Fallimenti e Società.it
OSSERVATORIO DI DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE
Triveneto

CAMERA CIVILE 'GIULIO PARTESOTTI' – VENEZIA
aderente all'UNCC
OSSERVATORIO VENETO DEL DIRITTO D'IMPRESA

L'INFORMATIVA AI CREDITORI NEL CONCORDATO DI SOCIETÀ CON SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI[1]

di

Paolo Dal Monico

(Studio Integrato di Consulenza – Vicenza)

Per affrontare il tema che mi è stato assegnato ho necessità di fare una breve introduzione.

Come a voi tutti noto il criterio generale dettato dal nostro legislatore in tema di responsabilità patrimoniale è quello dell'art. 2740 c.c., il quale prevede che il debitore risponda delle proprie obbligazioni con tutto il proprio patrimonio.

Questa regola, generale, è valida indipendentemente dal soggetto debitore, quindi anche se il debitore è una società.

Nel caso in cui il debitore sia una società con soci illimitatamente responsabili questo concetto viene espanso nel senso che delle obbligazioni sociali risponde non solo il debitore, cioè la società, ma anche i soci, solidalmente e illimitatamente, ai sensi dell'art. 2267 c.c.

Il legislatore si preoccupa anche di stabilire in quale modo il creditore sociale possa aggredire il patrimonio personale del socio stabilendo il c.d. principio di preventiva escussione attraverso il quale il socio può chiedere che venga prima escussa la società. così come si preoccupa di stabilire in che modo il creditore particolare del socio possa o non possa aggredire il patrimonio della società.

[1] Traccia dell'elaborato predisposta per l'intervento alla Tavola Rotonda in materia di "***SOCIETÀ DI PERSONE E SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI D'IMPRESA***" (Venezia, 14 ottobre 2016).

Se ora affrontiamo il concetto all'interno delle norme fallimentari, dove sappiamo che, come norma generale è fallibile l'imprenditore in stato di insolvenza, anche qui vediamo una estensione di questa norma generale con una disposizione fuori sistema dettata dall'art. 147 L.F..

L'art. 147 regola il cosiddetto fallimento per estensione stabilendo che il fallimento della società comporta anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili.

La norma si colloca in una prospettiva di carattere eccezionale infatti, come abbiamo detto, il fallimento presuppone, nel fallendo, la qualifica di imprenditore commerciale sopra soglia e lo stato di insolvenza o comunque di crisi. Qui, invece, abbiamo il fallimento di un soggetto che di per sé non è un imprenditore commerciale o almeno potrebbe non esserlo inoltre non è detto che il socio sia in stato di insolvenza; il socio fallisce in quanto tale.

Con il successivo art. 148, il legislatore ha regolato il rapporto tra i patrimoni - quello del socio e quello della società - e ha regolato i rapporti tra i creditori - quelli sociali e quelli particolari del socio-, stabilendo che i patrimoni rimangono separati quindi non confusi e che i creditori particolari del socio concorrono con i creditori sociali nella soddisfazione sul patrimonio dei soci stessi.

Quindi avremo la massa attiva della società che sarà asservita al soddisfacimento dei creditori sociali le masse attive nei singoli soci asservite al soddisfacimento dei creditori sociali in concorso con i creditori particolari dei singoli soci.

Nel concordato, a differenza di quanto abbiamo appena visto, non vi è alcun automatismo, la domanda di concordato della società esplica effetto esclusivamente per i debiti della società; ne rimane escluso il socio che non può chiedere il concordato per i debiti propri; ne rimangono esclusi i creditori particolari del socio che non possono chiedere di essere ammessi al concordato.

Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

E' importante sottolineare che la norma stabilisce che l'esecuzione del concordato esplica la sua efficacia esdebitatoria nei confronti dei creditori sociali e quindi, indirettamente, libera anche il socio per quei debiti.

A seguito del deposito (pubblicazione) della domanda di concordato, tra gli effetti che ne discendono, vi è anche quello di paralizzare tutte le azioni esecutive individuali dei creditori art. 168 L.F..

Questa regola è un ombrello protettivo per il patrimonio del debitore, cioè della società, mentre non ha alcun effetto per quanto riguarda il patrimonio del socio illimitatamente responsabile.

Il creditore particolare del socio, che come abbiamo visto rimane escluso dal concorso, può quindi agire per ottenere soddisfazione sul patrimonio personale del socio.

Il creditore sociale, almeno apparentemente, può agire anch'egli per ottenere soddisfazione sul patrimonio del socio illimitatamente responsabile in quanto partimonio non protetto dall'ombrello dell'art. 168 L.F..

Il creditore sociale deve però sottostare a quel principio di preventiva escussione che vuole che egli agisca prima nei confronti della società e solo successivamente nei confronti del socio.

Di fatto, stanti queste le regole, il creditore sociale non ha libero accesso al patrimonio del socio.

Questa regola ingloba però una eccezione che possiamo individuare nel comma 2 dell'art. 184 L.F., il quale prevede che salvo patto contrario il concordato dalla società abbia efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

L'eccezione è quella per cui, convenzionalmente, si può stabilire che il concordato non sia efficace nei confronti del socio illimitatamente responsabile e che quindi, nei suoi confronti, non operi l'esdebitazione.

Ciò manterrebbe intatti i diritti dei creditori sociali a soddisfarsi sul patrimonio personale dei soci per la quota di debiti non soddisfatta attraverso l'esecuzione del concordato.

In assenza della pattuizione dei cui all'art. 184, comma 2, L.F. il creditore ammesso al voto nel concordato si trova nella difficile situazione di dover scegliere tra la proposta concordataria che prevede anche la perdita della possibilità di aggredire il patrimonio personale del socio e quella del voto contrario volto a ottenere il fallimento della società e quindi come già visto dei soci illimitatamente responsabili.

Se la legge pone nelle mani del creditore il giudizio di convenienza, attraverso il voto, deve anche metterlo nella condizione di ottenere le informazioni necessarie.

Quindi al fine di consentire al creditore di votare in modo informato il legislatore ha congegnato una serie di obblighi in capo al proponente e in capo al commissario.

La disposizione dell'art. 161, comma 2, lettera d), già analizzata in precedenza, prevede che nella domanda di concordato siano indicati anche: *il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.* Questo con l'evidente scopo di dare al creditore una corretta informazione sulle alternative a lui possibili.

Detto questo, chiunque si ponga nell'ottica di verificare questi dati si troverà in difficoltà .

ll socio, infatti, non tiene una contabilità attraverso la quale ricostruire la struttura del suo patrimonio e dei debiti; quindi si tratterà necessariamente di verificare informazioni fornite dal socio stesso.

Mentre per le informazioni che il socio avrà dato sarà possibile un riscontro, per quelle omesse non ci sono strumenti efficaci che consentano una loro emersione.

Pensiamo ad esempio alle tipiche attività di verifica alle quali siamo abituati nella revisione aziendale.

Una volta effettuata un'analisi, in generale, sulla coerenza dei dati e sulla compatibilità delle singole poste con il complesso dei dati, l'analisi si sposta su un'attività di riscontro esterno sulle singole poste attive e passive, tipicamente effettuata attraverso la cosiddetta circolarizzazione.

E' chiaro che questa attività può essere effettuata a fronte di una informazione di tipo positivo, ovvero è indicato un credito, quindi circolarizzo il debitore per avere conferma.

La Tecnica non funziona se io non ho un elemento da verificare.

Inoltre con la normale diligenza è possibile individuare beni immobili, beni mobili registrati e poco altro.

Quando prima ho detto che chiunque avrebbe avuto difficoltà a fare queste verifiche intendevo dire chiunque e vediamo ora chi dovrebbe fare queste verifiche.

Parliamo, intanto, dell'attestatore.

L'art. 161, comma 3, L.F. prevede che la domanda sia corredata dalla relazione di un professionista "*..che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.*

Sul punto la cassazione afferma… *non sembra potersi dubitare del fatto che il legislatore ha inteso demandare esclusivamente al professionista (attestatore) il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore*… (Cass. SS.UU., n. 1521/2013).

Se analizziamo la disposizione da un punto di vista strettamente letterale potremmo concludere che le informazioni circa la consistenza patrimoniale dei soci e il loro indebitamento non sono dati aziendali e quindi, non trattandosi di "dati aziendali", la loro veridicità non ha necessità di essere attestata.

A mio giudizio non può essere questa la lettura che si deve dare della norma, infatti, anche se in molti tribunali l'attività dell'attestatore viene sottovalutata, non dimentichiamo che :

La funzione dell'attestazione è quella di fornire dati, valutazioni e informazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno.. (Cass. SS.UU., n. 1521/2013).

Senza voler fare del terrorismo ricordo che l'art. 236 bis prevede sanzioni pesantissime a carico dell'attestatore il quale non, attesti il falso, ma semplicemente ometta informazioni rilevanti. Evidentemente è possibile che il socio abbia omesso queste informazioni e che l'attestazione non sia riuscito ad intercettarle e quindi anche gli abbia omesso informazioni rilevanti.

Per trovare una sintesi su quella che deve essere l'attività del nostro attestatore possiamo chiederci: può l'attestatore limitarsi a dire "non ho potuto fare controlli"? Evidentemente no, però nella relazione di attestazione penso che dovrà esporre quali sono state le difficoltà nel fare gli accertamenti e per le quali difficoltà non potrebbe attestare la

completezza delle informazioni offerte. Egli dovrà attestare nei limiti di quanto conosce e di quanto ha potuto accertare.

Dopo dell'attestatore abbiamo una seconda figura che deve dare una serie di informazioni che è il commissario.

Sempre la cassazione ci ricorda che *"Affinché i creditori possano 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 …dapprima il professionista attestatore… e quindi il commissario giudiziale prima dell'adunanza per il voto.* (Cass. SS.UU., n. 1521/2013).

Come noto il commissario deve redigere una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori.

Deve quindi ripercorrere il processo logico estimativo, verificare la bontà e la coerenza dei dati valutare la ragionevolezza dei processi prognostici, esprimere un parere sulla fattibilità del piano.

Nella sua relazione il commissario deve illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi.

E' chiaro che in questo caso l'informazione sulle utilità che in caso di fallimento si potrebbero ritrarre non può essere limitata alle azioni indicate nella norma ma dovrà consentire il raffronto dei diversi scenari possibili: il concordato e il fallimento.

Quella del 172 L.F. è una norma che riguarda tutte le società e non solo o in particolare società di persone per cui l'enfasi posta sulle "azioni" che in caso di fallimento possono essere intraprese va qui meglio precisata.

L'art. 67, che riguarda la revocatoria fallimentare, come sappiamo non è richiamato dalle norme applicabili al concordato e quindi certamente la prospettazione che farà il commissario, sia che si tratti di società con soci a responsabilità illimitata o illimitata, dovrà contenere l'esposizione di quelle che potrebbero essere le azioni revocatorie che

sarebbero possibili in caso di fallimento incluse quelle che sarebbero possibili al fine della ricostruzione del patrimonio dei soci, revocatorie di azioni dispositive poste in essere nel periodo immediatamente precedente la data di manifestazione del dissesto.

Ma l'azione tipica che il commissario in genere prospetta e quindi può illustrare nella sua relazione è la classica azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, azione però che viene completamente depotenziata nel caso di società con soci a responsabilità illimitata E questo perché essendo i soci amministratori fallibili, il loro fallimento comporta l'attrazione di tutto il loro patrimonio la massa fallimentare e quindi ogni azione di responsabilità nei loro confronti sarebbe priva di senso.

Quindi, secondo me, lo scenario anzi i due scenari che il commissario dovrà prospettare e illustrare ai creditori saranno quello del concordato e quello del fallimento all'interno del quale gli proporrà non tanto l'azione di responsabilità, quanto quello che attraverso l'attrazione del patrimonio del socio all'interno del fallimento si riuscirebbe a ottenere dal fallimento della società e, per estensione, dei soci.

Ritengo quindi che questo sia il tipo di informazione che il commissario deve dare ai creditori perché questi siano messi in condizione di votare in modo informato

Mi è stato chiesto di affrontare il tema della transazione fiscale prevista dall'art. 182 ter della legge fallimentare o meglio delle eventuali particolarità che questo istituto potrebbe presentare se proposto da una società di persone con soci illimitatamente responsabili.

Come noto, attraverso questo istituto il legislatore consente di definire in modo forfettario il debito tributario al contribuente che intenda presentare una domanda di concordato preventivo.

Per comprendere quali potrebbero essere le peculiarità dell'istituto della transazione fiscale nelle società con soci illimitatamente responsabili tipicamente le società di persone bisogna capire il meccanismo della tassazione di queste società e dei soci.

La società presenta la propria dichiarazione dei redditi e liquida l' imposta a proprio carico che risulta essere la sola Imposta regionale sulle attività produttive, mentre per quanto riguarda il reddito questo viene attribuito per trasparenza ai soci.

Ogni socio dovrà predisporre e presentare la propria dichiarazione di redditi includendo, tra gli altri, anche il reddito a lui attribuito dalla società.

In caso di accertamento di un maggior reddito in capo alla società verrà prodotto dall' Agenzia delle Entrate un autonomo avviso di accertamento che verrà indirizzato a ciascuno dei soci ai quali è stato attribuito un maggior reddito per trasparenza.

In caso di impugnazione dell'avviso di accertamento, gli effetti dell'eventuale contenzioso instaurato dalla società sono autonomi e indipendenti dagli effetti nei confronti dei soci.

Tutto ciò detto rimane ora da capire quale sia, o meglio quale possa essere, la particolarità della transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo presentato da una società di persone che sono tipicamente quelle con soci illimitatamente responsabili .

La procedura prevede che venga depositata presso l'Agenzia delle Entrate e presso il concessionario per la riscossione copia del ricorso per consentire ai detti uffici il consolidamento del debito fiscale.

L'ufficio in pratica procede alla liquidazione dei tributi risultanti dalla dichiarazioni aperte e determina l'entità del debito derivante anche dagli accertamenti non definitivi per la parte che non sia ancora iscritta a ruolo.

La chiusura della procedura di concordato determina la cessazione della materia del contendere.

Il meccanismo quindi è adatto a definire il debito tributario di colui che presenta la domanda di concordato ovvero della società non è invece efficace nei confronti dell'imponibile il quale non viene influenzato dalla transazione e quindi che nessun effetto ci sarà in capo ai soci.

Ci si potrebbe chiedere quale sia il destino di eventuali contenziosi in essere in quanto se è vero che l'omologa del concordato determina anche la cessazione della materia del

contendere ci si potrebbe aspettare che questa definisca eventuali redditi sui quali vi sia contenzioso.

In realtà ciò avviene, ma esclusivamente a carico dei contenziosi aperti dalla società e non quelli aperti dai soci, proprio per l'indipendenza di cui abbiamo detto e quindi, concludendo, possiamo dire che la transazione fiscale attivata dalla società di persone è efficace esclusivamente nei confronti dei debiti e dei contenziosi aperti dalla società e non ha nessun effetto nei confronti di quelli invece in carico o aperti dai soci.