione dell'art. 28, c. 1, n. 1, l. n. 89/1913, per cui si trasmette la presente sentenza e l'atto istitutivo del *trust* (doc. 14) al Consiglio Notarile di Milano per i provvedimenti di competenza.

P. Q. M.

Il Tribunale di Milano – Seconda Sezione Civile, in funzione di Giudice Unico, definitivamente pronunciando sulla domanda di [redacted] S.p.A. quale procuratore di Intesa Sanpaolo S.p.A. nei confronti di P- [redacted] con atto di citazione notificato in data 11.06.2012, così provvede:

1 – in accoglimento della domanda, dichiara inefficace ex art. 2901 c.c. nei confronti dell'attore l'atto di conferimento nel *trust* istituito per atto Notaio [redacted] dei beni immobili di cui al punto 4 e, precisamente: immobile in Comune di [redacted] 9, [redacted] 15, casa ad uso abitazione su due piani, accessori e area comune, nonché capannone a uso artigianale, in Catasto Fabbricati al foglio 15 [redacted] 500, piani T-1, cat. A/7 [redacted] 9,5, r.c. 760,48, ig. 15, mapp. 30, sub. 302, Piano T, cat. C/5, cl. 3, mq. [redacted] 31,61, fg. 15, mapp. 30, sub. 501, piano T, cat. C/5, cl. 2, mq. 266, r.c. 535,77;

2 – condanna [redacted] al pagamento delle spese processuali nei confronti di [redacted] che liquida in complessivi Euro 8.000,00 per compensi ed Euro 458,00 per esborsi, oltre Iva e Cpa come per legge;

3 – dispone trasmettersi la presente sentenza e il documento n. 14 al Consiglio Notarile di Milano per le valutazioni di competenza relativamente all'operato del Notaio [redacted]

Così deciso in Milano, in data 3 maggio 2013

Il Giudice Unico
Dr. Filippo D'Aquino

Tribunale di Milano
Dr. Filippo D'Aquino

N. 8851/2013 V.g.



Tribunale ordinario di Milano

Sezione specializzata in materia di impresa

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

dott. Vincenzo PEROZZIELLO Presidente

dr.ssa Alessandra DAL MORO giudice

dott. Guido VANNICELLI giudice rel. ed est.

sul ricorso depositato ex art. 2192 cod. civ. da

Leo CONDEMI (c.f. CNDLEO72H14F205Y) e Silvia ANGELOTTI (c.f. NGLSLV74R60F205C), già soci della DISTRIBUZIONE PRODOTTI INFORMATICI s.r.l. in liquidazione, elettivamente domiciliati in Milano, corso Vittorio Emanuele II n. 30, presso i procuratori e difensori avv. ~~Guido D'Amico e Paolo Biondini~~

nei confronti di

UNICREDIT CREDIT MANAGEMENT BANK S.p.A. (c.f. 00390840239), quale procuratrice mandataria di UNICREDIT S.p.A. (c.f. 00348170101), elettivamente domiciliata in Milano, via San Simpliciano 5, presso il procuratore e difensore avv. ~~Guido D'Amico~~

nonché nei confronti di

Conservatore del Registro delle Imprese di Milano, presso la C.C.I.A. della Provincia di Milano, via Meravigli 9/b, Milano

Giuseppe Bartolomeo PIZZARELLI e Antonio FRANCESCHETTI, quali *trustee* del il primo ed *ex* guardiano il secondo Trust D.P.I., non costituitisi nel presente procedimento

avverso il decreto emesso in data 12/9/2013 nel procedimento ex art. 2191 cod. civ. rubricato al n. 109/2012 V.g. dal Giudice del registro delle imprese presso il Tribunale di Milano, dr.ssa Elena RIVA CRUGNOLA,

Il Tribunale,

1.

letti gli atti ed esaminati i documenti prodotti anche in udienza dalle due parti costituite;

constatata l'intervenuta costituzione del contraddittorio processuale nei confronti del Conservatore del Registro delle imprese e delle altre parti del procedimento di primo grado,

sentiti gli avvocati ~~alla causa~~ all'udienza del 22/11/2013 e sciogliendo la riserva assunta in tale ultima sede,

RILEVATO

A. che, sollecitato in tal senso da una banca creditrice della DISTRIBUZIONE PRODOTTI INFORMATICI s.r.l.¹, il Giudice del registro delle imprese di Milano ha ordinato la cancellazione dell'iscrizione nel registro stesso della cancellazione della DPI, avvenuta il 9/9/2008;

che la motivazione del provvedimento, in parte mutuata per *relationem* da altro provvedimento di cancellazione di cancellazione reso dallo stesso Giudice, è stata la seguente:

" (...) considerato che con proprio provvedimento del 12.3.2012 questo giudice ha così disposto:

"Il Curatore del **FALLIMENTO** (...) ha chiesto, con atto depositato il 2.8.2011, che il Giudice del registro disponga ex art.2191 cc la cancellazione della iscrizione eseguita l'11.8.2010 relativa alla cancellazione dal Registro delle Imprese della SPA RISTOR - RISTORAZIONE TORINO in liquidazione, richiesta fondata:

1. sulla sopravvenuta dichiarazione di fallimento della spa, come da sentenza del Tribunale di Torino del 10.5.2011;
2. sulla asserita insussistenza dei presupposti di legge per la cancellazione della società,
 - o date le vicende del tutto anomale della liquidazione,

¹ In avanti per acronimo, DPI.

- o deliberata dall'assemblea dei soci del 9.6.2010, con la quale si è contestualmente autorizzata l'istituzione di un trust liquidatorio, poi immediatamente costituito dal liquidatore,
- o con successiva approvazione, sempre da parte dell'assemblea, alle ore 20 della stessa giornata, di un bilancio finale evidenziante l'azzeramento di tutte le voci posto l'intervenuto trasferimento di ogni cespite e rapporto al trust.

(...) il Giudice del registro reputa che debba essere emesso il provvedimento di cancellazione in discussione, apparendo condivisibile la seconda delle ragioni addotte dal FALLIMENTO ricorrente.

Al riguardo va infatti in particolare considerato:

- in primo luogo, che la cancellazione di iscrizione nel Registro delle imprese avvenuta "senza che esistano le condizioni richieste dalla legge" è provvedimento adottabile d'ufficio, come esplicitato dalla rubrica dell'art.2191 cc, "Cancellazione d'ufficio",
- con la conseguenza che restano irrilevanti eventuali considerazioni in ordine alla mancanza di interesse del FALLIMENTO (che ha chiesto nell'ambito di distinto procedimento contenzioso declaratoria di nullità/inefficacia dell'atto di istituzione del trust);
- in secondo luogo, poi, che ai sensi del primo comma dell'art.2495 cc il presupposto della cancellazione di società dal Registro delle Imprese è rappresentato dalla approvazione del bilancio finale di liquidazione, vale a dire di documento contabile che presuppone l'avvenuta integrale liquidazione dell'attivo e la sua destinazione al pagamento dei creditori e dei finanziatori postergati ex art.2467 cc, e che deve conseguentemente individuare specificatamente il residuo attivo da distribuire pro quota ai soci,

- residuo che delimita, ex art. 2495 secondo comma cc, la misura della responsabilità patrimoniale personale degli (ex) soci rispetto ad eventuali creditori sociali rimasti insoddisfatti;
- in terzo luogo, che nel caso di specie il bilancio finale di liquidazione consiste in un documento contabile solo apparente, essendo completamente privo del contenuto proprio, posto che,
 - in dipendenza della contestualità tra delibera di messa in liquidazione, istituzione del trust, e approvazione del bilancio finale,
- in sostanza il documento contabile non reca alcuna indicazione circa l'esito delle attività liquidatorie ma si limita, come si legge nella nota integrativa (cfr. sub doc.4 ricorrente), a dar atto del trasferimento al trust dell'intero patrimonio sociale e del conseguente azzeramento di tutte le voci dell'attivo e del passivo,
- così risolvendosi in una mera presa d'atto di modalità liquidatorie future demandate al trustee secondo l'atto istitutivo del trust (cfr. doc.3 ricorrente),
- e, soprattutto, così risultando privo di qualsiasi specificazione dell'ammontare dei residui attivi distribuiti ai soci, pure indicati nell'atto istitutivo quali "beneficiari finali" del patrimonio segregato (cfr. clausola 14.2 dell'atto istitutivo).

Per quanto fin qui detto deve dunque ritenersi che nel caso di specie ci si trovi in presenza di una iscrizione eseguita in difetto dei presupposti di legge e come tale cancellabile su disposizione del Giudice del registro,

- in particolare in quanto la inidoneità del documento depositato dal liquidatore a rappresentare "il bilancio finale di liquidazione" richiesto dalla legge
- risulta dal mero controllo formale del documento, dal quale emerge che si tratta di un documento contabile "vuoto", di per sé incapace di dar conto delle

vicende liquidatorie e, in particolare, della sussistenza di attivo di liquidazione.

Per i motivi fin qui indicati deve dunque ritenersi che la iscrizione in discussione sia avvenuta in mancanza dei presupposti di legge e ne va quindi ordinata la cancellazione, e ciò a prescindere da ogni valutazione circa la validità dell'atto istitutivo del trust, valutazione che, come sottolineato dal Conservatore, non è demandata nè al Conservatore nè al Giudice del Registro delle imprese (...)"

rilevato che la motivazione sopra riportata pare attagliarsi anche al presente procedimento, nel quale la banca ricorrente ha chiesto disporsi ex art.2191 cc la cancellazione della iscrizione relativa alla cancellazione dal Registro delle imprese della srl DISTRIBUZIONE PRODOTTI INFORMATICI IN LIQUIDAZIONE, sul presupposto che tale iscrizione sia avvenuta in difetto delle condizioni di legge, in particolare il bilancio finale di liquidazione non presentando il contenuto richiesto dall'art.2492 cc:

- essendo stata deliberata la nomina del liquidatore il 21.7.2008,
- il 24.7.2008 essendo stato disposto il conferimento di tutto il patrimonio attivo e passivo dell'ente ad apposito *trust* liquidatorio costituito nella stessa giornata,
- e il 25.7.2008 essendo stato sottoposto all'assemblea dei soci il bilancio finale di liquidazione, il quale "*non reca alcuna indicazione circa l'esito delle attività liquidatorie ma si limita, piuttosto, a dare atto dell'azzeramento dell'attivo e del passivo, per effetto del trasferimento, senza corrispettivo, del patrimonio della società al trust*",
- così in sostanza rappresentando "*un documento inidoneo a dar conto delle vicende liquidatorie e, pertanto, insoddisfacente rispetto al presupposto richiesto dall'art.2495 cc*";

- che tra tali presupposti *ex lege* della cancellazione dal Registro va tuttora annoverato lo svolgimento della fase liquidatoria disegnata dal codice civile, nel cui sistema, in particolare per le società di capitali, la cancellazione dell'ente (e la connessa estinzione) non consegue immediatamente al verificarsi di una causa di scioglimento ma è il risultato di una fattispecie a formazione progressiva, articolata nell'accertamento ad opera degli amministratori della causa di scioglimento (art.2484 cc), nella nomina assembleare del liquidatore (art.2487 cc), nella attività di liquidazione in senso proprio, culminante nella redazione del bilancio finale di liquidazione (art.2492 cc) recante l'indicazione della "parte spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo", bilancio solo all'approvazione del quale può poi far seguito la richiesta di cancellazione della società dal Registro delle imprese;
- che dalla indefettibilità *ex lege* della fase liquidatoria nelle sue varie articolazioni discende la non rispondenza alle previsioni normative di situazioni quale quella in esame, che si risolvono nella completa pretermissione del procedimento endosocietario, la liquidazione dell'intero patrimonio sociale essendo in concreto affidata -per un tempo futuro rispetto alla data di redazione del bilancio finale- ad un soggetto esterno all'ente, appunto il *trust* nel caso di specie istituito il 24.7.2008,
- sì che, in sostanza, come già chiarito nella motivazione sopra riportata, l'intero meccanismo di cui all'art.2495 cc viene a "saltare",
 - pervenendosi a una cancellazione dell'ente in difetto di qualsiasi riscontro endosocietario (anche in termini di pubblicità della relativa documentazione contabile) circa l'attività di liquidazione, in realtà ancora da compiersi (da parte del *trust*) al momento della richiesta di cancellazione,
 - e, dunque, in definitiva, vengono a mancare le "condizioni richieste dalla legge" per l'iscrizione di cancellazione;

- quanto al secondo tema, che la previsione ex art. 2490 sesto comma cc, di cancellazione d'ufficio dal Registro delle imprese delle società di capitali in fase di liquidazione le quali non depositino "per oltre tre anni consecutivi" il bilancio annuale previsto dagli altri commi della norma, non pare configurabile come norma centrale del sistema, dalla quale possa ricavarsi, come sostenuto dalla difesa in esame, "*che la chiusura della fase liquidatoria non è presupposto necessario della cancellazione*", ma rappresenta piuttosto una eccezione al disegno generale di cui all'art. 2495 cc, eccezione la cui *ratio* pare in realtà rimandare ad una presunzione di effettivo completamento della attività liquidatoria - laddove nel caso di specie è la stessa documentazione presentata all'uff. del Conservatore a dare atto, come appena sopra evidenziato, che tale attività risulta in realtà non "completata" ma invece semplicemente "delegata" ad un soggetto esterno all'ente; .
- quanto al terzo tema, che l'argomento di fatto appare non dirimente, fenomeni estintivi di soci di società di capitali ben potendo verificarsi anche rispetto a società non cancellate ed essendo quindi da regolare secondo i principi generali dell'ordinamento;

ritenuto dunque che, per quanto fin qui detto, la iscrizione in discussione sia avvenuta in mancanza dei presupposti di legge e ne vada quindi ordinata d'ufficio la cancellazione (...);

B. che gli ex soci della DPI Leo Condemi e Silvia Angelotti hanno impugnato il provvedimento avanti alla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale, protestando in via preliminare:

- l'improcedibilità della domanda della banca ricorrente per l'inammissibilità di un provvedimento ex art. 2191 cod. civ. di "cancellazione della cancellazione dal registro di una società di capitali" a fronte dell'ormai intervenuta acquisizione dell'effetto irreversibilmente estintivo della cancellazione ex art. 2495 cod. civ.;

- la carenza di interesse ad agire in capo ad UniCredit, e comunque la sua mancanza di interesse ad agire, in quanto mera creditrice sprovvista di *os ad loquendum* in punto (approvazione del) bilancio finale di liquidazione e successiva cancellazione della società dal registro delle imprese;
- la carenza di 'competenza' del giudice del registro a vagliare in sede di procedimenti ex artt. 2189 ultimo comma e 2191 cod. civ. questioni di fatto come il compimento o meno della liquidazione o l'attività del Trust o degli organi della società cancellata;
- l'ulteriore profilo di inammissibilità della cancellazione pronunciata dal Giudice del registro costituito dall'intervenuta cessazione di soci costituenti ormai il 95% dell'originaria compagine della DPI;

e ribadendo nel merito:

- non esser vero che il bilancio finale di liquidazione approvato il 25/7/2008 non recasse indicazioni sull'esito dell'attività di liquidazione e fosse inidoneo a dar conto delle vicende liquidatorie, avendo al contrario tale documento chiaramente individuato l'attività liquidatoria nell'unico e contestuale atto della delegazione del pagamento dei debiti societari al *trustee* del trust DPI con contestuale fornitura a tale soggetto della provvista necessaria, nonché altrettanto chiaramente indicato l'assenza di riparto alcuno dell'attivo ai soci;
- che non doveva confondersi l'attività liquidatoria del patrimonio del Trust, ad oggi ancora in corso, con la liquidazione della società, già compiutasi;
- che nessuna norma attribuiva al completamento della liquidazione la qualità di presupposto legale per la cancellazione dal registro delle imprese, prevedendo al contrario il combinato disposto degli artt. 2492, 2495 (e 2490 co. 6°) cod. civ. soltanto l'obbligatorietà

della richiesta di cancellazione in conseguenza dell'approvazione del bilancio finale di liquidazione;

- che doveva quindi ritenersi, contrariamente a quanto statuito -con inammissibili valutazioni di merito- nel decreto impugnato, che il sistema normativo di settore prevedesse "*quale unica norma imperativa la obbligatorietà della procedura di liquidazione e dei casi di scioglimento della società, soli elementi (...) non (...) nella disponibilità dei soggetti facenti parte del rapporto sociale, lasciando per il resto nella libera determinazione dei soci da una parte, e dei liquidatori dall'altra, le concrete modalità di svolgimento dell'attività liquidatoria*"
- senza infine che la prevista responsabilità, in caso di colpa, dei liquidatori nonché l'intervenuta acquisizione del principio della successione dei soci nei rapporti anche attivi della società estinta consentissero di ritenere esistenti lacune normative nella tutela dei creditori;

C. che costituendosi in giudizio, la originaria ricorrente UniCredit ha motivatamente chiesto il rigetto del ricorso e la conferma del provvedimento impugnato;

RITENUTO PRELIMINARMENTE

D. che, come ribadito dalle stesse Sezioni unite civili della Corte di Cassazione con le sentenze nn. 8426 & 8427 del 9/4/2010, a precisazione ed in espressa continuità col precedente insegnamento in ordine all'effetto sostanziale estintivo della società di capitali prodotto ex art. 2495 cod. civ. dalla cancellazione conseguente all'approvazione del bilancio finale di liquidazione²:

² Si tratta dei principi affermati da Cass. SS.UU. sentenze nn. 4060, 4061 & 4062 del 22/2/2010, secondo cui in tema di società di capitali, la cancellazione dal registro delle imprese determina l'immediata estinzione della società, indipendentemente dall'esaurimento dei rapporti giuridici ad essa facenti capo, soltanto nel caso in cui tale adempimento abbia avuto luogo in

1. *"la novella della riforma del 2003 non ha modificato la residua disciplina della pubblicità nel registro delle imprese (...) non escludendo la natura comunque dichiarativa dell'iscrizione (...) come forma di pubblicità che, come emerge dalla relazione al codice civile, non può essere costitutiva, se non per espressa disposizione di legge (art. 2193 cod. civ.)", onde "dichiarativa è da ritenere di conseguenza anche la cancellazione disposta ai sensi dell'art. 2191 c.c. (...) dell'"iscrizione" di vicende societarie "avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge";*
2. *in tal caso "il provvedimento del giudice non ha natura decisoria né definitiva ed è inidoneo a divenire giudicato (...), con la conseguenza che è comunque possibile una sua modifica ad opera dello stesso giudice su sollecitazione di chi vi abbia interesse, ovvero un'ordinaria azione di cognizione sulla pretesa esistenza dei requisiti ritenuti indispensabili all'estinzione, di cui il giudice del registro ha rilevato l'insussistenza (...) con pubblicità dichiarativa dell'inesistenza dell'estinzione, che rende presunto tale evento negativo, salvo una prova contraria dell'interessato (...) o un'eventuale azione di cognizione di tale vicenda estintiva";*
3. *ragion per cui "il rilievo, di regola solo dichiarativo, della pubblicità nel registro delle imprese comporta che la iscrizione del decreto di cui all'art. 2191 c.c. determina solo l'opponibilità ai terzi della insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla*

data successiva all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che, modificando l'art. 2495, secondo comma, cod. civ., ha attribuito efficacia costitutiva alla cancellazione: a tale disposizione, infatti, non può attribuirsi natura interpretativa della disciplina previgente, in mancanza di un'espressa previsione di legge, con la conseguenza che, non avendo essa efficacia retroattiva e dovendo tutelarsi l'affidamento dei cittadini in ordine agli effetti della cancellazione in rapporto all'epoca in cui essa ha avuto luogo, per le società cancellate in epoca anteriore al 1° gennaio 2004 l'estinzione opera solo a partire dalla predetta data. (Rv. 612083)

cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e, di conseguenza, la stessa cancellazione dell'estinzione societaria, per non essersi questa in effetti verificata, con la conseguente presunzione della continuazione dell'esistenza in vita della società (...)"

che facendo governo in questa sede di tali principi, può e deve ritenersi che il sistema pubblicitario di cui -nell'interesse generale del pubblico a conoscere diacronicamente le vicende organizzative delle imprese anche collettive- la cancellazione delle iscrizioni avvenute *contra legem* nel registro delle imprese è parte integrante, non è stato scalfito dall'intervenuta acquisizione dell'effetto costitutivo ed estintivo della cancellazione dal registro stesso delle società di capitali³, assolvendo gli artt. 2188 e seguenti del codice sostanziale appunto ad esigenze di pubblicità legale delle vicende modificative dell'organizzazione societaria che convivono con la possibilità di un più compiuto accertamento del fatto pubblicato o pubblicando, ove ritenuto non iscrivibile o cancellato dal registro, in un giudizio a cognizione piena fra le parti ad esso specificamente interessate;

che va quindi affermata la piena e perdurante legittimità del procedimento noto come di "cancellazione della cancellazione" delle società di capitali, mentre non è in questa sede richiesto né quindi necessario trattare delle conseguenze che, in future eventuali controversie, possano derivare dal provvedimento con cui, con effetto dichiarativo suscettivo di essere sovvertito da adeguata prova contraria (in questo caso, dell'intervenuta liquidazione della DPI), il Giudice del registro dichiari e renda noto alla generalità degli interessati che l'iscrizione integrata dalla cancellazione dal registro di una determinata società di

³ Tale per cui da un lato tale vicenda si reputa *iuris et de iure* conosciuta da tutti e dall'altro comporta -specularmente all'iscrizione iniziale nel registro dell'atto costitutivo. l'effetto sostanziale della sua estinzione.

capitali sia avvenuta senza che ne sussistessero le condizioni previste dalla legge stessa;

E. che trattandosi oltretutto di procedimento che può essere avviato d'ufficio alla sola condizione -pienamente rispettata nel caso in esame- di un compiuto contraddittorio con tutti coloro che possano individuarsi quali portatori di interessi rilevanti al riguardo (l'ex liquidatore ed gli ex soci della società cancellata e nel caso di specie, *ad abundantiam*, anche il *trustee* ed il guardiano del trust cui è stato delegato il soddisfacimento dei creditori della DPI e l'eventuale attribuzione agli ex soci del futuro eventuale residuo attivo⁴), ne consegue l'infondatezza di tutte le eccezioni svolte dagli odierni impugnanti in via preliminare quanto alla stessa possibilità giuridica della cancellazione in questione, alla legittimazione ed all'interesse della creditrice resistente a sollecitare il Giudice delegato al registro all'uso del suo potere officioso, nonché alle sopravvenute ulteriori vicende (estintive, ma con la conseguente titolarità dei loro soci in merito ad eventuali future attribuzioni ad opera del *trustee*) della compagine sociale della DPI;

RITENUTO INOLTRE

F. che risponde senz'altro al vero l'affermazione degli odierni ricorrenti secondo la quale il potere oggi attribuito al Collegio è speculare a quello rimesso all'Ufficio del registro delle imprese dall'art. 2189 co. 2° cod. civ. ed al Giudice delegato dal Presidente del Tribunale alla vigilanza del registro stesso dall'ultimo comma di tale norma, e si sostanzia quindi nell'accertamento, anche officioso e deformalizzato, del concorso delle (sole) condizioni espressamente richieste dalla legge per procedersi ad una determinata iscrizione pubblicitaria;

G. che tali condizioni, secondo la regola del procedimento di cancellazione dal registro di una società di capitali (costituendo quella

⁴ cfr. artt. 1.1 e 14.2 dell'atto istitutivo del trust DPI, riprodotto *sub doc. 8* *ricc.*

dettata dall'art. 2490 co. 6° cod. civ. una eccezione, comunque condizionata -come ogni esercizio officioso del potere del giudice del registro- alla verifica in contraddittorio della sostanziale irrilevanza della prosecuzione della liquidazione), sono ai sensi degli artt. 2492 (e seguenti) e 2495 cod. civ.:

- il compimento del procedimento liquidatorio, consistente nella realizzazione dell'attivo patrimoniale della società a fini del soddisfacimento dei creditori di questa e dell'eventuale restituzione per equivalente ai soci -postergati *ex lege* ai creditori- dei conferimenti da essi eseguiti;
- la susseguente redazione, sottoposizione ai soci e deposito nel registro delle imprese, di un bilancio finale di liquidazione che documenti le attività svolte e indichi la parte eventualmente spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo (ai fini della loro limitata responsabilità nei confronti dei creditori insoddisfatti *ex art. 2495 cpv. cod. civ.*);
- l'approvazione espressa o tacita del bilancio finale di liquidazione stesso, e
- la finale richiesta di cancellazione della società dal registro ad opera dei liquidatori;

che pertanto, ferme restando le regole individuate dalla giurisprudenza di legittimità a chiusura del sistema per l'ipotesi di sopravvenienze attive o di residui attivi non liquidati o addirittura non appostati né nel primo né nei successivi bilanci di liquidazione *ex art. 2490 cod. civ.* sino a quello finale (le quali costituiscono comunque una evenienza eccezionale e non una declinazione alternativa del procedimento di liquidazione), la cancellazione con il suo effetto estintivo è la conclusione di una fattispecie a formazione progressiva la quale, per realizzarsi, non può prescindere da alcuno dei suoi elementi costitutivi come delineati dal tipo legale sopra indicato;

RITENUTO PERTANTO

H. che, senza con ciò effettuarsi alcuna indagine di merito ma anzi raccogliendo *ex ipso ore instantis* il significato ed il contenuto degli atti compiuti nella specie dal liquidatore della DPI, questi ha depositato e sottoposto ai soci un bilancio finale di liquidazione nel quale ha dato espressamente atto:

1. che l'intero attivo patrimoniale era stato affidato ad un *trustee* mediante apposito negozio di trust,
2. che nessuna sua posta era stata a quella data liquidata,
3. e che nessun creditore era stato sempre a quella data soddisfatto,
4. costituendo tale futura liquidazione dell'attivo ed estinzione del passivo per l'appunto lo scopo del trust liquidatorio posto in essere e della segregazione mediante tale strumento negoziale dell'intero ed intatto patrimonio della DPI;

che con ciò stesso pare al Collegio evidente, nonostante la dichiarata volontà del liquidatore e dei soci (con l'avallo dei sindaci) di assolvere per tale via all'obbligo di ottemperare al procedimento liquidatorio e di considerare pertanto quello approvato il 25/7/2008 quale bilancio finale della liquidazione stessa, che di tali procedimento e documento contabile quelli redatti e posti in essere dal liquidatore e dai soci hanno avuto il mero *nomen iuris* ma non il contenuto legale tipico, realizzandosi così in realtà la dilazione a data futura ed incerta della liquidazione in senso proprio, la quale pertanto a detta data doveva ritenersi non solo non compiuta ma neppure iniziata;

I. che quanto sopra è necessario e sufficiente per affermare che, redigendo ed approvando un tale documento e procedendo sulla sua scorta a richiedere la cancellazione della società, i liquidatori e i soci della DPI hanno posto in essere fatti ed atti che non corrispondono se non nominalmente al tipo normativo 'liquidazione e cancellazione di società di capitali', onde quest'ultima è stata senz'altro iscritta in difetto delle condizioni minime previste dalla legge a tale scopo;

che solo *ad abundantiam* può qui segnalarsi l'evidente effetto distorsivo, in violazione della regola imperativa dettata dal capoverso dell'art. 2495 cod. civ., rappresentato dalla formale ripartizione ai soci di una quota dell'attivo pari a zero con conseguente loro irresponsabilità nei confronti dei creditori, salvo a riceversi in futuro un eventuale attivo inaggregabile dai creditori stessi (*ex art. 14.2 del trust*) sul rilievo -appunto- del contenuto del bilancio finale di liquidazione a suo tempo depositato;

RITENUTO CONCLUSIVAMENTE

L. che il ricorso va rigettato, confermandosi la correttezza della cancellazione dal registro delle imprese dell'iscrizione in data 9/9/2008 della cancellazione della DPI;

che i ricorrenti non vanno tuttavia condannati a rimborsare le spese processuali alla banca resistente, trattandosi di procedimento che resta anche in questo grado di natura officiosa e che prescinde pertanto dalle ragioni addotte dalla difesa di UniCredit in sede di sollecitazione del provvedimento prima, e di opposizione poi al ricorso degli *ex* soci della DPI,

P. T. M.

letti gli artt. 2191 e 2192 cod. civ., nonché 737 e segg. c.p.c.,

- 1) **rigetta** il ricorso meglio indicato in epigrafe;
- 2) **manda** la cancelleria per la comunicazione del presente decreto alle parti costituite.

Milano, 22 novembre 2013

Il Presidente

(dr. Vincenzo PEROZZIELLO)

6. Temi
professionali

PAGAMENTI ESEGUITI DAGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ A RISCHIO DI INSOLVENZA

Nell'articolo vengono esaminate le problematiche inerenti all'operato dell'organo amministrativo e di controllo nelle fasi che precedono il rischio di insolvenza della società. In particolare, si pone l'attenzione su due distinti profili: da un lato, quello del comportamento dell'organo amministrativo che proceda ad effettuare il pagamento dei debiti sociali, senza che tale condotta rilevi ai fini di una possibile responsabilità civile o penale; dall'altro lato, quello dei pagamenti che risultano esenti da revocatoria fallimentare. La corretta individuazione sia del perimetro dell'esenzione da revocatoria, sia di quello dei crediti privilegiati, consente di elaborare una corretta programmazione dell'operato dell'organo amministrativo nelle situazioni che precedono il ricorso a procedure di composizione della crisi.



/ Daniela BOGGIALI *

LA TUTELA DEI CREDITORI

L'ordinamento giuridico predispone diversi livelli di protezione dei creditori, i quali sono graduati in relazione alle differenti fasi dell'attività economica che, a partire da una situazione iniziale di normale rischio d'impresa, possono poi sfociare nella fase intermedia del rischio di insolvenza, fino a giungere all'incapacità totale di far fronte ai propri debiti.

Con riferimento specifico alle **società di capitali** la garanzia dei creditori sociali è principalmente affidata al complesso delle disposizioni poste a tutela della formazione del capitale e dell'integrità del patrimonio, comprensive di quelle che riconoscono ai creditori il diritto di opporsi alle operazioni lesive di tali entità, quali in particolare la riduzione

reale del capitale e le operazioni di fusione, scissione e trasformazione eterogenea.

Durante tale fase, sempre in funzione di garanzia dell'integrità del capitale sociale, il legislatore assoggetta a particolari **forme di controllo** l'acquisto di beni da soci ed amministratori (artt. 2343-bis e 2465 comma 2 c.c.) e sancisce il regime di postergazione dei finanziamenti dei soci della srl (art. 2467 c.c.). Diversamente, per il periodo che precede l'effettiva insolvenza della società, assume un ruolo fondamentale la disciplina dell'**inefficacia degli atti pregiudizievoli ai creditori** contenuta negli artt. 64 e seguenti della L. fall., alla quale risultano sottratti o gli atti funzionali al risanamento della società, purché sottoposti alle forme di controllo previste per gli istituti giudiziali e stragiudiziali di composizione della crisi diverse dal fallimento (quali il piano di risanamento, il concordato

* Componente Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato – Settore Impresa

preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti) o gli atti relativi alla categoria dei pagamenti "dovuti" e che, pertanto, non risultano lesivi degli interessi dei creditori.

Appare, peraltro significativo come in tale fase venga **disattivato il meccanismo di tutela dell'integrità del capitale sociale**: l'art. 182-sexies L. fall., infatti, stabilisce che dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo o della domanda per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis e sino all'omologazione, non si applicano gli artt. 2446 commi 2 e 3, 2447; 2482-bis commi 4, 5 e 6 e 2482-ter c.c. Per lo stesso periodo **non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 n. 4 e 2545-duodecies c.c.**

Al verificarsi, poi, di una situazione di effettiva insolvenza, la dichiarazione di fallimento priva il fallito della capacità di amministrare e della facoltà di disporre dei suoi beni, e **gli atti e i pagamenti da esso eseguiti sono inefficaci di diritto** nei confronti dei creditori.

L'OPERATO DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

La disciplina delle procedure concorsuali è tradizionalmente finalizzata a ricavare il maggior valore possibile dalla liquidazione degli elementi patrimoniali dell'impresa attraverso la riduzione dei tempi di svolgimento e dei costi della procedura.

Tuttavia, specialmente a partire dalla riforma del diritto fallimentare, si è assistito ad un ampliamento delle norme volte ad incrementare l'efficienza dell'impresa nelle fasi precedenti del rischio di insolvenza e della pre-insolvenza.

In questa nuova ottica, *"l'efficienza ex ante del diritto delle imprese in crisi riguarda i soggetti in bonis ed esige misure che incentivino il management ad utilizzare i beni aziendali in modo efficiente e lo penalizzino opportunamente in caso di insolvenza, tenendo tuttavia conto che una punizione troppo severa può produrre effetti negativi scoraggiando l'iniziativa economica"*.¹

Relativamente alla fase in cui la società si trova in una condizione di rischio di insolvenza, senza però che la stessa abbia fatto ricorso agli strumenti giudiziali o stragiudiziali di composizione della crisi, né sia stata destinataria di un'istanza di fallimento, si è posta, pertanto, la questione della regolarità del comportamento dell'organo amministrativo che proceda ad effettuare il pagamento dei debiti sociali, senza che tale condotta rilevi ai fini di un possibile responsabilità civile – in termini di azione di responsabilità contro gli amministratori – né tantomeno meno penale – in termini di attribuzione del reato di bancarotta.

LA RILEVANZA DELLA BANCAROTTA PREFERENZIALE

Laddove lo stato di insolvenza si presenti ancora come condizione meramente eventuale e futura, il pagamento dei creditori costituisce un atto lecito.

Tuttavia, in caso di successivo fallimento dell'imprenditore, il comma 3 dell'art. 216 della L. fall., applicabile all'amministratore della società fallita in virtù del richiamo operato dall'art. 223 comma 1, L. fall., punisce il reato di bancarotta preferenziale, che consiste nell'eseguire pagamenti o simulare prelievi allo scopo di favorire taluno dei creditori ai danni degli altri.

Considerato, quindi, che il pagamento dei de-

biti dell'impresa costituisce un atto dovuto, il confine tra liceità e illiceità della condotta dell'organo amministrativo è rappresentato dalla particolare finalità del pagamento, consistente nello *"scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi"*.²

Dei comportamenti che, quindi, sarebbero leciti in assenza di una situazione aziendale compromessa, diventano penalmente rilevanti a seguito del manifestarsi dell'insolvenza. Pertanto, nonostante i comportamenti di bancarotta preferenziale non sottraggano alcun bene ai creditori, né alla consistenza patrimoniale netta dell'impresa, essi **risultano lesivi del principio della par condicio creditorum**, con la conseguenza che a carico dell'imprenditore sono posti doveri particolari tra cui il divieto di compiere pagamenti preferenziali.³

La giurisprudenza ha così affermato come non possa invocare a proprio scarico la buona fede e, quindi, l'assenza di dolo, l'imprenditore che, in presenza di una situazione societaria di dissesto, in epoca immediatamente prossima alla dichiarazione di fallimento, *"effettui pagamenti specificamente orientati in favore di un solo creditore ed in danno degli altri"*.⁴

Poiché, dunque, l'imprenditore che, ancorché in condizione di difficoltà economica, non si trova in stato di insolvenza può e deve continuare la propria attività, di cui fa parte anche il pagamento dei debiti, si deve evitare che quest'ultimo incorra nel reato di bancarotta preferenziale per aver favorito uno o più creditori a danno degli altri.

Ciò rende opportuno un esame coordinato delle disposizioni che disciplinano, ancorché relativamente a profili ed ambiti completamente differenti, la sorte dei pagamenti eseguiti dall'organo amministrativo in tale fase,

quali in particolare: l'art. 2751-bis c.c. e l'art. 67 della L. fall.

La prima norma disciplina il privilegio accordato ai crediti per retribuzioni e provvigioni e per i crediti dei coltivatori diretti, delle cooperative e delle imprese artigiane ed assume, pertanto, rilievo in sede della ripartizione del ricavato derivante da azioni esecutive promosse dal debitore.

La seconda, invece, dopo aver disciplinato i presupposti per la dichiarazione di inefficacia degli atti compiuti da un imprenditore, formalmente ancora *in bonis*, che successivamente viene dichiarato fallito, individua i casi in cui gli atti compiuti anteriormente al fallimento conservano la propria efficacia e, quindi, restano esenti dalla revocatoria fallimentare.

Tali disposizioni sono accomunate dal fatto che, nonostante abbiano un differente ambito di applicazione, in esse vengono tutelati i crediti relativi alle diverse forme di prestazione dell'attività lavorativa, latamente intesa come prestazione di beni e servizi resi tanto in forma imprenditoriale, quanto in forma di lavoro subordinato e autonomo.

Esiste, pertanto, una sfera di prestazioni il cui pagamento, da parte dell'organo amministrativo di una società a rischio di insolvenza, è conforme alle regole di una corretta gestione della società e non costituisce, quindi, fonte di responsabilità.

IL SISTEMA DEI PRIVILEGI

La disciplina dei privilegi è considerata una "erosione del principio della *par condicio creditorum*", in quanto legittima il paga-

¹ Fimmanò F. "Il difficile "incontro" tra diritto commerciale, diritto penale, diritto pubblico sul terreno dell'impresa in crisi", Introduzione al Volume "Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare" a cura di Fimmanò F., Ricerche di law & Economics dell'Università telematica pegaso, Milano, 2012, p. 1.

² Cocco G. "La bancarotta preferenziale", JOVENE, Napoli, 1987, p. 141; Tagliarini F. "Profili salienti della bancarotta preferenziale", *Ind. pen.*, 1992, p. 742.

³ Giuliani Balestrino U. "La bancarotta e gli altri reati concorsuali", Giuffrè, Milano, 2006, p. 477; Palazzo F.C., Paliero C.E. "Commentario breve alle leggi penali complementari", Cedam, Padova, 2007, p. 1196; Bricchetti R., Pistorelli L. "La bancarotta e gli altri reati fallimentari. Dottrina e giurisprudenza a confronto", Giuffrè, Milano, 2011, p. 139; Cocco G., cit., p. 172; Pedrazzi C., Sgubbi F. "Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito", in "Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare", a cura di Galgano F., Zanichelli, Bologna – Il Foro Italiano, Roma, 1995, p. 118.

⁴ Cass. (ud. 17.4.2012) 24.7.2012 n. 30308, in *Banca Dati Eutekne e Dir. e Giust.*, 2012, p. 686, con nota di Foti A. "Illegittimità della distrazione dei beni mobili della società e dei pagamenti preferenziali per i creditori".

mento preferenziale di alcuni creditori, sottraendoli così al concorso con gli altri creditori sia in sede di procedure concorsuali, sia in sede di intervento nelle azioni esecutive individuali.⁵

Nell'ottica della preferenzialità riconosciuta a particolari tipologie di crediti, appare possibile ipotizzare che il pagamento di un soggetto privilegiato da parte dell'organo amministrativo di una società a rischio di insolvenza riduca il rischio di comportamenti fraudolenti, che potrebbero essere successivamente addebitati in sede contenziosa, a condizione che gli stessi risultino rispettosi della gradazione delle differenti cause di prelazione.

L'imprenditore a rischio di insolvenza che esegue pagamenti o simula cause di prelazione, infatti, non intacca la consistenza patrimoniale della garanzia per i creditori, ma altera l'ordine di soddisfazione dei loro crediti. Tale comportamento integra il **reato di bancarotta preferenziale** ed è tradizionalmente definito "*favoreggiamento dei creditori*", determinando così disparità di trattamento, prima o durante la procedura fallimentare, che non siano giustificate dalle cause legittime di prelazione ex art. 2741 c.c.⁶

A tal proposito, occorre innanzitutto considerare che gli elementi che caratterizzano il privilegio sono la legalità e la tipicità, nel senso che occorre una norma che ne determini tanto la sussistenza, quanto gli effetti e l'ambito di applicazione.

Soltanto in alcune ipotesi l'esistenza del privilegio può essere subordinata ad una manifestazione di volontà negoziale e all'adempimento di particolari forme di pubblicità,

secondo quanto previsto dall'art. 2745 c.c.⁷ L'art. 2746 c.c. opera una distinzione tra **privilegi generali**, i quali si esercitano su tutti i beni mobili del debitore e, pertanto, potranno essere fatti valere sul ricavato dei beni mobili esistenti nel patrimonio del debitore al momento del pignoramento, e **privilegi speciali**, che invece potranno essere esercitati soltanto sul ricavato della vendita di determinati beni mobili o immobili.

Nonostante la presenza di disposizioni a contenuto generale, quali appunto gli artt. 2475 e 2746 c.c., manca tuttavia una disciplina generale dei privilegi, caratterizzata da un'unica definizione di tale figura giuridica, così come manca una chiara regola di conflitto in caso di pluralità di privilegi diversi, che tenga conto non soltanto delle figure di privilegio regolate nel codice civile, ma anche (e soprattutto), delle numerose figure previste nelle leggi speciali.⁸

La situazione è ulteriormente complicata per effetto delle disposizioni contenute nell'art. 2745 c.c., il quale, dopo aver stabilito che "*il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito*", afferma che "*la costituzione del privilegio può tuttavia dalla legge essere subordinata alla convenzione delle parti*". Tali previsioni non creavano problemi fintantoché i privilegi erano limitati alla previsione di poche e marginali fattispecie; tuttavia, con l'incremento delle figure di privilegio si sono create sovrapposizioni che rendono difficile una razionalizzazione del sistema normativo.⁹

La materia dell'ordine dei privilegi è regolata dagli artt. 2777 e seguenti del codice civile e,

ai fini che qui interessano, viene in rilievo il comma 2 dell'art. 2777 c.c., il quale colloca, immediatamente dopo le spese di giustizia, i crediti di cui all'art. 2751-*bis* c.c., ossia i crediti per retribuzioni e provvigioni e quelli dei coltivatori diretti, delle cooperative e delle imprese artigiane.

N. 1 DELL'ART. 2751-BIS C.C.: IL PRIVILEGIO DEI LAVORATORI

Relativamente al privilegio per le retribuzioni dovute ai lavoratori subordinati ai sensi del n. 1 dell'art. 2751-*bis* c.c., esso riguarda qualunque forma delle retribuzioni previste dagli artt. 2099 e seguenti c.c., i crediti per le indennità di cui agli artt. 2118 e ss. c.c., i crediti per i danni conseguenti all'omessa corrispondenza dei contributi assicurativi obbligatori di cui all'art. 2116 c.c., nonché quelli per i danni derivanti da un licenziamento inefficace, nullo o annullabile.¹⁰

I crediti assistiti da privilegio non sono soltanto quelli relativi alle prestazioni direttamente riconducibili alla retribuzione della prestazione lavorativa.

La Corte Costituzionale ha, infatti, dichiarato costituzionalmente illegittima questa disposizione nella parte in cui non munisce del privilegio il credito del lavoratore subordinato per danni conseguenti tanto ad infortunio sul lavoro, quanto per danni conseguenti a malattia professionale, dei quali sia responsabile il datore di lavoro, nonché dei

danni da demansionamento subiti a causa dell'illegittimo comportamento del datore di lavoro.¹¹

N. 2 DELL'ART. 2751-BIS C.C.: IL PRIVILEGIO DEI PRESTATORI D'OPERA

Il n. 2 dell'art. 2751-*bis* c.c. dispone che sono assistiti da privilegio generale i crediti riguardanti le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione. Tale privilegio si riferisce ai crediti derivanti da prestazioni effettuate nel biennio antecedente la cessazione del rapporto, a prescindere dalla data in cui il credito sia divenuto liquido ed esigibile e, pertanto, sussiste anche qualora il pagamento sia sottoposto a termine, condizione sospensiva o sia prevista una dilazione.¹²

IL PRIVILEGIO DI UN COMPONENTE DI ASSOCIAZIONI PROFESSIONALI O DI SOCIETÀ TRA PROFESSIONISTI

In materia di crediti dei professionisti, si è recentemente affermata in giurisprudenza l'opinione secondo la quale il privilegio spetta anche nell'ipotesi in cui il credito sia fatto valere, in sede processuale, dall'associazione alla quale eventualmente appartenga il professionista, a condizione, però, che venga presentata idonea documentazione che consenta d'individuare i compensi riferiti alle presta-

5 Tucci G. "I privilegi", in "Trattato di diritto privato" diretto da Rescigno P., vol. XIX, UTET, Torino 1985, p. 458 e ss.; Presti G.M.G. "Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine in favore delle imprese", *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 594 e ss.

6 Zingales D. "Osservazioni a Cass. Pen., 28 ottobre 2010, sez. V, n. 1901", *Cass. pen.*, 2012, p. 641. Sul tema v. anche Alagna R. "La bancarotta dell'amministratore infido ed egoista", Nota a Cass. (ud. 16.4.2010) 7.6.2010 n. 21570, in *Banca Dati Eutekne e Giur. Comm.*, 2011, p. 614.

7 È tale, ad esempio, il caso del privilegio per i finanziamenti a medio e lungo termine di cui all'art. 46 del TUB, che verrà in seguito esaminato.

8 Ciccarello S. "Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori", Giuffrè, Milano, 1983, p. 77 e ss.

9 Tucci G., cit., p. 468 e ss., rileva come tutto lo sviluppo del diritto dei privilegi negli ultimi quaranta anni abbia fatto cadere le "*illusioni sistematiche del nostro legislatore*", e che l'abnorme sviluppo delle cause di prelazione abbia messo in crisi la funzionalità del nostro sistema giuridico, sia svuotando di significato il principio di uguaglianza dei creditori, sia "*facendo saltare*" la disciplina sistematica prevista dal codice in materia di privilegi.

10 In tal senso, Corte Cost. 20.4.1989 n. 204, *Dir. Prat. Lav.*, 1989, p. 1429 e Corte Cost. 6.12.1984 n. 6428, *Dir. Fall.*, 1992, p. 759; per un commento, v. Scognamiglio C., Pagliantini S., *sub art. 2751-bis*, in "Codice civile commentato" a cura di Alpa G., Mariconda V., IPSOA, Milano, 2005, p. 279.

11 Corte Cost. 28.11.1983 n. 326; Corte Cost. 29.5.2002 n. 220; Corte Cost. 6.4.2004 n. 113. In quest'ultima pronuncia la Corte ha affermato che dalla violazione da parte del datore dell'obbligo di adibire il lavoratore alle mansioni cui ha diritto possono derivare a quest'ultimo danni di vario genere: danni al complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramenti all'interno o all'esterno dell'azienda; danni alla persona ed alla sua dignità, particolarmente gravi nell'ipotesi, non di scuola, in cui la mancata adibizione del lavoratore alle mansioni cui ha diritto si concretizza nella mancanza di qualsiasi prestazione, sicché egli riceve la retribuzione senza fornire alcun corrispettivo; danni alla salute psichica e fisica. L'attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori a quelle a lui spettanti o il mancato affidamento di qualsiasi mansione – situazioni in cui si risolve la violazione dell'articolo 2103 c.c. (c.d. demansionamento) – può comportare pertanto, come nelle ipotesi esaminate dalle sentenze n. 326/1983 e n. 220/2002, anche la violazione dell'art. 2087 c.c., che tutela la salute e la personalità morale del lavoratore.

12 Trib. Vicenza 6.11.2009, *Il Caso.it*.

zioni direttamente e personalmente svolte dal professionista.¹³

Diverso dovrebbe essere, invece, il discorso per la prestazione professionale resa da un socio di società tra professionisti.

Nella nuova disciplina delle società tra professionisti, introdotta dall'art. 10 della L. 12.11.2011 n. 183, la titolarità del rapporto d'opera professionale sembra spettare alla società di appartenenza del singolo professionista: nonostante, infatti, la designazione del professionista debba essere preferibilmente fatta "dall'utente", ove questa manchi, il nominativo viene scelto dalla società, ed a questi previamente comunicato. Inoltre, in caso di recesso o di cessione della propria partecipazione da parte del professionista incaricato, sarà la società a dover garantire la continuità nell'espletamento dell'incarico, suggerendo un nuovo professionista socio. Ciò lascia presumere che la titolarità del rapporto d'opera professionale nei confronti del cliente spetti alla società e non, invece, al singolo professionista incaricato dell'esecuzione della prestazione.

Ulteriori conferme di tale interpretazione sono rinvenibili nell'obbligo per la società di osservare il regime disciplinare dell'Ordine al quale risulti iscritta, nonché in quello di stipulare una polizza di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale.¹⁴

Se, quindi, il soggetto titolare del contratto d'opera professionale è la società, il privilegio di cui al n. 2 dell'art. 2751-bis c.c. dovrebbe correttamente intendersi esteso anche ai crediti per le prestazioni professionali rese dalle stp. Mentre, infatti, **per le associazioni professionali il riconoscimento del privilegio è subordinato all'individuazione del singolo professionista** al quale la prestazione è riferibile, in quanto l'associazione professione svolge essenzialmente una funzione "paraconsortile" analoga a quella delle società di mezzi o di servizi, consistente nel consentire ai professionisti di esercitare la propria attività, **nelle stp** il legislatore ha previsto un meccanismo secondo cui **il credito professionale, pur essendo riferibile ad un professionista esecutore, è sempre intestato alla società**. La riferibilità al singolo professionista esecutore, che deriva dall'obbligo di designazione dell'incaricato posto a carico della società, legittimerebbe, poi, l'estensione del privilegio ex art. 2751-bis c.c. al caso di specie, in quanto la disciplina delle stp consente sempre di individuare il soggetto esecutore dell'opera, la cui prestazione è, tuttavia, imputata alla società.

L'ESTENSIONE AI PRESTATORI D'OPERA NON INTELLETTUALI

Il n. 2 dell'art. 2751-bis c.c. ha, poi, formato oggetto di intervento da parte della Corte Costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità "limitatamente alla parola intellettuale", con la conseguenza di estendere il privilegio a tut-

te le attività riconducibili alla tipologia del contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c. e, quindi, alla prestazione d'opera di carattere non intellettuale svolta in modo autonomo.¹⁵ Per effetto di tale intervento, le attività garantite dal privilegio non sono più soltanto quelle di cui all'art. 2229 c.c., relativo alle professioni "protette", ossia quelle per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi, ma anche quelle relative alle professioni "non protette", ossia quelle non organizzate in Ordini o Collegi, che, ai sensi dell'art. 1 comma 2 della L. 14.1.2013 n. 4 (Disposizioni in materia di professioni non organizzate), consistono nello svolgimento di "attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, con esclusione delle attività riservate per legge a soggetti iscritti in albi o elenchi ai sensi dell'art. 2229 del codice civile, delle professioni sanitarie e delle attività e dei mestieri artigianali, commerciali e di pubblico esercizio disciplinati da specifiche normative".¹⁶ L'incostituzionalità del richiamo alle sole attività intellettuali vale, altresì, ad estendere il privilegio del n. 2 dell'art. 2751-bis c.c. anche alla prestazioni d'opera diverse da quelle professionali e, quindi, a quelle previste nell'art. 2222 c.c., che regola il contratto d'opera, ossia il contratto con il quale una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente.

IL PRIVILEGIO ASSISTE ANCHE IL CREDITO DI AMMINISTRATORI E LIQUIDATORI DI SOCIETÀ DI CAPITALI?

La giurisprudenza esclude che il credito dell'amministratore o del liquidatore, sorto per effetto dell'opera prestata per la società sia assistito da privilegio.

Si ritiene, infatti, che – nonostante la Corte Costituzionale abbia dichiarato costituzionalmente illegittimo il riferimento del n. 2 dell'art. 2751-bis c.c. ai soli prestatori d'opera intellettuale – il contratto tipico che lega amministratori e liquidatori alla società non sia assimilabile al contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c.: "di quest'ultimo, infatti, non presenta gli elementi del perseguimento di un risultato con la conseguente sopportazione del rischio, e l'«opus» (e cioè l'amministrazione) che l'amministratore o il liquidatore si impegna a fornire non è – a differenza di quello del prestatore d'opera – determinato dai contraenti preventivamente, né è determinabile aprioristicamente, identificandosi con la stessa attività d'impresa".¹⁷

La giurisprudenza esclude, in sostanza, che il rapporto tra amministratore (o liquidatore) e società abbia la natura di un contratto di mandato, in quanto le competenze ed i poteri conferiti agli amministratori risultano loro "attribuiti in via esclusiva e sono indisponibili da parte dell'assemblea, che non può impartire ordini agli amministratori, né revocarne gli atti o in generale sostituirsi ad essi".¹⁸ In tale ottica, non rilevarebbe il riferimento al mandato contenuto nell'art. 2392 comma 1 c.c., in quanto esso si limita a disciplinare il regime della responsabilità dell'organo amministra-

13 Cass. 11.7.2013 n. 17207, in *Banca Dati Eutekne*, la quale conferma l'orientamento già espresso in Cass. 22.10.2009 n. 22439, *ibidem*, secondo la quale nel caso in cui la prestazione sia resa nell'ambito di un'associazione professionale, il privilegio di cui all'art. 2751-bis co. 1 n. 2 c.c. sussiste esclusivamente con riferimento al rapporto professionale che instaura tra il cliente e un singolo professionista e il credito del professionista "ha per prevalente oggetto la remunerazione di una prestazione lavorativa, benché includa le spese organizzative essenziali al suo autonomo svolgimento". In dottrina, v. Napoleoni V. "Questioni controverse in tema di privilegi generali ex art. 2751-bis c.c.", *Giur. Comm.*, 1996, p. 19 e ss.; Bruschetta E. "Privilegio del credito per prestazioni professionali", *Fallimento*, 2001, p. 105 ss.; Blatti C. "Riscossione dei crediti professionali e legittimazione dello studio associato", *Fallimento*, 2005, p. 273 e ss.

14 Nardone F.G., Ruotolo A. Silva M. "Prime note sulla società tra professionisti", in "Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato", 2012, p. 1133; Cian M. "La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni (art. 10 l. n. 183/11)", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 18 e ss. Esiste, tuttavia, una diversa opinione, secondo cui il rapporto d'opera si instaurerebbe fra il singolo professionista e il cliente, perché in base alla lett. a) del co. 4 dell'art. 10 della L. 183/2011, l'attività professionale viene esercitata "in via esclusiva" da parte dei soci. Di conseguenza, la società resterebbe estranea al contratto d'opera professionale con il cliente, essendo la stessa solo destinataria dei risultati economici, mentre la responsabilità civile per l'inadempimento graverebbe solo sul professionista. In tal senso, Toffoletto A. "Società tra professionisti", *Le Società*, p. 36 e ss. Adottano una posizione intermedia Rossi S., Codazzi E. "Le società tra professionisti: l'oggetto sociale", *Le Società, Speciale Società tra professionisti*, 2012, p. 6 e ss., secondo cui la stp avrebbe un oggetto sociale "misto": l'attività reale e diretta non potrebbe infatti consistere nell'attività professionale (svolta dai soci), ma nella prestazione di servizi ai soci.

15 Corte Cost. 29.1.1998 n. 1.

16 Ancor prima dell'abrogazione del divieto di società tra professionisti si riteneva che le prestazioni relative a professioni intellettuali non protette potessero essere rese sia attraverso un contratto d'opera intellettuale, sia, in alternativa, agendo come imprenditori, tanto in forma individuale, quanto in forma di impresa collettiva attraverso il ricorso allo schema societario; in tal senso, Galgano F. "Professioni intellettuali, impresa, società", *Contratto e Impresa*, 1991, p. 8; Assanti C. "Le professioni intellettuali e il contratto d'opera", *Lav. Giur.*, 2000, p. 710; *contra* Campobasso G.F. "Diritto commerciale", UTET, Torino, I, 1993, p. 48.

17 Cass. 23.7.2004 n. 13805, in *Banca Dati Eutekne*. Per un commento, v. Carbonara U.M. "La natura del credito del liquidatore sociale", *Giur. Comm.*, 2004. Nello stesso senso, Cass. 26.2.2002 n. 2769, in *Banca Dati Eutekne*, *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 957 e *Fallimento*, 2002, p. 1078, con nota di Sampietro E. "Privilegio del credito del liquidatore sociale" (nt. 5); Cass. 17.8.1998 n. 8083, *Foro It.*, 2000, I, p. 1413; Cass. 14.9.1995 n. 9692, *Fallimento*, 1996, p. 176; Cass. 11.4.1983 n. 2542, *Giur. It.*, 1983, I, p. 1240, *Dir. fall.*, 1983, II, p. 682, *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2357, e *Foro It.*, 1983, I, p. 1244.

18 Trib. Forlì 31.5.2001, *Il Fallimentarista*.

tivo e non lo qualifica, invece, in termini di contratto di mandato.

Né appare possibile equiparare il rapporto con l'amministratore ad un contratto di lavoro subordinato (o parasubordinato), come tale distinto dal contratto di società, in quanto la possibilità di un controllo, da parte della società, sull'operato dell'organo amministrativo non dipende da un potere disciplinare analogo a quello del datore di lavoro, bensì è rimessa alle regole sull'azione di responsabilità (artt. 2393 e 2476 c.c.), sul conflitto di interessi (artt. 2391 e 2475-ter c.c.) e, nelle srl, sul diritto dei soci di avere notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione (art. 2476 comma 2 c.c.).

Al di là della questione, allo stato attuale ancora controversa, circa l'effettiva natura del rapporto di amministrazione nell'ambito del diritto societario,¹⁹ viene in rilievo in tale sede la circostanza per cui, in ragione delle peculiari caratteristiche del predetto rapporto, **non si reputa possibile un'applicazione estensiva del privilegio ex art. 2571-bis, n. 2, c.c. ai crediti di amministratori e liquidatori per le prestazioni da essi rese nella società.**

Ne consegue, quindi, che nel caso in cui l'am-

ministratore si ripaghi dei suoi crediti verso la società, non potendo scindersi la qualità di creditore da quella di amministratore – il quale come tale è vincolato alla società dall'obbligo della fedeltà e da quello della tutela degli interessi sociali, anche nei confronti di terzi, dei soci e degli altri creditori – **ricorre un'ipotesi di bancarotta.**²⁰

IL PRIVILEGIO ASSISTE I COMPENSI DEI SINDACI?

I sindaci rivestono di regola la qualifica di professionista e, pertanto, il compenso ad essi spettante ai sensi dell'art. 2402 c.c. è astrattamente idoneo a rientrare nella categoria dei crediti privilegiati dei prestatori d'opera professionale di cui al n. 2 dell'art. 2751-bis c.c. Per effetto dell'art. 2397 comma 2 c.c., infatti, relativo alla composizione del Collegio sindacale di società non quotata, che sia privo della funzione di revisore legale, la scelta della totalità dei sindaci, nonostante sia rimessa alla competenza della maggioranza dei soci, deve avvenire all'interno di categorie professionali precostituite. È, dunque, necessaria la presenza di un sindaco effettivo e di un supplente iscritti nel Registro dei revisori legali, mentre gli altri componenti devono essere scelti

tra i professori universitari di ruolo (ordinari, associati o aggregati) in materie economiche o giuridiche, oppure, tra gli iscritti – oltre che nel medesimo registro dei revisori legali – negli albi professionali individuati con DM 29.12.2004 n. 320, quali quello degli Avvocati, dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, o dei Consulenti del lavoro.

La giurisprudenza di legittimità ha, pertanto, affermato che il **compenso dei sindaci è assistito dal privilegio di cui all'art. 2751-bis c.c.**, in quanto la loro attività è riconducibile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. e non si esaurisce nell'esplicazione di cognizioni tecniche o scientifiche, a differenza di quanto avviene per gli amministratori, la cui attività implica la gestione dell'impresa sociale, con ampi compiti di organizzazione dei fattori della produzione al fine del perseguimento dell'oggetto della società.²¹

Si è, in particolare, autorevolmente sostenuto che il credito dei sindaci debba ritenersi assistito dal privilegio in esame, tanto nell'ipotesi di sindaci iscritti in albi professionali (dei Revisori Legali, degli Avvocati, dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, dei Consulenti del lavoro), quanto in quella – residuale – di soggetti privi di abilitazione professionale.²²

Occorre, tuttavia, dare atto di come attualmente il ruolo dell'organo di controllo, tanto per effetto della riforma del diritto societario, quanto in seguito alle nuove norme in tema di revisione legale dei conti, si sia evoluto, così rendendo di difficile inquadramento la posi-

zione del sindaco all'interno della società, il tutto con importanti conseguenze in ordine al riconoscimento del privilegio ex art. 2751-bis n. 2 c.c.

Sono stati, infatti, da tempo evidenziati numerosi elementi critici, che in concreto ostacolano il corretto espletamento delle funzioni di controllo, quali, da un lato, l'insufficiente indipendenza dei sindaci – che sono scelti dalla società e che da essa ricevono un compenso – e, dall'altro lato, il regime della responsabilità per i fatti o le omissioni degli amministratori, dei quali i sindaci rispondono ai sensi dell'art. 2407 comma 2 c.c., quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.²³

Poiché il controllo dei sindaci sull'operato degli amministratori si riferisce al rispetto da parte di questi ultimi sia di obblighi specificamente loro imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, sia del generale obbligo di gestione nell'interesse sociale, si è affermato che il dovere di vigilanza non si limita ad un mero controllo contabile e formale, ma si estende anche al contenuto della gestione.²⁴

Pertanto, pur non dubitando della spettanza, in astratto, del privilegio ex art. 2751-bis n. 2 c.c., in ragione dei numerosi e differenti compiti attribuiti al collegio sindacale, i quali risultano fortemente caratterizzati dallo svolgimento di controlli sull'amministrazione e che in parte esulano dal controllo legale dei conti, la giurisprudenza di merito è recentemente pervenuta a **negare il riconoscimento del privilegio laddove i sindaci si siano**

19 V., in dottrina, Calandra Buonaura V. "Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori", in "Trattato delle società per azioni", diretto da Colombo G.E., Portale G.B., vol. IV, UTET, Torino, 1991; Id. "Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni", Giuffrè, Milano, 1985; Caselli G. "Vicende del rapporto di amministrazione", in "Trattato delle società per azioni", cit.; Galgano F. "Il nuovo diritto societario", in "Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", diretto da Galgano F., vol. XXIX, Cedam, Padova, 2003, p. 243 e ss. e p. 403 e ss.; AA.VV. "Diritto fallimentare", coordinato da Maffei Alberti A., Monduzzi Ed., Bologna, 2002; Campobasso G.F. "Diritto commerciale. Diritto delle società", vol. II, Torino, 2002, p. 366 e ss. e p. 530 e ss.; Sampietro E., cit., p. 1080 e ss.; Sanfilippo P.M. "Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni", Giappichelli, Torino, 2000; Cottino G. "Diritto commerciale. Le società", vol. I, t. II, Cedam, Padova, 1999, p. 539 e ss.; Montagnani C. "Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie", Giuffrè, Milano, 1999; Paciello A. "Scioglimento della società per azioni e revoca della liquidazione", ESI, Napoli, 1999; Zanichelli V. "Privilegio del credito del liquidatore giudiziario e dell'amministratore", *Fallimento*, 1999, p. 200 e ss.; Consolo C. "Qualche competenza (ordinaria o laburistica) sulle azioni sociali di responsabilità", *Corr. giur.*, 1998, p. 180; Cagnasso O., Irrera M., voce "Società a responsabilità limitata", *Digesto delle discipline privatistiche, sez. comm.*, vol. XIV, 1997, p. 183 e ss.; Devescovi F. "Nuove operazioni e responsabilità degli amministratori e dei liquidatori", Cedam, Padova, 1997; Niccolini G. "Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni", in "Trattato delle società per azioni", diretto da Abbadessa P., Portale G.B., vol. VII, 3, UTET, Torino, 1997, p. 641 e ss.; Id. "Interessi pubblici e interessi privati nell'estinzione della società", Giuffrè, Milano, 1990; Di Brina L. "La responsabilità per le nuove operazioni successive allo scioglimento della Spa", Giuffrè, Milano, 1996.

20 La giurisprudenza ha precisato che in tal caso la bancarotta deve addirittura qualificarsi come fraudolenta e non, semplicemente, preferenziale. In tal senso, Cass. (ud. 30.5.2012) 26.6.2012 n. 25292, in *Banca Dati Eutekne e Il Fallimentarista*, it, secondo cui "l'amministratore che si ripaghi di un proprio credito verso la società risponde del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e non di bancarotta preferenziale, non potendo scindersi la sua qualità di creditore da quella di amministratore, come tale vincolato alla società dall'obbligo di fedeltà e da quello della tutela degli interessi sociali nei confronti dei terzi". V. anche Cass. (ud. 18.5.2006) 7.7.2006 n. 23730, in *Banca Dati Eutekne e Riv. pen.*, 9, 2007, p. 944; Cass. (ud. 17.10.2007) 12.12.2007 n. 46301, in *Banca Dati Eutekne e Fallimento*, 4, 2008, p. 465; Cass. (ud. 5.10.2007) 26.11.2007 n. 43869, in *Banca Dati Eutekne*; Cass. (ud. 16.4.2010) 7.6.2010 n. 21570, *Fallimento*, 4, 2011, p. 495.

21 Cass. 23.4.1975 n. 1759, in *Ced della Corte di Cassazione*. Nello stesso senso, Cass. 11.4.1983 n. 2542, *Giur. Comm.*, 1984, p. 176, con nota di Toffoletto A. "Crediti per compensi degli amministratori e privilegio generale ex art. 2751 bis cod. civ." e *Riv. Dir. Comm.*, 1984, p. 273, con nota di Scognamiglio G. "Note in tema di privilegio dei crediti degli amministratori di società per azioni". In dottrina, Quagliotti L., sub art. 2402 c.c., in "Codice commentato delle società", a cura di Abriani N., Stella Richter M., UTET, Torino, 2010, p. 1201; Domenichini G., sub art. 2402 c.c., in "Società di Capitali. Commentario", a cura di Niccolini G., Stagno D'Alcontres A., vol. II, JOVENE, Napoli 2004, p. 747; Pratis C.M. "Della tutela dei diritti", in "Commentario del codice civile", redatto a cura di magistrati e docenti, UTET, Torino, 1980, p. 419; Minervini G. "Appunti sul compenso dei sindaci di società", *Riv. Giur. lav.*, 1963, p. 152.

22 Cavalli G. "I sindaci", in "Trattato delle società per azioni", diretto da Colombo G.E., Portale G.B., vol. V, "Controlli-Obbligazioni", UTET, Torino, 1994, p. 39.

23 Quagliotti L. "La nomina dei sindaci: equilibrio strutturale e indipendenza sostanziale", in AA.VV. "Il collegio sindacale. Le nuove regole", a cura di Alessi R., Abriani N., Morera U., Giuffrè, Milano, 2007, p. 35 e ss.

24 Cass. 17.9.1997 n. 9252, *Dir. Fall.*, 1998, p. 878, con nota di Ragusa Maggiore G. "Ancora su nuove operazioni e responsabilità degli organi sociali in sede fallimentare", e *Le Società*, 1998, p. 1025, con nota di Domenichini G. "In tema di doveri e responsabilità dei sindaci", Cass. 17.5.1993 n. 5263, *Foro It.*, 1994, p. 130, *Le Società*, 1994, p. 897 e *Giur. It.*, 1994, p. 1220.

resi inadempienti dell'obbligo di vigilanza sull'operato degli amministratori.²⁵

In particolare, in sede di liquidazione fallimentare è stato negato il riconoscimento del privilegio per i compensi spettanti ai sindaci che nel caso di specie non avevano adottato gli accorgimenti minimi a garantire il buon esito di un'operazione che avrebbe dovuto garantire il risanamento dell'impresa e che si erano limitati *"alle generiche e consuete raccomandazioni prive di una qualche cogenza nei confronti degli amministratori. [...] Conclusivamente, l'eccezione di inadempimento formulata dalla procedura nei confronti dell'operato dei sindaci è fondata per i due profili oggetto di trattazione, che si risolvono in una inesatta esecuzione, di non scarsa importanza, della prestazione dovuta: 1) la mancata denuncia al p.m. dei reiterati inadempimenti agli obblighi tributari e contributivi; 2) la negligente sorveglianza su di un fondamentale atto di gestione. [...] Tanto abilita il fallimento resistente a rifiutare legittimamente il pagamento del compenso"*.²⁶

IL PRIVILEGIO ASSISTE I COMPENSI DELLE SOCIETÀ DI REVISIONE?

Secondo la giurisprudenza, sebbene anteriore sia alla riforma della revisione contabile, sia all'introduzione delle stp, il privilegio sui mobili previsto dall'art. 2751-bis n. 2 c.c. **non è applicabile ad una società di revisione**, in quanto il privilegio è riconosciuto al professionista (o prestatore d'opera intellettuale) individuale, mentre un'interpretazione estensiva a favore delle società che svolgono attività oggettivamente identiche a quelle delle professioni intellettuali protette (revisione e certificazione dei bilanci) non potrebbe aver luogo in considerazione della confusione, nell'ambito societario, tra la remunerazione del capitale e della retribuzione del lavoro.²⁷ Non sembra che su tale

conclusione possano incidere né la successiva disciplina della revisione legale dei conti, che non riscrive le norme in tema di privilegi, né l'introduzione della normativa in tema di società professionali, in quanto il comma 9 dell'art. 10 della L. 183/2011, fa *"salve le associazioni professionali, nonché i diversi modelli societari già vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge"*, tra le quali rientrano appunto le società di revisione di cui al DLgs. 39/2010.

IL PRIVILEGIO ASSISTE I COMPENSI DEI CUSTODI GIUDIZIARI?

La giurisprudenza **ha riconosciuto il privilegio** al credito relativo al compenso maturato dal custode giudiziario nominato dal tribunale nella fase anteriore alla dichiarazione di insolvenza della società, in considerazione sia della spettanza di detta prelazione ad ogni prestatore d'opera, anche non intellettuale, sia della connotazione dell'attività concretamente svolta dal custode, nella specie ritenuta improntata non solo alla tipica amministrazione dell'impresa, ma anche alla verifica della situazione economico-patrimoniale della società.²⁸

N. 3 DELL'ART. 2571-BIS C.C.: IL PRIVILEGIO DEGLI AGENTI

Il n. 3 dell'art. 2751-bis c.c. attribuisce il privilegio alle provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia dovute per l'ultimo anno di prestazione ed alle indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo. Recentemente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, con sentenza 16.12.2013 n. 27986, a dirimere un contrasto in ordine all'applicabilità o meno del privilegio nell'ipotesi in cui l'agente rivesta la forma

di **società di capitali**, escludendo in tal caso la sussistenza del privilegio.²⁹

N. 4 DELL'ART. 2571-BIS C.C.: IL PRIVILEGIO DEL COLTIVATORE DIRETTO

Il n. 4 dell'art. 2751-bis c.c. riconosce il privilegio generale sui mobili del debitore ai crediti del coltivatore diretto, sia esso proprietario che affittuario, mezzadro, colono, soccidario o comunque partecipante, per i corrispettivi della vendita dei prodotti, nonché ai crediti del mezzadro o del colono indicati derivanti dai contratti di mezzadria e colonia, ai sensi dell'art. 2765 c.c.

COSA SI INTENDE PER COLTIVATORE DIRETTO?

La nozione di coltivatore diretto, ai fini dell'attribuzione del privilegio in esame, deve essere desunta dall'art. 2083 c.c. e, pertanto, è tale il piccolo imprenditore che coltiva il fondo con il lavoro prevalentemente proprio e della sua famiglia, mentre assume un ruolo marginale la presenza di altri fattori produttivi, quali in particolare il lavoro dipendente.

La giurisprudenza ha, infatti affermato che il requisito della "prevalenza" del lavoro dell'imprenditore deve essere individuato in base al rapporto tra forza lavorativa totale occorrente per la lavorazione del fondo e forza lavoro riferibile al titolare ed ai membri della sua famiglia, a prescindere dall'apporto di mezzi meccanici.³⁰ Conseguentemente, il privilegio generale sui beni mobili previsto dall'art. 2751-bis n. 4 c.c. per i crediti dei coltivatori diretti **non è stato**

riconosciuto alle **società semplici agricole** di cui al DLgs. 99/04, in quanto tale provvedimento normativo si limita ad estendere a dette società, in possesso dei richiesti requisiti, la possibilità di accedere ai benefici previsti dalla normativa statale in materia di agevolazioni fiscali e previdenziali a favore delle persone fisiche in possesso della qualifica di coltivatore diretto.³¹

N. 5 DELL'ART. 2571-BIS C.C.: IL PRIVILEGIO DEGLI ARTIGIANI...

Il n. 5 dell'art. 2751-bis c.c. attribuisce il privilegio generale sui mobili ai crediti dell'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti, nonché delle società ed enti cooperativi di produzione e lavoro per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti.

Tale norma è stata modificata dal comma 1 dell'art. 36 del DL 9.2.2012 n. 5 (DL semplificazioni) convertito, con modificazioni, dalla L. 4.4.2012 n. 35, introducendo l'inciso *"definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti"*.

Ne consegue che la nozione d'impresa artigiana non è solo quella rinvenibile nella nozione di piccolo imprenditore di cui all'art. 2083 c.c., bensì quella ricavabile dalle norme di settore e, in particolare, dalla legge quadro sull'artigianato 8.8.1985 n. 443.

Ai fini dell'attribuzione del privilegio, **è, cioè, necessario che l'impresa artigiana possieda i requisiti organizzativi e dimensionali previsti dagli artt. 3 e 4 della L. 443/1985 e precisamente:**

- ai sensi dell'art. 3 della L. 443/1985 è artigiana l'impresa che abbia per scopo

²⁹ Nella citata sentenza si afferma che *"la disposizione, di cui all'art. 2751-bis, numero 3), cod. civ., inserito dall'art. 2 della legge 29 luglio 1975, n. 426 (Modificazioni al codice civile e alla legge 30 aprile 1969, n. 153, in materia di privilegi) - secondo la quale «Hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti: [...] 3) le provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia dovute per l'ultimo anno di prestazione e le indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo» - deve essere interpretata, in conformità con l'art. 3 Cost. ed in sintonia con la ratio dello stesso art. 2751-bis cod. civ., nel senso che il privilegio dei crediti ivi previsto non assiste i crediti per provvigioni spettanti alla società di capitali che eserciti l'attività di agente"*.

³⁰ Cass. 7.2.1996 n. 988, Mass. Giur. It., 1996; Cass. 17.6.1999 n. 6002, Mass. Giur. It., 1999.

³¹ Trib. Mantova 9.9.2011, Il Caso.it.

²⁵ Trib. Parma 7.7.2011 n. 797, in Banca Dati Eutekne.

²⁶ Trib. Parma 7 luglio 2011 n. 797, cit.

²⁷ Cass. 14.4.1992 n. 4549, Giur. Comm., 1994, II, p. 220.

²⁸ Trib. Roma 21.10.2013, in Banca Dati Eutekne.

prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi, la quale risulti costituita in forma di società, anche cooperativa, escluse le società per azioni ed in accomandita per azioni, a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale, oppure che risulti costituita in forma di società a responsabilità limitata con unico socio purché il socio unico sia in possesso dei requisiti di imprenditore artigiano di cui all'art. 2 della L. 443/1985 e non sia unico socio di altra società a responsabilità limitata o socio di una società in accomandita semplice, oppure che risulti costituita ed esercitata in forma di società in accomandita semplice, purché ciascun socio accomandatario sia in possesso dei predetti requisiti di imprenditore artigiano e non sia unico socio di una società a responsabilità limitata o socio di altra società in accomandita semplice;

- ai sensi dell'art. 4 della L. 443/1985, l'impresa artigiana può essere svolta anche con la prestazione d'opera di personale dipendente diretto personalmente dall'imprenditore artigiano o dai soci, sempre che non superi i seguenti limiti:

- a) per l'impresa che non lavora in serie: un massimo di 18 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 9; il numero massimo dei dipendenti può essere elevato fino a 22 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti;
- b) per l'impresa che lavora in serie, purché con lavorazione non del tutto automatizzata: un massimo di 9 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 5; il numero

massimo dei dipendenti può essere elevato fino a 12 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti;

- c) per l'impresa che svolge la propria attività nei settori delle lavorazioni artistiche, tradizionali e dell'abbigliamento su misura: un massimo di 32 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 16; il numero massimo dei dipendenti può essere elevato fino a 40 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti;
- d) per l'impresa di trasporto: un massimo di 8 dipendenti;
- e) per le imprese di costruzioni edili: un massimo di 10 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 5; il numero massimo dei dipendenti può essere elevato fino a 14 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti.

...E DELLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO

Analogamente, per i crediti delle cooperative rientranti nella categoria degli enti di produzione e di lavoro, il privilegio sussiste **qualora soci cooperatori svolgano, nell'ambito dell'ente, un'attività lavorativa prevalente e preminente**, perché solo in questo modo il credito per la vendita dei manufatti e il servizio prestato può considerarsi il corrispettivo di attività lavorativa.

La giurisprudenza tende, infatti, ad escludere dal privilegio i crediti che non siano riconducibili alla nozione corrispettivo dell'attività lavorativa del socio cooperatore.³²

Il privilegio in esame sussiste laddove alla forma cooperativa corrisponda la realtà e cioè,

laddove all'interno della cooperativa i soci lavoratori prevalgano rispetto a quelli che non lo sono.³³

Inoltre, la giurisprudenza limita il privilegio alle **sole prestazioni eseguite da società cooperative** e non anche a quelle rese nell'ambito di consorzi e società consortili, in considerazione del fatto che, pur essendovi delle analogie tra mutualità delle cooperative e la mutualità consortile, esse presentano caratteristiche differenti.³⁴

Il primo, infatti, consiste nel fornire ai propri soci delle prestazioni a condizioni di favore rispetto a quelle di mercato, mentre il secondo consiste nell'organizzazione comune di determinate fasi delle rispettive imprese finalizzata ad incrementarne la produttività.

Pur esistendo, quindi, un'affinità tra lo scopo delle cooperative, consistente nel risparmio di spesa realizzato con la prestazione mutualistica, e quello consortile, consistente nell'incremento dei profitti derivante dall'istituzione dell'organizzazione comune, lo schema causale delle cooperative non è sempre suscettibile di essere compatibile con l'organizzazione consortile tra qualunque tipo di imprenditori. Ne è una conferma il fatto che non tutte le cooperative potrebbero assumere gli scopi consortili.³⁵

Ne consegue, pertanto, che il **privilegio non**

si estende alle prestazioni rese nell'ambito di consorzi e società consortili.

Simili ai crediti di cui al n. 5 dell'art. 2751-bis c.c., sono quelli previsti nei successivi nn. 5-bis (i crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti) e 5-ter (i crediti delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo di cui alla L. 24.6.1997 n. 196, per gli oneri retributivi e previdenziali addebitati alle imprese utilizzatrici).

ULTERIORI CASI DI PRIVILEGI RILEVANTI PER L'IMPRENDITORE: ALCUNE FIGURE DI PRIVILEGI REGOLATI DA LEGGI SPECIALI...

IL PRIVILEGIO PER I FINANZIAMENTI A MEDIO E LUNGO TERMINE

L'art. 46 del DLgs. 1.9.1993 n. 385 (TUB) prevede un privilegio speciale su beni mobili a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine concessi da parte delle banche alle imprese.³⁶

Esso costituisce una figura particolare di privilegio, in quanto rientra in uno dei casi, previsti dal secondo periodo dell'art. 2745 c.c.,

³² Cass. 27.3.1995 n. 3592, *Fallimento*, 1995, p. 380, ha ad esempio escluso il privilegio al credito derivante da un noleggio di attrezzature.

³³ Secondo Cass. 7.4.1997 n. 2984, *Giur. comm.*, 1998, p. 686, con nota di Genco R. "L'art. 2751-bis, n. 5, e la qualificazione dell'impresa mutualistica al giudizio della Cassazione", "i requisiti essenziali perché una cooperativa di produzione e lavoro sia ammessa al privilegio del credito ex art. 2751 bis n. 5 (introdotto dalla legge n. 426 del 1975) sono, per un verso, correlati alla effettività e «pertinenza» professionale del lavoro dei soci, e, per altro verso, alla prevalenza del lavoro di questi ultimi rispetto a quello dei non soci; tali requisiti sono ricavabili, oltre che dall'art. 23 D.Lg. C.P.S. n. 1577 del 1947, anche dalla genesi normativa dell'art. 2751 bis cod. civ. e dalla natura dei crediti assistiti dal privilegio, che, per essere relativi esclusivamente alla vendita dei manufatti e alla somministrazione dei servizi, appaiono strettamente correlati al lavoro personale e diretto dei soci. Ne consegue che non tutti gli enti qualificabili come cooperativi a fini fiscali e previdenziali possono ritenersi ammessi al beneficio del credito, e che, ai fini del beneficio mobiliare, non è necessario il ricorso a parametri diversi da quelli relativi all'apporto lavorativo dei soci, e collegati invece a canoni dimensionali o «funzionali», ovvero a comparazioni, di difficile effettuazione, tra lavoro e «capitale» investito".

³⁴ Cass. 14.6.1999 n. 5855, *Dir. Trasp.*, 2000, p. 542.

³⁵ Sarale M. "Consorzi e società consortili", in Cottino G., Weigmann R., Sarale M. "Società di persone e consorzi", in "Trattato di diritto commerciale" diretto da Cottino G., Cedam, Padova, 2004, p. 471, rileva che "I ruoli assegnati alle due forme di mutualità, che pure possono utilizzare meccanismo molto simili, si collocano su piani diversi: la cooperativa è espressione di un farsi imprenditoriale in via immediata e diretta, laddove il consorzio è sempre e comunque strumento di secondo grado di imprenditorialità. La prima si colloca, in maggiore o minore misura, al servizio di istanze di promozione di ceti sociali ritenuti meritevoli di maggior tutela e di difesa dalle speculazioni del mercato capitalistico, il secondo si muove all'interno della logica di quel mercato, valorizzandone e razionalizzandone i meccanismi di funzionamento".

³⁶ Tucci G. "Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese", *Banca, impr., soc.*, 1993, p. 321; Carriero G. "La nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento dell'impresa", *Foro It.*, 1994, V, p. 227 e ss.; Presti G.M.G., cit. p. 606 e ss.

in cui la legge subordina la costituzione dello stesso ad una convenzione intercorsa tra le parti.³⁷

Si tratta, quindi, di una forma di **garanzia convenzionale** che viene concessa sui beni aziendali e che ha lo scopo di ampliare la capacità di credito dell'imprenditore senza tuttavia sottrargli la disponibilità di beni strumentali all'esercizio dell'attività, in quanto, diversamente da quanto avviene con il pegno, non si verifica spossessamento.³⁸

Particolare rilevanza assume la regola che subordina l'opponibilità a terzi del privilegio alla trascrizione nel registro dei macchinari tenuto nella cancelleria del tribunale, ai sensi dell'art. 1524 comma 2 c.c.

Attraverso tale forma di pubblicità, l'esistenza della garanzia risulta facilmente conoscibile dai terzi, i quali possono averne conoscenza mediante l'incrocio tra il controllo della destinazione del bene e la consultazione del pubblico registro. Tale privilegio potrebbe, tuttavia, divenire di fatto occulto in caso di acquisto del bene da parte di un terzo, con la conseguenza che i suoi creditori ed aventi causa non potrebbero di fatto risalire alla pubblicità.

Il comma 4 dell'art. 46 del TUB colloca espressamente tale privilegio nel grado indicato nel comma 3 dell'art. 2777 c.c. e, quindi, immediatamente dopo le spese di giustizia e i crediti di cui all'art. 2751-bis c.c.

IL PRIVILEGIO DELLA LEGGE SABATINI

Analogo al privilegio speciale su beni mobili a garanzia di finanziamenti a medio e lungo termine concessi da parte delle banche alle imprese è quello su macchinario, ai sensi della L. 28.11.1965 n. 1329 (c.d. Legge Sabatini).

Tale privilegio ha sostanzialmente la natura

del privilegio spettante al venditore di macchine ai sensi dell'art. 2762 c.c., dal quale si differenzia per il fatto che esso ha, per le macchine contrassegnate, una durata non superiore ai sei anni e non, invece, di tre anni dalla vendita e, comunque, fino al momento in cui la macchina si trova in possesso del compratore nel luogo dove è stata eseguita la trascrizione, salvo il caso di sottrazione fraudolenta.

In base al comma 2 dell'art. 6 della L. 1329/1965, il privilegio spetta anche a chi, nell'interesse del compratore, abbia corrisposto la totalità o parte del prezzo per l'acquisto delle macchine e, quindi, compete anche alla Banca o al soggetto che abbia comunque finanziato l'impresa acquirente.

Trattandosi di privilegio ex art. 2762 c.c., esso ha un grado inferiore rispetto al privilegio di cui all'art. 46 del TUB, in quanto i privilegi previsti dall'art. 2762 c.c. sono collocati al n. 14 dell'art. 2778 c.c. e, quindi, dopo quelli di cui all'art. 2777 c.c.

...E I PRIVILEGI DEI CREDITI TRIBUTARI

Merita, da ultimo, accennare brevemente ai privilegi dei crediti tributari, per la rilevanza che essi rivestono nell'ambito dell'attività d'impresa.

Di regola i crediti tributari sono assistiti da privilegi, la cui disciplina è essenzialmente contenuta nelle seguenti norme:

- art. 2752 c.c., che riconosce un privilegio generale sui mobili del debitore ai crediti per tributi diretti dello Stato, per imposta sul valore aggiunto e per tributi diretti degli enti locali;
- art. 2758 c.c., che attribuisce privilegio speciale ai crediti dello Stato per tributi

indiretti sui mobili ai quali i tributi si riferiscono;³⁹

- art. 2759 c.c., relativo ai crediti per le imposte sul reddito, che hanno privilegio sui beni e le merci destinati all'esercizio dell'impresa, limitatamente all'imposta imputabile al reddito d'impresa;
- art. 2772 c.c., che attribuisce privilegio speciale sugli immobili per i crediti dello Stato relativi ai tributi indiretti, il quale grava sugli immobili ai quali il tributo si riferisce.

Tale ultimo privilegio che attribuisce il potere di aggredire i beni anche in caso di successivo trasferimento a terzi, produce effetti analoghi all'ipoteca, dalla quale tuttavia se ne differenzia in quanto potrebbe restare occulto, non avendo il legislatore disposto la sua trascrizione nei registri immobiliari, né altre forme di pubblicità.

Occorre, quindi, dare atto della difficoltà di acquisire notizie dell'esistenza dei privilegi fiscali e della conseguente incertezza non solo sull'esistenza, ma anche sull'entità dei crediti dello Stato, soprattutto laddove essi siano assistiti da privilegio con diritto di seguito.⁴⁰

A tal proposito, i principi di trasparenza amministrativa nel settore tributario dovrebbero consentire, pur sempre nel rispetto delle regole della *privacy*, un accesso alle informazioni di rilevanza oggettiva, come nel caso di privilegio relativo a un bene immobile al fine di prevenire azioni esecutive ai danni di terzi acquirenti, i quali potrebbero oltretutto trovarsi in situazioni di difficoltà nell'appre-

stare un'adeguata tutela, specie sotto il profilo probatorio.⁴¹

Relativamente alla collocazione di tali tipologie di privilegi, i crediti per i tributi indiretti di cui agli artt. 2758 e 2759 c.c. sono collocati al n. 7 dell'art. 2778, mentre quelli per tributi diretti di cui all'art. 2752 c.c. sono collocati ai successivi nn. 18, 19 e 20 dell'art. 2778 c.c. Riceve una collocazione a parte il privilegio speciale di cui all'art. 2772 c.c., il quale, essendo relativo agli immobili, si colloca al n. 4) dell'art. 2780 c.c.

I PAGAMENTI ESENTI DA REVOCATORIA FALLIMENTARE

Il comma 3 dell'art. 67 della L. fall. esclude dall'azione revocatoria una serie di atti, tra i quali rilevano, ai fini dell'individuazione delle regole per una corretta condotta dell'organo amministrativo delle società di capitali:

- i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso (lett. a dell'art. 67 comma 3);
- i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito (lett. f dell'art. 67 comma 3);
- i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo (lett. g dell'art. 67 comma 3).

³⁹ Tale privilegio comprende anche il credito dei comuni per l'ICI - Imposta comunale sugli immobili, nonostante il T.U. sulla finanza locale (RD 1175/1931) non preveda l'imposta in questione, la quale è stata successivamente introdotta con il DLgs. 30.12.1992 n. 504. Si deve, infatti, ritenere che il richiamo alla "legge per la finanza locale" contenuto nel terzo comma dell'art. 2752 c.c. non si rivolga ad una legge specifica istitutiva della singola imposta, bensì all'atto astrattamente generatore dell'imposizione, così da ricomprendervi anche norme ulteriori in ragione della materia da esse regolate, al fine di riconoscere il privilegio ai crediti che assicurano agli enti locali la provvista dei mezzi economici necessari per l'adempimento dei loro compiti istituzionali (in tal senso, Cass. SS.UU. 17.5.2010 n. 11930, in *Banca Dati Eutekne e Fallimento*, 2010, p. 1149, con nota di Macri U. "La lunga strada del privilegio I.C.I.").

⁴⁰ Jemma A. "Privilegi fiscali con particolare riguardo al diritto di seguito dei tributi indiretti", in "La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. III Aspetti finanziari e tributari", Giuffrè, Milano, 1986, p. 467; Picciaredda F. "Riflessioni in tema di attuazione del privilegio speciale immobiliare ai fini dei tributi indiretti. La tutela del terzo nel pensiero della Corte costituzionale", *Riv. dir. trib.*, 2000, II, p. 381 e ss.; Basilavecchia M. "Problemi interpretativi ed applicativi concernenti il privilegio speciale immobiliare per i tributi indiretti", Studio Consiglio Nazionale del Notariato 18.3.2005 n. 31/2005/T, in *Banca Dati Eutekne*.

⁴¹ Picciaredda, cit., p. 386.

³⁷ Secondo Gaetano G.P. "I privilegi", in "Trattato di diritto civile", diretto da Vassalli F., vol. XIV, UTET, Torino, 1956, p. 52, nei casi in cui la legge richiede la convenzione delle parti, quest'ultima opera come condizione per la costituzione ed il sorgere del diritto di prelazione; nello stesso senso, Parente, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, 306.

³⁸ Tucci G., commento all'art. 46, in "Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", a cura di Caprigione F., Cedam, Padova, 1994, p. 237 e ss.

IL PAGAMENTO NEI TERMINI D'USO

La non operatività della revocatoria fallimentare, in caso di pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso, ha come scopo quello di favorire una continuazione dell'attività aziendale nonostante l'insolvenza dell'impresa, così da rendere possibile il superamento della crisi o comunque l'adozione di soluzioni alternative alla procedura fallimentare.⁴² Tale esenzione, inoltre, tutela il creditore che, a fronte di un regolare pagamento dei servizi, presumibilmente non è a conoscenza dell'insolvenza dell'imprenditore.⁴³

COSA SI INTENDE PER TERMINI D'USO?

L'espressione *"termini d'uso"* di cui all'art. 67 comma 3 lett. a) della L. fall. va interpretata in senso lato e deve intendersi riferita tanto alle modalità sia cronologiche, sia sostanziali, del pagamento, sia alla tipologia dei pagamenti che devono essere riferibili alla normale conduzione dell'impresa.⁴⁴ Nell'ottica secondo cui l'esenzione in questione è volta a consentire la continuazione dell'esercizio dell'impresa, si ritiene, infatti, che il termine d'uso debba riferirsi non tan-

to ai tempi ed alle modalità del pagamento, quanto piuttosto alle **caratteristiche dell'attività d'impresa**. È, pertanto, conforme ai termini d'uso il pagamento relativo a prestazioni comunemente praticate nell'ambito di un determinato comparto produttivo o richieste da una gestione dell'azienda in crisi oculata e finalizzata al risanamento.⁴⁵

L'interpretazione dell'espressione *"termini d'uso"*, ha formato oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali, dai quali è possibile desumere che essa debba intendersi riferita:

- sia alle modalità che alla tempistica dei pagamenti, nel senso che essi devono essere indice di una volontà negoziale, anche tacita, purché non consistano in una mera abitudine nei ritardi dei pagamenti;⁴⁶
- alle modalità e i termini adottati dalle parti già prima e vigenti al momento dell'insorgenza del vincolo contrattuale o, in mancanza, dalla prassi del settore, mentre non rientrano nella definizione di *"termini d'uso"* quelle modalità introdotte al solo fine di arginare esigenze momentanee.⁴⁷

Pertanto, sono riconducibili alla nozione di *"termini d'uso"* **sia le modalità convenute a livello negoziale tra i singoli contraenti, sia le modalità abitualmente praticate dagli operatori economici di un determinato settore**, come ad esempio il paga-

mento a novanta giorni dall'emissione della fattura⁴⁸. Restano, quindi, esclusi tanto i pagamenti eseguiti oltre il termine d'uso, quali quelli effettuati in anticipo rispetto alla scadenza o in seguito a solleciti, quanto i pagamenti afferenti ad operazioni straordinarie o estranee all'oggetto tipico dell'attività d'impresa ed all'ordinario esercizio dell'azienda.⁴⁹ In sostanza, l'ambito di applicazione dell'esenzione riguarda forniture e prestazioni correlate al normale andamento dell'impresa e che ne consentano la regolare prosecuzione, quali le forniture e subforniture di merci, le prestazioni artigianali, le intermediazioni commerciali, le locazioni, gli appalti, trasporto e deposito merci, il rifornimento di energia, i contratti di *leasing* e *franchising*, le prestazioni d'opera intellettuale.⁵⁰

L'ESENZIONE VALE ANCHE QUANDO LA SOCIETÀ È IN STATO DI LIQUIDAZIONE?

È, invece, discusso se l'esenzione possa riguardare anche i pagamenti effettuati nella fase di liquidazione della società in stato di scioglimento.

Una parte della dottrina ritiene che anche nella fase di liquidazione delle società sia possibile individuare dei pagamenti suscettibili di esecuzione secondo *"termini d'uso"*, soprattutto nelle ipotesi di prosecuzione dell'attività d'impresa, ancorché relativamente ad un'attività di gestione *"ordinaria"*, con

esclusione, pertanto, dei pagamenti relativi ad operazioni eccezionali rispetto all'ordinario programma imprenditoriale.⁵¹

Secondo un'altra opinione, invece, durante la fase di liquidazione la società svolge un'attività volta alla definizione dei rapporti pendenti e, pertanto, non sarebbe ravvisabile un'attività ordinaria suscettibile di rientrare nella nozione dei *"termini d'uso"*.⁵²

A tal fine, appare forse decisiva la valutazione se nel singolo caso concreto sia possibile riscontrare la prosecuzione dell'attività d'impresa che, nonostante le nuove finalità liquidatorie della società in stato di scioglimento, potrebbe comunque risultare funzionale alla definizione dei rapporti pendenti. Ne consegue, in questo caso, la possibilità di riscontrare operazioni riconducibili all'ambito dei pagamenti effettuati secondo i termini d'uso.

L'ESENZIONE SI ESTENDE AL RIMBORSO DEI FINANZIAMENTI STRUMENTALI ALL'ACQUISTO DEI BENI E SERVIZI ESSENZIALI?

Diversa è la questione se l'esenzione possa valere anche per i pagamenti effettuati in adempimento del debito derivante da un finanziamento che a sua volta sia stato finalizzato all'acquisto di beni e servizi necessari per l'esercizio dell'attività d'impresa. Sul punto, stante il contrasto di opinioni in dottrina, appare preferibile un **atteggiamento prudente**, considerato che la norma sull'esenzione

42 Cavalli G. "L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'attività dell'impresa nei termini d'uso", *Fallimento*, 2007, p. 981 e ss.; Terranova G. "La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari", *Dir. fall.*, 2006, I, p. 252 e ss.

43 Secondo Galletti D. "Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare", *Giur. Comm.*, 2, 2007, p. 163 e ss., in tal caso la revocatoria "non potrebbe esercitare la sua funzione tipica, disincentivante, e la limitazione drastica dei giudizi azionabili, con elusione altresì di quelle situazioni potenzialmente ambigue, ove le incertezze del meccanismo probatorio presuntivo potrebbero indurre le curatele ad agire comunque, persegua anche obiettivi di riduzione dei costi transattivi, in particolare dei c.d. costi amministrativi diretti della lite". Nello stesso senso, Jorio A. "Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori", in Ambrosini S., Cavalli G., Jorio A. "Il fallimento", in "Trattato di diritto commerciale", diretto da Cottino G., Cedam, Padova, 2009, p. 389 e ss., 423; Menti P. "La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite", *Fallimento*, 2007, p. 498 e ss. e p. 511-512; Fortunato S. "Brevi note sulla «filosofia» della nuova revocatoria fallimentare", *Giur. comm.*, 2005, I, p. 718 e ss., ivi a 721; Cagnasso O. "L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?", *NDS*, 7, 2012, p. 8 e ss.

44 Lenoci V. "Revocatoria fallimentare e pagamento nei termini d'uso", nota a Trib. Milano 18.7.2011, *Il Fallimentarista.it*, osserva come l'espressione *"termini d'uso"* debba intendersi nel senso inglese di *"terms"*, ossia come riferita alle condizioni contrattuali della prestazione dovuta.

45 Trib. Busto Arsizio 2.7.2012, *Il Fallimentarista.it*, con nota di Paganini G.S. "Atti esenti da revocatoria in quanto effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso"; Trib. Milano 18.7.2011, cit. in dottrina, Martorano F.S. "L'esenzione della revocatoria dei pagamenti nei «termini d'uso»", *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 189.

46 Secondo Trib. Milano 16.7.2013, *Il Fallimentarista.it*, una tolleranza di fatto delle ripetute deviazioni attuate dal debitore non può considerarsi idonea a precludere l'operatività della nuova volontà negoziale.

47 In tal senso, Trib. Milano 29.7.2013 n. 10539, *Il Fallimentarista.it*.

48 Trib. Milano 18.7.2011, cit., ritiene rilevanti "i tempi di pagamento che risultino abitualmente utilizzati – già nei pregressi rapporti – fra il fallito e il convenuto in revocatoria, oppure, in mancanza di una particolare consuetudine invalsa inter partes o in presenza di atti di pagamento unici o sporadici, che risultino abitualmente utilizzati dai comuni contraenti nell'adempimento di rapporti negoziali posti in essere nell'esercizio normale dell'attività d'impresa". In senso conforme, Trib. Milano 6.11.2012, *Il Caso.it*, secondo cui non possono essere definite normali "modalità di esecuzione del rapporto che divergono in modo evidente tanto da quelle in precedenza adottate tra le parti quanto da quelle consuete nella prassi commerciale".

49 Relativamente ai pagamenti effettuati oltre la scadenza, osserva Zorzi A. "Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato «in bianco»", *Il Caso.it*, II, 327, 2012, "il pagamento non nei termini è un sintomo del ritardo nell'affrontare la crisi, ritardo che è disincentivato dalla legge. Nessuna protezione, quindi, può essere data ai creditori che si rendano complici nel procrastinare il momento in cui l'imprenditore deve prendere (anche drastici) provvedimenti per fare fronte alla situazione di crisi".

50 Clemente F. "Le esenzioni da azione revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) e g) l. fall.", *Il Fallimentarista.it*.

51 In tal senso, Galletti D., cit., p. 163 e ss.

52 De Crescenzio U., Panzani L. "Il Nuovo diritto fallimentare", IPSOA, Milano, 2005, p. 94 e ss.; Rago G. "Manuale della revocatoria fallimentare", Cedam, Padova, 2006, p. 864.

ha comunque carattere speciale ed appare, pertanto, difficile ipotizzare un'applicazione estensiva o analogica.⁵³

IL PAGAMENTO DEI COLLABORATORI DELL'IMPRENDITORE

La lett. f) del comma 3 dell'art. 67 della L. fall. sottrae all'azione revocatoria la prestazione pecuniaria versata ai collaboratori dell'imprenditore in ragione del lavoro svolto per quest'ultimo. Tale esenzione è riservata ad una particolare categoria di lavoratori, quella dei "collaboratori, anche non subordinati, del fallito". La norma in esame pone, dunque, sullo stesso piano i lavoratori dipendenti ed i collaboratori esterni, laddove, invece, nell'ambito dell'ordine dei privilegi, come in precedenza rilevato, il secondo comma dell'art. 2777 c.c. attribuisce prevalenza ai lavoratori subordinati rispetto a quelli autonomi. In ogni caso, tale disposizione, così come l'art. 2751-bis c.c. in materia di privilegi, o anche altre norme quali l'art. 104-bis comma 2, L. fall. – che nella scelta dell'affittuario dell'azienda accorda preferenza al criterio della conservazione dei livelli occupazionali – rappresenta una forma di tutela del lavoro, inteso come valore suscettibile di prevalere sulle pretese creditorie. Come per l'esenzione di cui alla lett. a), anche

in questo caso scopo della norma è di consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa, in quanto il mancato pagamento di stipendi e retribuzioni dei dipendenti e collaboratori del fallito determinerebbe l'abbandono dei posti di lavoro, con conseguente rischio di cessazione di ogni attività produttiva.⁵⁴

CHI SONO I COLLABORATORI DELL'IMPRENDITORE?

Mentre i dipendenti del fallito rientrano nella nozione di collaboratori, non tutti i pagamenti dei collaboratori esterni godono dell'esenzione in esame: la giurisprudenza ha, ad esempio, escluso che tra le prestazioni lavorative soggette all'esenzione possa rientrare quella dell'avvocato.⁵⁵

IL PAGAMENTO DEI SERVIZI STRUMENTALI ALL'ACCESSO AL CONCORDATO PREVENTIVO

L'esenzione da revocatoria, prevista dall'art. 67 comma 3 lett. g) della L. fall. per i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura concorsuale di concordato preventivo, deve essere interpretata nel senso di escludere l'esenzione

nel caso in cui l'imprenditore, che aveva programmato di chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, decida poi di non presentare il ricorso di cui all'art. 161, L. fall. o il Tribunale dichiari, ex art. 162 L. fall., inammissibile la proposta di concordato.⁵⁶

CONCLUSIONI E INDICAZIONI OPERATIVE

La corretta individuazione sia del perimetro dell'esenzione da revocatoria, sia di quello dei crediti privilegiati, è fondamentale ai fini di una corretta programmazione dell'operato dell'organo amministrativo nelle situazioni a rischio di insolvenza che siano anteriori all'eventuale ricorso a procedure di composizione della crisi. Entrambi gli istituti possono essere innanzitutto interpretati nell'ottica di garantire una continuità ininterrotta della regolarità dei pagamenti dei servizi essenziali alla conservazione della stabilità dell'impresa.

Inoltre, tale fase è caratterizzata dal problema di continuare a procurarsi beni e servizi senza né incorrere in illeciti, laddove venga dissimulato lo stato di insolvenza, né, viceversa, preferire un creditore a discapito degli altri, incorrendo così nel rischio di eventuale bancarotta preferenziale. Occorre, tuttavia, tenere presente che la stabilità di un pagamento ex art. 67 comma 3 della L. fall., potrebbe non esentare l'amministratore dal rischio di bancarotta preferenziale. Ad esempio, come in precedenza rilevato, tanto il pagamento dei dipendenti, quanto il pagamento dei prestatori d'opera lavoratori autonomi sono esenti da revocatoria. Tuttavia, laddove l'imprenditore paghi quanto dovuto ai fornitori esterni, preferendoli però ai propri dipendenti, nonostante il pagamento rimanga efficace ed opponibile all'eventuale procedura fallimentare, sussiste il rischio di bancarotta preferenziale. Ecco, quindi, una sintesi degli effetti e del relativo regime di responsabilità derivante dall'esecuzione di atti di pagamento posti in essere dall'organo amministrativo.

I PAGAMENTI ESEGUITI NELLA FASE PRE-INSOLVENZA

Tipologia	Efficacia	Prelazione	Grado di privilegio
Retribuzione dei prestatori di lavoro subordinato	Esenzione da revocatoria fallimentare (art. 67 co. 3 lett. f, L. fall.)	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 1 c.c.)	lett. a co. 2 art. 2777 c.c.
Retribuzione dei professionisti	Esenzione da revocatoria solo per quelle strumentali all'accesso al concordato preventivo (art. 67 co. 3 lett. g, L. fall.)	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 2 c.c.)	lett. b co. 2 art. 2777 c.c.
Retribuzione dei prestatori d'opera non professionale	Esenzione da revocatoria solo per quelle rese da collaboratori dell'imprenditore (art. 67 co. 3 lett. f, L. fall.)	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 2 c.c.)	lett. b co. 2 art. 2777 c.c.
Provvigioni degli agenti	Esenzione da revocatoria per quelle corrisposte nei termini d'uso (art. 67 co.3 lett. a, L. fall.)	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 3 c.c.)	lett. b co. 2 art. 2777 c.c.
Crediti del coltivatore diretto	Esenzione da revocatoria per quelli adempiuti nei termini d'uso (art. 67 co.3 lett. a, L. fall.)	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 4 c.c.)	lett. c co. 2 art. 2777 c.c.
Crediti dell'impresa artigiana e delle coop. di produzione e lavoro	Esenzione da revocatoria per quelli adempiuti nei termini d'uso (art. 67 co. 3 lett. a, L. fall.)	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 5 c.c.)	lett. c co. 2 art. 2777 c.c.

53 Secondo alcuni, si dovrebbe distinguere tra i "servizi" oggetto di corrispettivo pagabile nei termini d'uso, quali quelli bancari, comprensivi di interessi passivi e commissioni, nonché il versamento delle rate di mutuo o altro finanziamento, da un lato, e le rimesse in conto corrente bancario, dall'altro lato, non riconducibili alle normali dinamiche del rapporto banca-cliente (Ambrosini S. "La revocatoria fallimentare nell'evoluzione della disciplina", in AA.VV. "Le nuove procedure concorsuali", a cura di Ambrosini S., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 108). Secondo altri, invece, occorre distinguere tra i debiti di funzionamento e quelli di finanziamento, i quali ultimi sono tutti esclusi dalla norma di esenzione, considerato che il pagamento dei debiti bancari non può ritenersi assimilabile al pagamento per la fornitura di un bene o un servizio, in considerazione della sostanziale differenza tra fornitori e finanziatori (Iozzo F. "Pagamento nei termini d'uso: primi orientamenti giurisprudenziali", *Giur. It.*, 2011, p. 126; Meoli B. "Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare", *Giur. comm.*, 2006, I, p. 207 e ss., ivi a 227; Pasi F. "La revocatoria dei pagamenti non bancari", in AA.VV. "La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina", a cura di Ambrosini S., Zanichelli, Bologna, 2006, p. 145 e ss., 148; Caiafa A. "La legge fallimentare riformata e corretta" Cedam, Padova, 2008, p. 374; Ianniello B. "Il nuovo diritto fallimentare. Guida alla riforma delle procedure concorsuali", Giuffrè, Milano, 2006, p. 169).

54 Trib. Santa Maria Capua Vetere, 25.11.2010, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 215, con nota di Messoro, in tema di esenzione da revocatoria fallimentare dei pagamenti per corrispettivi relativi a prestazioni di lavoro, interpreta la lett. f) dell'art. 67 co. 3 c.c., alla luce della lett. a): la ratio di entrambe le esenzioni è di "escludere la sanzione di inefficacia per quei rapporti che sono indispensabili per permettere la continuazione dell'attività d'impresa anche quando si profilano gli estremi dell'insolvenza".

55 Trib. Napoli 24.2.2012, *Il Fallimentarista.it*, con nota di Di Marzio F. "Sulla revocatoria fallimentare del pagamento di prestazione professionale".

56 In tal senso, Trib. Bergamo 14.11.2012, *Il Fallimentarista.it*, relativamente a un caso di incarico conferito da un imprenditore ad una società di consulenza finanziaria per la realizzazione del progetto volto ad ottenere la ristrutturazione del proprio debito bancario o parabancario ed in alternativa l'attivazione di eventuali procedure concorsuali tese alla continuità aziendale.

Finanziamenti alle imprese a medio e lungo termine	Non è prevista esenzione da revocatoria	Privilegio speciale sui mobili destinati all'esercizio dell'impresa (art. 46 TUB)	co. 3 art. 2777 c.c.
Prezzo di macchine utensili o di produzione	Esenzione da revocatoria per quelli adempiuti nei termini d'uso (art. 67 co. 3 lett. a, L. fall.)	Privilegio speciale sul bene acquistato (art. 3 L. 1329/65)	n. 14 art. 2778 c.c.
Crediti tributari	Non è prevista esenzione da revocatoria	Privilegio generale sui mobili (art. 2752 c.c.), privilegio speciale sui mobili (art. 2758 c.c.), privilegio speciale sui beni dell'impresa (art. 2759 c.c.), privilegio speciale sugli immobili (art. 2772 c.c.)	n. 7 art. 2778 c.c. (per i tributi indiretti di cui agli artt. 2758 e 2759 c.c.), nn. 18, 19 e 20 art. 2778 c.c. (per i tributi diretti di cui all'art. 2752 c.c.), n. 4 art. 2780 c.c. (per i tributi indiretti ex art. 2772 c.c.)
Compensi degli amministratori	Non è prevista esenzione da revocatoria	Nessuna prelazione	Nessun privilegio
Compensi dei sindaci	Non è prevista esenzione da revocatoria	Privilegio generale sui mobili (art. 2751-bis n. 2 c.c.)	lett. b co. 2 art. 2777 c.c.

Dal precedente quadro, emerge come tanto il regime dell'esenzione da revocatoria, quanto un regolare rispetto del regime dei privilegi, consentano in generale la prosecuzione dell'attività d'impresa pagando i fornitori e, più in generale, i prestatori di servizi essenziali *"alla scadenza pattuita e solo nei limiti in cui costoro eseguano nuove forniture all'impresa"*⁵⁷. Si delinea, in questo modo, una considerazione dell'impresa intesa non soltanto come

fonte di utilità economica per l'imprenditore, ma anche come realtà oggettivamente rilevante nel relativo mercato di riferimento, la quale viene tutelata dall'ordinamento al fine di salvaguardare situazioni e rapporti giuridici autonomi facenti capo ai soggetti che entrato in contatto con l'imprenditore, ma che sono portatori di interessi autonomi e dotati di una rilevanza distinta rispetto a quella della generalità dei creditori dell'imprenditore.

⁵⁷ Rubino M.A. "La gestione dell'impresa nella fase preconcordataria fra rischi di bancarotta preferenziale e insolvenza fraudolenta", in "Il concordato di risanamento (con continuità aziendale)". Materiali per i partecipanti al Corso di perfezionamento in diritto fallimentare, a cura di Pagni I., Stanghellini L., con la collaborazione di Zorzi A., Firenze, 2010, I-51 e ss., ivi I-53.

SEGRETERIA ORGANIZZATIVA
Consiglio Notarile di Bergamo
V.le Vittorio Emanuele, 44 - 24121 Bergamo
Tel. 035.224065 - Fax 035.244578
www.notaibergamo.it
consigliobergamo@notariato.it

PATROCINIO



ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI
CONTABILI



Fondazione
Italiana
del Notariato

SCUOLA DI NOTARIATO DELLA LOMBARDIA