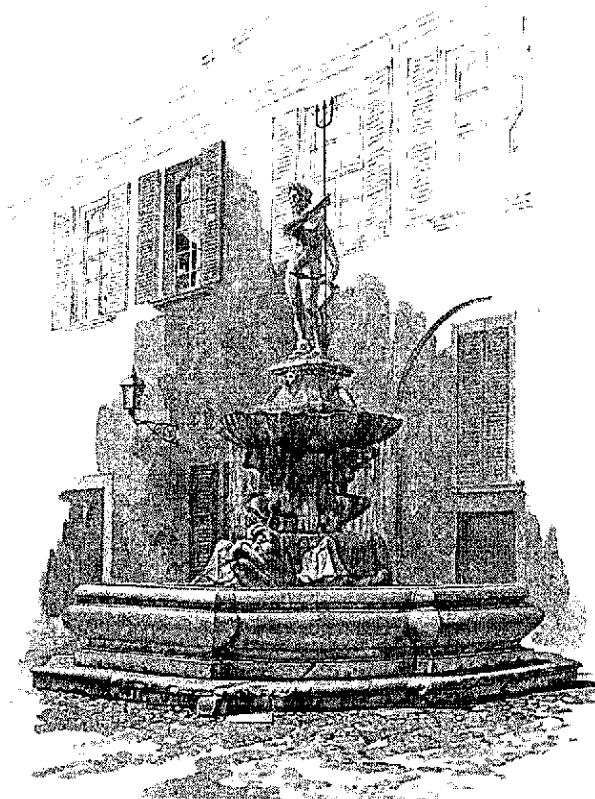




ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI
CONTABILI

**LA VERIFICA DELLE POSTE PASSIVE
DA PARTE DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE
NEL CONCORDATO PREVENTIVO
- SPUNTI OPERATIVI E RIFLESSIONI -**



Commissione Consultiva: *Procedure Concorsuali - il Concordato Preventivo*

Coordinatore: *Giorgio Salvinelli*

Delegato del Consiglio: *Aldo Galeri*

Membri: *Giorgio Salvinelli, Laura Mazzolari, Marco Passantino, Daniela Pea, Matteo Brangi, Lidia Gelmini, Aldo Galeri, Paolo Lazzaroni, Giorgio Rizzardi, Fabrizio Feller, Gianluigi Vielmi, Graziella Canditti, Elisa Tassoni, Federico Prignacca*

Lavoro coordinato da: *Marco Passantino e Giorgio Salvinelli*

ALCUNE DIFFERENZE METODOLOGICHE TRA FALLIMENTO E

CONCORDATO PREVENTIVO5

<i>La domanda del creditore.....</i>	<i>5</i>
<i>Forma, contenuto, e termine.....</i>	<i>5</i>
<i>Contraddittorio con la procedura.....</i>	<i>6</i>
<i>Specificità nell'accertamento del passivo.....</i>	<i>6</i>
<i>Debiti per IVA di rivalsa ex art. 2758 c.c.....</i>	<i>6</i>
<i>Debiti ipotecari.....</i>	<i>7</i>
<i>Decorso degli interessi.....</i>	<i>7</i>
<i>Rivalutazione.....</i>	<i>8</i>

APPROCCIO DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE RISPETTO ALLA

DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO9

LA VERIFICA DELLE POSTE PASSIVE DA PARTE DEL

COMMISSARIO GIUDIZIALE10

<i>Criticità.....</i>	<i>10</i>
<i>Approccio metodologico.....</i>	<i>10</i>
<i>Principali controlli da svolgere.....</i>	<i>11</i>
<i>Note operative.....</i>	<i>11</i>
<i>Riflessioni su alcune poste del passivo.....</i>	<i>12</i>
<i>Debiti ipotecari.....</i>	<i>12</i>
<i>Debiti verso dipendenti e collaboratori.....</i>	<i>14</i>
<i>Debiti verso professionisti.....</i>	<i>15</i>
<i>Debiti verso artigiani.....</i>	<i>16</i>
<i>Debiti verso cooperative di produzione e di lavoro.....</i>	<i>17</i>
<i>Debiti verso agenti.....</i>	<i>18</i>
<i>Debiti erariali.....</i>	<i>18</i>
<i>Debiti contributivi.....</i>	<i>19</i>
<i>Debiti verso i comuni ed enti locali.....</i>	<i>19</i>
<i>Debiti per IVA di rivalsa ex art. 2758 c.c.....</i>	<i>19</i>
<i>Debiti con privilegio "speciale" mobiliare.....</i>	<i>20</i>
<i>Debiti relativi a contratti di locazione immobiliare.....</i>	<i>20</i>
<i>Debiti per contratti di leasing.....</i>	<i>20</i>
<i>Passività prededucibili relative a spese di amministrazione e di gestione aziendale.....</i>	<i>21</i>
<i>Passività prededucibili relative a spese di procedura.....</i>	<i>23</i>
<i>Passività relative a cause e contenziosi in corso.....</i>	<i>23</i>
<i>Passività "invisibili".....</i>	<i>23</i>
<i>Passività per fondi rischi.....</i>	<i>24</i>
<i>Passività relative a rapporti bancari.....</i>	<i>25</i>
<i>Passività da contratti in corso.....</i>	<i>26</i>
<i>Passività relative a contratti finanziari (swap, derivati, ecc....).....</i>	<i>26</i>

<i>Passività ulteriori per interessi e spese connessi alle posizioni debitorie.....</i>	<i>26</i>
RAPPORTI CON L'ATTIVITA' DEL LIQUIDATORE.....	28

PREMESSA

Il punto centrale del presente lavoro non è tanto l'accertamento del passivo da parte del Commissario Giudiziale inteso come applicazione di normative (essendo esse infatti pressoché assenti), quanto l'individuazione di spunti per l'applicazione di metodologie e prassi standard che permettano di giungere all'accertamento sostanziale della massa debitoria in modo più efficace possibile pur con tutti i vincoli (che analizzeremo nel corso del presente documento) cui la figura del Commissario Giudiziale deve sottostare. La massa debitoria ovviamente acquista valenza, per la parte chirografaria, anche ai fini del voto.

ALCUNE DIFFERENZE METODOLOGICHE TRA FALLIMENTO E CONCORDATO PREVENTIVO

La domanda del creditore

Forma, contenuto, e termine

Nel fallimento il creditore ha l'obbligo di depositare domanda di ammissione al passivo ex art. 93 L.F.; Per essere ammissibile la domanda deve peraltro contenere una serie di elementi essenziali previsti dallo stesso art. 93. Nel Concordato Preventivo non è specificato né la forma né il contenuto della dichiarazione di credito, e non è peraltro previsto neanche l'obbligo della stessa.

La verifica del passivo nel Concordato Preventivo viene svolta dal Commissario Giudiziale ai fini dell'accertamento dei diritti di voto nonché per la redazione della relazione ex art. 172 L.F. al fine di dare ai creditori tutte le informazioni necessarie per esprimere un voto consapevole.

Nel Concordato Preventivo le posizioni debitorie non creano uno "stato passivo dei crediti" propriamente detto (art. 96 L.F.), formato col concorso del Giudice Delegato che lo dichiara esecutivo, bensì il Commissario Giudiziale ai sensi dell'art. 171 L.F. deve autonomamente "procedere alla verifica dell'elenco dei creditori presentato dal debitore" ai sensi dell'art. 161 L.F..

Del resto i creditori non sono obbligati a dichiarare il proprio credito entro un termine specifico, e possono essere inseriti nell'elenco dei creditori anche in caso di mancata presentazione di dichiarazione di credito.

Contraddittorio con la procedura

Nel fallimento il mancato o il parziale accoglimento della domanda può essere contestato a mezzo di ricorso entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione con cui il curatore informa il creditore dell'avvenuta esecutività dello stato passivo (art. 97 art. 98 L.F.).

Le insinuazioni potranno essere presentate tardivamente purché entro un anno dalla data di esecutività dello stato passivo (art. 101 L.F.).

Nel Concordato Preventivo la presentazione delle dichiarazioni di credito, ai fini del riparto, trovano un limite unicamente nei termini di prescrizione del credito.

Il mancato o parziale accoglimento trova tutela in un'ordinaria azione giudiziale di accertamento.

Nel Concordato Preventivo sarà poi compito del Liquidatore Giudiziale verificare ed eventualmente sindacare l'importo del credito e/o la sussistenza del privilegio, ad esempio in base a documentazione sopraggiunta.

Specificità nell'accertamento del passivo

La normativa applicabile alla verifica del passivo nel Concordato Preventivo è sostanzialmente la medesima che è applicabile in sede fallimentare. Vi sono tuttavia alcune differenze.

⇓

Debiti per IVA di rivalsa ex art. 2758 c.c.

Secondo la prassi maggiormente applicata, nel fallimento il privilegio speciale IVA è concesso se, in sede d'inventario, viene rilevata la presenza del bene all'interno del compendio patrimoniale del fallimento.

Nel concordato preventivo, invece, l' IVA si considera sempre debito privilegiato, a meno che non venga predisposta un'apposita perizia (ex art 160 L.F.) finalizzata a dimostrare che il bene che ha formato oggetto della cessione non è più in possesso della società debitrice oppure non è inequivocabilmente identificato (ad es. forniture di merci fungibili).

Debiti ipotecari

Mentre nel fallimento il privilegio ipotecario viene soddisfatto solamente nei limiti di quanto ricavato dalla vendita degli immobili, nel Concordato Preventivo il debito ipotecario deve essere integralmente soddisfatto, indipendentemente dal realizzo immobiliare.

L'eventuale disconoscimento del privilegio ipotecario presuppone un'apposita relazione (ex art 160 c. 2 LF) predisposta da un professionista (incaricato dalla società debitrice) che certifichi l'incapienza del bene su cui grava il privilegio.

Inoltre, a differenza del fallimento, l'ipoteca giudiziale nel Concordato Preventivo è inefficace se iscritta entro i 90 giorni antecedenti la pubblicazione nel Registro Imprese del ricorso per la domanda di concordato (art 168 LF).

Decorso degli interessi

Nel fallimento ai sensi del c. 3 dell'art. 54 L.F. per i debiti assistiti da privilegio generale, il decorso degli interessi legali cessa alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il debito è soddisfatto anche parzialmente.

Non è invece del tutto chiaro se, nel Concordato Preventivo, si applichi l'art. 54 L.F. (non direttamente ed esplicitamente richiamato dall'art. 169, ancorché lo stesso ne faccia indiretto richiamo tramite rimando all'art 55), cioè se il corso degli interessi si interrompa al deposito del piano di riparto - anche in caso di soddisfazione parziale -

oppure prosegua sino al pagamento integrale del debito, anche se sono intervenuti nel frattempo pagamenti parziali.

In ogni caso - anche qualora si ipotizzi l'applicabilità dell'art 54, pertanto l'interruzione degli interessi alla data di deposito del piano di riparto - è comunque consigliabile stanziare prudenzialmente un fondo rischi che copra l'importo degli interessi maturandi.

Inoltre, mentre nel fallimento il decorso degli interessi chirografari si interrompe con la dichiarazione di fallimento, nel Concordato Preventivo si interrompe già alla data di deposito del ricorso per la domanda di concordato (anche con riserva).

Si rammenta che la disciplina degli interessi generati da debiti privilegiati, pignorati e ipotecari è regolamentata rispettivamente dagli articoli 2749, 2788 e 2855 c.c.

Rivalutazione

Per quanto concerne i debiti di lavoro dipendente:

- nel fallimento la rivalutazione va calcolata dalla formazione del debito fino alla data di esecutività dello stato passivo delle domande tempestive;
- nel Concordato preventivo va calcolata dalla formazione del debito alla data di omologa.

APPROCCIO DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE RISPETTO ALLA DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO

Il piano presentato nella domanda di concordato deve rispettare i requisiti di:

- chiarezza
- trasparenza
- prudenza
- fattibilità

ed è a questi principi che il Commissario Giudiziale deve ispirarsi nelle sue procedure di verifica.

Questo significa che nel controllo delle poste, qualora vi sia limitatezza di informazioni, va applicata l'ipotesi più prudentiale e meno favorevole alla società debitrice.

Stesso principio deve essere applicato nel controllo delle tempistiche indicate dalla società debitrice per l'attuazione del piano concordatario.

LA VERIFICA DELLE POSTE PASSIVE DA PARTE DEL COMMISSARIO GIUDIZIALE

Criticità

A livello metodologico vi è la necessità di coniugare:

- un elevato grado di analisi;
- tempi molto stretti;
- non conoscenza della situazione sociale;
- una situazione amministrativa non ottimale in quanto può mancare documentazione (vedasi estratti conto bancari non pervenuti) o personale amministrativo (perché dimesso, in CIGS, assunto da terzi, ecc.);
- informazioni spesso frammentarie da parte dell'imprenditore.

Approccio metodologico

Naturalmente dovrà tenersi adeguatamente conto:

- delle dimensioni dell'impresa concordataria, e quindi del grado di approfondimento realisticamente possibile
- della rilevanza delle singole poste (in rapporto alle dimensioni del concordato) indicate nel piano.

Principali controlli da svolgere

Note operative

La Legge Fallimentare (art. 171 c. 1) dice che “Il Commissario Giudiziale deve procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori sulla scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art 161, apportando le necessarie rettifiche”.

Quindi oggetto della verifica è l'elenco dei creditori citato dall'art. 161 c.2 LF.

Detto comma prevede infatti che la società debitrice debba presentare insieme al ricorso per l'ammissione al Concordato Preventivo:

- uno stato analitico estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con indicazione dei rispettivi crediti e cause di prelazione
- l'elenco dei titolari di diritti reali o personali di proprietà o in possesso della società debitrice
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili

Ciò premesso, come procede operativamente il Commissario Giudiziale?

- 1) Il Commissario Giudiziale invia ai creditori la comunicazione ai sensi dell'art. 171 c. 2 LF. Stando al tenore letterale della norma, tale comunicazione dovrebbe servire solamente ad informare i creditori della proposta concordataria della società debitrice e della data di convocazione per l'adunanza. Invece solitamente, nella prassi, il Commissario Giudiziale, in occasione di tale comunicazione, chiede anche ai creditori di produrre sia la dichiarazione di credito sia l'espressione di voto. Ovviamente nulla vieta che la dichiarazione di credito possa anche essere richiesta, con comunicazione *ad*

hoc, o che il creditore preferisca esprimere il proprio voto successivamente, in sede d'adunanza o nei 20 giorni successivi alla medesima.

Per un controllo pienamente efficace, sarebbe opportuno richiedere ai creditori che vantano privilegi di qualunque tipo una documentazione analoga a quella richiesta per una corretta domanda di insinuazione al passivo del fallimento.

2) Il Commissario Giudiziale procede alla verifica vera e propria dell'elenco dei creditori. La verifica prende le mosse principalmente dalle scritture contabili della società debitrice. Queste vengono poi integrate:

- dalle dichiarazioni di credito inviate dai creditori;
- da eventuale documentazione a supporto prodotta dai creditori per dimostrare l'importo del loro credito e l'eventuale privilegio vantato;
- da altra documentazione acquisita dai pubblici uffici (ad esempio visure camerali, visure ipotecarie, etc....);
- da eventuale documentazione di natura giudiziale (atti ingiuntivi, atti esecutivi, cause in corso).

Riflessioni su alcune poste del passivo

Debiti ipotecari

Generalmente la società debitrice allega al piano concordatario una perizia di stima del valore degli immobili posseduti, immobili quasi sempre gravati da pregiudizi ipotecari. Tale perizia dovrà ovviamente essere controllata dal Commissario Giudiziale, che potrà - allo scopo - nominare un nuovo perito per accertarne l'effettiva consistenza.

In periodi economici durante i quali il valore di mercato degli immobili è svilito emerge la problematica di valutare il presumibile valore di realizzo dei cespiti in rapporto al debito ipotecario che grava sugli stessi.

Nel caso di valore degli immobili inferiore al debito ipotecario la società debitrice potrà opportunamente incaricare un professionista al fine di redigere un'apposita perizia (ex art 160 c.2 LF) da cui si evinca che il ricavo stimato del bene risulta inferiore rispetto all'importo del debito ipotecario. Solo con la presenza di tale perizia l'eccedenza di tale debito ipotecario può essere "declassata" al chirografo ad opera della società debitrice. Pertanto in assenza di tale perizia il privilegio immobiliare dovrà comunque essere integralmente soddisfatto a prescindere dalla capienza o meno dell'immobile a cui si riferisce.

Documentazione essenziale per la verifica del debito ipotecario può essere individuata:

- nei contratti di finanziamento;
- nelle note di iscrizione di ipoteca;
- in eventuali atti esecutivi.

Particolare attenzione inoltre va prestata:

- al corretto calcolo degli interessi convenzionali (qualora si applichi l'art 54 L.F.)
- all'iscrizione di eventuali ipoteche giudiziali e al loro eventuale consolidamento, elemento quest'ultimo che - se non adeguatamente monitorato e verificato - può portare a modificare in maniera rilevante il piano concordatario, o - in casi più gravi - a pregiudicare il buon esito dello stesso. Si rammenta che, a differenza del fallimento, l'ipoteca è inefficace se iscritta nei 90 giorni antecedenti la pubblicazione nel Registro Imprese del ricorso per la domanda di concordato (art 168 L.F.).

Debiti verso dipendenti e collaboratori

Il Commissario Giudiziale deve accertarsi che tutte le passività inerenti i dipendenti siano state stimate, questo anche qualora la società debitrice abbia fatto ricorso agli ammortizzatori sociali.

A tal fine sarà senz'altro opportuno che il Commissario Giudiziale ricorra all'ausilio:

- di un consulente del lavoro appositamente incaricato dalla procedura, per la verifica dei conteggi e delle tempistiche;
- di un legale esperto in materia, nel caso sussistano contenziosi di natura giuslavorista;

La verifica deve avere ad oggetto:

- la situazione debitoria nei confronti dei dipendenti e dei collaboratori;
- la situazione debitoria nei confronti dell'INPS;
- la situazione debitoria nei confronti dell'INAIL;
- la situazione debitoria nei confronti dell'Agenzia delle Entrate;
- la situazione debitoria nei confronti delle Casse Edili;
- la situazione debitoria nei confronti dei Fondi di Previdenza Integrativa;
- la situazione debitoria nei confronti delle Organizzazioni sindacali;
- la situazione debitoria nei confronti delle società Finanziaria per la cessione del quinto dello stipendio da parte di alcuni lavoratori dipendenti;
- eventuali pignoramenti (che colpiscono il quinto sia del TFR che delle retribuzioni)

Può inoltre verificarsi un caso particolare, ovvero che la società debitrice presenti un primo concordato senza ottenere la maggioranza dei voti (concordato che pertanto

verrà dichiarato improcedibile) e successivamente presenti un secondo concordato migliorativo rispetto al primo. Qualora i dipendenti abbiano usufruito degli ammortizzatori sociali (C.I.G.S. per procedura concorsuale) durante il primo concordato, è bene:

- verificare l'ammissione all'ammortizzatore sociale anche nell'ambito del secondo concordato;
- stimare con attenzione eventuali passività che potrebbero derivare dal periodo intercorrente tra il primo concordato e il secondo, periodo nel quale non è scontato che l'ammortizzatore sociale prosegua ininterrottamente.

Può inoltre verificarsi il caso che i dipendenti richiedano il pagamento anticipato di parte delle retribuzioni, dei ratei o del TFR. In quel caso, sarà cura del Commissario Giudiziale sorvegliare:

- in primo luogo, che l'operazione non influisca sostanzialmente sugli equilibri della procedura (in termini di soddisfazione dei creditori in prededuzione), anche nell'ipotesi che il Concordato successivamente si trasformi in fallimento;

Debiti verso professionisti

È bene che il Commissario Giudiziale, ai fini della verifica del privilegio, acquisisca:

- mandati professionali;
- avvisi di fattura;
- fatture.

dall'esame della suddetta documentazione sarà inoltre importante verificare l'eventuale esistenza:

- di prestazioni eseguite ma non ancora fatturate (in quanto non incassate);
- di prestazioni non concluse (ma per le quali è comunque maturato il diritto ad un certo corrispettivo).

I criteri per il riconoscimento del privilegio sono i medesimi previsti per il fallimento.

Per quanto concerne l'IVA relativa a fatture professionali da ricevere durante lo svolgersi della procedura concordataria e relative a prestazioni svolte prima del deposito del ricorso, si sono riscontrati nella prassi due diversi comportamenti:

- il primo (più prudentiale) è che, ai fini della soddisfazione, l'importo dell'IVA venga considerato debito privilegiato di 7° grado, pertanto sia "slegato" dall'importo dell'imponibile, assistito invece da privilegio professionale;
- il secondo è che l'importo dell'IVA venga considerato quale mera partita di giro (ciò ovviamente vale nella generalità dei casi, fatte salve le specifiche situazioni in cui la debitrice non possa recuperare - totalmente o parzialmente - l'IVA pagata, per esempio in presenza di pro rata di indeducibilità).

Debiti verso artigiani

Per chi deve predisporre la domanda di Concordato Preventivo risulta non semplice acquisire dai creditori la documentazione necessaria per la qualificazione artigiana dell'impresa.

In effetti potrebbe essere eseguita un'analisi più specifica sulle posizioni debitorie maggiori, tenendo presente da un lato le informazioni disponibili a seguito del rapporto commerciale con il fornitore, dall'altro la difficoltà ad ottenere in questa fase la collaborazione del creditore, ad esempio nella richiesta di documentazione fiscale, ecc....

La società debitrice, in un ottica di estrema prudenza, potrebbe limitarsi a considerare come artigiane (e quindi privilegiate) le imprese iscritte nell'apposita sezione del Registro Imprese.

Il Commissario Giudiziale, nel comunicare l'apertura del Concordato preventivo, chiederà la documentazione necessaria alla qualificazione artigiana:

- copia delle dichiarazioni fiscali relative al periodo di formazione del credito e ai due periodi antecedenti;
- visura camerale storica;
- copia degli estratti dal libro unico del lavoro.

In caso di mancato ricevimento della dichiarazione di credito (o della documentazione richiesta), si ritiene che il Commissario Giudiziale – in questa fase - debba procedere prudenzialmente (inversamente a quanto accade nel fallimento) a considerare il debito come privilegiato sulla base della semplice risultanza camerale, ove tale collocazione risulti anche dalla domanda di concordato.

Ovviamente si rammenta come la concessione o meno del privilegio influisca anche sul diritto di voto del creditore.

Nel caso invece il creditore produca la documentazione richiesta, è bene svolgere un'analisi finalizzata ad accertare il rispetto dei requisiti dimensionali e specifici dell'attività svolta, requisiti che il Tribunale di Brescia – lo si segnala - tiene comunque in considerazione ai fini della concessione del privilegio.

Ovviamente si rammenta che il privilegio artigiano spetta solo per l'imponibile e non anche per l'IVA, per il cui privilegio vanno accertati i requisiti descritti nello specifico (precedente) paragrafo.

Debiti verso cooperative di produzione e di lavoro

E' opportuno che il Commissario Giudiziale valuti – mediante acquisizione del fascicolo di bilancio d'esercizio – la mutualità della cooperativa; ciò è desumibile dalla relazione

redatta ai sensi dell'art 2545 c.c. acquisibile dal fascicolo di bilancio depositato. Si suggerisce anche l'acquisizione della visura camerale.

Debiti verso agenti

Essendo questo un ambito in cui sussiste **incertezza nella quantificazione**, è bene che il Commissario Giudiziale si accerti se il debito sia stato calcolato in misura massima o prossima alla massima.

Il caso più ricorrente è costituito dall'indennità di risoluzione del rapporto (ricorrenza dei presupposti ex art. 1751 c.c.), elemento altamente aleatorio.

A tal fine, qualora le somme in questione siano rilevanti, sarà opportuno che il Commissario Giudiziale ricorra all'ausilio di un consulente del lavoro, o da un legale giuslavorista, appositamente incaricato dalla procedura, ai fini dell'esame del contratto di Agenzia e della conseguente determinazione del debito, con applicazione delle norme di legge e dell'Accordo Economico Collettivo (AEC).

La verifica deve avere ad oggetto:

- la situazione debitoria nei confronti degli Agenti, con particolare riferimento alle varie indennità previste contrattualmente;
- la situazione debitoria nei confronti dell'Enasarco.

Debiti erariali

E' bene acquisire un certificato dei carichi pendenti aggiornato, sia con riferimento all'Agenzia delle Entrate che all'eventuale concessionario della riscossione.

Inoltre, è opportuno acquisire eventuali atti di accertamento in corso, ed eventuali ricorsi presentati dalla società debitrice.

In generale è opportuno verificare l'avvenuto o il mancato versamento di tributi tramite riscontro della contabilità con i modelli F24 e con i modelli dichiarativi.

Debiti contributivi

Anche in questo caso è bene acquisire un certificato dei carichi pendenti aggiornato, sia con riferimento all'Ente previdenziale che all'eventuale concessionario della riscossione.

Inoltre, è opportuno acquisire eventuali atti di accertamento in corso, ed eventuali ricorsi presentati dalla società debitrice.

Debiti verso i comuni ed enti locali

Valgono le stesse considerazioni espresse per i debiti erariali e contributivi. Esempi di tali tributi possono essere:

- tasse rifiuti;
- ICI/IMU/TASI;
- imposte di pubblicità.

Debiti per IVA di rivalsa ex art. 2758 c.c.

Come già esposto in precedenza, nel Concordato preventivo l'IVA è considerata debito privilegiato, tranne nel caso (piuttosto frequente) in cui la società debitrice abbia fatto predisporre un'apposita perizia ex art 160 c.2 LF finalizzata a dimostrare che i beni a cui l'IVA si riferisce non sono più in suo possesso oppure non sono inequivocabilmente identificabili (ad esempio, forniture di merci fungibili, beni immateriali, servizi, etc....).

In assenza di tale perizia, il Commissario Giudiziale dovrà considerare la porzione di debito verso il fornitore riferibile all'IVA come debito privilegiato, salvo (in via eccezionale) che il tema non sia stato già affrontato esplicitamente - nel senso del non riconoscimento del privilegio - dal decreto di ammissione alla procedura o dai chiarimenti forniti dalla società debitrice prima del decreto stesso.

Debiti con privilegio "speciale" mobiliare

E' possibile che emerga il problema della capienza dei beni mobili in rapporto ai debiti con privilegio speciale mobiliare (ad esempio, i debiti verso il locatore di immobili, i debiti verso fornitori per fornitura di macchinari *ex legge* Sabatini, ecc....).

In tal senso, se il Commissario Giudiziale ha dubbi circa l'ammissione per intero del privilegio, sarà opportuna – ad opera della società debitrice - la redazione di una perizia ex art 160 c.2 per attestare l'incapienza del bene, con conseguente modifica della domanda di concordato (che la società debitrice può comunque effettuare fino all'inizio delle operazioni di voto). Particolare attenzione va posta al caso del pegno che gli Istituti di credito costituiscono su un bene di limitato importo (spesso titoli) a garanzia dell'intera esposizione debitoria bancaria.

Debiti relativi a contratti di locazione immobiliare

E' bene che il Commissario Giudiziale recuperi eventuali contratti di affitto passivi quantificando sia il debito pregresso e relativo a canoni scaduti, sia gli eventuali canoni futuri da pagare in corso di procedura.

Per quanto concerne i canoni scaduti anteriormente al deposito della domanda di concordato, si rammenta che il locatore gode del privilegio speciale ex art 2.764 CC. Anche in questo caso il Commissario Giudiziale deve verificare l'esistenza della perizia ex art 160 c. 2 ai fini dell'eventuale declassamento al chirografo richiesto dalla società debitrice.

Debiti per contratti di leasing

Con riferimento ai contratti già risolti, sarà opportuno verificare l'importo dei debiti tenendo conto *in primis* dei canoni scaduti (sia fatturati che non), nonché di eventuali indennità derivanti dalla risoluzione anticipata dei contratti di leasing.

Il Commissario dovrà analizzare le clausole contrattuali, far quantificare dalla società di leasing sia l'importo dei canoni scaduti che quello dei canoni a scadere attualizzati, raffrontare tali passività con il valore di presunto realizzo del bene stimato dalla società debitrice, verificando in tal modo l'esistenza di eventuali passività (o attività) potenziali.

In merito all'eventuale imputazione al chirografo del debito verso le società di leasing per intervenuto scioglimento del contratto, si rimanda al paragrafo relativo ai contratti in corso.

Passività prededucibili relative a spese di amministrazione e di gestione aziendale

Particolarmente delicato è il tema delle passività che sorgono in corso di procedura a causa delle spese di gestione aziendale. La stima delle stesse va compiuta in modo più possibile realistico e analitico, in base alle ipotizzate tempistiche di esecuzione del concordato. È il caso ad esempio di:

- contabilità, servizi amministrativi, consulenza societaria e fiscale;
- pratiche e consulenza del lavoro;
- consulenze legali (a fronte di contenziosi in essere o prevedibili);
- utenze (luce, acqua, gas);
- canoni di leasing per contratti non risolti;
- canoni di locazione;
- manutenzioni su immobili;
- spese condominiali;
- collegio sindacale e revisore;
- spese per sistemazioni catastali;
- spese per cancellazioni pregiudizi;
- bonifica amianto;

- altri costi di bonifica;
- tasse di pubblicità;
- tasse automobilistiche;
- canoni demaniali;
- diritti CCIAA;
- imposta di registro su decreto di ammissione e decreto di omologa;
- costi del deposito di bilancio;
- tassa di vidimazione dei libri sociali;
- oneri in corso di maturazione per contratti di natura finanziaria (derivati, swap, etc...);
- altre prestazioni professionali in prededuzione (anche peritali);
- oneri fiscali relativi agli immobili (IMU, TASI);
- oneri per contratti con case di software (rinnovo di licenze, manutenzioni, fornitura periodica di aggiornamenti, etc...);
- polizze furto/incendio e responsabilità civile (facendo attenzione che la compagnia assicurativa non abbia già richiesto al creditore ipotecario il pagamento della polizza incendio);
- eventuali imposte dirette connesse all'attività produttiva, quali IRAP;
- canone rinnovo PEC;
- spese per eventuale personale dipendente necessario allo svolgimento della procedura concordataria.

Particolare attenzione andrà prestata alla quantificazione di dette spese alla luce della stimata durata della procedura concordataria.

Da notare che la durata della procedura può essere influenzata anche, ad esempio, dal contenzioso in essere oppure dai tempi di realizzo di crediti vantati verso procedure fallimentari o società in Concordato Preventivo, il cui piano concordatario preveda tempi di esecuzione molto lunghi.

Passività prededucibili relative a spese di procedura

E' bene che il Commissario Giudiziale accerti la corretta quantificazione dei compensi stanziati per il Commissario Giudiziale e per il Liquidatore Giudiziale alla luce della nuova tariffa emanata nel gennaio 2013 (DM 30/2012).

Passività relative a cause e contenziosi in corso

Il Commissario Giudiziale dovrà verificare la congruità dello stanziamento operato dalla società debitrice, vale a dire il fatto che il debito sia stato stimato, insieme ad interessi e spese - che spesso non sono una componente ininfluenza - ispirandosi a criteri di estrema prudenza. Esempi frequenti di contenzioso possono essere:

- cause per infortuni sul lavoro;
- cause per contestazioni su rapporti di lavoro;
- cause per contestazioni sull'esecuzione di opere passive o attive;

Di non minore importanza, in questa fase, è capire quali di queste passività concorrano al voto ai fini della formazione delle maggioranze.

Nello specifico, l'importo da ammettere ai fini del voto sarà quello su cui non sussiste incertezza sia nell' *an* che nel *quantum*.

Passività "invisibili"

Vi può essere l'esigenza di verificare tutte le posizioni passive che non hanno traccia nella contabilità quali, in particolare:

- debiti verso professionisti per competenze non ancora contabilizzate;
- debiti per fidejussioni e garanzie in genere prestate dalla società debitrice;

- debiti per canoni di locazione non fatturati;
- eventuali passività potenziali (ad esempio di natura contrattuale e/o contenziosa);
- costi di gestione (non immediatamente rilevabili) aventi rango di prededuzione;
- interessi su debiti erariali pagati in ritardo e non ravveduti o ravveduti in modo non corretto. "

La modalità' di accertamento delle predette passività è quella di comunicare l'apertura del Concordato Preventivo:

- ai legali patrocinanti i contenziosi in corso;
- ai professionisti in generale che assistono abitualmente la società debitrice;
- ai soggetti che hanno concesso beni in locazione alla società debitrice;
- all'Agente per la riscossione ed all'Agenzia delle Entrate.

Quanto alle fidejussioni e garanzie in essere, può essere opportuno – se non già effettuato dalla società debitrice – rivolgere apposita istanza alla Banca d'Italia affinché renda note tutte le posizioni passive (sia dirette che indirette) della società debitrice.

Si rammenta che l'istanza può essere inviata solamente dalla società debitrice nella figura del liquidatore sociale e/o dell'amministratore e non dal Commissario Giudiziale, in quanto non titolato a svolgere attività gestoria.

Passività per fondi rischi

Va opportunamente prevista una posta aggiuntiva (fondo rischi) a fronte di oneri non prevedibili ma altamente probabili. Si rammenta che tali passività, a seconda dei casi specifici, potrebbero essere stanziare al chirografo, al privilegio, o addirittura in prededuzione. La quantificazione della somma è lasciata alla discrezionalità della società debitrice e va opportunamente verificata da parte del Commissario. Tra i fondi rischi possono essere inseriti eventuali interessi passivi su debiti verso fornitori.

Passività relative a rapporti bancari

Può verificarsi il caso che alcuni effetti siano stati incassati dalle banche dopo il deposito del concordato in bianco, rendendo così molto probabile un'azione legale da parte della società debitrice finalizzata al loro recupero. Tale azione legale può trovare ostacoli qualora le banche oppongano le due più frequenti argomentazioni, che sono:

- la clausola di compensazione (*c.d. pactum de compensando*)
- la eccezione di intervenuta e perfezionata cessione di credito

E' inoltre statisticamente provato che spesso tali contenziosi vengano definiti tramite transazioni.

E' opportuno che il Commissario Giudiziale:

- analizzi l'entità del fondo svalutazione crediti portati da tali effetti bancari, qualora poi gli stessi si rivelino insoluti e dunque vi sia un potenziale incremento del debito bancario;
- analizzi il fondo stanziato per la copertura delle spese legali necessarie al realizzo dei crediti relativi agli effetti incassati dalle banche dopo il deposito del concordato in bianco;

In merito al fondo svalutazione crediti, è bene operare una distinzione (alias una diversa svalutazione) tra l'ammontare delle R.I.BA non onorate dai clienti poiché effettivamente inadempienti o insolventi, e quelle non onorate dai clienti in maniera palesemente ingiustificata e pretestuosa (circostanza frequente quando interviene una procedura concorsuale).

Inoltre, si segnala che alcuni contratti bancari di finanziamento chirografario sono garantiti dal Mediocredito tramite il Fondo istituito dalla legge n° 662/96. In tal caso il garante può opporre il privilegio generale sui beni mobili. E' pertanto opportuno verificare con attenzione la sussistenza di tali garanzie nel contratto di finanziamento.

Passività da contratti in corso

E' opportuno spendere qualche parola in merito a quanto previsto dal "nuovo" art. 169 bis e al caso - non infrequente - in cui si verifichi il mancato perfezionamento di subentri contrattuali (ad opera di terzi soggetti) inizialmente previsti, ipotesi che spesso rende necessario lo scioglimento dei contratti in corso da parte della società debitrice.

In caso di scioglimento del contratto, il suddetto articolo dispone che l'indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento vada soddisfatto come debito anteriore al concordato, pertanto al chirografo.

In caso di non scioglimento, possono invece porsi problemi di prededuzione in merito ai canoni a scadere nel corso della procedura.

Passività relative a contratti finanziari (swap, derivati, ecc....)

E' opportuno acquisire il contratto di finanziamento e procurarsi la valorizzazione del debito alla data più recente possibile, tenendo altresì conto del fatto che, anche il corso di procedura, l'eventuale permanenza in essere del contratto potrebbe generare un ulteriore aumento del debito e dunque una potenziale ulteriore passività.

Passività ulteriori per interessi e spese connessi alle posizioni debitorie

Analogamente a quanto suggerito nel paragrafo relativo alle cause e ai contenziosi in corso, si rammenta di recuperare la documentazione relativa ad eventuali:

- atti ingiuntivi;
- atti esecutivi.

promossi dai creditori al fine di stimare l'ammontare degli interessi e delle spese da stimare prudenzialmente in caso di soccombenza nel giudizio, o da quantificare in maniera certa qualora gli stessi siano già stati liquidati dal giudice del procedimento.

Inoltre, ai fini della fattibilità del piano, il Commissario Giudiziale è tenuto ad effettuare una stima:

- degli interessi chirografari maturati fino alla data di deposito del ricorso (con le dovute differenze tra interessi legali e moratori);
- degli interessi privilegiati maturandi fino alla data di presumibile pagamento (con le dovute differenze normative tra calcolo degli interessi ipotecari e privilegiati).

RAPPORTI CON L'ATTIVITA' DEL LIQUIDATORE

E' bene ricordare che lo stato passivo accertato dal Commissario Giudiziale ha natura non definitiva, a differenza di quello fallimentare.

Pertanto, il (futuro) Liquidatore Giudiziale di fatto si troverà a completare la verifica del Commissario Giudiziale, o comunque ad esercitare un ulteriore controllo nel momento in cui dovrà pagare i creditori.

Il Liquidatore Giudiziale inoltre potrà trovarsi infatti di fronte a situazioni tipiche in grado di modificare, sia pure parzialmente, la situazione passiva come accertata dal Commissario Giudiziale. Ad esempio:

- potrà trovarsi a modificare lo stato passivo del Commissario Giudiziale in tutti i casi in cui i creditori (in particolare: artigiani) NON abbiano dato riscontro alla richiesta di documentazione del Commissario Giudiziale, e la diano invece tardivamente, a concordato omologato;
- potrà compiere accertamenti più approfonditi grazie al maggior tempo disponibile;
- potrà essere richiesto del pagamento da creditori non informati del concordato (esempio tipico: professionisti per fatture pro forma, che, non risultando contabilmente, possono non essere rilevate dal Commissario Giudiziale);
- potrà trovarsi di fronte tipicamente all'emersione (n.b.: nel corso di vari anni) di debiti fiscali minori (ICI/IMU, TARSU, Imposta pubblicità, ecc....), nonché di debiti contributivi non noti (tipicamente: INAIL, Enasarco, ecc....);
- potrà assistere ad accertamenti fiscali;

- potrà riconoscere il diritto di surroga ad alcuni soggetti nei confronti di altri, qualora accerti che ve ne siano i requisiti;
- potrà trovarsi nella condizione di ridefinire in parte il passivo con propri interventi, avvalendosi di normative di favore in caso di procedure (vedi soprattutto sanzioni INPS e sanzioni fiscali in caso di possibile ricorso a ravvedimento o pagamento di avvisi bonari);
- potrà assistere ad un aggravamento o, meno frequentemente, a una riduzione delle spese di procedura in funzione di modifiche normative sopraggiunte (ad esempio il passaggio da I.C.I. ad I.M.U., il riconoscimento del privilegio per le sanzioni fiscali, la modifica delle tariffe per Commissario Giudiziale e Liquidatore Giudiziale);
- potrà assistere ad un aggravamento del passivo qualora, ad esempio, le banche, all'esito di un contenzioso, si vedano riconosciuta (per precedente intervenuta cessione di credito) la titolarità di alcuni crediti che la società debitrice aveva incassato direttamente o tramite altro istituto di credito diverso dal cessionario;
- potrà infine essere parte passiva (costituendosi in giudizio insieme alla società debitrice – nel cd. “litisconsorzio”) nelle possibili cause giudiziali che qualche creditore potrebbe intentare alla procedura al fine di vedersi riconosciuto un certo credito o un certo privilegio.

Rispetto al Commissario Giudiziale, il Liquidatore Giudiziale ha poi la possibilità di eseguire maggiori approfondimenti, soprattutto per il maggior tempo disponibile.

Inoltre, dovendo eseguire i riparti, ha maggiore possibilità di “convincimento” nei confronti del creditore in ordine all'invio della documentazione.

Richiesta e presumibilmente ottenuta la documentazione, se mancante, necessaria all'accertamento dei privilegi richiesti, il Liquidatore Giudiziale potrà quindi effettuare una verifica esaustiva che permetta di qualificare in via definitiva il creditore e collocarlo al passivo conseguentemente.

