



## SEZIONE OTTAVA

# LA CRISI DELL'IMPRESA

**SOMMARIO:** § 22. Le ragioni del diritto della crisi d'impresa. – § 23. La prevenzione della crisi. – Capo Primo. LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE. – § 24. I presupposti e l'apertura della procedura. Gli organi. – § 25. Gli effetti della liquidazione giudiziale. – § 26. Lo svolgimento della procedura. – § 27. La chiusura della procedura di liquidazione giudiziale. – § 28. La liquidazione giudiziale delle società. – Capo Secondo. GLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI. – § 29. Il concordato preventivo. – § 30. Il concordato nella liquidazione giudiziale. – § 31. Gli accordi stragiudiziali. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati. I piani di risanamento. – § 32. Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. – Capo Terzo. LE PROCEDURE AMMINISTRATIVE. – § 33. La liquidazione coatta amministrativa (in generale). – § 34. L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.



## § 22. LE RAGIONI DEL DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA

**SOMMARIO:** I. *Le ragioni e i presupposti di un diritto speciale.* – 1. Le vicende dell'impresa e la sua crisi. – 2. Le ragioni della disciplina "fallimentare" alle sue origini. – II. *Il c.ins. e il sistema concorsuale.* – 1. Le soluzioni negoziate della crisi di impresa. – 2. La salvaguardia dei complessi produttivi. – 3. Le c.d. procedure "amministrative". – III. *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

### I. *Le ragioni e i presupposti di un diritto speciale*

#### 1. *Le vicende dell'impresa e la sua crisi*

Come tutti i fatti umani, anche l'attività di impresa ha un inizio e una fine e, nel mezzo, fasi di crescita e di declino. Si tratta di una parabola che non necessariamente coincide con la traiettoria biologica di chi la esercita. L'attività di impresa può infatti far capo ad un ente impersonale (tipicamente una società) la cui esistenza resta tendenzialmente indifferente alle vicende personali delle (e comunque può sopravvivere alle) persone fisiche che vi hanno partecipato. Oppure può proseguire, avvalendosi del medesimo complesso aziendale, in capo ad un acquirente dell'azienda stessa, in un avvicendamento che risulta allora soltanto soggettivo, riguardando il titolare dell'attività pur nella continuità di quest'ultima. Si apprezza in questi casi la possibilità di una divergenza tra la traiettoria dell'impresa e quella dell'imprenditore.

Può così accadere che l'impresa cessi per ragioni per così dire fisiologiche: in rela-

zione alle vicende biologiche o alla volontà di chi la eserciti. E così nel caso della morte dell'imprenditore – se poi nessuno rilevi e prosegua l'impresa cessata – o quando questi decida liberamente di smettere la sua attività, così come nel caso analogo in cui la società che ne è titolare si sciogla, liquidando il suo patrimonio e cessando ogni attività.

Sono vicende, queste, che in principio non destano particolare allarme e non richiedono perciò uno specifico intervento del legislatore, se non per regolarne alcuni passaggi (e così la disciplina del trasferimento d'azienda, o dello scioglimento delle società, o della cancellazione dal registro delle imprese, ecc.).

Vi sono dei casi, però, in cui l'attività di impresa rischia di ritrovarsi costretta a cessare per ragioni intrinseche al suo stesso andamento, in quanto venga meno, o neppure sia mai raggiunta, quella sua capacità (c.d. "equilibrio di impresa") di remunerare i costi di produzione con i ricavi che secondo l'art. 2082 c.c. – indicando l'"economicità" fra i requisiti costitutivi della fattispecie "impresa" – dovrebbe costituire il criterio utilitaristico che ne orienta e giustifica l'esercizio. Nei casi accennati, invece, nonostante l'attività sia stata programmata secondo un metodo "economico", capita che alla prova dei fatti l'impresa, anziché produrre nuova ricchezza e quindi valore aggiunto rispetto a quello dei fattori produttivi impiegati, disperde tale valore, costando più di quel che produce.

A livello macroeconomico, il caso può essere visto come quello di una "cellula" del tessuto economico che lo indebolisce anziché alimentarlo; che "brucia" ricchezza, anziché produrla. A livello microeconomico, e comunque dei rapporti fra privati (che è poi il piano su cui prevalentemente verte il diritto commerciale) viene invece in questione, soprattutto, la considerazione che una tale attività di impresa, solitamente finanziata mediante un ampio ricorso al credito, genera perdite che non riescono ad essere coperte con i ricavi ottenuti: ed allora *debiti che non potranno essere pagati*, situazione che l'art. 1, co. 1, lett. *b*, del **d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14** ("**Codice della crisi e dell'insolvenza**", o "**c.ins.**", al quale sempre in questa Sezione si farà riferimento quando si citeranno articoli di legge senza ulteriori riferimenti) definisce di "**insolvenza**". Oppure, seppure si riescano ancora a pagare i debiti, occorrerà constatare che è in corso una fase di "declino", o di "crisi", che lascia pronosticare come imminente uno stato di insolvenza.

L'impresa dissestata, allora, o è costretta ad interrompersi, con il problema di come regolare, per quanto possibile, i debiti insoluti con un valore (quello del patrimonio residuo del debitore) tendenzialmente insufficiente; oppure, proprio facendo leva su questo valore residuo, potrà tentare una soluzione – industriale e/o finanziaria – per risanarsi e rilanciarsi. Una soluzione che potrà anche consistere nella "separazione" dell'impresa stessa dall'imprenditore indebitato (e cioè da chi l'ha fino a quel momento esercitata) e nella sua prosecuzione da parte di un nuovo titolare che "rilevi" l'azienda (e che tra l'altro, in certo modo e misura, potrebbe *anche* far capo agli stessi creditori con i quali la soluzione è stata negoziata).

## 2. *Le ragioni della disciplina "fallimentare" alle sue origini*

Quando coinvolga un'impresa commerciale, lo stato di insolvenza costituisce quella condizione di dissesto, alla cui regolazione il diritto commerciale si è sin dai

suoi albori rivolto (anzi in tal modo costituendosi), in quella sua parte tradizionalmente definita come “**diritto fallimentare**”, o anche, più di recente, “**diritto della crisi di impresa**”.

Si tratta evidentemente – dal momento che la protezione e l’attuazione, anche coattiva, del rapporto obbligatorio, sarebbero altrimenti “campi” disciplinari di pertinenza dal diritto civile e processuale civile – di regole diverse ed autonome da quelle di “diritto comune”, da quelle cioè che dovrebbero normalmente applicarsi.

Le ragioni di una tale **specialità** risultano in buona parte ancora attuali, dal momento che sin dall’origine esse sono dipese piuttosto da esigenze di razionalità ed efficienza economica, che da contingenti scelte (gius)politiche.

In primo luogo, l’esigenza di una disciplina *ad hoc* per regolare l’insolvenza dell’imprenditore commerciale trae origine dalla **particolare complessità di una tale insolvenza**: ampio ed articolato, in effetti, risulta solitamente il ricorso al credito da parte di chi intraprenda un’attività commerciale; e conseguentemente molto più frastagiato risulta il fronte dei creditori, e molto più complessa risulta la regolazione dei rapporti obbligatori che ne derivano, rispetto a quella che occorrerebbe per un “normale” privato.

Si rende così opportuna una **procedura unitaria** che consenta un’*attuazione coattiva e simultanea di tutti i debiti insoluti*. Opportuna non soltanto perché *più efficiente ed economica* rispetto all’alternativa di una pluralità di azioni esecutive individuali; ma anche *più equa* rispetto ad una tale alternativa, poiché opererà a favore di tutti e sotto l’egida di un’autorità che assicuri un trattamento paritario dei creditori, e non solo nell’interesse di coloro che, in caso di iniziative individuali, risultino i più lesti ad aggredire il patrimonio del debitore.

In questa prospettiva la **procedura esecutiva** diventa **collettiva**, perché operante a favore della collettività dei creditori; ed “**universale**”, riguardando *tutti* i debiti dell’imprenditore e coinvolgendo l’*intero* suo patrimonio (che di quei debiti costituisce garanzia generica: art. 2740 c.c.).

Può dirsi, allora, che per tal via si apre un **concorso sul patrimonio del debitore insolvente da parte di tutti i creditori**; d’onde anche il nome, per la liquidazione giudiziale (già detta “fallimento”) innanzitutto, di “*procedura concorsuale*”. Un “concorso” tale per cui tutti i creditori (in deroga al principio temporale, di diritto comune, per cui “*qui prior est tempore potior est iure*”) meriteranno di essere soddisfatti in eguale proporzione, secondo il principio della c.d. **par condicio creditorum** (o **proporzionalità**), salvi i casi in cui questo o quel creditore riesca ad avvalersi, pur all’interno della procedura, di precostituite ragioni di *preferenza* (ad es. un pegno o un privilegio). E fermo restando, comunque, che se più creditori si trovassero a vantare una pari preferenza (si immagini, i lavoratori che godano di un privilegio di pari grado), tornerà ad operare, all’interno della loro cerchia, il principio della *par condicio*.

È un criterio, questo della proporzionalità, pressoché indispensabile quando il patrimonio dell’imprenditore insolvente risulta insufficiente a soddisfare per intero i creditori, essendo proprio loro, in definitiva, a sopportare, in termini di mancata soddisfazione, le perdite dell’impresa. Si stima che in Italia i creditori “normali” (quelli cioè che non godono di cause di preferenza, detti anche **chirografari**) ricevano solitamente, all’esito della procedura fallimentare, meno, talora assai meno, del 10% di quanto loro spetterebbe. In questo senso, sembra più aderente alla realtà sostenere

che il principio della *par condicio*, più che comportare una soddisfazione proporzionale, determina piuttosto una *ripartizione paritetica delle perdite*.

D'altra parte, fra le ragioni che hanno originato lo sviluppo del “diritto fallimentare” quale eccezione al diritto comune, e che tuttora lo giustificano, milita anche la considerazione che l'insolvenza che esso è chiamato a regolare non è soltanto più complessa di quella di chi non svolge attività di impresa; ma desta anche maggiore “**allarme sociale**”, in quanto *capace di provocare, in una sorta di effetto domino, ulteriori dissesti imprenditoriali*, trascinando nell'insolvenza anche quelle controparti commerciali (fornitori, finanziatori) che, avendo fatto credito all'imprenditore poi divenuto insolvente, non riescano a recuperare quanto prestato.

Sono tutte “ragioni” – quelle individuate alle origini del diritto fallimentare, ma in buona misura ancora capaci di spiegare il vigente diritto concorsuale – che si affermano per iniziativa del ceto mercantile e che, in effetti, trovano “senso” proprio con riferimento alla attività ed allo statuto professionale tipici di quello che oggi chiamiamo l'**imprenditore commerciale non piccolo**, *destinatario dell'attuale disciplina fallimentare*.

Eppure, se ciò è vero in linea di massima, neppure può escludersi che quella particolare “funzionalità” della procedura concorsuale a regolare uno stato di insolvenza particolarmente complesso può apprezzarsi anche rispetto ad uno stato di insolvenza riferibile ad altre figure di debitore (c.d. *debitori civili*). Si pensi così non soltanto a coloro che non svolgano alcuna attività di impresa; ma anche a chi svolga un'attività professionalmente dedicata alla produzione di beni o servizi, anche se non qualificabile come di “impresa commerciale non piccola” (imprenditori agricoli, piccoli imprenditori, lavoratori autonomi, professionisti intellettuali).

Esigenza, questa, tanto più avvertita quando si debba constatare – come in effetti accade sempre più spesso – che anche il c.d. debitore civile ricorre al credito in porzioni e secondo modalità tali da generare istanze di regolazione di una sua eventuale insolvenza, non così diverse da quelle a cui provvede il tradizionale diritto della crisi d'impresa. E così anche nel nostro ordinamento, a partire dal 2012, affianco alla legge fallimentare, era comparsa una particolare procedura volta alla “*composizione del sovraindebitamento*” o alla “*liquidazione del patrimonio*” di coloro che non sono assoggettati alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare: disciplina originariamente contenuta nella l. 3/2012, ed ora integrata nel c.ins. (artt. 65-83 e 268-283) quale “codice” unitario, appunto, di tutte le procedure per la regolazione delle situazioni di crisi e di insolvenza (di cui però non si parlerà in questo Manuale).

Ancora, deve registrarsi un'ulteriore apertura, questa volta circoscritta al solo *imprenditore agricolo*, il quale è oggi ammesso ad avvalersi, oltre che della disciplina appena ricordata, di una particolare procedura giudiziaria prevista dalla legge fallimentare, volta alla omologazione giudiziaria degli *accordi di ristrutturazione dei debiti* (v. § 29), al fine di favorire una soluzione della crisi concertata con i creditori più importanti, grazie all'incentivo di taluni effetti protettivi concessi dalla legge a seguito dell'omologazione.

## II. *Il c.ins. e il sistema concorsuale*

Il codice della crisi e dell'insolvenza (il sopracitato d.lgs. 14/2019) non prevede soltanto la disciplina della **liquidazione giudiziale** (già detta “fallimento”), i cui cardini sono stati sopra sommariamente descritti, ma anche altre due procedure concorsuali: il **concordato preventivo** e la **liquidazione coatta amministrativa**.

Ma il nostro ordinamento concorsuale neppure può dirsi esaurito dalla c.ins. A parte alcune norme (talvolta isolate, talaltra – soprattutto in tema di liquidazione coatta amministrativa – più organicamente raccolte all'interno di diverse leggi speciali) che integrano e si “combinano” con la stessa legge fallimentare, è contemplata infatti un'altra importante procedura concorsuale denominata **amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza**.

Si riscontra dunque – in questa sommaria mappatura del sistema concorsuale italiano – una **pluralità di procedure** che, pur essendo al pari della liquidazione giudiziale volte a realizzare un *concorso* dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore in crisi, risultano ad esso *alternative*. La spiegazione del perché siano previste più procedure per regolare un fenomeno che, in senso lato, può considerarsi unico, vale a dire il dissesto delle imprese commerciali, può approcciarsi attraverso tre generali chiavi di lettura.

### 1. *Le soluzioni negoziate della crisi di impresa*

Una prima chiave di lettura va individuata nel parallelo attestarsi – fin dai tempi della prima formazione del diritto fallimentare – di percorsi di composizione della crisi dell'impresa frutto piuttosto di un *accordo fra debitore e creditori* anziché, come nel fallimento (oggi “liquidazione giudiziale”), di una procedura esecutiva condotta autoritativamente secondo un percorso liquidatorio predeterminato dalla legge, secondo regole non disponibili dall'autonomia privata; un percorso che comporterebbe non soltanto l'estromissione dell'imprenditore da ogni potere decisionale e dispositivo sul suo patrimonio, appreso alla procedura (c.d. spossessamento); ma anche, in larga misura, la neutralizzazione della stessa iniziativa dei creditori (alla cui protezione, pure, la procedura liquidatoria è diretta, ma appunto secondo un percorso in buona parte predeterminato).

Tali **soluzioni negoziate della crisi di impresa** – che possono essere intraprese (ed anzi converrebbe che lo fossero) *prima* ancora che l'impresa giunga in stato di “decozione”, ma che possono comunque avere utilità anche quando si sia giunti ad uno stato di insolvenza vera e propria – possono offrire il vantaggio di conseguire risultati più proficui di un fallimento.

Un accordo può in effetti consentire al *debitore* di sfuggire agli effetti più indesiderati della liquidazione giudiziale, ma può consentire anche ai *creditori* di ottenere, grazie all'impegno dell'imprenditore (che meglio di chiunque altro conosce le potenzialità residue della propria impresa) una soddisfazione che, seppur non integrale, risulti maggiore di quella che potrebbero ricavare all'esito di una procedura liquidatoria. Naturalmente, a fronte della soddisfazione che viene loro promessa, i creditori acconsentono a rinunciare a parte delle loro pretese. In tal modo si aiuterà l'imprenditore a risollevarsi dalla crisi, o comunque a disporre del necessario margine di ma-

novra per poter adempiere alla propria promessa; anche a costo di dover liquidare tutto quel che possiede, ma almeno con la prospettiva di affrancarsi infine da ogni residuo debito rimasto insoddisfatto.

Queste soluzioni, avendo natura consensuale, si lasciano di per sé ricondurre ad una *prospettiva puramente privatistica*, in cui ogni singolo creditore (ma non necessariamente tutti) decide liberamente per sé: non ravvisandosi perciò alcun genere di concorsualità. E in effetti la prassi dei c.d. *accordi stragiudiziali* di soluzione (o prevenzione) della crisi di impresa, è sempre stata presente nel mondo degli affari.

Dove però il diritto concorsuale è venuto a formarsi è stato nel momento in cui tali accordi sono stati assunti dalla legge quale possibile oggetto di una **procedura giudiziaria** capace di conferire loro, a certe condizioni, una portata che essi, da “soli” (quale mera espressione dell’autonomia privata) non avrebbero mai potuto raggiungere (c.d. *effetti legali*). E così, innanzitutto, la possibilità che le condizioni previste nell’accordo raggiunto dal debitore con i titolari della *maggioranza dei crediti* si estendano e si impongano anche a quegli altri creditori che non vi abbiano aderito: in tal modo superandosi quel limite, che sarebbe invalicabile in una prospettiva strettamente contrattuale, della necessità del consenso di ciascun creditore affinché la sua pretesa possa essere “rinegoziata”.

In questo modo, grazie anche all’incentivo di ulteriori effetti di natura “protettiva”, le soluzioni della crisi d’impresa, pur restando fondamentalmente il frutto di una libera negoziazione, possono arrivare lì dove l’autonomia privata non potrebbe arrivare, e così divenire effettivamente realizzabili anche a dispetto del dissenso di una minoranza dei creditori. Fra tali *effetti protettivi* opereranno infatti anche la sottrazione ad iniziative cautelari ed esecutive, e la conservazione della disponibilità del proprio patrimonio e dell’amministrazione della propria impresa.

Appartiene a questo novero di percorsi, in primo luogo, la procedura del **concordato preventivo**; ma anche quell’ulteriore procedura diretta alla omologazione degli **accordi di ristrutturazione**. E sono inoltre da ricondursi allo stesso ambito le *soluzioni concordatarie* praticabili all’interno delle procedure di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria; nonché all’interno della stessa procedura di l.g. (c.d. **concordato nella liquidazione giudiziale**), che può in tal modo vedere il suo consueto percorso liquidatorio, quale predefinito dalla legge, deviare verso un differente percorso tracciato dall’iniziativa privata.

Può prendersi atto, in definitiva, che all’interno del nostro sistema concorsuale convive, a fianco della vocazione tipicamente pubblicistica del procedimento giudiziale di natura esecutiva, un’*anima privatistica* che lascia ampio (e spesso prevalente) spazio all’autonomia privata. Il che, sempre di più nei tempi recenti, ha portato a parlare di “*privatizzazione*” delle procedure concorsuali.

## 2. La salvaguardia dei complessi produttivi

V’è poi una seconda chiave di lettura che consente di comprendere l’articolazione del vigente sistema concorsuale. Essa deriva dal fatto che sempre più, nel diritto concorsuale moderno, alla tradizionale *vocazione liquidatoria* (del complesso aziendale) e afflittiva (del debitore insolvente), tipica del fallimento, si è affiancata, sino forse a divenire prevalente, una nuova sensibilità legislativa orientata a *comporre l’insolvenza*

*prodottasi, o addirittura a prevenire un'insolvenza non ancora prodottasi, salvaguardando il complesso produttivo dell'impresa in crisi.*

In tal modo può consentirsi all'imprenditore di restare alla guida della sua impresa o comunque (separando le sorti dell'uno da quelle dell'altra) di cederla a terzi ma almeno, in tale ipotesi, con il vantaggio di "uscirne" in modo più utile (destinando ai creditori il prezzo della cessione e con la prospettiva, in alcuni casi, di liberarsi dai debiti nella misura che sia rimasta insoddisfatta) ed onorevole.

Il risanamento o comunque la cessione sul mercato dell'azienda perché altri possa proseguirne l'esercizio, può in effetti consentire un risultato ben più soddisfacente dello smembramento della stessa e della successiva liquidazione (spesso precipitosa e a prezzo di "svendita") dei singoli cespiti che la compongono. Questa *maggior utilità* sarà apprezzabile non soltanto dal punto di vista del *debitore*, ma anche e soprattutto per i *creditori*, che con la prosecuzione dell'impresa "risanata" potranno beneficiare di nuovi flussi finanziari capaci di ripagarli meglio di quanto si sarebbe potuto sperare per effetto di una liquidazione "spiccia". Anche *interessi più diffusi*, ulteriori rispetto a quelli del debitore e dei creditori, ma che comunque ruotano intorno all'impresa (dei lavoratori innanzitutto, ma poi anche del circostante tessuto economico alimentato dal c.d. indotto, e in definitiva dell'intero circuito economico, soprattutto quando si tratti di grandi imprese) possono inoltre trarre giovamento dalla prosecuzione dell'attività di impresa; poco importa, poi, se ad opera del suo originario titolare o di un nuovo soggetto che gli sia subentrato.

In questa prospettiva, di salvataggio (anche mediante cessione) del complesso produttivo delle grandi imprese e di mantenimento dei relativi livelli occupazionali, trova giustificazione in primo luogo la procedura, già accennata, di **amministrazione straordinaria delle grandi imprese** in stato di insolvenza, benché anch'essa orientata, in principio, alla soddisfazione dei creditori.

Ma anche il **concordato preventivo** si presta in larga misura al *risanamento* di un'impresa insolvente o, giocando d'anticipo, alla *prevenzione dell'insolvenza* di un'impresa in crisi, grazie alla possibilità di un piano reso realizzabile attraverso l'alleggerimento della complessiva esposizione debitoria, nei termini consentiti dagli stessi creditori che l'abbiano approvato.

### 3. *Le c.d. procedure "amministrative"*

Secondo una terza chiave di lettura generale, la struttura del nostro ordinamento concorsuale si lascia spiegare (anche se non sempre giustificare, in termini di efficienza e giustizia) considerando la pesante **componente "amministrativa"** che, per talune procedure, si giustappone a quella giudiziaria, talora marginalizzandola.

Il fallimento, oggi liquidazione giudiziale, e il concordato preventivo si sono sempre svolte sotto il presidio e la vigilanza dell'autorità giudiziaria, che è l'unica autorità pubblica coinvolta. Certo, vi sono momenti in cui anche il giudice è chiamato dalla legge ad assumere decisioni discrezionali più di natura amministrativa che giurisdizionale (ad es. la valutazione se proseguire o meno l'impresa fallita). Ma ciò non toglie che l'autorità giudiziaria operi all'interno di tali procedure fondamentalmente nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale senza la discrezionalità tipica della pubblica amministrazione.

Nel nostro sistema operano invece due altre procedure oltre al fallimento e al concordato preventivo: la **liquidazione coatta amministrativa** e l'**amministrazione straordinaria** delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Procedure, che come rivela il loro stesso *nomen juris*, sono accomunate dal fatto di risultare “amministrate”, gestite cioè da un apparato al cui interno il ruolo di primo piano risulta affidato all'**autorità amministrativa** (autorità di vigilanza di settore o apparati ministeriali), pur non restando del tutto escluso l'intervento dell'autorità giudiziaria. La pubblica amministrazione, insomma, si affianca e talora sopravanza il ruolo del potere giudiziario nella gestione delle crisi delle imprese sottoposte a tali procedure e che peraltro sono, spesso, proprio quelle economicamente più rilevanti.

Ne risulta così un sistema fortemente anomalo, dove ciò che dovrebbe essere normale – e cioè la regolazione concorsuale dell'insolvenza secondo le tradizionali e “comuni” procedure giudiziarie – risulta invece valere, tendenzialmente, per i casi meno rilevanti. Al contrario, i dissesti più eclatanti vengono attratti da procedure (spesso regolate in via d'urgenza) pilotate dalla politica. Così giustificando la ricorrente ironia secondo cui, in definitiva, il diritto fallimentare “classico” sarebbe confinato, nel nostro sistema, al ruolo di mero *code des boutiquiers* (lett. codice dei bottegai).

### III. *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*

Nel 2022, dopo ottanta anni di vigenza, la legge fallimentare emanata nel 1942, e poi oggetto di ripetuti interventi che, specialmente dopo il 2005, ne avevano profondamente modificato la fisionomia, è stata sostituita (continuando però a disciplinare le procedure aperte nel periodo in cui è stata in vigore) dal già menzionato d.lgs. n. 14/2019 (**Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, “c.ins.”**) con il quale si è inteso attuare una riforma organica di tutto il diritto concorsuale, sulla base della legge di delega n. 155/2017.

Si tratta di un testo normativo che oltre ad aver sostituito l'intera legge fallimentare previgente, ha anche integrato al suo interno, pur con modifiche, la previgente disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento (l. 3/2012), così consolidando una *organica disciplina della crisi e dell'insolvenza di tutti i debitori (esclusi gli enti pubblici), dunque anche di quelli non soggetti alle tradizionali procedure previste dalla legge fallimentare*.

Il Codice, anche a causa di considerazioni di opportunità legate alla grave crisi economica provocata dalla fase più acuta della pandemia degli anni 2019-2022, è entrato in vigore dopo ben tre anni e mezzo circa dalla sua emanazione (15 luglio 2022), durante i quali era già stato oggetto di ripetuti e non marginali interventi legislativi, volti ora ad emendare alcuni suoi profili ritenuti perfettibili, ora a rimpiazzare interi suoi capitoli che inizialmente venivano addirittura ritenuti caratterizzanti (così le “procedure di allerta”, previste quale colonna fondante dell'originario impianto del c.ins., ma che non hanno mai “visto la luce”) e soprattutto (con l'importante d.lgs. “correttivo” n. 83 del 17 giugno 2022) ad armonizzare la nuova disciplina italiana rispetto ai vincoli normativi derivanti dal diritto europeo formatosi in quello stesso torno di anni.

Da questo punto di vista, sulla scia di una precedente normativa europea di mero indirizzo (racc. 2014/135/UE del 12 marzo 2014), è stata infine emanata, con il noto effetto vincolante per i legislatori nazionali, la **dir. (UE) 2019/1023** che avrebbe dovuto essere attuata entro il termine massimo del 17 luglio 2022. A tale direttiva il c.ins. ha dunque tentato di conformarsi, nella sua ultima versione entrata in vigore due giorni prima e modificata, poco prima, per effetto del suddetto decreto correttivo del giugno 2022, perseguendo due finalità di fondo.

La prima, scaturisce dall'esigenza di far *emergere con anticipo la crisi imprenditoriale* (c.d. “*early warning*”) e poter così intervenire anticipatamente nel risanamento, evitando l'insorgere dell'insolvenza. La seconda predilige, fra le altre misure, quelle che consentano di intervenire precocemente sulla crisi incipiente (c.d. “*emerging insolvency*”) tramite l'accesso del debitore in crisi a “*quadri*” di *ristrutturazione preventiva e di recupero dell'impresa*, anziché puramente liquidatorie. Si dovrebbe in tal modo offrire al debitore una *seconda opportunità* di tornare ad operare sul mercato (c.d. *fresh start*), “ritorno” che le evidenze empiriche dimostrerebbero come spesso coronato da successo.

Questi principi ispiratori spiegano la scelta, attuata nel c.ins.: a) da un lato di approntare delle misure, per così dire pre-concorsuali, che il debitore dovrebbe intraprendere già al manifestarsi di taluni indici oggettivi rivelatori della crisi, allo scopo di cercare una composizione della crisi negoziata con i creditori; b) dall'altro – una volta che si renda inevitabile il percorso giudiziale – di accordare “*priorità di trattazione*”, fatti salvi i casi di abuso, alle “proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la *continuità aziendale*, anche tramite un diverso imprenditore”, purché “funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori”. La “liquidazione giudiziale” (l'equivalente, può dirsi in via approssimativa, dell'odierna procedura fallimentare) risulterebbe pertanto relegata, almeno in via di principio, ad un ruolo residuale, per i soli casi in cui “non sia proposta un'idonea soluzione alternativa” (tipicamente, un concordato preventivo con continuità aziendale).

Fermo ciò, sul piano del complessivo disegno sistematico, e a dispetto delle sedicenti aspirazioni di “organicità” già contenute nella l. delega 155/2017, il nuovo c.ins. non è riuscito comunque ad emendare quella che già si è segnalata come l'anomalia più macroscopica del vigente sistema concorsuale italiano: e cioè la previsione della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi quale disciplina istitutiva di una procedura speciale (disciplina che dunque rimane allo stato immutata), destinata a regolare i dissesti più rilevanti e condotta sotto la direzione e la vigilanza del potere politico.

Sorte non troppo diversa, nella sostanza, ha avuto l'altra procedura “amministrata”, la liquidazione coatta amministrativa (artt. 293 ss.) che, nonostante fosse stata indicata dalla legge delega come oggetto di una “profonda rivisitazione”, è infine venuta a ritrovare, in seno al c.ins. (artt. 293 ss.) una *disciplina pressoché identica a quella già contenuta nella l.fall.*

## § 23. LA PREVENZIONE DELLA CRISI

**SOMMARIO:** I. *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la rilevazione della crisi e il suo superamento.* – II. *Gli obblighi di segnalazione.* – III. *La composizione negoziata e il concordato semplificato.*

### I. *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la rilevazione della crisi e il suo superamento*

Il tema degli adeguati assetti organizzativi per la prevenzione e la gestione del rischio d'impresa (nelle sue varie declinazioni, e non solo legato alla crisi patrimoniale) è stato coltivato dal legislatore con attenzione crescente nell'ultimo quarto di secolo: dall'art. 149 del TUF, che per la prima volta, nel 1998, ha imposto ai sindaci un dovere di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili delle società quotate; alla previsione generale, con la riforma del diritto societario nel 2003, dell'obbligo degli amministratori delegati di dotare la società di assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, gravando nel contempo il consiglio di amministrazione del dovere di valutarne l'adeguatezza, e l'organo di controllo del compito di vigilarvi (artt. 2381 e 2403 c.c., in materia di società per azioni); alla disciplina, quasi coeva, del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti, in certa misura condizionata dall'adozione o meno di adeguati assetti idonea a prevenire il compimento di taluni illeciti penali; alla disciplina specifica e di dettaglio, nel secondo decennio del secolo, per taluni settori vigilati (bancario e assicurativo, soprattutto); sino ad una sua generalizzazione, *per tutte le imprese collettive* (non solo societarie quindi), introdotta dal c.ins.

Questo, infatti, all'art. 375, ha modificato l'art. **2086 c.c.** (e la sua stessa rubrica, ora riferita alla "**gestione dell'impresa**"), introducendo un secondo comma per il quale incombe, appunto all' "imprenditore collettivo" (e in particolare al suo organo amministrativo: artt. 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies*; 2475, anch'essi modificati dall'art. 377 c.ins.), l'**obbligo di istituire assetti organizzativi amministrativi contabili, adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione** (certamente, però, non l'unica al quale può essere strumentale l'adozione, obbligatoria anche per gli altri versi segnalati, di assetti adeguati) **della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e perdita della continuità aziendale**. Del resto, anche all'*imprenditore individuale* viene imposta l'adozione, se non di veri e propri "assetti", di "*idonee misure*" volte allo stesso scopo della rilevazione tempestiva (art. 3, co. 1).

Si tratta di un obbligo, evidentemente strumentale a quell'obiettivo di "*early warning*" assegnato ai legislatori nazionali dal diritto europeo, che si coniuga con quello, ulteriore (e appunto conseguente all'avvenuta rilevazione della crisi e la perdita della continuità aziendale), di "**attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno**

**degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"** (art. 377, co. 2; art. 3, co. 1 e 2); strumenti fra i quali vanno senz'altro ricompresi – in primo luogo se non, secondo alcuni, esclusivamente – proprio quelli previsti e disciplinati dal c.ins.

Il legislatore tende a ricorrere alla clausola generale di "adeguatezza" degli assetti proprio in quanto quest'ultima, da rapportarsi alla natura e alle dimensioni dell'impresa di volta in volta considerata, non consentirebbe altrimenti la predefinitività normativa di quali precise regole, procedure ed apparati, ogni impresa dovrebbe dotarsi per realizzare gli assetti imposti dalla legge (secondo un obbligo che la giurisprudenza qualifica avere natura gestoria, se si vuole di alta amministrazione: ed allora valutabile e censurabile secondo la nota *business judgment rule*).

Nondimeno, il c.ins., all'art. 3, co. 3, specifica alcune *caratteristiche indefettibili, dunque minime, delle misure o degli assetti* che gli imprenditori dovranno adottare, e cioè quella che consentano almeno: la rilevazione degli squilibri patrimoniali o economico-finanziari; la sostenibilità dei debiti e la continuità aziendale per i 12 mesi successivi; l'effettiva acquisizione delle informazioni necessarie per sostenere un *test sulla risanabilità dell'impresa*, effettuabile tramite un programma informatico operante su un'apposita piattaforma telematica allestita e gestita dalle camere di commercio (art. 13, co. 2; art. 25-*undecies*).

La "sostenibilità dei debiti", a sua volta, dovrà valutarsi sulla base di specifici *segnali* elencati dall'art. 3, co. 4, riferiti alle proporzioni e alla (avvenuta) scadenza dei principali debiti: per retribuzioni; verso fornitori; verso banche e intermediari finanziari; verso l'Inps e l'Agenzia delle Entrate.

## II. Gli obblighi di segnalazione

Funzionali alla tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale – dovere, come visto, imposto all'imprenditore individuale o all'organo amministrativo delle imprese collettive – dovrebbero essere anche taluni **obblighi di segnalazione** (nei confronti, appunto, dell'imprenditore o del suo organo amministrativo) imposti all'*organo di controllo*, ai *creditori pubblici qualificati* (Agenzia delle Entrate ed Inps) e alle *banche e intermediari finanziari* che abbiano concesso affidamenti all'impresa.

Può rilevarsi, peraltro, che il contenuto di tali obblighi e il relativo apparato sanzionatorio (come riscritti dal legislatore con il d.lgs. n. 83 del giugno 2022, rispetto alla versione originaria del c.ins.) risultano, attualmente, di blanda efficacia, a dispetto di una più incisiva prescrizione della dir. (UE) 2019/1023.

Ed infatti: che l'organo di controllo debba segnalare all'organo amministrativo l'eventuale sussistenza di squilibri che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'impresa, già rientra nei suoi normali doveri di vigilanza, così come pure è già insito nella principio posto dall'art. 2407 c.c., che l'adempimento o l'inadempimento di un tale dovere di segnalazione influirebbe sulla valutazione della responsabilità dei componenti dell'organo di controllo (artt. 25-*octies*); che l'Inps o l'Agenzia delle Entrate siano tenute a comunicare, all'organo amministrativo e di controllo, l'esistenza di contributi o debiti fiscali scaduti per importi talora privi di ogni indicatività (rileva

anche un importo appena superiore a € 5.000), senza poi che l'omissione di tale segnalazione provochi alcuna sanzione verso il creditore qualificato, rende un tale obbligo di incerta utilità (art. 25-*novies*, di tenore ben meno severo della sua versione originaria); che, infine, le banche siano tenute a comunicare all'organo di controllo le variazioni o revoche già comunicate "al cliente" (cioè all'organo amministrativo), senza peraltro che un tale obbligo sia assistito da alcuna (specifica) sanzione (art. 25-*decies*), ancora una volta non pare favorire di molto la tempestività della rilevazione di una crisi incipiente.

### III. *La composizione negoziata della crisi di impresa e il concordato semplificato*

La finalità di affrontare precocemente la crisi incipiente e di fornire alle imprese in difficoltà strumenti per prevenirne l'insorgenza di situazioni di crisi, o comunque per superare le situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che appaiono reversibili, è alla base della previsione della procedura della **composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa** (artt. 12 ss.).

Quanto ai presupposti, soggettivo ed oggettivo, può dirsi che si tratta di un percorso accessibile a *qualunque imprenditore* (pur con talune peculiarità per le imprese "minori" e per le imprese di gruppo) in **stato di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza** volto a favorire, con vari esiti possibili, una composizione della crisi negoziata con i creditori.

Si tratta di un percorso del tutto *volontario*, salvo l'obbligo, già ricordato, dell'organo di controllo di segnalare a quello amministrativo la sussistenza della situazione di squilibrio che integra il presupposto oggettivo per ricorrere alla composizione negoziata. L'imprenditore sarà infatti libero di accedervi o meno e – senza subire alcuno spossessamento e senza che vengano inibiti i suoi pagamenti, conservando la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa – potrà condurre le trattative personalmente, con l'eventuale ausilio dei propri consulenti. Solo sarà necessario che, in tale sua iniziativa, venga affiancato da un *esperto* indipendente nominato dalla Camera di Commercio (CCIA) del luogo ove l'impresa ha la sua sede legale.

Per questo, l'accesso al percorso consisterà formalmente in una *istanza di nomina dell'esperto rivolta alla CCIA*, corredata di tutta la documentazione illustrativa della situazione contabile e debitoria dell'impresa (art. 17) e presentata attraverso una piattaforma nazionale che consentirà, tra l'altro, il suaccennato *test* preventivo di idoneità dell'impresa al risanamento e alla sostenibilità del suo debito (una sorta di "autodiganosì").

La negoziazione con i creditori dovrebbe tendenzialmente svolgersi in forma *stragiudiziale e riservata*, al relativo obbligo essendo tenuti anche le controparti dell'imprenditore e l'esperto nominato, salvo che sia l'iniziativa dello stesso imprenditore a rendere necessario *l'intervento del tribunale*. Questo potrà avvenire quando l'imprenditore chiede l'applicazione di misure cautelari o protettive del suo patrimonio da iniziative dei creditori (art. 18), ovvero di essere autorizzato dal tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili, o a cedere l'azienda per assicurare la continuità aziendale e la migliore soddisfazione dei creditori (art. 22). Gli effetti delle operazioni così autorizzate verranno poi a stabilizzarsi se la composizione della crisi trovi

esito positivo per la positiva conclusione delle trattative, o comunque attraverso il compimento di una delle procedure che possano seguirvi.

Il **ruolo dell'esperto** è innanzitutto quello di valutare, anche alla luce della rappresentazione della propria situazione che l'imprenditore è obbligato a fornire in modo completo e trasparente, se effettivamente vi siano concrete prospettive di risanamento, altrimenti provocando l'*archiviazione dell'istanza di composizione negoziata*; di assistere l'imprenditore nelle trattative con i creditori; di valutare se il compimento di atti di straordinaria amministrazione o l'effettuazione di pagamenti siano o meno coerenti rispetto alle trattative in corso, o comunque pregiudizievoli per i creditori, per le trattative o per le prospettive di risanamento, segnalando il proprio *dissenso* all'imprenditore quando li ritiene pregiudizievoli. Il dissenso sarà confidenziale e tuttavia, se l'atto o il pagamento ai quali si riferisce vengano compiuti, potrà: essere pubblicato nel registro delle imprese; essere seguito da un'istanza al tribunale di revoca delle misure protettive o cautelari; rendere revocabili (*in deroga all'esenzione che altrimenti assiste gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere dall'imprenditore dopo la nomina dell'esperto*) gli atti di straordinaria amministrazione compiuti malgrado il dissenso, o comunque non autorizzati dal tribunale.

La procedura di composizione negoziata assistita, quando non sia semplicemente archiviata, potrà concludersi positivamente tramite diversi tipi, e variabili contenuti, di **accordi con i creditori** (specificati dall'art. 23).

Diversamente, potrà ricorrersi *agli ordinari strumenti di soluzione della crisi* previsti dalla c.ins. o dalla disciplina sull'amministrazione straordinaria (accordi di ristrutturazione dei debiti, piano attestato di risanamento, concordato preventivo, liquidazione giudiziale, l.c.a., amministrazione straordinaria); ovvero ancora a quello specifico ed ulteriore strumento che è il **concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio** (art. 25-*sexies*).

Si tratta di una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente ad un piano di liquidazione, rivolta ai creditori per il tramite di una procedura giudiziale introdotta con ricorso presentato al Tribunale entro 60 giorni dalla relazione finale dell'esperto, se questa attesti che le trattative della composizione negoziata, pur non essendo esitate in un accordo, siano state svolte comunque secondo correttezza e buona fede.

Tale concordato sarà "*liquidatorio*", comportando, se omologato, la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore a beneficio dei creditori; e "*semplificato*" poiché – contando sulle verifiche, sulle analisi e sulle informative già contenute nella relazione finale dell'esperto – sarà privo della figura del commissario giudiziale (e delle relative funzioni di controllo) e delle fasi in cui si esprima un voto dei creditori. Spetterà infatti al solo tribunale, coadiuvato eventualmente da un ausiliario, di verificare la sussistenza dei requisiti per l'accesso alla procedura e, sulla base di un parere dell'esperto, valutare l'ammissibilità della domanda facendo comunicare la proposta ai creditori e fissando l'udienza di omologazione. Se le eventuali opposizioni dei creditori saranno respinte, il concordato sarà comunque omologato dal tribunale, se ritenga il piano fattibile e che la proposta sia al contempo: rispettosa dell'ordine delle cause legittime di prelazione; non deteriore, per i creditori, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale; capace, in ogni caso, di assicurare qualche utilità a ciascun creditore.

## CAPO PRIMO

# LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

## § 24. I PRESUPPOSTI E L'APERTURA DELLA PROCEDURA. GLI ORGANI

**SOMMARIO:** I. *I presupposti*. – 1. Il c.d. presupposto soggettivo (rinvio). – 2. Il c.d. presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza. – 3. La liquidazione giudiziale dell'imprenditore cessato o defunto. – II. *L'apertura della procedura*. – III. *Gli organi della procedura*. – 1. Il tribunale concorsuale – 2. Il giudice delegato. – 3. Il curatore. – 4. Il comitato dei creditori.

### I. *I presupposti*

#### 1. *Il c.d. presupposto soggettivo (rinvio)*

Si è già evidenziato, nella prima Sezione di questo Manuale, come tutto il diritto commerciale abbia ad oggetto principalmente la disciplina dell'**impresa commerciale non piccola**.

È proprio tale (sub)fattispecie di attività produttiva che funge da antecedente, anche, delle norme che regolano la **liquidazione giudiziale** ("l.g."), cioè quella procedura che precedentemente, per secoli, si è chiamata "**fallimento**": istituto fondante del diritto commerciale e rivolto, appunto, a regolare l'insolvenza dell'impresa commerciale non piccola. È stato pure anticipato, peraltro, come il c. ins., affianco alle procedure più tradizionali, ne preveda oramai altre, rivolte anche a debitori diversi, delle quali si dirà più avanti.

Quanto alla l.g., secondo quanto chiarito all'art. 121 c.ins., si applicano all'**imprenditore**:

- (i) che eserciti un'**attività commerciale**;
- (ii) le dimensioni della cui azienda non consentano di qualificarlo come "**minore**", secondo la nozione già esaminata al § 2.III;
- (iii) "**privato**": esclusi cioè (anche se non, dalla liquidazione coatta amministrativa) gli enti pubblici, e non pertanto le società a partecipazione pubblica.

Se la sussistenza di tali requisiti ("**presupposto soggettivo**") è condizione necessaria perché possa aprirsi una procedura di l.g., essa non è però sufficiente, dovendo sussistere al contempo un *presupposto oggettivo*: secondo l'art. 121, infatti, può essere sottoposto a l.g. l'imprenditore "**che si trova in stato d'insolvenza**". Vediamone il significato.

## 2. Il c.d. presupposto oggettivo: lo stato di insolvenza

“Lo **stato d'insolvenza** si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni” (art. 1, co. 1, lett. b).

Emergono, secondo questa importante norma definitoria, due profili del **presupposto oggettivo** della l.g.: quello *intrinseco*, legato alla condizione di *obbiettiva impotenza finanziaria* (l'incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni); e quello *estrinseco*, legato alla soggettiva percettibilità di tale condizione attraverso *fatti esteriori* che la manifestino.

a) Cominciando dal primo profilo, deve innanzitutto rilevarsi – anche per meglio comprendere il complesso di problemi sottesi a tutta la disciplina concorsuale – che l'**incapacità ad adempiere alle proprie obbligazioni** (anche quelle non relative all'esercizio dell'impresa) rappresenta una situazione pregiudizievole non solo per i creditori la cui pretesa possa già esser fatta valere, ma rischiosa per la generalità di tutti coloro che vantano crediti, quantunque non scaduti, nei confronti dell'imprenditore decotto. Nonché, più in generale, allarmante per l'intero mercato, e cioè di chi, pur senza ancora esserlo, potrebbe divenire creditore dell'imprenditore già insolvente.

In ragione di queste esternalità negative, l'incapacità ad adempiere regolarmente le proprie obbligazioni viene dalla legge riconosciuta come *rilevante nella sua obbiettività*, a prescindere dalle eventuali responsabilità del debitore o, comunque, dalle cause, seppure fortuite, che hanno determinato il dissesto. Neppure importa il *numero dei creditori*, foss'anche uno solo, o il *numero delle obbligazioni* che gravano sull'imprenditore o, in principio, *il loro ammontare* o il fatto che siano già scadute oppure no.

Si dice “in principio”, tuttavia, perché in realtà occorre tener presente un altro dato normativo che, pur senza interferire concettualmente con la nozione di insolvenza, ne condiziona, operativamente, la capacità di provocare l'apertura della l.g. Si tratta dell'art. 49, ult. co., secondo il quale “*non si fa luogo all'apertura della liquidazione giudiziale se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è complessivamente inferiore a euro trentamila*”. E ciò per evidenti esigenze di efficienza economica, e quindi razionalità, della procedura.

La condizione prevista dalla legge, facendo riferimento alla “*incapacità ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*” consente poi di chiarire meglio il delicato rapporto, non di necessaria coincidenza, fra **insolvenza** e **inadempimento**.

Al proposito, viene innanzitutto in questione il requisito della **regolarità**: dal quale deriva che *potrebbe ben esservi un'incapacità ad adempiere “regolarmente” anche quando non consti (ancora) alcun inadempimento*. La “regolarità” dei pagamenti riguarda infatti non solo l'integralità e la puntualità dei singoli adempimenti, ma anche le modalità attraverso cui li si effettua o ci si procura il denaro necessario.

Non risulterebbe capace di adempiere regolarmente, allora, non solo chi, per la generale scarsezza di mezzi, non riuscisse a saldare per l'intero i propri debiti (oppure vi riuscisse solo con sempre crescenti ritardi), ma anche chi, pur adempiendo per l'intero e alla scadenza, adempisse con **mezzi anomali** (come la *datio in solutum* – ad esempio di un'automobile o di gioielli personali o di opere d'arte, ovvero restituendo la merce ricevuta), ovvero procurandosi danaro in modo anomalo: ad es. svendendo a

prezzi rovinosi i propri beni; o alienando cespiti aziendali che potrebbero compromettere la continuità dell'impresa; o procurandosi denaro ricorrendo ad usurai, etc. Naturalmente, ognuno di questi elementi non costituirà prova certa, ma solo un indizio, da valutarsi nel caso concreto, dell'incapacità di adempiere regolarmente. Sarà del tutto *regolare*, per converso, l'adempimento effettuato procurandosi denaro mediante *linee di credito concesse da un intermediario finanziario*, se ottenuto a condizioni normali, dal momento che il ricorso al credito, soprattutto bancario, rappresenta un normale mezzo di finanziamento attraverso il quale l'impresa provvede a gestire i suoi flussi finanziari.

In altri termini, seppure sia vero che la condizione di insolvenza rileva nella sua **attualità** (e quindi *non* se verificatasi *nel passato* ma oramai superata; ovvero non ancora prodottasi ma *soltanto temuta come imminente*), è pur vero che la *“irregolarità” degli adempimenti* già rileva come insolvenza proprio perché lascia pronosticare che il debitore, a breve, non potrà più adempiere, neppure irregolarmente. Il che costituisce un *pericolo attuale*, e non solo temuto, per i creditori dell'impresa.

Per altro verso, il concetto di “capacità” esprime una mera **potenzialità**. E quindi la condizione di chi *sia in grado di adempiere*, avendo i mezzi per farlo, anche a prescindere dal fatto che poi, in concreto, si astenga dal farlo. Potrebbe così esservi *capacità ad adempiere regolarmente pur in presenza di uno o più inadempimenti*. Questi potrebbero infatti dipendere da ragioni diverse dall'incapacità finanziaria del debitore: e così, ad es., quando quest'ultimo (non è che non possa, ma semplicemente) si rifiuti di adempiere perché contesti la pretesa del creditore.

b) Venendo ora al **profilo** che si è detto **estrinseco** dell'insolvenza, prevede l'art. 1, co. 1, lett. *b*, che l'incapacità ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni deve *“manifestarsi”*, *con inadempimenti o con altri fatti esteriori*.

Degli **inadempimenti** veri e propri, e della loro rilevanza, anche indiziaria, s'è già detto; dovendosi peraltro aggiungere, nella prospettiva ora esaminata, che anch'essi, a loro volta, possono manifestarsi in diversi modi: ad es. subendo una *sentenza di condanna a pagare*, o un *protesto*, o un *decreto ingiuntivo*, o un *sequestro conservativo*, ovvero per mezzo di una *dichiarazione del debitore stesso*.

Al di là di tali evidenze, sono comunque possibili molti altri fatti esteriori capaci di rivelare l'insolvenza del debitore, come quelli desumibili da un'analisi delle *risultanze contabili* (specialmente il bilancio) della società. Sarebbe però errato affrettarsi ad affermare l'insolvenza sulla base di una situazione di mero *“sbilancio” patrimoniale*, poiché una situazione pur di grave sovraindebitamento non pregiudica di per sé la regolarità degli adempimenti, almeno sin quando l'impresa possa contare sul credito (soprattutto bancario) o su garanzie altrui (spesso prestate dei soci); tanto più, poi, se tali elementi risultino rafforzati da un'aspettativa di alti flussi di reddito futuro, fondamentali per la valutazione della continuità aziendale. Per converso, un'eventuale *eccedenza dell'attivo sul passivo*, soprattutto se il primo sia dato soprattutto da voci di bilancio espressive di risorse non realizzabili (spese di impianto o pubblicità, o un brevetto dal cui sfruttamento dipendano le sorti industriali dell'impresa) o non facilmente liquidabili (ad esempio immobilizzazioni), potrebbe non bastare a scongiurare una crisi di liquidità.

In definitiva, ciò che conterà in sede di istruttoria sarà l'accertamento di concreti fatti rivelatori di un'insolvenza: non bastando quindi isolati indizi, ma occorrendo un

quadro probatorio, quantunque di natura indiziaria, complessivamente espressivo di tale stato.

### 3. La liquidazione giudiziale dell'imprenditore cessato o defunto

Descritta così, nei suoi presupposti la complessa fattispecie della l.g., deve comunque tenersi presente che, in talune ipotesi, tali presupposti potrebbero *apparire* non necessari. Non è però così.

Gli artt. 33 e 34, prevedono la l.g. del debitore che abbia **cessato la sua attività** e del debitore **defunto** (cioè dell'imprenditore persona fisica morto prima dell'apertura della l.g.).

Tralasciando qui la questione relativa al *momento nel quale ritenere cessata un'impresa* (mentre ovviamente non v'è, in principio, problema nel determinare il momento della morte dell'imprenditore), esaminato nella **Sezione I**, il problema sollevato da tali norme deriva dal fatto che esse consentono di aprire la l.g. *anche dopo il momento della cessazione dell'attività o della morte dell'imprenditore, se l'insolvenza si sia manifestata entro l'anno da quel momento*. Ciò, all'evidenza, per non privare i creditori, solo perché l'impresa è (da poco) cessata, dalla tutela fornita dalla disciplina concorsuale rispetto ad un'insolvenza che è pur sempre relativa a debiti sorti mentre l'impresa era in esercizio: il *termine massimo di un anno* essendo allora posto dalla legge, in modo evidentemente arbitrario, solamente per ragioni di certezza dei rapporti giuridici.

Non si dovrebbe però parlare di una l.g. “senza impresa” o “senza imprenditore”. È infatti pur sempre a un'impresa (quale effettivamente ha operato) e ad un imprenditore (quale effettivamente è esistito) che la procedura si riferisce. La sola particolarità consiste nel fatto che i suoi effetti potranno proiettarsi e farsi valere (anche) nei confronti di soggetti diversi, da individuarsi in base ai loro rapporti giuridici con quello che fu l'effettivo titolare dell'impresa sottoposta a l.g.

## II. L'apertura della procedura

La l.g. è dichiarata da un tribunale civile, per **iniziativa privata o pubblica** (art. 37).

a1) È **privata** (ed è l'ipotesi più frequente) l'iniziativa di **uno o più creditori**. A questo fine uno o più creditori proporranno *ricorso* al tribunale, provando l'esistenza del loro credito ed *allegando la sussistenza dei presupposti della l.g.*, eventualmente offrendo mezzi di prova a supporto; il che non è però indispensabile, considerati gli autonomi poteri di verifica del tribunale, una volta che il ricorso sia stato presentato.

a2) D'altra parte è lo stesso **debitore** (o il suo organo di controllo) che, sempre con ricorso, potrebbe (anzi, dovrebbe, se il ritardo aggravi il dissesto: art. 233, lett. *d*) chiedere di essere sottoposto a l.g. (si diceva, ma si dice ancora: “*autofallimento*”). Se poi si tratti di **società**, la decisione spetterà agli amministratori, che dovranno informarne i soci (art. 120-*bis*, richiamato dall'art. 40, co. 2).

b) L'iniziativa **pubblica** è affidata alla richiesta di un **pubblico ministero** al quale risulti, in ogni modo, l'insolvenza (art. 38), sia per effetto di fatti esteriori che la manifestino, sia sulla base di quanto emerga da un *procedimento penale* al quale egli stesso

partecipi, compresi i procedimenti da lui intrapresi per far valere un reato concorsuale: un reato la cui punibilità, cioè, presupponga l'apertura di una l.g. nei confronti del condannato, pur potendo tale condizione essere accertata e maturare durante il procedimento proprio a seguito della richiesta del P.M. La notizia dell'insolvenza potrebbe provenire al P.M. anche dalla *segnalazione di un giudice civile* (art. 38, co. 2) che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento (ad es., durante un procedimento esecutivo non andato a buon fine).

L'iniziativa potrà inoltre competere, se l'impresa è soggetta a vigilanza, alle *autorità amministrative* a ciò preposte.

**Tribunale competente** sarà quello del luogo dove si trova il centro principale degli interessi del debitore (art. 27), cioè il luogo (eventualmente anche diverso dalla sede legale) nel quale il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi (art. 1, co. 1, lett. *m*) e che si presume coincidere con la sede legale o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale.

Il **procedimento** per la dichiarazione di l.g. è “volto all'accertamento dei presupposti” che la legittimano (c.d. *istruttoria*: art. 49) e si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale e con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio (art. 40, co. 1).

Nelle more del procedimento, il tribunale potrà disporre, se il debitore ne abbia fatto richiesta, le c.d. **misure protettive**, consistenti nella impossibilità per i creditori anteriori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, con sospensione dei termini di prescrizione e decadenza (si tratterà quindi di misure non “automatiche”, c.d. *automatic stay*, ma disposte dal giudice c.d. *judicial stay*: art. 54, co. 2) e comunque per un periodo *non superiore ai dodici mesi* (art. 8). Il tribunale potrà altresì disporre le eventuali **misure cautelari** che possano apparire opportune per tutelare l'azienda o il patrimonio del debitore (art. 54, co. 1).

Il procedimento si concluderà tendenzialmente con una *sentenza di apertura della l.g.* ovvero con un *decreto di rigetto*.

La **sentenza che dichiara l'apertura della l.g.**, necessariamente motivata, anche se succintamente, ha innanzitutto natura di *accertamento costitutivo quanto allo stato di assoggettamento del debitore alla l.g.*, derivandone tutti gli effetti connessi all'apertura della procedura (§ 25). Effetti che si produrranno *nei confronti delle parti* dopo che essa sia stata notificata o comunicata ad esse (“pubblicazione”); e *nei confronti dei terzi* dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese (art. 49, co. 4).

Conterrà inoltre ulteriori *provvedimenti di natura ordinatoria* per la prosecuzione della procedura stessa: nominando alcuni organi della procedura (il giudice delegato e il curatore); ordinando al debitore il deposito della documentazione relativa alla sua situazione economica e finanziaria, ove già non v'abbia provveduto; stabilendo i termini entro i quali dovrà tenersi l'adunanza per l'esame dello stato passivo.

Contro la sentenza potrà essere proposto **reclamo** dinanzi alla Corte di Appello (art. 51) dal debitore o da ogni altro interessato; il reclamo, comunque, *non sospende gli effetti della sentenza impugnata*, a parte la possibilità che il Tribunale, su istanza di parte e se ricorrono gravi motivi, *sospenda* in tutto o in parte, o temporaneamente, la liquidazione dell'attivo, la formazione dello stato passivo o il compimento di altri atti di gestione (art. 52).

Il procedimento per l'apertura di l.g. potrebbe concludersi anche con un motivato

**decreto di rigetto** (art. 50), fondato sull'accertata *insussistenza* dei presupposti della l.g., o della suddetta soglia minima dei trentamila euro di debiti scaduti; o, in via preliminare, della stessa qualità di creditore di chi avesse proposto ricorso come tale. Tale decreto, al pari della sentenza che dichiara la l.g., potrà costituire oggetto, entro trenta giorni dalla sua comunicazione, di **reclamo** dinanzi alla Corte di Appello.

### III. *Gli organi della procedura*

Dalla sua apertura sino alla sua cessazione, la procedura della l.g. si compie attraverso il concorso, con diversi ruoli, di quattro uffici (c.d. "organi"): il tribunale, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori.

#### 1. *Il tribunale concorsuale*

È il **tribunale** del luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali, innanzitutto che (seppure mai d'ufficio) apre la procedura dichiarando la l.g., essendo perciò definito come **tribunale concorsuale**. E "*dell'intera procedura*" il medesimo tribunale resta poi "*investito*" (art. 122), nominando, già nella sentenza di apertura di l.g., il giudice delegato e il curatore, potendo poi revocarli o sostituirli per giustificati motivi. Il tribunale sorveglierà lo svolgersi della procedura sia attraverso un rapporto diretto con il giudice delegato (che è parte del medesimo ufficio giudiziario), sia confrontandosi con gli altri organi o con lo stesso debitore.

La sovraordinazione del tribunale si esprime del resto nel suo **potere di decidere** tutte le **controversie** relative alla procedura che non siano di competenza del giudice delegato (art. 122): (i) quelle, per così dire, "interne" ad essa (come ad es. i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato, o la revoca del curatore); (ii) ma anche, sul versante "esterno", "*tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore*" (art. 32).

Ma quali sono le **cause che "derivano" dalla procedura**? Bisogna innanzitutto dire che si tratta di cause che in assenza della procedura di l.g. potrebbero essere di competenza di altri giudici ma che, per il fatto di derivare dalla l.g., determinano una competenza funzionale ed inderogabile del tribunale concorsuale. La questione non si pone quindi per quelle controversie che è lo stesso c.ins. a rimettere espressamente alla competenza del tribunale (come quelle relative all'accertamento dei crediti ammessi o esclusi dallo stato passivo, o l'azione revocatoria ordinaria per atti compiuti dal debitore prima dell'apertura della procedura). "Derivano" invece dalla l.g. quelle cause che, quand'anche si riferiscano a rapporti preesistenti, non avrebbero avuto ragion d'essere in assenza della procedura, che ne rappresenta così la premessa in diritto: l'azione revocatoria concorsuale, o le controversie in cui si dibatta se la procedura di l.g. abbia prodotto lo scioglimento o non di un certo contratto. Non devono invece ritenersi, in principio, derivare dalla l.g. le cause che il debitore avrebbe potuto proporre per suo conto, anche a prescindere dalla l.g. Tale sarebbe l'azione per ottenere il pagamento di una fornitura effettuata, o il risarcimento per un illecito subito.

## 2. Il giudice delegato

È con decreto che il **giudice delegato** assume le decisioni attraverso cui svolge il suo centrale ruolo per la procedura: egli non la “dirige” ma, ben più da vicino del tribunale, *vigila e controlla la sua regolarità* (art. 123).

La **vigilanza** del giudice delegato presuppone innanzitutto un'adeguata *informazione*: quella che gli provenga appositamente dal curatore (nella sua relazione iniziale e nei suoi successivi rapporti periodici) o quella altrimenti sollecitata, convocando il curatore stesso o il comitato dei creditori. Si estrinseca poi nel condizionare lo svolgimento della procedura, e l'operato del curatore in particolar modo: *nominando, e potendo revocare, il comitato dei creditori*, che nei confronti del curatore ha oggi ampi poteri autorizzatori; *autorizzando* egli stesso alcune importanti scelte gestorie del curatore (come quella a continuare l'esercizio dell'impresa o ad affittare l'azienda) o la sua costituzione in giudizio; e soprattutto *decidendo i reclami* proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori.

Oltre a tale potere decisorio, costituisce espressione del potere giurisdizionale del giudice delegato anche la fondamentale funzione di **accertare i crediti** e gli altri diritti vantati dai terzi insinuati al passivo (§ 24.II).

## 3. Il curatore

Il **curatore** – nominato dal tribunale fra soggetti muniti di particolari requisiti di professionalità, esperienza ed indipendenza (art. 356), e in ragione di tali requisiti iscritti e tratti da un apposito albo (art. 358) – è l'organo, investito della qualità di *pubblico ufficiale*, che operativamente si fa carico di attuare le finalità della procedura.

A questo fine egli ha “*l'amministrazione del patrimonio compreso nella l.g.*”, annotata quotidianamente in un apposito registro informatico consultabile dal giudice delegato e dal comitato dei creditori (art. 136), e compie – sia pure sotto la vigilanza degli altri organi – “*tutte le operazioni della procedura*” (art. 128), operando contemporaneamente per liquidazione del patrimonio e per l'accertamento del passivo (art. 136). Egli è pertanto legittimato a compiere atti negoziali con terzi (ad es. stipulando un contratto di affitto dell'azienda, o vendendo beni dell'asse concorsuale) e a stare in giudizio per conto della procedura (ad es. intentando un'azione revocatoria o un'azione di responsabilità contro gli amministratori della società sottoposta a l.g.). Nell'esercitare questo potere – dunque non solo di rappresentanza ma ancor prima di decisione – il curatore è sostanzialmente *autonomo*, tanto ciò vero che i suoi atti possono costituire oggetto di reclamo solo dal punto di vista dell'eventuale violazione di legge, ma non sono sindacabili nella loro “discrezionalità tecnica”.

L'autonomia e la discrezionalità delle iniziative del curatore non è del resto contraddetta dal fatto che la sua legittimazione risulta talora condizionata da **autorizzazioni del giudice delegato** (come quella a continuare l'esercizio dell'impresa o ad affittare l'azienda o a stare in giudizio, se utile per i creditori) o (ii) di quelle *del comitato dei creditori per gli atti di straordinaria amministrazione* (art. 132).

Se poi si tratti di atti che attuino l'azione liquidatoria *ex ante* pianificata in un “*programma di liquidazione*” (art. 213), questo dovrà essere approvato nel suo complesso dal comitato dei creditori e comunicato al giudice delegato, che autorizzerà il compimento degli atti ad esso conformi.

Entro 30 giorni dall'apertura della procedura il curatore dovrà presentare al giudice delegato una prima informativa sulle cause dell'insolvenza e sulle responsabilità dell'insolvenza; entro 60 giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, una **relazione particolareggiata** sui medesimi aspetti e sulle responsabilità, anche penali, del debitore (o dei componenti degli organi della società debitrice) e sulla diligenza da lui spiegata nell'esercizio dell'impresa; dopodiché, ogni sei mesi, un *rapporto riepilogativo* sulle attività svolte insieme al conto della gestione (art. 130).

Il curatore, al quale è dovuto un compenso liquidato dal Tribunale, potrà essere sostituito dal Tribunale su istanza del debitore o dei creditori ammessi al passivo ed è esposto ad eventuale azione di responsabilità promossa dal nuovo curatore e autorizzata dal giudice delegato se non abbia adempiuto ai doveri del suo ufficio con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico (artt. 135 e 136).

#### 4. Il comitato dei creditori

I poteri di gestione del curatore vengono ad essere fortemente *compartecipati* dal **comitato dei creditori**. Questo, infatti, è chiamato a condividere le iniziative del curatore, spesso *autorizzandole* (ad es., l'approvazione del piano di liquidazione), talvolta limitandosi ad esprimere un mero parere non vincolante.

La condivisione di scelte che possono anche rivelarsi strategiche, seppure non allo stesso modo per tutti i creditori, rende opportuno che il comitato dei creditori venga ad essere composto da **creditori** (tre o cinque) *scelti dal giudice delegato*, dopo aver consultato il curatore e i creditori, “*in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi*” (art. 138).

Allo scopo di meglio orientare le proprie scelte, il comitato ha ampi **poteri ispettivi** (su tutta la documentazione della procedura) ed **informativi** (chiedendo notizie al curatore e al debitore), anche accedendo al registro informatico nel quale il curatore dovrà annotare tutte le sue operazioni; decidendo poi, anche informalmente e con voto espresso a distanza, a maggioranza dei votanti.

Va peraltro notato che, trattandosi di un organo composto da *privati*, ai quali normalmente spetta un mero rimborso spese, e per di più soggetti ad *obblighi di diligenza e alla conseguente responsabilità* (parametrata addirittura a quella dei sindaci di s.p.a., escluso peraltro il dovere di vigilanza di cui all'art. 2407, co. 2, c.c.), è la legge stessa a prendere in considerazione che un tale organo possa non costituirsi neppure, o comunque non ben funzionare (art. 140, co. 4), con allora un *potere di sostituzione* del giudice delegato.

## § 25. GLI EFFETTI DELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

**SOMMARIO:** I. *Per il debitore*. – 1. Lo spossessamento. – 2. L'inefficacia degli atti del debitore e dei pagamenti eseguiti o ricevuti. Gli effetti della l.g. sul piano processuale. – II. *Per i creditori*. – 1. Principi generali. – 2. La soddisfazione dei creditori concorsuali e la “cristallizzazione” del patrimonio della procedura. – III. *Sugli atti pregiudizievoli ai creditori*. – 1. Gli atti inefficaci di diritto. – 2. L'azione revocatoria concorsuale. – 3. Le esenzioni dall'azione revocatoria. – 4. Condizioni di esercizio ed effetti delle azioni revocatorie. – IV. *Sui rapporti giuridici pendenti*.

La finalità di destinare il valore del patrimonio dell'impresa sottoposta a l.g. alla soddisfazione dei creditori viene resa innanzitutto possibile dal prodursi di taluni effetti giuridici direttamente collegati alla sentenza di apertura della l.g. e che, in deroga al diritto comune, agevolano gli organi concorsuali nell'apprensione, nella conservazione e nella liquidazione di quel patrimonio.

### I. *Per il debitore*

#### 1. *Lo spossessamento*

Una prima serie di effetti della dichiarazione di l.g. investe la legittimazione dell'imprenditore (dunque degli amministratori, se societario) a disporre del suo patrimonio. Si tratta del c.d. **spossessamento**: *la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale priva* dalla sua data il debitore “*dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale*” (art. 142, co. 1); per “beni” intendendosi ogni situazione giuridica attiva, anche processuale, di cui il debitore sia titolare.

Da questo momento in poi (e precisamente, dal deposito della sentenza) e per tutta la durata della procedura, infatti, *tali poteri spetteranno al curatore* (art. 128), al fine di “destinare” il patrimonio del debitore alla soddisfazione dei creditori, dando così attuazione al generale principio della responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) che, come noto, comporta che il debitore risponda non solo con i suoi beni presenti, ma anche con quelli futuri.

Sicché saranno tendenzialmente compresi nell'asse concorsuale anche “*i beni che pervengono al debitore durante la procedura*” (art. 142, co. 2): ad es., un'eredità o il danaro guadagnato per mezzo di attività lavorativa o al limite anche di una vincita al gioco. Non tutti i beni sopravvenuti, peraltro, entreranno di per sé nell'asse, ma solo quelli che il curatore (autorizzato dal comitato dei creditori) non rinuncerà ad acquisire (art. 142, co. 3). L'acquisizione dei c.d. beni sopravvenuti, infatti, è possibile solo facendosi carico – in prededuzione rispetto agli altri debiti – delle passività implicate dal loro acquisto o per la loro conservazione (ad es., un'imposta di registro). D'altra

parte, vi sono beni che per legge *non sono compresi nel patrimonio della procedura* (art. 146) e in particolare, se il debitore sia una persona fisica, quelli necessari per il mantenimento proprio e della famiglia, o i diritti di natura strettamente personale (che pure potrebbero avere dei favorevoli effetti patrimoniali).

Il c.d. “spossessamento” si caratterizza per la **relatività** della sua efficacia. Esso (i) opera soltanto a beneficio dei creditori concorsuali e (ii) incide sulla sola **legittimazione** del debitore ad amministrarli o a disporne (ad es. votando con azioni di sua titolarità, o alienandole), ma non certo sulla **titolarità** dei relativi diritti (reali o personali), che permane immutata almeno sino a quando essi non escano dal patrimonio appreso dalla curatela per essere stati ceduti a terzi nell’ambito della liquidazione concorsuale. Tanto ciò è vero, che se all’esito della procedura una tale cessione non avesse avuto luogo, il debitore non solo potrebbe ancora dirsi titolare dei beni residui, ma recupererebbe anche la piena legittimazione a disporne.

## 2. *L’inefficacia degli atti del debitore e dei pagamenti eseguiti o ricevuti. Gli effetti della l.g. sul piano processuale*

Perdere la legittimazione a disporre dei beni appresi alla procedura significa che, finché essa dura, nessuna iniziativa del debitore (a meno che non sia “ratificata” dal curatore), potrà distogliere quei beni dalla finalità di soddisfare i creditori: *rispetto ai quali, quindi, ogni iniziativa del debitore resterà del tutto inefficace*. Ma si tratterà appunto di **inefficacia relativa**. Difatti, siccome il debitore, per effetto dello spossessamento, né perde la titolarità dei suoi beni, né d’altronde perde la generale capacità di agire, ciò vuol dire che un atto da lui compiuto (non solo un atto di alienazione di un diritto, ma anche di assunzione di un’obbligazione) durante la procedura sarebbe in principio valido e produrrebbe i suoi effetti nei confronti dei terzi; ad eccezione però dei creditori concorsuali, rispetto ai quali quell’atto potrà essere considerato *tamquam non esset*, e dunque incapace di modificare la consistenza del patrimonio concorsuale destinato ad essere liquidato a loro soddisfazione.

Ad es. se il debitore, con regolare atto di vendita trascritto nei registri immobiliari, alienasse un bene immobile compreso nell’asse concorsuale, ciò sarebbe del tutto inefficace per la procedura, e quindi il curatore ben potrebbe vendere quell’immobile e destinare il ricavato ai creditori concorsuali. Ma ciò non impedirebbe che, di conseguenza, il terzo che abbia acquistato dal debitore, proprio invocando la validità dell’atto compiuto, potrebbe, fuori dalla (e dopo la chiusura della) procedura, agire contro l’alienante per l’evizione subita. Diversamente, se il bene non fosse stato ceduto a nessuno per effetto della procedura (ipotesi rara), una volta che questa fosse chiusa, l’atto di vendita, *ab origine* valido, potrebbe dispiegare appieno i suoi effetti.

È questo, quindi, il significato della regola, che costituisce un corollario del c.d. spossessamento, secondo cui **“tutti gli atti compiuti dal debitore dopo l’apertura della liquidazione giudiziale sono inefficaci rispetto ai creditori”** (art. 144), a prescindere dal loro effetto pregiudizievole o meno per i creditori.

Regola che poi, per le stesse ragioni, si estende anche ai **pagamenti eseguiti e ai pagamenti ricevuti dal debitore**. Così, se il debitore utilizzasse attività occultate alla procedura per pagare preferenzialmente alcuni creditori concorsuali (così ledendo la

*par condicio*), non soltanto compirebbe un reato (c.d. bancarotta preferenziale: art. 322, co. 3), ma metterebbe colui che avesse ricevuto il pagamento nella condizione di dover riversare alla procedura quanto ottenuto. Se invece un debitore dell'imprenditore sottoposto a l.g. effettuasse un pagamento direttamente a quest'ultimo, ciò non lo libererebbe dal debito, ma lo costringerebbe a pagare nuovamente alla procedura, salvo che non sia lo stesso imprenditore a rimettere il pagamento ottenuto nelle mani del curatore.

Analogo principio di insensibilità del patrimonio concorsuale ad atti non decisi dagli organi della procedura, è poi quello che sancisce l'inefficacia relativa delle “**formalità necessarie per rendere opponibili atti ai terzi**” eventualmente compiute su beni compresi nel patrimonio della procedura dopo la data di apertura della procedura. Si tratta di quelle formalità (ad esempio, ma non solo, la trascrizione di un contratto o di un'ipoteca o di una domanda giudiziale avente ad oggetto un bene immobile compreso nell'asse concorsuale) che secondo la disciplina che regola la circolazione di taluni beni (immobili, beni mobili registrati, crediti, ecc.) sono dirette a risolvere il conflitto fra diversi aventi diritto, aggiudicando il bene, o il relativo valore, a chi per primo abbia adempiuto le formalità medesime. Dunque, se queste vengono compiute dopo l'apertura della l.g., esse saranno inopponibili alla procedura, che potrà efficacemente disporre, liquidandoli, dei beni ai quali le formalità si riferiscono.

La limitazione della legittimazione del debitore opera, infine, anche sul **piano processuale**. Come egli è “spossessato” del suo patrimonio, allo stesso modo, in tutte le *controversie relative a rapporti patrimoniali* (sempreché relativi a rapporti compresi nella procedura) che lo riguardano, egli non potrà più partecipare al processo, essendo *sostituito dal curatore* (art. 143).

## II. *Per i creditori*

### 1. *Principi generali*

Se presupposto della l.g. è l'incapacità dell'impresa ad adempiere alle proprie obbligazioni, la sua finalità è quella di soddisfare coloro verso i quali tali obbligazioni dovrebbero essere adempiute. Costoro – dunque *i titolari di crediti sorti prima dell'apertura della procedura* – sono detti **creditori concorsuali** in quanto tale apertura farà sì che l'accertamento e la soddisfazione delle rispettive pretese dovrà avvenire, secondo le sue regole, *collettivamente*, anche al fine di rispettare la (tendenziale, ove non sopravanzata da altri criteri di preferenza) regola della *par condicio*: e dunque “concorsualmente”.

Dall'apertura della l.g., pertanto, tali creditori *non potranno più agire individualmente*: né in via cautelare; né per il pieno accertamento, in sede di cognizione, delle proprie ragioni da far valere verso la procedura; né, infine, per la soddisfazione coattiva, in sede esecutiva, dei crediti così accertati. Se ciò fosse consentito, infatti, ne deriverebbe che chi per primo si fosse attivato, aggredendo il patrimonio del debitore, potrebbe trovare integrale soddisfazione anche nel caso in cui il residuo patrimonio del medesimo non bastasse più a soddisfare gli altri creditori di pari rango. Si è però

osservato (§ 20.I.2) come sia proprio a tale principio del “*prior in tempore potior in iure*” che il diritto concorsuale pone rimedio, affermando piuttosto il diverso **principio della proporzionalità**, ovvero della “*par condicio omnium creditorum*”. Assicurando così una *regolazione concorsuale* di tutti i crediti (*universalità soggettiva*) su tutto il patrimonio del debitore (*universalità oggettiva*) all’interno della procedura.

Pure si è già visto come, tuttavia, il principio della *par condicio* valga soltanto in via tendenziale, operando soltanto fra creditori di pari rango e dovendo convivere con il contrastante **principio di preferenza**. Le regole concorsuali non disconoscono, infatti, che fra i creditori concorsuali potrebbero ben esservene alcuni “*muniti di legittime cause di prelazione*” (privilegio, pegno, ipoteca). Costoro, perciò detti anche (in senso lato) “*privilegiati*”, meriteranno di essere soddisfatti con precedenza (nei limiti di quanto assicurato dalla loro garanzia) rispetto agli altri creditori, detti *chirografari*.

Né si disconosce (art. 221) che anche al di sotto dei chirografari possono esservi altri creditori, detti *subordinati* o *postergati* che – *ex lege* (ad es., *ex art. 2467 c.c.*) o *ex contractu* – potranno essere soddisfatti solo dopo gli altri (tutti o alcuni) chirografari.

È soltanto fra i creditori di pari rango (soprattutto i chirografari, ma anche fra creditori che godessero di eguale causa di prelazione o di postergazione), pertanto, che la regola della *par condicio* ha modo di trovare piena attuazione, garantendo una soddisfazione di tutti in egual misura; o, per meglio dire, una *ripartizione paritetica del dissesto*.

Deve precisarsi, poi, che se finalità principale della procedura di l.g. è quella di soddisfare i creditori concorsuali, le pretese di cui essa dovrà tener conto possono essere di altri due tipi. Possono esservi innanzitutto delle **pretese aventi ad oggetto diritti, reali o personali, su beni** i quali – ancorché, di fatto, in possesso (già del debitore e poi) della curatela – si assumono estranei alla massa attiva destinata alla regolazione concorsuale dei crediti. Chi vanta una tale pretesa, allora, chiederà che quei beni vengano *separati dalla restante massa attiva* affinché gli vengano attribuiti in quanto unico avente diritto. Si pensi alla posizione del proprietario di un bene individuato che giaccia nel magazzino o nell’officina dell’impresa sottoposta a l.g.: egli potrà rivendicare il bene, facendo valere, ancor prima del credito alla restituzione, la titolarità del diritto reale sulla cosa, che quindi gli spetta per intero senza essere destinata alla liquidazione e alla ripartizione concorsuale.

Benché poi i crediti sorti *dopo* l’apertura della procedura restino in principio del tutto estranei ad essa (così come i debiti assunti dal debitore durante la procedura, come visto inopponibili ai creditori), possono esservene altri dei quali invece la massa dovrà farsi carico per legge o per scelta degli organi concorsuali. Si pensi a quanto occorra per pagare il compenso del curatore; o alle obbligazioni assunte dalla curatela per proseguire l’esercizio dell’impresa; o per far fronte all’acquisto di beni sopravvenuti (l’adempimento di un onere imposto nell’ambito di un’eredità accettata). In tali casi, non si tratta di debiti concorsuali, bensì di c.d. **debiti della massa**. Di debiti, cioè, che gli organi della procedura hanno voluto o dovuto assumere, e che allora non dovranno essere regolati concorsualmente, ma *pagati per intero e prima degli altri crediti*: come si dice, *in prededuzione* (art. 221, lett. a).

Ebbene, anche per tali *crediti verso la massa* e per le altre pretese su beni di cui si chiedi la *separazione dalla massa* (rivendicazione o restituzione, secondo l’art. 201) è previsto che comunque *il relativo accertamento e la loro regolazione* – ancorché distin-

tamente da quella dei crediti concorsuali – *debbano avvenire all'interno della procedura* secondo le regole da essa imposte.

Tutti i sopraddetti principi, condensati nella dichiarazione solenne dell'art. 151, co. 1, per cui la l.g. “*apre il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore*”, trovano espressione nelle due fondamentali regole poste dagli artt. 150 e 151.

a) Il primo prevede il c.d. **blocco delle azioni esecutive e cautelari** (individuali): salva diversa disposizione di legge, dal giorno dell'apertura della l.g. *nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura*. Ogni iniziativa di tale genere (quand'anche riguardasse crediti verso la massa) dovrà infatti essere coltivata dagli organi della procedura, secondo le sue regole e nei modi e con i tempi che gli organi reputino più utili ad assicurare le finalità perseguite.

b) Inoltre, come prevede l'art. 151, co. 2 e 3, “**ogni credito**”, anche se munito di prelazione, oppure prededucibile, nonché ogni altro diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare (nel senso poc'anzi chiarito) dovrà “**essere accertato secondo le norme stabilite dal capo III**”: vuol dire che ogni pretesa avanzata nei confronti della procedura dovrà essere verificata secondo le norme tipiche di quest'ultima, quelle di cui agli artt. 200 ss. in tema di “accertamento del passivo e dei diritti dei terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale”.

## 2. *La soddisfazione dei creditori concorsuali e la “cristallizzazione” del patrimonio della procedura*

Essendo obiettivo principale della procedura di l.g. quello di ripartire in misura proporzionale l'impatto del dissesto dell'impresa sui creditori *anteriori* all'apertura della procedura (**creditori concorsuali**), è proprio alla regolazione di tali posizioni che la legge presta la maggiore attenzione nel disciplinare gli “effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per i creditori”. Solo in funzione delle domande dei creditori concorsuali, infatti, si giustifica la procedura (che infatti, in assenza di tali domande, si chiuderebbe: art. 233, n. 1). Domande che poi, una volta “verificate”, andranno a formare la c.d. *massa passiva* (cioè il monte dei debiti concorsuali), facendo divenire i creditori concorsuali dei veri e propri **creditori concorrenti** sulla c.d. *massa attiva*, cioè nella ripartizione dell'attivo concorsuale.

Per realizzare questa finalità della procedura occorrerà che **massa attiva** e **massa passiva** siano omogenee e stabilmente definite.

L'**omogeneità** sarà assicurata col rendere entrambe *misurabili in denaro*. La massa attiva sarà a tal fine “liquidata” (appunto, trasformata in denaro), mentre la massa passiva, cioè l'ammontare dei crediti concorsuali, presupporrà che anch'essi, se già non lo siano, vengano convertiti in crediti pecuniari.

L'esigenza di **stabilizzazione** verrà invece assicurata da un lato impedendo che dalla massa attiva possano essere distratti valori al di fuori delle regole della procedura e dell'iniziativa dei suoi organi (impedendo azioni esecutive individuali); e d'altro lato attribuendo un *valore nominale fermo* ai crediti concorsuali, senza cioè che il decorso degli interessi, possa variane la consistenza. Si parla al riguardo, anche, di “*cristallizzazione*” del patrimonio concorsuale.

A tali esigenze provvedono gli artt. 158 e 154.

i) Il primo si occupa dei **crediti non pecuniari** (ad es., un terzo che attendeva una fornitura di merce dall'impresa sottoposta a l.g.) o anche una prestazione in denaro ma determinata con riferimento ad altri valori (ad es., un contratto derivato su merci non ancora scaduto, con il differenziale da regolarsi in dollari). Tali crediti – che sono *crediti di valore* – se non ancora scaduti, concorreranno **secondo il loro valore alla data di apertura della procedura**; mentre, se scaduti, *secondo il valore che la prestazione avrebbe avuto alla data di scadenza*. È tuttavia prevista, eccezionalmente, la rivalutazione dei crediti di lavoro.

ii) Quando invece si tratti di **crediti pecuniari**, le esigenze di stabilizzazione troveranno risposta innanzitutto impedendo (art. 154, co. 1) che su di essi possano essere conteggiati **interessi ulteriori** rispetto a quelli già maturati alla data di apertura della procedura. Essi verranno così ammessi per il loro valore attuale (e dunque rivalutati se già scaduti) ma da quel momento in poi *il corso degli interessi convenzionali o legali sarà sospeso agli effetti del concorso*. Il che vuol dire che tali ulteriori interessi non potranno essere richiesti nella procedura. Una significativa eccezione è tuttavia prevista dall'art. 154 per i soli crediti privilegiati.

iii) Inoltre, ove si tratti di **crediti pecuniari non ancora scaduti**, essi *si considereranno scaduti* agli effetti del concorso (art. 154, co. 2). Il che è del resto conforme al principio generale dell'art. 1186 c.c., secondo il quale l'insolvenza del debitore determina la decadenza dal termine stabilito a suo favore.

iv) Analoghe esigenze di cristallizzazione della massa passiva sono poi quelle che consentono l'ammissione, al pari di ogni altro credito, dei **crediti condizionali** verso il debitore (art. 154, co. 3), quelli cioè non ancora esigibili ma sottoposti ad una *condizione sospensiva* (alla quale viene equiparata anche la condizione della preventiva escussione di un obbligato principale da parte di chi voglia far valere la garanzia prestata dal debitore). Tali crediti, come si vedrà, sono calcolati insieme a tutti gli altri ai fini del riparto della massa attiva; ma quanto ad essi spetterebbe in sede di effettivo riparto verrà accantonato, e non effettivamente attribuito, sino al verificarsi della condizione.

v) Va ricordata in ultimo, ma non secondariamente, un'importante eccezione al principio della *par condicio*: quella che consente ai creditori di **compensare i propri crediti con debiti eventualmente assunti verso il debitore, anche se non scaduti** (art. 155).

L'eccezione sta in ciò: che mentre gli altri creditori concorsuali vengono solitamente soddisfatti solo in parte all'esito della procedura (vengono pagati, si usa dire, in "moneta concorsuale"), chi ha modo di liberarsi di un debito (che dovrebbe pagare per intero), compensandolo con un proprio credito (che altrimenti vedrebbe soddisfatto solo in parte), consegue un risultato equivalente all'integrale soddisfazione di tale credito. Si tratta però di un vantaggio che non è consentito procurarsi artificialmente, acquistando per atto tra vivi (verosimilmente a prezzo scontato), dopo l'apertura della procedura o anche nell'anno anteriore, un credito verso il soggetto sottoposto a l.g.

### III. Sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Fra le conseguenze che la legge ricollega all'apertura della procedura di l.g. – e per assicurarne un miglior risultato in termini di soddisfazione paritetica dei creditori – si iscrive la possibilità di neutralizzare gli effetti di taluni fatti giuridici che, *prima della l.g., ma quando già l'insolvenza si era verificata*, hanno inciso negativamente sulla garanzia patrimoniale che si offre ai creditori concorsuali nel momento in cui si apre la procedura. Si tratta allora di *reintegrare una tale garanzia*, riportandola – entro certi termini – alla maggiore consistenza che aveva nel periodo precedente all'apertura della l.g.

In qualche modo come se, sia pure per i soli fatti previsti dalla legge, il regime di inefficacia per i creditori che colpisce gli atti compiuti dal debitore *dopo* l'apertura della procedura, retroagisse ad un periodo *precedente* all'apertura della l.g., quando però i presupposti di una tale dichiarazione già sussistevano. Fermo restando però – sia ben chiaro – che la disciplina dello spossessamento del debitore prevista dagli artt. 142 ss., riguarda i soli atti *successivi* alla dichiarazione di apertura della l.g.; mentre la disciplina ora in questione, artt. 163 ss., si applica ai soli **atti precedenti**; sicché, al di là di una certa comunanza di *ratio*, resta una netta distinzione operativa fra le due.

Anche nel caso della disciplina in discorso, si tratta infatti di affermare l'“**inefficacia rispetto ai creditori**” di taluni atti. Non, quindi, la loro invalidità *inter partes*, bensì la possibilità di *recuperare* all'asse della procedura quanto fuoriuscito dal patrimonio del debitore, per poi sottoporlo all'esecuzione concorsuale; oppure (c.d. *revocatoria incidentale*) di *disconoscere*, nell'ambito della procedura, ogni eventuale pretesa sorta in capo a terzi per effetto di quegli atti (ad es., l'assunzione di un'obbligazione da parte dell'imprenditore insolvente prima dell'apertura della procedura).

È noto, peraltro, che un meccanismo di reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore è già contemplato in via generale dal nostro ordinamento agli artt. 2901 ss. c.c., sotto il nome di **azione revocatoria** (“ordinaria”). Si tratta di uno strumento che consente ad un creditore di far dichiarare inefficaci nei suoi confronti gli atti con i quali il debitore, “disponendo” del proprio patrimonio, abbia recato pregiudizio alle ragioni di quel creditore: di modo che questi, ottenuta dal giudice la dichiarazione di inefficacia, potrà agire esecutivamente sul bene oggetto dell'atto impugnato, come se non fosse mai stato sottratto alla sua garanzia patrimoniale. Una tale azione non è esclusa dal c.ins. (art. 165), che infatti la rimette all'iniziativa del solo curatore, a beneficio di *tutti i creditori concorsuali*. Tuttavia, i presupposti (soggettivi ed oggettivi) di tale azione, il relativo onere probatorio, nonché l'ambito degli atti revocabili, comportano dei significativi limiti alla possibilità di reintegrazione effettiva della garanzia patrimoniale del debitore. Limiti che invece la legge ha voluto attenuare quando il debitore sia un imprenditore sottoposto a l.g., prevedendo allora, per tale ipotesi, un più favorevole regime *ad hoc*.

#### 1. Gli atti inefficaci di diritto

Vi sono innanzitutto degli atti compiuti dall'imprenditore prima di essere sottoposto a l.g. la cui **inefficacia** rispetto ai creditori opera **di diritto**.

Vuol dire, stante l'*automatica operatività* di tale effetto, che il curatore può diret-

tamente ottenere dal terzo la restituzione di quanto abbia costituito oggetto di disposizione da parte dell'imprenditore prima della l.g.

a) Inefficaci di diritto sono, in primo luogo, gli **atti a titolo gratuito** compiuti dall'imprenditore nei *due anni* anteriori all'apertura della l.g. (art. 163; si ricordi peraltro, anche fuori dalla l.g., la disposizione generale di cui all'art. 2929-*bis* c.c.). Si tratta di atti che abbiano comportato un depauperamento della garanzia patrimoniale offerta ai creditori senza che vi abbia corrisposto l'acquisto di alcuna situazione giuridica attiva: e così, salvo limitate eccezioni, non solo *atti traslativi* (come nel caso della donazione), ma anche *atti di rinuncia* ad un diritto o *di remissione* del debito. I beni (deve ritenersi: se immobili o mobili registrati) saranno acquisiti alla procedura per il mero effetto della trascrizione della sentenza che l'abbia aperta, salvo reclamo del terzo.

b) Allo stesso regime sono poi assimilati i pagamenti anticipati (rispetto alla loro esigibilità) di **crediti non scaduti** alla data di apertura della l.g. o di **crediti postergati** (compresi i rimborsi di finanziamenti effettuati alla società sottoposta a l.g. da parte della capogruppo o di altri soggetti sottoposti), sempre se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della l.g. o nei due anni anteriori (art. 164). Si tratta dei pagamenti dei crediti la cui scadenza sarebbe venuta a verificarsi *nel giorno della apertura della l.g. o successivamente*. E ciò perché, com'è ovvio, se per il pagamento si fosse attesa, come suole, la naturale scadenza, al momento dell'apertura della procedura, quei crediti sarebbero stati sottoposti a regolazione concorsuale al pari di tutti gli altri computati nella massa passiva.

## 2. *L'azione revocatoria concorsuale*

L'art. 166 si occupa invece di regolare la vera e propria **azione revocatoria "concorsuale"**, che potrà essere promossa dal curatore, su autorizzazione del giudice delegato, dinanzi al tribunale concorsuale.

Si tratta di uno strumento – *ulteriore* rispetto all'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 c.c. (sulle cui differenze v. *infra*) – volto ad ottenere, a certe condizioni, la **dichiarazione di inefficacia, rispetto ai creditori, degli "atti a titolo oneroso, dei pagamenti e delle garanzie"** poste in essere in un momento in cui l'imprenditore, non ancora sottoposto a l.g., *già si trovava in uno stato di insolvenza, noto (o presumibilmente tale) alla controparte*.

È questo uno dei capitoli più importanti dell'intero diritto concorsuale. In esso trova infatti affermazione la regola tendente ad assoggettare al medesimo trattamento riservato ai creditori concorsuali anche coloro che abbiano ricevuto, o si siano fatti promettere alcunché, da un imprenditore commerciale, in un momento in cui già era in essere quella condizione di insolvenza che, se fosse stata rilevata tempestivamente, avrebbe provocato un'apertura della l.g.; e pertanto, già in quel momento, avrebbe comportato l'incapacità per l'imprenditore di deprimere la garanzia patrimoniale realizzabile dai suoi creditori. Si assiste così, almeno per gli atti e alle condizioni previste dalla legge, ad una sorta di "*retrodatazione*" dell'effetto prodotto dalla dichiarazione di insolvenza (cioè l'indisponibilità del patrimonio del debitore) ad un momento precedente (sempre che collocabile entro un certo periodo: c.d. *periodo sospetto*) a quello in cui quell'insolvenza era già in essere.

Tuttavia, anche a tutela delle generali esigenze di tutela di buona fede e di sicurezza nei traffici, nel sistema italiano un tale effetto non deriva dal mero accertamento *ex post* della circostanza che un certo atto sia stato compiuto nel “periodo sospetto” in presenza di una condizione di insolvenza (**presupposto oggettivo** della revocatoria concorsuale), ma altresì dalla circostanza che il terzo conoscesse, o possa presumersi che conoscesse, un tale stato di insolvenza, c.d. *scientia decoctionis* (**presupposto soggettivo**).

Non è invece espressamente stabilito se debba sussistere un ulteriore presupposto oggettivo, individuabile in un **pregiudizio** arrecato alle ragioni dei creditori. Presupposto, questo, che non è richiamato per gli atti inefficaci di diritto, mentre è richiamato per la revocatoria ordinaria, quale danno consistente nel rendere insufficiente la residua garanzia disponibile a favore del singolo creditore procedente: tanto è vero che per la revocatoria ordinaria non risultano revocabili i pagamenti di debiti scaduti, per la semplice ragione che essi non risultano depauperare il patrimonio del debitore. Nel caso della revocatoria concorsuale, invece, v'è da dire che risultano *revocabili anche pagamenti di debiti scaduti o concessioni di diritti di prelazione o di garanzie*: tutti atti che, pur non comportando una diminuzione di valore del patrimonio del disponente, comportano nondimeno un trattamento, attuale o futuro, preferenziale per chi ne benefici, e quindi una lesione della *par condicio*; come anche altri atti con terzi che, pur senza avvantaggiare questi ultimi e senza diminuire il valore complessivo del patrimonio del debitore, potrebbero comprometterne la funzione di garanzia: ad es., sostituendo un bene facilmente aggredibile con un bene di difficile realizzo o facilmente occultabile. Può dirsi, allora, che la revocabilità concorsuale di un atto ne richiede anche il carattere pregiudizievole, se si ritiene che un tale pregiudizio possa individuarsi nella sola capacità dell'atto di ledere la *par condicio creditorum*.

Gli **atti revocabili** sono distinti dalla legge in **normali** o **anormali**. La normalità o l'anormalità di un atto è riferita alle condizioni e agli elementi che in concreto ne caratterizzano il compimento, incidendo diversamente sulla disciplina applicabile. In particolare, mentre nel caso di atti compiuti a condizioni *normali* *sarà il curatore a dover provare*, insieme agli altri presupposti richiesti dalla legge, *la scientia decoctionis* del terzo; nel caso di atti *anormali* *la conoscenza dello stato di insolvenza sarà presunta in capo al terzo*, e sarà allora quest'ultimo a dover fornire l'eventuale prova contraria per sottrarsi agli effetti della revocatoria, dimostrando che ignorava un tale stato.

a) Sono considerati **anormali**, e quindi revocabili “salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore”, i seguenti atti (art. 166, co. 1):

a1) gli **atti a titolo oneroso** (quelli che comportano un'attribuzione patrimoniale o l'assunzione di un'obbligazione da parte dell'imprenditore insolvente a fronte di un corrispettivo) compiuti *dopo il deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della l.g.* (dunque anche se la domanda fosse inizialmente rivolta all'ammissione a diversa procedura) *o nell'anno anteriore*, se le “prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal debitore *sorpassano di oltre un quarto* ciò che a lui è stato dato o promesso”. In altri termini, l'atto si considera anomalo, provocando allora una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo, in quanto il sinallagma appaia fortemente *sproporzionato*, nella misura di oltre un quarto;

a2) gli **atti estintivi** (cioè *i pagamenti*, anche se ottenuti coattivamente) di debiti

pecuniari scaduti ed esigibili “*non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento*”, se compiuti *dopo il deposito della domanda cui sia seguita l’apertura della l.g. o nell’anno anteriore*. Se un debito che avrebbe dovuto essere eseguito in danaro venga invece adempiuto, ad esempio, attraverso una *datio in solutum* (merci di magazzino, beni strumentali, titoli, etc.), ciò dovrà ritenersi sintomatico di una crisi di liquidità del debitore che fonda, a sua volta, una presunzione di insolvenza (e di conoscenza di tale stato);

a3) le **garanzie** (pegni, anticresi, ipoteche volontarie) costituite *dopo il deposito della domanda cui sia seguita l’apertura della l.g. o nell’anno anteriore*, per propri debiti preesistenti e non scaduti. L’anomalia sintomatica dell’insolvenza, in questo caso, sta nel fatto che normalmente, se un debito ancora non è scaduto, il creditore normalmente attenderebbe la scadenza in assenza di segnali di allarme; mentre, se si fa rilasciare una garanzia non pattuita originariamente, è presumibile che lo faccia perché teme la sopravvenuta incapacità del debitore di pagare alla scadenza;

a4) disciplina analoga vale anche per le *garanzie concesse per debiti scaduti*.

In tal caso però il periodo sospetto è abbreviato a *sei mesi* rispetto al caso precedente, perché il rilascio della garanzia pare meno anormale: un’anomalia potendosi comunque ravvisare in ciò, che normalmente, dopo la scadenza di un debito, il debitore dovrebbe senz’altro pagare, mentre la concessione di una garanzia rende manifesta la sua necessità di ottenere una dilazione.

b) Sono invece considerati **normali** – ed allora una revoca sarà possibile *soltanto in quanto la curatela provi la scientia decoctionis* in capo all’altra parte, nel momento in cui l’atto fu compiuto, sempre che *successivo al deposito della domanda cui sia seguita l’apertura della l.g. o nell’anno anteriore* – i seguenti atti:

b1) i **pagamenti di debiti liquidi ed esigibili** (cioè scaduti);

b2) gli **atti a titolo oneroso** (come sopra definiti), per i quali non ricorrano indici di anomalia;

b3) quelli costitutivi di un **diritto di prelazione** (pegno, ipoteca) per *debiti, anche di terzi, contestualmente creati*.

### 3. Le esenzioni dall’azione revocatoria

Il sistema appena descritto conosce una serie di eccezioni che, dopo una delle molte riforme dell’ultimo ventennio (quella del 2006, in particolare), sono divenute talmente rilevanti da ridimensionare alquanto, rispetto al passato, le potenzialità recuperatorie dello strumento revocatorio. È il portato, per lo più, di un’impostazione più sensibile alle prospettive di salvataggio dell’impresa in crisi. Attraverso l’articolata serie di **esenzioni** previste dall’art. 166, co. 3, si è infatti voluto evitare che la prospettiva di un’azione revocatoria concorsuale potesse scoraggiare il compimento di taluni atti, potenzialmente utili a superare lo stato di crisi di un’impresa, che risulterebbero disincentivati se le controparti temessero di incorrere, in caso di successiva l.g. dell’impresa, nella revoca dell’atto compiuto. Timore che oltretutto potrebbe condurre i terzi ad “isolare” un’impresa in crisi (in ipotesi reversibile) col risultato di aggravare tale crisi sino a renderla irreversibile.

Si spiega in questa prospettiva l’esenzione dei seguenti atti.

a) **Pagamenti** (non, dunque, qualsiasi atto a titolo oneroso) *di beni e servizi effet-*

*tuati nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso*. L'attività di impresa potrà così proseguire senza che le controparti cessino di effettuare le proprie normali controprestazioni (ad es., una fornitura di materie prime), potendo confidare nella salvezza dei pagamenti ricevuti nelle consuete modalità.

b) Le **rimesse effettuate su un conto corrente bancario** che non abbiano ridotto in misura durevole l'esposizione debitoria verso una banca. Capita infatti che chi, come spesso gli imprenditori, operi in passivo (nei limiti di un credito concessogli, ma anche senza, andando allora in "scoperto") su un conto corrente, effettui, a seconda dei pagamenti da fare o ricevuti, frequenti e ripetuti prelievi e versamenti (c.d. rimesse) sul suo conto. In teoria potrebbe allora ritenersi che, stante il saldo passivo, ciascuna rimessa costituisca il pagamento del debito espresso da quel saldo, e come tale diventi allora revocabile. Sostanzialmente, però, è chiaro che, fin quando il saldo oscilla intorno allo stesso livello, il significato economico e giuridico dei ripetuti versamenti non pare quello di pagamenti volti ad estinguere un debito, quanto piuttosto quello di sfruttare il "servizio di cassa" offerto dalla banca, depositando momentaneamente somme che a breve verranno riutilizzate. In ragione di ciò è quindi previsto che ad essere revocabili siano soltanto quelle rimesse che, in quanto capaci di ridurre in maniera "consistente" l'esposizione debitoria (requisito, peraltro, difficile da valutare in concreto), manifestino effettivamente una funzione di pagamento, cioè di "rientrare" stabilmente del debito accumulato verso la banca.

c) **Pagamenti per prestazioni di lavoro** effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del debitore (ad es., operai, dirigenti, ma anche consulenti esterni).

d) Gli *atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione di un "piano attestato di risanamento"* dell'impresa. Se ne parlerà meglio appresso (§ 29.III); ma può dirsi per ora che si tratta di un complesso programma predisposto dall'imprenditore che, in ipotesi, dovrebbe tracciare un realistico percorso attraverso il quale scongiurare l'insolvenza; il piano viene allora "incoraggiato" garantendo l'esenzione da una possibile futura revocatoria (eventualmente anche ordinaria, in questa ipotesi) degli atti attraverso i quali esso trovi esecuzione, per l'ipotesi ovviamente in cui il piano non dovesse avere successo.

e) Analoghe considerazioni valgono poi per gli *atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore: in esecuzione di un concordato preventivo o di un piano di ristrutturazione ex art. 64-bis*, o di un **accordo di ristrutturazione** dei debiti omologato, in quanto siano previsti dai rispettivi "piani"; ovvero legalmente posti in essere dopo il deposito di una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione. Anche in tal caso incoraggiando un tentativo che, seppure non riuscisse, non esporrebbe a revocatoria (in questo caso anche *ordinaria*) i terzi coinvolti.

f) I pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alle procedure di insolvenza.

Costituisce un caso a sé – motivato dall'esigenza di tutelare un interesse socialmente meritevole di particolare apprezzamento, come quello al "bene casa" – l'esenzione dalla revocatoria delle *vendite* aventi ad oggetto **immobili ad uso abitativo** destinati a costituire l'*abitazione principale* dell'acquirente o di suoi parenti od affini fino al terzo grado, se sia stato pattuito un *giusto prezzo*.

#### 4. Condizioni di esercizio ed effetti delle azioni revocatorie

Chiarito l'ambito degli "atti pregiudizievoli ai creditori" su cui incide, in chiave recuperatoria, l'apertura della l.g., occorre ora vedere come le relative iniziative abbiano modo di dispiegarsi e con quali effetti.

Secondo l'art. 170, "le azioni revocatorie" (dunque anche quella ordinaria) e "di inefficacia" sopra considerate, non possono essere promosse decorsi *tre anni dall'apertura della l.g.*" (così ponendosi un termine di decadenza) e comunque si prescrivono decorsi *cinque anni dal compimento dell'atto.*

Quanto al computo del termine a ritroso per il calcolo del cd. periodo sospetto, invece, esso si computerà, se la l.g. sia stata aperta in conseguenza di una domanda (non andata a buon fine) di accesso ad una altra procedura concorsuale, dalla data di pubblicazione di tale domanda.

Il curatore, nel rivolgersi al tribunale per far dichiarare l'inefficacia di un atto, *preferirà tendenzialmente avvalersi dell'azione revocatoria concorsuale anziché di quella ordinaria prevista dall'art. 2901 c.c.* Molto più ampio risulta infatti l'ambito operativo della prima (come si è detto, la revocatoria ordinaria presuppone una lesione della garanzia patrimoniale, ossia una diminuzione di valore del patrimonio del debitore, e dunque non può colpire ad es. i pagamenti di debiti scaduti), per di più agevolata da un onere probatorio quantitativamente minore e qualitativamente assistito dall'operare di molteplici presunzioni (la revocatoria ordinaria presuppone la prova della consapevolezza del pregiudizio, sia in capo al debitore che, se l'atto è a titolo oneroso, in capo al terzo). La revocatoria ordinaria potrà invece risultare necessaria se l'atto da revocare sia stato posto in essere, sia pure entro il termine di cinque anni dal suo compimento, prima del (più breve) "periodo sospetto" previsto per la revocatoria concorsuale.

Quanto agli **effetti** dell'azione revocatoria, tanto ordinaria che concorsuale, il suo successo comporta, come detto, l'**inefficacia dell'atto nei confronti dei creditori concorsuali**: non quindi la sua invalidità quanto piuttosto la neutralizzazione degli effetti negativi che quell'atto avrebbe altrimenti prodotto sulla garanzia patrimoniale disponibile al momento dell'apertura della l.g.

Ciò vuol dire che se l'imprenditore (poi sottoposto a l.g.) avesse assunto, con atto revocabile, un'**obbligazione** nei confronti dei terzi ovvero concesso loro una **garanzia**, non si tratterà, in tal caso, di proporre un'azione revocatoria volta a recuperare un bene fuoriuscito dal patrimonio del debitore poi sottoposto a l.g., bensì di **disconoscere** nei confronti del terzo il credito o il titolo di prelazione così ottenuto; e allora contestandone *in toto* l'ammissione al passivo, ovvero concedendola ma senza il diritto di prelazione revocato. È questa la c.d. **revocatoria incidentale**, che, potendo anche operare (in sede di verifica del passivo) *in via di eccezione* (il curatore, di fronte all'istanza di ammissione al passivo da parte del creditore, eccepisce appunto la revocabilità dell'atto su cui l'istanza si fonda), potrebbe essere fatta valere in quella sede senza limiti di tempo.

Se invece si tratti di un *atto oneroso* che ha comportato l'assunzione di un'obbligazione già eseguita (una fornitura di merci) o un trasferimento immediato di un diritto (la vendita di un immobile), ovvero di un *pagamento*, allora **quanto ricevuto dal terzo, o il relativo valore (attuale) in denaro, dovrà essere restituito** alla curatela per essere sottoposto all'esecuzione collettiva di tutti i creditori concorsuali.

Il terzo che abbia subito la revoca avrà però diritto, insieme agli altri creditori concorsuali, ad *insinuarsi al passivo* per il credito corrispondente alla controprestazione da lui effettuata a fronte dell'atto oneroso o del pagamento revocato (art. 171). Conseguentemente, dopo la restituzione, si farà valere concorsualmente un *credito pari al valore della propria prestazione*.

#### IV. *Sui rapporti giuridici pendenti*

Prima della l.g. l'imprenditore avrà normalmente posto in essere, nell'esercizio della sua attività, una fitta attività contrattuale.

a) Potrà trattarsi di *contratti che hanno già trovato integrale esecuzione*, ed allora vi sarà la possibilità per il curatore, eventualmente, di disconoscerne gli effetti ricorrendo ad un'azione revocatoria (v. *supra*, § 23.1.2).

b) Potrà poi accadere che *una delle due parti abbia integralmente eseguito la propria prestazione* (ad es. la vendita di un bene) o comunque l'effetto reale del trasferimento si sia già prodotto. In tal caso residuerà soltanto un credito (ad es., al pagamento del prezzo) della controparte, che potrà allora insinuarlo al passivo, oppure un credito a favore del patrimonio concorsuale, che il curatore potrà esigere; salvo che, ricorrendone i presupposti, preferisca revocare l'atto, così facendosi restituire quanto prestatato in esecuzione del contratto e rinunciare ad esigere il corrispondente credito (al prezzo).

c) V'è anche la possibilità, infine, che all'apertura della l.g. un certo contratto (compreso un preliminare), sia ancora *del tutto ineseguito, o comunque non compiutamente eseguito, nelle sue prestazioni principali, da entrambe le parti*. Gli artt. 172 ss. del c.ins. parlano a questo riguardo di "**rapporti giuridici pendenti**", indicati anche come *contratti pendenti*. Rispetto a tali ipotesi l'interesse della curatela non sarebbe tanto quello di recuperare qualcosa, quanto piuttosto, ed eventualmente (se cioè il contratto appaia sconveniente), quello di svincolarsi da un impegno contrattuale ancora da adempiersi.

Un tale interesse viene assicurato dalla **regola generale** prevista dall'art. 172 e scandita nei seguenti termini.

i) Innanzitutto, con la dichiarazione di l.g. *l'esecuzione dei contratti pendenti resta sospesa*, senza quindi che in tale fase possa configurarsi un inadempimento dall'una o dall'altra parte.

ii) Un tale stato di sospensione perdura fino a quando il curatore non *scelga se subentrare nel contratto ovvero sciogliersi* dal medesimo.

ii-a) La prima ipotesi si avrà quando il curatore ritenga conveniente la **prosecuzione**, chiedendo allora che la sua scelta, comunque del tutto *discrezionale*, venga *autorizzata dal comitato dei creditori*. La controparte resterà invece in un'attesa quasi del tutto passiva, salva la facoltà di sollecitare una decisione del curatore, *costituendolo in mora* attraverso la richiesta al giudice delegato di assegnargli un termine (massimo sessanta giorni), trascorso il quale, in mancanza di decisione positiva espressa, il contratto si intenderà risolto.

La scelta di far "proseguire" l'esecuzione del contratto comporterà l'*assunzione a carico della massa dei relativi obblighi* a far data dal subentro. I crediti del terzo deri-

vanti da quel contratto che *siano maturati durante la procedura* (art. 172, co. 3), diverranno quindi “debiti della massa”, *da pagarsi in prededuzione* rispetto ai crediti concorsuali, e perciò tendenzialmente per intero. Né il curatore potrà in alcun modo pretendere o imporre la modifica dei termini del contratto.

ii-b) Quando invece il curatore valuti più conveniente svincolarsi dagli impegni contrattuali assunti dall'imprenditore, potrà senz'altro farlo *sciogliendo il contratto* (c.d. **resiliazione**), senza neppure la necessità di un'autorizzazione del comitato dei creditori.

Risolto il contratto, se il terzo avrà già adempiuto in parte alla sua prestazione avrà diritto di *far valere nel passivo il relativo credito*, da recuperarsi quindi in “moneta concorsuale”. Non avrà però diritto ad alcun risarcimento del danno per non aver ottenuto quanto promesso dal debitore (art. 172, co. 4).

La portata della regola generale appena descritta non si estende però al caso in cui, nella procedura di l.g., venga autorizzata la prosecuzione dell'impresa del debitore. In tal caso, durante l'**esercizio provvisorio dell'impresa**, *i contratti pendenti proseguono*, in quanto, per lo più, strumentali all'esercizio dell'impresa; il curatore resta comunque libero di *sciogliersi* da essi, come anche di sospenderne l'esecuzione (art. 211, co. 8), riportandosi così in qualche modo alla condizione della regola generale posta dall'art. 172, salvo poi valutare meglio, in un secondo momento, sempre secondo la regola generale, se proseguire o sciogliersi dal contratto.

Infine, v'è da dire che la regola generale espressa dall'art. 172 è soggetta, per espressa previsione di questo stesso articolo o di altre norme esterne al c.ins., talune **eccezioni** che possono comportare talora la *prosecuzione automatica*; talaltra lo *scioglimento altrettanto automatico (ex lege)*; talaltra ancora *l'una o l'altra conseguenza a seconda di talune circostanze*. Fra tali eccezioni, particolare rilevanza (attesa la delicatezza e l'impatto sociale degli interessi coinvolti), assume la disciplina, di ampio respiro, dei **rappporti di lavoro subordinato** (art. 189), la cui onerosità – spesso insostenibile e purtroppo inutile per la procedura – verrà a giustificare un regime per il quale la loro esecuzione viene *sospesa* già per effetto dell'apertura della procedura; con facoltà di recesso (retroattiva già a partire da quella data) da parte del curatore, o comunque con risoluzione automatica se, entro quattro mesi dall'apertura, il curatore non abbia optato per il subentro. La tutela dei lavoratori, in questi casi, sarà affidata al riconoscimento dell'*indennità di mancato preavviso* in ciascuna di tali ipotesi di scioglimento del rapporto (art. 189), a loro volta equiparate (art. 190) alla fattispecie della “perdita involontaria dell'occupazione” ai fini del trattamento dell'indennità mensile di disoccupazione.

## § 26. LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA

**SOMMARIO:** I. *Le attività preliminari della procedura.* – II. *L'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi su beni.* – 1. La fase necessaria: l'accertamento dello stato passivo. – 2. La fase eventuale: le impugnazioni e le domande tardive. – III. *L'esercizio provvisorio dell'impresa e l'affitto d'azienda.* – 1. L'esercizio provvisorio dell'impresa. – 2. L'affitto dell'azienda. – IV. *La liquidazione dell'attivo.* – 1. Il programma di liquidazione. – 2. La cessione dei beni. – V. *La ripartizione dell'attivo: l'ordine di distribuzione.* – VI. *La ripartizione dell'attivo: il procedimento di distribuzione.*

### I. *Le attività preliminari della procedura*

Gli artt. 193 ss. si occupano delle **attività preliminari** che debbono essere compiute per avviare operativamente la procedura.

Fra queste viene innanzitutto in questione quella diretta a concretizzare l'effetto giuridico dello spossessamento del debitore, attraverso la materiale sottrazione alla disponibilità di quest'ultimo dei beni che entreranno nella massa attiva.

A tal fine, la legge attribuisce al curatore il potere-dovere di farsi **consegnare il denaro** contante, gli *effetti cambiari e gli altri titoli* del debitore, nonché le *scritture contabili* (se non già depositate dal debitore); nonché, per gli *altri beni*, di **apporre** su di essi (anche avvalendosi della forza pubblica o di coadiutori) dei **sigilli** secondo le norme previste dal Codice di procedura civile (artt. 752 ss.). La vera e propria “presa in consegna” dei beni che andranno a comporre la massa *attiva* avviene però con la **redazione dell'inventario**.

Simmetrica alla inventariazione sarà anche l'attività preliminare con la quale il curatore comincia a tracciare il perimetro della massa passiva: egli infatti, sulla base principalmente delle scritture contabili, ma poi anche di tutte le altre notizie che anche informalmente potrà assumere (anche dallo stesso debitore), compilerà un **elenco dei creditori e dei titolari di diritti immobiliari e mobiliari** (art. 198), con l'indicazione dei crediti e diritti di prelazione spettanti ai primi, e l'elenco di tutti *coloro che vantano diritti* reali o personali, mobiliari o immobiliari, *su cose in possesso o nella disponibilità del debitore*, con l'indicazione dei titoli relativi.

### II. *L'accertamento del passivo e dei diritti di terzi su beni*

#### 1. *La fase necessaria: l'accertamento dello stato passivo*

La compilazione dell'elenco previsto dall'art. 198 è meramente prodromica al vero e proprio accertamento della massa passiva. L'art. 151, co. 2, stabilisce infatti che “ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni altro diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato” secondo gli artt. 200 ss.

La procedura di l.g. presuppone in altre parole che di tutte tali *pretese* si accerti l'effettivo fondamento giuridico: che si verifichi, cioè, se chi le vanta sia effettivamente titolare del corrispondente *diritto*, e ciò dovrà essere fatto all'interno della procedura stessa.

Sulla base dell'elenco previsto dall'art. 198, infatti, il curatore comunicherà (possibilmente via p.e.c.) a tutti coloro che risultino vantare pretese concorsuali: (i) che possono partecipare al concorso comunicando apposita *domanda*, indicando il relativo termine; (ii) la data e il luogo fissati per l'esame dello stato passivo; (iii) ogni altra utile informazione per agevolare la presentazione della domanda; (iv) la possibilità di chiedere l'assegnazione delle somme che eventualmente non saranno rimosse dagli aventi diritto.

La **domanda** – possibile non soltanto per chi abbia ricevuto la comunicazione dal curatore, ma per chiunque altro ritenga comunque vantare una pretesa contro il debitore – sarà proposta con *ricorso* (anch'esso comunicato via p.e.c. al curatore), indicando fra l'altro, a pena di inammissibilità: il suo *oggetto* (importo del credito o bene di cui si chiede la restituzione o rivendicazione), l'eventuale *titolo di prelazione* che assiste il diritto vantato, le *ragioni* in fatto e in diritto che supportano la pretesa; e ciò anche producendo i documenti giustificativi della stessa. Tale ricorso ha, a tutti gli effetti, natura di *domanda giudiziale*, introduttiva di un *procedimento contenzioso* fra parti contrapposte (l'istante e il curatore) e produce effetto “*per tutto il corso della liquidazione giudiziale*” ed eventualmente, poi, sino all'esaurimento dei giudizi e delle operazioni che proseguissero anche dopo l'eventuale chiusura della procedura (art. 202).

Il curatore potrà così predisporre e depositare in cancelleria un **progetto di stato passivo** contenente le “*motivate conclusioni*” raggiunte in merito a ciascuna domanda (art. 203): positive oppure negative (se il curatore eccepisca l'esistenza di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, ovvero eccepisca la sua inefficacia nei confronti della procedura). Il progetto sarà comunicato agli interessati che potranno, fino a cinque giorni prima dell'udienza fissata, far pervenire le loro conclusioni.

All'**udienza di verifica** – in cui possono, ma non debbono, intervenire gli interessati – il giudice delegato esamina le domande, sulla base delle conclusioni e delle eccezioni del curatore e di quelle rilevabili d'ufficio, delle osservazioni svolte e della documentazione prodotta dalle parti, nonché degli ulteriori mezzi istruttori acquisiti su istanza delle parti stesse.

All'esito della verifica, il giudice deciderà con **decreto** “succintamente motivato” su ciascuna domanda (art. 204):

– dichiarandola *inammissibile* (perché non proposta nei termini o perché priva dei suoi elementi necessari). Le domande dichiarate inammissibili – e solo esse, proprio perché respinte prima di ogni effettiva “verifica” nel merito – potranno però essere riproposte come tardive;

– *respingendola in toto*, non ravvisandone il fondamento;

– *ammettendola in toto*;

– *ammettendola solo in parte* (ad es. per una sola parte della somma richiesta, ovvero come chirografaria, ma disconoscendo il titolo di prelazione invocato);

– *ammettendola “con riserva”*; la “riserva” consiste in ciò, che la soddisfazione della pretesa risulterà *condizionata al verificarsi di un certo evento*, dal quale dipende-

rà la definitiva ammissione o la definitiva esclusione della domanda. Si tratta di domande che non possono ancora essere accolte in via definitiva (a) poiché hanno ad oggetto *crediti condizionali* o che non possono farsi valere se non previa escussione di un obbligato principale; (b) o per le quali *non sia stato prodotto il titolo* (ossia il documento giustificativo) per un fatto non dipendente dal creditore (ad es., una cambiale presentata allo sconto che si trovi ancora presso la banca); (c) oppure che si fondano su una *sentenza non ancora passata in giudicato* pronunciata prima della l.g., per la quale il curatore potrà proporre o proseguire il giudizio di impugnazione.

Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma, nella stessa udienza, lo **stato passivo** dichiarandolo **esecutivo** con decreto depositato in cancelleria, che è provvedimento giurisdizionale avente natura decisoria su ciascuna domanda, e quindi, benché unico, complesso ed impugnabile anche con riferimento alle singole decisioni (art. 204). Esso peraltro *produce effetto soltanto ai fini del concorso* (c.d. **efficacia endoconcorsuale**), statuendo infatti il solo diritto a partecipare al riparto dell'attivo concorsuale (e quindi rendendo i creditori *concorsuali* veri e propri creditori *concorrenti*): senza però precludere – fuori e dopo la procedura – un'eventuale contestazione del diritto su cui si è fondata la pretesa fatta valere nella l.g.

Lo stato passivo esecutivo verrà comunicato dal curatore a tutti i ricorrenti, informandoli della possibilità di proporre esecuzione e indicando le concrete prospettive di soddisfacimento (art. 205); se già prima dell'accertamento del passivo risultasse che non ve ne fosse alcuna, peraltro, il tribunale potrebbe disporre che all'accertamento neppure si faccia luogo, attesa la sua inutilità (209).

## 2. *La fase eventuale: le impugnazioni e le domande tardive*

Dopo la predetta fase, necessaria, di accertamento dello stato passivo, potrebbe aprirsi una eventuale.

a) Una prima ipotesi è quella in cui siano sollevate **contestazioni dello stato passivo**. Queste si proporranno con un *ricorso* che introdurrà un procedimento giurisdizionale contenzioso dinanzi al tribunale. Le principali (al di là della "revocazione", che è rimedio straordinario) sono l'**opposizione** (è la contestazione, rivolta al curatore, di chi, avendo proposto domanda, se la sia vista respingere in tutto o anche in parte) e l'**impugnazione** (è la contestazione dello stesso curatore o di chi, pur essendosi visto accogliere la propria domanda, intenda contestare l'ammissione della domanda di un altro creditore: art. 206).

b) Il procedimento di accertamento del passivo appena descritto si pone come *logicamente preliminare* alle altre fasi della procedura di l.g.: la liquidazione dell'attivo e la sua ripartizione. *Cronologicamente*, però, non v'è consecuzione fra le diverse fasi, procedendo esse contemporaneamente (art. 136, co. 2). Lo stesso accertamento del passivo, anzi, potrebbe ancora proseguire quando già siano in corso i riparti dell'attivo. È questa, anzi l'ipotesi che si verifica nel caso delle **domande tardive** (art. 208). Si tratta delle domande di ammissione al passivo proposte dopo il termine di trenta giorni prima dell'udienza di verifica del passivo, ma *non oltre il termine* di sei mesi (o dodici, se così si preveda nella sentenza che apre la l.g.) *dopo il deposito del decreto* che dichiara esecutivo lo stato passivo. Termine massimo, quest'ultimo, superato il quale si decadrebbe da ogni possibilità di insinuarsi nella procedura, salvo il

caso che l'istante dimostri che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile e presenti la domanda entro sessanta giorni da quando tale causa è cessata (c.d. *domande supertardive*).

Le domande tardive (e le supertardive ammesse) verranno accertate secondo un procedimento avente le *stesse forme* di quello già sopra descritto; ma, seppure ammesse, consentiranno di *partecipare alle sole ripartizioni posteriori* all'ammissione (art. 225).

### III. *L'esercizio provvisorio dell'impresa e l'affitto d'azienda*

Nonostante il fine primario della l.g. sia la realizzazione dell'attivo e la destinazione del ricavato alla soddisfazione dei creditori concorrenti, gli artt. 211 ss. contemplano la possibilità di una **prosecuzione** (da parte degli organi della procedura o di un terzo affittuario) **dell'attività imprenditoriale**.

Per comprendere perché ciò sia previsto, occorre richiamare le considerazioni già svolte (v. *supra*, § 20.II.2) in merito al possibile residuo valore economico del complesso aziendale dell'impresa insolvente. A questo riguardo, deve prendersi atto che la migliore realizzazione dell'attivo può spesso conseguirsi non tanto disgregando l'azienda dell'impresa sottoposta a l.g., quanto piuttosto monetizzando il valore della sua organizzazione e del suo avviamento, attraverso una sua cessione unitaria o, quantomeno, delle sue parti che rispecchino quel valore (c.d. rami di azienda). Per far ciò, e nell'attesa di trovare un cessionario, può diventare opportuno mantenere l'azienda in esercizio, onde non disperderne il valore di mercato. Ecco allora che la prosecuzione dell'attività dell'impresa può giustificarsi non tanto di per sé o per interessi extraconcorsuali, ma proprio perché *strumentale ad una più proficua liquidazione nell'interesse dei creditori*.

La possibilità di esercitare provvisoriamente l'impresa, o di dare in affitto l'azienda di cui si avvale, sono infatti due delle opzioni che il curatore deve considerare nell'orientare il "programma di liquidazione" alla conservazione del valore dell'impresa (art. 213, co. 4); anzi, la legge prevede che a queste opzioni si possa accedere, ove appaia opportuno, ancor prima che tale programma sia stato predisposto.

Di più: in principio viene persino previsto – con una norma manifesto fortemente discontinua rispetto alla previgente legge fallimentare – che l'apertura della l.g. non determina la cessazione dell'impresa (art. 211, co. 1); senonché la norma risulta a ben vedere declamatoria, giacché la continuazione non avverrà automaticamente, ma solo alle condizioni previste dai successivi co. 2 e 3, qui appresso esaminate.

#### 1. *L'esercizio provvisorio dell'impresa*

a) Innanzitutto, l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 211, co. 2) potrebbe già essere disposto, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, *dallo stesso tribunale* con la *sentenza dichiarativa di l.g.*, purché dalla prosecuzione non derivi pregiudizio ai creditori (conseguenza probabile che ha sinora indotto i Tribunali a fare un uso piuttosto parco di questo potere).

b) Al di là di tale ipotesi, è al **curatore** che normalmente spetta di valutare

l'opportunità della prosecuzione dell'impresa, sottoponendola al *parere del comitato dei creditori*. Se tale parere sarà favorevole, il *giudice delegato* potrà autorizzare la prosecuzione, anche limitatamente a singoli rami aziendali. Questa sarà però in ogni caso “*temporanea*”, dovendosi prevedere una durata che tenga conto di quello che resta pur sempre il fine ultimo della procedura, e cioè la realizzazione del valore dell'impresa.

La prosecuzione dell'attività imprenditoriale comporta l'attribuzione al curatore del **potere di gestire quell'attività** secondo criteri che comportano scelte imprenditoriali: e quindi, inevitabilmente, anche di rischio, seppure nella prospettiva prevalente della conservazione dell'avviamento aziendale, anziché della massimizzazione degli utili.

Essendo pertanto la gestione dell'impresa riferibile a scelte della curatela, ogni **nuova obbligazione** che ne derivi costituirà un *debito della massa*, come tale da pagarsi in prededuzione (art. 211, co. 8). E così varrà anche per i debiti derivanti dai contratti pendenti che proseguano. Funzionale alla prosecuzione dell'impresa è infatti la regola – opposta a quella altrimenti prevista in via generale dall'art. 172 – della *prosecuzione automatica* di tutti i **contratti pendenti**, salva sempre la possibilità per il curatore di valutare in un secondo momento se sciogliersene o comunque sospenderne l'esecuzione.

Dall'insieme delle regole che disciplinano la prosecuzione dell'impresa (v. in particolare l'art. 211, co. 4-7) risulta abbastanza evidente come essa sia vista come una soluzione da adottarsi con particolare prudenza. La **cessazione prima della durata prevista**, infatti, potrà essere ordinata sia dal giudice delegato, ogniquale volta il comitato dei creditori ne ravvisi l'opportunità; sia poi dallo stesso tribunale, quando pure ne ravvisi l'opportunità, anche a prescindere dal parere favorevole del comitato dei creditori (che solo dovranno essere “sentiti”, insieme al curatore).

## 2. *L'affitto dell'azienda*

In una diversa prospettiva, rispetto alla cessione, può considerarsi l'affitto dell'azienda o di suoi rami (art. 212). In questo caso (dunque: **stipulazione di un contratto di affitto** dopo l'apertura della l.g.), non solo gli organi concorsuali sono sollevati dall'onere di gestire direttamente l'impresa, ma la legge stessa appronta regole volte a far sì che la massa passiva *non si aggravi delle nuove obbligazioni* sorte per la prosecuzione dell'attività. Anzi, al vantaggio della conservazione dell'avviamento per mezzo della gestione dell'affittuario si aggiunge quello di accrescere la massa, incassando, *in attesa della cessione dell'azienda* (è lo stesso art. 212, co. 1, a prescrivere che all'affitto dell'azienda possa procedersi soltanto quando ciò “appaia utile al fine della più proficua vendita” della stessa) i canoni del suo affitto.

Come per l'esercizio provvisorio, l'affitto dovrà essere *autorizzato dal giudice delegato* e sempre su *proposta del curatore* e *previo parere favorevole del comitato dei creditori*, sempre tenuta in preminente considerazione la finalità del miglior realizzo del valore dell'azienda com'è confermato dai **vincoli di contenuto** del contratto che la legge impone all'autonomia contrattuale del curatore, che potrà anche incentivare l'affitto concedendo all'affittuario un diritto di prelazione al prezzo che sarà stabilito per la vendita (art. 212).

## IV. La liquidazione dell'attivo

### 1. Il programma di liquidazione

L'“**attivo**” alla cui liquidazione è rivolta la l.g. consiste, oltre che nella titolarità dei *beni* rinvenuti nel patrimonio del debitore all'apertura della l.g., anche negli *altri diritti* derivanti da rapporti giuridici facenti capo al debitore, nonché nelle *pretese* estranee al patrimonio del debitore prima dell'apertura della l.g., ma spettanti, proprio per effetto di quest'ultimo, *alla curatela* (specialmente, quelle conseguenti all'esercizio vittorioso dell'azione revocatoria concorsuale o ad azioni risarcitorie intente contro amministratori e sindaci della società sottoposta alla procedura).

La natura composita di un tale compendio di situazioni giuridiche attive, e l'obiettivo di massimizzarne la monetizzazione, risultano dalla previsione (art. 213) dell'obbligo del curatore di predisporre un **programma di liquidazione**, articolato in sezioni, che indichi criteri e modalità della liquidazione dei beni e della riscossione dei crediti, specificando costi e tempi del prevedibile realizzo e le azioni giudiziali a ciò strumentali (soprattutto quelle revocatorie, recuperatorie o risarcitorie), oltre agli atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa (fra cui innanzitutto l'eventuale esercizio o affitto dell'azienda). Si impone per tal via al curatore di non compiere la sua missione in modo improvvisato, bensì secondo un piano preordinato nella sua globalità, che preveda altresì il termine (tendenzialmente non più di cinque anni) entro cui dovrebbe compiersi, privilegiando la cessione *unitaria dell'azienda* o di suoi rami, o comunque beni o rapporti giuridici in blocco, piuttosto che *frammentariamente, i singoli cespiti* (art. 214). Neppure è esclusa, infine, la “*dereizzazione*” di *beni* la cui liquidazione apparirebbe non conveniente (art. 213, co. 2).

L'**approvazione del piano** (o di ogni sua opportuna modifica successiva) – e con ciò la sua valutazione nel merito – è riservata al comitato dei creditori, mentre al giudice delegato spetta, oltre che un controllo di legittimità formale, autorizzare fin da subito l'esecuzione di tutti gli atti ad esso conformi.

### 2. La cessione dei beni

La legge è chiara nell'indicare come soluzione preferibile, perché verosimilmente più proficua, quella delle **cessioni “aggregate”**: “la liquidazione dei singoli beni [...] è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori” (art. 214, co. 1).

Il contratto di **cessione d'azienda** o di suoi rami è tendenzialmente sottoposto alla disciplina generale degli artt. 2556 ss. c.c. Ciò anche con riferimento ai contratti dai quali il curatore non si sia già sciolto (che quindi proseguiranno secondo la disciplina dell'art. 2558, c.c.) e ai crediti inerenti (l'art. 214, co. 5, riproduce l'art. 2559, c.c.). Diversa è invece, in principio, la sorte dei **debiti** rispetto alla disciplina generale posta dall'art. 2560, c.c.: poiché infatti, solitamente, i debiti inerenti all'azienda eccedono il suo valore, nessuno si indurrebbe ad acquistarla se dovesse sottostare alla regola dell'accollo prevista dall'art. 2560, c.c.; sicché il meccanismo legale vuole che dei debiti sorti prima del trasferimento *non dovrà farsi carico*, salvo diverso accordo, *il ces-*

*sionario*, ma sempre e soltanto la procedura. Quest'ultima li soddisferà (ancorché, come di consueto, solo parzialmente) incamerando e distribuendo il prezzo della cessione.

In alternativa alla cessione dell'intera azienda, ma sempre nell'ambito delle “cessioni aggregate” (e quindi sempre preferibilmente alla vendita di singoli beni), sarà poi possibile la **cessione delle attività e delle passività dell'azienda** o di suoi rami (ad es., si cedono crediti in cambio dell'accollo dei debiti relativi a posizioni omogenee, con liberazione della procedura, senza quindi il pagamento di un prezzo vero e proprio) o di **beni o rapporti giuridici individuabili in blocco**, cioè di compendi patrimoniali individuabili in relazione alla pertinenza al complesso aziendale ovvero ad altro fattore unificante (si pensi ad un bene immobile e ai contratti di locazione ad esso relativi; ovvero ai rapporti inerenti ad una sola controparte; o ad una certa operazione economica in corso), privi però di quella unitaria destinazione funzionale che li renda autonome articolazioni produttive, qual è invece l'azienda o un suo ramo.

Cedibili – anche per accelerare i prevedibili tempi di realizzo – sono poi anche **singoli crediti** (art. 215, co. 1), ivi compresi quelli di natura fiscale (crediti d'imposta) o futuri, o quelli contestati.

Sempre nella prospettiva della realizzazione del valore delle “pretese” spettanti alla curatela, importante è poi la previsione della **cedibilità delle azioni revocatorie concorsuali** (art. 215, co. 1). Ciò significa che se il curatore (che ne ha l'esclusiva legittimazione) avesse già intentato una o più azioni revocatorie, potrebbe cedere la relativa pretesa, oramai dedotta all'interno di un procedimento giudiziale già avviato, ad un terzo che gli subentri: l'uno così ottenendo un pronto e certo realizzo della pretesa azionata; l'altro sperando di ricavare dall'azione ceduta una plusvalenza pari alla differenza fra il prezzo pagato (verosimilmente scontato in proporzione al rischio stimato di soccombenza) e il valore di quanto si spera di ottenere dal successo dell'azione.

Infine, la liquidazione dell'azienda o di suoi rami, con i rapporti in corso, o anche di singoli beni o crediti, è resa anche possibile, indirettamente, *conferendo tali cespiti in una o più società di nuova costituzione* (c.d. *newco*). Per tal via l'obiettivo finale della monetizzazione dei cespiti conferiti potrà ritenersi facilitato dalla possibilità di poter negoziare le singole partecipazioni nelle società conferitarie, mobilizzando così il valore dei cespiti conferiti, ovvero attribuendole direttamente ai singoli creditori che vi consentano (art. 214, co. 7).

In ultimo, all'art. 216, la legge detta le **modalità** delle vendite e degli altri atti di liquidazione: si tratta delle procedure che regolano l'*individuazione dell'acquirente* e la *determinazione del prezzo*. Si tratterà per lo più di vendite tramite procedure competitive, sulla base di stime predisposte da esperti nominati dal curatore, assicurandone, allo scopo del miglior esito possibile, piena *trasparenza* attraverso la pubblicità disposta su un apposito portale delle vendite pubbliche (art. 216).

## V. *La ripartizione dell'attivo: l'ordine di distribuzione*

La soddisfazione dei creditori concorsuali, seppure non integrale, diviene effettiva con la ripartizione fra di essi del denaro ottenuto all'esito delle attività di liquidazio-

ne. Nonostante una tale fase potrebbe a prima vista apparire la più semplice, consistendo in definitiva nella mera distribuzione di denaro, essa si complica in ragione di due diversi ordini di problemi.

Il primo, detto in prima approssimazione, ha a che vedere con la molteplicità dei criteri legali in ragione dei quali i crediti possono presentarsi con diversa “forza”. Ciò impedisce di considerarli tutti sullo stesso piano, e non consente allora di limitarsi ad una distribuzione del denaro ricavato dalla liquidazione semplicemente in proporzione all’ammontare dei crediti accertati, dovendosi invece tener conto del loro “*ordine*”, o “*rango*”. Si tratta insomma, come già premesso in via generale, della “tensione” che si crea fra il (prevalente) principio di *preferenza* e quello (che in via di principio dovrebbe essere generale) di *proporzionalità*.

L’altro ordine di problemi deriva invece dalla considerazione che la ripartizione sarà tanto più utile quanto più tempestiva. Il che ha condotto il legislatore a prevedere che essa cominci, mediante *riparti parziali*, *senza attendere il completamento delle attività di accertamento del passivo e di liquidazione dell’attivo*; bensì mano a mano che da tale liquidazione si ricavano somme distribuibili. Questa scelta anticipatoria costringe però a muoversi in uno stato di relativa incertezza: quella riguardante l’ammontare complessivo del ricavato finale della liquidazione (cioè del valore effettivo della massa attiva); e quella riguardante l’ammontare complessivo delle pretese (fatte valere nel concorso, ma da accertarsi poi nella loro fondatezza) che dovranno effettivamente essere soddisfatte, cioè dell’ammontare effettivo della massa passiva. Di una tale incertezza, allora, occorrerà tenere conto nel dosare i riparti parziali.

Il primo dei due ordini di problemi segnalati (il solo trattato in questo paragrafo) è quello a cui si riferisce l’art. 221 nel regolare l’“**ordine di distribuzione delle somme**”, prevedendo diversi livelli di preferenza nella partecipazione al riparto. Alla luce di una tale previsione, il principio generale della “*par condicio creditorum*” rivela tutta la sua “relatività”, poiché in definitiva destinato ad operare *solo all’interno dei crediti aventi il medesimo rango* (v. ad es. l’art. 222, co. 4); senza però escludere, che, a monte, possa invece operare un ordine secondo il quale talune categorie di crediti verranno preferite ad altre. Varrà una gerarchia, allora, in virtù della quale *ai creditori di un rango più basso non potrà venire ripartito alcunché fino a quando non trovino integrale soddisfazione quelli di rango più elevato*. L’art. 221, per l’esattezza, prevede che le somme ricavate dalla liquidazione dell’attivo vengano erogate nel seguente ordine: a) per il pagamento dei *crediti prededucibili*; b) per il pagamento dei *crediti ammessi con prelazione* sulle cose vendute; c) per il pagamento dei *creditori chirografari*; d) per il pagamento dei *crediti postergati*.

a) I **crediti prededucibili**, secondo l’art. 6, sono quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge ovvero altri specificati dallo stesso articolo, da accertarsi comunque – salvo eccezioni (art. 222) – insieme a tutti gli altri che confluiranno nello stato passivo. Vi rientrano innanzitutto quelli necessari affinché la stessa procedura possa svolgersi (*spese per la procedura*), ivi compresi i compensi spettanti a chi (come il curatore in primo luogo, o i professionisti che abbia nominato) abbia prestato la propria opera all’interno della procedura stessa, nonché quelli relativi ai c.d. *debiti della massa*: quelli cioè non assunti dal debitore prima dell’apertura della procedura,

bensì contratti dal curatore per la gestione del patrimonio e la continuazione dell'esercizio dell'impresa. Vi rientrano inoltre, nel caso di consecuzione di procedure (quando cioè la l.g. sia stata preceduto da altra procedura, ad es. un concordato preventivo) quelli per *compensi professionali, nei limiti del 75%*, sorti in funzione: della domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione e per la precedente richiesta di misure protettive, se poi gli accordi siano omologati; ovvero della presentazione di una domanda di concordato preventivo e della relativa proposta, se poi la procedura sia aperta. Ciò, evidentemente, al fine di favorire l'apertura prima e l'esecuzione poi di quest'ultima, promettendo "protezione" ai crediti sorti in tale fase per il caso in cui, malauguratamente, quella procedura sfociasse in una l.g.

b) Al secondo livello di preferenza vengono i **crediti assistiti da legittime cause di prelazione** (privilegio, pegno, ipoteca), detti anche (ma solo in senso lato) "**privilegiati**". Anche fra tali crediti privilegiati – considerata la varietà e i diversi rapporti di prevalenza fra i diversi titoli di prelazione – può ben capitare che alcuni non trovino, in realtà, soddisfazione sull'oggetto della garanzia loro concessa: ad es., chi gode di un'ipoteca di secondo grado su un immobile potrebbe vedere la propria garanzia svuotata dall'attribuzione dell'intero ricavato del bene ipotecato a favore del creditore ipotecario di primo grado.

La circostanza poi che le cause di prelazione operino talvolta su beni immobili, talaltra su beni mobili, e talaltra ancora sull'intero patrimonio mobiliare (come nel caso del privilegio generale sui beni mobili), impone al curatore di tenere un **separato conteggio** delle attività di liquidazione (cd. *conti speciali*, art. 223): uno relativo alla "*massa liquida attiva immobiliare*", che tenga conto delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni immobili (si renderà opportuno un autonomo conteggio per ciascun immobile); ed un altro che comprenda "tutte le altre entrate", che costituiranno – secondo un criterio residuale – la "*massa liquida attiva mobiliare*".

c1) Quasi mai soddisfatti per intero, ed anzi non raramente in percentuali, irrisorie, sono poi i **creditori chirografari**. È prevalentemente fra questi, in effetti, che opera appieno la *par condicio*, concorrendo essi *in proporzione all'ammontare del loro credito* sul ricavato della liquidazione che non sia stato assorbito dal pagamento dei crediti prededucibili o privilegiati. Chirografari saranno del resto *gli stessi creditori privilegiati che non abbiano trovato soddisfazione* attraverso la propria garanzia: per la parte non soddisfatta, infatti, il relativo credito "degraderà" a chirografario.

c2) Vengono ultimi i creditori **postergati o subordinati**. La subordinazione, peraltro, potrà essere imposta *dalla legge* o pattuita *per contratto*. E potrà essere (soprattutto nel primo caso, come tipicamente quello individuato all'art. 2467 c.c.) *assoluta* (nei confronti cioè di tutti gli altri chirografari) determinando l'assunzione di un vero proprio rango inferiore; ovvero *relativa*, operante cioè soltanto rispetto ad alcuni chirografari, ma non ad altri.

I creditori subordinati si trovano perciò in una condizione di subalternità rispetto a quelli (tutti od alcuni) chirografari, così come questi lo sono rispetto ai privilegiati; e perciò vengono talora efficacemente indicati come "*antiprivilegiati*". Risulterà ovvio, a questo punto, che se già i chirografari, nella maggior parte dei casi, subiscono una pesantissima falciatura concorsuale, le probabilità che ai postergati tocchi qualcosa rasenta lo zero.

## VI. *La ripartizione dell'attivo: il procedimento di distribuzione*

Le regole che governano la distribuzione del ricavato della liquidazione tendono ad assecondare l'interesse dei creditori alla maggiore *tempestività*, pur nell'*incertezza* di quanto sarà, alla fine, il totale del ricavato e dei crediti da soddisfarsi. Il procedimento della ripartizione comporta allora che il ricavato possa venire distribuito, mediante riparti parziali, man mano che si liquida l'attivo.

Le **ripartizioni parziali** dovranno aver luogo (in principio ogni quattro mesi, ma spesso con cadenze più ampie), sulla base di un *prospetto delle somme disponibili* e di un **progetto di ripartizione** elaborati dal curatore (art. 220).

I progetti di ripartizione dovranno prevedere degli **accantonamenti**, trattenendo e depositando, per non meno del 20% delle somme disponibili (o più se necessario), le somme occorrenti *per la procedura* e per far fronte *ai creditori "incerti"* (art. 227): ad es. le somme stimate necessarie *per le future spese della procedura, per il compenso del curatore e per ogni altro credito prededucibile*, ovvero le somme che potrebbero spettare ai *creditori ammessi con riserva*, a quelli *opponenti* e a quelli *contestati* (la cui domanda cioè sia stata accolta ma poi sottoposta a giudizio di impugnazione).

Gli accantonamenti sono del resto inevitabili anche perché, per intuibili ragioni di efficienza e di tutela dell'affidamento, è tendenzialmente *esclusa la restituzione di somme riscosse*, se in esecuzione del piano di riparto (art. 229, *principio di irripetibilità*).

Tale principio consente di comprendere anche la regola della partecipazione ai riparti dei creditori tardivi e dei creditori privilegiati. I **creditori tardivi**, dei quali ovviamente non si può tener conto nel progetto di ripartizioni parziali precedenti alla loro ammissione, possono concorrere *soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione* (art. 225). Diversa è però, a seconda dei casi, la misura in cui sarà consentita la partecipazione ai riparti successivi. Se sono assistiti da *cause di prelazione* – e quindi titolati, in principio, ad essere soddisfatti con preferenza sui chirografari – potranno via via recuperare, a discapito dei meno titolati, le quote che sarebbero loro spettate nelle ripartizioni precedenti. Analoga possibilità di recupero verrà concessa ai creditori che, pur chirografari, si siano insinuati con ritardo *per causa a loro non imputabile*. Se, invece, si trattasse di credito chirografario insinuato con *ritardo imputabile* allo stesso creditore, la regola (penalizzante) sarà quella per cui esso parteciperà ai riparti successivi nella stessa percentuale riconosciuta a tutti gli altri chirografari.

Ai **creditori privilegiati**, d'altra parte, viene riconosciuto *il diritto di concorrere nelle ripartizioni che si eseguono prima della ripartizione del prezzo dei beni vincolati a loro garanzia* (art. 153), onde non dover attendere la liquidazione di tali beni. Se però, una volta realizzata la garanzia, la somma da essa ricavata si dimostri capiente, la somma equivalente a quanto già anticipatamente percepito dal creditore privilegiato nelle ripartizioni parziali non potrà riversarsi a suo favore, ma verrà assegnata ai creditori chirografari.

Procedendo ai riparti parziali nel rispetto di tutti gli accorgimenti sopra ricordati, si perverrà infine al completamento della liquidazione dell'attivo. A questo punto il curatore presenterà il **rendiconto**, sia contabile che delle attività di gestione compiute (art. 231). Approvato il quale il giudice delegato ordinerà la **ripartizione finale** delle somme, compresi *gli accantonamenti* sino ad allora effettuati (art. 232).

## § 27. LA CHIUSURA DELLA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

**SOMMARIO:** I. *La chiusura della procedura e i suoi effetti.* – II. *La riapertura della liquidazione giudiziale.* – III. *L'esdebitazione.*

### I. *La chiusura della procedura e i suoi effetti*

Secondo il capo VI del c.ins. (artt. 233 ss.), la **chiusura della l.g.** è uno dei due modi di *cessazione della procedura* (l'altro essendo il concordato nella l.g., di cui però si dirà oltre: § 28). La chiusura indica la conclusione, per una o altra delle cause previste dalla legge, della procedura aperta con la sentenza di apertura della l.g.; ben diversamente, dunque, dalla revoca della sentenza di apertura della l.g., che opera invece retroattivamente, salve le eccezioni previste dall'art. 53.

Le **cause di chiusura** della procedura diverse dal “concordato nella l.g.” sono, a norma dell'art. 233:

1) la **mancanza di domande di ammissione al passivo** entro il termine previsto dalla sentenza di apertura. In tal caso la procedura resterebbe priva di scopo, quand'anche fosse stata aperta su istanza di un creditore, se neppure questo, poi, avesse proposto domanda di ammissione.

2) Quando vi sia stata la **soddisfazione di tutti i creditori** (ipotesi rara), grazie alle ripartizioni dell'attivo o anche fosse, se del caso, all'adempimento di un terzo: in ogni caso, non vi sarà ragione di proseguire l'attività di liquidazione del patrimonio del debitore né, più in generale, la procedura stessa.

3) Quando è **compiuta la ripartizione finale dell'attivo**. È questa l'ipotesi più frequente. Quando non resta più nulla da liquidare e ripartire, la procedura avrà esaurito la sua utilità, malgrado taluni crediti, e spesso anzi molta parte di essi, siano rimasti insoddisfatti (ma non perciò estinti). La chiusura non è peraltro impedita dalla pendenza di giudizi che potrebbero essere proseguiti dal curatore, con la possibilità di ricavarne utilità ulteriori: in tal caso, il curatore si limiterà a farne oggetto di “riparti supplementari”, senza che tali sopravvenienze possano giustificare un'eventuale riapertura della l.g.

4) Per **mancanza di attivo**. Evidente che in tal caso la prosecuzione della procedura sarebbe non solo inutile, ma addirittura genererebbe spese che non verrebbero pagate.

In tutte queste ipotesi, sarà il tribunale – *su istanza* del curatore o del debitore (non però dei creditori) o anche *d'ufficio* se la chiusura sia dovuta a mancanza di attivo – ad emanare un **decreto di chiusura** (art. 235). I suoi effetti (che si produrranno solo dopo che siano spirati i termini per proporre reclamo o dopo che gli eventuali reclami siano stati respinti) saranno notevoli, in quanto opposti a quelli della sentenza di apertura (art. 236).

Quanto al **debitore** (soprattutto se persona fisica; le società, invece, spesso si estin-

gueranno, per cancellazione, all'esito della l.g., salvo diversa determinazione dei soci per la ripresa delle attività, se ancora residuasse un attivo patrimoniale: art. 233, co. 2 e 3) *cesseranno gli effetti dello spossessamento* nonché le incapacità o limitazioni di carattere personale. Egli riacquisterà così la piena disponibilità e amministrazione del proprio patrimonio e quindi anche di quella parte già appresa dalla procedura ed eventualmente residuata, che dovrà essergli “restituita”; nonché dei beni che dovessero sopravvenire. Se dei beni tornati nella piena disponibilità del debitore costui avesse disposto durante la procedura, inoltre, i relativi atti spiegherebbero, a questo punto, piena efficacia. Parimenti, il debitore potrà proseguire nei *rapporti giuridici preesistenti* che non si siano sciolti *ex artt.* 172 ss.

Quanto agli *organi* della procedura, essi “decadranno”, anche se per la verità si lascia individuare qualche residua competenza ultra-procedurale (così, nell'eventuale procedimento di esdebitazione o nella distribuzione degli accantonamenti o per la prosecuzione di eventuali giudizi dopo la chiusura, come si dirà fra breve).

Importanti sono poi gli effetti nei confronti dei *creditori*. Con la chiusura della l.g., infatti, *ogni creditore (anche posteriore all'apertura della l.g.) riacquisterà il libero esercizio delle azioni che gli competono verso il debitore*. Anche i creditori concorrenti, pertanto, potranno tornare ad agire individualmente *per la parte del loro credito eventualmente non soddisfatta nella procedura*. Chiusa la procedura, si riaprirà anche, per i creditori concorrenti chirografari, la possibilità di esigere gli *interessi*: questi, infatti, seppur non conteggiabili nella procedura (art. 154), avranno nondimeno continuato a maturare durante essa.

Quanto, infine, alle *azioni già intraprese*, l'esigenza di accelerare la “chiusura” della l.g. fa sì che essa – ma solo nel caso (peraltro più frequente) in cui dipenda da *compiuta ripartizione dell'attivo – non sarà impedita dalla (né osterà alla) prosecuzione di giudizi o procedimenti esecutivi* (compresi quelli da instaurarsi anche dopo la chiusura per attuare decisioni favorevoli alla procedura), rispetto ai quali il curatore mantiene la legittimazione processuale. Vi sarà eventualmente, all'esito di tali giudizi, un *riparto supplementare ed un rapporto riepilogativo finale*, con una sorta di “definitiva” chiusura che (se non altro per distinguerla da quella “anticipata”) la legge nomina “*archiviazione*” (art. 234).

Negli altri casi di chiusura, invece, occorrerà distinguere. Le cause intraprese o riassunte dal curatore *in sostituzione del debitore* (ad es. per l'incasso di un suo credito) o *dei creditori* (ad es. una revocatoria ordinaria), se non ancora concluse alla chiusura della l.g. (ad es. perché questa sia dovuta all'integrale soddisfazione dei creditori e non occorra procedere nella liquidazione dell'attivo) si interromperanno per essere eventualmente riassunte dai legittimati “naturali”. Le azioni “derivanti” dalla procedura – tipicamente le revocatorie concorsuali – ove già non cedute a terzi (art. 215), verranno invece dichiarate improcedibili e i relativi giudizi saranno interrotti.

## II. *La riapertura della liquidazione giudiziale*

Dopo che la l.g. sia stata chiusa, potrebbe aversi, nel termine massimo di *cinque anni*, una **riapertura** dello stesso (art. 237). Ciò in quanto potrebbe risultare utile riattivare la procedura cessata, al fine di regolare, ancora una volta concorsualmente,

crediti concorrenti che non avessero trovato soddisfazione (dunque la riapertura è possibile solo quando la chiusura sia dipesa dall'avvenuta ripartizione dell'attivo o dalla constatata mancanza dell'attivo, e *non vi sia stata nel frattempo una esdebitazione* del debitore), *se nel frattempo si fosse ricreata la possibilità di nuove ripartizioni*: in particolare, quando nel patrimonio del debitore siano affluite nuove attività in misura tale da rendere utile il provvedimento.

In ogni caso, la riapertura deve tener conto anche degli eventuali **nuovi debiti** (art. 238): tali sarebbero quelli contratti dal debitore dopo la chiusura della l.g., così come i debiti contratti durante la procedura chiusa, ma che non potevano farsi valere in essa perché inefficaci nei suoi confronti *ex art. 144*; nonché i debiti, pur anteriori alla procedura, verso chi non vi si fosse mai insinuato.

La riapertura esplica inoltre effetti quanto agli **atti pregiudizievoli** compiuti dal debitore dopo la chiusura (art. 239): i termini a ritroso per le *azioni revocatorie ex artt. 164, 166 e 167*, verranno computati dalla data della sentenza di riapertura, mentre l'inefficacia *ex lege* degli *atti a titolo gratuito* e quelli compiuti fra coniugi (o equiparati) di cui all'art. 169, riguarderà tutti gli atti compiuti *nell'intero periodo* intercorso fra la chiusura e la riapertura della l.g.

### III. *L'esdebitazione*

I crediti anteriori all'apertura della l.g. (comprensivi degli interessi maturati *medio tempore*), e non soddisfatti al suo esito, restano in principio esigibili verso il debitore dopo la chiusura della procedura. Così non è però quando si produca l'effetto dell'**esdebitazione**, consistente nella "*liberazione dai debiti*" e nella "*inesigibilità dal debitore*" "*dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito della procedura*" (art. 278). Lo stesso effetto, peraltro, si produrrà anche nei confronti dei creditori anteriori alla procedura ma che non vi abbiano partecipato, per la parte eccedente la percentuale attribuita ai creditori concorsuali di pari rango. Uniche eccezioni a tale effetto saranno costituite dalla mancata liberazione dei debiti inerenti ad obblighi di mantenimento alimentare, o di risarcimento extracontrattuale o per sanzioni penali o amministrative; nonché dalla persistenza dei crediti verso coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso del debitore (fra i quali però non andranno considerati *i soci illimitatamente responsabili, che invece beneficeranno dell'esdebitazione della società partecipata*).

Un tale effetto della chiusura della procedura di l.g. – da ritenersi oramai "normale", più che espressivo di un privilegio eccezionale e discrezionale come nel passato (e peraltro, come si vedrà, neppure confinato ai soli debitori sottoposti a l.g.) – interferisce, a ben vedere, con la stessa individuazione della funzione della procedura della l.g.: dovendosi prendere atto che essa resta sì orientata al primario scopo della soddisfazione dei creditori, e tuttavia tendenzialmente solo nei limiti del patrimonio concorsuale; caratterizzandosi invece, al suo esito, per una *tendenziale deroga al sistema civilistico della responsabilità patrimoniale*, che come noto vorrebbe che il debitore rispondesse verso i suoi creditori non solo con i suoi beni presenti, ma anche con quelli che gli sopravvenissero in futuro (art. 2740 c.c.).

L'inesigibilità dei crediti non soddisfatti durante la procedura viene infatti ad essere considerata, nel c.ins., come un vero e proprio *diritto* dell'imprenditore già a tre

anni dall'apertura della procedura, o comunque alla chiusura, se precedente (art. 279) e non già quale effetto di un provvedimento giudiziale tendenzialmente discrezionale. Un diritto che (a differenza di quanto previsto dalla previgente legge fallimentare), non potrà essere negato persino quando i creditori concorsuali non siano stati soddisfatti neppure in parte. L'obiettivo di una "seconda opportunità", quale già additato dal legislatore europeo, consente allora all'imprenditore insolvente – non solo persona fisica, ma *anche se si tratti di società o di altro ente* (sempre che la chiusura della procedura non ne comporti l'estinzione) – un *fresh start* che quasi induce a considerare la l.g., una volta constatata l'impossibilità di percorsi alternativi in continuità aziendale, più come un'opportunità che come una "fine" dalla quale rifuggire ad ogni costo.

Uniche condizioni ostative al decreto di esdebitazione, di cui il Tribunale dovrà verificarne l'eventuale sussistenza, saranno allora quelle previste dall'art. 280, e cioè che il debitore: non abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte, o comunque nei cinque anni precedenti; si sia reso colpevole di condotte omissive o commissive talmente gravi (elencate dall'art. 280, co. 1) da escludere la sua meritevolezza.

## § 28. LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE DELLE SOCIETÀ

**SOMMARIO:** I. *Profili generali e poteri “societari” del curatore.* – II. *La liquidazione giudiziale “in estensione” dei soci a responsabilità illimitata.* – III. (Segue). *Il coordinamento fra la procedura di liquidazione giudiziale della società e quelle dei singoli soci.* – IV. *L’attuazione della responsabilità dei soci a responsabilità limitata.* – V. *Le azioni di responsabilità verso i soggetti incaricati di funzioni di amministrazione e controllo.* – VI. *La crisi e l’insolvenza dei gruppi di imprese.*

### I. *Profili generali e poteri “societari” del curatore*

Originariamente, e sino in epoca preindustriale, la procedura fallimentare venne concepita ed attuata avendo riguardo al paradigma dell’impresa individuale. Ed anche quando l’impresa era collettiva (nella forma della “compagnia”, antesignana dell’attuale società in nome collettivo), questa veniva considerata come composta da una pluralità di mercanti (o commercianti), la condizione giuridica dei quali poteva assimilarsi a quella del mercante singolo: anche i primi infatti, come il secondo, rispondevano illimitatamente per le obbligazioni dell’impresa esercitata ed erano allora assoggettabili a fallimento.

Ciò spiega perché la legge fallimentare del 1942 risultasse scritta, tendenzialmente, con riferimento all’imprenditore *tout court*, se non – spesso – con riferimento espresso all’imprenditore persona fisica, constando invece poche norme specificamente dettate per le società, per quanto nell’epoca contemporanea la maggior parte (per numero ma soprattutto per rilevanza economica) delle procedure di l.g. investe imprese aventi forma societaria.

Il c.ins., da questo punto di vista, dedica maggiore attenzione alla crisi delle società, soprattutto con riguardo al fenomeno dei gruppi e alle ristrutturazioni societarie in seno alle procedure concordatarie. Il cuore della disciplina specificamente rivolta alle società resta comunque, anche nel c.ins., quello dedicato alla l.g. delle società e in particolare, in seno a tali procedure, all’attuazione della responsabilità (per debito) dei soci e di quella (per illecito) dei componenti degli organi delle società sottoposte a l.g.

La l.g., innanzitutto, viene prevista, tanto per le società di persone (art. 2308) quanto per le società di capitali (art. 2484, n. 7-bis, come introdotto dall’art. 380 c.ins.), quale causa di **scioglimento**, eventualmente prodromica alla sua cancellazione dopo la chiusura della procedura (art. 233). Questo non vuol dire tuttavia che, sol perciò, cessino di esistere ed operare gli *organi sociali*, o che i loro componenti decadano. Chiaramente, però, le loro *competenze*, e quelle degli amministratori in particolare, risulteranno fortemente ridimensionate in conseguenza della l.g. e, in particolare, di quella serie di suoi effetti consistenti nello spossessamento del debitore. Ciò non esclude però che, ad es., l’assemblea deliberi modificazioni dell’atto costitutivo (ivi compreso un aumento del capitale sociale) o che i sindaci non possano vigilare sulla regolarità del suo svolgimento.

Notevole, a tale riguardo, risulta il concorrente potere, riconosciuto al curatore durante la procedura (art. 264), di compiere “gli **atti e le operazioni riguardanti l’organizzazione e la struttura finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione**” (dandone informazione ai soci che potranno semmai proporre reclamo). Si tratta di un potere di intervento definito con termini che – per quanto generici e non troppo chiari, o forse proprio in ragione di una tale genericità – ne tracciano un’ampia portata, pur restando poco chiaro come si concili il potere, accordato al curatore in via generale, di compiere operazioni riguardanti “l’organizzazione della società” (non dell’impresa, si badi), con la separata ed ulteriore previsione per cui al curatore “possono” venire attribuiti, ma solo “se” previsto dal programma di liquidazione e per determinati atti od operazioni, “*i poteri dell’assemblea dei soci*” (dei quali però, a rigore, occorrerebbe sempre disporre per poter incidere sulla “organizzazione della società”, cioè sulle sue basi statutarie).

## II. *La liquidazione giudiziale “in estensione” dei soci a responsabilità illimitata*

Si è sopra ricordato il fondamento della regola per cui, sin dalle origini del diritto fallimentare, il fallimento della società provocava anche – se non addirittura coincideva con – quello dei suoi soci. Una tale regola vale ancora oggi nel nostro ordinamento, prevedendo al riguardo l’art. 256 che *la sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale di una s.n.c., s.a.s. o s.a.p.a. produce anche la liquidazione giudiziale dei soci illimitatamente responsabili*.

La norma *non vale invece per il socio unico di s.p.a. o di s.r.l.*, quand’anche egli si trovi a rispondere illimitatamente per le obbligazioni sociali nei casi previsti dagli artt. 2325 e 2462 c.c. Il che potrebbe forse spiegarsi per il fatto che la sua responsabilità non è “istituzionalmente” illimitata, ma riguarda solo le obbligazioni sorte nel periodo in cui egli è stato socio unico e se si sono verificate le altre condizioni previste dalla legge.

La l.g. “**in estensione**” è soltanto quella che dalla società si propaga ai soci illimitatamente responsabili. Secondo l’art. 258, infatti, *l’eventuale l.g. di alcuno dei soci non comporta la l.g. della società* (ma solo, al limite, l’esclusione del socio “fallito”, come ancora dice l’art. 2288 c.c.).

Quando ne ricorrano i presupposti, la l.g. in estensione *si produrrà automaticamente*: dovrà infatti essere *dichiarato dal tribunale senza che occorra l’istanza di chicchessia e senza che occorra procedere al previo accertamento dell’esistenza in capo ai soci dei presupposti di assoggettabilità a l.g.* La l.g. del socio illimitatamente responsabile può così ritenersi un’eccezione alla regola generale che collega la l.g. ai presupposti indicati dall’art. 221 (benché sia chiaro che tali presupposti dovranno ben essere accertati in capo alla società sottoposta a l.g.); eccezione che si giustifica in ragione dell’utilità di sottoporre anche i patrimoni dei singoli soci ad altrettante procedure concorsuali, da coordinarsi poi fra di loro e con quella della società, in modo da governare unitariamente, secondo le regole della *par condicio*, sia il concorso delle pretese dei creditori sociali fra di loro, sia il concorso fra di essi e i creditori personali dei soci.

A parte l’ipotesi generale appena indicata, in cui la l.g. della società è estesa automaticamente dal tribunale a coloro che risultano attualmente soci illimitatamente re-

sponsabili, la l.g. in estensione può verificarsi in altre due serie di ipotesi previste dall'art. 256.

a) La prima riguarda i casi in cui un **socio abbia cessato di esser tale** – per morte o per recesso o per esclusione – ovvero **di essere illimitatamente responsabile** (essendo divenuto socio a responsabilità limitata per effetto di trasformazione, di fusione o scissione eterogenee, ovvero accomandante di s.a.s. dopo aver rivestito il ruolo di accomandatario). In tali casi – poiché secondo le norme poste a tutela dei creditori dagli artt. 2290 e 2500-*quinquies* c.c., il socio continua a rispondere illimitatamente per tutte le obbligazioni sociali sorte sino al momento della suddetta cessazione – egli potrà essere sottoposto a l.g. “in estensione” se ricorrano anche queste *due ulteriori condizioni*:

i) *se non sia decorso più di un anno* dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata (secondo il principio, già esaminato, che sorregge gli artt. 33 e 34). Ciò, peraltro, sempre che siano state osservate le formalità per rendere quei fatti *opponibili ai terzi*: iscrizione nel registro delle imprese o, se la società sia irregolare, conoscenza dei creditori realizzata con mezzi idonei, secondo il principio posto dall'art. 2290, co. 2, c.c. (ad es., per raccomandata ai creditori);

ii) *sempre che l'insolvenza della società attenga, almeno in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata*. Il che è ovvio, posto che altrimenti non sarebbe configurabile alcuna pretesa dei creditori sociali verso il socio.

b) La seconda serie di ipotesi (prevista dai co. 4 e 5 dell'art. 256) riguarda invece l'eventuale **scoperta**, *successiva all'apertura della l.g. della società, di (altri) soci illimitatamente responsabili*. In tal caso la dichiarazione di l.g. sarà non solo “in estensione” – o, come si dice per distinguere questa ipotesi, “*in ripercussione*” – ma anche “*successiva*”, per effetto di un'ulteriore sentenza del tribunale, pronunciata stavolta su istanza del curatore o di uno o più creditori, o di uno o più soci sottoposti a l.g., o anche del P.M.

i) Potrà trattarsi di *soci illimitatamente responsabili ulteriori rispetto a quelli già noti* al momento della dichiarazione di l.g. della società (c.d. **soci occulti**).

ii) Ovvero si tratterà di soci illimitatamente responsabili scoperti dopo la l.g. dichiarata nei confronti di un (soggetto inizialmente ritenuto essere un) imprenditore individuale, quando si accerti che in realtà l'impresa sottoposta a l.g. non era individuale, bensì riferibile ad una società (evidentemente irregolare) di cui il soggetto sottoposto a l.g. era socio insieme ad altri (c.d. soci occulti di **società occulta**). In quest'ultimo caso la (ulteriore) sentenza dichiarativa di l.g. in estensione *non sarà meramente integrativa* di quella precedente avente ad oggetto la l.g. della società, bensì *sostitutiva* di quella avente ad oggetto la l.g. dell'impresa individuale. In effetti, si tratterà di modificare tutto il fondamento giuridico e fattuale della prima sentenza, non solo accertando l'esistenza del rapporto sociale sino ad allora ignorato; ma verificando daccapo, rispetto alla società di cui si sia scoperta l'esistenza, la sussistenza di entrambi i presupposti di assoggettabilità a l.g. già accertati in capo all'imprenditore individuale erroneamente sottoposto a l.g. come tale: il che non è scontato.

iii) Tale ultima ipotesi viene inoltre riferita dall'art. 256, co. 5 (secondo uno schema già delineatosi nel passato nella giurisprudenza) anche al caso in cui il soggetto inizialmente sottoposto a l.g. sia già una società che, come tale, possa ritenersi a sua volta socia illimitatamente responsabile di una società di superiore livello: la c.d. “**su-**

**per-società di fatto**". In altri termini, l'estensione della procedura di l.g. non riguarda soltanto il "socio occulto" di società palese o il socio occulto, persona fisica, di "società occulta"; ma sarà considerata società occulta, assoggettabile a l.g., anche quella *s.n.c. di fatto* (la super-società) che, pur non avendo agito sul mercato come tale, si riterrà intercorsa *fra una società, già in l.g.*, e altri soggetti (spesso i soci, per l'ipotesi che abbiano agito in proprio; ovvero altre società del gruppo) che, in ragione dell'attività concretamente svolta, abbiano dato vita, *insieme* a quella società (avendone condiviso, a titolo personale e non solo come soci, investimenti, decisioni, risultato economico), ad un ulteriore sodalizio societario di livello superiore. Col che si avverte il rischio che l'articolazione del rischio di impresa (che pure rappresenta uno dei cardini dell'economia capitalista), quand'anche realizzata ricorrendo a strumenti appositamente predisposti dall'ordinamento, quali le società di capitali o le strutture di gruppo, venga ad essere resa – almeno dinanzi ad un tribunale concorsuale, e pur al di là delle possibili distinzioni teoriche delle diverse fattispecie – di assai precaria ed imprevedibile tenuta, frustrando l'utilità di quegli strumenti.

Infine, va ricordato che tutto il regime appena ricordato, previsto per le società con soci illimitatamente responsabili, viene inoltre esteso (art. 259) anche agli **altri enti ed imprenditori collettivi non societari** (in quanto ovviamente titolari di impresa) e ai suoi "componenti illimitatamente e personalmente responsabili" (si pensi a quelli indicati dall'art. 38 c.c.).

### III. (Segue). *Il coordinamento fra la procedura di liquidazione giudiziale della società e quelle dei singoli soci*

In tutti i casi sopra previsti, il tribunale, prima di dichiarare, con sentenza reclamabile, la l.g. dei soci illimitatamente responsabili, dovrà disporre la **convocazione** a norma dell'art. 41 (art. 256, co. 3). Questo non solo per l'esigenza di assicurare l'effettivo diritto di difesa dei soci, che potranno così, eventualmente, dimostrare l'assenza dei presupposti della l.g. della società (ed allora non vi sarà alcuna apertura di l.g.) o quantomeno del proprio (ad es. dimostrando che il loro recesso da oltre un anno era noto ai creditori); ma, talora, anche allo scopo pratico di indurre i soci eventualmente solvibili a porre rimedio *in extremis* all'insolvenza della società, o quantomeno a ripianare i debiti per i quali sono chiamati a rispondere in via sussidiaria (come nel caso del socio cessato).

Con la dichiarazione di l.g. della società e dei suoi soci illimitatamente responsabili si apriranno altrettante **procedure**, fra loro **distinte e** pur fortemente **connesse**, essendo lo scopo complessivamente perseguito dalla legge, come detto, quello di regolare *il concorso delle pretese dei creditori sociali* (su tutti i patrimoni sottoposti alle diverse procedure) *con quelle dei creditori personali dei soci* (quelli di ciascun socio, nella sola procedura riguardante il proprio debitore).

Al fine di consentire tale coordinamento, l'art. 257 prevede innanzitutto la nomina di **organi comuni** alle diverse procedure, salva la possibilità di nominare diversi comitati dei creditori.

Inoltre, rispondendo ciascun socio (salva la posizione particolare di quelli cessati prima della l.g.) illimitatamente e solidalmente verso tutti i **creditori sociali**, l'insi-

nuazione al passivo da parte di questi ultimi nelle diverse procedure sarà possibile *uno actu: il credito dichiarato dai creditori sociali nella l.g. della società si intenderà dichiarato per l'intero nella l.g. dei singoli soci.*

D'altra parte, i **creditori particolari** di ciascun socio parteciperanno soltanto alla l.g. di quest'ultimo, occorrendo allora una specifica domanda di ammissione al passivo per tale procedura.

Ne risulta – come dispone lo stesso art. 257, co. 3, affermando che “*il patrimonio della società e quello dei soci sono tenuti distinti*” – che per ciascuna procedura occorrerà, sia pure in modo coordinato, effettuare un autonomo accertamento del passivo, pervenendosi alla formazione di *distinte masse passive*: distinguendo i debiti assunti in nome della società da quelli assunti a nome del socio. Sulla base del medesimo principio e in modo altrettanto autonomo occorrerà inoltre procedere alla determinazione delle *diverse masse attive*: quella rappresentata dal patrimonio sociale; e quelle costituite dai patrimoni personali dei singoli soci, su cui concorreranno creditori sociali e personali.

Sulla base delle distinte masse attive e passive, occorrerà assicurare: (i) il concorso fra i creditori personali e i creditori sociali; (ii) la *par condicio* fra i creditori sociali; (iii) la ripartizione del carico delle obbligazioni sociali fra i soci in misura proporzionale alla partecipazione di ciascuno.

(i) Dal primo punto di vista, **tutti i creditori, sociali e personali**, nei limiti in cui i rispettivi crediti siano stati ammessi nelle singole procedure (i creditori personali, dunque, solo a quella del socio loro debitore), **concorreranno in esse** secondo le consuete regole, potendo *contestare*, all'occorrenza, i crediti di qualunque altro creditore con cui si trovino in concorso.

(ii) La *par condicio* fra i creditori sociali sarà invece assicurata dalla loro **partecipazione a tutte le ripartizioni effettuate** in ciascuna procedura alla quale siano stati ammessi, fino all'integrale pagamento.

(iii) Infine, qualora – soddisfatte tutte le obbligazioni sociali – risultasse che alcuno dei soci abbia dovuto farsene carico in misura più che proporzionale rispetto a quanto dovuto in rapporto alla sua partecipazione sociale, resterebbe la **possibilità di un regresso fra le procedure di l.g. dei soci** per la parte eventualmente pagata in più. Ovviamente, sempre che consti un residuo attivo nelle procedure aperte a carico degli altri soci.

Gli **effetti della l.g. in estensione** sono, tendenzialmente, quelli ordinari: il socio subirà il c.d. spossessamento; i crediti nei suoi confronti verranno “cristallizzati” e non potranno più essere fatti valere mediante azioni esecutive individuali (dubbia risulta invece la possibilità e comunque i limiti entro cui il curatore possa ricorrere alla revocatoria concorsuale).

Infine, la distinzione e connessione al tempo stesso delle diverse procedure aperte, si rivela anche con riferimento alla loro **cessazione**. E così, innanzitutto, fermo restando che le procedure individuali potrebbero in principio chiudersi autonomamente (e quindi anche prima di quella sociale: ad es. per mancanza totale di attivo), esse si chiuderanno comunque *quando quella aperta nei confronti della società si sia chiusa per mancanza di domande di ammissione o integrale soddisfazione dei creditori sociali* (art. 233, ult. co.) o anche per il tramite di un *concordato particolare del socio* ovvero

*proposto dalla società*, omologato il quale non cesserà soltanto la relativa procedura di l.g., ma anche quelle relative ai singoli.

#### IV. *L'attuazione della responsabilità dei soci a responsabilità limitata*

Ben più semplici di quelle innanzi considerate saranno le conseguenze della l.g. di una società per i suoi **soci limitatamente responsabili**: rispetto a questi, infatti, si tratterà soltanto, in buona sostanza, di attuare i loro obblighi per gli eventuali conferimenti ancora non eseguiti. Si tratterà dei soci accomandanti di s.a.s. e di s.a.p.a. nonché dei soci di s.p.a., di s.r.l., e di società cooperative. Nelle stesse forme, il socio unico di s.p.a. o di s.r.l. che sia illimitatamente responsabile e che, come si è detto, è sottoposto a l.g. in estensione *ex art. 256*, potrà essere richiesto di quanto egli debba in base agli artt. 2325 e 2462 c.c.

I **versamenti ancora dovuti** dai soci costituiscono in principio uno dei possibili *crediti della massa*, il cui pagamento il curatore potrebbe esigere direttamente, per le vie ordinarie oppure (art. 260) chiedendo al giudice delegato l'emissione di un *decreto ingiuntivo*.

Tema contiguo a quello qui esaminato è infine quello – già sopra ricordato (§ ...) – relativo alla possibilità per il curatore di far valere l'inefficacia (dunque recuperando il denaro pagato) dell'eventuale rimborso di finanziamenti postergati *ex artt. 2467 o 2497-quinquies*, c.c., se avvenuto dopo il deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della l.g., o nell'anno anteriore (artt. 164 e 292).

#### V. *Le azioni di responsabilità verso i soggetti incaricati di funzioni di amministrazione e controllo*

Si esamineranno in seguito, trattando delle società di capitali, i profili della responsabilità risarcitoria derivante dal non diligente esercizio delle funzioni di amministrazione e controllo da parte degli organi sociali, nonché i diversi fronti sui quali essa si esplica (responsabilità verso la società, verso i creditori sociali, verso singoli soci e terzi).

Orbene, secondo l'art. 2394-*bis* c.c. (nelle s.p.a.) la **responsabilità verso la società e verso i creditori sociali**, in caso di liquidazione giudiziale (ma anche di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria), potrà essere fatta valere dal curatore (o, rispettivamente dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario). Può anzi osservarsi come, in pratica, nella maggior parte dei casi tali azioni vengano esercitate proprio dal curatore ai sensi dell'art. 2394-*bis*, e non invece, come potrebbe supporre osservando l'ordine degli artt. 2392 ss. c.c., dai soci o dai creditori.

Principi analoghi valgono ovviamente anche per la s.r.l., nonché per la s.a.p.a. (in virtù del rinvio disposto dall'art. 2454 c.c.) e per le società cooperative (in virtù del rinvio disposto dall'art. 2519 c.c.); nonché, in principio, anche per le società di persone, benché rispetto ad esse la responsabilità personale per le obbligazioni sociali di tutti i soci illimitatamente responsabili, che solitamente ricoprono anche il ruolo di amministratori, renda di fatto superflua un'azione di responsabilità amministrativa.

A sua volta, l'art. 255 riconosce apertamente la legittimazione *esclusiva* del curatore, se autorizzato dal giudice delegato, all'esercizio di ogni **azione di responsabilità** (sia quella sociale che quella spettante ai creditori, ivi compresa quella loro spettante *ex art.* 2497 c.c. verso la capogruppo e gli obbligati in solido) e quindi, verso:

a) gli **amministratori**: rientrandovi, secondo la giurisprudenza, anche i soggetti ai quali possa imputarsi la qualifica di *amministratore di fatto*, ed essendo soggetto alla medesima responsabilità anche, nelle s.p.a. quotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis*, ult. co., TUF);

b) i **componenti degli organi di controllo** (anche in virtù del rinvio operato dall'art. 2407, ult. co., c.c.), quale che sia il sistema di amministrazione e controllo adottato, ed estendendosi tale responsabilità anche ai *revisori legali e alle società di revisione legale* (art. 15 d.lgs. 39/2010);

c) i **direttori generali** e, se la società sia stata posta in liquidazione prima della procedura di l.g., i **liquidatori**;

d) inoltre, nella s.r.l., competerà al curatore anche l'azione responsabilità prevista dall'art. 2476, co. 7, contro i “**soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci e i terzi**”;

e) i **componenti degli organi di enti ed imprenditori collettivi non societari**, in quanto sottoposti a l.g. (art. 259).

La **legittimazione del curatore** è *esclusiva*, non potendo dette azioni essere intraprese dai soci o dai creditori ed interrompendosi eventualmente le azioni da questi ultimi già intentate (salva peraltro la possibilità del curatore di riassumerle, anziché intenderle *ex novo* sulla base di nuovi elementi probatori o di una diversa strategia argomentativa).

## VI. *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di imprese*

La crisi o l'insolvenza di un'impresa, intesa in senso *economico*, si inserisce talora in un contesto nel quale il suo esercizio risulta *giuridicamente* imputabile ad una pluralità di soggetti, per lo più aventi forma societaria. Questi vengono fra di loro articolati e coordinati (dal soggetto che, per rapporti partecipativi o contrattuali, ne abbia il potere, c.d. capogruppo) in modo da imputare a ciascuno di essi i diversi segmenti di attività (industriale, finanziaria, commerciale, immobiliare, ecc.) attraverso i quali si svolge la complessiva attività d'impresa: e ciò sia al fine di specializzare le operatività dei singoli soggetti coinvolti, sia allo scopo di frazionare fra di essi il complessivo rischio di impresa, restando ciascun soggetto coinvolto titolare di un patrimonio autonomo rispetto a quello degli altri.

Questa articolazione in un **gruppo di imprese** (come detto, per lo più societarie) non toglie tuttavia che assai spesso la crisi o l'insolvenza dell'una si inserisca in un contesto di crisi o di insolvenza anche delle altre, e cioè dell'intera “impresa di gruppo”. In questi casi può sorgere allora l'esigenza – per meglio fronteggiare le cause della crisi, o anche soltanto per coordinare la migliore realizzazione dell'attivo dell'impresa di gruppo, dislocato in distinti patrimoni – che possano essere più, o tutti, i soggetti che compongono il gruppo ad essere sottoposti ad una **procedura concorsuale unitaria**, anziché avviare tante procedure quante sono le singole imprese coinvolte. Esigenza, questa, che riguarda non solo la l.g., ma anche altri strumenti di rego-

lazione dell'insolvenza (o anche soltanto della "crisi") previsti dal c.ins. (anch'essi dunque considerati in questa sede, al fine di una esposizione unitaria della tematica).

In questa prospettiva il c.ins., prevede la possibilità di procedure concorsuali unitarie che riguardino l'intero gruppo di imprese, o almeno una pluralità delle imprese che lo compongono (artt. 284-292). In particolare, più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo (tutte aventi il loro "centro di interessi" in Italia) potranno con *unico ricorso*: *a*) chiedere di essere ammesse a *concordato preventivo* o all'*omologazione di un accordo di ristrutturazione*, se ciò risulti maggiormente conveniente per i creditori delle singole imprese; *b*) ovvero, se siano in stato di insolvenza, venire sottoposte ad una *unitaria procedura di liquidazione giudiziale*.

Beninteso, in entrambi i casi non vi sarà alcuna confusione patrimoniale, le masse attive e passive delle singole imprese restando *autonome*. Tuttavia, significativi vantaggi economici potranno ritrarsi dall'*unicità degli organi concorsuali e del complessivo programma attuativo della procedura*: tanto che questo sia descritto, in caso di concordato preventivo, da un complessivo piano o da più "piani fra loro reciprocamente collegati ed interferenti"; quanto che sia descritto, nella l.g., da un programma di liquidazione unitario che coordini il realizzo degli attivi delle diverse imprese. Potrà in questo modo ottenersi sia un contenimento dei costi procedurali che un miglioramento del risultato economico complessivo grazie alle sinergie programmate. Nel caso di piano concordatario, in particolare, potranno anche prevedersi operazioni contrattuali (compresi trasferimenti di risorse) e riorganizzative infragruppo, se volte ad assicurare la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori.

Inoltre, una maggiore equità nel trattamento dei creditori delle diverse imprese sottoposte a l.g. potrà essere recuperata grazie alla possibilità, per il curatore: *(a)* di far dichiarare inefficaci le *operazioni infragruppo* che nei cinque anni precedenti l'accesso alla procedura abbiano spostato risorse a favore di taluna delle imprese del gruppo, in pregiudizio dei creditori; *(b)* di promuovere le *azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 c.c.*

## CAPO SECONDO

# GLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI

## § 29. IL CONCORDATO PREVENTIVO

**SOMMARIO:** I. *Presupposti e funzione.* – II. *La proposta e il piano: concordato liquidatorio e in continuità aziendale.* – III. *L'apertura della procedura.* – 1. La domanda di ammissione. – 2. La domanda di concordato “con riserva”. – 3. L'ammissione alla procedura. – IV. *Gli effetti dell'apertura.* – 1. Per il debitore. – 2. Per i creditori. – 3. Sui contratti pendenti e sugli atti pregiudizievoli. – V. *La fase intermedia della procedura e la nuova finanza.* – 1. Il ruolo del commissario giudiziale e l'informazione dei creditori. – 2. La “nuova finanza”. – VI. *La votazione.* – VII. *L'omologazione del concordato.* – 1. Il giudizio di omologazione. – 2. Gli effetti dell'omologazione. – VIII. *L'esecuzione del concordato. Risoluzione e annullamento.* – IX. *La partecipazione dei soci al concordato preventivo.*

### I. *Presupposti e funzione*

La tensione fra un'impresa commerciale in crisi e i suoi creditori può trovare soluzioni diverse dall'apertura di una procedura di l.g. A parte eventuali accordi stragiudiziali, il c.ins. prevede svariati percorsi alternativi a quello liquidatorio, tutti in qualche modo connotati da una componente negoziale, che vengono complessivamente indicati come “**strumenti di regolazione della crisi**”. Nell'ordine del c.ins. essi sono: *il piano attestato di risanamento; gli accordi di ristrutturazione dei debiti; la convenzione di moratoria; il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione; le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento* (queste solo per i debitori non assoggettabili a l.g.); *il concordato preventivo* (la cui logica, anch'essa permeata da profili di negozialità, si ritrova poi anche nel “concordato nella l.g.”, che tuttavia si inquadra nell'ambito di tale procedura liquidatoria, rappresentandone una modalità di cessazione)

Non v'è dubbio però che, rispetto ad un tale ordine normativo, sia proprio l'ultimo degli “strumenti” appena elencati, il **concordato preventivo**, a meritare una trattazione prioritaria per il suo ruolo in qualche modo paradigmatico: non solo perché storicamente più risalente e consolidato, ma anche per la centralità sistematica che esso e i suoi principi assumono nel quadro delle soluzioni negoziate della crisi di impresa; e quindi anche per meglio comprendere, per somiglianze o differenze, i principi che governano gli altri strumenti di regolazione alternativi (e da preferirsi, secondo l'art. 7, co. 2, accordando loro precedenza se possibile) alla liquidazione giudiziale.

Il concordato preventivo (artt. 84 ss.), dunque, costituisce, al pari della l.g., una **procedura concorsuale giudiziale**.

Attraverso di essa un imprenditore in crisi ha la possibilità, senza perdere il potere

di gestire la sua impresa e godendo di una moratoria sui debiti esistenti, di formulare ai suoi creditori una proposta per il soddisfacimento, sia pur parziale o differito, dei loro diritti. La proposta, se regolarmente accettata dalla maggioranza dei creditori e omologata dal tribunale, limiterà i debiti dell'imprenditore a quanto in essa promesso, con conseguente liberazione, anche verso i creditori che non abbiano assentito alla proposta stessa, da ogni altro debito precedente. Funzione del concordato preventivo è dunque quella di pervenire ad una *ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei creditori*, pur potendosi per tal via realizzare anche obiettivi ulteriori e complementari, come la conservazione del complesso aziendale e dei livelli occupazionali (art. 84).

L'obiettivo di soddisfare i creditori, comune anche alla procedura di l.g., consente di apprezzare come il concordato preventivo possa rappresentarne un'alternativa: non a caso, dal punto di vista dei **presupposti** delle due procedure, si riscontra una rilevante sovrapposizione.

Dal punto di vista *soggettivo*, infatti v'è coincidenza (l'art. 84 rinvia al 121), trattandosi di procedure rivolte ad **imprese commerciali non piccole**. Dal punto di vista *oggettivo*, il presupposto del concordato preventivo è invece più ampio, comprendendo non solo lo **stato di insolvenza**, al pari della l.g., ma anche il meno grave lo **stato di crisi** dell'impresa, che esprime una situazione di mera "*probabilità di insolvenza*", capace di manifestarsi (anche) attraverso l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi (art. 2, co. 1).

Ciò rivela una possibile *funzione preventiva, anticipatoria* del concordato rispetto alla l.g., in quanto consente di avviare una regolazione concorsuale dei debiti ancor prima che la situazione economico-finanziaria divenga una vera e propria insolvenza: con l'opportunità allora, per il debitore, di "pilotare" la crisi senza subire gli effetti della l.g. e ottenendo una parziale esdebitazione, e per i creditori di concorrere su un valore potenzialmente maggiore di quello ricavabile in sede di l.g. Del resto, un risultato economico preferibile potrebbe realizzarsi per via concordataria, grazie all'azione del titolare dell'impresa, quand'anche già constasse un'insolvenza (il che anzi è il caso più frequente): in questo caso la procedura ponendosi non tanto in funzione anticipatoria di una l.g., ma quale *alternativa* ad esso.

## II. *La proposta e il piano: concordato liquidatorio e in continuità aziendale*

Il nucleo della domanda di concordato preventivo consiste in una proposta ai creditori, con cui si offre loro una soddisfazione che, benché *incompleta* (e cioè in misura inferiore e/o in termini dilazionati rispetto a quanto dovuto), si prospetta come preferibile rispetto a quella ricavabile da una l.g.

La **proposta**, per poter essere *adempiuta*, richiede risorse economiche da ricavarsi attraverso un certo percorso descritto in un **piano**, che dovrà essere *eseguito*. Il percorso programmato nel piano può inquadrarsi a sua volta in due diverse tipologie, nominate dalla legge: la *continuità aziendale* e la *liquidazione del patrimonio*.

Seppure questa seconda tipologia (**concordato liquidatorio**) possa risultare – come testimonia l'esperienza passata – più appetibile dagli imprenditori, spesso al solo scopo, opportunistico, di poter regolare la propria insolvenza sottraendosi alla pro-

cedura di l.g. (già “fallimentare”), ma con analoghe percentuali, spesso irrisorie, di soddisfazione dei creditori, essa risulta, per diritto vigente, in certa misura “scoraggiata”. Il “concordato con liquidazione del patrimonio”, infatti, sarà accessibile solo a condizione che la proposta: (i) preveda un *apporto di “risorse esterne”* (l'imprenditore, o eventuali terzi, dovrebbero cioè immettere nuova ricchezza nel patrimonio da liquidarsi) *di almeno il 10%* dell'attivo disponibile; (ii) assicuri il *soddisfacimento* dei crediti chirografari e di quelli privilegiati – per la parte non coperta (“incapiente”) dalla garanzia che li assiste, che sarà trattata come chirografaria – *in misura pari almeno al 20%*, percentuale mediamente assai superiore a quella ricavabile dalle l.g.

Il concordato preventivo al quale invece, come si vedrà anche tramite alcune misure incentivanti, il c.ins. vorrebbe orientare gli imprenditori, sempre che non si renda inevitabile una l.g., sarà allora il **concordato in continuità aziendale**, in quanto anch'esso finalizzato alla *tutela dei creditori*, e però *anche* a “preservare, nella misura possibile, i *posti di lavoro*” e gli stessi *complessi produttivi* (e con ciò il complessivo tessuto economico-sociale).

La *continuità aziendale* potrà essere *diretta o indiretta*, a seconda che l'attività imprenditoriale venga proseguita *dallo stesso imprenditore proponente*, ovvero, rispettivamente, *da altro soggetto*, sulla base di un titolo che gli consenta la gestione o la ripresa dell'attività (cessione o affitto o usufrutto dell'azienda, o anche suo conferimento in società nuova o preesistente che assumerà pertanto il ruolo di nuovo imprenditore).

Il “**piano**” concordatario, pur vincolato nella *funzione* (ristrutturazione dei debiti e soddisfacimento parziale dei crediti), non viene dalla legge predeterminato nel suo specifico *contenuto*, potendo realizzarsi quella funzione “*attraverso qualsiasi forma*” che la legge (art. 87, co. 1, lett. *d*) si limita solo ad esemplificare (cessione dei beni, accollo dei debiti, operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione di azioni o altri strumenti finanziari ai creditori).

Quel che si impone, piuttosto, è una certa *struttura* del piano, che dovrà necessariamente articolarsi secondo un certo schema che dia conto di alcuni fondamentali dati: la descrizione delle caratteristiche dell'impresa, della sua situazione economico-finanziaria e della posizione dei lavoratori; le cause della sua crisi; il suo valore di liquidazione in una ipotetica procedura di l.g. (parametro, come si vedrà, importante per svolgere alcune valutazioni funzionali all'omologazione); le modalità e i tempi di adempimento della proposta; *quando il piano sia in continuità aziendale*, poi, anche *il piano industriale* da seguirsi, il suo impatto sulla situazione finanziaria, i suoi costi e ricavi attesi; gli apporti di finanza nuovi e le azioni risarcitorie e recuperatorie – comprese quelle che potrebbero esperirsi solo in seno ad una l.g. – attraverso le quali incrementare il patrimonio disponibile; le diverse “parti” (creditori, ma eventualmente anche soci, come si vedrà) interessate dal piano, e la loro eventuale suddivisione in classi, ovvero le parti non interessate.

Inoltre, nella domanda dovranno essere specificate *le ragioni per cui la proposta sia preferibile* alla l.g.; nonché, nella proposta – se inerente ad un concordato in *continuità aziendale* – anche quale sarebbe “*l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile per i creditori*”, visto che essi dovranno essere soddisfatti non solo attingendo al valore attuale del patrimonio (“**valore di liquidazione**”), ma anche

– seppure non necessariamente in misura non prevalente, dal nuovo valore generato dalla continuità aziendale (“**valore eccedente**”),

All'interno della cornice così descritta, meritano poi di essere focalizzati taluni **specifici profili** del piano o della proposta:

a) Innanzitutto, la proposta concordataria potrebbe anche essere assistita da **garanzie**, reali o personali, tipiche o atipiche (ad es. una lettera di *patronage*) a favore di tutti o alcuni creditori, offerte dallo stesso imprenditore (o dai suoi soci, se sia una società) o da terzi. Ovvero indicare un terzo, c.d. **assuntore** (che potrebbe anche essere uno o più creditori, o società da essi partecipare) che, a fronte della cessione a suo favore dell'azienda, si accolli (in via cumulativa o liberatoria) i debiti previsti dalla proposta.

b) I creditori (o “le parti interessate”, fra queste potendo rientrare a certe condizioni gli stessi soci della società proponente) potranno essere *suddividere in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*, riservando poi *trattamenti differenziati* ai creditori appartenenti alle diverse classi. I creditori, in effetti, non costituiscono un gruppo omogeneo, differenziandosi per titolo giuridico e condizione economica; si pensi ad es. alle banche, ai lavoratori, ai fornitori commerciali, o al Fisco o agli enti previdenziali (questi ultimi due, anzi, destinatari di una disciplina *ad hoc*, prevista dall'art. 88). La possibilità di un'offerta differenziata e “plasmata” in ragione delle aspettative dei diversi creditori consentirà allora di intercettare un consenso potenzialmente superiore a quello che riscuoterebbe un'offerta “monolitica”, identica per tutti i creditori di pari rango. In alcuni casi, peraltro, la suddivisione dei creditori in classi potrà essere obbligatoria; al di là degli specifici casi previsti dalla legge, soprattutto, essa sarà “*in ogni caso obbligatoria*” nel concordato con continuità aziendale.

c) Fondamentale è poi la possibilità di prevedere un **pagamento non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca**, purché la soddisfazione loro assicurata “non risulti 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 diritti sui quali sussiste la causa di prelazione” e alle spese di procedura. Per la parte restante del credito (cioè quella che esorbita dal valore effettivamente realizzabile) i privilegiati saranno invece considerati come chirografari.

d) La tendenziale autonomia del debitore nel decidere se e come formulare una proposta concordataria, incontra infine due importanti **limiti**. L'uno concerne l'eventualità che il piano contempra *l'offerta di un soggetto, già individuato, di acquisire l'azienda* (o suoi rami o beni) *ad un prezzo già determinato*; o che comunque preveda un contratto che realizzi indirettamente lo stesso effetto. Modalità, questa, dietro la quale – bisogna riconoscere – si annida talora il tentativo del debitore di reimpossessarsi a basso costo della sua azienda, per il tramite di prestanome o “sodali” che figurino come offerenti. In questo caso allora, il commissario giudiziale, valutata la congruità dell'offerta e il miglior interesse dei creditori, potrà sollecitare il Tribunale a promuovere un procedimento competitivo che consenta a terzi di formulare “**offerte concorrenti**”; con l'*obbligo* del debitore – se alcuna di essa venga preferita, nel corso di un'apposita udienza, alle altre e a quella contenuta nel piano – a modificare il piano già proposto in conformità all'esito della gara (art. 91).

e) L'altro e ancor più significativo (sebbene scarsamente riscontrabile, nella pras-

si) limite (art. 90) riguarda la possibilità che uno o più creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti possano presentare una o più **proposte concorrenti** a quella del debitore, se di quest'ultima non sia attestata l'idoneità a pagare i chirografari almeno il 40% (o il 30%, se il concordato è con continuità, o il 20% se il proponente avesse utilmente avviato una procedura di composizione negoziata). La o le proposte concorrenti saranno sottoposte al voto dei creditori insieme a quella del debitore: potendo allora, se una di esse venga preferita a tutte le altre, condurre all'omologazione del piano concordatario che essa prospetta: un piano, dunque, non proposto dal debitore ma ugualmente obbligatorio per quest'ultimo, addirittura con poteri del commissario giudiziale (o di un amministratore giudiziario nominato *ad hoc*) di darvi coattivamente esecuzione in sostituzione del debitore inerte (art. 118).

### III. *L'apertura della procedura*

#### 1. *La domanda di ammissione*

L'iniziativa di accedere al concordato preventivo spetta solo al debitore. La **domanda di ammissione** alla procedura, secondo il "procedimento unitario" previsto dagli artt. 40 ss., assume la forma del *ricorso* sottoscritto dal debitore o, se questo è una società o altra forma di impresa collettiva, dai suoi amministratori cui compete in via *esclusiva* la decisione (della quale dovranno informarne i soci senza che però questi li possano revocare solo a motivo della scelta compiuta: art. 120-*bis*). Il ricorso va presentato al tribunale del luogo ove l'impresa ha il centro principale dei suoi interessi e su iniziativa della cancelleria sarà *pubblicato* nel registro delle imprese. Insieme ad esso occorrerà depositare (art. 39) le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi e Iva, i bilanci degli ultimi tre anni, ed una situazione economica patrimoniale e finanziaria aggiornata; inoltre, l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e eventuali cause di prelazione e l'indicazione degli atti di straordinaria amministrazione degli ultimi cinque anni.

La domanda, contenente la proposta e il piano come sopra descritti, e corredata dalla documentazione appena ricordata, dovrà essere accompagnata dalla **relazione di un professionista** designato dal debitore *che attesti la veridicità dei dati aziendali esibiti e la fattibilità del piano*. Si tratta di un'attestazione di grande rilevanza, dacché tutto il senso economico della proposta verrebbe alterato se essa risultasse fondata su premesse errate o previsioni improbabili.

#### 2. *La domanda di concordato "con riserva"*

L'ammissione al concordato è favorita anche nel caso in cui l'imprenditore ancora non sia riuscito a confezionare un piano concordatario da presentare ai creditori, in quanto stia ancora esplorando quali condizioni sarebbero accettabili. La fase di "trattative", del resto, potrebbe generare allarmi che anziché favorire la composizione della crisi, potrebbero provocare istanze di l.g. che precluderebbero la via concordataria.

L'art. 44 consente allora di depositare un *ricorso contenente la domanda di concordato* (corredata, in questa fase, dei soli bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e a un

elenco dei creditori: art. 39, co. 3), *riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione* entro un successivo termine assegnato dal giudice. Si parla perciò di “**concordato con riserva**” o anche “**in bianco**” (o anche concordato “*prenotativo*”, o “*pre-concordato*”).

Il vantaggio sta in ciò, che nel periodo così concessogli con decreto (60-120 giorni) il debitore potrà definire la proposta concordataria senza temere di incorrere in una dichiarazione di l.g., dal momento che *medio tempore* già cominceranno a prodursi alcuni degli effetti tipici della domanda di concordato “completa”. Fra questi, ma solo se l'imprenditore proponente ne faccia apposita istanza con la domanda (o successivamente) il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori, che per contro beneficeranno della sospensione dei termini prescrittivi e decadenziali dei propri diritti (cd. *misure protettive*: art. 54, co. 2). Anzi, la possibilità di prevenire possibili istanze di l.g. o persino il loro accoglimento quand'anche già fosse in corso l'istruttoria, ha fatto sì, in pratica, che si ricorra più spesso ad un tale percorso anticipatorio che non alla domanda di concordato già completa del piano.

Per contenere il rischio di un abuso di una siffatta possibilità, tuttavia, il tribunale, nello stesso decreto di concessione dei termini per il deposito della domanda, nominerà un *commissario giudiziale*, affinché accerti l'eventuale sussistenza di atti fraudolenti del debitore, che conserverà l'amministrazione dei suoi beni e la gestione dell'impresa (salva l'autorizzazione del Tribunale degli atti di straordinaria amministrazione: art. 46); disporrà *obblighi informativi periodici* sulla gestione finanziaria dell'impresa e sull'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta, oltre all'obbligo di depositare una *situazione finanziaria* mensile; ordinerà il versamento di un anticipo di parte delle *spese* di procedura. Se il debitore non ottemperi a tali obblighi o compia atti fraudolenti rilevati dal commissario, il decreto di concessione dei termini potrà essere revocato.

Nel termine assegnato, il ricorso dovrà essere integrato dalla proposta, dal piano e dalla residua documentazione prevista dall'art. 39, proseguendo poi la procedura normalmente. Oppure, in alternativa, potrà depositarsi un ricorso per l'omologazione di un *accordo di ristrutturazione dei debiti* o di un *piano di ristrutturazione*, quali previsti rispettivamente dagli artt. 57 ss. e 64-*bis* (appresso analizzati), così “dirottando” la procedura di concordato verso quella prevista da tali disposizioni. Se invece nel termine assegnato non venisse presentata la proposta con il piano e la documentazione richiesta, le conseguenze non potranno che essere quelle di una mancata ammissione alla procedura di concordato, con eventuale successiva l.g.

### 3. *L'ammissione alla procedura*

Sull'**ammissibilità del ricorso** deve pronunciarsi il tribunale *verificando la sussistenza dei presupposti della procedura e della documentazione* sopra indicata (art. 47). In particolare, in caso di domanda di *concordato liquidatorio*, il Tribunale valuterà *l'ammissibilità della proposta* (anche quanto alle nuove risorse e al livello minimo di soddisfazione dei creditori, imposti dall'art. 84, co. 4) e la *fattibilità* del piano, intesa come “*non manifesta inattitudine*” a raggiungere gli obiettivi prefissati. Nel caso di *concordato con continuità aziendale* (per il quale evidentemente ogni prognosi è più

complessa), sarà invece valutata la mera *ritualità* della proposta e, sul piano della fattibilità del piano, soltanto se esso sia “*manifestamente inidoneo*” alla *soddisfazione dei creditori* (come proposta) e alla *conservazione dei valori aziendali*.

Alla luce dei suddetti criteri di giudizio, se la domanda non risultasse ammissibile (eventualmente neppure all'esito di un termine concesso per modificare il piano o integrare la documentazione) il Tribunale dichiarerà *inammissibile* la domanda di concordato con decreto non soggetto a reclamo, eventualmente poi dichiarando l'apertura della l.g. del debitore.

Se invece il ricorso venga ritenuto ammissibile, il tribunale, *dichiara aperta la procedura* con **decreto di ammissione** (reclamabile), nominando gli altri organi: il *giudice delegato* e il *commissario giudiziale* (eventualmente confermando quello già nominato a seguito della domanda con riserva). Quest'ultimo, in particolare, pur munito di funzioni e poteri diversi da quelli del curatore della l.g., è soggetto a molte delle norme previste per quest'ultimo; ma di certo non rappresenta, neppure indirettamente, né il debitore (che conserva la disponibilità delle sue situazioni soggettive) né i creditori.

#### IV. *Gli effetti dell'apertura*

##### 1. *Per il debitore*

L'apertura del concordato lascia il debitore a capo della sua impresa, *conservando l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa* (art. 94); esercizio che, come si è detto, è centrale nel piano concordatario con continuità aziendale, come il mezzo attraverso il quale realizzare (anche in misura non prevalente, specifica l'art. 84) i proventi promessi ai creditori. Di ogni atto compiuto dopo l'apertura della procedura, pertanto, l'imprenditore risponderà con il suo patrimonio, ben potendo le controparti pretendere l'esatta prestazione convenuta alla scadenza e, in caso di inadempimento, agire a tutela delle proprie ragioni.

Se si tratti di società, in particolare, la sua attività proseguirà normalmente sotto l'impulso dei suoi organi, che manterranno inalterata la loro funzionalità. E ciò (eccezionalmente, ma solo sino alla chiusura della procedura con l'omologazione) anche se constassero *perdite di capitale* che provocherebbero altrimenti, per la sua discesa al di sotto del minimo legale, lo scioglimento *ex art. 2484, n. 2, c.c.* (art. 89).

Per evitare che il debitore abusi del suo perdurante **potere di gestione**, esso incontra però due ordini di **limiti** (ciò per cui talora si parla di “spossessamento attenuato”).

a) In primo luogo, il compimento di **atti eccedenti l'ordinaria amministrazione** non potrà produrre effetto nei confronti dei creditori anteriori al concordato senza l'*autorizzazione del giudice delegato*, senza la quale anzi sarà disposta la revoca del decreto di ammissione.

In questo quadro si inserisce anche la possibilità che il debitore – dopo la presentazione della domanda di concordato o anche del solo ricorso “con riserva” – chieda al tribunale di essere autorizzato a contrarre **nuovi finanziamenti** (di cui si dirà appresso).

Saranno invece compresi nell'ordinaria amministrazione l'assunzione e il pagamento di **nuovi crediti di gestione**, che andranno soddisfatti, insieme a ogni altro

**credito prededucibile**, durante la procedura (art. 98), restando altrimenti prededucibili anche in seno nella procedura di l.g. che dovesse conseguire al concordato (art. 6, co. 1, lett. d).

Diversamente si pone la questione per il pagamento dei **crediti anteriori**, posto che essi dovrebbero in principio essere soddisfatti soltanto in esecuzione del piano omologato e non durante la procedura, alterandosi altrimenti la *par condicio*. Tuttavia, se si tratti di concordato *con continuità aziendale*, il **pagamento dei crediti pregressi** per prestazioni di beni e servizi potrà essere *autorizzato* dal Tribunale se risulti – come da attestazione di professionista indipendente allegata ad apposita istanza del debitore formulata nella domanda di accesso – “essenziale per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionale ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”. Valutata *a contrario*, la stessa norma sembra quindi ritenere inammissibile il pagamento di crediti anteriori in assenza delle suddette condizioni.

b) Un secondo limite di ordine generale consiste in ciò, che l’**amministrazione del patrimonio** dell’imprenditore e la **gestione dell’impresa**, pur lasciate all’imprenditore (salva l’autorizzazione, eventualmente dispensabile al di sotto di un certo valore, da parte del giudice delegato degli atti di straordinaria amministrazione) saranno esercitate *sotto la vigilanza del commissario giudiziale* (art. 94). Questi, anzi, potrà provocare l’interruzione della procedura laddove accertasse il compimento di atti eccedenti l’ordinaria amministrazione non autorizzati o comunque di atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. In questo caso, il commissario ne riferirà al tribunale affinché questo apra il procedimento per la revoca dell’ammissione al concordato, per poi eventualmente dichiarare anche la l.g. dell’impresa (art. 106).

## 2. Per i creditori

Per i creditori il concordato comporta innanzitutto – sempre che il creditore abbia chiesto ed ottenuto la concessione delle misure protettive previste dall’art. 54 – che fino all’omologazione, non potranno, a pena di nullità, iniziare o proseguire **azioni esecutive e cautelari** sul patrimonio del debitore. Se poi si tratti di un concordato con continuità aziendale, esso potrà prevedere una moratoria fino a un anno dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di cause legittime di prelazione (sei mesi, però, per i crediti dei lavoratori dipendenti assistiti da privilegio: art. 86).

Potrà realizzarsi così quell’“ombrello protettivo” al cui riparo la negoziazione potrà svolgersi senza dover temere l’iniziativa di questo o quel creditore, contando su una sorta di cristallizzazione della massa passiva analoga a quella che si produce per effetto della l.g. Della procedura di l.g. sono infatti espressamente richiamati, a quello scopo, le norme relative agli “*effetti per i creditori*” (artt. 153-162); d’altra parte, durante questa fase, stante l’inibizione dal potere di agire a tutela delle proprie ragioni, *non matureranno né i termini prescrizione né quelli decadenziali*.

L’eventuale divieto di azioni esecutive, ove richiesto, *vale però solo per i creditori anteriori* alla (pubblicazione della) domanda di concordato, in nulla pregiudicando la posizione di coloro che vantino crediti sorti dopo la domanda, che avranno quindi tutto il diritto di essere *soddisfatti alla scadenza e alle condizioni convenute* contrattualmente (art. 98), con libertà di intraprendere individualmente ogni iniziativa cautelare od esecutiva nei confronti dell’imprenditore.

### 3. *Sui contratti pendenti e sugli atti pregiudizievoli*

Circa i **contratti pendenti** (“ancora *ineseguiti* o non completamente eseguiti nelle *prestazioni principali* da *entrambe* le parti”) alla data della presentazione del ricorso, l'art. 97 prevede che, essi **proseguono** durante il concordato. Tuttavia, con autonoma istanza al Tribunale e da notificarsi alla controparte, il debitore potrebbe chiedere l'*autorizzazione a sciogliersene*, ovvero la loro **sospensione**, qualora si tratti di contratti non coerenti con le previsioni del piano e la sua esecuzione. Alla controparte dovrà però riconoscersi un *indennizzo* – equivalente al risarcimento del danno che gli sarebbe spettato in caso di inadempimento – da soddisfarsi come *credito anteriore* al concordato stesso, subendo quindi al pari degli altri crediti anteriori la falcidia concordataria. Fanno **eccezione** a tale disciplina di favore per il debitore, tuttavia, taluni rapporti contrattuali, fra cui soprattutto – per evidenti ragioni – quelli di *lavoro subordinato*, di locazione immobiliare e quelli preliminari aventi ad oggetto l'acquisto dell'abitazione o la sede principale.

Quanto agli **atti pregiudizievoli** precedenti all'apertura della procedura, la legge tace. Nella logica del concordato, in effetti, non occorre reintegrare il patrimonio del debitore mediante azioni, come tipicamente la revocatoria concorsuale, che presuppongono uno stato di insolvenza del debitore. Il che non toglie che se la procedura concordataria dovesse sfociare in una l.g., il termine a ritroso per l'individuazione degli atti assoggettabili a revocatoria concorsuale dovrebbe computarsi, secondo un principio di “*consecuzione*” delle procedure, dalla data della domanda di accesso al concordato (art. 170).

## V. *La fase intermedia della procedura e la nuova finanza*

### 1. *Il ruolo del commissario giudiziale e l'informazione dei creditori*

Aperta la procedura, occorrerà innanzitutto che il commissario giudiziale, per definire la massa passiva e individuare i legittimati al voto, effettui una **ricognizione dei creditori**, avvalendosi in primo luogo delle scritture contabili dell'impresa (art. 103). Essa, peraltro, varrà soltanto quale verifica amministrativa ai fini della procedura, lasciando impregiudicata, in sede giurisdizionale, ogni questione sull'esistenza, sull'entità e sull'eventuale causa di prelazione dei crediti verificati. Sulla base di quanto verificato, il commissario **comunicerà** ai creditori la data di convocazione disposta nel decreto di ammissione, la proposta del debitore ed eventualmente, dopo, di quelle “concorrenti” (art. 104).

Parallelamente, il commissario provvederà ad una **ricognizione della massa attiva**, individuando i debitori dell'imprenditore e procedendo all'inventario del suo patrimonio.

L'attivo e il passivo così accertati costituiranno elementi decisivi per una consapevole decisione dei creditori, che sarà altresì supportata da una **relazione particolareggiata** del commissario sulle *cause del dissesto*, precisando se l'impresa si trovi in *stato di crisi o di insolvenza* (ciò che potrebbe condizionare anche una successiva apertura di una l.g.), sulla *condotta del debitore*, e soprattutto sulle *proposte di concordato*,

*comprese eventualmente quelle concorrenti, fra loro comparate, nonché sulle garanzie offerte ai creditori* (art. 105), nonché sulle utilità derivanti, in caso di l.g., da eventuali azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie verso terzi.

Un tale ruolo “protettivo” del commissario giudiziale si conferma anche nella **vigilanza** che egli svolge al fine di tenere al riparo i creditori da tentativi di frode. Egli infatti non soltanto, come sopra visto, *vigila sull'attività del debitore durante la procedura* (art. 92), ma indaga anche sugli eventuali profili di dolo insiti nella proposta di concordato, come quando ci si accorga che in essa risultino *occultati o dissimulati elementi dell'attivo, ovvero esposte passività insussistenti ovvero che il debitore ha commesso altri atti di frode* (posteriori alla domanda, o anteriori ma solo in quanto attualmente capaci di alterare il giudizio dei creditori; v. art. 106). Riscontrata alcuna di queste sopravvenienze negative, il commissario giudiziale ne riferirà al Tribunale che, verificatane la sussistenza, disporrà la revoca del decreto di ammissione alla procedura e l'eventuale conseguente l.g.

## 2. La “nuova finanza”

L'impresa che si trovi in crisi – e che pure si sia risolta a tentarne una composizione attraverso una procedura di concordato preventivo (ma anche di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, essendovi anzi, come visto, una qualche possibilità di consecuzione fra le rispettive procedure, e perciò riferendosi anche ad essa ciò che si dirà qui di seguito) – può, nondimeno, avvertire la necessità di ricorrere a nuovi, e spesso urgenti, finanziamenti, non solo da parte di intermediari finanziari, ma anche da controparti commerciali. E ciò, pur nella consapevolezza che questa “*nuova finanza*” andrà ad aggravare ulteriormente il suo indebitamento. Una tale esigenza si può manifestare in momenti e per finalità diverse:

a) può sorgere già **prima dell'accesso alla procedura**, per fronteggiare i costi necessari all'accesso alla procedura (e così per pagare i consulenti e professionisti che ne valutino la percorribilità, preparino un piano e presentino la domanda) o quelli di continuazione dell'attività aziendale, per non pregiudicarne il valore in vista della formulazione di un piano. In questo caso, oltre alla *prededucibilità*, in un'eventuale futura l.g., dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda (nei limiti del 75% del credito accertato, e sempre che la procedura sia poi effettivamente aperta, o gli accordi omologati: art. 6), il debitore potrà anche chiedere di essere autorizzato a contrarre *finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda* di concordato preventivo, o di omologazione di accordi di ristrutturazione (cd. *finanziamenti ponte*). Tali finanziamenti diverranno allora prededucibili se *previsti dal piano* presentato insieme alla domanda, e se la prededucazione sia *espressamente disposta nel provvedimento del Tribunale* che accoglie la domanda di concordato preventivo, o che omologa gli accordi di ristrutturazione (art. 100, co. 5);

b) può emergere, poi, **dopo che sia stata presentata la domanda di ammissione alla procedura** di concordato preventivo o di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti (anche se si tratti di domanda “in bianco” o durante le trattative), durante il suo svolgimento. L'art. 99, a tale riguardo, prende in considerazione i cd. *finanziamenti interinali* che siano *funzionali alla continuazione dell'attività azienda-*

*le* (quand'anche provvisoriamente strumentale ad una liquidazione, e perciò anche nel caso di concordato liquidatorio) sino all'eventuale omologazione del concordato o dell'accordo. In questo caso l'imprenditore proponente potrà chiedere di essere *autorizzato* a contrarre tali finanziamenti, specificandone la destinazione e la loro necessità al fine di evitare un pregiudizio all'attività aziendale. La sussistenza di tutte queste condizioni dovrà essere oggetto dell'*attestazione* di un professionista allegata all'istanza di autorizzazione, salvo che nell'istanza si allegi l'*urgenza* (condivisa dal Tribunale) di evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale;

c) e può riferirsi, infine, alla fase che si aprirà *dopo la chiusura della procedura*, allorché si tratterà di dare **esecuzione al piano** omologato. In effetti, potrebbe essere proprio tale piano ad aver previsto che il suo obiettivo andrà realizzato, innanzitutto, grazie alla pronta liquidità ricavata da nuovi finanziamenti erogati durante la fase di esecuzione; mentre soltanto in seguito, grazie ai ricavi che, a distanza di tempo, potranno via via ottenersi dalla prosecuzione dell'attività o dalla realizzazione del valore dei beni liquidati, si riuscirà a rimborsare la nuova finanza così ottenuta e a pagare i creditori concordatari nelle percentuali promesse (se già non lo siano stati proprio grazie alla nuova finanza). Anche in questo caso, proprio per incentivare i possibili erogatori di "nuova finanza", l'art. 101 prevede – solo però ove sia prevista la *continuazione dell'attività aziendale* – che i crediti derivanti dei finanziamenti in questione acquisteranno il rango della **prededucibilità** in caso di successiva l.g.

In tutti i casi di "nuova finanza", quindi, ogni nuovo finanziatore saprà che, nel caso in cui venisse poi aperta la l.g., il suo credito troverà nell'ambito del passivo una collocazione che garantirà, se non la soddisfazione piena, certamente un *trattamento migliore di quello riservato ai creditori concorsuali*. Può osservarsi anche, in una visione più ampia, che una tale prededuzione rappresenterà un incentivo al risanamento dell'impresa capace di operare in parallelo alla esenzione dall'azione revocatoria concorsuale di taluni atti compiuti dal debitore, prima della l.g., in esecuzione di un concordato preventivo. Entrambi gli strumenti risulteranno infatti fra di loro complementari, come delle "stampelle" che il legislatore, nella forma di incentivi ai terzi, mette a disposizione dell'imprenditore in crisi per tentare un risanamento o, almeno, una soluzione liquidatoria alternativa alla l.g.

## VI. *La votazione*

Nel periodo indicato nel decreto di ammissione alla procedura (art. 47, co. 1, lett. c), avrà luogo la **votazione dei creditori** (artt. 107 ss.). Entro i quindici giorni precedenti, il commissario giudiziale illustrerà, in una relazione inviata via p.e.c. ai creditori, la proposta concordataria e le eventuali "proposte concorrenti" dei creditori, allegando l'elenco dei creditori ammessi al voto, e l'indicazione dell'ammontare per cui sono ammessi. Entro i sette giorni precedenti, tenuto conto delle osservazioni e contestazioni ricevute da tutti gli interessati, il commissario comunicherà quindi la sua **relazione** definitiva, seguita eventualmente, nei due giorni successivi, dagli eventuali provvedimenti del giudice delegato.

All'esito, i creditori (compresi quelli che abbiano formulato proposte concorrenti, collocati però in autonoma classe) saranno chiamati a **votare**, solo a mezzo p.e.c., la

proposta (o le varie proposte loro sottoposte, con modalità di voto che consentano di selezionare quella con più consensi).

**Legittimati al voto** sono, innanzitutto, tutti i *creditori chirografari*.

Quanto ai *privilegiati*, la loro posizione è complessa. In generale, e comunque nel concordato liquidatorio, se la proposta contempra un loro pagamento integrale, non avranno diritto al voto, a meno che: (a) *rinuncino in tutto od in parte al diritto di prelazione* (seppure con effetto limitato ai soli fini del concordato), essendo in questo caso ammessi a votare per la parte di credito rinunciata; (b) oppure quando, constatando *ex ante* l'incapienza della garanzia, sia la stessa proposta del debitore a riservare un *soddisfacimento non integrale* ai (o ad alcuni dei) creditori privilegiati: e quindi, ancora una volta, per la sola parte del credito di cui non viene promesso il pagamento integrale. In entrambi i casi, per la parte di credito ammessa al voto, i privilegiati saranno *equiparati ai chirografari* (art. 109, co. 3 e 4).

Per il concordato *con continuità aziendale*, peraltro, l'art. 109, co. 5, pare voler meglio precisare – anche in ragione della maggiore incertezza e proiezione nel tempo del piano – la nozione di “*integrale soddisfazione*”. Difatti, la regola che quest'ultima possa giustificare una loro esclusione dal voto, vale solo a condizione che essi, secondo la proposta, verranno soddisfatti in denaro ed entro 180 giorni dall'omologazione (o 30 giorni per i crediti da lavoro dipendenti assistiti da privilegio *ex art. 2751-bis, c.c.*) e sempre che la garanzia reale che assiste il loro credito resti ferma sino alla liquidazione del bene o diritto su cui sussiste la causa di prelazione. Se queste condizioni non venissero assicurate, invece, i privilegiati (dunque quando non soddisfatti integralmente, ma anche se soddisfatti per intero e però non in denaro, oppure oltre i termini predetti) *saranno ammessi al voto*. Voteranno, in particolare, in una classe ad essi riservata, ed eventualmente in un'altra classe ancora, ma distinta dalla prima, per la parte del credito per la quale non consti capienza.

Non potranno votare, invece, i creditori in *conflitto di interessi* o quelli per il quale un tale conflitto sia presumibile in ragione del rapporto che hanno col debitore (ad. es. il coniuge, o un parente, o società appartenenti allo stesso gruppo, ecc.). Potrà però votare il creditore, pure portatore di un suo interesse particolare, che abbia presentato una proposta concorrente, ma solo se questa ne preveda l'inserimento in un'apposita classe (art. 109, co. 6 e 7).

Anche per l'**approvazione** del concordato la legge, al fine di determinare le **maggioranze** necessarie, distingue fra concordato liquidatorio e in continuità. Per entrambi, varrà la regola per cui occorrerà il voto favorevole dei creditori che rappresentino la *maggioranza dei crediti ammessi al voto, nonché* – ma per il solo caso in cui un unico creditore fosse titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto – la *maggioranza per teste* dei votanti.

Più articolata è la rilevanza del voto riferibile alle singole **classi** nelle quali i votanti siano stati suddivisi. Il *concordato liquidatorio* sarà infatti approvato non solo se consti la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma se essa risulti raggiunta nel *maggior numero di classi*. Per l'approvazione del *concordato in continuità aziendale*, invece, viene previsto in prima battuta che occorrerà il voto favorevole *di tutte le classi* (art. 109, co. 5). Se così non fosse, tuttavia, sarà possibile la cd. *ristrutturazione trasversale* (art. 112, co. 2), cioè la possibilità che il Tribunale omologhi il concordato nonostante una o più classi dissenzienti, purché però ricorrano le seguenti condizioni:

a) il *valore di liquidazione* (cioè quello riferibile al valore del patrimonio all'inizio della procedura e che potrebbe ricavarsi da una procedura di l.g.) venga distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione. Si tratta della cd. *absolute priority rule* (“a.p.r.”), per cui nessuna classe di rango inferiore può ricevere alcunché, se quelle di rango superiore non siano integralmente soddisfatte;

b) il *valore eccedente quello di liquidazione* (cioè il plusvalore eventualmente ricavato dalla continuità aziendale) è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado (dunque senza discriminazioni fra pari rango) e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore: è questa la cd. *relative priority rule* (“r.p.r.”);

c) nessun creditore riceva più dell'importo del proprio credito (ciò che rappresenterebbe un arricchimento ingiustificato a danno degli altri);

d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione; oppure, in mancanza di una tale classe, se consti l'approvazione di almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti, se si rispettasse la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (occorrerà cioè il voto favorevole di una classe che avrebbe ricevuto qualcosa se fosse stata rispettata l'a.p.r. anche sul valore eccedente).

## VII. *L'omologazione del concordato*

### 1. *Il giudizio di omologazione*

Se all'esito della votazione le maggioranze prescritte non vengano raggiunte, il concordato sarà respinto, con eventuale conseguente l.g. del debitore (art. 111). In caso di approvazione, invece, la procedura proseguirà con il **giudizio di omologazione** (art. 112).

Durante tale giudizio, il Tribunale **dovrà verificare** la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità della proposta e la corretta formazione delle classi, e che all'interno di ciascuna di esse sia stata assicurata la parità di trattamento dei creditori. Sul piano della *fattibilità*, inoltre, il Tribunale dovrà verificare, nel caso di *concordato liquidatorio*, che il piano non risulti manifestamente inadatto a raggiungere gli obiettivi prefissati; e nel caso di *concordato in continuità* – per sua natura più incerto – che il piano “non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza”, oltre all'effettiva necessità degli eventuali nuovi finanziamenti e che essi non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori. Sempre in questa sede, il Tribunale dovrà eventualmente condurre quel complesso scrutinio, descritto al paragrafo precedente, in esito al quale omologare un concordato con continuità quand'anche non votato dall'unanimità delle classi (cd. *ristrutturazione trasversale*).

I creditori dissenzienti, invece, potranno proporre **opposizione**: spettante nel concordato con continuità a qualunque creditore dissenziente, e nel concordato in liquidazione solo al creditore dissenziente che appartenga ad una classe dissenziente, ovvero, in caso di mancata formazione delle classi, a tanti creditori che rappresentino

almeno il 20% dei crediti ammessi al voto; in entrambi i casi, se con l'opposizione venisse lamentata la sconvenienza del trattamento riservato dalla proposta, potrà ugualmente addivenirsi all'omologazione del concordato se quel trattamento risulterà non inferiore a quello che si sarebbe ricevuto in seno ad una procedura di l.g. (c.d. “*best interest test*”, superato il quale l'opponente dovrà senz'altro accettare il trattamento riservatogli, c.d. *cram down*). Pure alle opposizioni interne alla procedura – e non ad autonomo giudizio – sarà poi affidata l'eventuale contestazione della validità delle operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice eventualmente previste dal piano.

Se opposizioni non vi fossero, o fossero state superate, infine il Tribunale *omologherà* il concordato preventivo con sentenza, con il che la procedura potrà dirsi conclusa (art. 113).

## 2. *Gli effetti dell'omologazione*

Con l'omologazione si produrranno i seguenti **effetti** (art. 117):

a) il debitore sarà affrancato dalle limitazioni alla disponibilità del suo patrimonio sopra esaminate, recuperando *piena capacità d'agire e processuale*, e sarà inoltre *liberato dalle obbligazioni* il cui adempimento non sia previsto dalla proposta approvata;

b) se si tratti di *società con soci a responsabilità illimitata*, il concordato produrrà effetti liberatori anche a favore di questi ultimi, sempre che non consti patto contrario; ciò, peraltro, nei confronti dei soli creditori sociali, mentre quelli particolari conserveranno impregiudicata ogni loro ragione;

c) *il debitore* (o l'eventuale assuntore) resterà ovviamente *obbligato (verso i creditori) a dare esecuzione a quanto promesso nel piano concordatario*, sia in termini di pagamenti veri e propri, sia in termini di atti a ciò funzionali (costituzione delle garanzie promesse, atti gestori, modificazioni statutarie, ecc.);

d) *l'effetto esdebitatorio*, nei termini poc'anzi precisati, *vincolerà tutti i creditori*, compresi quelli dissenzienti, *anteriori* alla pubblicazione della domanda di concordato, e fra di essi anche quelli che non abbiano partecipato alla procedura. I *creditori successivi*, invece, manterranno integra ogni loro pretesa sostanziale e processuale;

e) i creditori anteriori conserveranno però intatti i loro diritti nei confronti dei *coobbligati, fideiussori del debitore, e degli obbligati in via di regresso* con quest'ultimo (in deroga al principio di comunicabilità degli effetti favorevoli fra condebitori: artt. 1301, 1239 e 1941 c.c.).

## VIII. *L'esecuzione del concordato. Risoluzione e annullamento*

Tra gli effetti dell'omologazione vi è innanzitutto l'**obbligo del debitore di adempiere alla proposta concordataria**. Nel caso particolare di *concordato con cessione (anche parziale) dei beni*, inoltre, il tribunale, se il piano non disponga diversamente, nominerà uno o più liquidatori, e comitato di tre o cinque creditori, determinando le altre modalità della liquidazione (art. 114); ai liquidatori, legittimati a intraprendere ogni iniziativa per la miglior realizzazione del patrimonio del debitore, competerà, in particolare, ogni azione recuperatoria, di beni o crediti, e l'azione sociale di respon-

sabilità, impregiudicata la legittimazione dei singoli creditori per le azioni di responsabilità loro spettanti *ex art.* 2394 c.c. (art. 115).

Tanto che il concordato sia liquidatorio, quanto che sia finalizzato alla ristrutturazione dell'impresa, spetta al commissario giudiziale, proseguendo nell'esercizio della sua funzione, la **sorveglianza** sull'adempimento del concordato, controllando non solo il rispetto dei singoli impegni dedotti nel piano, ma anche, prospetticamente, la persistenza della sua fattibilità in ragione dell'evolversi della situazione generale dell'impresa. Ove il piano concordatario trovi *piena e puntuale esecuzione*, non vi saranno naturalmente ulteriori conseguenze giuridiche oltre a quella già prodottesi. Può accadere però che gli **impegni assunti non vengano rispettati dal debitore** (che vi sarà tenuto quand'anche scaturiscano da una proposta concorrente: art. 118, co. 3). Ipotesi, questa, che la legge considera *in senso oggettivo*, a prescindere cioè da profili di dolo o colpa di chi li abbia assunti, sia esso il debitore ovvero un terzo che, secondo il piano, risulti aver offerto ai creditori garanzie. In tali casi, è innanzitutto il commissario giudiziale che, constatato e segnalato l'inadempimento al tribunale, potrà essere investito da quest'ultimo dei poteri necessari a compiere gli atti necessari a dare esecuzione al concordato; potendosi addirittura pervenire, se il debitore abbia veste societaria, alla revoca dell'organo amministrativo e alla nomina di un amministratore giudiziario con poteri di compiere ogni atto necessario all'esecuzione, compreso il potere – se il debitore sia una società – di convocare l'assemblea chiamata a modificare l'atto costitutivo, se previsto dal piano, ed ivi esercitare il voto spettante al socio di maggioranza (art. 118, co. 4-6).

Al di là di (e malgrado) questi poteri di sostituzione coattiva nelle prerogative del debitore, e anche a prescindere da inerzie colpose, se non si riesca a dare regolare esecuzione il concordato, competerà, in ultima analisi, *ai creditori*, o al *commissario giudiziale* se richiesto da uno o più creditori, di provocare la **risoluzione del concordato per inadempimento** (art. 119). Il procedimento si avvierà con ricorso presentato al tribunale entro un anno dal termine previsto per l'ultimo degli adempimenti del piano, e si svolgerà con rito camerale: se il tribunale accerti un grave inadempimento, con sentenza (reclamabile) dichiarerà la risoluzione ed eventualmente la lg. del debitore. La risoluzione non potrà però essere richiesta nel caso in cui gli obblighi derivanti dal concordato siano stati assunti da un terzo con liberazione del debitore. In tal caso, allora, quest'ultimo continuerà a godere dell'effetto esdebitatorio del concordato, mentre l'inadempimento potrà esser fatto valere nei confronti del solo as-suntore.

Con la risoluzione del concordato *verranno meno retroattivamente i suoi effetti*, in primo luogo quelli esdebitatori; *ma resteranno comunque efficaci* (nonché sottratti ad eventuale azione revocatoria) *gli atti compiuti durante la procedura e in esecuzione del concordato*, comprese le eventuali modifiche organizzative che abbiano riguardato la società debitrice. I creditori potranno così richiedere, eventualmente concorrendo nella l.g. aperta a seguito della risoluzione, il pagamento dell'intero credito originario, detratto quanto già ricevuto in esecuzione del concordato.

Gli effetti del concordato preventivo potranno venir meno, inoltre, nel caso di suo **annullamento**. Esso conseguirà non tanto all'inadempimento del piano, quanto piuttosto alla scoperta della sua inaffidabilità dovuta ad un *disegno fraudolento* del debitore, che si scopra aver dolosamente esagerato il passivo o sottratto una parte rilevan-

te dell'attivo. Su ricorso dei creditori o su iniziativa del commissario giudiziale (*entro sei mesi* dalla scoperta del dolo e comunque entro due anni dall'ultimo adempimento previsto) il tribunale potrà allora annullare il concordato, anche in tal caso derivandone la *caducazione degli effetti riconnessi alla procedura concordataria*; con la possibilità altresì, se ne ricorrano i presupposti, di dichiarare la l.g. del debitore.

### IX. *La partecipazione dei soci al concordato preventivo*

A quanto esaminato nei precedenti paragrafi, va aggiunto che le varie fasi attraverso cui si articola la procedura di concordato preventivo possono essere caratterizzate – se il debitore sia una società (ipotesi frequente) e vi sia un concreto interesse dei soci (ipotesi meno probabile) – da una partecipazione diretta dei soci della società proponente.

Seppure essi non siano qualificabili come creditori; e in ogni caso considerando che, anche a volerli accomunare a questi ultimi quali “*residual claimants*”, la loro pretesa sarebbe, proprio perciò, pari o prossima allo zero; ciò nonostante, il c.ins. si è voluto occupare – con significativa innovazione rispetto al diritto previgente – anche dei soci all'interno della procedura concordataria. Ciò per una duplice ragione: perché non è scontato che il valore ricavabile dalla procedura, specialmente se si assicuri la continuità aziendale, non possa essere superiore al valore riservato ai creditori, così che il valore residuo andrebbe riservato ai soci (direttamente o indirettamente tramite le partecipazioni detenute, se la società persistesse); perché se ai soci si consenta di partecipare alla procedura, potrebbero essere incentivati a immettere nuovo valore nell'azienda, proprio per preservare, ma poi recuperare a sé, quel valore che altrimenti potrebbe disperdersi in assenza di un loro intervento.

Per questo si consente innanzitutto ai soci stessi di poter presentare una **proposta concorrente** (art. 120-*bis*, co. 5). E poi che, a prescindere dal proponente, il piano concordatario possa prevedere **una o più classi di soci** (a seconda che le rispettive partecipazioni comprendano diritti diversi) che saranno addirittura *obbligatorie* se il piano preveda modificazioni statutarie che incidono sui diritti dei soci, o se si tratti di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. I soci potranno così esprimere, al pari dei creditori, il loro **voto** (commisurato, all'interno della classe in cui vengano collocati, alla proporzione della partecipazione detenuta prima dell'apertura della procedura) capace di condizionare l'eventuale approvazione del concordato. Ed analoga possibilità si prevede anche per i titolari di strumenti finanziari, diversi dalle azioni, che siano stati emessi dalla società debitrice (art. 120-*ter*).

Naturalmente, la possibilità che ai soci collocati in una classe – che potrebbe essere indicata dal piano come destinataria di una parte del valore della ristrutturazione – possa venire destinato alcunché, può muovere i creditori ad esprimersi, sol per ciò, in senso contrario all'approvazione del piano. In particolare, il “*valore riservato ai soci*” andrebbe misurato nella differenza fra il valore delle partecipazioni da essi possedute all'esito dell'omologazione, e il valore da essi apportato alla procedura sotto forma di conferimenti o versamenti a fondo perduto: insomma, il plusvalore generato dalla procedura al netto delle (e talora grazie alle) risorse nuove iniettate nell'impresa.

Ferme le altre condizioni previste allora in caso di ristrutturazione trasversale, al-

lora, il **dissenso di una o più classi di creditori** potrà essere tacitato se risulti che il trattamento a tali classi riservato – quand'anche il valore attribuito ai soci venisse non venisse loro attribuito, bensì distribuito fra le altre classi di creditori – sarebbe altrettanto favorevole rispetto alle classi di pari rango e più favorevole rispetto a quelle di rango inferiore (art. 120-*quater*). Insomma, dimostrando loro che secondo la *relative priority rule* non avrebbero comunque subito un trattamento deteriore.

D'altronde potrebbero essere i **soci** stessi (anche a prescindere da ogni loro “classe”, stando alla formula dell'art. 120-*quater*, co. 3) ad **opporsi all'omologazione del concordato**, provando che da ciò potrebbe derivar loro un pregiudizio rispetto all'alternativa liquidatoria. Si tratta quindi dell'ipotesi (improbabile) che il valore di liquidazione ecceda le pretese dei creditori e che il concordato preventivo possa celare un percorso attraverso il quale espropriare quell'eccedenza a coloro ai quali, seppure residualmente, essa appartiene.

## § 30. IL CONCORDATO NELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

**SOMMARIO:** I. *L'iniziativa*. – II. *L'esame della proposta e la votazione*. – III. *L'omologazione e i suoi effetti*. *L'esecuzione del concordato*. *Risoluzione e annullamento*.

Pur se nell'ambito di una l.g. già aperta – e quindi in un contesto *ben diverso* da quello nel quale può prendere avvio la procedura di concordato preventivo (la cui funzione anzi, come visto, può essere proprio quella di prevenire una l.g.) – il **concordato nella liquidazione giudiziale** rappresenta un percorso attraverso il quale, similmente al concordato preventivo, può essere offerta ai creditori la possibilità di esprimersi su un piano di regolazione delle proprie pretese alternativo, ed in ipotesi preferibile, rispetto allo sviluppo che la procedura di l.g. seguirebbe secondo le “normali” fasi previste dalla legge. Ciò spiega perché *la disciplina del concordato di l.g. coincida, per alcuni tratti, con quella del concordato preventivo (soprattutto liquidatorio)*, pur nell'evidente differenza di scenario e di premesse: il concordato di l.g., infatti, non costituisce un'autonoma procedura concorsuale, ma solo una “**sub-procedura**” che *si iscrive all'interno di una procedura di l.g. già in corso, costituendone anzi uno dei modi di cessazione*; e tuttavia, anch'esso consiste in un procedimento giudiziale nell'ambito del quale i creditori potranno pronunciarsi su una *proposta* che, nella sua essenza, è orientata ad una loro parziale “soddisfazione”, con esdebitazione dell'imprenditore per la parte residua.

Quest'omogeneità funzionale, insieme al forte parallelismo delle rispettive discipline, sono all'origine della strategia espositiva qui appresso perseguita: trattare il concordato di l.g. nell'ambito di un capitolo dedicato alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa e subito dopo la trattazione del concordato preventivo; limitandosi, per evitare inutili ripetizioni, ad illustrare le differenze procedimentali che, rispetto al secondo, connotano il primo.

### I. *L'iniziativa*

Lo scenario nel quale può realizzarsi il concordato di l.g. è quello di una **procedura di l.g. già aperta**, che già ha prodotto, fra gli altri effetti, lo spossessamento del debitore, e che già risulta incamminata verso un percorso liquidatorio che dovrà portare alla soddisfazione dei creditori.

Pur in questo contesto, può utilmente profilarsi un percorso alternativo che, in prospettiva, prometta ai creditori risultati migliori di quelli prevedibili in base alla procedura in corso: la formulazione allora di una **proposta di concordato di l.g.** (art. 124) interromperà l'ordinario corso della procedura medesima fino a decretarne, in caso di omologazione, la chiusura.

Il **contenuto** di una tale proposta non differisce da quello che potrebbe assumere una proposta di concordato preventivo. Anche in questo caso si tratterà di un piano che prometta, sulla base di una *ristrutturazione dei debiti* (spesso supportata dalla prestazione di adeguate *garanzie*, anche di terzi), di realizzare la *finalità principale di soddisfare i creditori*, secondo le modalità che il proponente potrà liberamente congegnare e che, analogamente al concordato preventivo, potranno anche consistere:

a) in una *soddisfazione parziale dei creditori privilegiati*, nei limiti della capienza della loro garanzia (per la parte residua degradandoli a chirografari);

b) nella suddivisione dei creditori chirografari (ivi compresi i privilegiati “degradati”) in classi destinatarie di trattamenti differenziati;

c) nella *realizzazione di operazioni straordinarie*, capaci anche, compatibilmente con la primaria finalità satisfattiva, di assicurare la *conservazione dell'impresa*. E ciò anche ricorrendo a percorsi che possano portare alla sottrazione della titolarità dell'impresa al debitore e alla sua attribuzione (o, comunque, al trasferimento del relativo valore) ai creditori, eventualmente in forma “cartolarizzata”;

d) benché poi solo la disciplina del concordato preventivo preveda il concordato con continuità aziendale, non è da escludersi che anche in seno ad un concordato di l.g., *mutatis mutandis* (e quindi nella prospettiva tipicamente liquidatoria della l.g., tendenzialmente incompatibile pertanto con la conservazione dell'impresa in capo al debitore), possa comunque prevedersi che il pagamento dei creditori possa ottenersi almeno in parte attingendo da flussi finanziari provenienti dalla prosecuzione, magari *medio tempore* e in attesa di una sua cessione, dell'impresa sottoposta a l.g.

Significative differenze rispetto al concordato preventivo, però, si riscontrano sul piano dell'**iniziativa** (art. 240). La proposta concordataria, infatti, potrà essere presentata, almeno inizialmente, soltanto *da uno o più creditori*, ovvero *da un terzo* (*concordato con assunzione*). Una tale iniziativa sarà possibile a partire dal momento in cui si disponga di una rappresentazione complessiva della massa dei creditori da soddisfare (e chiamati al voto): e quindi *o dopo che sia stato reso esecutivo lo stato passivo*, o prima, ma solo se consti una contabilità ed altre notizie tali da consentire al curatore di predisporre un *elenco provvisorio dei creditori*, da sottoporre poi all'approvazione del giudice delegato.

Il **debitore** potrà invece presentare la proposta, solo *dopo il decorso di un anno dall'apertura della l.g.* e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo, e sempre a condizione che la proposta contempli un apporto di *nuove risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il dieci per cento*.

## II. *L'esame della proposta e la votazione*

Essendo nel caso del concordato di l.g. già insediati ed operanti gli organi della procedura, la proposta andrà presentata con **ricorso al giudice delegato**. Il quale a sua volta, senza che occorra un qualche provvedimento formale di apertura, dovrà acquisire due **pareri**: prima, *del curatore*, che dovrà esprimersi con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte (e quindi anche in una prospettiva comparativa con il risultato di una ordinaria liquidazione giudiziale); e poi il parere vincolante *del comitato dei creditori* (art. 241). Inoltre, se il piano propo-

sto preveda una suddivisione dei creditori per classi destinatarie di trattamenti differenziati, esso dovrà essere *sottoposto al vaglio del tribunale*, chiamato a verificare il corretto utilizzo dei criteri in base ai quali è stata operata la suddivisione e la previsione dei rispettivi trattamenti differenziati.

Superato il vaglio del tribunale e valutata la ritualità della proposta, il giudice delegato procederà alla **comunicazione** ai creditori della proposta unitamente ai suddetti pareri e all'indicazione di dove potrebbero essere reperiti i dati utili alla valutazione.

Essendo la presentazione di ogni proposta condizionata, come detto, all'esistenza dello stato passivo o quantomeno di un elenco provvisorio redatto dal curatore sulla base della contabilità e delle altre notizie disponibili, **legittimati al voto** (art. 243) saranno i *creditori chirografari* che risulteranno tali secondo questi prospetti, e i *privilegiati* se e nella misura in cui la proposta di concordato non ne preveda l'integrale pagamento, ovvero nella misura in cui rinunceranno, anche parzialmente, al diritto di prelazione. Potrà essere ammesso al voto lo stesso **creditore proponente** purché inserito (come nel concordato preventivo) in una apposita classe.

Sulla base di questi criteri, dunque, si procederà alla **votazione**, *conteggiando come consenzienti tutti coloro che non avranno fatto pervenire il loro dissenso* entro il termine fissato dal giudice delegato (art. 244, co. 2). La regola del silenzio – assenso, evidentemente, investe i creditori di un particolare onere di vigilanza, potendo conseguire dalla semplice loro inerzia l'approvazione di una proposta che essi dovranno subire senza possibilità di contestazione.

### III. *L'omologazione e i suoi effetti. L'esecuzione del concordato. Risoluzione e annullamento*

Completata la votazione, del suo esito il curatore riferirà al giudice delegato, il quale a sua volta – se le maggioranze previste dalla legge siano state conseguite – disporrà che il curatore ne dia comunicazione al proponente perché richieda l'omologazione del concordato (art. 245). La comunicazione dovrà inoltre essere rivolta anche al debitore e ai creditori dissenzienti affinché essi, oltre che qualunque altro interessato, possano proporre **opposizione**, sulla base dei medesimi motivi già analizzati in materia di concordato preventivo.

Il giudizio di omologazione, analogamente a quanto già visto per il concordato preventivo, si concluderà, in caso positivo, con l'**omologazione** con *decreto motivato del tribunale*, emesso alla scadenza del termine per proporre opposizioni (se non ve ne siano state) ovvero quando esse risulteranno definitivamente respinte.

Dopo di che, reso il conto della gestione da parte del curatore, il tribunale dichiarerà la **chiusura della procedura di l.g.**: con il che il debitore recupererà la piena disponibilità del suo patrimonio e la liberazione da ogni impegno che non gli derivi dal concordato (sia in quanto egli stesso l'abbia proposto assumendosi l'obbligo di eseguirlo; sia, residualmente, in caso di concordato con assunzione, ove l'assuntore abbia escluso la responsabilità del debitore verso i creditori non risultanti al tempo della proposta, accettando di rispondere anche verso di essi).

In questi termini, dunque, il concordato omologato risulterà "**obbligatorio**" nei confronti di tutti i creditori anteriori all'apertura della l.g., compresi quelli che non

abbiano presentato domanda di ammissione al passivo. Come nel concordato preventivo, comunque, essi conserveranno la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

L'**esecuzione** del concordato sarà "*sorvegliata*", secondo l'art. 249, dal giudice delegato, dal curatore e dal comitato dei creditori, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione; sin quando, adempiuti integralmente gli obblighi concordatari, un provvedimento del giudice delegato accerterà l'**avvenuta esecuzione**, ordinando lo svincolo delle eventuali cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia, nonché ogni altra misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato.

Qualora invece il piano concordatario *non venisse eseguito* ovvero risultasse *viziato da frode*, potrà richiedersi, rispettivamente, la **risoluzione** o l'**annullamento** del concordato.

La risoluzione o l'annullamento saranno dichiarati con sentenza che provocherà la **riapertura della l.g.**, con i consueti effetti già esaminati (artt. 252, rinviando agli artt. 238 e 239), fra i quali, innanzitutto, la *riammissione dei creditori al passivo per l'importo dell'originario credito*, detratta la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato, che non dovrà essere restituita. Inoltre, per effetto di tale riapertura, è espressamente previsto (art. 252, co. 2) che potranno essere *riproposte le azioni revocatorie* già iniziate e interrotte per effetto del concordato; ed inoltre che i creditori anteriori conserveranno le garanzie per le somme tuttora ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato.

Non è escluso, peraltro, che a seguito dell'insuccesso del concordato di l.g. e della conseguente riapertura della l.g., possa essere riproposto un **nuovo concordato di l.g.** In tal caso, però, la legge (art. 253) pretende garanzie adeguate ad evitare un nuovo insuccesso, condizionando l'omologazione della proposta al deposito, da parte del proponente, delle somme occorrenti per l'integrale adempimento (ovvero alla prestazione di garanzie equivalenti).

## § 31. GLI ACCORDI STRAGIUDIZIALI. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI OMOLOGATI. I PIANI DI RISANAMENTO

**SOMMARIO:** I. *Gli accordi stragiudiziali.* – II. *Il piano di risanamento attestato.* – III. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la convenzioni di moratoria.* – 1. La fattispecie “base” degli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 2. Condizioni di omologabilità dell’accordo. – 3. La fase introduttiva del procedimento e gli effetti immediati. – 4. L’omologazione dell’accordo e i suoi effetti. L’esecuzione. – 5. Le varianti degli accordi di ristrutturazione: agevolati; ad efficacia estesa; con intermediari finanziari. – 6. Gli accordi su crediti tributari e contributivi. – 7. La convenzione di moratoria. – IV. *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione.*

### I. *Gli accordi stragiudiziali*

Al di là dei meccanismi appositamente previsti dalla legge per prevenire o gestire la crisi, oppure regolare l’insolvenza di un imprenditore, si è sempre attestato nella prassi il tentativo, da parte degli imprenditori in difficoltà, di comporre la crisi ricorrendo a soluzioni negoziate stragiudizialmente con i creditori, o almeno con i più importanti di essi.

Le ragioni di una tale propensione alla composizione stragiudiziale possono solitamente individuarsi nella ritrosia degli imprenditori a “portare i libri in tribunale”: ciò che da un lato renderebbe notorio il loro stato di crisi, così peggiorando il merito di credito dell’impresa sul mercato; e d’altro lato provocherebbe una forte restrizione alla libertà di manovra dell’imprenditore, consistente non solo nello spossessamento attenuato conseguente ad un’eventuale ammissione a concordato preventivo, ma eventualmente nelle ben peggiori conseguenze di un assoggettamento ad una procedura di liquidazione giudiziale (e con essa lo spossessamento e la perdita dell’impresa), quante volte una domanda di concordato non venisse ammessa o la relativa proposta fosse respinta dai creditori. Così, più discretamente, l’imprenditore cerca una via d’uscita con i suoi creditori, proponendo loro un accordo che consenta di prevenire l’apertura di una procedura concorsuale (ed è ancora troppo presto per prevedere se una tale ritrosia riguarderà anche la procedura di composizione negoziata introdotta solo nel 2021 ed ora dal c.ins., v. § ....). In effetti, un creditore fortemente esposto, magari senza forti garanzie, può temere l’esito di una liquidazione giudiziale non molto meno di quanto lo tema il suo stesso debitore (ed anzi talvolta di più, quando quest’ultimo non abbia più niente da perdere), dal momento che la falcidia concorsuale alla quale andrebbe incontro potrebbe risultare pesantissima.

Ecco perché allora alcuni creditori potrebbero accettare la proposta del debitore di dar vita ad una **ristrutturazione dei debiti**, che potrà consistere: in una loro *riduzione in conto capitale*; e/o in una *dilazione* del termine di adempimento; e/o in una *rinuncia a tutti o a parte degli interessi dovuti*; ovvero, nei casi più complessi, in una *conversione del credito in partecipazione al capitale*; o addirittura nella *concessione di*

*un credito supplementare* (c.d. “nuova finanza”), magari a fronte dell'intervento di *nuove garanzie* prestate da terzi, ovvero dell'accettazione, da parte di altri creditori, delle *postergazione* del loro credito o della rinunzia ad una garanzia.

Ovviamente, un accordo di ristrutturazione potrà consistere anche in una combinazione delle forme appena esaminate, o essere “rafforzato” dall'impegno del debitore (c.d. *covenant*) a non porre in essere certe iniziative, ovvero ad avviare processi di ristrutturazione aziendale (licenziamenti, dismissioni) o di riorganizzazione societaria (aumento di capitale, fusione; ovvero coinvolgendo nell'organo amministrativo o di controllo, soggetti designati dal creditore interessato, ecc.).

È importante tenere presente che, situandosi questa fase al di fuori di ogni procedura concorsuale e valendo il generale *principio della libera disponibilità del proprio credito* (per cui ciascun creditore è libero di rinunciare al proprio credito o di novarlo nei termini e nella misura che ritiene), *la proposta non dovrà essere necessariamente rivolta a tutti i creditori* (si potrà trattare anche con uno solo di essi, così garantendosi la massima riservatezza circa la difficoltà dell'impresa proponente, o con più di uno, ciascuno all'insaputa degli altri), *né dovrà rispettare necessariamente il principio della par condicio* (ciascun creditore potendo accettare condizioni quantitativamente e/o qualitativamente diverse).

Quanto ai **creditori** che rimangono **estranei** all'accordo, per essi, almeno in principio, non cambia nulla. Infatti, in base al principio di *efficacia relativa del contratto* (cioè solo fra le parti: art. 1372 c.c.) essi *non subiranno alcun effetto derivante dell'accordo concluso con gli altri creditori*. Conserveranno pertanto integre le proprie pretese e la possibilità di farle valere ricorrendo a tutti gli strumenti normalmente disponibili: ivi compresa, al di là delle ordinarie azioni cautelari od esecutive individuali, la possibilità di richiedere la l.g. dell'impresa.

Un accordo di questo tipo presenta tuttavia taluni significativi **rischi**, tenuto conto che tutti gli atti compiuti in esecuzione di esso (pagamenti o garanzie ricevute dai creditori, nuove obbligazioni assunte o contratti stipulati) restano esposti, in caso di successiva l.g., ad una possibile *revocatoria concorsuale*. Parallelamente, ogni nuovo credito che in funzione della conclusione, o in esecuzione dell'accordo, venisse erogato per aiutare l'impresa in difficoltà, *non godrebbe di alcuna prededuzione* in caso di successiva l.g. Per non parlare poi del rischio di un'eventuale responsabilità del finanziatore concorso nel reato di *ricorso abusivo al credito* (art. 325), ipotesi a cui deve essere aggiunta, sempre sul piano della responsabilità penale, la possibilità che i creditori partecipanti all'accordo vengano ritenuti corresponsabili della ritardata apertura della l.g. o dell'effettuazione di pagamenti preferenziali in danno degli altri, e perciò incriminati per concorso in bancarotta (artt. 322 e 323).

A tutti questi rischi il legislatore ha tentato allora di ovviare, in una prospettiva evidentemente di *favor* per la conclusione di soluzioni negoziate della crisi, attraverso la previsione di particolari strumenti di regolazione della crisi *ulteriori* rispetto a quello, più antico e paradigmatico, costituito dal concordato preventivo, che come visto integra a tutti gli effetti una procedura concorsuale giudiziale, seppure anch'essa connotata da elementi di negozialità.

## II. *Il piano di risanamento attestato*

Esaminando la disciplina della revocatoria concorsuale, e in particolare delle esenzioni previste dall'art. 166, co. 3, ci si è imbattuti nei c.d. **piani di risanamento attestati**. In particolare, si è osservato come alla lett. d) di tale disposizione venga stabilito che “*non sono soggetti ad azione revocatoria*” – né concorsuale, né ordinaria – “*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'art. 56 o di cui all'art. 284 e in esso indicati*”.

L'art. 56 individua la fattispecie di riferimento (considerata pure dall'art. 284, appena citato, quale strumento di risanamento di un gruppo di imprese), descrivendola come un **“piano” che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria**.

Viene imposta inoltre – in termini che si direbbero descrittivi della fattispecie, e pertanto condizionanti i suoi stessi effetti legali – una precisa **strutturazione dei contenuti del piano**, che dovrà indicare: la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; la cause della crisi; le strategie e i tempi di intervento necessari per il riequilibrio della situazione finanziaria; i creditori e i crediti di cui si propone la rinegoziazione, ovvero le coperture per far fronte a quelli che resterebbero estranei ad ogni rinegoziazione; gli eventuali apporti di nuova finanza; le verifiche che dovranno svolgersi per monitorare la progressiva realizzazione del piano; il piano industriale attraverso il quale realizzare gli obiettivi perseguiti e i suoi effetti sul piano finanziario. La previsione di un *piano industriale*, in particolare, induce a ritenere che il piano di risanamento sia utilizzabile solamente all'interno di una prospettiva di *continuità aziendale*, e non già meramente liquidatoria, come potrebbe desumersi anche dal dato per cui l'obiettivo principale sia quello di un “*riequilibrio della situazione economico-finanziaria dell'impresa*”.

Un siffatto “piano” – dunque la programmazione di un percorso di risanamento dell'impresa – rileverà poi, secondo l'art. 56, in quanto:

- sia stato predisposto da un *imprenditore in stato di crisi o insolvente*. Non si specifica se debba trattarsi necessariamente di un imprenditore commerciale o non minore (per quanto solo in presenza di tali requisiti sarebbe profilabile una revocatoria concorsuale), sicché lo strumento risulta in principio accessibile per qualsiasi imprenditore (ad esempio interessato a conseguire l'esenzione da una revocatoria ordinaria, o i benefici fiscali che la legge accorda sulle eventuali plusvalenze generate dalla riduzione dei debiti);

- sia *rivolto ai creditori*. Si tratta infatti di un programma dell'imprenditore che, pur essendo espressione di un'iniziativa unilaterale, e dunque non rilevando quale oggetto di un vero e proprio accordo, è comunque destinato, nella sua fase esecutiva, ad essere condiviso con i creditori: posto che una loro collaborazione (soprattutto nella rinegoziazione di talune esposizioni debitorie) è indispensabile per la realizzazione dell'obiettivo programmato. Ecco, quindi, perché la rubrica dell'art. 56, che prevede lo strumento qui esaminato, parla di “*accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*”, e sia inserita, nella parte del c.ins. (Tit. IV) rivolta agli strumenti di regolazione della crisi, nel capo I dedicato agli “*accordi*”;

- sia oggetto di una *attestazione di fattibilità* (quanto al raggiungimento del-

l'obiettivo del risanamento) *e di veridicità* (quanto ai dati aziendali su cui si fonda) rilasciata da un professionista designato dal debitore, purché in possesso dei particolari requisiti di professionalità e indipendenza. Profili sui quali non saranno invece chiamati ad esprimersi né i creditori, non essendo prevista alcuna loro adesione o voto, né l'autorità giudiziaria, non essendo prevista alcuna omologazione del piano;

– abbia “*data certa*”: cioè una data incontestabile che possa essere opponibile all'eventuale, futura l.g. Parimenti “*certa*”, allo stesso fine, dovrà essere la data degli atti unilaterali e dei contratti posti in essere in esecuzione del piano, da provarsi per iscritto (art. 56, ult. co.).

Appare quindi evidente che la funzione dello strumento di regolazione della crisi qui esaminato sia quella di *incentivare* un percorso che consenta di prevenire la l.g. proprio grazie alla *rassicurazione*, offerta ai terzi, di una *protezione da un'eventuale azione revocatoria* degli atti esecutivi del piano ai quali essi partecipassero, nel malaugurato caso in cui non venisse raggiunto l'obiettivo del riequilibrio della situazione economico-finanziaria, e venisse conseguentemente aperta una l.g.

Il legislatore si preoccupa poi di prevenire i possibili **abusi** dello strumento. Ciò non solo imponendo, come visto, la forma scritta e la data certa degli atti esecutivi del piano; ma anche negando l'effetto dell'esenzione dalle azioni revocatorie (art. 166, co. 3, lett. *d*) quante volte il creditore, al momento del compimento dell'operazione o del pagamento ricevuto, sia a conoscenza del dolo o della colpa grave del debitore o dell'attestatore, e cioè che a costoro, date le circostanze reali, il piano non potesse che risultare incapace di realizzare i suoi obiettivi, pur a dispetto di quanto dichiarato. Anche il terzo che partecipi ad un atto esecutivo del piano, in questo modo, viene responsabilizzato, gravandolo dell'onere di valutare, in sostanza, se il piano non risulti così manifestamente inattendibile da doversene dedurre la colpa grave o il dolo di chi l'abbia confezionato o attestato.

### III. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e **la convenzioni** di moratoria*

#### 1. *La fattispecie “base” degli accordi di ristrutturazione dei debiti*

Gli artt. da 57 a 61, c.ins., sono dedicati agli “**accordi di ristrutturazione dei debiti**”, quale ulteriore strumento di regolazione della crisi (Tit. IV) compreso fra quelli definiti “*accordi*” (capo I). La legge prevede in realtà quattro diversi tipi di accordi di ristrutturazione; oppure, può forse meglio dirsi, una *fattispecie base* – di cui occorre ora occuparsi per prima per comprendere i profili essenziali dell'istituto – e tre sue possibili varianti (*accordi agevolati; accordi ad efficacia estesa; accordi ad efficacia estesa con intermediari finanziari*).

In ogni caso – salvo alcune specificazioni su quali dovrebbero essere le parti dell'accordo, la sua finalità, e il piano su cui si fonda – la legge non chiarisce il possibile **contenuto** degli impegni assunti dal debitore verso i suoi creditori. Ciò, però, non a caso o per dimenticanza: infatti, proprio al fine di rendere la disciplina in discorso applicabile a qualunque accordo che abbia per effetto di “ristrutturare” il debito (quali che siano gli obblighi assunti dalle parti, il percorso prescelto per consentirne l'adempimento e le modalità di quest'ultimo), non si è inteso ulteriormente de-

finire la fattispecie; rischiandosi altrimenti di limitare la libertà negoziale delle parti coinvolte o di escludere taluni accordi dal campo d'applicazione della norma. Può dirsi allora che gli accordi in questione devono ritenersi, quanto al loro possibile contenuto, appartenenti allo stesso *genus* degli accordi stragiudiziali di composizione della crisi sopra esaminati (*sub* I).

La differenza, piuttosto, si lascia cogliere sul diverso piano degli **effetti** che tali accordi possono produrre. Difatti, essi, se si scelga di seguire la procedura ora esaminata, non esplicheranno solamente i tipici *effetti negoziali* propri di qualsiasi accordo stragiudiziale (ad es., la rinuncia ad una parte del credito o la dilazione del termine di pagamento); bensì ulteriori *effetti legali* dipendenti esclusivamente dall'essere dedotti all'interno di una particolare procedura giudiziale destinata a perfezionarsi (sempre che abbia esito positivo) con un provvedimento di omologazione. Si tratta, dunque, di effetti, *anche ultra partes*, che mai potrebbero derivare dalla semplice volontà negoziale espressa in un accordo stragiudiziale; effetti che – può dirsi in prima approssimazione – si esplicheranno proprio nelle aree in cui si potrebbero altrimenti registrare, nell'eventualità della successiva apertura di una l.g., alcuni degli inconvenienti riconnessi ai meri accordi stragiudiziali (v. sopra, § ...), consentendone invece la neutralizzazione: il rischio di una revocatoria concorsuale o ordinaria degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo; la falciadìa concorsuale cui andrebbero incontro i crediti derivanti da finanziamenti concessi in esecuzione dell'accordo; il rischio che durante le trattative possano essere intraprese dai creditori iniziative esecutive o cautelari capaci di compromettere il perfezionamento dell'accordo; il rischio che le condotte esecutive dell'accordo possano essere valutate come reati concorsuali. Può dirsi insomma che la disciplina in discorso contempla un negozio i cui contenuti sono lasciati all'autonomia privata, ma anche un procedimento giudiziale volto alla sua omologazione e del quale vengono disposti specifici effetti, ulteriori rispetto a quelli che potrebbero derivare dall'accordo in sé.

## 2. Condizioni di omologabilità dell'accordo

L'accordo dovrà possedere le seguenti **caratteristiche**, che rendono la relativa fattispecie più circoscritta rispetto ai contenuti che un qualsiasi altro accordo di ristrutturazione stragiudiziale potrebbe assumere.

a) Quanto alle **parti**, esso dovrà essere concluso fra:

i) **un imprenditore in crisi**, *anche non commerciale, ma diverso dall'imprenditore minore*;

ii) e **uno o più dei suoi creditori** che rappresentino **almeno il 60% dei crediti** (benché il calcolo di tale percentuale non sia agevole in assenza di uno stato passivo o di altra forma di accertamento che non sia quella rimessa ad un professionista incaricato dal debitore stesso);

b) quanto alla sua **struttura**, l'art. 57 specifica che l'accordo dovrà fondarsi su un "piano" – cioè il percorso idoneo a rendere possibile l'adempimento di quanto proposto ai creditori – redatto secondo le modalità indicate dall'art. 56, cioè le stesse sopra esaminate per il piano di risanamento.

c) Quanto alle **finalità** dell'accordo, esso dovrà comunque, complessivamente:

i) consistere in una **ristrutturazione dei debiti** dell'impresa: ciò che potrà essere

realizzato – fra le altre pur immaginabili – secondo le svariate modalità che già si sono menzionate parlando in generale degli accordi stragiudiziali e anche qui senza la necessità di rispettare *neppure la par condicio*;

ii) rivelarsi idoneo ad assicurare l'*integrale pagamento dei creditori estranei*. Questo è il punto fondamentale, il profilo che cioè, secondo la legge, rende l'accordo meritevole della significativa "protezione" accordatagli dalla legge. La ristrutturazione di alcuni debiti (verso i creditori partecipanti all'accordo) deve cioè risultare tale da alleggerire la complessiva situazione debitoria dell'imprenditore sino al punto di consentire, anche rispetto agli altri debiti (quelli verso i creditori estranei), il pieno recupero della solvibilità, dovendosi al riguardo dimostrare che in virtù della ristrutturazione vi saranno *mezzi e liquidità sufficienti per la loro soddisfazione integrale e puntuale* entro 120 giorni (dall'omologazione, se già scaduti, ovvero dalla loro successiva scadenza).

A questo scopo, l'imprenditore dovrà fornire una documentazione accompagnatoria dell'accordo che possa attestarne la credibilità. Si tratterà, in particolare della **documentazione prevista dall'art. 39, co. 1 e 3**; nonché – con rilevanza decisiva – della **attestazione** di un professionista indipendente (per quanto nominato dallo stesso debitore) che, sotto la sua personale responsabilità civile e penale, dichiarerà: (a) la *veridicità* dei dati aziendali sui quali si fonda il piano; (b), la sua *fattibilità* (cioè la realizzabilità del percorso volto al risanamento); (c) e, di conseguenza, *l'idoneità dell'accordo e del piano a garantire l'integrale pagamento dei creditori estranei*, come appena visto.

### 3. *La fase introduttiva del procedimento e gli effetti immediati*

Il procedimento volto all'omologazione dell'accordo muove innanzitutto dal **deposito dell'accordo, con ricorso** volto ad ottenerne l'omologazione (art. 37), unitamente alla documentazione accompagnatoria sopra riferita (art. 39), presso il tribunale competente (art. 27), secondo il procedimento unitario regolato dagli art. 40 ss. Subito dopo il deposito l'accordo dovrà anche essere **pubblicato** nel registro delle imprese, così producendo i suoi effetti *ulteriori rispetto a quelli inter partes*, appunto perciò definiti legali (art. 40, co. 3).

a) Il primo di tali effetti consiste, ma solo se vi sia istanza del ricorrente (art. 54), nel **blocco temporaneo delle azioni esecutive e cautelari**: dalla data della pubblicazione i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non potranno intraprendere tali iniziative (fra cui la stessa istanza di l.g.) sul patrimonio del debitore. Per lo stesso periodo, inoltre, i creditori *non potranno acquisire titoli di prelazione* (salvo consenso del debitore), pur potendo contare sulla *interruzione di ogni termine prescrizione o decadenziale*.

L'imprenditore conserverà l'amministrazione del suo patrimonio venendo così a poter disporre, nelle more del procedimento, di una sorta di "ombrello protettivo" anche nei confronti dei creditori estranei all'accordo.

Se si tratta di società, varranno poi le stesse considerazioni già svolte in tema di concordato preventivo: gli organi sociali manterranno inalterata la loro funzionalità, e le eventuali perdite di capitale sociale non provocheranno, per la durata della procedura, le conseguenze altrimenti previste dalla disciplina comune (art. 64).

b) Laddove consti la suddetta istanza di concessione delle misure protettive (o anche quando la domanda sia stata proposta nel corso di trattative precedenti alla stipula di un accordo ai sensi dell'art. 54, co. 3), ***i creditori non potranno rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione***, né anticiparne la scadenza o modificarli in danno del debitore, restando inefficace ogni patto contrario (art. 64, co. 4); e ciò neppure a motivo del fatto (che altrimenti potrebbe di per sé giustificare una risoluzione) di non essere stati pagati dall'imprenditore, se si trattasse di contratti "essenziali" in corso di esecuzione, cioè necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa (art. 64, co. 5).

c) Inoltre, analogamente a quanto già esaminato in tema di concordato preventivo, il debitore potrà – prima dell'accesso alla procedura o durante essa (anche se avviata sulla base di mere trattative in corso, come subito qui sotto chiarito) essere ***autorizzato a contrarre finanziamenti*** che potranno godere, in caso di successiva l.g., della *prededucibilità*; oppure ***autorizzato a pagare crediti anteriori*** alla presentazione della domanda (art. 99).

Il procedimento che – come appena visto – muove dal deposito di un accordo già stipulato (con i titolari di almeno il 60% dei crediti), seguirà ovviamente ad una fase di **trattative**. È questa, tuttavia, una fase che, procurando ai creditori destinatari della proposta (o anche a quelli estranei che ne avessero avuto notizia) la conoscenza dello stato di crisi o di insolvenza dell'imprenditore proponente, potrebbe allarmarli ed indurli ad affrettarsi ad agire in via cautelare o esecutiva; con l'effetto allora di pregiudicare la conclusione dell'accordo, rendendo fin da subito inattuabile la proposta, proprio in quanto basata sulla disponibilità dei beni sottoposti alle iniziative intraprese dai creditori (tipicamente: un sequestro conservativo o un pignoramento). Per scongiurare un tale rischio, allora, si consente (art. 54, co. 3) ***la possibilità di rendere operante il c.d. ombrello protettivo già durante la fase delle trattative***. A questo fine viene consentito che l'imprenditore che si trovi ancora in tale fase, possa presentare una domanda nella quale ci si *riserva* di presentare gli accordi, contestualmente potendo chiedere la concessione delle misure protettive previste dell'art. 54, co. 2, solo limitandosi a depositare la documentazione informativa prevista dall'art. 39, co. 3 e una mera **proposta di accordo**, corredata dalla dichiarazione di un professionista indipendente che attesti sia l'effettiva pendenza delle *trattative* con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, sia che l'accordo con essi raggiunto, ove la proposta venisse accettata, renderà possibile il pagamento dei creditori estranei (art. 54, co. 3).

Il Tribunale, a fronte della domanda con riserva, emetterà un decreto, da iscriversi nel registro delle imprese, nel quale sarà fissato un termine (30-60 giorni, eventualmente prorogabili di altri 60) per il deposito degli accordi, della relativa attestazione di fattibilità e veridicità e della ulteriore documentazione prevista dall'art. 39, oltre a nominare eventualmente un commissario che vigili sul compimento di eventuali atti di frode in danno ai creditori e a disporre obblighi informativi periodici a carico dell'imprenditore (artt. 44-45).

La sussistenza dei presupposti per pervenire effettivamente all'accordo sarà successivamente oggetto di un ***accertamento giudiziale*** in contraddittorio con i creditori: in caso positivo, l'accertamento si concluderà con un *decreto* che confermerà (pro-

lungandolo) l'effetto sopra ricordato fino a quando, entro un termine di 30-60 giorni, eventualmente prorogabile per altri 60, non sopraggiunga il deposito dell'accordo di ristrutturazione vero e proprio, accettato dai creditori e corredato dalla relazione di fattibilità stilata dal professionista designato dal debitore. A questo punto, il procedimento potrà ben raccordarsi con quello previsto per l'omologazione dell'accordo già concluso.

#### 4. *L'omologazione dell'accordo e i suoi effetti. L'esecuzione*

Avviato il procedimento volto all'omologazione dell'accordo, vi sarà la possibilità, per i *creditori (anche estranei) e per ogni altro interessato*, di proporre **opposizione** entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo medesimo, così investendo il Tribunale del compito di vagliarne la fondatezza, onde decidere dell'omologazione o meno (art. 48, co. 3).

Le opposizioni potranno fondarsi in particolare sull'*insussistenza dei requisiti di omologabilità*, come ad es. il mancato raggiungimento della percentuale minima richiesta dalla legge, ovvero l'inattuabilità dell'accordo, con particolare riguardo alla sua inidoneità ad assicurare l'integrale soddisfacimento dei creditori estranei.

Se invece non constino opposizioni, il tribunale, verificata la ritualità della proposta e la sussistenza della documentazione richiesta dalla legge, procederà immediatamente all'**omologazione**, disposta con sentenza *pubblicata* nel registro delle imprese (art. 48, co. 4). La sentenza sarà peraltro suscettibile di reclamo (dinanzi alla Corte di Appello) che, se accolto, potrà provocarne la revoca, con contestuale apertura della l.g., salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dal debitore (art. 53, co. 5).

Fermi gli effetti negoziali degli accordi raggiunti con i creditori aderenti, la sentenza di omologazione degli accordi produrrà rilevanti **effetti legali**, anche se per la verità soltanto *eventuali*: ciascuno di essi, infatti, potrà concretamente esplicarsi *soltanto nell'ambito di un (eventuale) l.g. consecutiva*, che però, com'è ovvio, non vi sarà mai se l'accordo omologato trovasse regolare esecuzione. Tali effetti consistono:

a) nell'*esenzione da un'eventuale revocatoria, sia concorsuale che ordinaria*, “*degli atti, dei pagamenti, e delle garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo*” (art. 166, co. 3, lett. e);

b) nel beneficio della *prededuzione* concesso alla c.d. *nuova finanza*.

Si tratta, a ben vedere, di *effetti comuni a quelli disposti in caso di concordato preventivo*, per l'ipotesi di un suo eventuale sbocco in una l.g. E del tutto simili ne sono anche le ragioni: si tende a incentivare il raggiungimento di una soluzione negoziata della crisi, assicurando i creditori coinvolti che, se la situazione dovesse precipitare (cioè se il piano non riuscisse a trovare esecuzione, conseguendone una l.g.), chi lo ha reso possibile potrà quantomeno far salvo quanto già ricevuto in esecuzione (sia pur parziale) dell'accordo e recuperare in prededuzione la nuova finanza. E ciò anche a discapito dei creditori estranei, che potranno rifarsi solo su ciò che “*resta*”, così scoprendo di essere rimasti estranei... solo fino ad un certo punto.

Se l'accordo troverà integrale **esecuzione**, ogni creditore potrà dirsi soddisfatto ed ogni insolvenza potrà dirsi scongiurata. La legge, peraltro, non prevede (a differenza di quanto fa per il concordato preventivo o di l.g.) chi dovrà vigilare sull'esecuzione, né contempla un formale provvedimento che accerti l'avvenuta esecuzione dell'ac-

cordo. La vera e propria **vigilanza** risulterà, in definitiva, rimessa *ai creditori* stessi: *a quelli estranei*, indirettamente, restando essi sempre legittimati a reagire con ogni mezzo a tutela delle proprie ragioni (ivi compresa la possibilità di richiedere la l.g.) non appena registrino la loro mancata “integrale” soddisfazione; *a quelli partecipanti all'accordo*, invece, direttamente, potendo essi reagire, di fronte al mancato adempimento degli obblighi previsti dall'accordo omologato, chiedendone la **risoluzione** ex artt. 1453 ss. c.c. Se invece i creditori lamentassero che il perfezionamento dell'accordo è stato frutto di una lesione della loro libertà negoziale (essendo stato il loro consenso viziato da *dolo, errore* o, meno verosimilmente, *violenza o incapacità*) potrebbero chiedere, ex artt. 1442 ss. c.c., l'**annullamento dell'accordo** stesso.

In ogni caso, per prevenire il rischio di un insuccesso dello strumento di regolazione della crisi ora considerato, il c.ins. si occupa, opportunamente, della possibilità di una **modifica sostanziale** del piano, considerata la variabilità e per certi aspetti la imprevedibilità delle dinamiche economiche ed imprenditoriali che possono alterarne le basi fattuali presupposte. Una modifica sarà allora possibile non soltanto (ed in tal caso non solo del piano, ma anche degli stessi accordi) già durante la procedura di omologazione, con rinnovata attestazione e rinnovato consenso dei creditori; ma soprattutto, dopo l'omologazione del piano, durante la sua fase di esecuzione, che potrebbe in effetti essere programmata per un periodo di alcuni anni (solitamente 3-5 anni).

È proprio in questa fase che, in effetti, si pongono spesso delicate questioni allorché ci si renda conto dell'impossibilità, o anche solo dell'inopportunità, nell'interesse comune, di dare esecuzione al piano sotteso all'accordo omologato; se non altro perché ciò potrebbe rendere dubbio, pur al di là di una tolleranza dei creditori, se gli effetti dell'accordo omologato possano riguardare anche quelle operazioni che, seppure paressero opportune in relazione alle modificate circostanze, non fossero state inizialmente contemplate nel piano omologato. L'art. 58 consente allora al debitore di procedere unilateralmente ad una *nuova formulazione del piano sottostante all'accordo* – di cui nuovamente dovrà essere data pubblicità ed attestata l'idoneità ad assicurare “l'esecuzione” (ferma la necessità di assicurare ancora il pagamento dei creditori estranei) – che rimpiazzerà a tutti gli effetti il precedente piano se i creditori, di ciò avvisati, non propongano opposizione entro trenta giorni, oppure se l'opposizione sia respinta.

##### 5. *Le varianti degli accordi di ristrutturazione: agevolati; ad efficacia estesa; con intermediari finanziari*

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti possono configurarsi, rispetto alla fattispecie delineata dall'art. 64, secondo diverse varianti, fra di loro peraltro non alternative.

Vengono innanzitutto in questione gli accordi di ristrutturazione **agevolati** (art. 60). La specificità di tali accordi – sia rispetto alla fattispecie base sopra esaminata, sia rispetto alle altre varianti appresso esaminate – va individuata nella regola, propizia al raggiungimento dell'omologazione (perciò “agevolata”), dovuta al **dimezzamento della percentuale** minima dei crediti spettanti ai creditori che aderiscano all'accordo: **30%**, anziché 60%. Una tale agevolazione è concessa a condizione che l'imprenditore proponente, nella sua domanda di omologazione: non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi (altrimenti possibile, come visto, fino a 120

giorni); non abbia richiesto, e rinunci, a richiedere misure protettive temporanee. Si tratta, evidentemente, di due condizioni che depongono nel senso di una situazione di relativa solidità del debitore, e perciò di relativa sicurezza per i creditori estranei, che giustifica l'abbassamento di una percentuale, quella del 60%, altrimenti ritenuta meglio bilanciata per la fattibilità del piano, cioè per garantire il pagamento integrale della restante percentuale "estranea".

Un'altra variante degli accordi di ristrutturazione dei debiti – la più interessante e verosimilmente destinata a trovare maggiore impiego rispetto alla fattispecie base – è quella degli accordi **ad efficacia estesa**. Si tratta infatti di accordi le cui condizioni (per lo più remissorie o dilatorie, come proposte dall'imprenditore), a differenza degli accordi previsti in via generale dall'art. 57, non impegneranno solo i creditori aderenti; ma potranno, a certe condizioni, **imporsi anche a tutti, o alcuni, creditori estranei**, in evidente deroga al principio di relatività degli effetti del contratto previsto dagli artt. 1372 e 1411 c.c.)

Questo sarà possibile a condizione che si raggruppino taluni, o anche tutti i creditori, in una o più "categorie" determinate in ragione della omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici, nell'ambito della quale – in deroga al principio per cui la pretesa dei creditori estranei ad un accordo non dovrebbe mai risultare da esso incisa – varrà una regola di segno opposto, che colora di vera e propria **concorsualità** la procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Il debitore potrà infatti chiedere, nel ricorso introduttivo del procedimento, che gli effetti dell'accordo accettato da tanti creditori che rappresentino il 75% della categoria, vengano estesi anche a quelli non aderenti inseriti nella medesima categoria (art. 61, co. 1 e 2, lett. b). Solo si esclude le condizioni contrattuali investite da una tale efficacia espansiva possano comprendere l'imposizione ai creditori di nuove prestazioni, o la concessione o il mantenimento di nuova finanza (art. 61, co. 4).

Come si vede, dunque, la fattispecie tipica degli accordi di ristrutturazione delineata dall'art. 57 subisce una trasformazione radicale, in senso **concorsuale**: non si avrà più una *pluralità* di creditori a decidere, *ciascun per sé*, in considerazione del trattamento propostogli *individualmente*. Al contrario, si avrà una *collettività* che, a *maggioranza* (che potrebbe poi anche consistere in un solo creditore, se da solo rappresenti il 75% dei crediti inseriti nella categoria) potrà approvare un trattamento unitario di tutti i creditori compresi nella "categoria", determinandone l'imposizione *anche ai non aderenti*.

A questo fine sarà tuttavia necessario che la procedura – proprio in ragione della rilevanza espansiva della rinegoziazione accettata soltanto da alcuni – si svolga nel rispetto delle seguenti quattro **condizioni**: a) **omogeneità**, per posizione giuridica e interesse economico, *della categoria* (o delle diverse categorie) in cui i creditori siano stati raggruppati; b) totale **trasparenza** anche verso i creditori non aderenti e loro necessario coinvolgimento nella negoziazione, alla quale siano stati messi in condizione di "*partecipare in buona fede*"; c) salvaguardia del c.d. "**best interest**" di ciascun creditore, verificando che in base all'accordo potrà raggiungersi una soddisfazione in misura *non inferiore a quella raggiungibile attraverso le alternative concretamente praticabili* (tendenzialmente, quella della l.g.); d) che l'accordo persegua la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta, cioè miri alla continuità aziendale e non alla liquidazione.

Va pure precisato, peraltro, che una tale efficacia espansiva degli effetti dell'accordo raggiunto con i creditori di ciascuna categoria, vale solo all'interno della singola categoria. Da un lato, quindi, non ne saranno coinvolti i creditori non aderenti all'accordo che fossero rimasti fuori dalla categoria, o dalle categorie, che la proposta abbia delineato, con loro persistente facoltà, dunque, di non aderire al piano, mantenendo integre le proprie pretese (e libero anche il debitore, dal canto suo, di non coinvolgerli affatto nelle trattative). D'altro lato, l'estensione dell'accordo ai creditori non aderenti inseriti in una categoria che l'abbia invece approvato al 75%, non per questo consente di considerarli come aderenti ai fini del raggiungimento della complessiva percentuale minima di adesione affinché l'accordo possa venire omologato, e cioè come detto il 60% (ovvero il 30% ricorrendo le condizioni previste dall'art. 60). L'accordo ad efficacia estesa, in questo senso, rappresenterà anch'esso, come l'accordo agevolato, una "variante" della figura generale degli accordi di ristrutturazione: giacché il regime posto dall'art. 61 opererà come *integrativo*, e non già sostitutivo, di quello previsto dall'art. 57 (ed eventualmente dall'art. 60, se ricorrono le condizioni per un accordo agevolato), destinato a fungere pur sempre da cornice di riferimento.

Un'ultima variante di accordi di ristrutturazione è quella con **banche o intermediari finanziari**. Essa si presenta come un accordo ad efficacia estesa (venendo in effetti prevista all'ultimo comma dell'art. 61 dedicato a tale tipo di accordi) differenziandosene tuttavia per due profili. Sul piano della fattispecie, innanzitutto, si tratterà di accordi possibili solamente in presenza di una situazione debitoria (che potrebbe peraltro crearsi appositamente, tramite cessione dei crediti) rispetto alla quale *la metà dei crediti sia riferibile a banche o altri intermediari finanziari, ripartiti allora per categorie omogenee* (rispetto alle quali varrà sempre la regola, già sopra esaminata, dell'imposizione ai dissenzienti delle condizioni accettate dalla maggioranza, fermi i diritti di tutti gli altri creditori diversi, estranei alle categorie). Sul piano della disciplina, l'elemento differenziale è invece rappresentato dalla possibilità che l'accordo (in deroga all'art. 61, co. 2, lett. *d*, sopra ricordato) possa anche fondarsi su un piano avente carattere **liquidatorio**. Il che pare conferire a questo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza una particolare rilevanza pratica, considerato come spesso gli imprenditori perseguano una finalità liquidatoria da realizzarsi al di fuori e in alternativa ad una procedura di l.g. (ritenuta per molti aspetti troppo "invasiva"), ciò che tuttavia, come visto, non è consentito per gli altri accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, ovvero, nel caso di un concordato preventivo, sarebbe possibile solo a condizioni piuttosto onerose (sia in termini di percentuali minime offerte ai creditori, sia di necessarie nuove risorse da apportare).

#### 6. *Gli accordi su crediti tributari e contributivi*

La possibilità per l'imprenditore che intenda ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (in tutte le diverse varianti previste dagli artt. 57, 60 e 61) di formulare, nella fase delle trattative, una proposta che preveda un **pagamento parziale o dilazionato** dei debiti, può riguardare anche quelli per **tributi amministrati dalle agenzie fiscali o per contributi amministrati dagli enti previdenziali**.

Le specificità che secondo l'art. 63 caratterizzano tale proposta (descritta dalla

rubrica dell'art. 63 come avente ad oggetto una “*transazione su crediti tributari e contributivi*”) riguardano – oltre alla necessità che essa sia corredata da una specifica attestazione da parte di un professionista indipendente in merito alla convenienza (o meno) del trattamento offerto rispetto a quello ritraibile da una l.g.; e oltre alla previsione di particolari formalità per la comunicazione della proposta e per la sua accettazione da parte dei creditori istituzionali oblati – soprattutto le conseguenze normative di una loro *mancata adesione*.

In questo caso, infatti, la legge – con un *favor* forse dipendente dalla considerazione che spesso le amministrazioni interessate restano inerti, per complessità burocratiche o per troppa prudenza – piuttosto che equiparare la mancata adesione (che potrebbe essere esplicita, ma anche tacita, se una accettazione non sia stata espressa entro 90 giorni dalla ricezione della proposta) ad un dissenso capace di pregiudicare l'omologazione dell'accordo, consente al Tribunale di omologare ugualmente l'accordo.

Ciò, in particolare, quando consti: che l'adesione sarebbe risultata decisiva per il raggiungimento delle necessarie maggioranze; e possa ritenersi, “*anche*” in base all'attestazione espressa dal professionista, che il trattamento offerto all'agenzia fiscale o all'ente previdenziale sia conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 63, co. 2-*bis*). Può notarsi, allora, come in questo caso la convenienza non svolga solamente il ruolo di condizione ostativa all'accoglimento di un'eventuale opposizione ad un accordo già omologato (secondo il c.d. *best interest test*) ma, ancor prima, favorisce essa stessa il raggiungimento della maggioranza necessaria all'omologazione (60% o 30%, come visto).

### 7. *La convenzione di moratoria*

Le **convenzioni di moratoria** sono accordi che *ogni imprenditore* (anche non commerciale, o minore) può concludere con i suoi creditori per “disciplinare in via *provvisoria* gli effetti della crisi”, perseguendo una finalità meramente *dilatoria*. Potrà a questo scopo essere dedotta nella convenzione una *rinuncia agli atti* di un giudizio o *la sospensione di azioni esecutive e conservative*. Com'è insito nello stesso *nomen juris* “moratoria”, dunque, non si tratterà di pattuire alcuna rinuncia o riduzione del credito (cosa sempre possibile, evidentemente, ma allora secondo altro schema negoziale); ma solo di concertare una *dilazione temporale* (durante la quale eventualmente verificare la possibilità di addivenire ad un concordato preventivo o a un accordo di ristrutturazione) che comporterà l'*inesigibilità provvisoria* (la legge non specifica tempi minimi o massimi) del credito, attraverso un *pactum de non petendo*.

La specificità di un tale strumento – rispetto a quello che potrebbe altrimenti essere il contenuto negoziale di un qualsiasi accordo di moratoria con i creditori – è che, *come per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa*, la legge vi riconnette l'effetto (“legale”, in quanto evidentemente irrealizzabile dalla mera autonomia privata) di estendere l'impegno assunto dai creditori aderenti anche nei confronti di quelli non aderenti.

E ciò a condizioni analoghe a quelle già esaminate per gli accordi ad efficacia estesa, e cioè che: (a) gli uni e gli altri siano stati inseriti in una categoria omogenea; (b) i primi rappresentino almeno il 75% dei crediti inclusi; (c) risulti verosimile – come

attestato da un professionista indipendente – che i creditori estranei, all’esito e per effetto della moratoria convenuta (cioè al suo impatto sulla capacità di adempimento del debitore), troveranno una soddisfazione che non sia inferiore a quella che otterrebbero in una immediata l.g. (art. 62). L’utilità dello strumento consente allora di realizzare una moratoria generalizzata, dall’effetto auspicabilmente positivo per tutti i creditori, che il dissenso di una minoranza renderebbe invece impossibile, o comunque metterebbe a repentaglio, dissuadendo anche quei creditori che sarebbero sì disposti a concedere la moratoria, ma non al prezzo di lasciare “mano libera” ad una minoranza che ne volesse approfittare.

La tutela di ciascun creditore dissenziente sarà comunque assicurata dalla possibilità di contestare giudizialmente la sussistenza delle condizioni sopra previste (specialmente quella della “non sconvenienza” rispetto ad una eventuale l.g.) tramite una *opposizione* al Tribunale, da proporsi entro 30 giorni da quando gli sia stata comunicata la convenzione.

#### IV. *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*

Ultimo fra gli strumenti di regolazione della crisi previsti dal Titolo IV del c.ins. (anche per ragioni di tempo, essendo stato introdotto al Capo I-*bis* solo pochi giorni prima dell’entrata in vigore del c.ins., con il d.lgs. “correttivo” n. 83 del 17 giugno 2022) è il **piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione**.

Si tratta di uno strumento attraverso il quale l’*imprenditore commerciale non minore che si trovi in stato di crisi e di insolvenza*, può sottoporre all’approvazione dei creditori necessariamente suddivisi *per classi* omogenee – secondo una procedura ricalcata su quella del concordato preventivo – una proposta che preveda un loro *trattamento non vincolato al rispetto dei criteri distributivi che invece occorrerebbe rispettare in una procedura concordataria*. Fatta salva, infatti, la sola posizione dei prestatori di lavoro subordinati assistiti da privilegio ai sensi dell’art. 2751-*bis*, co. 1, n. 1, c.c. (che dovranno essere soddisfatti integralmente entro 30 giorni dall’omologazione) il trattamento offerto a tutti gli altri, seppure muniti di cause legittime di prelazione, non dovrà rispettare i criteri generali di parità di trattamento o di priorità previsti dagli artt. 2740 e 2741, c.c., consentendo una distribuzione “libera”, da questo punto di vista, “del valore generato dal piano” (art. 64-*bis*, co. 1).

Il piano, corredato da un’attestazione di fattibilità e veridicità dei dati aziendali rilasciata da un professionista, potrà essere omologato a condizione che sia *approvato dalla unanimità delle classi*.

Da questo punto di vista, quindi, ripete taluni caratteri degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, piuttosto che del concordato preventivo: la minoranza sarà infatti vincolata dal voto della maggioranza, ma solo se questa vi sia stata all’interno della singola classe; non opererà alcun vincolo legato alla *par condicio*, tanto che il singolo creditore dissenziente potrà sì opporsi all’omologazione del piano per difetto di convenienza della proposta, ma ciò solo valutandola in comparazione alla soddisfazione che avrebbe ritratto da una l.g., e non al trattamento eventualmente “preferenziale” accordato ad altri creditori.

Inoltre, come per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, e diversamente dal

concordato preventivo, *non opererà alcuno spossessamento*, neppure “attenuato”, dell'imprenditore proponente: il quale conserverà la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, pur nel necessario rispetto del “prevalente interesse dei creditori” (dunque in un'ottica tendenzialmente conservativa) e sotto la vigilanza di un commissario giudiziale, nominato dal Tribunale, insieme ad un giudice delegato, dopo aver valutato la ritualità della proposta e la correttezza dei criteri di formazione delle classi.

Se il piano sarà approvato dall'unanimità delle classi, dunque, il Tribunale lo *omologherà*, con gli effetti previsti – quanto all'esecuzione e alla eventuale risoluzione o annullamento – per il concordato preventivo. Diversamente, in caso di *mancata approvazione di tutte le classi*, il debitore potrà operare una conversione della procedura di omologazione del piano in una di concordato preventivo, modificando in tal senso la domanda già formulata e chiedendo al Tribunale l'emanazione del decreto di apertura previsto dall'art. 47.

## § 32. LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

**SOMMARIO:** I. Il debitore “sovraindebitato” nell’ordinamento concorsuale. – II. La ristrutturazione dei debiti del consumatore. – III. Il concordato minore. – IV. La liquidazione controllata. – V. L’esdebitazione del sovraindebitato.

### I. Il debitore “sovraindebitato” nell’ordinamento concorsuale

L’ordinamento concorsuale italiano, tradizionalmente volto a regolare l’insolvenza dell’imprenditore commerciale privato non piccolo, già nel 2012 registrava una forte innovazione con la l. 3/2012, recante una disciplina *ad hoc* per la “*composizione delle crisi da sovraindebitamento*” dei debitori che non fossero assoggettabili alle procedure previste dalla legge fallimentare.

Quella disciplina, in parte modificata, è stata recepita e consolidata nel c.ins., che è venuto così ad assumere una portata, del resto consona all’utilizzo del nome di “codice”, di normativa generale volta a regolare e comporre la crisi o l’insolvenza di *qualsivoglia* debitore privato. Il “codice della crisi e dell’insolvenza” viene così ad assurgere ad un ruolo per certi versi antagonista dello stesso Codice civile, se è vero che il sistema della responsabilità patrimoniale da quest’ultimo edificato si fonda sulla garanzia offerta dai beni presenti e futuri del debitore (art. 2740, c.c.), laddove il c.ins. (per certi aspetti di rilevanza applicativa preponderante quando si tratti di attuazione coattiva della responsabilità, considerato che questa consegue solitamente proprio allo stato di crisi o di insolvenza del debitore) è decisamente orientato a garantire, seppure a certe condizioni, *la liberazione del debitore dai suoi debiti quand’anche non li abbia soddisfatti per intero*; ed anzi, al limite neppure in minima parte, come dimostra la possibilità di una “esdebitazione dell’incapiente”.

Una diversa prospettiva, questa, giustificata dal fatto che la disciplina del sovraindebitamento è orientata da finalità, anche sociali, di reinserimento del debitore insolvente nel circuito economico, che travalicano evidentemente la logica microeconomica dei singoli rapporti obbligatori.

In particolare, sono previste tre diverse procedure volte a regolare il “**sovraindebitamento**”, e cioè (art. 1, co. 1, lett. c) “*lo stato di crisi o di insolvenza*” (c.d. presupposto oggettivo) “*del consumatore, del professionista, dell’imprenditore minore, dell’imprenditore agricolo, delle start-up innovative e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza*” (cd. presupposto soggettivo).

## II. *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*

La *ristrutturazione dei debiti del consumatore* è prevista (artt. 67 ss.) quale strumento di regolazione della crisi del *solo consumatore*.

È **consumatore** “la *persona fisica* che agisce” (che cioè si è indebitata) “*per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*” (art. 2, lett. *e*). Si prevede anche la possibilità di regolare il complessivo sovraindebitamento di un *gruppo familiare*, consentendo ai membri della stessa famiglia di presentare un unico progetto di risoluzione della crisi, pur restando distinte le rispettive masse attive e passive (art. 66).

Il consumatore – con l'ausilio e per il tramite di un Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (“**OCC**”) – presenterà al tribunale un **piano** per la ristrutturazione dei debiti che indichi tempi e modalità per superare la crisi e una **proposta** indicante la misura in cui si propone la soddisfazione parziale, e anche “*differenziata*”, dei creditori. Salvo che ricorrano talune *condizioni soggettive ostative* (fra cui quella di avere già goduto dell'esdebitazione per due volte, o negli ultimi cinque anni, oppure di essersi colpevolmente sovraindebitato: art. 69), il piano e la proposta saranno dichiarati ammissibili con decreto (pubblicato in apposita area *web*) del giudice, che potrà disporre misure protettive del patrimonio del debitore, eventualmente sospendendo o vietando l'avvio o la prosecuzione di procedimenti di esecuzione forzata che potrebbero pregiudicare la fattibilità del piano (art. 70). Dopodiché il giudice – se valuterà positivamente l'*ammissibilità giuridica e la fattibilità economica* del piano e se respingerà le eventuali contestazioni dei creditori (tuttavia *non chiamati ad alcuna votazione*, essendo anzi escluse dalla stessa possibilità di contestazione le banche che abbiano causato la crisi concedendo credito “irresponsabile”) – omologherà con sentenza il piano stesso. Il debitore resterà obbligato all'esecuzione del piano il resto (pena la revoca dell'omologazione e l'eventuale successiva apertura di una liquidazione controllata).

## III. *Il concordato minore*

Il *concordato minore* è previsto (artt. 74 ss.) anch'esso quale strumento di “regolazione della crisi” dei debitori sovraindebitati sopra elencati, *fatta però eccezione per il consumatore*. Si tratta quindi – per quanto in particolare interessa il diritto dell'impresa – della procedura di regolazione della crisi accessibile dalle *imprese minori*, dalle *imprese agricole* (che tuttavia possono accedere anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti sopra esaminati), dai *professionisti intellettuali* e dalle *imprese start-up*.

Come dice lo stesso *nomen juris*, il concordato minore è una procedura analoga al concordato preventivo, le cui disposizioni vengono in effetti dichiarate applicabili in quanto compatibili ed ove non diversamente previsto (art. 74). Anche per questa procedura, infatti, la finalità (salvo che vengano apportate nuove risorse esterne, ciò che consentirà una finalità liquidatoria) dev'essere quella della **continuità**, cioè della “prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale”, da realizzarsi sulla base di un *piano a contenuto libero* e di una *proposta* che consenta il *soddisfacimento* (parziale) dei creditori (che potranno, e talora dovranno, essere suddivisi in classi) *in qualsiasi forma*.

La **domanda**, formulata tramite un OCC (o in sua mancanza da professionisti abilitati ex art. 358) che allegherà una sua relazione particolareggiata, e corredata dalla documentazione illustrativa prevista dall'art. 75, sarà valutata, ed in caso positivo ammessa, dal giudice con decreto. Nel decreto, pubblicato in apposita area *web* del tribunale, potranno essere disposte le opportune misure protettive e saranno, fra l'altro, invitati i creditori a far pervenire le loro **dichiarazioni di adesione**, o non, alla proposta. Se gli aderenti (tali considerandosi anche coloro che non avranno inviato alcuna comunicazione, secondo la regola del silenzio-assenso) rappresenteranno la *maggioranza dei crediti ammessi al voto* (ed eventualmente anche per classi, nonché per teste se un solo creditore rappresenti la maggioranza per crediti), il giudice – valutata positivamente la *ammissibilità giuridica e la fattibilità economica* del piano – **omologherà il concordato** con sentenza che chiuderà la procedura.

Il debitore sarà a questo punto obbligato, sotto la vigilanza dell'OCC, ad eseguire il piano e ad adempiere alla proposta omologati, pena la *risoluzione* e la conseguente **revoca dell'omologazione** (revoca possibile, peraltro, anche in caso di dolo o colpa grave del debitore), con conseguente conversione della procedura in liquidazione controllata.

#### IV. *La liquidazione controllata*

La liquidazione controllata del sovraindebitato, prevista (artt. 268 ss.) quale procedura liquidatoria, si applica a **tutti i debitori sovraindebitati** sopra elencati. Risponde quindi, al pari della l.g. delle imprese commerciali non minori, ad una *finalità* eminentemente *liquidatoria* (cui si sottraggono solo alcuni crediti e beni impignorabili del sovraindebitato: art. 268).

Può essere attivata su **istanza** (anche personale, allegata ad una relazione dell'OCC) dello stesso *debitore*, ma anche dei *creditori* (“anche” in pendenza di procedure esecutive individuali, sempre che l'indebitamento sorpassi la soglia di cinquantamila euro) e del *P.M.* (se si tratti di conversione di altra procedura da sovraindebitamento revocata per frode), ferma la priorità di trattazione, in questi ultimi due casi, della eventuale domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi presentata dal debitore.

La *sentenza* che apre la procedura (anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ove il debitore sia una società: art. 270), pubblicata in apposito sito internet del tribunale oltre che nel registro delle imprese se il debitore sia un imprenditore, nominerà un **“liquidatore”** chiamato ad un'attività – sia in punto di formazione del passivo che di amministrazione e liquidazione del patrimonio appreso alla procedura, e conseguente riparto – analoga a quello svolto dal curatore nella l.g.

I **creditori** con *causa o titolo posteriore* all'apertura della procedura non potranno agire esecutivamente sui beni oggetto di liquidazione, mentre quelli sorti *in occasione o in funzione* della liquidazione saranno soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, salvo quanto ricavato dai beni già oggetto di pegno o ipoteca per la parte destinata ai garantiti (art. 277).

## V. *L'esdebitazione del sovraindebitato*

Tutte le procedure sopra elencate, in caso di esito positivo, conducono alla **esdebitazione** del sovraindebitato.

Nel caso delle *procedure di regolazione della crisi* (ristrutturazione dei debiti del consumatore; concordato minore), l'esdebitazione sarà una conseguenza implicita nella falciatura contemplata dalla stessa proposta che sia stata omologata.

Nel caso della *liquidazione controllata*, l'esdebitazione (artt. 282 ss.), quale *inesigibilità dei crediti* rimasti insoddisfatti nella procedura (dunque non estinti, per incapienza dell'attivo), opererà **di diritto** a seguito del provvedimento di chiusura o comunque decorsi tre anni dall'apertura. Essa sarà dichiarata con decreto motivato del tribunale, chiamato solamente a verificare l'assenza di eventuali cause ostative.

Il c.ins. si occupa poi dell'ipotesi – estrema e per certi aspetti considerabile come una *quarta procedura* (giudiziale, ma non concorsuale) – dedicata al **debitore persona fisica del tutto incapiente ma “meritevole”** (art. 283).

Si tratta del caso in cui una persona fisica sovraindebitata non sia in grado di offrire ai creditori *nessuna utilità* diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura. Il *fresh start* del soggetto altrimenti condannato a restare del tutto emarginato dalla vita economica potrà allora essere ottenuto grazie ad una domanda presentata tramite un OCC al tribunale. Questo – valutata la documentazione allegata, la relazione predisposta dallo stesso OCC e assunta “ogni altra informazione ritenuta utile” – sarà chiamato a valutare l'effettiva *meritevolezza* del debitore (di cui sarà un requisito l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella creazione della situazione dell'indebitamento) per poi concedere, in caso positivo, l'esdebitazione con decreto (reclamabile dai creditori entro trenta giorni).

Unico impegno che resterà in capo al debitore, allora, sarà quello *di pagare i debiti*, pur dichiarati inesigibili, laddove gli sopravvenissero, entro quattro anni dal decreto, *utilità rilevanti* che consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore complessivamente al 10% del dovuto. Un impegno – bisogna pur riconoscere – non del tutto in linea con la finalità della procedura, volta al reinserimento del debitore nel circuito economico (oltre che sociale): da una parte, infatti, il debitore viene disincentivato per quattro anni a procurarsi nuove utilità, visto che andrebbero a beneficio dei creditori; d'altra parte, seppure tali utilità egli fosse riuscito a produrre, esse gli verrebbero sottratte, così mantenendolo in una condizione di inesorabile povertà (o comunque nullatenenza) per tutto quel periodo.

CAPO TERZO

## LE PROCEDURE AMMINISTRATIVE

### § 33. LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA (IN GENERALE)

**SOMMARIO:** I. *Natura e presupposti della procedura.* – II. *L'apertura della procedura e i suoi effetti.* – III. *Le fasi della procedura.*

#### I. *Natura e presupposti della procedura*

Analogamente alla l.g., la liquidazione coatta amministrativa (“l.c.a.”) è una **procedura concorsuale con finalità liquidatoria**. Tuttavia, mentre dell'intera procedura di l.g. è investito il tribunale concorsuale (art. 122), cioè l'autorità giudiziaria ordinaria, alla procedura di l.c.a. è sovraordinata un'**autorità amministrativa**, deputata a provocarne l'apertura e a vigilarne lo svolgimento, talora, anzi, indirizzandolo avvalendosi della tipica discrezionalità del potere amministrativo. Ciò determina significative differenze rispetto alla l.g., parlandosi dunque, per la l.c.a., di *procedura amministrativa* (o “amministrata”) e non giudiziale.

Le ragioni dell'intervento dell'autorità amministrativa devono rintracciarsi nel **particolare interesse pubblico** che rivestono gli enti che vanno soggetti alla l.c.a. È in considerazione di tale interesse che si giustifica la previsione di una speciale disciplina, la quale opererà, beninteso, per i soli **casi espressamente indicati dalla legge**: “*la legge determina le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i casi per i quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla*” (art. 293).

Formalmente, una tale rilevanza pubblica può riscontrarsi (oltre che, in teoria, negli enti pubblici, per i quali è tuttavia esclusa espressamente l'applicabilità della l.c.a.: art. 294, co. 3) nelle **imprese sottoposte a vigilanza pubblica**. Fra queste, limitandosi qui a menzionare solo le più significative, vanno senz'altro ricordate quelle che operano istituzionalmente nel settore del credito o delle assicurazioni o della finanza – e così le **banche** (nonché, per esservi, almeno originariamente, collegate, le **fondazioni bancarie**) e le **assicurazioni** (d.lgs. 205/2005); le imprese abilitate alla prestazione di servizi di investimento come le società di intermediazione mobiliare (**SIM**), le società di investimento a capitale variabile e fisso (**SICAV e SICAF**), le società di gestione del risparmio (**SGR**); ma poi anche le **società fiduciarie e di revisione** (l. 430/1986), le “**imprese sociali**” (d.lgs. 112/2017) e, non certo ultime per rilevanza, le società **cooperative che svolgono attività commerciale** (art. 2545-terdecies, co. 1, c.c.).

È la legge, dunque, che individua i soggetti ai quali si applica la l.c.a. Inutilmente, però, si rintraccerebbe una siffatta individuazione nel c.ins., e in particolare nel suo

titolo dedicato alla l.c.a. Gli artt. 194 ss., difatti, si limitano a dettare una serie di regole di natura per lo più procedimentale da applicarsi nelle singole procedure di l.c.a. previste da **leggi speciali**, in via tendenzialmente integrativa (benché talora prevalente, in caso di incompatibilità). Regole che pertanto vengono a costituire una sorta di nucleo normativo comune. È a tali leggi speciali (ad es. il TUB, per quanto riguarda le banche, o il TUF, per quanto riguarda le SIM, SGR e SICAV) che occorre pertanto fare riferimento per quanto concerne, soprattutto, l'*individuazione dell'Autorità di vigilanza* (ad es., la Banca d'Italia per le banche) preposta alle singole procedure, nonché dei loro *presupposti soggettivi* (cioè l'individuazione degli enti sottoposti alla procedura, sopra ricordati) e *oggettivi* (che in parte possono variare da legge a legge, a seconda del tipo di ente a cui ci si riferisce).

Quanto ai **presupposti oggettivi**, deve rilevarsi innanzitutto come essi non riguardino esclusivamente le *condizioni economiche* dell'ente, come accade per la liquidazione giudiziale; ma in alcune leggi – sebbene meno frequentemente – anche una (patologica) *situazione gestionale* che, in ragione della rilevanza pubblica degli interessi coinvolti, consiglia la messa in liquidazione dell'ente a prescindere da un suo stato di crisi patrimoniale.

Fra i presupposti della l.c.a. troviamo quindi non soltanto quelli che, per l'apunto, esprimono una **crisi economico-finanziaria**, come l'*insolvenza* o, talora, le *gravi perdite patrimoniali* dell'ente (che pure, come visto, possono non coincidere con lo stato di insolvenza). Ma anche quelli che esprimono **anomalie amministrative**, come il caso in cui vengano riscontrate delle *violazioni di norme legislative, amministrative o statutarie*, o comunque *irregolarità nella gestione dell'ente*, ovvero l'*incoerenza dell'attività svolta rispetto al fine* che l'ente dovrebbe perseguire (come ad es. potrebbe accadere per una cooperativa che non persegua uno scopo mutualistico).

L'inclusione fra tali presupposti dello stato di insolvenza, che è presupposto oggettivo anche della l.g., suscita evidentemente l'esigenza di un criterio che consenta di discernere quando, al manifestarsi di quel presupposto, debba applicarsi la **procedura di l.c.a. in luogo di quella della l.g.** Un tale criterio viene così articolato dalla legge:

a) taluni enti (ad esempio quelli operanti nel settore finanziario e assicurativo) sono sottoposti *esclusivamente alla procedura di l.c.a.* La constatazione di un loro stato di insolvenza, pertanto, non può che condurre all'apertura di tale procedura;

b) altri enti (tipicamente, le cooperative che svolgono attività commerciale) possono invece essere sottoposti *sia a l.c.a. che a l.g.* In questi casi opererà il cosiddetto **principio della prevenzione**, secondo il quale si applicherà la procedura che venga aperta *per prima*: con esclusione (o preclusione), pertanto, dell'altra (artt. 295, co. 2; 2545-terdecies c.c.);

c) **regola residuale**, comunque, è da intendersi la prima (art. 295, co. 1): le imprese per le quali è prevista l'applicazione della l.c.a. sono sottoposte esclusivamente a quest'ultima, a meno che la possibilità di una l.g. (e quindi l'eventuale operatività del principio di prevenzione) non sia *prevista espressamente* dalla legge.

Da quanto detto deriva che l'**accertamento** (sempre giudiziale) **dello stato di insolvenza** può operare diversamente a seconda del tipo di ente e a seconda che venga accertato prima dell'apertura di alcuna procedura ovvero dopo che la procedura di l.c.a. sia già stata aperta (evidentemente sulla base di altro presupposto).

Per quanto riguarda gli *enti sottoposti anche a l.g.*, l'accertamento dello stato di insolvenza *prima che sia stata aperta alcuna procedura* provocherà, secondo il principio di prevenzione testé ricordato, l'apertura della l.g. Per quanto riguarda gli *enti sottoposti esclusivamente alla disciplina della l.c.a.*, invece, l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza non potrà che provocare l'apertura della l.c.a.

Per gli uni e per gli altri, invece, l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza *dopo che la procedura di l.c.a. sia già stata aperta* (evidentemente sulla base di altro presupposto) non impedirà la prosecuzione della procedura, ma vi inciderà provocando, oltre i normali effetti di quest'ultima, anche l'applicazione degli artt. 163 ss. in materia di azioni revocatorie e delle disposizioni penali previste per la l.g. (art. 343).

Per converso, la delimitazione del campo d'applicazione della l.c.a. **rispetto al concordato preventivo** è regolata da un principio inverso a quello fissato dall'art. 295, stabilendosi che *se la legge non dispone diversamente* (cosa peraltro non infrequente, e così per le banche, le assicurazioni e le società che prestano servizi di investimento) *la imprese soggette a l.c.a. possono essere ammesse al concordato preventivo* (art. 296). Anche in questo campo, comunque, opererà il *principio della prevenzione*, sicché l'apertura di una procedura precluderà l'altra.

## II. *L'apertura della procedura e i suoi effetti*

L'**apertura della l.c.a.** può innanzitutto verificarsi quando nei confronti di un'impresa soggetta a l.c.a. con esclusione della l.g. venga **accertato uno stato di insolvenza**. In tal caso l'*iter* si articola in due momenti: (a) l'accertamento dello stato di insolvenza sarà operato dal **tribunale**, a sua volta sollecitato dai creditori o dall'Autorità amministrativa che vigila sull'impresa; (b) accertata l'insolvenza, l'apertura della procedura non potrà però essere dichiarata dal medesimo tribunale, ma soltanto dalla stessa **Autorità amministrativa** (art. 297).

Quando invece il **presupposto** realizzatosi sia **diverso dall'insolvenza**, l'*iter* è più semplice: l'Autorità amministrativa, constatato essa stessa il verificarsi di tale presupposto, aprirà la procedura.

Accertato dunque lo stato di insolvenza o altra delle cause previste dalle leggi speciali, l'Autorità amministrativa che vigila sull'ente emanerà il **provvedimento di liquidazione**, nominando gli ulteriori **organi della procedura** (art. 301): il **commissario liquidatore** (talora tre, se la procedura rivesta particolare importanza, tratti dall'albo di cui all'art. 356) il cui ruolo può, in larga approssimazione, paragonarsi a quello del curatore nella l.g.; il **comitato di sorveglianza** (facoltativo nelle cooperative), composto da tre o cinque membri scelti fra persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitato dall'impresa (possibilmente fra i creditori); ed il cui ruolo può rapportarsi, sempre in larga approssimazione, a quello del comitato dei creditori nella l.g.

Dalla data del provvedimento si producono i suoi **effetti** che, secondo l'art. 299, coincidono in gran parte con quelli riconnessi alla l.g.

a) Innanzitutto, nei confronti del **debitore** si producono gli effetti dello **spossamento** previsti dagli artt. 142, 144-147. Il mancato rinvio all'art. 143 è invece in parte integrato dall'art. 303, co. 2, che prevede la **legittimazione processuale del commissario giudiziale** (senza che occorra alcuna autorizzazione) "nelle controversie anche in cor-

so, relative a rapporti di diritto patrimoniale” dell’impresa. Inoltre, se il debitore ha la veste giuridica di *società* o comunque di *persona giuridica*, “cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo” (art. 303, co. 1).

b) Anche nei confronti dei creditori e per quanto riguarda i rapporti giuridici preesistenti, l’art. 304 prevede espressamente che dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano le disposizioni previste dalla l.g. sulla *regolazione concorsuale dei crediti* e sulla sorte dei *contratti pendenti*. Pure applicabile, nonostante manchi un espresso rinvio, pare del resto la norma dell’art. 211, co. 8, sulla prosecuzione automatica dei contratti nel caso il commissario liquidatore decida, con l’autorizzazione dell’autorità di vigilanza, di continuare l’esercizio dell’impresa.

c) Quanto poi agli **atti pregiudizievole** compiuti prima dell’apertura della procedura, lo stesso art. 304 dichiara incondizionatamente applicabile l’art. 165 e quindi esercitabile dal commissario giudiziale l’*azione revocatoria ordinaria*. Quanto invece alle altre norme – e cioè gli artt. 163 ss.: *in primis* dunque la *revocatoria concorsuale* – queste, come sopra ricordato, saranno applicabili *soltanto se sia stato accertato giudizialmente lo stato d’insolvenza* a norma degli artt. 297 o 298 (e cioè, rispettivamente, prima o dopo l’apertura della procedura di l.c.a.), con effetto in ogni caso, anche ai fini del computo a ritroso del periodo sospetto, dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione (art. 299, co. 2).

### III. *Le fasi della procedura*

La procedura della l.c.a. è scandita dalla legge secondo fasi corrispondenti, benché regolate in modo non coincidente, a quelle previste per la l.g. Principio organizzativo generale è che il *commissario liquidatore procede a tutte le operazioni della liquidazione secondo le direttive dell’autorità che vigila sulla liquidazione, e sotto il controllo* (raramente vincolante) *del comitato di sorveglianza* (art. 305). Il commissario comincerà con il *prendere in consegna i beni, le scritture contabili e gli altri documenti dell’impresa*, formando conseguentemente l’inventario.

Parallelamente, egli procederà all’**accertamento del passivo**, secondo un percorso, peraltro, più “libero” rispetto a quello imposto nella procedura di l.g. (art. 310), all’esito del quale formerà – *senza alcuna mediazione dell’autorità giudiziaria o amministrativa* – l’**elenco dei crediti ammessi** (anche con riserva) *o respinti, e delle domande di restituzione o rivendicazione accolte o respinte*, depositandolo nella cancelleria del tribunale del luogo dove l’impresa ha la sede principale, e dandone notizia a coloro la cui pretesa non sia in tutto o in parte ammessa. Già con tale deposito, l’elenco diventa **esecutivo**. Occorrerà allora, ove se ne vogliano contestare le risultanze, proporre **impugnazione** (o le eventuali *domande tardive*) secondo le norme previste in tema di l.g. (artt. 206 ss.): solo in fase di opposizione, pertanto, può instaurarsi una vera e propria cognizione giudiziale sui diritti vantati dai creditori.

Quanto alla **amministrazione**, conservazione e **liquidazione del patrimonio** del debitore, vige la regola fondamentale per la quale *il commissario liquidatore “dispone di tutti i poteri necessari* per la liquidazione dell’attivo, salve le limitazioni stabilite dall’autorità che vigila sulla liquidazione” (art. 311). Egli gode dunque della più ampia **autonomia decisionale** e dispone delle più varie opzioni operative, salvo procurar-

si quando occorra (non raramente, peraltro), l'*autorizzazione dell'Autorità di vigilanza*. La fase (logicamente successiva ma che cronologicamente può anche sovrapporsi) della **ripartizione dell'attivo** è regolata secondo i medesimi principi che operano per la procedura di l.g. (art. 312).

Quanto alla **chiusura della procedura**, l'art. 313 stabilisce che, prima dell'ultimo riparto, il commissario presenterà all'autorità che vigila sulla liquidazione il *bilancio finale* della liquidazione con il *conto della gestione* e il *piano di riparto* tra i creditori, accompagnati da una relazione del comitato di sorveglianza e depositati, previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza, presso la cancelleria del tribunale. Ciò, affinché i creditori e ogni altro interessato possano proporre le proprie eventuali *contestazioni* su cui provvederà il tribunale. Ove invece non vengano presentate contestazioni, il bilancio, il conto di gestione e il piano di riparto si intenderanno approvati ed il commissario provvederà alle *ripartizioni finali* tra i creditori secondo le norme applicabili per la l.g. (art. 313, ult. co.), provvedendo, ove occorra, alle formalità necessarie all'estinzione della società.

Con ciò, pur non essendo previsto un provvedimento formale di chiusura, la procedura di l.c.a. amministrativa potrà dirsi conclusa. Alternativamente, la legge (art. 314) prevede anche, analogamente a quanto accade per il concordato nella l.g., una soluzione concordataria (c.d. **concordato di liquidazione**).

## § 34. L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA

**SOMMARIO:** I. *L'amministrazione straordinaria nel sistema concorsuale.* – II. *Presupposti, finalità e struttura dell'amministrazione straordinaria.* – III. *La procedura.* – 1. La dichiarazione dello stato di insolvenza. – 2. La c.d. fase di osservazione e i suoi effetti. – 3. L'apertura dell'amministrazione straordinaria e i suoi effetti. – 4. La definizione e l'esecuzione del programma. L'accertamento del passivo e la ripartizione dell'attivo. – 5. La cessazione della procedura. – IV. *L'amministrazione straordinaria nei gruppi di imprese.*

### I. *L'amministrazione straordinaria nel sistema concorsuale*

Se nella l.c.a. la “specialità” della procedura, caratterizzata dalla sovraordinazione di un'autorità amministrativa, viene giustificata in nome dell'interesse pubblico coinvolto dall'esercizio di certi tipi di attività, è invece in ragione della *rilevanza economica* di talune attività imprenditoriali che è emersa, nella seconda metà del secolo scorso, l'esigenza di un trattamento concorsuale speciale per le imprese di grandi dimensioni. L'esigenza di salvaguardia non soltanto dei grandi complessi produttivi di per sé, ma anche dei livelli occupazionali da essi raggiunti, hanno infatti sollecitato la ricerca di percorsi alternativi rispetto a quello (già detto) “fallimentare”, pur in presenza di organismi aziendali inefficienti e dispersivi di ricchezza; in qualche modo finendo col sovrapporre all'interesse dei creditori quello, più ampio ma eterogeneo, della comunità alla conservazione dei posti di lavoro e all'economia indotta: sacrificando il primo e collettivizzando i costi del secondo. Questo percorso alternativo è oggi l'**amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza** (d'ora in poi: a.s.), disciplinata dal d.lgs. 270/1999.

### II. *Presupposti, finalità e struttura dell'amministrazione straordinaria*

Secondo l'art. 1 d.lgs. 270/1999, l'a.s. è la procedura concorsuale della “**grande impresa insolvente**”. Dal punto di vista **sogettivo**, dunque, l'applicazione della procedura è condizionata innanzitutto al fatto che si tratti di impresa, anche individuale, **soggetta alle disposizioni sulla l.g.** (escluse dunque *le imprese soggette solo a l.c.a.*).

Inoltre, quanto al profilo dimensionale, non basterà che si tratti di impresa al di sopra delle soglie dimensionali che caratterizzano l'impresa “minore” (art. 2, lett. d, c.ins.), occorrendo piuttosto il *possesso congiunto* di due ulteriori requisiti che consentano di qualificarla, secondo quanto previsto dall'art. 2 della legge 270, come “**grande**”. Tali requisiti consistono:

a) nell'aver essa un *numero di lavoratori subordinati non inferiore a duecento* da almeno un anno;

b) nell'aver *debiti* per un ammontare complessivo *non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo* dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio (cioè *del fatturato*). Chiaro, peraltro, che questo secondo requisito non esprime alcuna "grandezza" in termini assoluti, ma solo l'incidenza proporzionale del debito.

Dal punto di vista **oggettivo**, dovrà trattarsi – al pari di quanto previsto per la l.g. – di impresa che si trovi *in stato di insolvenza*. Occorrerà però anche che l'impresa, seppure insolvente, versi in condizioni economiche tali da consentire, o almeno da far prevedere come possibile, il raggiungimento della finalità che la legge stessa assegna alla procedura: la "*conservazione del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*" (art. 1).

Quando ricorrano i suddetti requisiti soggettivi ed oggettivi, l'impresa sarà, almeno inizialmente, sottratta a l.g. e necessariamente assoggettata alla procedura di a.s.; salva poi la possibilità, ma solo in un secondo momento, che si constati che tale procedura non possa addivenire agli obiettivi che la legge le assegna, dovendo allora essere convertita in l.g.

Strutturalmente, infatti, la procedura di a.s. si scompone in due fasi. In una *prima fase* (detta di "*osservazione*"), la grande impresa, dopo essere stata dichiarata insolvente, verrà sottoposta ad un esame volto ad accertare se constino "*concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*". Soltanto se le condizioni economiche dell'impresa siano tali da rendere realistica una tale prospettiva, l'impresa potrà essere ammessa alla *seconda fase*, quella dell'amministrazione straordinaria vera e propria. Altrimenti verrà sottoposta a l.g. *Anche per la grande impresa insolvente, quindi, la l.g. resta sempre una prospettiva possibile*. Non è escluso, invece, che un'impresa avente i requisiti soggettivi di assoggettabilità alla procedura di a.s. venga ammessa ad un **concordato preventivo**, salvo, in caso di insuccesso di quest'ultimo, venire sottoposta alla procedura di a.s. anziché di l.g. (art. 3, co. 2).

### III. *La procedura*

#### 1. *La dichiarazione dello stato di insolvenza*

La procedura di a.s. muove dalla **dichiarazione dello stato di insolvenza** ad opera del tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di impresa, avuto riguardo al luogo dove il debitore ha il centro principale dei suoi interessi (art. 27, c.ins.). Ciò potrà avvenire, secondo l'art. 3 d.lgs. 270/1999, *su ricorso dello stesso imprenditore, o di uno o più creditori, o del pubblico ministero o anche* (diversamente da quanto avviene per la l.g.) *d'ufficio*.

Il **procedimento** attraverso il quale il tribunale perverrà alla dichiarazione di insolvenza si svolgerà secondo un *rito camerale e sommario*, durante il quale il tribunale dovrà accertare, oltre all'insolvenza in sé, anche il possesso dei requisiti di ammissibilità alla procedura.

Se all'esito del procedimento il riscontro sarà stato positivo, il tribunale emetterà la **sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza** (da comunicarsi anche al Ministro dello Sviluppo Economico), con la quale (art. 8 d.lgs. 270/1999): a) verranno nomi-

nati gli altri organi (oltre al tribunale stesso ed al Ministro) della prima fase della procedura, e cioè un *giudice delegato* e un *commissario giudiziale* (o tre, in caso di eccezionale complessità della procedura), quest'ultimo in conformità all'indicazione del Ministro; b) verrà assegnato ai creditori e agli aventi diritti reali mobiliari un *termine* (90-120 giorni dal deposito della sentenza) *per la presentazione delle domande*; c) verrà *fissata l'adunanza* in cui, nel termine dei successivi trenta giorni, verrà esaminato lo stato passivo davanti al giudice delegato; d) verrà stabilito se la *gestione dell'impresa*, in questa prima fase, sarà lasciata all'imprenditore insolvente oppure affidata al commissario giudiziale.

## 2. *La c.d. fase di osservazione e i suoi effetti*

Con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza si apre una **fase di “osservazione”** (o “prodromica”) volta, essenzialmente, ad accertare la compatibilità delle condizioni economiche dell'impresa con le finalità che la legge assegna alla procedura. In particolare, obiettivo di questa prima fase e compito essenziale del commissario giudiziale sarà quello di accertare – con una “particolareggiata” relazione che il commissario dovrà depositare in cancelleria e comunicare al Ministro – se sussistano “*concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*”, da realizzarsi attraverso un programma (di cessione o di ristrutturazione) che il commissario stesso potrà già in questa fase abbozzare e che verrà poi predisposto, nella fase successiva, dal commissario straordinario (così si chiama l'organo che prenderà il posto del commissario giudiziale, una volta aperta la seconda fase) per delineare il percorso dell'a.s. vera e propria. Se invece si constati l'insussistenza di tali prospettive, la fase di osservazione si concluderà con la sottoposizione dell'impresa – pur “grande”, ma non più “recuperabile” – a l.g.

La fase di “osservazione” (pur contenuta nel breve termine di *sessanta giorni* dalla dichiarazione d'insolvenza) inaugura una nuova condizione giuridica dell'impresa, data dagli **effetti** che la legge riconnette alla dichiarazione dello stato di insolvenza.

Per quanto riguarda il debitore, tali effetti risultano peraltro di intensità diversa a seconda della *scelta* – operata dal tribunale nella stessa sentenza dichiarativa di insolvenza o con successivo decreto – di lasciare la **gestione dell'impresa all'imprenditore** stesso ovvero di affidarla *al commissario giudiziale* (fermo restando che in entrambi i casi essa proseguirà). Nel primo caso si produrranno effetti analoghi a quelli provocati dall'ammissione al concordato preventivo (richiamati infatti dall'art. 18 d.lgs. 270/1999); nel secondo caso (art. 19), si avrà un pieno *spossessamento* del debitore, secondo i principi operanti in sede di l.g. e *l'attribuzione al commissario giudiziale di tutti i poteri e doveri* che, in punto di gestione dell'impresa e amministrazione del patrimonio del debitore, competono al curatore della l.g.

Per quanto riguarda i *creditori*, interdetti dall'intraprendere o proseguire individualmente qualsiasi azione esecutiva o cautelare, varranno le norme previste dalla disciplina della l.g. per la loro regolazione concorsuale: i crediti, considerati scaduti ed espressi in termini pecuniari, si “cristallizzeranno” perché possano poi essere regolati concorsualmente. Il giudice delegato potrebbe autorizzarne il pagamento (art. 18 d.lgs. 270/1999), anche se una tale previsione, per risultare compatibile con la parità di trattamento dei creditori, è da interpretarsi nel senso che sia soltanto consentita

*l'anticipazione del pagamento*, salva però la ripetibilità nei confronti di chi all'esito della procedura avrà ricevuto una percentuale maggiore di quella spettante. In ogni caso i *crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa* dovranno essere soddisfatti *in prededuzione* (art. 20 d.lgs. 270/1999).

Infine, dopo aver dichiarato l'insolvenza, il tribunale diviene competente a conoscere di tutte le **azioni che ne derivano** (art. 13 d.lgs. 270/1999), qualunque ne sia il valore (secondo i principi della *vis attractiva* operante nella l.g.), fatta eccezione però per le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza.

### 3. *L'apertura dell'amministrazione straordinaria e i suoi effetti*

Entro trenta giorni dalla ricezione della relazione del commissario giudiziale sulla **sussistenza di concrete prospettive di recupero** dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali (art. 27) e valutate, oltre al parere del Ministro, le eventuali osservazioni che a questo riguardo potranno presentare l'imprenditore o i creditori e qualunque altro interessato, il **tribunale** si pronuncerà sull'ammissibilità dell'impresa alla procedura, disponendone (con decreto motivato e reclamabile) l'**apertura** (o, in caso negativo, la l.g.: art. 30 d.lgs. 270/1999).

Se non nella fase iniziale, almeno in questa seconda, decisiva fase, può dunque dirsi che il potere di decidere (almeno nell'*an*) torni all'autorità giudiziaria, mentre quella amministrativa può solo dare un parere. Sempre relegati sullo sfondo, invece, risultano i creditori che possono tutt'al più formulare delle osservazioni.

Lo **svolgimento della procedura** è tendenzialmente regolato, laddove il d.lgs. 270/1999 non disponga diversamente (o solo le diversità di prospettive), dalla *disciplina della liquidazione coatta amministrativa*, sostituito al commissario liquidatore il **commissario straordinario** (normalmente uno, oppure tre nei casi di eccezionale complessità) nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico, che avrà la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente e dei soci illimitatamente responsabili ammessi alla procedura (art. 40, d. lgs. 270/1999) e a sua volta (a parte le competenze esclusive degli organi giudiziari) vigilerà sullo svolgimento dell'intera procedura, disponendo di un largo potere autorizzatorio.

Il Ministro, inoltre, nominerà un **comitato di sorveglianza** (composto da tre o cinque creditori chirografari) dotato di una funzione prevalentemente consultiva (rilasciando pareri non vincolanti), ma anche di ispezione (art. 46 d.lgs. 270/1999) e di controllo sugli atti del commissario.

Gli **effetti** del decreto di apertura dell'a.s., tendenzialmente gli stessi conseguenti all'apertura della l.c.a., si pongono in continuità, ma intensificandoli, con quelli già prodottisi nella prima fase.

a) Così, quanto al **debitore**: se nella fase di osservazione l'affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale era solo una possibilità, con il decreto di apertura dell'a.s. vera e propria il tribunale ne affiderà senz'altro la gestione al commissario giudiziale; e, subito dopo, appena nominato, *al commissario straordinario*. Con l'inevitabile *spossamento*, quindi, del debitore. Varrà anche, inoltre, nei termini già ricordati a proposito della l.c.a., la norma che dispone la "**cessazione**" *degli organi sociali*.

b) Quanto ai **creditori** varranno ancora le norme – già applicabili nella prima fase, e del resto richiamate anche dalla disciplina della l.c.a. – sulla loro regolazione concorsuale nella l.g. Come nella prima fase, naturalmente, i *crediti sorti per la prosecuzione dell'attività di impresa* dovranno essere pagati in prededuzione, anche nel caso di un eventuale sbocco in una procedura di l.g. a seguito dell'insuccesso della procedura.

c) Circa invece i **contratti pendenti** (che nella fase “prodromica” avranno continuato a trovare normale esecuzione), la regola di fondo è quella della loro automatica *prosecuzione* (diversamente dalla tendenziale sospensione automatica che opera nella l.g., posto che nell'a.s. si ha la prosecuzione dell'impresa), sino a quando eventualmente (e in ogni caso solo espressamente) il commissario straordinario non decida, a sua discrezione, di *sciogliersene*. Tale facoltà non opera peraltro nei contratti, di primaria rilevanza, di *lavoro subordinato*, oltre che in quelli di locazione se l'impresa sottoposta a a.s. è locatrice.

d) Particolare è invece la disciplina degli effetti del decreto di apertura sugli **atti pregiudizievoli ai creditori** compiuti prima della dichiarazione di insolvenza. Le “azioni per la inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli” (così si esprime l'art. 49 d.lgs. 270/1999, ricomprendendo quindi tutte le azioni previste dagli artt. 163 ss. c.ins.) potranno essere intraprese dal commissario straordinario *solamente se la procedura abbia preso la via del programma di cessione* dei complessi aziendali (v. par. seguente). In effetti, il programma ad esso alternativo, quello di “*ristrutturazione*”, è volto a far sì che l'imprenditore insolvente stesso “recuperi la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni entro la scadenza del programma” (art. 70): con esclusione, quindi, della necessità di azioni revocatorie.

#### 4. *La definizione e l'esecuzione del programma. L'accertamento del passivo e la ripartizione dell'attivo*

Il percorso di recupero dell'equilibrio economico dell'attività può essere, alternativamente, di *cessione* o di *ristrutturazione*.

Se la verifica di ammissibilità alla procedura, da parte del tribunale, sia stata positiva, ed avviata quindi la procedura stessa, spetterà al commissario straordinario, nei sessanta giorni successivi, la decisione sul percorso da intraprendere. Egli dovrà così predisporre (considerate le linee programmatiche sottese alla relazione del commissario giudiziale e alla sua condivisione da parte del tribunale, ma da esse comunque non vincolato) il vero e proprio “**programma**” che, secondo quanto appunto indicato dall'art. 27, potrà essere:

a) **di cessione dei complessi aziendali** a terzi, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata *non superiore ad un anno*;

b) **di ristrutturazione economica e finanziaria** dell'impresa (che dunque resterà nella titolarità della società debitrice), sulla base di un programma di risanamento, industriale e/o finanziario, di durata *non superiore a due anni*.

In entrambi i casi il programma prevedrà una prosecuzione dell'attività d'impresa, eventualmente parziale e limitata, “tagliando” gli eventuali rami improduttivi. A questo fine esso *dovrà indicare le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere* (cioè da abbandonare puramente e semplicemente), nonché il piano per la eventuale liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa; e poi

farsi carico di prospettare le *condizioni economico-finanziarie della sua fattibilità*. Inoltre, se sia stato adottato l'indirizzo della cessione, il programma dovrà altresì indicare come, e con quali prospettive, essa possa realizzarsi, specificando tra l'altro le stime sulla *soddisfazione dei creditori* che potrà derivarne. Se invece sia stato adottato l'indirizzo della ristrutturazione, il programma dovrà indicare le eventuali previsioni di *ricapitalizzazione dell'impresa* e di *mutamento degli assetti imprenditoriali* nonché i tempi e le modalità di *soddisfazione dei creditori*, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato (56, co. 2 e 3, d.lgs. 270/1999).

Il forte condizionamento derivante dell'autorità amministrativa risulta dalla necessità che il programma, per poter essere eseguito, riceva l'**approvazione** del Ministero, che potrà anche chiedere integrazioni o modifiche del piano stesso; così come potrebbe essere il commissario straordinario che di sua iniziativa, durante l'esecuzione del piano, ne richieda al Ministero la **modifica** o la sua **sostituzione** con un programma che adotti l'indirizzo alternativo a quello già adottato.

L'*esecuzione del programma* è affidata al commissario straordinario, che ha il dovere-potere di "*compiere tutte le attività*" a ciò funzionali, salva però, in alcuni casi, la necessità dell'autorizzazione del Ministero, specialmente per quanto riguarda la liquidazione dei beni dell'impresa, mentre maggiore sarà l'autonomia per quanto riguarda le scelte di ristrutturazione.

Man mano che proceda, il commissario straordinario presenterà ogni tre mesi al Ministro una *relazione periodica*, fino a presentare, nei dieci giorni successivi al termine di scadenza del programma, una *relazione finale* sugli esiti dell'esecuzione, specificando se gli obiettivi sono stati conseguiti o meno. Le stesse relazioni dovranno altresì essere comunicate a tutti i creditori, oltre a poter essere consultate dall'imprenditore e da ogni altro interessato.

In tutto ciò non va dimenticato che, essendo la procedura di a.s. volta (anche, se non soprattutto) alla soddisfazione dei creditori, l'**accertamento del passivo** e la **ripartizione dell'attivo** sono sue fasi necessarie, che avranno luogo negli stessi modi previsti per la l.g. (art. 53 d.lgs. 270/1999). Analogamente a quanto previsto per la l.c.a., saranno possibili anche *acconti parziali* (art. 68 d.lgs. 270/1999), con preferenza peraltro per i crediti dei lavoratori subordinati e delle controparti "commerciali".

## 5. La cessazione della procedura

L'a.s. può cessare per tre diverse cause.

a) Innanzitutto potrà aversi una **conversione in liquidazione giudiziale** quando, già *nel corso nella procedura*, si prenda atto che questa non potrà essere utilmente proseguita perché il programma autorizzato non risulti più realizzabile (né utilmente modificabile); ovvero quando, *alla scadenza del termine previsto per l'esecuzione del programma adottato*, si constati che questo non è stato realizzato. In tal caso, il tribunale, sentito il commissario e il Ministro, emanerà decreto (reclamabile dinanzi alla Corte di Appello) di conversione in l.g., secondo un principio di *continuità delle procedure* (soprattutto: prosecuzione dell'accertamento del passivo già iniziato, salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura).

b) La **chiusura della procedura**, sempre per mezzo di decreto reclamabile emesso dal tribunale, si avrà invece (i) *quando non siano state proposte domande* di ammissione al passivo (ipotesi teorica); (ii) o quando, anche prima del termine di scadenza del programma, l'imprenditore insolvente abbia *recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*; (iii) ovvero in caso di *concordato*, di cui si dirà a breve (art. 74, co. 1, d.lgs. 270/1999). Ancora (iv) – ma nella sola ipotesi in cui la procedura abbia preso l'indirizzo del *programma di cessione* – anche quando i crediti ammessi siano stati *integralmente soddisfatti* o siano stati in altro modo estinti, o quando sia stato *integralmente ripartito l'attivo* (74, co. 2, d.lgs. 270/1999). In tal caso l'a.s., pur senza essere convertita in l.g., non avrà più ad oggetto la gestione dell'impresa insolvente, ma solo lo scopo di ripartire l'attivo liquidato.

c) Ultima ipotesi di cessazione della procedura, come si diceva, è quella che si realizza per effetto di un **concordato**, tendenzialmente regolato dalle norme sulla l.c.a., salvo per il fatto che nell'a.s. la proposta può provenire solo *dall'imprenditore o da un terzo* (non dai creditori) e dopo che sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo. Occorrerà, comunque, la previa **autorizzazione** del Ministro dello Sviluppo, rilasciata solo dopo aver valutato i pareri del commissario straordinario e del comitato di sorveglianza e, soprattutto, dopo aver “tenuto conto della convenienza del concordato e della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura” (art. 78).

In tutti i casi di chiusura occorrerà che prima il commissario straordinario sottoponga al Ministero il **bilancio finale** della procedura e il **conto della gestione**, accompagnati da una relazione del comitato di sorveglianza. Il Ministero autorizzerà il deposito del bilancio e del conto presso la cancelleria del tribunale, di modo che gli interessati (e in particolare i creditori, avvertiti anche mediante comunicazione telematica) possano proporre le loro eventuali contestazioni con ricorso al tribunale. In mancanza di contestazione, o rigettato il ricorso, il bilancio e il conto della gestione si intenderanno approvati ed il tribunale potrà emettere il **decreto di chiusura**, sempre motivato e comunque reclamabile dinanzi alla Corte di appello (artt. 75-76).

Infine, qualora vi siano soci illimitatamente responsabili ai quali fossero stati estesi gli effetti della dichiarazione dello stato di insolvenza, anch'essi, come per la l.g., potranno godere dell'esdebitazione secondo gli artt. 278 ss., c.ins. (art. 76-*bis*).

#### IV. *L'amministrazione straordinaria nei gruppi di imprese*

Come oramai anche nel diritto “comune” della crisi di impresa (cioè agli artt. 284 c.ins.), già la più risalente legge sull'a.s. avvertiva – e tuttora affronta – l'esigenza di coordinare la gestione dell'insolvenza delle diverse imprese che lo compongono. Agli artt. 80 ss. si prevede infatti la possibilità di “**estendere**” l'a.s. aperta rispetto ad un'impresa in possesso dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 2 della legge – c.d. “*procedura madre*” – anche ad altre imprese insolventi (non necessariamente aventi forma societaria) appartenenti allo **stesso gruppo** (secondo la definizione datane dall'art. 80) *anche se prive dei medesimi requisiti dimensionali*. Unica condizione posta dalla legge è quella della **complementarietà funzionale** di una tale estensione alla procedura madre, il che potrà aversi in due casi:

a) quando le altre imprese del gruppo presentino *concrete prospettive di recupero*

*dell'equilibrio economico* delle attività, e dunque quando la stessa finalità assegnata alla procedura madre possa essere perseguita anche per le altre imprese;

b) ovvero quando risulti comunque *opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo*, in quanto idonea ad agevolare, in ragione dei collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura madre.

Quando accerti la sussistenza di tali condizioni, il tribunale del luogo dove ha sede la singola impresa del gruppo (anche su ricorso del commissario straordinario della procedura madre) la ammette (c.d. “**estensione**”) alla procedura di a.s.; e ciò eventualmente anche in via di *conversione della l.g.* a cui fosse stata eventualmente già assoggettata (artt. 82-84).

In tal modo, all'a.s. dell'impresa del gruppo sono preposti gli **stessi organi** nominati per la procedura madre, fermo restando, naturalmente, la *distinzione delle rispettive masse attive e passive*.

Vi sarà naturalmente anche un **programma** specifico per le procedure “satelliti”, con un contenuto che tuttavia varierà a seconda della condizione in base alla quale l'impresa sia stata ammessa alla procedura. Difatti, se sia stata ammessa in considerazione delle concrete prospettive di recupero del suo equilibrio economico, il programma seguirà uno dei due “normali” *indirizzi (alternativi) previsti dall'art. 27*. Se invece sia stata ammessa soltanto in considerazione della opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, vi sarà un mero programma *integrativo* di quello approvato per la procedura madre o predisposto per altra impresa del gruppo ammessa alla procedura.

