



La falce dell'erario tra i possibili vantaggi del concordato semplificato: chimera od opportunità?

Andrea Ferri

01 Dicembre 2022

L'articolo approfondisce la nuova procedura del concordato semplificato, soffermandosi, in particolare, sulle situazioni virtuose in capo all'imprenditore che determinano il possibile accesso a tale procedura (ed all'esdebitazione); sul piano di concordato nella continuità indiretta; nonché sul rapporto tra concordato semplificato, concordato in continuità indiretta, concordato liquidatorio e liquidazione giudiziale, al fine di stabilirne la convenienza rispetto alla procedura liquidatoria per eccellenza.

Emergenza tempestiva della crisi, allerta, misure premiali ed esdebitazione

La combinata lettura dell'art. 2 CCI, *Definizione di crisi*, con l'art. 39, *Obbligo del debitore che chiede l'accesso ad una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza*, fa comprendere il **perimetro temporale** in cui si dovranno muovere gli imprenditori, per far emergere tempestivamente la loro crisi prima che diventi insolvenza.

Tali articoli, rapportati con l'art. 375 CCII - assetti organizzativi dell'impresa, con il nuovo art. 2086 c.c. che tratta, tra gli altri temi, dell'emersione tempestiva della crisi (ora confluito nell'art. 3 del CCII), con l'art. 378 CCII, che tratta delle azioni di responsabilità per *mala gestio* nei confronti degli amministratori delle società di capitali e con il nuovo art. 379, che **augmenta la platea delle società di capitali dove è obbligatorio l'organo di controllo**, fanno comprendere la portata delle riforme Rordorf, Orlando, Bonafede, Cartabia sintetizzate nell'attuale testo del Codice della crisi.

Una volta consolidato il codice della crisi, probabilmente, le misure premiali contenute consiglieranno l'imprenditore a determinare rapidamente ed in maniera efficiente al manifestarsi della crisi (e non dell'insolvenza) lo strumento più conveniente per i creditori, ma anche per il debitore (*moral suasion*).

Può essere utile quindi analizzare le **situazioni virtuose** in capo all'imprenditore **che determinano il possibile accesso al concordato semplificato** (ed all'esdebitazione) sino ad arrivare alla possibile falcidia dell'erario anche in assenza della cosiddetta transazione fiscale (vecchio art. 182-ter L.F. ora art. 88 CCII) e dell'attestazione (art.160, comma 2, L.F., ora 88 CCII).

Si tratterà di una **procedura liquidatoria**, semplificata al massimo, **basata sulla cessione dell'azienda** a terzi *competitors*, che, inevitabilmente, si scontrerà col risultato per i creditori, di altri tre istituti, il concordato in continuità indiretta, il concordato liquidatorio (art. 84 CCII) e la liquidazione giudiziale in esercizio provvisorio (art. 211 CCII).

Con la nuova liquidazione giudiziale ed il nuovo esercizio provvisorio, magari dichiarati dal Tribunale durante la fase della composizione negoziata, allorché la crisi sta sfociando rapidamente in insolvenza, sarà possibile arrivare alla gara di vendita con un valore aziendale (fatturato, *intangibles*, maestranze qualificate, magazzino, rete vendita) ancora vicino ai livelli massimi della storia di quell'impresa, nell'interesse del debitore, dei creditori e dei lavoratori.

L'imprenditore, con il *business plan* alla mano, avrà tutto l'interesse a ben rappresentare all'esperto prima, ed al Tribunale poi, i numeri, le cause e circostanze della sua crisi, evitando o riducendo le ipotesi di danno per azione di responsabilità (aggravamento del dissesto, *mala gestio* ecc.) passando rapidamente, in perfetta continuità, dalla fase *in bonis* a quella in procedura, all'innescarsi della crisi quando l'insolvenza sta per deteriorare marginalità ed orizzonte finanziario.

Il **concordato preventivo**, più costoso in termini di prededuzioni professionali, **rimarrà una procedura marginale, utilizzabile solo nei veri casi di continuità diretta** (massima rapidità a proporlo già nella fase di crisi con l'art. 161 l.f. sesto comma a protezione con l'*automatic stay*) consentendo di affrontare le situazioni più disparate (si pensi allo scioglimento dei contratti di cui all'art. 169-*bis* l.f.), alla possibilità di effettuare gare per appalti pubblici, a superare i problemi generati dal DURC negativo ecc. con un piano di risanamento la cui fattibilità illumina la risoluzione dello stato di crisi e le prospettive di soddisfazione dei creditori.

La **nuova esdebitazione**, sancita nel Capo X Sezione I del codice della crisi ("condizioni e procedimento della esdebitazione nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata") prosegue il percorso "*libera debiti*" iniziato con la riforma del 2005/2006.

Giova ricordare come l'istituto, prima di tale riforma, non esistesse e il fallito in proprio era costretto a soggiacere al termine di prescrizione decennale a favore del creditore insoddisfatto dalla procedura, dopo la chiusura del fallimento, rendendo di fatto eterno l'adempimento coattivo dell'obbligazione.

E' solo con la riforma e con la successiva legge 3/2012 che nascono gli artt. 142 l.f. e 14-*terdieces* (con una struttura pressoché identica), che pongono al debitore, alla chiusura della procedura, una serie di paletti e comportamenti, oltre ad una percentuale di pagamento ai creditori, al fine di ottenere l'esdebitazione.

Nel Codice della crisi d'impresa, quella che si paventa come la maggior misura premiale, ovvero l'**esdebitazione del debitore**, viene definita come "la liberazione dai debiti e

comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni” (art. 278 CCII).

E' sparito ogni riferimento alla percentuale di riparto a favore dei creditori che la **Cassazione a Sezioni Unite**, con la sentenza n. 24215 del 14 ottobre 2011, aveva interpretato investendo il giudice dell'esdebitazione di un potere autonomo di valutazione per contemperare il diritto al *fresh start* con il diritto dei creditori ad ottenere il massimo adempimento possibile.

L'art. 280 CCII ci dimostra dove è voluto arrivare il legislatore con l'architrave che domina il codice: la mancanza di atti in frode, da evidenziarsi all'ingresso in procedura (qualunque procedura) - art. 39 CCII punto 2 “il debitore deve depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore” -, la mancanza di condanne per bancarotta fraudolenta definitive o con procedimento in corso, il non aver ostacolato lo svolgimento della procedura ed aver fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari per il buon andamento, non aver beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni.

In sostanza il legislatore si è posto l'obiettivo di **salvaguardare, in primis, la continuità aziendale** e, per raggiungere questo obiettivo, introduce la definizione di crisi di cui all'art. 2 CCII, le misure premiali di cui all' art 25-*bis* e la nuova esdebitazione, semplificandola al massimo ma sempre nell'ottica di trasmettere agli organi di giustizia, rapidamente ed in maniera efficiente, il piano delle cause e circostanze del dissesto nell'ottica di salvare la cellula aziendale. (art. 84: concordato in continuità diretta ed indiretta).

La fotografia dei valori aziendali, *in primis* quelli intangibili, rappresenta il lavoro professionale più nobile in capo agli *advisors* del debitore, laddove la contabilità generale ma soprattutto la contabilità analitica ed i piani pluriennali (*forecast*) sono più importanti nell'ottica esdebitativa, dei risultati a favore dei creditori, poiché permettono il salvataggio dell'azienda e dei posti di lavoro.

Il dogma non è più il risultato economico a favore dei creditori, ma un tempestivo flusso informativo a favore del Tribunale sull'inizio della crisi, che permetta la massima valorizzazione, col piano, della continuità aziendale. L'assenza di atti in frode nel quinquennio permetterà la misura premiale finale, cioè l'esdebitazione del debitore.

L'esercizio provvisorio nella liquidazione del patrimonio, se innescato nella fase di mediazione assistita, permetterà di calmierare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, ora semplificate e più aggressive col criterio sintetico, che ribalta completamente i criteri di SS.UU. 9100/2015, col metodo dei netti patrimoniali o della differenza attivo - passivo.

Un **ulteriore risultato premiale** sarà, quindi, quello di tutelare gli organi di gestione da richieste risarcitorie.

Le riforme Cartabia, Orlando, Bonafede, Rordorf, in piena armonia con la Direttiva UE 1023 del 20 giugno 2019 stabiliscono, così, le nuove priorità del debitore virtuoso.

Il piano di concordato nella continuità

indiretta

Anche nella continuità indiretta **vi deve essere la prosecuzione della gestione aziendale da parte dell'imprenditore**, solo che, a differenza della continuità diretta ove essa è di carattere duraturo, “qui si ha una **gestione meramente interinale**, volta principalmente a conservare il valore del complesso aziendale nell'ottica di una migliore cessione e realizzo del complesso aziendale”, di modo che, se nel piano concordatario non è contemplata la prosecuzione dell'attività, quanto meno allo scopo (non di realizzare il risanamento dell'impresa ma) di **garantire il mantenimento dell'unità operativa dei complessi aziendali in vista della loro cessione** (o del conferimento), da cui ricavare le liquidità necessarie per la soddisfazione dei creditori, non si è in presenza di un concordato in continuità, la cui normativa di favore si spiega proprio nell'ottica di trasferire un'azienda in esercizio (come ribadisce due volte l'art. 186-*bis* l.f.) allo scopo della migliore liquidazione.

L'art. 86-*bis* spiega la Corte, prevede, oltre alle agevolazioni, anche cautele al fine di ridurre il rischio che la prosecuzione dell'attività si risolva in un danno per i creditori, per cui esso dispone che, quando il piano di concordato prevede la continuità aziendale in una delle tre forme ivi descritte, esso deve avere una maggiore analiticità e la relazione di attestazione ex art. 161, comma 3, deve contenere una specifica certificazione circa la convenienza della prosecuzione dell'attività di impresa per i creditori. Orbene l'art. 18 non fa alcuna riferimento a tale documentazione (infatti richiede quella di cui all'art. 161) né mai menziona l'art. 186-*bis*, per cui per la presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato non è richiesta un'indicazione (tanto meno analitica) dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura, né una relazione che attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, che sono elementi connessi alla continuità, diretta o indiretta che sia, e fatti propri dall'art. 186-*bis* L.F. (cfr. G. Bozza, *Il “concordato semplificato” introdotto dal d.l. n. 118/2021, convertito, con modifiche, dalla L. N. 147/2021*, in *Fallimenti e società*, 2 marzo 2022).

La nuova continuità anche indiretta deve basarsi sul piano della *old-co* e sulla capacità restitutoria della *new-co* in termini di affitti d'azienda (art. 84, I comma, come emendato dal correttivo).

Anche l'art. 47 CCII prevede l'inammissibilità per chiara e palese inidoneità alla soddisfazione dei creditori e al perseguimento dell'obiettivo della conservazione dei valori aziendali. Lo squilibrio economico finanziario va superato, tramite il piano, mediante la tutela dei creditori e la salvaguardia dell'attività economica.

Con l'art. 84 CCII il **legislatore ribadisce che la continuità ora tutela l'interesse dei creditori, ma contemperando anche l'interesse dei lavoratori** a preservare nella migliore misura possibile la loro occupazione.

Il mantenimento della continuità non è più, come nella vecchia versione ante correttivo, per “qualsiasi titolo”, ma prevede espressamente anche la cessione, l'usufrutto, il conferimento o l'affitto.

Discutibile tale previsione, contraria persino alla direttiva *insolvency* che al capo 2, art. 5, in materia di agevolazioni delle trattative sul piano di ristrutturazione preventiva (debitore non

sposessato), stabilisce che gli stati membri devono provvedere affinché il debitore, che accede alle procedure di ristrutturazione preventiva, mantenga il controllo totale o almeno parziale dei suoi attivi e della gestione dell'impresa.

Anche la S. Corte, con le sentenze n. 29742 del 2018 e n. 6772 del 2022, ha sancito l'applicabilità del "vecchio" art. 186-*bis* l.f. all'affitto ed alla cessione di azienda.

Parrebbe, quello del **concordato con affitto e poi cessione d'azienda**, un **escamotage** per non ricadere nella percentuale minima di soddisfo dei creditori chirografari del 20%, con un apporto di risorse esterne pari ad almeno il 10%, facilmente rilevabile da parte del commissario e del Tribunale al fine di rilevarne l'ammissibilità, attraverso la lettura dei due piani (*old-co* e *new-co*) per individuare i requisiti minimi di continuità: fatturato, posti di lavoro, commesse, clientela, marginalità.

Nel **caso di affitto dell'azienda successivo all'istanza di mediazione assistita**, che consente di qualificare il concordato come in continuità, i contratti in essere proseguono e vengono ceduti all'affittuario.

Invece il concordato potrebbe non essere qualificato come "in continuità" quando la stipulazione del contratto di affitto avviene anteriormente alla domanda ex art. 12 CCII, prima della procedura e al di fuori di essa, con la conseguente inapplicabilità delle norme sulla "continuità contrattuale" e sul pagamento dei fornitori (artt.186-*bis*, comma 3, e 182-*quinquies*, comma 4, l.f. (ora artt. 97 e 100 CCII)).

Le assunzioni della prova della sostenibilità, della fattibilità e della ragionevolezza del piano della **newco** sono:

- Descrizione dell'azienda e dei *competitors*
- Strategie di *governance* in atto
- Dati economici e finanziari del quinquennio;
- Analisi del prodotto/servizio;
- Analisi del settore/mercato;
- Diagnosi dello stato di crisi;
- Identificazione della strategia di risanamento: vendite, produzione, organizzazione e personale, investimenti, incertezze nelle previsioni;
- Manovra finanziaria, obiettivi, patrimonio netto, debito, fiscalità;
- *action plan*;
- analisi di sensitività.

Procedure della continuità indiretta o liquidatorie

Il concordato in continuità indiretta, il concordato liquidatorio e il concordato semplificato vanno soppesati **in confronto con la liquidazione giudiziale** onde stabilirne la convenienza rispetto alla procedura liquidatoria per eccellenza.

Quando il concordato semplificato diventa concorrenziale con le altre procedure della continuità indiretta (art. 84 CCII), permettendo addirittura la falcidia dei crediti erariali pur in mancanza di transazione fiscale ex art. 88 CCII (vecchio art. 182-ter l.f.)?

Non sussiste obbligo del pagamento minimo ai creditori chirografari del 20%, come nel concordato liquidatorio, **ma possiamo ricadere nell'ipotesi del concordato in continuità indiretta** (affitto e poi cessione di azienda), senza voto dei creditori, e con numerosissime prospettive premiali (secondo S. Sanzo - in *questo portale*, 20 luglio 2022 - i vantaggi che questo strumento offre rispetto al concordato preventivo tradizionale sono innumerevoli: per menzionare i più rilevanti basti pensare alla superfluità dell'attestazione, alla mancanza di un provvedimento di ammissione, essendo il Tribunale chiamato a vagliare solo la ritualità, ma soprattutto all'assenza di un commissario, dell'adunanza dei creditori e del voto dei medesimi e, persino, delle tradizionali procedure competitive in sede di liquidazione), **se vengono rispettati i seguenti punti:**

- 1) che la crisi è emersa tempestivamente secondo gli adeguati assetti di cui all'art. 3 del CCII e secondo gli indicatori del comma 3;
- 2) che i creditori, tutti, nessuno escluso, otterranno un risultato dal concordato semplificato (art. 25-sexies, comma 5);
- 3) che l'esperto abbia dichiarato, *ab origine*, la ragionevolezza nel perseguire il piano di risanamento;
- 4) che, ex art. 25-sexies, comma 1, l'esperto abbia dichiarato nella relazione finale che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede e che le soluzioni individuabili all'art. 23, commi 1 e 2 lett. b), non sono praticabili.

Conclusioni: la falcidia del debito erariale nel concordato semplificato ex art. 25-sexies CCII

In **tema di falcidia del debito erariale**, sia nel concordato in continuità indiretta che nel concordato liquidatorio, l'art. 88, comma 1, CCII (Transazione fiscale) prevede che "con il piano di concordato il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente. **Se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio**, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a

quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori diforme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole”.

Nel concordato semplificato, invece, **ove manca il voto dei creditori, non si applica** l'istituto della **transazione fiscale**; tuttavia, se il piano prevede la falcidia dell'Erario tramite apposita classe, poiché nell'alternativa della liquidazione giudiziale il risultato non arreca pregiudizio ai creditori, allora parrebbe possibile ridurre il debito erariale (secondo G. Buffelli, *Il concordato semplificato: profili fiscali e trattamento dei crediti prelatizi*, in DC, 12 gennaio 2022, “la grande flessibilità dell'istituto che, rispettato l'ordine delle cause di prelazione, consente di offrire ai creditori qualsiasi tipo di soddisfazione, riverbera conseguenze anche nei confronti dei debiti erariali e degli enti previdenziali la cui posizione è equiparata a tutti gli effetti a quella degli altri creditori chirografari e privilegiati. Si comprende quindi il mancato riferimento del decreto all'art. 182-ter L.F.”; ed ancora, per G. Andreani, *Il concordato semplificato*, in *Transazione fiscale*: “Non ne discende tuttavia che i debiti fiscali e contributivi non possano essere falcidiati e dilazionati sempre che vengano regolati nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, ma solo che tali effetti devono essere previsti nella proposta formulata con l'istanza di omologazione (e nel piano liquidatorio) unitamente a quelli riguardanti gli altri creditori).

Si è già avuto modo di argomentare come **la possibilità di falcidia dei crediti prelatizi**, siano essi anche tributari o previdenziali, nel concordato semplificato **non è vincolata ad alcuna condizione** ma solo al rispetto della graduazione dei privilegi e al fatto che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e che comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore (cfr. F. Del Porto, *Transazione fiscale e possibilità di falcidia del debito tributario nel concordato semplificato*, in DC , 19 aprile 2022).

Ovviamente queste “pesanti sottoscrizioni” dell'esperto e dell'ausiliario, in assenza di un attestatore e di un commissario, paiono di difficile formulazione, quanto meno visto il risultato che possono arrecare al piano, arrivando anche a falcidiare l'Erario a cui rimane solo il blando deterrente dell'opposizione all'omologa.