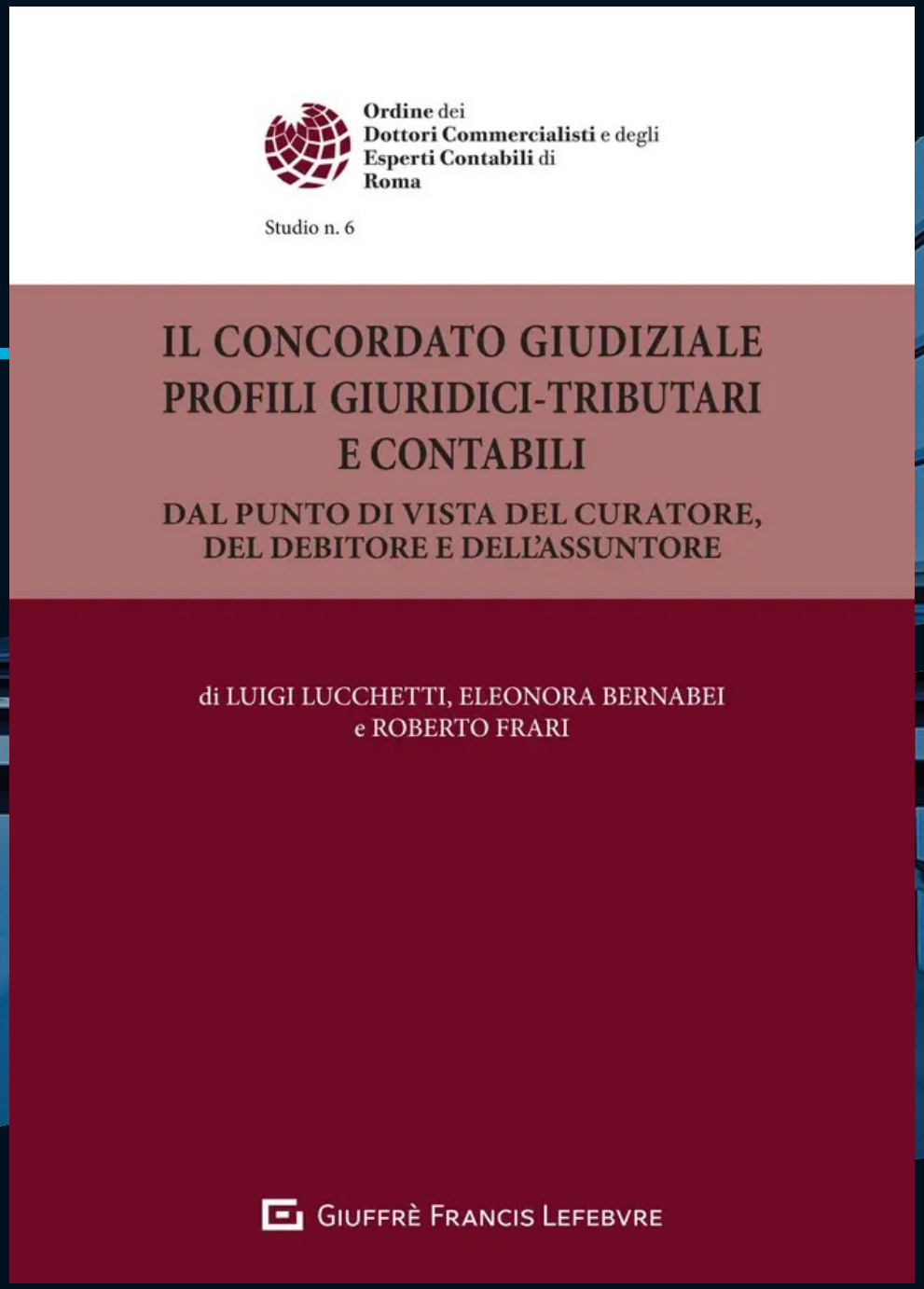
IL CONCORDATO FALLIMENTARE CONVIENE

Una provocazione (nemmeno tanto banale) per regolare un’insolvenza

ODCEC PISTOIA

10 NOVEMBRE 2023

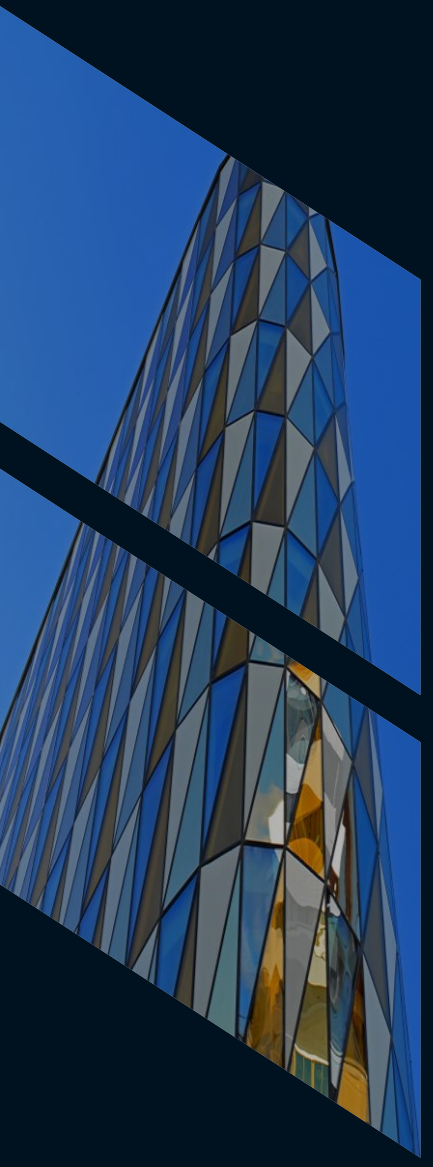

Ordine dei
Dottori Commercialisti e degli
Esperti Contabili di
Roma
Studio n. 6
IL CONCORDATO GIUDIZIALE
PROFILI GIURIDICI-TRIBUTARI
E CONTABILI
DAL PUNTO DI VISTA DEL CURATORE,
DEL DEBITORE E DELL'ASSUNTORE
di LUIGI LUCCHETTI, ELEONORA BERNABEI
e ROBERTO FRARI
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

IL CONCORDATO GIUDIZIALE IN PROPRIO DEL DEBITORE

Il binomio fallimento/concordato fallimentare quale soluzione preordinata

- Un percorso non in grado di prevenire l'insolvenza, ma per regolarla in una prospettiva non liquidatoria, ristrutturando i debiti ad un costo più basso di quello richiesto nelle procedure tipicamente a carattere conservativo

- Con vantaggi anche per i creditori, quando vi siano valori impliciti non realizzabili dal curatore, o asimmetrie informative o valutative, per cui il debitore (o l'assuntore) annette valori diversi agli attivi realizzabili rispetto a quelli attribuibili dal curatore
- Un esempio tra molti? Il riporto fiscale delle perdite precedenti. Ma non solo.



IL PROCEDIMENTO IN SINTESI

- **L'ISTANZA DI APERTURA DELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E LA PROPOSTA CONCORDATARIA**

- Il Codice della Crisi, col comma 5 dell'articolo 40, prevede ormai che l'apertura della liquidazione giudiziale possa essere richiesta dal debitore senza l'assistenza dell'avvocato
- Il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale (ricorrendone i presupposti dimensionali e di debitoria) avanzata dal debitore è ormai un obbligo ex articolo 3 del CCII ed è pacifico, in giurisprudenza, che l'obbligo ricade anche sull'amministratore della società, pur in assenza di delibera dell'assemblea dei soci, non trattandosi di un atto negoziale, né di un atto di straordinaria amministrazione, ma di una dichiarazione di scienza, peraltro doverosa, in quanto l'omissione risulta penalmente sanzionata.

IL PROCEDIMENTO IN SINTESI: SEGUE

E chi è legittimato a proporre il concordato fallimentare (o giudiziale)?

- L'apertura della liquidazione giudiziale della società ne determina lo scioglimento ai sensi dell'articolo 2484, n° 7, del codice civile. Il fallimento della società non era invece causa di scioglimento.
- Pertanto occorre distinguere il caso in cui la proposta concordataria venga avanzata come sub procedimento di un fallimento regolato dalla L. F. o all'interno della liquidazione giudiziale.

Nel caso di concordato fallimentare, poiché la società col fallimento non era automaticamente sciolta, l'organo amministrativo conservava intatti i suoi poteri.

Nel caso di concordato giudiziale, invece, l'assemblea dovrà accertare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 n. 7 C.C. e, se non già in stato di liquidazione al momento della sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, dovrà preliminarmente anche nominare un liquidatore.

LE DELIBERE DELL'ASSEMBLEA DEI SOCI

Società assoggettata a fallimento che propone il concordato fallimentare in proprio:

L'assemblea avrà ad oggetto la conferma, o meno, della delega per la rappresentanza sociale, la definizione della proposta concordataria che il legale rappresentante sarà legittimato a presentare e l'ammontare del conferimento che viene richiesto ai soci, restando solo eventuale l'accertamento di altre cause di scioglimento (tipicamente ricorrerà sempre la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale). Occorre inoltre deliberare il finanziamento occorrente a sostenere la proposta.

Società assoggettata alla liquidazione giudiziale che propone il concordato giudiziale in proprio:

Se non già in stato di liquidazione al momento della sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, l'assemblea dovrà accertare la causa di scioglimento prevista dal citato articolo 2484 n. 7 C.C., dovrà nominare un liquidatore e definire la proposta concordataria da inviare al curatore. Inoltre si dovrà quantificare e chiedere ai soci di sottoscrivere la provvista da offrire ai creditori per far fronte alla promessa concordataria, in misura tale da renderla più conveniente della continuazione della liquidazione concorsuale (col limite dell'incremento dell'attivo almeno del 10%).

LA FORMA DELL'ASSEMBLEA DEI SOCI

Per l'accertamento della causa di scioglimento e per la nomina del liquidatore è sufficiente la delibera adottata in assemblea ordinaria

Il versamento dei soci "fuori capitale" non costituisce un conferimento, pertanto non è un'operazione straordinaria e, di conseguenza, la delibera che lo dispone non necessita dell'assistenza del notaio in veste di segretario

Provvista di capitale richiesta ai soci per metterla a disposizione dei creditori:

Per ripianare le perdite e ricostituire il capitale sociale è richiesta la delibera dell'assemblea costituita in modalità straordinaria, dunque con l'assistenza di un notaio in veste di segretario. Delibera inopportuna, poiché la quantificazione del versamento necessario per coprire le perdite e ricostituire il capitale sociale richiederebbe operazioni contabili piuttosto complesse e valutazioni dell'attivo, del passivo e delle voci costituenti il patrimonio netto che si espongono a un altissimo grado di opinabilità. A questo stadio del procedimento della società che intendesse proporre il concordato in proprio, l'esecuzione di un versamento cosiddetto "fuori capitale" è certamente più adeguato alle necessità di snellezza dell'operazione, oltre che consentire l'approdo a esiti più precisi nella fase dell'esecuzione del concordato, quando saranno più chiari i debiti ristrutturati e i valori attivi recuperati.

Ma i soci hanno fretta di presentare la proposta: cosa possiamo suggerire?

I versamenti fuori capitale hanno le seguenti caratteristiche:
Le somme versate sono immediatamente acquisite al patrimonio sociale e rese a completa disposizione della società. Queste vanno a costituire una riserva. *"una volta eseguiti, i versamenti vanno a costituire una riserva, non di utili ma di "capitale", soggetta alla stessa disciplina della riserva da soprapprezzo (articolo 2431 del codice civile), seppure "personalizzata" o "targata" in quanto di esclusiva pertinenza dei soci che li hanno effettuati".*

Non devono essere effettuati da tutti i soci, ma anche da uno solo. In quest'ultimo caso non si tratta comunque di liberalità, in quanto finalizzati allo svolgimento dell'attività sociale;
Non devono essere necessariamente proporzionali alle quote di partecipazione al capitale.

Non richiedono la forma dell'atto pubblico.
Possono essere previsti nell'ambito di <u>patti parasociali</u> con i quali i soci decidono di devolvere una certa somma di denaro in favore della società.
Non possono essere utilizzati per aumentare il capitale a pagamento.
Essendo una riserva iscritta in bilancio, possono essere adoperati sia per effettuare un <u>aumento gratuito del capitale</u>, sia per coprire eventuali perdite future.
Sono versamenti a fondo perduto quelli effettuati dai soci per coprire le perdite di esercizio ed hanno caratteristiche comuni ai versamenti in conto capitale. Sentenza del 24 luglio 2020, numero 16393 (pres. Carnevale – est. Del Core)

Ma i soci hanno fretta di presentare la proposta concordataria per riprendersi l'attivo (o per altre ragioni – ad esempio per sterilizzare l'azione di responsabilità proposta nei confronti degli amministratori): facciamo un po' di consulenza su come ricapitalizzare la società

I versamenti in conto futuro aumento di capitale sono quelli eseguiti in vista di un aumento del capitale a pagamento non ancora deliberato. Queste somme:

Hanno un vincolo di destinazione ben preciso (la copertura del futuro aumento);

Non vengono immediatamente acquisite nel patrimonio della società;

La società non può disporne se non per la finalità a cui sono destinate;

Devono essere restituite se l'aumento di capitale non viene più deliberato, salvo che le parti abbiano preso in accordo il rilascio delle somme in favore della società;

Vengono utilizzati per l'aumento del capitale a pagamento.

Contestualmente alla sottoscrizione dell'aumento di capitale, il socio imputa a capitale le somme già versate, **che non costituiscono una sottoscrizione anticipata** ma solo un versamento anticipato

Non costituendo riserve iscritte in bilancio, tali versamenti non possono essere utilizzati per operazioni di aumento del capitale gratuito.

PRESTAZIONI DEI SOCI IN SEDE DI FINANZIAMENTO DELLA SOCIETA’

Poiché gli articoli 124 L. F. e 240 CCII prevedono che la ristrutturazione dei debiti possa avvenire attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione di beni, accollo o altre operazioni straordinarie, anche mediante attribuzione di azioni, quote e obbligazioni (dell’assuntore o persino della stessa società tornata *in bonis*), i versamenti dei soci fuori capitale, o per la ricostituzione del capitale sociale, potrebbero essere effettuati anche non in denaro e, nella forma in cui sono stati apportati, essere destinati all’esecuzione del concordato fallimentare.

E se qualche socio non ci sta? Il diritto di recesso – L'esclusione del socio dissenziente

L'articolo 2473 C.C. sancisce il diritto di recesso al socio che si opponga alla revoca dello stato di liquidazione. E' dubbio se il socio che voglia esercitare il diritto di recesso in occasione della richiesta di un finanziamento finalizzato alla proposizione del concordato fallimentare della propria società, ne abbia il diritto. Se questo diritto fosse contestato, il socio dissenziente non sarebbe obbligato ad eseguire ulteriori versamenti e ben potrebbe riservarsi il diritto di recesso nella necessaria delibera che la società dovrà adottare successivamente all'esecuzione del concordato, atteso che in quella sede, se si volesse riprendere l'attività d'impresa, si dovrà obbligatoriamente revocare lo stato di liquidazione.

Poiché chi recede dalla società ha diritto alla liquidazione della quota al valore che aveva nel momento in cui ha esercitato tale diritto, giacché nel momento in cui si delibera di avanzare la proposta concordataria tutto l'attivo è stato appreso dalla procedura, alla quota del socio recedente non può attribuirsi alcun valore.

Naturale corollario della mancanza dell'obbligo di eseguire versamenti "fuori capitale" è l'impossibilità di esclusione del socio moroso (ex art. 2466 C.C.), difettando la giusta causa di esclusione.

Ad ogni modo il "regolamento dei conti" tra soci sarà solo rinviato successivamente all'omologa del concordato fallimentare, quando la società ormai tornata in bonis potrà destinare i versamenti eseguiti "fuori capitale" ad aumento del capitale sociale, attribuendo le partecipazioni proporzionalmente ai versamenti ricevuti.

Il ritorno *in bonis* della società

Con l'omologa del concordato il curatore è tenuto a presentare il rendiconto, approvato il quale il Tribunale dichiara la chiusura del fallimento (art. 130 L. F.) o della liquidazione giudiziale (art. 246 CCII).

La società torna *in bonis* a prescindere dal momento in cui il Tribunale dichiara chiusa la procedura, e quindi anche ove il Tribunale non abbia ancora emesso il decreto di chiusura. Va rimarcato che, per la società, è sufficiente l'omologa del concordato per il suo ritorno *in bonis*.

Ma è solo con l'iscrizione al Registro Imprese del decreto che ha accertato la completa esecuzione del concordato 249 CCII (art. 136 l. fall.) che i terzi vengono a conoscenza del ritorno *in bonis* della società e dell'avvenuta chiusura del fallimento, non assolvendo a tale funzione la pubblicazione del decreto del giudice delegato previsto dall'articolo 245 CCII (art. 129 l. fall.).

Si tratta di una pubblicità con funzione dichiarativa e non costitutiva, poiché lo stato di ritorno alla normale attività si determina col decreto di chiusura della procedura. Tra quel momento e quello dell'accertamento della completa esecuzione del concordato, la società è tornata nella pienezza delle sue prerogative, mentre l'esecuzione del programma concordatario è rimessa al soggetto (curatore, o liquidatore volontario della società – o assuntore) che era stato previsto come tale nella proposta concordataria omologata.

Con l'iscrizione del provvedimento che ha accertato la completa esecuzione del concordato fallimentare al Registro Imprese, la società può deliberare la revoca della liquidazione e la ripresa dell'attività. La revoca della liquidazione richiede la forma straordinaria dell'assemblea.

Il ritorno *in bonis* della società - delibere

La prima delibera concerne la rimozione della causa di scioglimento.

Nel concordato proposto nell'ambito di un fallimento dichiarato vigente la legge fallimentare (*evento che non determina lo scioglimento automatico della società*), la causa di scioglimento da rimuovere consiste nella ricostituzione del capitale sociale, della cui consistenza darà atto l'organo amministrativo redigendo uno stato patrimoniale che andrà allegato al verbale di assemblea straordinaria.

Nella liquidazione giudiziale occorre ripristinare la consistenza del capitale sociale, mentre l'altra causa di scioglimento, costituita dalla sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, è stata rimossa per effetto del decreto di chiusura emesso ex articolo 246 CCII e pubblicato a norma del successivo articolo 249.

L’efficacia della revoca dello stato di liquidazione – Termini e soggetti titolati

Ai sensi del secondo comma dell’articolo 2487-ter del codice civile, l’efficacia della revoca ha effetto decorsi almeno sessanta giorni dall’iscrizione della delibera.

Il diritto a non fornire il consenso alla revoca della liquidazione spetta solo ai creditori anteriori che non siano stati soddisfatti nelle percentuali previste dal piano concordatario.

Le eventuali opposizioni alla revoca della liquidazione avranno pertanto ad oggetto, da un lato, la legittimazione attiva (essere un creditore anteriore) e dall’altro, non essere stato pagato nella percentuale promessa, sia che si tratti di un creditore ammesso al passivo che di un creditore che non abbia presentato la domanda di ammissione al passivo (perché a questi non si estendono solamente le garanzie eventualmente prestate, ma deve essere comunque pagato nella stessa misura prevista per i creditori ammessi al passivo).

Ai sensi dell’articolo 2473 C.C., il socio che non abbia dato il consenso alla revoca dello stato di liquidazione può esercitare il diritto di recesso. Ma a questo punto, il valore della sua quota potrebbe risultare annullato per effetto della delibera di ricostituzione del capitale soxiale.

La ricostituzione del capitale sociale della società tornata *in bonis*

La ricostruzione della situazione patrimoniale all'atto della revoca della liquidazione è questione di elevata tecnicalità, per cui occorrerebbe un convegno appositamente dedicato. Il saggio al quale questo convegno si ispira tratta tutti i profili, tributari e civilistici, che giocano nella determinazione dei valori contabili da attribuire alle singole poste dell'attivo e del netto.

Il passivo nel frattempo è scomparso, senza ripercussioni positive sul conto economico, poiché la cancellazione dei debiti non rileva quale sopravvenienza attiva.
Ma voce per voce dovranno essere affrontate le valorizzazioni:

a) Delle immobilizzazioni materiali
b) Dei costi capitalizzati
c) Dei crediti per imposte anticipate
d) Del credito IVA
e) Delle azioni recuperatorie di pertinenza della massa intraprese nel corso della procedura
f) Dei debiti
g) Dei versamenti dei soci

MA PRIMA DI CHIEDERE LA LIQUIDAZIONE CHE FACCIAMO PER SALVARE GLI ATTIVI CHE LA SOCIETA' VORRA' MANTENERE PER CONTINUARE L'ATTIVITA'?

Dobbiamo sapere prima a cosa tendiamo con una liquidazione giudiziale programmata per la presentazione di una proposta di concordato in proprio.

Dipende dal tipo di azienda. Si può ipotizzare di stipulare un contratto di affitto di azienda prima dell'apertura della liquidazione, con una durata che non ecceda il tempo che si prevede necessario alla presentazione della proposta concordataria, per conservarne i valori di funzionamento.

Ogni caso andrà studiato come a se stante, tenendo conto di tutte le circostanze particolari, nonché della tempistica per pervenire all'esecutività dello stato passivo. Ricordando però che il concordato fallimentare (o giudiziale che sia), presenta i seguenti vantaggi:

a) L'assenza di una procedura competitiva per l'attribuzione dei beni;
b) L'assenza di un obbligo di apporto di finanza esterna in misura predeterminata, salvo il caso in cui non sia lo stesso debitore a proporre il concordato giudiziale;
c) L'assenza di una percentuale minima di soddisfazione dei creditori;
d) L'assenza di un obbligo di una previa transazione fiscale;
e) Le modalità di espressione del voto e il calcolo delle maggioranze (silenzio assenso)
f) La possibilità di evitare azioni di responsabilità facendosi cedere le zioni di pertinenza della massa autorizzate dal GD
g) La possibilità di realizzare valori fiscali che il curatore non potrà liquidare (perdite precedenti e IVA sul riparto finale)

BUON LAVORO E GRAZIE PER L’ATTENZIONE

dottor Luigi Lucchetti – commercialista in Roma