

CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Diritto

Nuovi obblighi e responsabilità degli organi di amministrazione e controllo alla luce del Codice della crisi d'impresa

di Andrea Mennilli 3

L'esclusione del consorzio sottoposto a procedura concorsuale

di Federico Colognato e Valeria Marocchio 19

Il contratto di *leasing* traslativo nel concordato in continuità

di Giovanni La Croce 29

Il concordato nella liquidazione giudiziale

di Paolo Borrelli 40

L'indefinitività del riparto nel concordato preventivo

di Corrado Camisasca 50

Criteri di quantificazione del danno in caso di prosecuzione dell'attività dopo avere eroso il capitale sociale

di Ernestina De Medio 59

La "cessione autonoma" dell'azione revocatoria nella liquidazione dell'attivo fallimentare

di Benedetto Favata 69

Operatività

Nota di variazione Iva nelle procedure concorsuali

di Fabio Battaglia 78

Tenuta scritture contabili. La mera trascuratezza degrada il reato da bancarotta fraudolenta a bancarotta semplice

di Gianfranco Antico 86

Imprese minori tra strumenti di allerta, misure protettive e premiali

di Giulio Pennisi 95

Il Codice della Crisi sulla scrivania

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

di Massimo Conigliaro e Nicla Corvacchiola 103

Osservatorio

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro 112

Crisi e risanamento n. 38/2020

Nuovi obblighi e responsabilità degli organi di amministrazione e controllo alla luce del Codice della crisi d'impresa

di Andrea Mennilli – dottore commercialista

Il Codice della crisi d'impresa (D.Lgs. 14/2019) introduce nuovi compiti per gli organi di amministrazione e controllo e per i revisori esterni finalizzati all'individuazione, prevenzione e soluzione delle situazioni di crisi. Dopo un'analisi dei nuovi compiti posti a carico degli organi di amministrazione e controllo vengono analizzate le responsabilità civili che le nuove regole determineranno in capo agli amministratori, sindaci e revisori a seguito del non puntuale esercizio dei loro poteri-doveri.

Premessa

La riforma organica della crisi d'impresa (D.Lgs. 14/2019) ha introdotto una serie di misure volte a sensibilizzare gli organi di amministrazione e controllo delle società obbligandoli ad attuare tutte le procedure necessarie per la rilevazione tempestiva della crisi d'impresa al fine di garantire la continuità o il ricorso a strumenti di composizione preventiva della crisi.

Viene per la prima volta esplicitato a livello normativo il concetto di crisi d'impresa come quello:

“stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per l'impresa si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”.

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito anche Codice) è ispirato al rispetto di 2 principi fondamentali: quello della prevenzione tramite il rafforzamento degli assetti organizzativi e dei doveri degli organi sociali in funzione di un'efficace rilevazione delle situazioni di crisi e di perdita di continuità aziendale e quello della diagnosi precoce, tramite l'introduzione delle procedure di allerta che consistono nell'esercizio di specifiche attività di controllo e monitoraggio, finalizzate alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione ([articolo 12](#) del Codice).

Gli indizi della crisi, individuati dall'[articolo 13](#) del Codice, rubricato "Indicatori della crisi", sono rappresentati:

1. dagli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario;
2. dai ritardi nei pagamenti¹.

In presenza di fondati indizi della crisi ricorre (con decorrenza dal 15 agosto 2020) l'obbligo di segnalazione (c.d. strumenti di allerta) da parte degli organi di controllo societario² ([articolo 14](#) del Codice) e dei creditori pubblici qualificati³ ([articolo 15](#) del Codice), prima all'organo amministrativo, al fine di rimuovere le cause generatrici della crisi, e poi, in caso di inerzia entro i termini stabiliti, di informare l'Organismo di composizione crisi d'impresa (Ocric) istituito presso ciascuna CCIAA al fine dell'attivazione delle procedure di allerta⁴.

Sono state, inoltre, introdotte misure premiali ([articolo 24](#) del Codice), con benefici di natura economica, processuale e di esonero o mitigazione della responsabilità penale in favore di chi si attivi volontariamente e in modo tempestivo per affrontare la crisi, presentando istanza di composizione assistita della crisi oppure una domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dal Codice.

Alla luce di quanto precede vediamo come vengono riscritti i compiti e le responsabilità di amministratori, sindaci e revisori, nonché ridisegnati gli assetti organizzativi dell'impresa.

¹ Muovendo le considerazioni da questa seconda tipologia, va innanzitutto osservato che, ai sensi del primo comma dell'articolo 13 del Codice, i ritardi nei pagamenti sono considerati sintomatici dello stato di crisi solo se reiterati e significativi, non assumendo quindi rilievo la presenza di debiti scaduti da poco tempo o di modesta entità. Occorre poi evidenziare che, al fine di offrire un'utile indicazione sulla rilevanza dei ritardi, l'articolo 13 del Codice fa un espresso rinvio al successivo articolo 24 nel quale, trattando della tempestività d'iniziativa per fruire delle misure premiali, vengono stabilite determinate soglie di debito scaduto per retribuzioni e per fornitori, oltre le quali il ritardo è senz'altro considerato reiterato e significativo. Con riferimento alla prima tipologia di indicatori, va invece sottolineato che il Codice non stabilisce parametri specifici, ma si limita a delineare le caratteristiche che gli indicatori devono possedere per essere considerati sintomatici di squilibrio, demandando quindi al Cndcec il compito di elaborare in concreto gli indici di crisi per ciascuna tipologia di attività. In particolare, il comma 1 dell'articolo 13 del Codice dispone che gli indici rivelatori di squilibrio reddituale, patrimoniale e finanziario sono quelli che evidenziano l'incapacità dell'impresa di sostenere i propri debiti per almeno i 6 mesi successivi e che mostrano incertezza nelle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso, o per il semestre successivo nel caso di durata residua dell'esercizio inferiore a 6 mesi. Il Legislatore specifica poi le ulteriori caratteristiche che gli indici devono possedere, stabilendo che devono essere presi in considerazione quali indici significativi di squilibrio quelli capaci di misurare la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa prospettici e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto ai mezzi di terzi. All'interno di questo *framework* di riferimento, il secondo comma dell'articolo 13 affida al Cndcec il compito di elaborare in concreto, per ogni tipologia di impresa, una combinazione di indici che, valutati unitariamente, facciano ragionevolmente presumere lo stato di crisi. Il Cndcec ha elaborato 7 indicatori della crisi d'impresa di cui i primi 2 considerati validi per tutte le tipologie di attività, gli altri 5 indici sono specifici per ciascun settore.

² C.d. segnalazione interna.

³ C.d. segnalazione esterna. L'articolo 15, comma 1 del Codice stabilisce che l'Agenzia delle entrate, l'Inps e l'agente della riscossione debbano avvisare il debitore, mediante pec o raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria, che la sua esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante, a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante. Essi devono procedere senza indugio a inoltrare una segnalazione all'Ocric se nei 90 giorni successivi dalla ricezione dell'avviso il debitore:

- non avrà provveduto a estinguere integralmente il proprio debito o, alternativamente, a regolarizzarlo con una delle modalità previste dalla legge;
- non sarà risultato in regola con il pagamento delle rate delle somme dovute a titolo di imposta o ritenute, secondo quanto previsto dall'articolo 3-bis, D.Lgs. 462/1997;
- non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi;
- non avrà presentato domanda per l'accesso a una procedura di regolazione della crisi.

⁴ La procedura di allerta consiste nell'audizione del debitore presso l'Ocric, a seguito della segnalazione dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, al fine di verificare se sussiste una crisi e di individuare le soluzioni per il suo superamento.

Obblighi e responsabilità degli amministratori

Il Codice della crisi impone a tutti gli imprenditori collettivi, l'obbligo di adottare un assetto organizzativo adeguato ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative volte al suo superamento. Tale previsione è sancita come principio generale sia nel Codice sia nel codice civile, con l'introduzione di un nuovo comma 2, [articolo 2086](#) (ora rubricato "Gestione dell'impresa") secondo cui:

"l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale, nonché 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".

Da tale nuova disposizione scaturiscono in capo all'imprenditore/amministratore 3 obblighi:

1. l'istituzione⁵ di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche alla rilevazione della crisi e della mancanza di continuità aziendale;
2. l'adozione di uno strumento, tra quelli previsti dal Codice, per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale;
3. l'attuazione dello strumento adottato.

Al fine di individuare il soggetto su cui gravano tali obblighi all'interno dei diversi tipi societari, il Codice della crisi modifica le disposizioni in tema di gestione delle società di persone, delle Spa con sistema tradizionale e con sistema dualistico, delle Srl, introducendo in tutti i casi una nuova previsione secondo cui *"la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e si svolge nel rispetto dei principi indicati nell'articolo 2086"* (obbligo di istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato e di attivazione degli strumenti per il superamento della crisi).

L'istituzione di assetti organizzativi funzionali alla rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale

Il primo obbligo impone agli amministratori l'istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche alla rilevazione tempestiva delle situazioni di crisi d'impresa e di perdita della continuità aziendale.

⁵ All'organo amministrativo spetta non solo l'obbligo di istituire l'assetto organizzativo ma anche l'obbligo di verificarne e misurarne l'adeguatezza continuamente nel corso dell'attività sociale.

Per assetto organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza (funzionigramma) e responsabilità (organigramma).

Per assetto amministrativo si intende l'insieme delle procedure e dei processi atte ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendale e delle sue singole fasi.

Gli assetti contabili sono quella parte degli assetti amministrativi volti a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione.

La norma precisa che tali assetti devono essere adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, *adeguatezza*⁶ intesa sia come capacità di intercettare in modo efficace e puntuale i segnali di crisi e gli eventi indicativi di una situazione di carenza di continuità, sia come proporzionalità rispetto alle caratteristiche (dimensione, complessità della società, natura e tipologia di attività) dell'impresa.

Al fine di una gestione tempestiva della crisi è necessario che l'imprenditore adotti in un'ottica dinamica e funzionale i predetti strumenti organizzativi di raccolta ed elaborazione delle informazioni in modo da consentire un monitoraggio costante sullo stato di salute dell'impresa.

L'utilizzo dinamico e funzionale dell'assetto organizzativo alla rilevazione anticipata dello stato di crisi e della perdita di continuità aziendale richiede la presenza di un sistema di rilevazione anticipata dei rischi significativi, che possano minacciare l'equilibrio finanziario e la sopravvivenza dell'impresa.

Tale obiettivo può essere raggiunto solo attraverso l'istituzione di un'adeguata pianificazione finanziaria, che attraverso il bilancio di previsione e il connesso sistema di raccolta dati (indicatori patrimoniali, economici e finanziari), consenta di verificarne con tempestività gli scostamenti con gli indicatori della crisi da identificarsi con gli indici elaborati dal Cndcec di cui all'[articolo 13](#) del Codice.

In sintesi, la configurazione di un adeguato assetto organizzativo può comportare, a seconda delle dimensioni e dell'attività svolta dall'impresa: l'organizzazione di un processo di raccolta, validazione e trasmissione ai vertici aziendali delle informazioni necessarie per la misurazione e il monitoraggio degli indicatori di crisi; la configurazione di un sistema di gestione del rischio di

⁶ La Norma di comportamento del Collegio Sindacale N. 3.4. "*Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo*" precisa che un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale:

- redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate;
- esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate;
- presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione. L'obiettivo è quello di accertare l'esistenza di adeguate procedure interne, nonché di verificare l'adeguatezza e l'efficacia dei flussi informativi generati da tali procedure.

perdita della continuità aziendale e di stato di crisi, con l'indicazione delle metodologie di valutazione degli indicatori per aree di rischio.

Obblighi di attivazione tempestiva in caso di crisi e perdita della continuità aziendale

Il secondo obbligo posto in capo all'organo amministrativo dalla nuova formulazione dell'[articolo 2086](#), cod. civ. è quello 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”.

Questa disposizione, applicabile a tutte le società, stabilisce espressamente il dovere degli amministratori di adottare i rimedi correttivi necessari quando si manifesta la crisi⁷ o una situazione di perdita di continuità aziendale⁸.

Tali doveri, tuttavia, sono distinti a seconda che si presenti una situazione di crisi o una situazione di perdita di continuità aziendale. Mentre la sussistenza dello stato di crisi costituisce il presupposto per l'adozione di uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi nel preminente interesse dei creditori, la mancanza di continuità aziendale, se pure è una situazione che deve essere monitorata dall'organo amministrativo e il cui verificarsi impone l'adozione di misure per il suo superamento, non richiede espressamente l'utilizzo degli istituti del Codice della crisi. Essa può, infatti, essere gestita utilizzando strumenti privatistici od ordinari istituti di diritto societario (quali aumenti di capitale, assunzione di nuovi finanziamenti, rinegoziazione dei prestiti o cessioni di rami di azienda o attività), perseguendo l'ordinario interesse sociale.

In ragione di quanto precede è possibile prefigurare 3 scenari.

Obblighi in caso di perdita di continuità aziendale

Un primo scenario è quello che si verifica quando il controllo posto in essere dagli amministratori evidenzia una situazione di perdita di continuità aziendale, senza che si manifesti uno stato di crisi con il superamento degli indici previsti dall'[articolo 13](#) del Codice. In questa situazione, sicuramente ricorre un obbligo di intervento dell'organo amministrativo ma il tipo e le modalità dell'intervento attengono alla fase ordinaria dell'attività d'impresa da gestire con strumenti di natura privatistica previsti dal codice civile o dall'autonomia privata secondo i criteri di comune discrezionalità imprenditoriale a

⁷ La crisi si configura come uno stato di difficoltà di natura reddituale patrimoniale o finanziario con un orizzonte temporale di 6 mesi.

⁸ La perdita della continuità aziendale si configura come una situazione di incapacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento che si fonda anche su elementi anche qualitativi e si proietta con un riferimento temporale di 12 mesi.

condizione che gli stessi siano sufficienti e appropriati al fine di recuperare la capacità dell'impresa di continuare a operare nei 12 mesi successivi come un'entità in funzionamento.

In questa fase non sorge ancora uno specifico dovere di accedere a uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi, né muta la gerarchia degli interessi che gli amministratori devono tutelare, dovendo questi avere riguardo principalmente agli interessi della società e dei soci, oltre a quelli dei creditori sociali.

Obblighi in caso di crisi

Il secondo scenario che può verificarsi è quello in cui gli amministratori rilevino uno stato di crisi. In questa fase il *management* ha già adottato infruttuosamente o, comunque, avrebbe dovuto adottare tutti i possibili rimedi previsti dall'ordinamento civilistico per evitare la perdita di continuità aziendale e l'aggravarsi del dissesto. In tale situazione l'interesse dei creditori diviene preminente rispetto agli interessi dei soci e gli amministratori dovranno individuare i rimedi più idonei al superamento della crisi nell'ambito degli specifici strumenti⁹ previsti dal Codice della crisi. Nella scelta dello strumento di regolazione della crisi, quindi, gli amministratori dovranno tenere conto non solo della natura e delle cause della crisi, ma anche del preminente interesse dei creditori al miglior soddisfacimento delle loro pretese. Una volta individuato lo strumento più idoneo rimane, invece, in capo agli amministratori una piena discrezionalità nell'attuazione dello stesso.

Obblighi in caso di segnalazione di fondati indizi di crisi

Per le imprese soggette¹⁰ alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi si prefigura un terzo ed eventuale scenario quando i "fondati indizi di crisi" non sono intercettati direttamente dagli amministratori, ma a questi segnalati dall'organo di controllo della società. A seguito della segnalazione è concesso un termine agli amministratori entro il quale essi potranno adottare uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi, secondo i criteri suindicati. Nel caso in cui questi non si attivino o l'organo di controllo valuti la risposta inadeguata, quest'ultimo segnala l'esistenza della crisi all'Ocri.

⁹ Il Codice della crisi ha innovato e ampliato il novero degli strumenti di regolazione della crisi, distinguendoli tra: i) strumenti negoziali stragiudiziali (accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento); ii) strumenti negoziali stragiudiziali soggetti a omologazione (accordo di ristrutturazione dei debiti ordinario; accordo di ristrutturazione agevolato; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa con intermediari finanziari, convenzione di moratoria); iii) procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento; iv) concordato preventivo (liquidatorio o in continuità aziendale).

¹⁰ L'articolo 12, commi 4 e 5, del Codice individua i soggetti esclusi dalle procedure di allerta.

L'attuazione dello strumento adottato

Il terzo obbligo posto in capo all'organo amministrativo dalla nuova formulazione dell'[articolo 2086](#), cod. civ. è quello di che attribuisce espressamente il dovere agli amministratori di attivarsi senza indugio per il superamento della crisi.

Il corretto adempimento dell'obbligo degli amministratori di attivarsi per il superamento della situazione di crisi passa attraverso l'esame e l'attuazione di 3 fasi fondamentali:

1. la diagnosi della situazione aziendale in cui si trova l'impresa (tipologia di crisi: temporanea o irreversibile);
2. la pianificazione degli interventi e delle operazioni necessarie a ripristinarne le condizioni di equilibrio economico patrimoniale e finanziario (*action plan*);
3. la scelta dello strumento giuridico previsto dal Codice della crisi¹¹ per la realizzazione degli interventi pianificati nel piano di risanamento.

Nell'effettuare tale adempimento occorre che gli amministratori tengano conto di 2 aspetti fondamentali: il primo è che il Codice della crisi attribuisce espressa preferenza alle soluzioni in continuità; il secondo che tale continuità deve essere comunque preordinata alla miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori.

La responsabilità dell'organo amministrativo inerente ai profili della crisi d'impresa

La responsabilità civilistica degli amministratori è prevista verso la società ([articolo 2392](#), cod. civ.), verso i creditori sociali ([articolo 2394](#), cod. civ.)¹² e verso i singoli soci o terzi ([articolo 2395](#), cod. civ.).

La responsabilità verso la società discende dall'inosservanza dei doveri a essi imposti dalla legge – che sono da assolvere con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze; la responsabilità verso i creditori sociali deriva dall'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale, mentre la responsabilità verso singoli soci o terzi deriva dal compimento di un atto illecito che procura un danno diretto al patrimonio del singolo socio o del terzo, indipendentemente dal fatto che ne sia derivato anche un danno al patrimonio della società.

¹¹ Il Codice della crisi ha innovato e ampliato il novero degli strumenti di regolazione della crisi, distinguendoli tra: i) strumenti negoziali stragiudiziali (accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento); ii) strumenti negoziali stragiudiziali soggetti a omologazione (accordo di ristrutturazione dei debiti ordinario; accordo di ristrutturazione agevolato; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa con intermediari finanziari, convenzione di moratoria); iii) procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (concordato minore); iv) concordato preventivo (liquidatorio o in continuità aziendale).

¹² Il Codice della crisi, all'articolo 378, ha uniformato la disciplina della responsabilità degli amministratori di Srl a quello delle Spa inserendo un nuovo comma nell'articolo 2476, cod. civ. prevedendo in maniera esplicita l'esperibilità dell'azione di responsabilità verso gli amministratori da parte dei creditori sociali.

Essendo quelle ora citate delle regole astratte di comportamento, sarà solo con riferimento al caso concreto, alla verifica di tutte le circostanze del caso specifico, che si potrà riempire di contenuto il dovere di diligenza. Di conseguenza la verifica del rispetto da parte degli amministratori dei doveri imposti dalla legge viene rimessa all'apprezzamento da parte del giudice con riferimento al caso concreto.

Ma non tutti i comportamenti e le scelte imprenditoriali, ancorché possano avere effetti sull'andamento economico dell'impresa, sono sindacabili a opera del giudice in quanto occorre tenere sempre ben distinti i concetti di *business judgement rule* e *rule of law*. Solo la violazione di quest'ultimo – cioè di doveri derivanti da vere e proprie regole di diritto – è idonea a generare responsabilità giuridica, mentre le ragioni di opportunità imprenditoriale e la valutazione del buono o del cattivo esito dell'attività d'impresa (*business judgement rule*) restano estranee a questo ambito, potendo semmai assumere rilievo soltanto nella dinamica del rapporto di fiducia che deve esistere tra i soci e chi amministra la società¹³. È principio giurisprudenziale ormai accettato quello per cui il sindacato del magistrato sulla diligenza degli amministratori non può investire il merito delle scelte di gestione ma solo l'omissione di quelle cautele verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per le scelte gestorie, nonché della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere¹⁴. Il sindacato può riguardare quindi la razionalità del processo decisionale che ha portato ad assumere una certa decisione. Nel giudizio sul processo decisionale rientra anche la c.d. inerenza razionale della decisione assunta rispetto alle informazioni ricevute e alle analisi effettuate e cioè la coerenza logica tra i presupposti della decisione e il contenuto della stessa¹⁵. Un ulteriore limite alla discrezionalità dell'organo amministrativo valutabile in termini di responsabilità riguarda l'assunzione di scelte del tutto ingiustificate o irragionevoli¹⁶.

Alla luce di questi principi, è possibile individuare una serie di possibili scenari relativi alla responsabilità degli amministratori che attengono allo stato di crisi di una società.

Effetti sugli atti di gestione

Alla luce dei principi sopra esposti la responsabilità per gli atti di gestione può riguardare solo le ipotesi di vizi di natura procedimentale derivanti dall'omissione di cautele o dalla mancata o insufficiente

¹³ Cassazione n. 3049/2013.

¹⁴ Cassazione n. 15470/2017.

¹⁵ G. Dongiacomo, "Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti e onere della prova, in *Responsabilità degli amministratori e ruolo del giudice*", Milano, 2014, pag. 35.

¹⁶ Cassazione n. 3409/2013.

acquisizione di informazioni nell'assunzione delle decisioni. Una responsabilità sul contenuto della decisione può riguardare solo quelle ipotesi di decisioni irrazionali o arbitrarie.

In tale panorama, quindi, devono essere valutati anche i comportamenti gestori che possono condurre la società a uno stato di crisi. L'obbligo per gli amministratori di attuare scelte gestionali compatibili con la necessità di mantenere la continuità aziendale ricadono negli atti di natura discrezionale che non sono censurabili nel merito tranne le ipotesi di decisioni irrazionali o arbitrarie. Nell'ipotesi in cui l'atto risulti contestabile il giudizio sulla responsabilità richiede che venga accertata dal magistrato l'incidenza dell'atto gestorio sul danno e sulla relativa quantificazione del danno risarcibile.

Inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale

Una seconda area di possibile responsabilità può riguardare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. L'[articolo 375](#) del Codice, nel richiamare l'[articolo 3](#) del Codice (Doveri dell'imprenditore) esplicita che l'istituzione degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile è un dovere gestionale dell'imprenditore in forma individuale o collettiva; ma tale obbligo deve essere costantemente monitorato e aggiornato come si legge esplicitamente nell'[articolo 14](#) del Codice che impone all'organo amministrativo di procedere senza soluzione di continuità a valutare l'adeguatezza di tali assetti.

L'assetto organizzativo, ai sensi dell'[articolo 12](#) del Codice, unitamente agli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e [15](#) del Codice sono finalizzati alla tempestiva emersione dello stato di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

La violazione di tale obbligo sia nell'aspetto statico (istituzione) sia in quello dinamico (monitoraggio e aggiornamento) si configura, quindi, come forma di responsabilità rispetto a un obbligo a contenuto specifico.

Secondo autorevole dottrina la mancata predisposizione di assetti organizzativi costituisce un inadempimento di gravità tale da assorbire la valutazione della diligenza e comporta una semplificazione sul piano probatorio dovendosi solo dimostrare il danno¹⁷.

Tanto precisato resta, pertanto, da verificare se e come, in relazione al criterio della adeguatezza degli assetti, l'imprenditore potrà proteggere le proprie scelte gestionali invocando la c.d. *business judgment*

¹⁷ F. Briolini, "Art. 2392, in *Le società per azioni Abbadessa Portale*", Milano, 2016, pag. 1390.

rule, ossia la non sindacabilità nel merito delle scelte da lui operate, con ciò quindi sottraendosi a un giudizio di responsabilità.

A tal proposito si rammenta che la insindacabilità delle scelte gestionali può essere opposta se le scelte sono conformi alla legge e allo statuto sociale, non contaminate da situazioni di conflitti d'interesse dei gestori, assunte all'esito di un procedimento di assunzione d'informazioni propedeutiche alla decisione gestoria adeguato alle dimensioni dell'impresa e all'incidenza della decisione sul suo patrimonio, razionalmente coerenti con le informazioni e le aspettative di risultato emerse dal procedimento istruttorio. Il limite a tale regola è identificato dalla Corte di Cassazione (n. [15470/2017](#)) nella valutazione della ragionevolezza delle scelte gestionali stesse da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri di diligenza del mandatario, alla luce dell'[articolo 2392](#), cod. civ. (nel testo applicabile *ratione temporis*), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere¹⁸.

È indubbio, sotto il profilo statico, che la mancata configurazione e dotazione di assetti adeguati sfugge alla regola della *business judgment rule*, poiché configura, come anticipato, una violazione a un espresso dovere di gestione. In tal senso il Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di impresa nell'ordinanza 21 aprile 2017 già aveva identificato quale grave irregolarità giustificante la revoca la mancata istituzione di adeguati assetti organizzativi.

Sotto il profilo dinamico, invece, come osservato, il come in concreto strutturare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, al fine di soddisfare il criterio dell'adeguatezza in funzione delle 2 dimensioni normativamente rilevanti della natura e dimensione dell'impresa, rimane una scelta afferente, in ultima istanza, al merito gestorio. Per essa vale quindi il criterio dell'insindacabilità delle scelte gestorie, ma nei limiti in cui la scelta effettuata non sia *ab origine* connotata da un'oggettiva imprudenza in relazione al quadro concreto di riferimento, tenuto conto dei generali doveri di adozione delle cautele e di effettuazione delle verifiche che, in base alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, appaiano necessarie per assumere la decisione gestoria¹⁹.

¹⁸ Il giudizio sulla responsabilità deve verificare se l'assetto sia adeguato a garantire l'affidabilità delle informazioni, l'individuazione dei rischi di crisi e perdita di continuità aziendale, la chiara definizione di gerarchie e competenze. Gli amministratori rispondono, dunque, se non hanno predisposto misure organizzative, amministrative e contabili che consentano di registrare anomalie finanziarie, reddituali e patrimoniali; se non aggiornano le procedure alle *best practices* contabili e finanziarie; se non prevedono flussi informativi adeguati a fare circolare in modo tempestivo le informazioni utili a registrare tempestivamente segnali di difficoltà e pericoli per la continuità aziendale.

¹⁹ G. Meruzzi, "L'adeguatezza degli Assetti" in "Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali", opera diretta da M. Irrera.

Tardiva percezione o inadeguata reazione in presenza di uno stato di crisi o di perdita di continuità aziendale

Una terza area di possibile responsabilità può sorgere qualora l'organo amministrativo ponga in essere comportamenti non coerenti con il manifestarsi dei sintomi della crisi, riconducibili in particolare modo all'inosservanza dell'obbligo di attivazione senza indugio per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi o per il recupero della continuità aziendale.

Al riguardo bisogna verificare se l'assetto organizzativo consenta di monitorare costantemente la situazione patrimoniale economica e finanziaria della società, condizione a cui corrispondono diverse ipotesi di responsabilità dell'organo amministrativo.

La prima è quella per cui la mancata attivazione tempestiva è conseguenza di una carenza o di una scarsa qualità delle informazioni a loro volta derivanti da una inadeguatezza o inaffidabilità degli assetti o delle procedure. In questo caso sussiste una responsabilità degli amministratori negli stessi termini in cui è possibile configurare una responsabilità per inadeguatezza dell'assetto. La responsabilità potrebbe discendere cioè dalla combinazione di disorganizzazione e disinformazione.

La seconda è quella in cui l'amministratore non si attivi, pur avendo avuto percezione dello stato di crisi o della perdita di continuità aziendale attraverso le informazioni ricevute. In questo caso l'organo amministrativo può essere ritenuto responsabile per non avere adempiuto a uno specifico e puntuale obbligo di legge, nonostante i flussi informativi fossero in linea di principio efficienti e gli assetti adeguati.

La terza è quella in cui l'amministratore si attivi, ma in ritardo. Qui il giudizio (e per l'effetto, la responsabilità) dipende dalla valutazione complessiva delle circostanze potendo, ancora una volta, ravvisarsi inadeguatezza organizzativa, che si traduce in un intervento tardivo, o da negligenza degli amministratori che non si attivino nonostante la percezione della crisi per ragioni diverse che comportano comunque inefficienza nel controllo sulla gestione. Il ritardo può tuttavia anche non determinare un pregiudizio irreversibile, ma al limite un pregiudizio di natura patrimoniale alla società o ai creditori per erosione delle risorse patrimoniali e finanziarie.

Contenuto del piano e scelta dello strumento di gestione della crisi o di recupero della continuità aziendale

La scelta dello strumento giuridico utilizzato e del contenuto del piano annesso volti a superare lo stato di crisi e a recuperare la continuità aziendale costituisce un ulteriore aspetto da valutare con particolare

attenzione da parte degli amministratori che possono in teoria essere chiamati a rispondere delle scelte operate.

Per quanto riguarda la scelta dello strumento giuridico, abbiamo un vincolo normativo. Mentre nel caso di perdita della continuità aziendale, l'organo amministrativo deve muoversi necessariamente nel contesto degli strumenti ordinari di natura civilistica (aumento capitale, ristrutturazione debiti, etc.), nel caso di situazione di crisi esso deve, invece, ricorrere agli strumenti giuridici indicati all'interno del Codice della crisi. Sotto questo profilo, quindi, si tratta di un'attività vincolata che non presuppone alcuna discrezionalità.

All'interno di questo vincolo (strumenti ordinari in caso di perdita della continuità aziendale/istituti concorsuali in caso di crisi), la scelta concreta dello strumento giuridico da utilizzare all'interno di tali categorie e il contenuto del piano appartengono al novero degli atti di gestione. Essi sono da valutare alla luce delle regole generali che, in base ai principi della *business judgment rule*, escludono una valutazione di merito e affermano la responsabilità per le ipotesi di decisioni irrazionali o arbitrarie ovvero per i vizi di natura procedimentale derivanti dall'omissione di cautele o dalla mancata o insufficiente acquisizione di informazioni nell'assunzione delle decisioni.

La responsabilità degli amministratori in ordine al contenuto del piano e agli strumenti giuridici per attuarlo può in teoria derivare:

- a) da un processo decisionale non idoneo;
- b) dalla non coerenza del piano e dello strumento di realizzazione con i presupposti in base ai quali essi sono stati redatti;
- c) dall'infondatezza o dall'irragionevolezza dei presupposti posti alla base del piano e dello strumento²⁰.

Compiti e responsabilità degli organi di controllo societari

Gli amministratori non sono più gli unici soggetti coinvolti nella predisposizione e nel corretto funzionamento di un adeguato sistema organizzativo d'impresa. La normativa sulla crisi d'impresa è intervenuta anche sui compiti e doveri dell'organo di controllo²¹ e del revisore o della società di revisione²² con l'obiettivo di far emergere precocemente i segnali della crisi.

²⁰ N. Baccetti, "La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento", in Riv. Soc. 2016, pag. 619.

²¹ Per organo di controllo, sono da intendere: nel sistema tradizionale, il sindaco unico o il collegio sindacale; nel sistema monistico, il Comitato per il controllo sulla gestione; nel sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza.

²² Per revisore e società di revisione, si intende il revisore (o la società di revisione) incaricati della revisione legale del bilancio d'esercizio o consolidato effettuata in conformità delle disposizioni del codice civile e del D.Lgs. 39/2010.

In particolare, gli organi di controllo societari, nell'esercizio delle loro funzioni, avranno il compito di verificare periodicamente che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative:

- l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa;
- la sussistenza dell'equilibrio economico e finanziario;
- il prevedibile andamento della gestione.

È stato, altresì, posto a carico dell'organo di controllo e del revisore l'obbligo di intercettare precocemente i segnali di crisi d'impresa e adottare provvedimenti immediati e tempestivi per il riequilibrio aziendale, prevedendo, a loro carico, il dovere di segnalazione (c.d. sistemi di allerta) all'organo di amministrazione dell'esistenza di fondati indizi di crisi, rappresentati dagli indicatori finanziari, economici e patrimoniali elaborati dal Cndcec.

Nel dettaglio, in caso di fondati indizi della crisi, i sindaci e revisori sono obbligati a norma dell'[articolo 14](#) del Codice:

- procedere alla comunicazione all'organo amministrativo, a mezzo di pec o comunque con mezzi idonei che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, fissando una data non superiore a 30 giorni entro il quale lo stesso, anche a mezzo di un delegato, dovrà riferire le motivazioni in merito alla eventuale fondatezza dell'indizio della crisi posto a base della segnalazione in merito alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese o da intraprendere;
- in caso di omessa e inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione, nei 60 giorni successivi, delle misure necessarie per superare lo stato di crisi, l'organo di controllo dovrà informare, senza indugio, l'organismo di composizione crisi d'impresa (Ocri) istituito presso ciascuna CCIAA, al fine di attivare la procedura d'allerta, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni.

Questi obblighi riguardano: gli organi di controllo e i revisori contabili o la società di revisione, che a norma dell'articolo 14, comma 1, del Codice, devono essere esercitate da ciascuna figura "*nell'ambito delle proprie funzioni*".

Questa previsione sembra indicare che tali attività sono da ricondurre nell'ambito dell'esercizio delle funzioni tipiche e proprie a essi affidate dall'ordinamento in base ai principi generali e non possono essere intese nel senso di ampliare le competenze delle suddette figure²³.

Il dovere di vigilanza dell'organo di controllo sull'adeguatezza degli assetti dovrebbe avere a oggetto, secondo la dottrina²⁴, "*da un lato, l'esistenza di un'idonea organizzazione per funzioni e di processi e*

²³ In tal senso P. Benazzo, "Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?", in Riv soc, 2019, pag. 291.

²⁴ P. Sfameni, "Art. 2403", in "Le società per azioni Abbadessa Portale", Milano, 2016, p. 1593.

procedure idonei a regolare l'attività di gestione, dall'altro, il controllo sulla corretta attuazione dei processi e delle procedure".

È da riconoscere un ruolo di vigilanza dei sindaci, sulla base dei compiti loro assegnati dalle regole generali, anche in ordine alla valutazione dell'equilibrio finanziario dell'impresa e al prevedibile andamento della gestione. Infatti, il dovere di gestire con diligenza l'impresa societaria, che si colloca all'interno dei principi di corretta amministrazione, comporta il dovere di assicurare le condizioni per la salvaguardia ed efficienza dell'attività d'impresa, preservando la continuità aziendale. In tale ottica, il collegio sindacale può essere chiamato a valutare non solo i singoli atti di gestione ma anche l'attività in senso più complessivo, al fine di valutare il rispetto della corretta amministrazione nell'ottica di salvaguardia della continuità aziendale.

Per quanto riguarda i doveri di vigilanza dei revisori, se pure essi sono di natura specifica, in quanto funzionale all'espressione di un giudizio sulla corretta predisposizione del bilancio d'esercizio e consolidato, è pure vero che essi, in base alle prescrizioni contenute nei principi di revisione, devono svolgere specifiche verifiche sul sistema di controllo interno dell'impresa (limitate ai profili rilevanti per la revisione)²⁵ e specifiche verifiche per la valutazione del rischio inerente la capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento che implica una valutazione dell'equilibrio finanziario dell'impresa e del prevedibile andamento della gestione²⁶.

Al fine di consentire agli organi di controllo societari di svolgere in modo efficiente il proprio ruolo di verifica sull'equilibrio economico finanziario, l'[articolo 14](#), comma 4 del Codice si impone alle banche e agli intermediari finanziari ex [articolo 106](#), Tub di rendere note anche agli organi di controllo le variazioni, le revisioni o le revoche degli affidamenti nel momento in cui sono comunicate al cliente.

La responsabilità dell'organo di controllo inerente ai profili della crisi d'impresa

Agli obblighi posti in capo all'organo di controllo corrisponde un altrettanto importante profilo di responsabilità che ovviamente inerisce non solo la mancata effettuazione dei controlli ma, soprattutto, come confermato anche da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, [n. 21662/2018](#), l'assenza di reazione agli atti di *mala gestio*, che integra l'azione di responsabilità per non aver assolto al dovere di vigilanza. L'elemento della colpa rileva quindi sotto 2 profili: colpa della conoscenza e colpa nell'attivazione. La reazione dell'organo di controllo alla rilevazione di atti potenzialmente dannosi deve essere fattiva con la segnalazione all'assemblea dei soci, ove ne riscontri gli estremi all'autorità

²⁵ Principio Isa Italia n. 315, § 12 e A42-A65.

²⁶ Principio Isa Italia n. 570, § 9 e 11.

giudiziaria fino a pretendere dall'organo amministrativo azioni correttive. In mancanza di tali azioni qualora dall'amministratore siano state poste in essere operazioni illecite l'organo di controllo concorre nell'illecito civile per omesso esercizio del potere-dovere di controllo.

Sotto il profilo della responsabilità i sindaci sono soggetti alla responsabilità (c.d. esclusiva) civile prevista dall'[articolo 2407](#), comma 1, cod. civ. con una previsione di responsabilità che si estende ai sensi del successivo comma 2, articolo 2407, cod. civ. anche ai fatti e alle omissioni degli amministratori (in tale evenienza si parla di "responsabilità concorrente") se tali fatti o omissioni hanno generato un danno che sarebbe potuto essere evitato se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Lì dove poi il collegio sindacale sia incaricato anche della revisione legale dei conti, aumentano i doveri e, conseguentemente, si allarga il campo delle responsabilità verso la società, i soci e i terzi danneggiati per i danni derivanti dall'inadempimento dei loro doveri attinenti la specifica attività di revisione.

Un'ulteriore responsabilità posta a carico dei sindaci è quella penale nelle specifiche ipotesi di false comunicazioni sociali e impedito controllo (articoli [2621](#), [2622](#) e [2625](#), cod. civ.).

Con riferimento all'obbligo di segnalazione di cui all'[articolo 14](#) del Codice, sopra dettagliato, posto in capo agli organi di controllo societario in presenza di fondati indizi di crisi la responsabilità conseguente all'inosservanza delle modalità e dei tempi previsti dalla norma per l'effettuazione delle relative segnalazioni è quella della *culpa in vigilando* da cui scaturisce una responsabilità solidale con gli amministratori ai sensi dell'articolo 2407, comma 2, cod. civ..

Ai fini dell'esonero da tale responsabilità l'articolo 14, comma 3 del Codice, dispone che:

“la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo. L'esonero non copre gli atti o le omissioni che siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione. Nei casi in cui l'organo amministrativo non si attivi o dia una risposta inadeguata, l'esonero vale solo nel caso in cui sia anche la segnalazione all'Ocri”.

Conclusioni

Alla luce di quanto sopra si intuisce che il principale soggetto responsabile del sistema di allerta interno rimane sempre l'amministratore. I sindaci e revisori sono “solo” un supporto esterno al monitoraggio del sistema di allerta interno che devono svolgere un ruolo proattivo (*forward-looking*), ma la cui presenza non esonera l'amministratore dall'implementazione dei sistemi di allerta dalla pianificazione strategica e controllo.

Infatti, ai sindaci e revisori, ciascuno tra l'altro nell'ambito delle proprie funzioni e competenze (ai sensi dell'[articolo 14](#) del Codice), è richiesto di intervenire in via suppletiva, effettuando la segnalazione di allerta solo nei casi di inerzia dell'amministrazione. La segnalazione deve essere fatta prima allo stesso organo amministrativo e poi all'Ocri, sulla base delle rilevazioni degli indicatori di *early warnings* previsti dall'[articolo 13](#) del Codice.

L'aspetto chiave della riforma è riassunto dalla volontà indiscutibile di rendere gli organi di controllo interni capaci di alzare la testa dalle loro pratiche quotidiane per guardarsi intorno e guardare avanti verso ciò che sarà il futuro dell'azienda. La nuova normativa infatti, pretende che l'imprenditoria adotti una mentalità "*forward-looking*". Una mentalità rivolta al futuro, anziché "*backward-looking*", concentrata sull'analisi dei dati a consuntivo e sulla risoluzione dei problemi emersi da queste analisi spesso tardive. Tale approccio richiede però un assetto mentale completamente diverso da quello mediamente diffuso nelle pmi italiane.



ec Euroconference
Editoria

! « (PRENOTALO ORA! -30%) »

DICHIARAZIONE IVA 2020
Guida operativa alla compilazione della dichiarazione

Autori: Federica Furlani, Sergio Pellegrino e Francesco Zuech

Sconto 30% fino al 29 febbraio 2020
€ 21,00 anziché € 30,00

Offerta non cumulabile con sconto Privilege ed altre iniziative in corso.

PRENOTA ORA

Crisi e risanamento n. 38/2020

L'esclusione del consorziato sottoposto a procedura concorsuale

di Federico Colognato – avvocato

Valeria Marocchio – dottoressa in giurisprudenza

Il Tribunale di Venezia, con sentenza del 24 giugno 2019, ha ritenuto legittima la clausola statutaria di un consorzio che prevedeva l'esclusione automatica del partecipante sottoposto a fallimento o ad altra procedura concorsuale.

La Corte di merito ha statuito che, in tale fattispecie, le norme di cui agli articoli [72](#) e [169-bis](#), L.F. non trovano applicazione, in quanto disciplinanti la sorte dei contratti a prestazioni corrispettive (in cui le prestazioni siano rimaste ineseguite o non siano state compiutamente eseguite da entrambe le parti) e non la sorte dei contratti con comunione di scopo, come quelli associativi, di società e di consorzio.

Il caso

La società Alfa Spa in liquidazione presentava innanzi al Tribunale di Vicenza un'istanza ex [articolo 161](#), comma 6, L.F. (c.d. "domanda di concordato in bianco"), alla quale, successivamente all'ammissione della società alla fase preliminare della procedura, veniva altresì nominato un Commissario Giudiziale.

Il Consorzio Beta, partecipato da Alfa Spa, comunicava a quest'ultima l'avvenuta esclusione dalla compagine sociale, ai sensi dell'articolo 12.2. dello statuto consortile (il quale prevede che la presentazione di tale domanda sia causa di perdita automatica della qualità di consorziato e, quindi, di esclusione dal Consorzio), nonché le delibere assembleari conseguenti a tale *exit*.

Alfa Spa provvedeva, quindi, a citare innanzi al Tribunale di Venezia¹ il consorzio, impugnandone l'esclusione e la delibera assembleare nella quale si dava atto che:

- a) a seguito della presentazione dell'istanza di concordato in bianco, Alfa doveva ritenersi esclusa dal Consorzio a far data dalla presentazione dell'istanza, ai sensi dello statuto consortile;
- b) la partecipazione al fondo consortile di Alfa era integralmente assorbita dalla consorziata Gamma;
- c) veniva modificato lo Statuto, dandosi atto dell'esclusione suddetta;

¹ Tribunale del luogo ove ha sede il consorzio.

d) venivano nominati 2 nuovi componenti del consiglio direttivo del consorzio, in sostituzione dei consiglieri designati da Alfa Spa.

L'attrice, a fondamento della domanda di annullamento della delibera, opponeva le seguenti argomentazioni:

1. l'omessa convocazione all'assemblea dei soci deliberante;
2. l'errata interpretazione della clausola statutaria, in quanto l'istanza da lei depositata afferiva a un concordato c.d. "in bianco", al quale deve riconoscersi natura esclusivamente prenotativa e non determinante il consolidarsi di alcuna procedura concorsuale;
3. l'illegittimità generale della clausola statutaria, la quale, nel ricollegare alla presentazione di una domanda di concordato preventivo l'automatica esclusione dal consorzio, comporterebbe la risoluzione del contratto consortile, in spregio al principio generale di prosecuzione dei contratti in corso nelle procedure (cfr. articoli [72](#), comma 6 e [169-bis](#), L.F.).

Il Consorzio Beta chiedeva il rigetto della domanda attorea, evidenziando che Alfa Spa non avrebbe dovuto essere convocata all'assemblea, in quanto la disposizione statutaria prevedeva in tali casi l'esclusione *ipso jure* del consorziato.

Con riguardo al secondo motivo, osservava che il rilievo in merito alla natura meramente "prenotativa" dell'istanza presentata dall'attrice, alla luce della lettera e della *ratio* della clausola statutaria, doveva ritenersi irrilevante (anche in considerazione del fatto che tale procedura può portare o al fallimento o al concordato o alla stipula di un accordo di ristrutturazione del debito²).

Il richiamo agli articoli 72 e 169-bis, L.F.³ operato dall'attore, sarebbe poi inconferente rispetto alla vicenda, in quanto l'ambito di applicazione comprende i contratti a prestazione corrispettive non eseguiti e non anche i contratti con comunione di scopo.

Peraltro, in materia societaria, con riguardo alla disciplina delle società di persone ([articolo 2288](#), cod. civ.) e delle cooperative ([articolo 2533](#), comma 1, n. 5, cod. civ.), il fallimento è causa legale di esclusione, di talché – anche mediante il ricorso a clausole facoltative che, eventualmente, ricomprendano anche altre procedure – la clausola sarebbe coerente con quanto previsto dal codice civile in materia societaria.

² Sul punto, il Tribunale di Venezia aderisce alla giurisprudenza più recente di legittimità che considera procedura concorsuale anche l'accordo di ristrutturazione del debito (si veda Cassazione n. 1182/2018; n. 1896/2018; n. 9087/2018; n. 12965/2018; n. 16161/2018 e n. 16347/2018, oggetto di commento in F. Colognato e V. Marocchio, "[Il nuovo orientamento della Cassazione: l'accordo di ristrutturazione del debito è una procedura concorsuale](#)", in Crisi e risanamento, n. 32/2019, pag. 65 e ss.).

³ Rilevava altresì che l'articolo 169-bis, L.F., in materia di concordato, non prevede alcuna sanzione di nullità per clausole contrattuali difformi.

L'[articolo 72](#), L.F., ancora, non sarebbe applicabile al concordato preventivo e, nel caso di specie non sarebbe nemmeno possibile ricorrere all'[articolo 186-bis](#), L.F. (perché il concordato proposto era di tipo “liquidatorio” e non “con continuità aziendale”).

La decisione del Tribunale veneziano

Il primo motivo di impugnazione è ritenuto infondato.

L'articolo 12.2 dello statuto consortile collega il venir meno della qualità di consorziato:

“automaticamente e senza necessità di apposita delibera da parte del Consiglio Direttivo, qualora ... il consorziato abbia fatto istanza di ammissione o sia sottoposto a una qualsiasi delle procedure concorsuali, inclusa la procedura di concordato con continuità, e/o sia sottoposto a gestione commissariale o sia dichiarato fallito, o per il quale comunque si siano verificati i presupposti che comportino la sottoposizione a qualsivoglia procedura concorsuale. ... l'esclusione dal Consorzio avverrà automaticamente con effetto dal giorno in cui è stato dichiarato il fallimento ovvero una qualsiasi delle procedure concorsuali di cui sopra”.

Come ricordato, nel caso di specie, Alfa Spa, oltre alla proposizione di un concordato “in bianco”, veniva sottoposta al controllo di un commissario giudiziale.

Ritiene, pertanto, la Corte veneziana legittima l'esclusione di Alfa Spa dal consorzio Beta.

Tale esclusione, inoltre, non necessita di delibera da parte dell'assemblea o del consiglio direttivo del consorzio, in quanto circostanza di mero fatto.

Venendo meno immediatamente e automaticamente lo *status* di consorziata, Alfa Spa non doveva essere destinataria dell'avviso di convocazione dell'assemblea successiva, non essendo più legittimata a partecipare alla medesima.

Anche il secondo motivo di impugnazione ha seguito la sorte del primo.

Lo statuto del Consorzio, sopra riportato, comporta l'esclusione *ipso jure* del consorziato alla semplice circostanza che sia stata presentata istanza di ammissione a una procedura concorsuale, e quella presentata da Alfa Spa lo è certamente.

Sul punto, infatti, il Tribunale veneziano precisa che la differenza, tra una domanda “ordinaria” di ammissione al concordato preventivo e una domanda *ex* [articolo 161](#), comma 6, L. F., attiene esclusivamente al fatto che la prima si basa su una documentazione completa *ab origine*, mentre la seconda si fonda su una documentazione incompleta e contiene la richiesta al giudice competente di assegnazione di un termine per la produzione della documentazione mancante.

Dal punto di vista sostanziale, tuttavia, non vi è una reale differenza: entrambe le procedure sono propedeutiche all'instaurazione di una procedura concorsuale e sono sintomatiche della sussistenza di uno stato di crisi dell'istante, potenzialmente suscettibile di pregiudicare anche l'ente partecipato (anche a causa della peculiare responsabilità patrimoniale dei consorzi con attività esterna previsto dall'[articolo 2615](#), cod. civ.).

Pregiudizio che potrebbe aumentare, tenendo conto della possibilità che il concordato "in bianco", oltre al (auspicato) risanamento dell'impresa, potrebbe anche portare a un concordato preventivo, un fallimento, un accordo di ristrutturazione del debito o una gestione commissariale.

La presentazione della domanda di concordato ("ordinario" o "con riserva"), ancora, implica che il debitore possa compiere da solo esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, mentre il compimento degli atti di straordinaria amministrazione richiede la previa autorizzazione del Tribunale⁴ ed eventualmente – come avvenuto nel caso di specie – sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Da quanto sopra, rileggendo l'articolo dello statuto consortile, risulta pienamente lineare la finalità dell'ipotesi di esclusione in esame: preservare l'ente e i partecipanti da conseguenze potenzialmente pregiudizievoli (patrimoniali e non⁵) derivanti dalla sottoposizione, in proprio e *uti singulo*, del partecipante a una procedura concorsuale.

Quanto all'ultima doglianza dell'attrice, infine, il Legislatore della Legge Fallimentare ha dettato delle norme distinte per quanto concerne gli effetti del fallimento ([articolo 72](#), L.F.) e del concordato preventivo ([articolo 169-bis](#), L.F.) sui contratti in corso di esecuzione.

La Corte veneziana ritiene di aderire all'orientamento prevalente⁶, secondo cui entrambe le norme hanno un ambito di applicazione sovrapponibile e disciplinano la sorte dei contratti a prestazioni corrispettive in cui le prestazioni siano rimaste ineseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti, in quanto laddove il contratto sia stato eseguito sorge un debito concorsuale o un credito a favore della massa.

⁴ Inoltre, il debitore è sottoposto a stringenti obblighi informativi periodici, relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta di concordato e del piano.

⁵ Si pensi alle difficoltà operative che derivano dalla partecipazione di un soggetto sottoposto a procedura concorsuale, qualora sia necessaria una qualsiasi attività o comportamento da parte di quest'ultimo che, inevitabilmente, deve passare per le autorizzazioni e tempistiche degli organi concorsuali coinvolti.

⁶ Cfr. Tribunale di Parma, 13 dicembre 2019; Tribunale di Massa, 1° febbraio 2016; Tribunale di Verona, 31 ottobre 2015; Tribunale di Reggio Emilia, 8 luglio 2015; Corte d'Appello di Milano, 29 gennaio 2015; Tribunale Milano, 11 settembre 2014; Tribunale di Milano, 28 maggio 2014; in dottrina, *ex multis*, si veda E. Marinucci, "Fallimento e concordato preventivo (II parte) - gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti", in Giur. It., 2017, II, pag. 508 e ss.; A. A. Dolmetta, "Concordato preventivo e contratti "pendenti" (in margine alle modifiche portate all'art. 169 bis l.fall. dal d.l. n. 83/2015)", in Fall., 2016, IV, pag. 395 e ss..

Ne consegue l'inapplicabilità delle 2 disposizioni qualora non si sia al cospetto di contratti sinallagmatici, ma che rientrano in una diversa tipologia⁷.

Nel caso di specie, si discute di un contratto di consorzio, che, come tutti i contratti associativi, non è a prestazioni corrispettive, ma di comunione di scopo: le norme fallimentari sopra indicate e il sotteso principio di continuità dei contratti non sono, quindi, applicabili.

Conseguentemente, anche il terzo motivo di impugnazione è stato ritenuto infondato.

La clausola di esclusione

La pronuncia del Tribunale di Venezia si connota, innanzitutto, per l'analisi e confronto dei rapporti e caratteri delle esaminate procedure concorsuali, in particolare per l'attenzione ai "gemelli eterozigoti" del concordato preventivo ordinario e del concordato preventivo con riserva.

L'esigenza di tale confronto nasce dall'individuazione dell'ambito di applicazione delle ipotesi di esclusione del socio, previste dallo statuto in esame.

In materia di consorzi, la previsione delle ipotesi di *exit* del socio – recesso ed esclusione – è richiesta dall'[articolo 2603](#), comma 2, n. 6⁸, cod. civ. come elemento essenziale del contratto di consorzio, senza però indicare legislativamente (come avviene in altri tipi societari) ipotesi necessarie o facoltative di recesso ed esclusione. Il Legislatore ha, infatti, rimesso tale decisione all'autonomia dei soci.

Prima della riforma del diritto societario, il recesso e l'esclusione nel mondo societario erano istituti che, al fine di tutelare l'integrità del capitale sociale, avevano carattere eccezionale. Quanto all'esclusione, l'unica ipotesi riguardava il mancato pagamento delle azioni o quote⁹.

In materia di consorzi, l'ipotesi più importante di esclusione, era (ed è tuttora) la perdita del requisito soggettivo di imprenditore da parte del partecipante e solo una parte minoritaria della dottrina, pur nel rispetto della eccezionalità e della specificità dei casi di *exit*, ammetteva la possibilità di prevedere ipotesi convenzionali di esclusione, in caso di perdita di altri requisiti soggettivi.

Con la riforma societaria, aderendo alla tesi più permissiva, si è superato il principio di tassatività delle clausole di *exit* del socio e l'istituto dell'esclusione è stato oggetto di peculiare attenzione.

La *ratio* dell'intervento legislativo è stata individuata nell'equilibrio tra il diritto del socio a permanere nella compagine sociale e l'esigenza di salvaguardare dell'operatività della società in presenza di situazioni negative che colpiscono solo un socio.

⁷ *Ex multis*, Tribunale di Vicenza, 25 giugno 2013; Cassazione n. 16505/2003; si veda A. Dimundo, "Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali", in *Fall.*, 2018, X, pag. 1085 e ss.; R. Brogi, "I rapporti pendenti nella liquidazione giudiziale", in *Fall.*, 2019, X, pag. 1183 e ss..

⁸ "1. Il contratto deve essere fatto per iscritto sotto pena di nullità. 2. Esso deve indicare: ... 6) i casi di recesso e di esclusione".

⁹ Oggi previste agli articoli 2344 e 2477, cod. civ..

I soci hanno oggi uno strumento estremamente duttile e adattabile (nei limiti di legge) alle esigenze proprie dell'ente, permettendosi la previsione nello statuto di ipotesi di esclusione o di recesso per la perdita di qualifiche personali, di attitudini dell'imprenditore o di quant'altro collida con gli scopi comuni¹⁰.

Il che importa che le cause di esclusione, non arbitrarie e non generiche, possono essere, oltre che oggettive (e cioè riguardare un inadempimento), anche soggettive (aventi cioè riguardo anche alle situazioni personali del socio). È, infatti, la persona del socio, con le sue caratteristiche e qualità, a essere divenuto il fulcro della possibilità di perseguimento dell'interesse sociale. Sicché ogni risvolto negativo sulla sua persona è oggetto di confronto con la previsione astratta e convenzionale delle ipotesi di esclusione eventualmente previste statutariamente¹¹.

Oggi, quindi, l'elemento personale ha conquistato nel mondo societario una posizione privilegiata.

In particolare, il Legislatore ha, infatti, avvicinato i consorzi e le società consortili alle società di capitali nella stessa misura in cui ha avvicinato queste ultime alle società di persone (in ossequio allo spirito di *favor* verso l'autonomia statutaria che permea l'intero intervento legislativo).

In conclusione, si è riconosciuta all'esclusione la finalità di preservare l'ente e gli altri partecipanti da pregiudizi che potrebbero derivare da eventi che colpiscono solo un partecipante o che sono ascrivibili e imputabili solo a costui.

L'esclusione per fallimento e sottoposizione a procedure concorsuali del singolo socio

Tradizionalmente il dibattito ineriva l'applicazione anche alle Srl della previsione (espressa) in materia di società di persone circa l'esclusione del socio di fallito in proprio e, secondo la posizione prevalente, si è giunti ad ammettere tale ipotesi di esclusione anche nella Srl¹².

L'interpretazione prevalente è, infatti, coerente con la disciplina dell'esclusione del socio di società di persone, dove il fallimento personale del socio è espressamente previsto in quanto lo stesso impedisce ai creditori della società *in bonis* di avvalersi della illimitata responsabilità svuotandola di contenuti.

Nella Srl e, in generale, nelle società di capitali, dove l'esclusione *ex lege* del socio fallito o soggetto ad altra procedura concorsuale non è espressamente prevista¹³, la clausola statutaria "convenzionale" potrebbe contrastare i principi di diritto fallimentare in tema di normale prosecuzione dei rapporti

¹⁰ G. Iaccarino, "Le società consortili dopo la riforma del diritto societario", in Not., 2006, I, pag. 41 e ss., cit..

¹¹ L. Salvatore, "L'esclusione del socio di s.r.l. - rassegna di giurisprudenza e orientamenti notariili fra teoria e pratica", in NDS, 2016, XII, pag. 33 e ss., cit..

¹² Si veda per tutti Consiglio nazionale del Notariato, La disciplina statutaria dell'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata (Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 18 giugno 2009); L. Barchi, "L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata", in Not., 2006, pp. 155 e ss.; L. Salvatore, "L'esclusione del socio di s.r.l. - rassegna di giurisprudenza e orientamenti notariili fra teoria e pratica", cit..

¹³ A eccezione delle cooperative, come sopra indicato.

contrattuali pendenti (e, quindi, essere dichiarata illegittima)¹⁴. È stato, infatti, osservato¹⁵ che ogni valutazione della legittimità della clausola dovrebbe tener conto che:

- a) dall'esclusione discende la modifica della composizione dell'attivo fallimentare, nel quale, in luogo del "bene" partecipazione, viene allora a essere ricompreso il credito alla liquidazione della quota;
- b) la decisione in ordine alla sorte dei rapporti giuridici del fallito è assegnata agli organi fallimentari (il curatore) e non ad altri (il che, come presentato dalla attrice nella vicenda veneziana, troverebbe conferma all'[articolo 72](#), L.F. che stabilisce l'inefficacia delle clausole negoziali che facciano dipendere la risoluzione dei contratti dal fallimento del socio).

Il che, all'evidenza, si riduce alla verifica se, l'articolo 72, L.F. inerisca i soli contratti c.d. "di scambio", ovvero anche i c.d. "contratti di scopo" (come il contratto di società e di consorzio).

A tale riguardo, una parte minoritaria della dottrina¹⁶ reputa applicabile la citata disposizione (in particolare, l'articolo 72, commi 5 e 6, L.F.), per cui l'esclusione del socio sarebbe inefficace se proposta dopo la dichiarazione di fallimento dello stesso e sarebbero nulle clausole statutarie che comportino la risoluzione automatica del rapporto sociale in caso di fallimento del partecipante.

Ma per la dottrina maggioritaria¹⁷ e giurisprudenza di merito¹⁸ (alla quale aderisce il Tribunale di Venezia), la clausola che disciplina l'esclusione del socio per fallimento deve considerarsi legittima per il fatto che l'articolo 72, L.F. è applicabile ai soli contratti sinallagmatici, non anche ai contratti con comunione di scopo.

Tale orientamento muove dalla considerazione che l'[articolo 2288](#), cod. civ. deve considerarsi espressione di un principio generale, applicabile a tutte le società caratterizzate dall'elemento personale (e non costituirebbe una disciplina eccezionale rispetto all'articolo 72 L.F.).

Se, infatti, alla base del rapporto societario sussiste un rapporto fiduciario che lega i soci (e funzionale al buon andamento dell'attività della società), l'eventuale fallimento personale di uno di questi ultimi porterebbe a una lesione di tale rapporto fiduciario¹⁹, tale da configurare "giusta causa" di esclusione.

¹⁴ Si veda G. A. M. Trimarchi, "Appunti sulle specifiche e giuste cause di esclusione dalle Srl, e sul relativo procedimento", in Srl: pratica, casi e crisi, Atti del Convegno CNN tenutosi a Roma 21 Febbraio 2009 (N. 3/2009).

¹⁵ O. Cagnasso, "L'esclusione del socio nelle società di persone", in NDS, 2008, XXII, pag. 6 e ss..

¹⁶ G. A. M. Trimarchi, *ult. op. cit.*; G. Zanon, "Società a responsabilità limitata", 2010.

¹⁷ F. Casale, "L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata", in Giur. Comm., 2009, I, pag. 815 e ss.; M. Maltoni, "Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata", in Not., 2003, pag. 315 e ss. e, Questioni in tema di recesso da Srl, in Riv. not., 2014, pag. 451; M. Tanzi, "Commento sub art. 2473/II", in Società di capitali, Niccolini-Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2005; D. Galletti, "Sub art. 2473 bis e Sub art. 2533", in Il nuovo diritto delle società, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005; P. Piscitello "Riflessioni sulla nuova disciplina del recesso nelle società di capitali", in Riv. Soc., 2005, 518 e, "Recesso ed esclusione nella Srl", in Il nuovo diritto delle società, Abbadessa-Portale (a cura di), III, Torino, 2007; I. Barchi, *ult. op. cit.*

¹⁸ Tribunale di Ragusa 21 novembre 2005; Tribunale di Milano 24 febbraio 2014.

¹⁹ Ricorda Salvatore, *ult. op. cit.*, che "il fallimento comporta che i diritti sociali siano esercitati medio-tempore dal curatore. Occorre poi tenere a mente come ai sensi dell'articolo 2471, cod. civ., qualora sussistano limiti alla circolazione delle partecipazioni sociali come prelazione, gradimento, etc., il curatore deve trovare un accordo con la società sulla vendita della quota del socio fallito e, in difetto, promuoverne la vendita all'incanto".

Da notare, inoltre, che la clausola di esclusione del socio fallito in proprio è rispettosa delle finalità (liquidatorie) della disciplina concorsuale: si consente agli organi della procedura, senza dover procedere a ulteriori attività, di ottenere velocemente un'equa valorizzazione²⁰ della quota del socio fallito o raggiunto da altra procedura.

Con riguardo alle altre procedure concorsuali, in particolare alla fattispecie del concordato preventivo, relativamente ai rapporti contrattuali ancora in essere alla data di deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo:

– l'[articolo 169-bis](#), L.F. (per il concordato "liquidatorio") consente al debitore di chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti pendenti alla data della presentazione del ricorso, ovvero a sospenderne l'esecuzione per non più di 60 giorni (prorogabili una sola volta). In tali casi, il contraente ha diritto a un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento;

– analogamente, l'[articolo 186-bis](#), comma 3, L.F., per il concordato "in continuità aziendale", dispone che *"Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso ... non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari"*.

La disciplina concordataria echeggia la dizione dell'[articolo 72](#), L.F., confermando il principio di normale prosecuzione dei contratti pendenti, salvo non siano risolti dalla procedura azionata.

Conseguentemente, gli stessi ragionamenti e conclusioni a cui si è addivenuti in sede fallimentare devono ritenersi vevoli anche per il concordato, dovendosi ritenere ammissibili clausole che importino la risoluzione del vincolo sociale limitatamente al socio colpito a procedure concorsuali.

Nonostante la diversità delle procedure e delle conseguenze che scaturiscono dall'assoggettamento del debitore alla procedura fallimentare ovvero al concordato preventivo, tali ipotesi di esclusione sono sorrette da una *eadem ratio*²¹: sia la procedura fallimentare sia quella concordataria mirano alla soddisfazione dei creditori sociali²².

Tali considerazioni in ordine all'ipotesi di concordato "ordinario" (con o senza continuità aziendale) sono da estendere anche al concordato "con riserva", oggetto della vicenda veneziana.

²⁰ Si veda articoli 2437 e 2473-bis, cod. civ..

²¹ Si veda F. Pedoja, *"I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento"*, in <http://www.fallimentiesocieta.it>.

²² Con la precisazione che la soddisfazione dei creditori nel concordato "liquidatorio" (come nel fallimento) avviene attraverso l'alienazione dei beni del debitore, mentre nel concordato "in continuità aziendale" avviene principalmente attraverso i flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività d'impresa.

La sentenza, come evidenziato, è pregevole soprattutto per aver compiutamente analizzato e individuato i molteplici punti comuni delle tipologie di concordato, giungendo, motivatamente, all'inclusione anche del concordato "con riserva" tra gli eventi legittimanti l'esclusione dalla società²³.

Conclusioni

La possibilità di prevedere ipotesi di esclusione convenzionali si rivela quindi particolarmente utile per accentuare la caratterizzazione in senso personalistico degli enti. Come osservato²⁴, l'istituto dell'esclusione può fungere da "completamento", durante *societate*, di un'eventuale clausola di gradimento: quest'ultima consente, infatti, di verificare il possesso di determinati requisiti personali o professionali solo al momento dell'ingresso in società, là dove la clausola di esclusione permette invece una verifica nel tempo in ordine al mantenimento degli stessi e consente di intervenire nel caso di una loro perdita o modifica.

Quanto alle singole ipotesi di esclusione, nulla vieta che i soci recuperino, a livello convenzionale, le fattispecie previste in altri tipi societari o enti associativi²⁵ o ne prevedano di ulteriori²⁶.

Come sopra illustrato, il Legislatore ha, infatti, rinunciato all'idea della tassatività delle ipotesi di *exit* forzato del socio dalla compagine sociale, senza però rinviare *in toto* all'autonomia statutaria dei contraenti, ammettendo le ipotesi di esclusione che rispettino il duplice vincolo di "specificità" delle ipotesi statutarie di esclusione²⁷ e di "giusta causa"²⁸.

La legittimità della delibera di esclusione non è garantita per il solo fatto che vi sia una specifica clausola che la preveda (e che la stessa non contrasti con norme imperative), ma è necessario altresì il

²³ Come precisato della Corte di merito, la differenza tra una domanda di ammissione al concordato preventivo "ordinario" e una domanda di ammissione al concordato preventivo "con riserva" ex articolo 161, comma 6, L.F., attiene al profilo documentale: completo fin dall'inizio nella prima, incompleto nella seconda con richiesta al Tribunale di assegnazione di un termine per la sua produzione.

Dal punto di vista sostanziale entrambe le fattispecie concordatarie sono propedeutiche all'instaurazione di una procedura concorsuale e sono sintomatiche della sussistenza di uno stato di crisi del soggetto che presenta l'istanza, con tutti i possibili risvolti pregiudizievoli per l'ente partecipato (si pensi al funzionamento degli organi sociali ai quali parteciperà la procedura al posto del socio, nonché all'integrità patrimoniale dell'ente, *etc.*). Si ricordi, poi, che: a) la presentazione della domanda "con riserva", come quella ordinaria, implica che il debitore possa compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione è necessaria la previa autorizzazione del Tribunale e potrebbero svolgersi sotto la vigilanza di un commissario giudiziale; b) il concordato preventivo "con riserva" obbliga il debitore a una stringente informativa periodica circa la gestione finanziaria dell'impresa e dell'attività compiuta.

²⁴ B. Petrazzini, "L'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata", 2015, pag. 118 e ss., *cit.*

²⁵ Tra le più ricorrenti: l'interdizione, l'inabilitazione, la condanna penale per particolari categorie di reati, il pignoramento della quota, il fallimento del socio o la sottoposizione a procedura concorsuale; la perdita di particolari requisiti soggettivi richiesti per la partecipazione alla società (iscrizione a determinati elenchi, albi o graduatorie), la violazione del divieto di concorrenza o del segreto aziendale, l'utilizzo dei beni sociali come cosa propria, *etc.*

²⁶ Società socia che, senza il consenso dei restanti soci della partecipata, muti la propria compagine sociale; la mancata partecipazione del socio, per un periodo di tempo significativo, all'attività assembleare.

²⁷ Il requisito di "specificità" va ricondotto all'esigenza di tutelare l'interesse dei soci (e dei creditori) a poter valutare con un sufficiente grado di chiarezza le condizioni da cui potrebbe derivare l'esclusione.

²⁸ Il requisito di "giusta causa", è da individuarsi in quel fatto o un comportamento idonei a incidere negativamente sull'esercizio dell'attività d'impresa, compromettendo gli obiettivi della società ovvero recando intralcio o pregiudizio al raggiungimento dello scopo sociale. Si veda *amplius*, B. Petrazzini, *ult. op. cit.*; L. Salvatore, "L'esclusione del socio di s.r.l. - rassegna di giurisprudenza e orientamenti notarili fra teoria e pratica", *cit.*

ricorrere di circostanze che, effettivamente e in concreto, pregiudichino la vantaggiosa prosecuzione del rapporto sociale.

Come, infatti, traspare dalla motivazione del Tribunale di Venezia, è proprio il requisito della giusta causa (più che il requisito della specificità) ha assunto importanza dirimente per poter riconoscere la proporzionalità e la ragionevolezza dell'esclusione del socio, fungendo da "ago della bilancia" nella valutazione dei contrapposti interessi in gioco.

Master di specializzazione

 **Euroconference**
Centro Studi Tributari

Master di 3 giornate intere

ASSETTI ORGANIZZATIVI, PROCEDURE DI ALLERTA E NUOVI STRUMENTI PER LA GESTIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

Bologna dal 25 marzo 2020 **Milano** dal 27 marzo 2020 **Verona** dal 24 marzo 2020

 **SPECIALISTICA WEB - Partecipa on-line ai nostri corsi**
Ottimizza i tempi della Tua formazione interagendo in tempo reale con l'evento in aula
Si segnala che, nel caso di iscrizione alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

[ACCEDI AL SITO](#)

Crisi e risanamento n. 38/2020

Il contratto di *leasing* traslativo nel concordato in continuità

di Giovanni La Croce – dottore commercialista, Associazione Concorsualisti Milano

Il solco esistente tra il rapido evolversi delle forme contrattuali con cui il mercato si autoregolamenta e la normativa della crisi d'impresa, appiattita sempre più, nonostante i proclami in senso opposto, sulle regole del fallimento, è dimostrativa dell'inettitudine delle varie riforme che si sono succedute negli ultimi 15 anni a presidiare e disciplinare i tentativi dell'impresa di superare la propria crisi.

Il contratto di locazione finanziaria a effetti traslativi è, come vedremo, una delle più fulgide espressioni della distanza siderale esistente tra fenomeno economico e sua regolamentazione in ambito concordatario.

La natura del contratto di locazione finanziaria: brevi cenni introduttivi

Il contratto di locazione finanziaria – per anni non espressamente disciplinato dal codice civile tra le fattispecie negoziali tipiche – è stato indagato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito dell'espressione dell'autonomia negoziale privata di cui all'[articolo 1322](#), cod. civ., per definirne le caratteristiche e la relativa disciplina, con particolare riferimento alla regolazione delle sue patologie. È così, che, mentre il *leasing* di godimento è stato ricondotto nell'ambito della disciplina dei contratti a esecuzione continuata o periodica di cui all'[articolo 1458](#), cod. civ., il *leasing* traslativo è stato collocato nell'ambito della disciplina della vendita rateale con riserva della proprietà di cui all'[articolo 1523](#), e ss., cod. civ.¹

In particolare, si è ravvisata l'esistenza di questa figura negoziale quando i beni strumentali all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore conservano allo scadere del contratto un considerevole valore economico residuo, eccedente il prezzo pattuito per l'opzione.

Si può, dunque, parlare di *leasing* finanziario traslativo allorquando:

1. non vi sia coincidenza temporale tra il periodo di consumazione tecnica ed economica del bene e quello di durata del contratto;

¹ *Ex pluris*: Cassazione n. 6/1993.

2. la volontà originaria delle parti sia diretta a realizzare il trasferimento della proprietà del bene al termine del rapporto, costituendo l'acquisto la finalità ultima dell'utilizzatore;
3. l'importo globale dei canoni corrisponda al "*valore del bene in quanto tale*" e ciascun canone "*sconti anche una quota di prezzo*", ponendosi la vendita "*come elemento caratteristico causale coesistente con la funzione finanziaria*";
4. la concessione in godimento assuma, quindi, una funzione strumentale rispetto alla vendita;
5. risulti così evidente lo scopo di garanzia oggettiva realizzato mediante la conservazione della proprietà del bene in capo al finanziatore fino alla scadenza del contratto².

La Corte di Cassazione ha anche affermato che la mancanza dell'effetto traslativo automatico della proprietà del bene non costituisce ragione sufficiente e valida a contrastare l'equiparazione appena descritta, attesa la funzione meramente formale che in tal caso il patto di opzione assume nella previsione delle parti, le quali hanno, fin dall'inizio, considerato e voluto il trasferimento nel regolamento dei loro interessi³.

Con l'entrata in vigore della L. 124/2017⁴ si giunse alla sua tipizzazione, dettandone, al contempo, una compiuta disciplina relativa agli effetti e alle conseguenze della risoluzione per inadempimento e da norme di coordinamento con alcune disposizioni di legge che, ancora oggi, si interessano a tale fattispecie contrattuale⁵.

Tale intervento normativo di tipizzazione non ha per altro inciso sulle elaborazioni sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sino a quel momento. Anzi possiamo dire che il Legislatore del 2017 non ha fatto altro che tradurre in norma tali orientamenti.

Ne consegue che il contratto di *leasing* finanziario non è un contratto di durata a prestazioni periodiche, bensì un contratto di vendita con riserva di proprietà. In tal senso il Principio contabile las 17 prevede che esso debba essere contabilizzato facendo riferimento alla sua sostanza piuttosto che alla sua forma, sostanza che s'identifica, appunto, nell'acquisto di un bene, con contropartita il debito verso il concedente. Il bene è, in conseguenza, soggetto ad ammortamento come tutti gli altri beni di proprietà dell'impresa; nel Conto economico sono iscritti anche gli oneri finanziari, rilevati per competenza. Anche l'ordinamento contabile interno, che pure ne prevede la contabilizzazione secondo la forma, riconosce

² Cassazione n. 5573/1989 e n. 6357/1991.

³ Cassazione n. 65/1993, *cit.*

⁴ Con l'articolo 1, comma 136 e ss..

⁵ In particolare, il comma 136 afferma che: "*Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al D.Lgs. 385/1993, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene a un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo*".

al contratto di *leasing* traslativo natura di vendita con patto di riservato dominio, disponendo all'[articolo 2427](#), 22), cod. civ., che nella Nota integrativa del bilancio dell'utilizzatore debbano essere indicate:

“le operazioni di locazione finanziaria che comportano il trasferimento al locatario della parte prevalente dei rischi e dei benefici inerenti ai beni che ne costituiscono oggetto, sulla base di un apposito prospetto dal quale risulti: Il valore attuale delle rate di canone non scadute quale determinato utilizzando tassi di interesse pari all'onere finanziario effettivo inerenti i singoli contratti; l'onere finanziario effettivo attribuibile a essi e riferibile all'esercizio, l'ammontare complessivo al quale i beni oggetto di locazione sarebbero stati iscritti alla data di chiusura dell'esercizio qualora fossero stati considerati immobilizzazioni, con separata indicazione di ammortamenti, rettifiche e riprese di valore che sarebbero stati inerenti all'esercizio”.

Appurato che il contratto di locazione finanziaria non è un contratto di durata a prestazioni continuate e periodiche occorre ora indagare sulla sua regolamentazione nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale, laddove il debitore non intenda avvalersi della facoltà di sciogliersi consentitagli dal comma 5, [articolo 169-bis](#), L.F., e, al contrario, intenda proseguire nel contratto, in quanto indispensabile alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

La sostanza del contratto e la sua regolazione nel concordato con continuità aziendale

Come è noto [l'articolo 186-bis](#), L.F., al suo comma 3, dispone che i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura, mentre il comma 5, [articolo 169-bis](#), L.F. afferma che in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria il concedente abbia diritto alla restituzione del bene e all'eventuale credito derivante dalla differenza tra il ricavato della vendita e l'entità del credito in linea capitale all'apertura del concorso.

L'inserimento del contratto di *leasing* finanziario tra i contratti pendenti di cui all'[articolo 169-bis](#), L.F. da cui il debitore può chiedere di sciogliersi, potrebbe far ritenere che si verta nell'ambito dei contratti tratti dall'[articolo 72](#), L.F., ossia che esso sia un contratto ancora ineseguito o un contratto non compiutamente eseguito da entrambe le parti⁶, così, per altro lascerebbe supporre lo stesso [articolo 72-quer](#), L.F., rinviandone la regolazione all'[articolo 72](#), L.F..

Ci dobbiamo domandare, però, se i concetti riferibili alle locuzioni: “*contratti in corso di esecuzione*”, di cui all'[articolo 186-bis](#), L.F. e “*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti*”, di cui all'[articolo 169-bis](#), L.F. siano concetti perfettamente sovrapponibili, cioè a dire se il contratto di *leasing* traslativo,

⁶ A. Dolmetta, “Concordato preventivo e contratti “pendenti” (in margine alle modifiche portate all'articolo 169-bis, L.F. dal D.L. 83/2015)”, in *Il Fallimento*, 4, 2016, pag. 397.

in quanto assimilabile nella sostanza a un contratto di vendita con patto di riservato dominio, possa essere classificato all'interno dei contratti in corso di esecuzione, giacché noi riteniamo che se il Legislatore ha utilizzato una diversa terminologia – dovendosi escludere qualsiasi ipotesi di una sua dislessia lessicale – abbia voluto riferirsi a ipotesi diverse.

La prosecuzione dei contratti in corso, infatti, costituisce principio generale e punto nevralgico del concordato preventivo con continuità aziendale, nel quale la sopravvivenza dell'impresa necessita della possibilità di proseguire a operare sul mercato.

Vista da questa angolazione la norma dell'[articolo 186](#), L.F., a nostro parere, pare differire, quanto a perimetro e oggetto, da quelle regolate dall'[articolo 72](#) e [169-bis](#), L.F. avendo come obiettivo principale quello di proteggere i contratti attivi, cioè la possibilità di continuare la somministrazione delle forniture oggetto di contratto, più che quello di proteggere i contratti passivi. In tal senso depone il riferimento ai contratti “*stipulati con Pubbliche Amministrazioni*”.

Il generico riferimento ai contratti, contenuto nella disposizione dell'[articolo 186-bis](#), L.F., però, però porta a ritenere che, di là della prevalenza della finalità sopra individuata, la protezione si estenda anche ai c.d. contratti passivi, seppure sotto questo profilo molti dubbi sussistono sulla legittimità costituzionale di una norma che volesse imporre a un contraente di un debitore insolvente la continuazione delle forniture nell'ambito di un contratto di durata – anche a credito se così fosse previsto – in assenza totale di garanzia patrimoniale della controparte concordataria⁸.

E allora, per comprendere se il contratto di *leasing* traslativo possa considerarsi un “*contratto in corso di esecuzione*”, si deve indagare sul significato di tale locuzione.

A riguardo va subito risolto un equivoco di fondo, che si presenta ogni volta che si discute di contratti in corso di esecuzione. Un contratto in cui l'unica parte ineseguita sia costituita dal pagamento del prezzo non può considerarsi un contratto in corso di esecuzione. I contratti in corso di esecuzione sono, pertanto, solo i contratti sinallagmatici non eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambi le parti⁹. Abbiamo in precedenza affermato come nessuno dubiti più sul fatto che al contratto di locazione finanziaria con finalità traslative si applichino le regole del contratto con patto di riservato dominio, anche oggi che lo strumento ha avuto una sua definizione tipica ordinamentale.

⁷ P. F. Censoni, “*La continuazione e lo scioglimento di contratti pendenti nel concordato preventivo*”, in *Crisi D'impresa e Fallimento*, 2013, 12.

⁸ Se è pur vero che il rimedio dell'articolo 1461, cod. civ., ossia la risoluzione per peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, si applica solo ai contratti a esecuzione istantanea, come sostenuto da A. Patti, “*Contratti in corso di esecuzione, Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*”, ne *Il Fallimento*, 2013, pag. 267, si può ragionevolmente ritenere che pur continuando il contratto l'obbligo di fornitura non possa riguardare anche l'obbligo di mantenere le medesime originarie condizioni di pagamento a credito, comportando una simile lettura una sorta di esproprio in danno del contraente *in bonis*. In tal senso, N. Cosentino, “*I rapporti pendenti nel concordato preventivo*”, in www.centrostudiconcorsuali.it; contra Tribunale di Massa, 1° febbraio 2016, in *ilcaso.it*.

⁹ Appello Milano 29 gennaio 2015, in www.ilcaso.it seppure con riferimento all'articolo 169-bis.

Se così è, dobbiamo fare riferimento all'[articolo 1523](#), cod. civ. che prevede:

"nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna".

Questa disposizione fa capire che il contratto in questione è vincolante per le parti fin dalla sua sottoscrizione, nel senso che ciascuna delle parti è tenuta a effettuare la propria prestazione (consegna della cosa da parte del venditore e pagamento delle rate da parte del compratore), e che solo l'effetto traslativo della proprietà si verificherà al momento del pagamento dell'ultima rata. Tale trasferimento avviene automaticamente, senza bisogno di una ulteriore manifestazione di volontà e, tanto meno, della stipula di un contratto definitivo, come richiesto quando si conclude un preliminare. La vendita è un effetto automatico del contratto anche laddove la tipologia del bene ne richieda una formalizzazione notarile.

Così letto, il contratto di *leasing* traslativo, una volta stipulato, e avvenuta la consegna del bene da parte della compagnia di *leasing*, non può, almeno a nostro parere, considerarsi in corso di esecuzione, avendo il locatore-venditore compiutamente adempiuto le proprie obbligazioni. Solo il conduttore-compratore deve adempiere la sua, cioè al pagamento dei canoni e del prezzo di riscatto, senza necessità di ulteriori attività da parte del locatore-venditore.

È l'assenza di attività specifiche successive a carico della compagnia di *leasing* a far escludere che il contratto sia "in corso di esecuzione". La formalità dell'esercizio dell'opzione, come insegnato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, è del tutto "asintomatica"¹⁰.

Diverso sarebbe nel caso in cui il contratto fosse stato sottoscritto, ma la consegna del bene – trattandosi di *leasing in costruendo*¹¹ – non fosse ancora avvenuta al momento del deposito del ricorso per concordato preventivo. In tale situazione, sì, verteremmo nell'ambito di un contratto in corso di esecuzione. In ogni altro frangente l'esecuzione del contratto sarebbe, invece, già avvenuta, residuando solo il pagamento dei canoni-prezzo da parte del conduttore-acquirente. A quest'ultimo, e solo a quest'ultimo è consentito, infatti, non procedere all'acquisto, non esercitando la relativa opzione; facoltà non consentita alla compagnia di *leasing*.

Depone a favore della ricostruzione proposta il fatto che il Legislatore, riguardo alla fattispecie del *leasing* finanziario, abbia ritenuto di dettare regole specifiche, sia nel fallimento, con l'[articolo 72-quater](#),

¹⁰ Cassazione n. 65/1993 *cit.*.

¹¹ Si verterebbe nella medesima situazione ove il bene pur "esistendo" non fosse ancora stato consegnato all'utilizzatore-acquirente.

L.F.¹² sia nel concordato, con il comma 5, [articolo 169-bis](#), L.F. segno che il contratto in esame ha peculiarità tali da non poter essere assimilato, *tout court*, a un “*contratto pendente*” o a un contratto “*ancora ineseguito o non compiutamente eseguito*” da una delle parti. La peculiarità traslativa del contratto di *leasing* di cui si discute ha necessitato, appunto, l’adozione di regole apposite, proprio perché “non pendente” in senso sostanziale. Esso, infatti, lo è così solo apparentemente, come ben spiegano i Principi contabili internazionali e nazionali quando affermano che la sostanza del contratto è ben diversa dalla sua forma.

Così ragionando, cioè ponendo a base della ricostruzione la natura traslativa del contratto, come riconosciuto unanimemente dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dai principi di contabilizzazione internazionali e nazionali, i canoni a scadere in epoca successiva al deposito del ricorso, anche nella forma del comma 6, [articolo 161](#), L.F., così come il prezzo di riscatto, dovranno essere considerati alla stregua di debiti chirografari anteriori e non debiti prededucibili¹³. I canoni successivi, infatti, nella ricostruzione ermeneutica prospettata, non costituiscono, come nella locazione operativa, la remunerazione della concessione dell’utilizzo del bene, bensì rate del prezzo del bene acquistato con patto di riservato dominio.

Si tratta di un arresto, questo, che, se condiviso, comporta ricadute rilevanti e problemi di non facile soluzione, per nulla colti dal frettoloso Legislatore dell’epocale riforma del 2019 che, seppure mai entrata in vigore, è già in attesa di un correttivo di cui non si conoscono ancora, però, quelli che saranno gli assetti definitivi.

Natura chirografaria del credito e patto di riservato dominio (*recte*: di opzione), ricadute operative

Abbiamo accennato alla distanza siderale esistente tra strumenti di mercato e loro regolamentazione nell’ambito della legislazione della crisi d’impresa che non ha fatto cogliere la necessità che l’istituto del concordato preventivo dovesse essere dotato di norme specifiche aderenti alla natura di ogni singolo strumento. Si pensi, ad esempio, al *cash pooling*, del cui trattamento nei concordati di gruppo non vi è traccia, come se esso non esistesse nella realtà operativa di questo tipo di imprese.

¹² Che rinviando per la sua regolamentazione alla disposizione dell’articolo 72, L.F. ne conferma la diversa natura, altrimenti la sua disciplina sarebbe rimasta automaticamente disciplinata da tale ultima disposizione, senza necessità di rinvio. Il rinvio di disciplina è confermativo del fatto che le fattispecie non sono sovrapponibili.

¹³ Di parere diverso pare essere Cassazione n. 9995/2016, seppure, *obiter dictum*, in un caso in cui non essendo stato previsto il riscatto del bene nel piano concordatario si nega, nel successivo fallimento, la prededucibilità dei canoni posteriori al deposito del ricorso per concordato.

Il primo tema che avrebbe meritato di essere regolato, riguardo al *leasing* traslativo, era quello dell'ontologico contrasto tra natura chirografa del credito e la riserva di proprietà che lo assiste. Una volta che il debitore concordatario avesse ritenuto di non sciogliersi dal contratto¹⁴, per effetto dell'[articolo 55](#), comma 2, L.F., applicabile al concordato preventivo in forza dell'[articolo 169](#), L.F.: l'intero debito verso la compagnia di *leasing* – canoni futuri e prezzo di riscatto – verrebbero tutti a scadenza alla data del deposito del ricorso di concordato preventivo.

Per negare l'applicabilità in concreto delle disposizioni dell'articolo 55, L.F. al *leasing* traslativo, non potrebbe, però, invocarsi la non risolubilità del relativo contratto, assicurata dal comma 3, [articolo 186-bis](#), L.F.. Sarebbe, infatti, come se si invocasse la continuazione di un contratto di mutuo ove la banca avesse già eseguito integralmente la *traditio* delle somme mutuate¹⁵ per arrivare a negare l'applicazione dell'articolo 55, L.F. a tale tipologia di controllo.

La conseguenza prima che ne deriva è che l'intero credito dovrebbe essere oggetto della proposta concordataria, proposta che non potrebbe, però, prevedere alcuna falcidia, pena la perdita della disponibilità definitiva del bene. Si tratta di un debito chirografo che, però, godrebbe, in concreto, di maggiori garanzie rispetto a quello ipotecario o pignoratizio.

Da qui discende una prima distorsione sistematica. Il credito per *leasing* traslativo non potrebbe subire alcuna falcidia, al contrario di quelli privilegiati, laddove, ai sensi del comma 2, [articolo 160](#), L.F., il valore di liquidazione del bene fosse inferiore al debito relativo.

Se quel bene fosse essenziale al processo produttivo il relativo debito residuo per *leasing* dovrebbe essere, comunque, soddisfatto integralmente, anche nella parte già scaduta prima dell'apertura del concorso e, anche, se il valore di liquidazione dello stesso fosse inferiore.

Trattandosi, infatti, di contratto a esecuzione istantanea e non di durata, non può essere applicato il principio della scindibilità delle prestazioni, essendo l'adempimento considerato unico, poiché vi è unicità tra sinallagma genetico e funzionale, le prestazioni non possono essere tra loro separate. Conseguentemente le prestazioni eseguite anteriormente alla data di pubblicazione del ricorso [articolo 161](#), L.F. dovranno essere pagate integralmente e secondo le scadenze pattuite nel contratto, poiché a esse non si potrà applicare il divieto imposto dall'[articolo 168](#), L.F..

¹⁴ Con le speciali regole del quinto comma dell'articolo 169-*bis*, L.F. e non *tout court* come semplice contratto non eseguito o non completamente eseguito, non potendosi ricondurre, come detto, il contratto di leasing traslativo a tale categoria, stante appunto tale sua natura.

¹⁵ Consta un solo precedente giurisprudenziale in tale senso: Tribunale di Marsala, 5 febbraio 2014, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1, 2015, II, 108, con commento critico S. Leuzzi, "Nota sui mutui pendenti nel concordato preventivo, tra anticipata scadenza e moratoria".

Rispetto a questa ricostruzione si potrebbe obiettare, riguardo al debito scaduto anteriormente, che l'adempimento concordatario, ossia con *falcidia*, costituisca comunque adempimento del contratto. L'obiezione, fonderebbe, però, la sua tenuta solo considerando – ma abbiamo già spiegato che così non è, almeno a nostro parere – che il debito maturato antecedentemente il deposito del ricorso per concordato preventivo sia riconducibile a un *sinallagma* contrattuale a esecuzione continuata e periodica, ossia a un debito per *leasing* operativo e non a un debito per acquisto di un bene con riservato dominio in favore del venditore.

Affermare, infatti, che la riserva di proprietà cede il passo di fronte all'adempimento parziale concordatario, sarebbe come negare il principio stesso della continuazione dei contratti affermato dall'[articolo 186-bis](#), L.F. e la tenuta della garanzia costituita dalla riserva di proprietà.

Questo è il vero equivoco di fondo, il nodo non sciolto.

Le problematiche che ne derivano, in carenza di regole specifiche cui fare riferimento, però, non finisce qui.

Ci si domanda, ad esempio, se la proposta concordataria possa prevedere almeno, un riscadenziamento di canoni.

Noi riteniamo di no. Ma non solo, l'applicazione delle disposizioni dell'[articolo 55](#), L.F., pone il debitore concordatario nella non agevole condizione di trovarsi davanti un debito tutto scaduto, seppure originariamente rateizzato nel tempo, come peraltro accade nel mutuo. Ne deriva che il rispetto delle rate a scadere sarà un sostanziale obbligo, potendo al più essere oggetto di nuova rateazione solo quello relativo a quelle scadute anteriormente.

Si dirà che è sempre possibile gestire tutti questi aspetti critici tramite accordi paraconcordatari con la compagnia creditrice, ma ciò non può giustificare certo il disinteresse dimostrato a riguardo dal Legislatore, anche perché a livello sistematico una terza antinomia è in agguato.

Abbiamo detto della natura chirografaria del credito per *leasing* traslativo, del fatto che esso, per effetto dell'applicabilità al concordato delle regole dell'articolo 55, L.F., viene a scadere tutto alla data di deposito del ricorso, del fatto che tale debito pur chirografo debba essere soddisfatto integralmente alle scadenze contrattuali originarie; ebbene il soddisfacimento integrale di un debito chirografo sbarrerebbe la strada alla possibilità di *falcidiare* il credito erariale e/o contributivo di natura privilegiata, pur al ricorrere delle condizioni di cui all'[articolo 182-ter](#), L.F., a causa del fatto che tali crediti non possono essere trattati in maniera peggiore rispetto a quelli di rango inferiore.

Un'ultima annotazione merita la questione del diritto di voto.

Secondo la ricostruzione prospettata il creditore per *leasing* traslativo, considerato l'effetto delle disposizioni dell'[articolo 55](#), L.F. sarebbe portatore di un credito integralmente scaduto, che gli darebbe diritto di voto per l'intero importo contrattuale, seppure naturalmente oggetto di proposta di pagamento integrale alle condizioni originarie, almeno per quanto riguarda le rate a scadere. Ne deriverebbe un'evidente alterazione dei pesi delle maggioranze, solo parzialmente attenuata dall'obbligo di classamento del creditore, compagnia di *leasing*, in quanto destinatario di una proposta di integrale soddisfacimento. Sotto il profilo costituzionale la disparità di trattamento, rispetto al creditore privilegiato, cui non è consentito di votare, se non per la parte falcidiata, sarebbe evidente.

Di là della fondatezza o meno della ricostruzione ermeneutica prospettata è evidente che il *leasing* traslativo nel concordato con continuità aziendale avrebbe meritato una specifica regolamentazione – e non solo relativamente, come avvenuto, al suo possibile scioglimento – e ciò per evitare l'emergere delle aporie e delle antinomie denunciate.

Vediamo ora se il Legislatore del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza vi abbia, o no, posto rimedio.

Il contratto di *leasing* traslativo nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza

Diciamo subito che l'intervento del novellatore, ove ne avesse colto la necessità, sarebbe stato assai semplice, seppure di grande impatto: equiparare, nel concordato con continuità aziendale¹⁶, il trattamento dei crediti derivanti dai contratti di *leasing* traslativo a quello dei crediti ipotecari e pignorati, assimilando la riserva di proprietà, quanto a diritti di concorso e di voto, a un privilegio speciale, e riconoscendone la falcidiabilità in caso di incapienza del bene oggetto della garanzia della riserva di proprietà.

Nulla di tutto ciò. Nessuna delle plurime mani che hanno contribuito alla sua, pur non definitiva, formazione, ha colto la necessità di dettare nuove regole in materia. Sono riproposte le sole disposizioni speciali sullo scioglimento del contratto al comma 18, [articolo 97](#) del Codice, con una formulazione più tutelante per il creditore concedente-venditore.

Una novità di una certa significatività, invece, è contenuta al comma 2, [articolo 100](#) del Codice, riguardo ai mutui con garanzia reale, ove è prevista che il debito relativo non scada tutto alla data di deposito del ricorso (*ex* articolo 154, comma 2 che ripropone pedissequamente le disposizioni dell'attuale articolo 55, L.F.), nel caso in cui non vi siano, a quel momento, rate scadute o il debitore, appositamente

¹⁶ Rinominato per l'occasione "*concordato in continuità aziendale*", come se la continuità fosse una qualità ontologica della procedura e non una semplice condizione accessoria dell'impresa.

autorizzato dal Tribunale, previa attestazione di tenuta bene garantuale, abbia rimesso in pristino il contratto.

Si tratta di una disposizione, che, per quanto criticabile rispetto alla condizione di regolarizzazione dei pagamenti scaduti, se fosse stata estesa anche al contratto di *leasing* traslativo, avrebbe risolto almeno alcuni dei plurimi problemi segnalati.

Purtroppo, almeno a nostro parere, non essendo possibile un'applicazione analogica della suddetta disposizione al contratto di *leasing* traslativo – trattandosi di fattispecie ontologicamente diversa dal contratto di mutuo con garanzia reale – tutte le aporie e antinomie segnalate permarranno nel nuovo ordinamento; segno questo dei gravi limiti scientifici di cui è contraddistinta in più punti l'opera del novellatore, il quale ha ingiustificatamente ignorato, non solo l'evoluzione degli strumenti contrattuali di mercato degli ultimi quarant'anni, ma anche il formante giurisprudenziale che li ha riguardati.

Il contratto visto dalla parte del contraente *in bonis*

Una disamina completa, seppure non sistematica della questione, non può omettere alcune notazioni riguardo alla posizione, e alla tutela, del contraente *in bonis*, compagnia di *leasing*.

Sotto questo profilo occorre distinguere l'inadempimento del debitore concordatario sotto il profilo temporale.

Nel caso in cui l'inadempimento sia riferibile a canoni scaduti anteriormente il deposito del ricorso di concordato preventivo occorre ulteriormente distinguere se il contraente *in bonis* abbia, o no, attivato il proprio diritto di risoluzione ex [articolo 1460](#), cod. civ.. Nel caso di intervenuto esercizio del diritto di risoluzione il vincolo della continuazione ex [articolo 186-bis](#), comma 3, L.F. non potrà considerarsi operante e l'intervenuta risoluzione potrà essere legittimamente opposta ai creditori.

Di contro ci si domanda se l'inadempimento antecedente cui non sia conseguita la risoluzione possa sempre consentire al contraente *in bonis* di chiedere la risoluzione del contratto, laddove questo non invochi, a giustificazione del proprio diritto, l'apertura della procedura, bensì, appunto, l'inadempimento anteriore.

Ebbene, una volta condivisa l'opinione che il contratto di *leasing* traslativo è un contratto a esecuzione istantanea, si potrebbe ritenere sempre esperibile il ricorso al rimedio di cui all'articolo 1460, cod. civ., senza che ciò comporti una violazione della disposizione dell'[articolo 168](#), L.F. che vieta, dopo la pubblicazione del ricorso, l'inizio di azioni esecutive a cautelari sul patrimonio del debitore.

Senonché non può disconoscersi che, seppure in via del tutto astratta, l'apertura della procedura – la cui invocazione non sarebbe causa di risoluzione ex comma 3, articolo 186-bis, L.F. – altro non è in

concreto che l'espressione di un inadempimento generalizzato. Si potrebbe anche ritenere, quindi, che il divieto di risoluzione ivi espresso abbia una portata più ampia e generale che non la mera neutralizzazione di una clausola risolutiva espressa legata all'evento concordatario.

Si tratta, però, di una discettazione del tutto teorica, giacché, per le ragioni dedotte nei paragrafi precedenti, solo con il pagamento integrale del prezzo (dunque, anche delle rate scadute anticipate) il debitore concordatario potrà acquisire la proprietà del bene.

Laddove, invece, l'inadempimento si verificasse in corso di procedura l'operatività della risoluzione ex [articolo 1460](#), cod. civ. sarà piena. Non solo. Il contraente in bonis, laddove dalle relazioni periodiche del debitore concordatario rilevasse un peggioramento – anche solo temporaneo – della garanzia patrimoniale del suo debitore concordatario, rispetto a quella di inizio procedura, potrà sempre ricorrere al rimedio di cui all'[articolo 1461](#), cod. civ..

The banner features a blue header with the Euroconference logo (E-Learning Centro Studi Tributari) on the left and 'Percorsi E-Learning' and 'Centro Studi Tributari' on the right. The main title 'RENDICONTO FINANZIARIO' is centered in large blue letters. Below the title, it lists 'Durata: 3 ore', 'CFP ODCEC: 3', and 'Relatori: Claudia Mezzabotta, Catry Ostinelli'. At the bottom left, the price is 'PREZZO € 70,00 + IVA Cumulabile con sconto Privilege Card', and at the bottom right is a blue button that says 'SCOPRI DI PIÙ'.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Il concordato nella liquidazione giudiziale

di Paolo Borrelli – avvocato

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza disciplina il concordato nella liquidazione giudiziale (nuova formulazione del vecchio concordato fallimentare) agli articoli [240](#) – [253](#), quale accordo sostitutivo della liquidazione e quale modalità di chiusura della procedura di liquidazione giudiziale.

La ragione del mancato intervento rivoluzionario in materia da parte del Legislatore può essere giustificato dal fatto che le modifiche già apportate all'istituto con la Riforma del 2006 hanno riscosso un discreto successo, dimostrandosi funzionali; dal che si deduce che si sia deciso di non stravolgere quanto di positivo era stato apportato dai precedenti interventi. Nel presente contributo vengono quindi illustrati gli aspetti salienti dell'istituto.

La presentazione della proposta

Partendo dal dato normativo, l'articolo 240 del Codice dispone che i soggetti legittimati a presentare la proposta sono

- i creditori;
- i terzi;
- il debitore, se non dopo il decorso di un anno dalla sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e purché non siano decorsi 2 anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

La proposta del debitore è ammissibile solo se prevede l'apporto di risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il 10%.

Si anticipa sin d'ora che l'apposizione di tale condizione, interessante e innovativo anche dal punto di vista della disciplina generale, costituisce l'unica novità di rilievo rispetto alla disciplina precedente che, per il resto, come si vedrà nel proseguo della presente trattazione viene pedissequamente ricalcata nel nuovo Codice.

In linea con quanto già previsto nel nuovo impianto normativo per il concordato liquidatorio, lo scopo dell'introduzione di tale principio è quello di limitare il ricorso a tale strumento ai soli casi in cui vi sia un apprezzabile vantaggio per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, anche e

soprattutto per evitare che le procedure, già in fase di chiusure, vengano rallentate da proposte meramente dilatorie e prive di utilità per la massa creditoria.

Previsione che certamente potrà generare qualche difficoltà applicativa concreta.

Il curatore non è legittimato a formulare la proposta, la legge, difatti, non lo annovera tra i soggetti legittimati.

Con riferimento ai tempi di proposizione della domanda, senza indicare una *deadline*, viene esplicitamente concessa la facoltà di deposito ai soli creditori e ai terzi di avanzare le loro proposte, dopo la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale e anche prima del decreto di esecutorietà dello stato passivo, purché:

- il debitore abbia tenuto la contabilità; e
- i dati risultanti da questa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori da sottoporre all'approvazione del giudice delegato.

Il Codice della crisi riprende pertanto *sic et simpliciter* l'[articolo 124](#), L.F., seppure lo stesso non sia stato esente da critiche nel corso della sua vigenza.

Le accuse mosse si riferiscono sostanzialmente alla possibilità, nuovamente "concessa" al debitore, di occultare i dati in suo possesso in modo tale da rendere meno appetibile per creditori e terzi la possibilità di avanzare una proposta.

Nel silenzio del Legislatore si presume che possano essere avanzate sino alla chiusura della liquidazione giudiziale.

Al comma 2, l'[articolo 240](#) del Codice stabilisce che la proposta può prevedere

- a) la suddivisione in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- b) trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, con specifica indicazione delle ragioni dei trattamenti differenziati degli stessi;
- c) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo e altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

Sono 2 i criteri di individuazione delle classi: da un lato, la posizione giuridica da individuarsi sulla base della natura del credito; dall'altro l'omogeneità di interessi economici.

Possono poi essere previsti trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diversi, ferma l'osservanza delle regole generali riguardo la preferenza riconosciuta ai privilegiati nonché vi è

possibilità di programmare la ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei creditori tramite una serie di strumenti quali la cessione dei beni, l'accollo, o altre operazioni straordinarie.

Si evidenzia che la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali.

La stima dei beni deve essere contenuta in una relazione giurata redatta da un professionista indipendente ([articolo 2](#), comma 1, lettera o) del Codice), iscritti all'albo dei revisori legali, in possesso dei requisiti di cui all'[articolo 358](#) del Codice e designato dal Tribunale.

Vi è quindi possibilità di non soddisfare integralmente i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca a patto che venga onorato il principio della "collocazione preferenziale" e che non venga in alcun modo alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Nella predisposizione della proposta di concordato nella liquidazione giudiziale bisognerà pertanto:

- garantire la soddisfazione non inferiore al ricavato presumibile dalla liquidazione;
- rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

L'ultimo comma dell'[articolo 240](#) del Codice circoscrive l'oggetto della proposta qualora presentata da uno o più creditori ovvero da un terzo.

Essa può prevedere:

- la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo della liquidazione giudiziale; anche
- anche delle azioni di pertinenza della massa (purché esse siano delineate alla data di presentazione della domanda).

La cessione potrà avvenire *pro soluto*, con immediata liberazione del debitore e trasferimento in proprietà ai creditori di tutti i beni (mobili e immobili) ovvero *pro solendo*, cedendo ai creditori la disponibilità dei beni e lasciandoli liberi di agire per la quota parte di credito rimasta insoddisfatta.

La liquidazione dei beni può essere condotta anche da un terzo assunto il quale si obbliga in proprio ad adempiere gli obblighi previsti nella proposta nei confronti dei creditori.

Il vantaggio riservato all'assuntore sarà quello di ottenere quanto residuerà nell'attivo fallimentare a seguito della liquidazione e della conseguente soddisfazione dei creditori concorsuali.

L'accollo del terzo potrà essere liberatorio o cumulativo; in questo secondo caso il debitore rimarrà obbligato in solido nei confronti dei creditori fino alla chiusura della procedura.

Permane altresì la possibilità di formulare una proposta sostenuta dall'apporto di una garanzia reale offerta da parte di un terzo, tramite l'apporto di una garanzia reale o personale, c.d. "concordato come garanzia".

È possibile ipotizzare l'ammissibilità di tale ultima menzionata forma anche nella futura vigenza del Codice della crisi atteso che è da un lato l'[articolo 240](#), comma 2, consente la ristrutturazione dei debiti in qualsiasi forma e dall'altro al comma 1 individua tra i compiti propri del curatore quello di analizzare le singole garanzie offerte a sostegno della proposta.

La cessione delle azioni di pertinenza della massa dovrà essere autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa. Sostanzialmente potrà trattarsi di cessione di azione revocatoria, di responsabilità o comunque di azioni che spetterebbero alla massa dei creditori, a titolo di responsabilità sia contrattuale sia extracontrattuale.

Nell'ultimo capoverso il comma 5, articolo 240 del Codice chiarisce che il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o alla domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. In tale caso, verso gli altri creditori continua a rispondere il debitore, fermo quanto disposto dagli articoli [278](#) e ss., del Codice in caso di esdebitazione.

L'esame della proposta

All'[articolo 241](#) del Codice viene descritto l'*iter* di presentazione della proposta di concordato la quale dovrà essere sottoposta all'attenzione del giudice delegato.

Il giudice delegato procederà quindi a richiedere il parere del curatore, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte. Qualora la proposta venga presentata da un terzo, questa dovrà contenere per specifica indicazione di legge l'indirizzo di posta elettronica al quale ricevere le comunicazioni.

Espletato tale adempimento preliminare, sarà necessario acquisire il parere favorevole dei creditori da considerarsi vincolante atteso che in caso di loro dissenso, la proposta dovrà considerarsi improcedibile.

Il comitato dei creditori, in quanto organo nominato dal giudice delegato, è dotato di funzioni consultive, informative e, in alcuni casi, ispettive delle scritture contabili.

Il parere dei creditori attiene sostanzialmente al merito della proposta, mentre quello del giudice delegato riguarda la ritualità e la legittimità.

Si tratta di verificare se all'interno della stessa siano stati rispettati i canoni di legge, come, ad esempio il rispetto delle cause legittime di prelazione e per quanto riguarda il parere del curatore e del comitato, se possa ritenersi congruo e veritiero sulla base della proposta presentata.

Acquisiti i pareri del curatore e del comitato, verificata la ritualità e la legittimità, il giudice delegato ordina che il curatore, tramite pec, comunichi ai creditori la proposta, informandoli altresì che la mancata risposta equivale a voto favorevole e fissa un termine non inferiore a 20 giorni e non superiore a 30 entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del Tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso.

L'[articolo 242](#) del Codice recita che ove le comunicazioni siano dirette a un numero rilevante di destinatari, il giudice delegato può autorizzare il curatore a dare notizia della proposta di concordato anziché con comunicazioni ai singoli creditori, mediante pubblicazione del testo integrale della medesima su uno o più quotidiani a diffusione nazionale.

Qualora pervengano più proposte o ne giunga una nuova prima della comunicazione ai creditori, il comitato dei creditori è chiamato a scegliere quale proposta sottoporre al voto del ceto creditorio.

Resta in ogni caso in capo al giudice delegato la facoltà, su richiesta del curatore, di ordinare la comunicazione ai creditori di una o di altre proposte, tra quelle non scelte, ritenute parimenti convenienti, con applicazione dell'[articolo 140](#), comma 4 del Codice.

Qualora la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori, essa:

- deve essere corredata dalla relazione giurata del professionista indipendente;
- deve essere sottoposta ai pareri del curatore e del comitato dei creditori; e
- deve essere valutata anche dal Tribunale il quale verifica il corretto utilizzo dei criteri di cui all'[articolo 240](#), comma 2, lettera a) del Codice – ossia che la suddivisione in classi sia avvenuta secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei e lettera b) – ossia che i trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse, contengano l'indicazione delle ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi.

L'approvazione della proposta

A mente dell'[articolo 243](#) del Codice hanno diritto al voto:

- se la proposta è formulata prima che lo stato passivo diventi esecutivo, i creditori che risultano dall'elenco provvisorio del curatore approvato dal giudice delegato;
- se la proposta è formulata dopo l'esecutività dello stato passivo, i creditori ammessi provvisoriamente, i creditori ammessi con riserva, i creditori ammessi nello stato passivo.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta preveda l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione.

La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito tra capitale e interessi.

Resta fermo il principio in base al quale qualora rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari.

Restano esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della domanda di concordato.

La norma infine esclude dal voto e dal computo delle maggioranze "*i creditori in conflitto di interessi*".

Sul punto ci si è interrogati su cosa debba intendersi per "*creditori in conflitto di interessi*". La dottrina ha chiarito che detto conflitto debba essere valutato con riferimento al soggetto che propone il concordato e quindi, il debitore oppure un terzo.

Quando pertanto si ravvisi un collegamento giuridico-economico e quando sia manifesto che quel voto possa alterare la maggioranza a favore del proponente sarà evidente l'esistenza di un conflitto che porterà all'esclusione dall'esercizio del diritto di voto.

Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso di classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza si verifica nel maggior numero di classi.

Come detto, vige il principio del silenzio assenso e pertanto i creditori che non fanno pervenire il loro dissenso nel termine fissato dal giudice delegato, si considerano consenzienti.

La variazione del numero dei creditori ammessi o dell'ammontare dei singoli crediti, che avvenga per effetto di un provvedimento emesso successivamente alla scadenza del termine fissato dal giudice delegato per le votazioni, non influisce sul calcolo della maggioranza.

Nel caso in cui il giudice delegato disponga il voto su più proposte ai sensi dell'[articolo 241](#), comma 2 del Codice si considera approvata quella tra esse che ha conseguito il maggior numero di consensi a norma dei commi 1, 2, 3 e, in caso di parità, la proposta presentata per prima.

L'omologazione

Concluse le votazioni, il curatore presenta al giudice delegato una relazione sul loro esito.

In caso di approvazione, il giudice dispone che il curatore ne dia immediata comunicazione a mezzo pec al proponente, il quale è tenuto a chiedere l'omologazione con ricorso, ai creditori dissenzienti e al debitore.

Il giudice delegato fissa poi un termine non inferiore a 15 giorni e non superiore a 30 per la proposizione di opposizioni, anche provenienti da qualsiasi altro interessato, e per il deposito da parte del comitato dei creditori di una relazione motivata con parere definitivo. In caso di mancata presentazione da parte del comitato, è tenuto a provvedervi il curatore nei 7 giorni successivi.

In mancanza di opposizioni, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

In presenza di opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti anche d'ufficio, delegando anche uno dei componenti del collegio.

È previsto il c.d. "*cram down*".

Se, difatti, un creditore dissenziente contesta la regolarità della proposta, il Tribunale omologa il concordato se ritiene che il credito può risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili e provvede in tal senso con decreto motivato.

Il decreto di rigetto dell'omologazione sarà reclamabile qualora emesso dal Tribunale anche in assenza di opposizione e altresì potrà essere oggetto di impugnazione qualora il Tribunale non omologhi il concordato in presenza di opposizioni.

Il decreto di omologazione è reclamabile dinanzi alla Corte d'Appello che decide in Camera di Consiglio.

Il reclamo si propone con ricorso nel termine perentorio di 30 giorni dalla notificazione del decreto.

Tale termine decorre per le parti dalla notifica telematica del provvedimento che si intende impugnare, mentre per gli altri interessati dalla pubblicazione nel Registro Imprese.

Il Collegio provvede alla decisione con decreto motivato.

Il decreto diviene efficace decorsi i termini per l'opposizione all'omologazione o per le impugnazioni.

Quando il decreto di omologazione diviene definitivo, il curatore rende il conto della gestione e il Tribunale dichiara chiusa la procedura di liquidazione giudiziale.

Il concordato una volta omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla sentenza che dichiara l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e per i creditori che non hanno presentato la domanda di ammissione al passivo, ai quali non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi.

Resta fermo che i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

L'esecuzione

Dopo la omologazione del concordato il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori ne sorvegliano l'adempimento.

Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili, sono depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato.

Accertata la completa esecuzione del concordato, il giudice delegato ordina:

- lo svincolo delle cauzioni;
- la cancellazione delle ipoteche iscritte; e
- adotta ogni misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato.

La risoluzione

A norma dell'[articolo 250](#) del Codice ciascun creditore può chiedere la risoluzione del concordato:

- se le garanzie promesse non vengano costituite o
- se il proponente non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dalla proposta omologata.

Il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro 1 anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Non possono richiedere la risoluzione i creditori verso cui il terzo non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato e non si applica tale istituto quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti dal proponente o da uno o più creditori con liberazione immediata del debitore.

Si applicano le medesime norme previste per l'apertura della liquidazione giudiziale e partecipa al procedimento anche l'eventuale garante.

La sentenza di risoluzione del concordato è provvisoriamente esecutiva e riapre la procedura di liquidazione giudiziale.

Il Tribunale nomina nuovamente il giudice delegato e il curatore e stabilisce l'udienza per l'esame dello stato passivo non oltre 120 giorni dal deposito della sentenza ovvero 150 in caso di particolare complessità della procedura. Consente la presentazione delle domande di insinuazione per i creditori e i terzi che vantano diritti reali o personali sulle cose in possesso del debitore nel termine perentorio di 30 giorni prima dell'udienza. I creditori già ammessi al passivo possono chiedere la conferma del provvedimento di ammissione salvo che intendano insinuarsi per ulteriori crediti.

È ammesso il reclamo contro la sentenza di risoluzione ai sensi dell'[articolo 51](#) del Codice.

L'annullamento

Ai sensi dell'[articolo 251](#) del Codice il concordato può essere annullato dal Tribunale su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo o che è stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

Il termine per l'esperimento dell'azione è di 6 mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre 2 anni dalla scadenza fissata per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Non è ammessa alcuna altra azione di nullità.

In analogia con l'*iter* previsto in caso di risoluzione, la sentenza che annulla il concordato riapre la procedura di liquidazione giudiziale ed è provvisoriamente esecutiva.

Il Tribunale adotta i provvedimenti di cui all'[articolo 237](#), comma 2 del Codice e la sentenza è reclamabile ai sensi dell'[articolo 51](#) del Codice.

Effetti della riapertura della liquidazione giudiziale

La risoluzione e l'annullamento riaprono la liquidazione giudiziale e si applicano le disposizioni di cui agli articoli [238](#) e [239](#) del Codice in tema di concorso di nuovi e vecchi creditori e di effetti della riapertura sugli atti pregiudizievoli ai creditori.

I creditori anteriori conservano le garanzie e per le somme ancora a essi dovute in base al concordato risolto o annullato non sono tenuti a restituire quanto hanno già riscosso.

I creditori concorrono per l'importo del primitivo credito, detratta la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato.

A seguito della riapertura della liquidazione, possono essere riproposte le azioni revocatorie già iniziate e interrotte per effetto del concordato.

Il proponente ha facoltà di presentare una nuova proposta di concordato una volta reso esecutivo il nuovo stato passivo. Il nuovo concordato non può essere omologato se prima dell'udienza a ciò destinata non sono state depositate, nei modi stabiliti dal giudice delegato, le somme occorrenti per il suo integrale adempimenti o non sono state prestate equivalenti garanzie.

Conclusioni

In conclusione, è evidente come nell'impianto del nuovo codice sia stata ricalcata pedissequamente la struttura della vecchia normativa, sia in termini di presentazione ed esame della proposta concordataria, sia in termini di procedimento, esecuzione e omologazione della procedura sia, infine, in termini di risoluzione e annullamento.

Resta dunque questo uno strumento residuale, ma spesso l'unico idoneo a recuperare situazioni dove vi è ancora un attivo interessante che, valorizzato nel suo complesso può incrementare la *recovery* dei creditori concorsuali, utile per definire la liquidazione giudiziale in modo alternativo rispetto alle cause canoniche di cui all'[articolo 233](#) del Codice.



PARERI E QUESITI

Il servizio di consulenza specialistica per i professionisti



Pareri e quesiti è un servizio di consulenza in area fiscale, societaria, contabile e giuslavoristica rivolto ai professionisti e agli amministratori di condominio.

L'obiettivo è quello di supportare il professionista nello svolgimento dell'attività in base ai diversi bisogni.

Euroconference mette a disposizione il Comitato Scientifico e i migliori esperti del settore al fine di garantire un utile ausilio nella corretta interpretazione della normativa e della prassi e nell'individuazione delle soluzioni migliori per le questioni più complesse e che richiedono un'accurata attività di ricerca e studio.

[ACCEDI AL SITO](#)

Crisi e risanamento n. 38/2020

L'indefinibilità del riparto nel concordato preventivo

di Corrado Camisasca – avvocato, Associazione Concorsualisti Milano

Analisi sull'accertamento del passivo e distribuzione tra i creditori delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo nel concordato preventivo, con particolare riferimento al loro carattere di instabilità e di non definitività, prendendo in esame la recente pronuncia della [Corte di Cassazione n. 641/2019](#), posta a confronto con l'arresto delle Sezioni Unite [n. 24068/2019](#) in materia di riparto nel fallimento; viene rivolto, quindi, uno sguardo sulla disciplina delle anzidette questioni nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

L'accertamento del passivo nel concordato preventivo

All'accertamento del passivo nell'ambito del procedimento di concordato preventivo non è dedicata alcuna disposizione della Legge Fallimentare.

Di ammissione provvisoria dei crediti verso il debitore proponente il concordato e contestati dallo stesso debitore e/o da altri creditori, oggetto di provvedimento da parte del giudice delegato, si occupa l'[articolo 176](#), L.F., ma, come recita specificatamente la citata previsione normativa, “*ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi*” e con possibilità per il Tribunale, in caso di opposizione dei creditori esclusi, di addivenire a una loro diversa determinazione nella fase di omologazione qualora ciò eserciti influenza sul calcolo delle maggioranze.

Al riguardo la Corte di Cassazione ha pertanto potuto affermare che un tale accertamento dei crediti, da parte del giudice delegato prima in sede di adunanza, e quindi del Tribunale nel procedimento di omologazione, ha valore:

“*non giurisdizionale ma meramente amministrativo di carattere deliberativo e volto al solo scopo di consentire il calcolo delle maggioranze richieste ai fini dell'approvazione della proposta, sicché non esclude la possibilità di accertare in via ordinaria, nei confronti dell'impresa in concordato, il proprio credito e il privilegio che lo assiste*” (Cassazione n. 2104/2002; n. 2780/2002 e n. 20298/2014), credito

che, così come accertato in quella diversa sede, costituisce “la base su cui deve operarsi la c.d. falcidia concordataria” (Cassazione n. 27489/2006)”¹.

Il vuoto normativo di cui si è detto in principio ha comportato che, in più modi e a più riprese, sia stata dalla giurisprudenza posta in evidenza l'inesistenza di una fase di accertamento del passivo nella procedura concordataria, fase non prevista nel tempo che precede l'adunanza dei creditori, né in sede di adunanza e di votazione della proposta del debitore e neppure nel procedimento di omologazione e della successiva esecuzione del concordato.

Tanto prima, quanto dopo l'omologazione del concordato, dunque, tutte le questioni che hanno a oggetto diritti pretesi da singoli creditori e che attengono all'esecuzione del concordato, concernenti la sussistenza, l'entità e il rango del credito, mancando nel concordato preventivo un procedimento di verifica dei crediti di natura giurisdizionale, quale è disciplinato nel fallimento, danno luogo a controversie che devono costituire materia di un ordinario giudizio di cognizione e che sono sottratte alla decisione del giudice delegato, il quale va pertanto ritenuto assolutamente carente del potere di accertare l'esistenza o l'inesistenza di un credito anteriore alla procedura verso il debitore concordatario².

Gli elenchi dei creditori formati dal liquidatore giudiziale

In carenza di un procedimento di verifica dello stato passivo, come previsto e regolato nel fallimento, ben si può comprendere come per i liquidatori nominati ex [articolo 182](#), L.F. la formazione dell'elenco delle passività concordatarie (in base al quale procedere alla distribuzione tra i creditori, in proporzione e nel rispetto delle ragioni di prelazione e della loro graduatoria, delle somme rivenienti dalla progressiva liquidazione degli attivi del debitore) costituisca sovente motivo di particolare angustia per le incertezze alla medesima legate.

Come noto, l'articolo 182, L.F., in tema di competenze e di funzioni del liquidatore giudiziale del concordato preventivo, contiene alcune previsioni regolanti la liquidazione dell'attivo concordatario, con richiamo alle relative norme in materia di fallimento in quanto compatibili, ma nulla dispone per ciò che concerne la verifica dei crediti, nella loro esistenza, ammontare e rango, e la conseguente distribuzione tra i creditori dell'attivo disponibile ricavato dalla liquidazione.

¹ Si riporta testualmente la pronuncia di Cassazione, ordinanza n. 33345/2018, che riepiloga citandoli i precedenti conformi della Suprema Corte in argomento (conforme la successiva Cassazione n. 208/2019).

² In tal senso si è perspicuamente espressa Cassazione n. 16598/2008 che peraltro recepiva già il precedente orientamento della Suprema Corte e a cui si sono conformate numerose pronunce successive (per tutte Cassazione n. 12265/2016 e n. 15495/2018).

Supplendo alla assenza del dato normativo, nella grande maggioranza dei casi con il decreto di omologazione del concordato preventivo il Tribunale impartisce al liquidatore giudiziale istruzioni e direttive da osservare nella formazione dell'elenco delle passività e nella ripartizione tra i creditori delle somme disponibili.

In proposito, compiuta una sommaria comparazione tra i decreti di omologa pronunciati dai vari Tribunali di Italia, i dispositivi dei medesimi appaiono per lo più somiglianti nella parte dedicata ai compiti del liquidatore giudiziale nella formazione del passivo concordatario e nella distribuzione tra i creditori delle somme ricavate dalla liquidazione.

Si riportano, a titolo di esemplificazione, le statuizioni comunemente adottate dal Tribunale di Milano all'interno dei dispositivi delle omologazioni:

“nomina liquidatore giudiziale... che si atterrà alle seguenti disposizioni:

- ... ;

- il liquidatore giudiziale, entro 60 giorni dalla pubblicazione del decreto, procederà al deposito in cancelleria dell'elenco dei creditori con indicazione delle eventuali cause di prelazione, trasmettendone copia al commissario giudiziale che procederà alla sua pubblicazione nell'area del sito internet... riservato ai creditori;

- ... ,

- il liquidatore giudiziale provvederà a ripartire tra i creditori, il più presto possibile, le somme via via realizzate dalla liquidazione sulla base di piani di riparto predisposti in ragione della collocazione e del grado dei crediti, vistati dal commissario giudiziale e corredati dal parere del comitato dei creditori, con la previsione di eventuali accantonamenti la cui costituzione dovrà essere adeguatamente motivata; il commissario giudiziale procederà quindi tempestivamente alla pubblicazione dei piani di riparto nell'area del sito internet... riservata ai creditori.”

In qualche caso alcuni Tribunali integrano le disposizioni al liquidatore giudiziale invitandolo, per ciò che concerne la predisposizione dell'elenco dei creditori e dei piani di riparto, ad attenersi alle norme dettate al riguardo nel procedimento fallimentare (comunicazione dell'elenco delle passività ovvero del progetto di riparto ai creditori ai sensi dell'[articolo 171](#), comma 2, L.F.; fissazione di un termine per eventuali osservazioni; informativa delle eventuali osservazioni al giudice delegato, previo parere del commissario giudiziale, etc.), a volte espressamente citando gli articoli di legge applicabili per analogia e in quanto compatibili (si vedano in proposito, tra quelli rinvenuti, decreti di omologazione pronunciati dai Tribunali di Firenze, di Lecco, di Chieti, di Torino).

Ciò non di meno, anche quando il Tribunale, pronunciando l'omologazione del concordato preventivo, istituisce surrettiziamente un procedimento di accertamento del passivo e/o di ripartizione dell'attivo in analogia a quanto previsto nel fallimento, il conseguente dispositivo non potrà ritenersi sufficiente, come si vedrà meglio *infra*, a rendere "giurisdizionali" e decisori gli anzidetti accertamenti, che continueranno a mantenere carattere puramente amministrativo.

Alla stregua pertanto di quanto "non" stabilito dalla legge e delle disposizioni, spesso stringate e laconiche, contenute nel decreto di omologazione il liquidatore giudiziale procederà in autonomia alla formazione dell'elenco delle passività concordatarie (nella loro sussistenza, entità e rango, privilegiato o chirografario), sulla scorta delle risultanze contabili del debitore, degli elenchi dei creditori predisposti dell'organo commissariale ai fini della votazione e del calcolo delle maggioranze, delle comunicazioni stragiudiziali provenienti dai vari creditori ovvero dei titoli giudiziali dagli stessi eventualmente ottenuti ai fini dell'accertamento dei loro crediti.

In ogni caso gli elenchi dei crediti formati dal liquidatore giudiziale non potranno mai costituire uno stato passivo cristallizzato e vincolante, siccome non scaturiti a esito di un procedimento giurisdizionale contenzioso disciplinato dalle regole del contraddittorio.

Detti elenchi saranno quindi suscettibili di modificazione in qualunque momento nel corso della esecuzione del concordato, sia in base a un diverso convincimento del liquidatore giudiziale in merito all'esistenza, ammontare e grado dei crediti, alla luce delle deduzioni e delle contestazioni dei creditori e degli elementi e documenti dagli stessi apportati, sia per effetto delle risultanze di procedimenti giudiziali promossi da creditori, le cui ragioni siano state disconosciute oppure parzialmente accolte³.

Si rammenta al riguardo che, come sopra accennato, i creditori, o pretendenti tali, che siano stati esclusi dalla partecipazione al concorso o le cui ragioni non siano state riconosciute nella misura e nel rango

³ Come osservato in giurisprudenza, "è sempre possibile al liquidatore modificare le proprie valutazioni in ordine all'esistenza, alla consistenza e al rango chirografario o privilegiato dei singoli crediti (Cassazione n. 6859/1995). Il creditore che non concordi con le valutazioni del liquidatore deve (qualora non lo abbia già fatto precedentemente) rivolgersi nelle forme ordinarie all'autorità giurisdizionale per far accertare, in contraddittorio con la procedura concorsuale, il proprio credito" (così Tribunale Bassano del Grappa, 24 maggio 2013; chiamata a decidere, respingendola, l'impugnazione dell'anzidetto decreto, la Corte d'Appello di Venezia, con decreto del 28 novembre 2013, rilevava che "l'inserimento del credito nell'elenco non costituisce affatto riconoscimento dello stesso e sussiste la permanente facoltà per il debitore in concordato di contestare i crediti", sottolineando come "il carattere non vincolante dell'iscrizione nell'elenco dei creditori esclude che esso possa valere quale "proposta" contrattuale che impedirebbe al debitore qualsiasi contestazione in caso di omologa del concordato". Anche Tribunale di Monza, 3 giugno 2015, evidenziava come all'interno della procedura di concordato preventivo non esiste alcuna forma di accertamento dei crediti con efficacia vincolante e il debitore e i creditori sono solo vincolati dalla proposta concordataria, nel senso della inclusione in una piuttosto che in un'altra delle classi eventualmente previste, con la conseguenza che la proposta omologata crea un vincolo in ordine alla riduzione dei crediti in corrispondenza della percentuale offerta, ma non crea alcun giudicato sull'esistenza, entità o rango di tali crediti.

richiesti, non dispongono di altro mezzo di tutela che non sia quello di agire per l'accertamento del proprio diritto avanti l'Autorità giudiziaria ordinaria adita secondo le normali regole di competenza⁴.

Con la conseguenza che il liquidatore giudiziale vedrà lo stato passivo della procedura concorsuale, per la gestione della quale è stato nominato ai sensi dell'[articolo 182](#), L.F., modificato, alterato e/o integrato in forza di provvedimenti giudiziari emanati nelle sedi giudiziarie le più disparate, senza alcuna limitazione di tempo.

A ciò aggiungendosi l'ulteriore complicazione che, secondo l'orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente (da ultimo confermato da Cassazione [n. 681/2017](#), e [n. 23520/2019](#)), il liquidatore giudiziale è sprovvisto della legittimazione a resistere in relazione ai giudizi di accertamento delle ragioni di credito e pagamento dei relativi debiti, ancorché influenti sul riparto che segue le operazioni di liquidazione, potendo, al più, spiegare intervento in quanto la legittimazione processuale spetta all'imprenditore sottoposto a concordato preventivo, con il che il liquidatore giudiziale, non evocato in causa e nell'inerzia o nel disinteresse del debitore concordatario, potrebbe addirittura ignorare i giudizi dai quali scaturiranno provvedimenti destinati a modificare l'elenco dei crediti alla stregua del quale verranno compiute le distribuzioni ai creditori delle disponibilità ricavate dalla liquidazione degli attivi.

Ognun vede quanto si sia lontani dalle garanzie di certezza e di stabilità fornite da uno stato passivo formatosi in una unitaria sede giurisdizionale, con caratteristiche di concentrazione, di contraddittorio esteso alla generalità dei creditori e di esecutività, quale quello che viene a crearsi nella procedura concorsuale maggiore del fallimento.

Il riparto tra i creditori nel concordato preventivo e la sua indefinitività

La strutturale "instabilità" e precarietà dell'elenco delle passività predisposto nella fase di esecuzione del concordato preventivo viene inevitabilmente ad avere significative ricadute sulla attività di ripartizione ai creditori delle somme disponibili rivenienti dalla liquidazione dei beni del debitore concordatario.

Come si è visto, l'impianto normativo, per vero alquanto scarno, che disciplina il concordato preventivo, come non prevede alcun procedimento di accertamento del passivo, così non contiene disposizioni volte a regolare la distribuzione delle somme ai creditori.

⁴ Si veda, per tutte, Cassazione n. 12265/2016, per la quale "secondo quanto già affermato da questa Corte, una volta esauritasi, con la sentenza di omologazione, la procedura di concordato preventivo – nella quale manca una fase di accertamento del passivo – tutte le controversie che hanno a oggetto diritti pretesi da singoli creditori o dal debitore, e che attengono all'esecuzione del concordato, danno luogo a controversie che sono sottratte al potere decisionale del giudice delegato e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione da promuoversi, da parte del creditore, e di ogni altro interessato, dinanzi al Giudice competente (Cassazione n. 23271/2006 e n. 16598/2008)".

Non vi è, in particolare, negli articoli [180](#) e ss., L.F. alcun richiamo agli articoli [110](#) e ss., L.F. in materia di procedimento di ripartizione dell'attivo nel fallimento.

A volte accade che il Tribunale, omologando il concordato preventivo, ritenga di integrare le, sovente sommarie, direttive impartite ai liquidatori giudiziali ai fini della esecuzione dei riparti a favore dei creditori, aggiungendo il richiamo alle precitate previsioni normative in tema di riparto fallimentare ovvero parafrasandone il contenuto, ma ciò di per sé non basta a conferire al riparto concordatario natura di procedimento giurisdizionale culminante in provvedimenti di carattere decisorio⁵.

Alla luce dei suesposti principi, di elaborazione prettamente giurisprudenziale, assume particolare interesse la recente pronuncia della Suprema Corte (Cassazione, [ordinanza n. 641/2019](#)) che, sia pure con motivazione sintetica, ne costituisce una sorta di codificazione, ponendo in pieno risalto le peculiari differenze tra il riparto dell'attivo in ambito concordatario e quello che avviene secondo le norme procedurali stabilite nella procedura concorsuale maggiore.

Nel caso in esame il Supremo Collegio veniva chiamato a decidere sulla impugnazione di un decreto del Tribunale di Firenze in tema di reclamo avverso l'approvazione da parte del giudice delegato di un piano di riparto parziale predisposto dal liquidatore giudiziale di un concordato preventivo e si trovava ad affrontare la questione della ricorribilità per Cassazione di un provvedimento siffatto.

La Corte di Cassazione si pronunciava in maniera netta nel senso della inammissibilità del ricorso presentato, così succintamente, ma molto chiaramente, motivando:

“la disciplina che regola le cessioni dei beni del debitore (articolo 182, L.F.) e l'esecuzione del concordato (articolo 185, L.F.) non fa rinvio alle norme in tema di riparto dell'attivo in ambito fallimentare. Il mancato richiamo del disposto degli articoli 110 e 117, L.F. in ambito concordatario non è casuale: nel concordato infatti non c'è una verifica dei crediti funzionale alla selezione delle posizioni concorrenti ai fini della partecipazione al riparto dell'attivo – ma unicamente, ex articolo 176, comma 1, L.F., una ricognizione della platea dei creditori “ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi” – e

⁵ Tribunale Bassano del Grappa, 28 maggio 2013, *cit.*, rileva come il liquidatore possa procedere alla distribuzione del ricavato nel modo che ritiene più opportuno, in quanto “nessuna norma gli impone di procedere, in analogia a quanto prescritto per il fallimento, alla redazione di piani di riparto”, dovendosi “escludere che la redazione di un piano di riparto conferisca ai creditori un diritto irrevocabile ad ottenere le somme in esso iscritte”. Del pari Tribunale di Monza, 3 giugno 2015, *cit.*, dopo avere premesso che in seno alla procedura concordataria si attua una verifica dei crediti “di natura meramente amministrativa, cioè totalmente svincolata dalla finalità di accertamento del diritto”, osserva che, anche qualora nel decreto di omologa sia contenuto il richiamo alle regole di cui all'art. 110 della L.F. ai fini della predisposizione dei piani di riparto, esso “ha il significato di vincolare il liquidatore ad una procedura liquidatoria già positivamente stabilita, libero essendo però lo stesso di valutare la sussistenza o meno del singolo credito, e anche della sua natura chirografaria o privilegiata. Di conseguenza il creditore che ritenga di essere lesa dalla valutazione in parola non ha a disposizione il rimedio del reclamo, che serve a verificare la conformità dell'operato dell'organo della procedura allo stato passivo ed alla graduazione dei crediti, insussistenti entrambi nel concordato preventivo, bensì l'ordinaria azione di cognizione che sola può portare all'accertamento e dunque a vincolare il liquidatore al relativo decisum (in tal senso Cass. 11192/1993)”.

dunque manca il presupposto perché la disciplina del riparto operi⁶ (vale a dire uno stato passivo dichiarato esecutivo che produce effetti ai fini del concorso). Ne discende che il creditore, ove ritenga di essere stato ingiustamente trascurato o di essere stato preso in considerazione dagli organi della procedura in maniera inesatta – quanto a consistenza e natura del suo credito e misura di soddisfazione riservatagli – nella fase di distribuzione dell'attivo disponibile, dovrà agire in sede ordinaria nei confronti del debitore, in bonis e in concordato, al fine di far accertare in quella sede, con efficacia di giudicato, l'esistenza, la consistenza e la natura del proprio credito... Il che significa che, ove sorga contestazione sulle modalità di distribuzione delle somme di cui si è ottenuta la disponibilità all'esito della cessione dei beni, il debitore tenuto a dare esecuzione alla proposta o i creditori dovranno rimettere al giudice di cognizione ordinaria la definitiva soluzione delle divergenze fra loro insorte... Il provvedimento impugnato in questa sede, con cui si dispone in merito alle modalità di distribuzione delle somme rese disponibili all'esito della liquidazione dei beni dell'attivo, ha invece un carattere ordinatorio interno alla procedura e un'efficacia meramente endoconcorsuale. La mancanza del requisito della decisorietà rende lo stesso non ricorribile in Cassazione”.

Come sopra riepilogati in modo cristallino i criteri e le modalità della distribuzione delle somme ai creditori in ambito concordatario, la cui esecuzione è scandita da provvedimenti e da scelte degli organi della procedura che non vengono mai ad assurgere alla dignità della decisorietà e della definitività, se ne può apprezzare, in maniera icastica, la totale diversità rispetto al procedimento di ripartizione dell'attivo in sede fallimentare alla luce dell'arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte, [sentenza n. 24068/2019](#).

Dovendosi occupare di questioni particolarmente dibattute in tema di ripartizione dell'attivo fallimentare ai sensi degli articoli [110](#) e ss., L.F., così come risultanti a seguito delle riforme del 2006/2007, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a esito di un percorso argomentativo diffuso e articolato, hanno enunciato il seguente principio di diritto:

“il decreto del Tribunale che dichiara esecutivo il piano di riparto parziale, pronunciato sul reclamo avente a oggetto il provvedimento del giudice delegato, nella parte il cui decide la controversia concernente, da un lato, il diritto del creditore concorrente a partecipare al riparto dell'attivo fino a

⁶ Dalla inapplicabilità ai riparti effettuati in seno al procedimento concordatario delle norme dettate in tema di riparto fallimentare (articoli 110 e ss., L.F.) discende, tra l'altro, l'insussistenza “dell'obbligo di accantonamento ex articoli 113, u.c. (e 117, comma 3: anche per il riparto finale) L.F. come nel fallimento, e che tale obbligo non può essere solo analogicamente esteso alla procedura “minore” (così Corte d'Appello di Bologna, 27 settembre 2017; anche Tribunale di Modena, 20 settembre 2017, rileva come “nessuna disposizione della legge fallimentare prevede l'obbligatorietà in fase esecutiva del concordato di accantonamenti, risultando pacificamente inapplicabile l'articolo 113, L.F.”: entrambe in Il Fallimento 2018, pag. 1321, con nota critica di G. D'Attorre, che al contrario ritiene analogicamente applicabili al concordato preventivo le norme sugli accantonamenti stabilite per il procedimento di riparto nel fallimento).

Parimenti, non potendo trovare applicazione nel concordato preventivo le norme dettate per i riparti fallimentari, non possono considerarsi estesi ai riparti concordatari gli effetti preclusivi stabiliti dall'articolo 112, comma 1, L.F..

quel momento disponibile e, dall'altro, il diritto degli ulteriori interessati a ottenere gli accantonamenti delle somme necessarie al soddisfacimento dei propri crediti, nei casi previsti dall'articolo 113, L.F., si connota per i caratteri della decisorietà e della definitività e, pertanto, avverso di esso è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'articolo 111, comma 7, Costituzione".

Messe plasticamente a confronto le due anzidette pronunce della Corte regolatrice appare di solare evidenza come in materia di distribuzione delle somme ai creditori nell'ambito delle due procedure concorsuali ci si trovi di fronte a due mondi diametralmente opposti e come i riparti nel mondo concordatario si rivelino connotati, in maniera strutturale e ineliminabile, da caratteri di permanente instabilità e indefinitività, che certamente non giovano a un ordinato svolgimento e a una serena conclusione della procedura e che innegabilmente contribuiscono a generare un contenzioso dispersivo e dai tempi incerti presso sedi giudiziarie ordinarie diverse da quella naturale della sede del debitore, competente a vigilare sulla regolare gestione e attuazione del concordato.

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Atteso che, per unanime opinione giurisprudenziale formatasi dal 2006 in avanti, il concordato preventivo rappresenta una modalità di soluzione delle crisi di impresa largamente preferibile alla alternativa fallimentare e considerata la dichiarata importanza centrale della procedura di concordato nella recentissima riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza⁷ vi è da chiedersi quale attenzione e quale spazio abbia trovato nel nuovo Codice la regolamentazione dell'accertamento del passivo e della ripartizione delle somme ai creditori nell'ambito della procedura concordataria.

La risposta è negativa in quanto, malgrado le serie e oggettive criticità generate dalle vistose lacune normative in proposito, evidentemente la questione non ha appassionato il Legislatore della Riforma.

Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emanato con il D.Lgs. 14/2019, che entrerà compiutamente in vigore il 15 agosto 2020, non vi è alcuna disposizione che tratti e disciplini la verifica dei crediti nel procedimento di concordato preventivo e la distribuzione dell'attivo ai creditori in esecuzione della proposta concordataria.

L'[articolo 108](#) del Codice in tema di ammissione provvisoria dei crediti contestati e l'[articolo 118](#) del Codice riguardante l'esecuzione del concordato si limitano a tralattivamente ripetere i testi dei

⁷ Nella Relazione illustrativa del 10 gennaio 2019 al decreto legislativo di attuazione (D.Lgs. 14/2019) della L. 155/2017, nella parte dedicata a "Il concordato preventivo. Parte Prima. Titolo IV. Capo III" viene chiaramente enunciato che "è opinione ormai condivisa, tra gli studiosi e operatori del settore, quella che ravvisa in meccanismi di tipo negoziale – primo tra tutti il concordato preventivo – gli strumenti più efficaci, se correttamente adoperati, per risolvere positivamente le crisi d'impresa o per recuperare le potenzialità aziendali tuttora presenti in situazioni di insolvenza non del tutto irreversibile. Nell'ultimo decennio il Legislatore si è perciò indirizzato a favorire, nei limiti del possibile, il ricorso all'istituto concordatario, e nulla induce ora a sovvertire tale linea di condotta".

previgenti articoli [176](#) e [185](#), L.F. a conferma che non vengono previsti, né mai vi saranno, nel procedimento di concordato preventivo un accertamento del passivo e un riparto dell'attivo governati da un procedimento giurisdizionale avanti l'autorità giudiziaria chiamata a vigilare sulla corretta attuazione del concordato⁸.

Ad avviso di chi scrive si è di fronte a una occasione persa, in quanto non paiono rinvenibili nell'ordinamento sistematico del concordato preventivo reali controindicazioni a che tanto la verifica dei crediti partecipanti al concorso, quanto la distribuzione tra gli stessi delle somme disponibili ricavate dalla liquidazione degli attivi ovvero dalla continuità aziendale, siano sottoposte alla giurisdizione del giudice che ha omologato il concordato e che è naturalmente preposto a sorvegliare sulla corretta e puntuale esecuzione della proposta.

Anche nella futura vigenza del nuovo Codice pertanto, continuando a mancare un procedimento di verifica dei crediti concorrenti unitario, concentrato, con contraddittorio allargato alla generalità dei creditori e sottoposto alla giurisdizione del giudice della procedura concorsuale, sia l'accertamento del passivo, sia la delicata fase di ripartizione tra i creditori delle liquidità disponibili, saranno destinati a rimanere in una perdurante situazione di indeterminatezza e di indefinitività, che, da un lato, persisterà nel rendere oltremodo difficoltoso l'operato degli organi della procedura, dall'altro, non potrà mai consentire di conseguire con stabile certezza il risultato della piena attuazione del principio della parità di trattamento tra i creditori.

⁸ Anzi, la Relazione illustrativa del 10 gennaio 2019 nel commento all'articolo 108 del nuovo Codice vieppiù ribadisce che eventuali controversie sull'esistenza, ammontare e rango dei crediti e sul soddisfacimento degli stessi in sede di riparto vanno devolute alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria: *"la norma ribadisce e precisa la regola già espressa dall'articolo 176, R.D. 267/1942, secondo la quale i provvedimenti assunti dal giudice delegato in ordine alla sussistenza, ammontare e rango dei crediti eventualmente contestati, hanno efficacia solo ai fini dell'ammissione al voto, essendo per contro rimesso al giudice ordinario statuire sul diritto al riparto"*.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Criteri di quantificazione del danno in caso di prosecuzione dell'attività dopo avere eroso il capitale sociale

di Ernestina De Medio – avvocato

La riforma organica della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha reso necessario, così come previsto dall'[articolo 14](#), Legge delega, procedere alle modifiche di alcune disposizioni del codice civile apportate con gli articoli [375](#) – [384](#) del Codice.

Le modifiche concernono, tra le altre, novità in tema di responsabilità degli amministratori, rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale e un criterio di liquidazione dei danni per le irregolarità nella gestione della società dopo il verificarsi di una causa di scioglimento.

Le novità introdotte dal Codice della crisi e le modifiche al codice civile

L'articolo 378 del Codice rubricato "Responsabilità degli amministratori" statuisce che all'[articolo 2476](#), cod. civ., dopo il comma 5 è inserito il seguente:

"Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi."

All'[articolo 2486](#), cod. civ. dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:

"Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura, e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione."

Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”.

L'[articolo 378](#) del Codice, poi, modificando l'[articolo 2476](#), cod. civ. dà attuazione all'[articolo 14](#), comma 1, lettera a), Legge delega, nella parte in cui prevede l'applicabilità alle Srl dell'[articolo 2394](#), cod. civ., che sancisce la responsabilità degli amministratori delle Spa verso i creditori sociali.

Il comma 6, articolo 2476, cod. civ. prevede, ora, una maggiore responsabilizzazione degli amministratori delle Srl rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale; è, infatti, espressamente previsto che essi rispondano verso i creditori sociali quando il patrimonio della società risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti; o sotto il profilo procedurale si prevede che l'azione possa essere proposta dai creditori, i quali sono legittimati ad agire anche nell'ipotesi di rinuncia all'azione da parte della società.

Inoltre, l'articolo 378 del Codice, modificando l'[articolo 2486](#), cod. civ., al comma 3 introduce un criterio di quantificazione del danno risarcibile una volta accertata la violazione, da parte degli amministratori, delle disposizioni del medesimo articolo 2486, cod. civ., ossia all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio; la norma dovrebbe, peraltro, dare un contributo alla soluzione di diversi contenziosi determinatisi in parte per i differenti orientamenti giurisprudenziali, in parte per l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi in cui manchino o siano tenute irregolarmente le scritture contabili; o il disposto normativo riguarda tutte le azioni di responsabilità, anche quando esse siano state promosse senza che sia stata aperta una procedura concorsuale.

Il momento e il metodo attraverso cui gli amministratori devono riscontrare le c.d. perdite rilevanti e le modalità di calcolo del danno alla società (utilizzando il criterio della differenza dei patrimoni netti temperato)

L'individuazione del momento in cui un amministratore di società di capitali debba accertare l'esistenza di una causa di scioglimento e, conseguentemente, assumere i provvedimenti di cui agli articoli [2482-bis](#) e [2482-ter](#), cod. civ. così da evitare la propria responsabilità, è oggetto di rilevante interesse per i soci e i creditori sociali in ordine ai diritti loro spettanti per evitare, o quanto meno ridurre, il rischio di polverizzazione del loro investimento o dell'affidamento fatto nella società.

Il Tribunale di Roma¹ in una recente sentenza si è pronunciato sulla lamentata violazione dell'obbligo previsto dall'[articolo 2482-ter](#), cod. civ., che impone – in presenza di perdita di oltre 1/3 del capitale che riduce il detto capitale al di sotto del minimo stabilito per le Srl ([articolo 2463](#), n. 4, cod. civ.) – di convocare senza indugio l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale sociale e il contemporaneo aumento del medesimo per una cifra non inferiore al minimo (salva possibilità di trasformare la società). Al riguardo, il Tribunale ha confermato l'orientamento più rigoroso circa la portata della sopra richiamata norma, rilevando innanzitutto che le condizioni riguardanti l'erosione del capitale sociale si verificano, normalmente, non al termine dell'esercizio ma nel corso del medesimo. Quindi ha esplicitato che gli amministratori sono perciò obbligati a monitorare in modo costante la situazione patrimoniale ed economica anche durante l'esercizio, in ragione del livello di diligenza minimo a cui sono tenuti.

Naturalmente, quando il patrimonio netto si riduce e si avvicina verso i minimi di legge, le regole dell'ordinaria diligenza impongono agli amministratori di effettuare i controlli più frequenti e accurati. Sulla base di tale principio, il Tribunale ha introdotto un interessante metodo al fine di individuare il momento in cui l'organo deputato alla gestione deve rilevare la perdita del capitale sociale e disponendo una verifica – sulla base delle scritture contabili – del reddito operativo della società, ha effettuato il confronto tra costi e ricavi, per ottenere il reddito (o la perdita) mensile, procedendo poi al cumulo progressivo delle stesse, al fine di accertare il momento in cui l'entità delle citate perdite abbia eroso il capitale sociale sotto la soglia di legge, operando un monitoraggio costante e valutando il reddito operativo, da verificare mese per mese.

Per il Tribunale capitolino, dunque, il descritto *modus operandi* ben poteva essere adottato dall'amministratore in fase di gestione ordinaria, al fine di determinare le passività operative accumulate e valutare, quindi, il momento in cui queste hanno superato la soglia di legge, con il conseguente obbligo di convocare i soci per le deliberazioni previste dall'[articolo 2482-ter](#), cod. civ..

Agendo in tal modo si sarebbe evitata una ulteriore illegittima prosecuzione dell'attività di gestione (allorché il capitale di rischio era ormai venuto meno), così da mettere in evidenza subito la crisi e impedendo che l'azienda restasse sul mercato, con pregiudizio per i terzi soggetti a contatto con la medesima.

Continuare dunque un'attività caratterizzata dall'eccedenza di costi sui ricavi, integra una situazione di complessiva "*mala gestio tout court*".

Il danno riconducibile a detto comportamento è quantificabile, secondo il Tribunale di Roma, in base alle perdite legate alla prosecuzione della gestione caratteristica, determinata sulla base del raffronto

¹ Sezione specializzata in materia di imprese, sentenza n. 2602/2018, conforme a Cassazione n. 9983/2017.

dei corrispettivi incassati con i maggiori costi/oneri cumulati nel periodo di *mala gestio*, con riduzione del patrimonio netto della società.

Il comportamento dell'amministratore di procrastinare l'inevitabile emersione della crisi e l'aggravamento del dissesto in violazione degli articoli [2394](#) e [2486](#), cod. civ.

Fino alla totale perdita del capitale sociale sussistono le condizioni per l'applicazione dell'[articolo 2482-ter](#), cod. civ., comma 1, nonché degli articoli [2484](#) e [2485](#), cod. civ., che impongono la convocazione dell'assemblea dei soci al fine di ricapitalizzare la società, ovvero di porla in liquidazione. Gli amministratori rispondono, infatti, dei danni che siano conseguenza immediata e diretta della loro condotta inadempiente alla stregua delle regole generali in materia di responsabilità contrattuale ([1218](#), [1223](#), [1225](#), [1226](#), cod. civ.).

Il mancato accertamento doloso o colposo della totale erosione del capitale sociale per perdite e la conseguente omissione degli adempimenti di cui all'articolo 2485, cod. civ. determina la responsabilità per l'illegittima attività gestionale successiva se si prova che questa non sia stata coerente con la finalità conservativa dell'integrità del patrimonio che gli amministratori debbono perseguire in una prospettiva liquidatoria, nel rispetto dell'articolo 2486, cod. civ..

Il risultato gestionale conseguito in seguito alla perdita del capitale può essere rappresentato dalla differenza tra il patrimonio netto di liquidazione e quello alla data di presentazione della domanda di concordato o dalla somma algebrica dei risultati economici gestionali conseguiti a partire dalla data di effettiva perdita del capitale sociale al momento di presentazione della domanda di concordato.

Nella stima del risultato che ragionevolmente si sarebbe potuto realizzare dall'attività liquidatoria, è necessario tenere conto di tutti i costi che sarebbero comunque stati ineliminabili in una situazione di liquidazione e di tutte le variazioni che si sarebbero comunque prodotte per effetto della messa in liquidazione.

Inapplicabilità dell'ipotesi di cui all'articolo [2482-ter](#), cod. civ. e messa in liquidazione della società

Qualora il capitale sociale di una Srl sia stato eroso da perdite rilevanti ai sensi dell'articolo [2482-ter](#), cod. civ. e il corretto espletamento della procedura obbligatoria volta alla loro reintegrazione non sia andato a buon fine, l'assemblea va tempestivamente convocata per deliberare lo scioglimento obbligatorio della società ai sensi dell'[articolo 2484](#), comma 1, n. 4, cod. civ..

Di particolare rilievo è il caso in cui nell'avviso di convocazione di una assemblea non sia indicato il riferimento allo "scioglimento" poiché ove fosse proposto ricorso cautelare (ex articoli [2479-ter](#), commi 4, e [2378](#), comma 3, cod. civ.) avverso una delibera assembleare di scioglimento, fondato sulla mancata indicazione sia nell'avviso di convocazione, sia nell'ordine del giorno, sia nel "deliberato" del riferimento allo scioglimento volontario di cui all'[articolo 2484](#), comma 1, n. 6, cod. civ., il ricorso andrebbe rigettato in tutti quei casi in cui, in data antecedente all'assemblea costituitasi per dichiarare la messa in liquidazione della società, l'organo amministrativo abbia sottoposto all'approvazione della compagine sociale la situazione patrimoniale riportante le perdite sociali e abbia informato i soci della necessità di procedere al ripianamento delle perdite e alla ricostituzione del capitale mediante nuovi conferimenti o, in alternativa, allo scioglimento obbligatorio della società.

Nei casi di scioglimento obbligatorio non si applicano i *quorum* rafforzati previsti eventualmente dallo statuto per le "*delibere di messa in liquidazione volontaria della società*".

Da una responsabilità "oggettiva" a una responsabilità "per danni"

A questo punto analizziamo la natura della responsabilità sinora illustrata.

La illegittima prosecuzione dell'attività di impresa dopo il verificarsi di una causa di scioglimento rappresenta la censura che più frequentemente viene sollevata nei confronti dei soggetti gestori di una società successivamente fallita.

Nella vigenza della precedente normativa, in particolare, si era verificato un utilizzo piuttosto disinvolto della fattispecie di responsabilità prevista dall'[articolo 2449](#), cod. civ. – ora abrogata e sostituita dagli articoli [2484](#), [2485](#) e [2486](#), cod. civ. – che prevedeva per i soggetti gestori il divieto di compiere "*nuove operazioni*" una volta verificatasi la causa di scioglimento della società. La violazione di tale divieto comportava non solo una responsabilità dell'amministratore nei confronti della società per violazione dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo ex [articolo 2392](#), cod. civ. e una responsabilità nei confronti dei creditori sociali per inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ex [articolo 2394](#), cod. civ.; non solo legittimava l'azione individuale del terzo danneggiato nel caso in cui ricorressero le condizioni previste dall'[articolo 2395](#), cod. civ.; ma soprattutto rendeva agevole per il terzo, spesso controparte stessa dell'operazione conclusa dall'amministratore in violazione del divieto di compiere "*nuove operazioni*", avvalersi dell'azione prevista ex [articolo 2449](#), cod. civ. e godere così dell'onere della prova particolarmente lieve ivi previsto. Proprio la possibilità in capo alla parte attrice di dimostrare la derivazione del proprio credito

esclusivamente dal compimento da parte dell'amministratore delle "nuove operazioni" vietate rendeva in concreto la norma in discorso fonte di responsabilità oggettiva.

Di qui l'intervento del Legislatore che, in luogo della responsabilità diretta e illimitata dell'amministratore nei confronti del terzo ex [articolo 2449](#), cod. civ., ha introdotto la responsabilità personale e solidale per i "danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali e ai terzi per atti od omissioni" realizzati in violazione del potere-dovere di gestire la società "ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale", ex [articolo 2486](#), cod. civ.; responsabilità che, secondo la dottrina maggioritaria, non costituisce "disciplina specifica collegata alla vicenda estintiva delle società di capitali" bensì "specificazione della generale disciplina contenuta negli articoli 2392, 2393, 2394 e 2395, cod. civ."

Gli amministratori, pertanto, possono attualmente essere chiamati a rispondere nei confronti della società, dei soci, dei creditori sociali e dei terzi, per i danni provocati da comportamenti tenuti in violazione dei doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto; danni che possono consistere, rispettivamente:

"nella perdita patrimoniale subita dalla società, nella diminuzione dell'entità della quota di liquidazione spettante ai soci, nella lesione delle ragioni di credito dei creditori sociali e nella lesione patrimoniale arrecata direttamente ai terzi".

La nuova disciplina prevede dunque una responsabilità di tipo risarcitorio e avvalorata così l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, che, in caso di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale ed eventuale successivo fallimento della società, quantifica il pregiudizio posto in essere dagli amministratori facendo riferimento alle sole conseguenze loro imputabili in ragione dell'illegittima prosecuzione della gestione ordinaria; orientamento che si contrappone al precedente indirizzo della giurisprudenza che individuava invece tale danno, in modo automatico e presuntivo, nella differenza fra attivo e passivo fallimentare ([Cassazione n. 6037/2010](#)).

Dal criterio del "deficit fallimentare" a quello della "perdita incrementale"

La giurisprudenza ha elaborato 2 criteri di carattere equitativo di liquidazione del danno, ossia quello della differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare (c.d. del "deficit fallimentare") e quello del differenziale dei patrimoni netti (altrimenti noto come criterio della "perdita incrementale").

Il primo criterio è più risalente (sin da [Cassazione n. 6493/1985](#)) ed è utilizzato in passato anche nel caso in cui agli amministratori veniva mosso l'addebito di non aver tenuto la contabilità sociale o nell'averla tenuta in modo sommario e non intellegibile.

Successivamente la Suprema Corte, con [sentenza n. 9252/1997](#), ha affermato che il danno che gli amministratori e i sindaci sono tenuti a risarcire, quando abbiano, rispettivamente, violato o non vigilato sul dovere di non intraprendere nuove operazioni in presenza di una causa di scioglimento della società, non s'identifica *de plano* nella differenza tra passivo e attivo accertati in sede di fallimento, ma può essere commisurato a tale differenza, in mancanza di prova di un maggior pregiudizio, solo se da detta violazione sia dipeso il dissesto economico e il conseguente fallimento della società (nello stesso senso [Cassazione n. 10488/1998](#)).

La pronuncia della [Cassazione n. 1375/2000](#), ha poi precisato come la presenza di un disavanzo fallimentare non è sufficiente a configurare la responsabilità di amministratori e sindaci, bensì occorre dimostrare la specifica violazione dei doveri loro imposti dalla legge, in quanto la prova della violazione di tali obblighi non giustifica la condanna al risarcimento del danno se non si dimostri, da parte del curatore, che quelle violazioni abbiano cagionato un pregiudizio alla società.

Con il volgere del tempo tuttavia ha cominciato a farsi strada il diverso criterio del differenziale dei patrimoni netti, per mezzo del quale il danno viene individuato nella differenza tra il patrimonio netto al momento in cui gli amministratori avrebbero dovuto percepire la perdita del capitale sociale e quello esistente al momento in cui la società è stata effettivamente posta in liquidazione, o alternativamente, è fallita, al netto dei costi ineliminabili della liquidazione calcolati secondo un criterio di normalità (cfr. [Cassazione n. 941/2005](#) e [n. 2538/2005](#)).

La ragione di questo cambio di rotta sta nella considerazione critica per cui la determinazione del danno misurato sulla differenza tra attivo e passivo fallimentare perviene a un risultato che attiene a 2 elementi di raffronto non completamente riconducibili alla condotta illecita degli amministratori, in quanto il passivo frequentemente ricomprende anche posizioni debitorie anteriori al verificarsi dello stato di scioglimento mentre l'attivo fallimentare è frutto della condotta (recuperatoria/liquidatoria) del curatore ([Cassazione n. 16211/2007](#); [Tribunale di Milano n. 10652/2015](#)), con la conseguenza che detto criterio risulterebbe troppo lontano dall'esigenza di rispettare il principio della regolarità causale tra condotta e danno richiesto dall'ordinamento all'[articolo 2043](#), cod. civ..

Tuttavia, il criterio del *deficit* fallimentare può comunque costituire un parametro di riferimento per la liquidazione del danno in via equitativa, qualora sia stata accertata l'impossibilità di ricostruire i dati con l'analiticità necessaria per individuare le conseguenze dannose riconducibili al comportamento degli organi sociali; ma, in tal caso, il giudice del merito deve indicare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti pregiudizievoli riconducibili alla condotta dei convenuti nonché, qualora tale condotta non sia prossima al fallimento, la plausibilità logica del ricorso a detto

criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto (cfr. Cassazione [n. 17033/2008](#) e [n. 16050/2009](#)).

Con la dirimente pronuncia delle Sezioni Unite (cfr. [Cassazione n. 9100/2015](#)) la Cassazione ha affermato che nell'azione di responsabilità promossa dal curatore, l'individuazione e la liquidazione del danno risarcibile dev'essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore, che l'attore ha l'onere di allegare, onde possa essere verificata l'esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti e il danno di cui si pretende il risarcimento.

In tali azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica il risarcimento del danno secondo il criterio del *deficit* fallimentare, a meno che ne siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore.

In virtù di tale pronuncia la Cassazione ha ribadito in alcune circostanze (Cassazione [n. 832/2018](#); [n. 2500/2018](#); [n. 24103/2018](#), [n. 21662/2018](#)) che il giudice del merito può fare ricorso al criterio del *deficit* fallimentare, quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni, ossia l'allegazione di un inadempimento dell'amministratore astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e che vengano indicate le ragioni ostative all'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo.

A conclusione del percorso giurisprudenziale ora accennato si è giunti all'[articolo 378](#) del Codice - dal quale siamo partiti nella nostra analisi -, il quale richiama, quale criterio di liquidazione la differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica (o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura) e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'[articolo 2484](#), cod. civ., detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione.

Tuttavia, nell'ipotesi di assenza di scritture contabili o dell'impossibilità ad applicare il criterio dei c.d. netti patrimoniali, allora in via residuale sarà possibile individuare e liquidare il danno mediante il criterio del *deficit* patrimoniale.

L'azione ex articolo 146, L.F.

Si deve a questo punto ritenere che la mancata tenuta delle scritture contabili o la loro mancata consegna al curatore da parte degli amministratori di società fallita, incolpati di aver causato con operazioni di *mala gestio*, consistenti in particolare nella omessa adozione dei provvedimenti previsti

dalla legge in caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, il dissesto della società stessa, determini un'inversione dell'onere probatorio e che, pertanto, spetti agli incolpati, in sede di azione di responsabilità promossa nei loro confronti ex articoli [2393](#), cod. civ. e [146](#), L.F., di fornire la prova che il dissesto è stato determinato da cause a loro non imputabili o, che è lo stesso, non imputabili a un loro comportamento negligente e ciò in quanto la tenuta delle scritture contabili della società ha proprio ed essenzialmente la funzione di consentire agli amministratori, ma anche, specie in caso di procedure concorsuali, ai terzi creditori e per essi agli organi delle procedure concorsuali, di ricostruire in modo preciso il patrimonio e il movimento degli affari della società fallita.

In sede di azione di responsabilità ex articolo 146, L.F., dei 2 criteri elaborati dalla giurisprudenza per la quantificazione del danno causato alla società fallita dagli amministratori per mancato adempimento degli obblighi loro imposti dalla legge o dallo Statuto (quello c.d. del deficit fallimentare e quello del differenziale dei patrimoni netti o perdita incrementale), il primo criterio, che induce a determinare il danno prodotto in una somma di denaro coincidente con la differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare, si deve ritenere possa, a causa del suo carattere approssimativo, verosimilmente, avere un utilizzo concreto in 2 sole fattispecie: la prima è quella della mancanza, falsità o totale inattendibilità della contabilità e dei bilanci della società fallita, situazione che determina l'impossibilità di ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa e quindi il necessario ricorso a un criterio scevro da agganci a precisi parametri; la seconda è quella in cui il dissesto sia stato cagionato da un'attività distrattiva così reiterata e sistematica, da escludere la possibilità concreta di una quantificazione parametrata sul valore dei beni distratti e dissipati. Quanto al secondo diverso criterio del c.d. differenziale dei netti patrimoniali, si deve per contro convenire che possa trovare un più frequente utilizzo, specie nei casi in cui sia possibile ricostruire la movimentazione degli affari dell'impresa in modo da poter concludere che, nel caso in cui la gestione caratteristica non fosse proseguita sino al momento del concorso dei creditori, ma fosse cessata prima oppure fosse proseguita solo a scopo conservativo, la perdita di patrimonio sociale sarebbe stata inferiore; in tale ipotesi grava sul curatore che allegghi la condotta antiggiuridica degli amministratori, risalente a un momento antecedente alla dichiarazione di fallimento, l'onere di indicare quali operazioni poste in essere in una prospettiva di continuità aziendale non consentita abbiano leso l'integrità del patrimonio sociale. Pur tuttavia, essendo indubbio che, laddove il curatore accerti la risalenza nel tempo del momento in cui collocare la perdita del capitale rispetto al momento dell'apertura del concorso dei creditori, specie se l'attività d'impresa sia stata varia e complessa, tale onere di allegazione risulta di impossibile assolvimento, sicché si deve considerare

ammissibile fare ricorso a un criterio presuntivo fondato sull'imputazione causale alla condotta anti-giuridica della perdita patrimoniale².

E tuttavia - come correttamente affermato di recente dal Tribunale di Catania³ - non si può non considerare che non è né logico né corretto imputare, a titolo di responsabilità in ipotesi di prosecuzione dell'attività impresa in presenza di una delle cause di scioglimento, all'amministratore, neppure in assenza di scritture contabili, anche le ulteriori passività che quasi sempre inevitabilmente un'impresa in crisi comunque accumula pur nella fase di liquidazione, giacché questa ovviamente non comporta l'immediata e automatica cessazione di ogni genere di costo legato all'esistenza stessa della società in liquidazione e può ben darsi che ulteriori perdite di valore aziendale vengano generate proprio dalla cessazione dell'attività d'impresa⁴. È, quindi, sempre necessario dimostrare la specifica violazione dei doveri gestori o di controllo e la dipendenza, oggettiva e soggettiva, da questa violazione del pregiudizio subito dalla società e dai creditori. È stato poi ulteriormente chiarito che:

"Per liquidare il danno derivante da una gestione della società condotta in spregio dell'obbligo di cui all'articolo 2449, cod. civ. (vecchio testo), ovvero dell'attuale articolo 2486, cod. civ., il giudice può ricorrere in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, al criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali. La condizione è che tale ricorso sia congruente con le circostanze del caso concreto, e che quindi sia stato dall'attore allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e siano state specificate le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta"⁵.

² Tribunale di Catania 22 gennaio 2015.

³ Tribunale di Catania, sezione specializzata in materia di imprese – sentenza n. 2921/2019.

⁴ Cfr. Cassazione n. 19733/2015; per l'affermazione di principi del tutto analoghi in tema di mancata tenuta delle scritture contabili e di danno commisurato al passivo fallimentare si veda ad esempio: Cassazione n. 38/2017.

⁵ Così Cassazione n. 9983/2017.

Crisi e risanamento n. 38/2020

La “cessione autonoma” dell’azione revocatoria nella liquidazione dell’attivo fallimentare

di Benedetto Favata - dottore in economia

In un’ottica preventiva alla irragionevole durata delle procedure fallimentari, un ruolo centrale riveste l’[articolo 106](#), L.F., così come novellato con D.Lgs. 5/2006, con il quale si è espressamente riconosciuta al curatore la facoltà di cedere i crediti, anche se oggetto di giudizio, nonché le azioni revocatorie, purché pendenti, salva la possibilità di stipulare un contratto di mandato per la riscossione, quale modalità di liquidazione dell’attivo. Lo scopo della norma è quello di evitare ritardi nella chiusura delle procedure fallimentari, spesso dovuti alla pendenza di giudizi promossi dalla curatela per il recupero dell’attivo al fallimento. La scelta tra gestione diretta, gestione mediata o cessione dovrà essere ispirata, al pari delle altre opzioni di liquidazione, al criterio della massima soddisfazione dei creditori.

Premessa

L’articolo 106, L.F., disciplina la cessione dei cespiti caratterizzati da elementi di specialità e in particolare di beni che per propria natura derogano al regime generale di circolazione dei: crediti, azioni revocatorie concorsuali e quote societarie. Il comma 1 della disposizione prevede che il curatore può “cedere le azioni revocatorie concorsuali, se i relativi giudizi sono già pendenti”.

Si tratta di un’ipotesi di “cessione autonoma” di una o più azioni revocatorie pendenti, svincolata dal contesto di una proposta concordataria, che avviene nell’ambito della liquidazione dell’attivo da parte del curatore, in un contesto che è da sempre stato alternativo rispetto alla soluzione concordataria¹.

Le scelte relative alla gestione di tali azioni promanano dal curatore che, attraverso il programma di liquidazione, informa il comitato dei creditori e il giudice delegato.

La previsione della cessione delle revocatorie si inquadra nel contesto della realizzazione del programma di liquidazione di cui all’[articolo 104-ter](#), L.F. e riecheggia quella contenuta nel comma 2, lettera c) di quest’ultima norma, laddove, tra i contenuti che il curatore deve indicare nel programma di

¹ G. Tarzia, “La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma”, in *Il fallimento* n. 8/2008, pag. 865.

liquidazione vengono esplicitamente menzionate “*le azioni risarcitorie, recuperatorie, o revocatorie da esercitare e il loro possibile esito*”. Il Legislatore ha ritenuto che le citate azioni rientrino nell’alveo dell’attivo liquidabile, e debbano, come tali, essere oggetto della programmazione liquidatoria.

Nel programma di liquidazione, dunque, il curatore deve indicare il titolo e le casuali delle azioni che intende esercitare, l’introito che attende di ricavare per la massa, nonché la gestione che intende fare nel contenzioso promosso, eventualmente già prospettando in quella sede l’eventualità delle cessioni. L’[articolo 106](#), L.F. si riferisce sia all’ipotesi in cui il programma preveda la cessione di beni o di rapporti giuridici individuali in blocco sia quando si verifichi la cessione dei singoli cespiti. La *ratio* di questa previsione normativa è agevole da rintracciare e risiede nella finalità di accelerare le procedure di liquidazione dell’attivo, che si dimostra tanto più efficace quanto più il curatore riesce a portare a compimento forme di cessione in blocco.

L’ambito oggettivo di applicazione della norma: le azioni revocatorie concorsuali

L’articolo 106, L.F. stabilisce che il curatore può altresì cedere le azioni revocatorie concorsuali. L’uso dell’avverbio *altresì* e la centralità semantica dell’aggettivo *concorsuali* hanno spianato la strada a 2 correnti di pensiero:

- a) secondo la prima, le azioni non concorsuali (quelle, cioè, che già esistevano nel patrimonio del fallito prima dell’apertura del concorso) sono cedibili, a condizione che siano collegate al recupero di un credito ceduto contestato. Le ragioni di tale cedibilità si desumerebbero dal programma di liquidazione, in occasione del quale il curatore deve indicare le azioni che intende esercitare e i beni, tra i quali anche le azioni, considerate alla stregua di beni immateriali, oggetto di possibile cessione;
- b) alla stregua della seconda opzione, le azioni concorsuali (quelle, cioè, che nascono all’interno della procedura concorsuale e derivano dalla stessa le ragioni della propria esistenza) sono cedibili in sede di liquidazione, se aventi a oggetto una domanda di revocatoria già pendente².

La dottrina prevalente³ ritiene che la locuzione “azioni revocatorie concorsuali” vada riferita non solo alle revocatorie di atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie, [articolo 67](#), L.F., ma anche agli atti a titolo gratuito e ai pagamenti indicati dagli articoli [64](#) e [65](#), L.F., mentre risulta controversa l’applicazione alle azioni revocatorie ordinarie, articoli [66](#), L.F. e [2901](#), cod. civ..

² F. De Santis, “*La cessione delle azioni di massa*”, in *Il fallimento* n. 10/2008, pag. 1124.

³ M. Sandulli, “*Commento art.106 l.f., in La riforma della legge fallimentare, a cura di Nigro e Sandulli*”, 2006, Torino, pag. 635.

La giurisprudenza⁴ include altresì, in questa categoria, le azioni che, per effetto del fallimento, subiscono una deviazione dal loro schema legale tipico, nel senso che il sopravvenire del fallimento fa sorgere questioni che vanno decise in base a norme e principi del concorso.

Oggetto della cessione è in generale il risultato utile dell'azione, cioè il diritto sostanziale sottostante la stessa secondo cui la cessione della revocatoria comporta l'alienazione anticipata del bene oggetto dell'azione subordinatamente all'esito positivo dell'azione e i diritti connessi alla posizione processuale e sostanziale sottostante.

Risulta però esservi un dibattito in merito all'oggetto della cessione tra 2 correnti di pensiero; la prima ritiene che la cessione delle azioni revocatorie rappresenti una cessione anticipata del bene, subordinatamente all'esito positivo dell'azione; mentre la seconda, ritiene che l'oggetto della revocatoria non è il bene in sé ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori, affermando quindi che il trasferimento dell'azione giudiziaria a un terzo non comporti alcun effetto direttamente traslativo ma soltanto il diritto ad assoggettare il bene stesso a esecuzione e quindi a incamerare il ricavato della vendita⁵.

L'esclusione dell'azione revocatoria ordinaria

Sempre in ambito oggettivo di applicazione della norma, merita di essere approfondito il tema della cedibilità delle azioni revocatorie ordinarie. A prima vista sembrerebbe che la norma si applichi a tutte le azioni revocatorie disciplinate dalla Legge Fallimentare, comprese quelle ordinarie, che come è noto, il curatore è legittimato a intraprendere ai sensi dell'[articolo 66](#), L.F..

Secondo un primo orientamento, tale interpretazione non risulta essere pienamente condivisibile per 2 principali motivi.

In primo luogo, risulta esservi un motivo letterale. Se è vero che il Legislatore non utilizza mai il termine "concorsuali" o "fallimentari" per designare azioni diverse da quella ordinaria, è altrettanto vero che, se il risultato avuto di mira non fosse stato quello di escludere le ordinarie dal campo di applicazione dell'[articolo 106](#), comma 1, L.F., sarebbe stato sufficiente stabilire la cessione delle "azioni revocatorie", senza l'aggiunta di concorsuali, oltretutto, l'azione revocatoria ordinaria, dal momento che essa è esercitata dal curatore è un'azione concorsuale, e non più individuale, pur derivando dalla norma comune dell'[articolo 2901](#), cod. civ.⁶.

⁴Cassazione n. 16183/2001.

⁵P. Pajardi, "Codice del fallimento", a cura di M. Bocchiola e A. Paluchowski, 2013, Milano, pag. 1335.

⁶G. Tarzia, *op. cit.* pag. 865.

Un secondo motivo riguarda la natura giuridica dell'azione, la quale non si adagi appieno nel panorama normativo declinato dall'[articolo 24](#), L.F., in quanto non nasce a seguito del fallimento, ma fa già parte del patrimonio dell'impresa fallita.

Pur volendo ammettere che tra l'azione revocatoria ordinaria e quella fallimentare corra un rapporto di *genus a species*, sembrerebbe possibile sostenere che l'[articolo 106](#), comma 1, L.F. richieda la pendenza del giudizio, come condizione per la cessione, soltanto per le azioni revocatorie diverse da quella ordinaria, le uniche originariamente di massa.

Detto in altri termini, il curatore, quando agisce ai sensi dell'[articolo 66](#), L.F., esercita un diritto già esistente fuori dalla procedura, sostituendosi al creditore o ai creditori ordinariamente legittimati, mentre, quando agisce utilizzando lo strumento dell'azione revocatoria fallimentare egli esercita un potere esclusivo e proprio (nei termini già specificati) dell'ufficio concorsuale. Ciò che, come detto, impone al curatore di iniziare il giudizio revocatorio, nel quale poi potrà subentrare il cessionario quale successore nel diritto controverso.

Per quanto sin qui affermato può quindi fondatamente porsi il dubbio se il curatore possa procedere alla cessione delle azioni revocatorie ordinarie anche in assenza della preventiva instaurazione del relativo giudizio⁷.

Viceversa, un secondo orientamento, ritiene che rientrerebbero tra le azioni revocatorie cedibili anche quelle ordinarie introdotte dal debitore prima della dichiarazione di fallimento e, a seguito di questa, dichiarate interrotte e poi successivamente riassunte dal curatore, cui spetta in via esclusiva la legittimazione all'esercizio dell'azione, agendo come sostituto processuale della massa dei creditori e del debitore fallito⁸.

Le modalità e i limiti di cessione della revocatoria ordinaria sono condizionati alla sua intrinseca concorsualità. Se essa è stata proposta dal curatore segue il medesimo regime della revocatoria fallimentare; se, invece, era stata già introdotta dal fallito ed è proseguita dal curatore⁹, risulta egualmente cedibile alla stregua dei crediti in contestazione, di cui alla prima proposizione del comma 1, articolo 106, L.F..

⁷ D. Vattermoli, "La cessione delle revocatorie", in giurisprudenza commerciale n. 3/2009, pag. 450.

⁸ A. Penta, "La liquidazione dell'attivo fallimentare", in Il fallimento n. 5/2018 pag.647; R. Bocchini, *op. cit.*, pag. 703.

⁹ Sussiste nella giurisprudenza di legittimità un contrasto tra l'orientamento per il quale, qualora, dopo la proposizione dell'azione revocatoria ordinaria, sopravvenga il fallimento del debitore, la legittimazione all'esercizio dell'azione spetta, in via esclusiva, al curatore, il quale agisce come sostituto processuale della massa dei creditori, privati della legittimazione a iniziare o proseguire l'azione per tutta la durata della procedura fallimentare, nonché come sostituto processuale del debitore fallito, il quale perde la capacità di stare in giudizio rispetto ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento (Cassazione n. 10921/2002; n. 11760/2002 e n. 17943/2005); e l'orientamento che ritiene che, pur dopo il fallimento, non è esclusa la possibilità per il creditore individuale di proseguire il giudizio, e le 2 azioni possono concorrere, restando il creditore legittimato a proseguire la sua azione raccordandola, eventualmente, a quella della massa (Cassazione n. 11763/2006).

Le condizioni richieste per il trasferimento

La cessione delle azioni revocatorie in sede di liquidazione fallimentare è subordinata alla pendenza della relativa azione. Non è sufficiente che il curatore abbia esplicitato la propria volontà di promuovere la controversia o che questa sia stata già autorizzata; è necessario, infatti, per la pendenza della lite, che il rapporto processuale sia stato instaurato attraverso la notificazione dell'atto di citazione¹⁰.

Il Legislatore ha adottato la medesima previsione che in precedenza riguardava la cessione delle revocatorie all'assuntore del concordato fallimentare, non ritenendo di applicare alla cessione delle azioni in sede di liquidazione dell'attivo, l'anticipazione temporale oggi prevista dall'[articolo 124](#), L.F. in caso di concordato fallimentare, e cioè l'autorizzazione da parte del giudice delegato. Sono altresì pendenti i giudizi cancellati, interrotti o sospesi e pertanto le relative azioni sono cedibili, purché sia ancora possibile la riassunzione o la prosecuzione ai sensi degli [articoli 302 e 303](#), c.p.c.¹¹.

Ulteriore condizione per la cedibilità delle azioni revocatorie è che le stesse siano state inserite nel programma di liquidazione, anche se è molto probabile che l'inserimento sia differito alla predisposizione da parte del curatore di un supplemento del piano di liquidazione che verrà poi approvato da parte del comitato dei creditori ex [articolo 104-ter](#), comma 6, L.F. atteso che nella sua originaria stesura il piano si limiterà a indicare le azioni revocatorie da esercitare ai sensi dell'articolo 104-ter, lettera c), L.F.. La *ratio* della limitazione oggettiva, che è stata mantenuta nell'attuale applicazione generalizzata dell'istituto, va individuata nell'opportunità di assicurare un certo controllo su iniziative ricattatorie e temerarie dell'acquirente, nonché nella necessità di valutare concretamente opportunità e convenienza della cessione e congruità del corrispettivo, valutazioni compiutamente esperibili solo a seguito dell'esercizio dell'azione e della conseguente estrinsecazione dei suoi elementi essenziali¹².

Oltre a queste condizioni, è opportuno verificare se ve ne siano delle ulteriori implicite, traendo spunto dalla cessione concordataria.

Sembra in primo luogo da escludere che la cessione sia condizionata al trasferimento dell'intero patrimonio del debitore. Si tratta infatti di una cessione in principio atomistica, volta a trasformare in attività liquide il diritto controverso e il bene oggetto dell'atto di cui si chiede l'inefficacia. Il che,

¹⁰ G. Trisorio Liuzzi, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, 2011, Milano, pag. 249.

¹¹ P. Liccardo e G. Federido, *Art. 106, La legge fallimentare*, op. cit., pag. 1455.

¹² Il Legislatore auspica che il programma sia un atto complesso, analitico, completo ed esaustivo, ma poiché lo stesso ha quale oggetto una materia, quella economica, che è in continua mutazione e ha altresì quale scopo quello di fornire delle previsioni di realizzo dei beni e di distribuzione, è evidente che fatti sopravvenuti che modifichino il mercato, modifichino i beni, la loro natura, possono determinare l'esigenza di modificare le previsioni iniziali. In questo caso è previsto lo strumento del supplemento del programma, che viene redatto per far fronte alle nuove esigenze e che va confezionato con le stesse tecniche del programma.

Cfr. P. Liccardo e G. Federico, *Art. 106, Il nuovo diritto fallimentare*, Jorio, 2010, pag. 1776.

peraltro, non esclude che la cessione delle revocatorie possa far parte di un più ampio trasferimento aggregato delle sostanze del debitore.

In quest'ultimo caso, la cessione delle revocatorie non potrebbe comunque essere desunta né dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti per definire la tipologia di vendita, né da indicazioni generiche contenute nel contratto, del tipo “*cessione del totale delle attività del debitore*”, ma andrebbe appositamente prevista in una clausola *ad hoc*, in virtù della natura originariamente concorsuale dell'azione revocatoria, che fa della stessa una componente del tutto speciale del patrimonio del fallito.

Gli effetti della cessione

Passando agli effetti che comporta il trasferimento, la cessione delle azioni revocatorie è un istituto che consente di cedere anticipatamente il bene oggetto dell'azione: esso ha una funzione liquidatoria e comporta, in caso di buona riuscita dell'azione, il trasferimento del risultato utile della revocatoria.

In mancanza della cessione, almeno in tutti i casi in cui il bene considerato costituisca il c.d. “risultato utile” di un'azione da esperire, la procedura dovrebbe dapprima acquisire il bene oggetto dell'azione che le compete e liquidarlo al pari e con le stesse modalità degli altri beni che compongono l'attivo oggetto di liquidazione. Il trasferimento rappresenta, dunque, una modalità liquidatoria particolarmente vantaggiosa poiché semplifica e accelera l'intera procedura¹³.

Essa determina il subingresso del cessionario nel diritto controverso, ossia il diritto a richiedere la restituzione del bene oggetto dell'atto di cui si chiede l'inefficacia. Il cessionario, ottenuta la sentenza costitutiva di revoca, acquisterà definitivamente la titolarità del bene oggetto dell'atto impugnato e sarà legittimato ad agire nei confronti del convenuto soccombente per l'esecuzione della sentenza; vengono, inoltre, alienati i diritti connessi alla posizione processuale e sostanziale sottostanti il trasferimento del bene¹⁴.

In altri termini, il curatore esercita in anticipo, rispetto al momento della giuridica disponibilità del bene, il potere liquidatorio sullo stesso riconosciutogli in via generale dalla legge. Questo orientamento della giurisprudenza, seguito da gran parte della dottrina¹⁵, pare in realtà perfettamente aderente ai principi concorsuali, non rinvenendosi alcuna norma in contrasto con la liquidazione anticipata del bene oggetto dell'atto revocato. D'altra parte, la diversa interpretazione che volesse riservato al cessionario il solo potere di richiedere la restituzione del bene in favore della massa priverebbe il trasferimento

¹³ M. Perrino, “*La cessione dei “diritti controversi nella liquidazione fallimentare”*”, La riforma della Legge Fallimentare, 2011, Cedam, pag. 317.

¹⁴ A. Nigro e M. Sandulli, “*La Riforma della Legge Fallimentare*”, 2006, pag. 636.

¹⁵ G. Rago, “*Manuale della revocatoria fallimentare*”, Padova, 2001, pag. 868; P. Liccardo e G. Federico, “*Commento sub art 106*”, in A. Jorio Il nuovo diritto fallimentare, Torino, Zanichelli, 2007, pag. 1776.

dell'azione di ogni significato economico e, comunque, imporrebbe la permanenza della procedura fallimentare sino all'esito del giudizio, proprio al fine di procedere alla liquidazione del bene, frustrando così uno degli obiettivi avuti di mira dalla cessione. Del resto, oggetto della cessione non sono i beni oggetto della revocatoria (i quali, verrebbero a essere trasferiti al cessionario per effetto del passaggio in giudicato della revocatoria), bensì la facoltà che, per effetto dell'accoglimento della revocatoria medesima, si avrà di aggredire i beni medesimi come se non fossero mai usciti dal patrimonio del soggetto fallito. Emerge così un contrasto: da un lato chi aderisce al c.d. "*tesi dell'effetto traslativo*" dell'azione revocatoria, secondo cui il vittorioso esercizio di quell'azione comporterebbe l'acquisizione del bene revocato nel patrimonio dell'attore sicché la cessione trasferirebbe anticipatamente quel bene che l'azione mira a recuperare; dall'altro chi evidenzia come l'azione revocatoria non determina la nullità dell'atto, ma soltanto la sua inefficacia nei confronti della massa dei creditori, cosicché il bene revocato non rientra nel patrimonio del fallito, ma soltanto nella garanzia dei creditori, i quali, attraverso il curatore, possono agire esecutivamente sullo stesso¹⁶.

I profili soggettivi

Nella formulazione dell'[articolo 106](#), L.F. viene lasciata aperta la questione relativa all'individuazione dei soggetti possibili cessionari dell'azione revocatoria.

Anche se non è espressamente previsto nella norma, viene escluso dai soggetti cessionari il fallito. La *ratio* di tale scelta si evince dalla disciplina del concordato fallimentare, secondo cui tale azione non può andare a beneficio del fallito e occorre che produca un risultato utile per i creditori. Inoltre, in tale ambito bisogna ricordare che ai sensi dell'[articolo 42](#), L.F. il fallito viene spossessato dei propri beni e quindi privo di patrimonio disponibile per l'acquisto.

Il divieto di cessione al fallito si giustifica con l'impossibilità logica che quest'ultimo possa trarre beneficio dell'inefficacia degli atti da lui posti in essere.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha affermato che il sacrificio dell'azione revocatoria "*trova adeguata giustificazione nelle esigenze di tutela della par condicio*"¹⁷, che legittimano la dichiarazione d'inefficacia di atti validi e la deroga al principio di certezza e stabilità dei negozi giuridici e che, pertanto, di essa non può giovare l'imprenditore insolvente.

È sicuro che cessionari possano essere i terzi non legati da alcun vincolo con il debitore, nonché, dopo le modifiche apportate dal D.Lgs. 169/2007, i creditori. Il dubbio concerne la possibilità che a rendersi

¹⁶ M. Ferro, "Art. 106, La legge fallimentare, commentario teorico-pratico", pag.1455.

¹⁷ Corte Costituzionale n. 379/2000.

cessionari dell'azione siano i "*prossimi congiunti del debitore insolvente e i soggetti cui è stata estesa la procedura o le società del gruppo di cui fa parte la società insolvente*", che la Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 5/2006 aveva espressamente escluso dal novero dei potenziali cessionari. Sul punto è intervenuta la dottrina, chiarendo che tale limitazione non è del tutto applicabile in quanto non è prevista nel dato normativo e si propende più su una disposizione analogica all'[articolo 124](#), L.F. in tema di concordato fallimentare, dove gli unici cessionari risultano essere i terzi e i creditori¹⁸.

D'altra parte, però è possibile affermare che l'esclusione di tali soggetti dai potenziali cessionari abbia una propria *ratio* nell'ambito concordatario, che invece non è dato rinvenire nell'ipotesi che qui ne occupa.

In particolare, l'esclusione si giustificerebbe nel concordato con l'intento di evitare il rischio del possibile utilizzo strumentale della soluzione negoziale della crisi, a danno della massa dei creditori, rischio solo in parte neutralizzato dal controllo istituzionale degli organi della procedura e dall'approvazione della maggioranza dei creditori, di cui sono ulteriori espressioni, da un lato, l'impossibilità per tali soggetti di proporre il concordato, se non entro limiti di tempo ben individuati (articolo 124, comma 1, L.F.) e, dall'altro e soprattutto, l'esclusione di essi dai legittimati al voto ([articolo 127](#), comma 7, L.F.).

Nell'ipotesi qui considerata, però, tale rischio non sussiste, in quanto l'intera procedura di cessione è governata direttamente dal curatore e, indirettamente, dal comitato dei creditori e del giudice delegato, con riferimento ai poteri da essi esercitati nella predisposizione e nell'attuazione del programma di liquidazione, in quelle procedure, evidentemente, in cui tale programma deve essere redatto, nel quale dovrebbe essere contemplata anche la cessione delle revocatorie¹⁹.

Conclusioni

La cessione dei diritti controversi deve essere interpretata in chiave di anticipata attribuzione al cessionario del risultato utile dell'azione, nel senso perciò di anticipazione del momento liquidatorio rispetto a quello recuperatorio. Con la cessione delle azioni revocatorie la procedura cede anticipatamente all'acquirente lo stesso bene o il risultato utile, lo liquida sotto condizione del vittorioso esperimento dell'azione. Si tratta di una modalità liquidatoria particolarmente vantaggiosa, perché muove in direzione della semplificazione - e al contempo accelerazione - della liquidazione concorsuale, permettendo al curatore di monetizzare senza attendere l'esito del giudizio.

¹⁸ G. Tarzia, *op. cit.*, pag. 865.

¹⁹ D. Vattermoli, *op. cit.*, pag. 451.

Risulta interessante evidenziare come la funzione principale di questo istituto abbia una finalità simile ad altri istituti molti diffusi soprattutto tra le piccole e medie imprese, come ad esempio il ricorso al *factoring*, un contratto con il quale l'impresa cede a una società specializzata i propri crediti esistenti o futuri, al fine di ottenere subito liquidità.

La scelta di consentire la cedibilità delle azioni è un'evidente espressione della volontà di eliminare i fattori di ritardo che più hanno inciso in passato sulla durata delle procedure di fallimento. Ma il contemporaneo forte depotenziamento dell'azione revocatoria ha in questi anni generato una sopravvenuta acuta riduzione delle azioni revocatorie, il che rende la previsione della cedibilità tanto utile quanto tardiva.

Nonostante la grande utilità ed efficacia, l'istituto risulta oggi soggetto ad alcune limitazioni che rappresentano, in parte, la causa di una minima considerazione dello stesso, sia in linea generale sia a confronto con la cessione concordataria.

L'entrata in vigore della cessione autonoma in un momento successivo rispetto alla cessione concordataria rappresenta il motivo per il quale nelle diverse interpretazioni della norma si tende ad associare i 2 istituti.

Il frequente richiamo all'[articolo 124](#), L.F. e alle norme che disciplinano la cessione concordataria anche in ambito di cessione delle azioni nella liquidazione dell'attivo ha fatto sorgere non poche incertezze che ancora oggi rappresentano l'oggetto di diverse correnti di pensiero, norme che risultano difficilmente applicabili anche al contesto della cessione autonoma in virtù del quale, trovandosi in 2 situazione in gran parte differenti hanno bisogno di essere disciplinate secondo apposite norme.

Gli autori che, sul piano dottrinario, si sono soffermati ad analizzare la questione difficilmente hanno trovato un accordo sugli elementi portanti che lo caratterizzano, anzi, spesso basando le proprie tesi più sul piano dell'utilità pratica delle risultanze dell'impostazione adottata che sulla logica giuridica propria.

In generale, pur partendo dal presupposto che un intervento del Legislatore volto a chiarire gli elementi di maggior incertezza sarebbe indubbiamente ben accetto nonché opportuno, si può sostenere che, pur essendo una fattispecie più volte trattata, l'interpretazione che viene proposta a tutta la materia dovrebbe, sia da dottrina sia da giurisprudenza, essere analizzata "liberandosi" da quei legami dell'interpretazione storica che non possono più essere considerati ammissibili, in virtù delle novelle introdotte.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Nota di variazione Iva nelle procedure concorsuali

di Fabio Battaglia – dottore commercialista

Una recente sentenza della CTP di Vicenza ha ritenuto che i principi sanciti dalla Corte di Giustizia Europea (causa [C-246/16](#)) del 2017 comportino, poste certe condizioni che consentano di ritenere con ragionevole probabilità che il credito per Iva di rivalsa sia irrecuperabile, la possibilità di emettere la nota di variazione di cui all'[articolo 26](#), comma 2, D.P.R. 633/1972. Solo in questo modo è possibile rispettare il principio di divieto di riscossione dell'imposta per un importo superiore a quello percepito e cioè il principio di neutralità, a maggior ragione in uno Stato membro in cui le procedure fallimentari hanno spesso durata ultradecennale.

Una interessante pronuncia della CTP di Vicenza (la [n. 145/2019](#)) costituisce l'occasione per fare il punto della situazione in materia di variazioni dell'imponibile o dell'imposta ai sensi dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972 per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali (ci si riferirà in particolare al fallimento e al concordato preventivo). Invero, l'articolo 26, comma 2, D.P.R. 633/1972 recita:

“Se un'operazione per la quale sia stata emessa fattura, successivamente alla registrazione di cui agli articoli 23 e 24, viene meno in tutto o in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili o per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali o di procedure esecutive individuali rimaste infruttuose o a seguito di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, R.D. 267/1942, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), R.D. 267/1942, pubblicato nel Registro Imprese o in conseguenza dell'applicazione di abbuoni o sconti previsti contrattualmente, il cedente del bene o prestatore del servizio ha diritto di portare in detrazione ai sensi dell'articolo 19 l'imposta corrispondente alla variazione, registrandola a norma dell'articolo 25”.

Le disposizioni della Legge Finanziaria 2016

Va ricordato che con la Finanziaria 2016, il Legislatore aveva tentato di dare una sistemazione alla questione relativa ai ritardi indotti dalle lungaggini delle procedure concorsuali ai fini del recupero

dell'Iva di rivalsa non incassata introducendo un comma 4, [articolo 26](#), D.P.R. 633/1972 che così recitava:

“4. La disposizione di cui al comma 2 si applica anche in caso di mancato pagamento, in tutto o in parte, da parte del cessionario o committente:

a) a partire dalla data in cui quest'ultimo è assoggettato a una procedura concorsuale o dalla data del decreto che omologa un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis, R.D. 267/1942, o dalla data di pubblicazione nel Registro Imprese di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), R.D. 267/1942;

b) a causa di procedure esecutive individuali rimaste infruttuose”.

Precisando però il [comma 127](#), articolo 1, L. 208/2015 che:

“Le disposizioni di cui all'articolo 26, comma 4, lettera a), e comma 5, secondo periodo, del D.P.R. 633/1972, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal comma 126, si applicano nei casi in cui il cessionario o committente sia assoggettato a una procedura concorsuale successivamente al 31 dicembre 2016”.

Con la Finanziaria successiva, però, detto comma 4, prima che entrasse in vigore, è stato abrogato.

Con ciò si è tornati alla situazione precedente.

La prassi amministrativa

La posizione del Fisco in merito si evince dalla [circolare n. 77/E/2000](#)¹ nella quale vengono elencati i presupposti che, nell'ipotesi di mancato pagamento in tutto o in parte, consentono di individuare l'insolvenza e, quindi, l'insorgenza in capo al cedente del bene o prestatore del servizio del diritto potestativo a operare la rettifica in diminuzione.

Nell'ambito del fallimento al fine di individuare l'infruttuosità della procedura occorre fare riferimento alla scadenza del termine per le osservazioni al piano di riparto, oppure, ove non vi sia stato, alla scadenza del termine per il reclamo al decreto di chiusura del fallimento stesso, mentre nell'ipotesi del concordato fallimentare rileva il passaggio in giudicato della omologazione.

Piuttosto sibillino e poco chiaro è il riferimento al concordato preventivo.

Si apre correttamente facendo riferimento alla sentenza di omologa divenuta definitiva e, tuttavia, si aggiunge che:

¹ Si richiamano altre pronunce dell'Amministrazione finanziaria che confermano l'impostazione: risoluzioni [n. 155/E/2001](#); [n. 89/E/2002](#) e risposte a interpello [n. 113/E/2018](#) e [n. 55/E/2019](#).

Tale posizione è stata confermata, altresì, ripetutamente dalla Cassazione (si vedano Cassazione n. 27136/2011 e n. 1541/2014).

“occorre aver riguardo oltre che alla sentenza di omologazione divenuta definitiva, anche al momento in cui il debitore concordatario adempie agli obblighi assunti in sede di concordato”.

Trattasi di evidente scarsa conoscenza sull'istituto, scarsa conoscenza che trova conferma con l'affermazione successiva:

“Infine, nell'ipotesi di dichiarazione di fallimento nel corso della procedura in argomento, in conseguenza del mancato adempimento degli obblighi assunti o alla luce di comportamenti dolosi da parte del debitore concordatario, la rettifica in diminuzione, ricadendosi nell'ipotesi di procedura fallimentare, va operata solo dopo che il piano di riparto dell'attivo sia divenuto definitivo ovvero, in assenza di un piano, a chiusura della procedura fallimentare”.

A parziale giustificazione va detto che la vecchia versione dell'[articolo 181](#), L.F., vigente al momento della pubblicazione della circolare, non chiariva esplicitamente, come ora lo stesso articolo fa che: *“La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180”.*

Rimane il fatto che la circostanza non era posta in alcun dubbio nemmeno vigente la precedente normativa, per cui con l'omologazione la falcidia rimane definitiva e non può che essere quello il momento in cui l'infruttuosità risulta in modo inequivoco.

Poco felice è, quindi, il riferimento alla fase esecutiva.

Certo la vecchia fattispecie del concordato con cessione dei beni si prestava a una difficile prevedibilità del realizzo, ma a seguito della necessaria esistenza del requisito della meritevolezza per l'ammissione, pensare che si potesse realizzare più di quanto promesso con la proposta era una ipotesi assai remota, come infatti regolarmente accadeva del resto.

Ancora meno senso ha il richiamo al fallimento nel contesto in cui è collocato. Si parla infatti di 2 ipotesi:

1. in conseguenza del mancato adempimento degli obblighi assunti o
2. alla luce di comportamenti dolosi da parte del debitore concordatario

che intervengono necessariamente (nel primo caso) ed eventualmente (nel secondo) dopo l'omologa, quando ormai la nota di variazione è stata emessa.

La norma può avere un senso solo se la procedura si interrompe o per una revoca dell'ammissione (anche per il compimento di atti in frode) o a seguito del mancato raggiungimento della maggioranza, quando l'omologa ancora non può essere intervenuta.

Se, come detto, la scarsa conoscenza dell'istituto poteva trovare una parziale giustificazione vigente la precedente normativa, tal giustificazione viene meno con la riforma del 2005 e in particolar modo con riferimento al concordato in continuità ai sensi dell'[articolo 186-bis](#), L.F..

Con la [risposta a interpello n. 113/E/2018](#) ai sensi [articolo 11](#), comma 1, lettera a), L. 212/2000, l'Agenzia delle entrate si è espressa in punto di concordato in continuità così concludendo (a conferma del principio sancito con la [circolare n. 77/E/2000](#)):

“Per accertare la predetta infruttuosità, occorre aver riguardo oltre che alla sentenza di omologazione (articolo 181) divenuta definitiva, anche al momento in cui il debitore concordatario adempie agli obblighi assunti in sede di concordato. Fino a tale data, infatti, il concordato può essere risolto e può essere dichiarato il fallimento”.

La corretta lettura della norma

Sfugge all'Agenzia delle entrate, con chiara evidenza, che l'[articolo 186-bis](#), L.F. impone quale presupposto di ammissibilità del concordato preventivo in continuità che il piano sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori e che tale clausola deve essere attestata dal professionista chiamato a pronunciarsi su veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano.

Ciò significa che nell'alternativa liquidatoria il creditore non potrà che prendere meno.

Certo i miracoli possono sempre accadere, ma non vi è dubbio che con l'omologa di un concordato preventivo in continuità vi è la ragionevole certezza che nell'alternativa fallimentare il creditore non potrà incassare una somma più elevata.

Vero è che nell'ipotesi di concordato liquidatorio non è presente la detta clausola del miglior soddisfacimento dei creditori, ma va ricordato che, ai sensi dell'[articolo 184](#), L.F., il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel Registro Imprese del ricorso di cui all'[articolo 161](#), L.F. e ancora che la Cassazione ha più volte ribadito che (in linea con l'opinione di autorevole dottrina) la perdurante validità ed efficacia degli atti compiuti nel corso della procedura nel rispetto del regime previsto, per cui i creditori che abbiano percepito delle somme in esecuzione del concordato non sono tenuti alla restituzione delle stesse, in applicazione analogica dell'[articolo 140](#), comma 3, seconda parte, L.F..

Del resto, la assai improbabile ipotesi che un creditore chirografario possa in un fallimento percepire una somma più elevata di quanto previsto in un precedente concordato preventivo omologato risolto o annullato, ben trova soluzione con la modalità prevista nella citata norma della Finanziaria 2016, mai entrata in vigore. L'[articolo 26](#), D.P.R. 633/1972 prevedeva infatti un comma 6 che così recitava:

“6. Nel caso in cui, successivamente agli eventi di cui al comma 4, il corrispettivo sia pagato, in tutto o in parte, si applica la disposizione di cui al comma 1. In tal caso, il cessionario o committente che abbia

assolto all'obbligo di cui al comma 5 ha diritto di portare in detrazione ai sensi dell'articolo 19 l'imposta corrispondente alla variazione in aumento.”

Evidentemente la circostanza nessun danno reca all'Erario e garantisce la piena neutralità dell'imposta in capo al cedente o prestatore.

Fermo restando quanto affermato con riferimento al concordato in continuità, va detto che il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza prevede che il concordato liquidatorio sia ammissibile solamente a condizione che (comma 4, [articolo 84](#) del Codice):

“Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il 10%, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al 20% dell'ammontare complessivo del credito chirografario”.

In sostanza il concordato liquidatorio sarà ammissibile solo in presenza di un *quid pluris* rispetto al prevedibile realizzo nell'alternativa ipotesi della liquidazione giudiziale, circostanza che chiarisce come quel piano omologato costituisca l'ipotesi di massimo realizzo per il creditore falcidiato.

La pronuncia della CTP di Vicenza

Fatta questa ampia e doverosa premessa si passa ad analizzare la decisione in commento che si fonda essenzialmente sui principi sanciti dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea del 23 novembre 2017, Causa [C-246/16](#).

La Corte di Giustizia ha confermato che in base all'[articolo 11](#), parte C, § 1, VI Direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, che prevede appunto che *“In caso di annullamento, recesso, risoluzione, non pagamento totale o parziale o di riduzione di prezzo dopo che l'operazione è stata effettuata, la base imponibile viene debitamente ridotta alle condizioni stabilite dagli Stati membri”*, nell'eventualità di non pagamento totale o parziale, gli Stati membri possono derogare a questa norma.

Partendo da questo presupposto in linea di principio deve ritenersi corretto in riferimento alla normativa comunitaria quanto previsto dall'[articolo 26](#), D.P.R. 633/1972 che rinvia la recuperabilità dell'imposta al momento della accertata infruttuosità delle procedure, considerando che al momento dell'apertura delle procedure non è immediatamente verificabile tale infruttuosità.

Fatta questa premessa la Corte chiarisce, altresì, che tale facoltà non può tradursi in una lesione del principio di neutralità dell'Iva, da cui deriva in particolare che, nella sua qualità di collettore d'imposta per conto dello Stato, l'imprenditore dev'essere sgravato interamente dall'onere dell'imposta dovuta o pagata nell'ambito delle sue attività economiche a loro volta soggette a Iva e a tale riguardo, in base al

principio di proporzionalità, che fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione Europea, i mezzi impiegati per l'attuazione della VI Direttiva devono essere idonei a realizzare gli obiettivi perseguiti da tale testo e non devono eccedere quanto è necessario per conseguirli.

Aggiunge la Corte che questo vale tanto più con riferimento a uno Stato membro nel quale le procedure fallimentari sovente hanno tempistiche ultradecennali.

In riferimento a questo la Corte ha enunciato il principio per cui l'[articolo 11](#), VI Direttiva 77/388/CEE:

“deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può subordinare la riduzione della base imponibile dell'Iva all'infruttuosità di una procedura concorsuale qualora una tale procedura possa durare più di 10 anni”.

In un passaggio della sentenza la Corte però chiarisce anche che, pur riconoscendo la facoltà rimessa allo Stato membro, a seguito dell'incertezza sulla recuperabilità, di privare il soggetto passivo del suo diritto finché il credito non possa essere qualificato come definitivamente irrecuperabile, essa precisa che la finalità può essere perseguita quando il soggetto sia in grado di segnalare l'esistenza di una probabilità ragionevole che il debito non sia saldato, anche a rischio che la base imponibile sia rivalutata al rialzo nell'ipotesi in cui il pagamento avvenga comunque. Spetterebbe quindi alle Autorità nazionali stabilire, nel rispetto del principio di proporzionalità e sotto il controllo del giudice, quali siano le prove di una probabile durata prolungata del non pagamento che il soggetto passivo deve fornire in funzione delle specificità del diritto nazionale applicabile.

In dottrina² vi è chi ha osservato che tale previsione solo in astratto potrebbe far propendere per la possibilità da parte del giudice domestico di esprimere una valutazione sull'infruttuosità della procedura concorsuale condotta sulla base di un giudizio prognostico con valenza probabilistica, senza necessità di arrivare alla chiusura della procedura, ma che in realtà la perentorietà del testo di legge, che si esprime in modo inequivoco sulla definitiva constatazione della “infruttuosità”, non lo consente avendo la sentenza della Corte di Giustizia una natura schiettamente “monitoria”, indicando, quindi, come il Legislatore domestico deve esercitare la facoltà a lui riconosciuta dal diritto UE.

² R. De Pirro – A. Gatto, “*Note credito iva procedure concorsuali infruttuose esigenze tutela rapporti ordinamento eurounitario domestico*” in Rivista di Diritto Tributario.

Tuttavia, la vigente formulazione dell'articolo 26, comma 2, appare difficilmente superabile in via interpretativa: esso fa espresso riferimento a procedure “rimaste infruttuose”, sintagma che mal si presta a un'interpretazione adeguatrice alle norme comunitarie.

Di fronte all'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, la CTP avrebbe, quindi, dovuto sollevare una questione di legittimità costituzionale avente a oggetto l'articolo 26, comma 2, indicando come norme violate gli articoli 11 e 117 della Costituzione e come parametro interposto l'articolo 90, Direttiva 2006/112/CE (cfr. Corte Costituzionale n. 269/2017, § 5.1).

Non ritenendo che una pronuncia della Corte Costituzionale possa invadere un ambito riservato al Legislatore, la soluzione alla questione potrebbe essere individuata in un intervento normativa che riesca definitivamente a superare l'asimmetria delle disposizioni dettate ai fini delle imposte dirette e Iva.

Le ipotesi di riscrittura dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972 (per la verità già avvenuta con la Legge di Stabilità 2316, ma mai entrata in vigore per effetto di un repentino e inatteso *revirement* da parte della Legge di Stabilità 2017) potrebbero essere diverse.

Al contrario la sentenza della CTP di Vicenza ha ritenuto che correttamente la Corte di Giustizia ha evidenziato che:

“la predetta facoltà di deroga accordata non può interpretarsi nel senso di considerare gli Stati membri liberi di escludere del tutto la riduzione della base imponibile Iva, perché una siffatta previsione finisce per violare, sia il principio di divieto di riscossione dell'imposta per un importo superiore a quello percepito, sia il principio di neutralità. In nessun caso l'alta Corte ha condizionato esplicitamente il diritto a emettere la nota di variazione in diminuzione come possibile soltanto alla scadenza del decimo anno di apertura della procedura, stabilendo che il riconoscimento deve avvenire ogniqualvolta il soggetto segnali la sussistenza con ragionevole certezza che il debito non potrà più essere saldato”.

La Commissione ha, altresì, ritenuto che l'osservanza del diritto europeo, come sottolineato dalla stessa Corte di Giustizia Europea nell'ordinanza 6 dicembre 1990, deve ritenersi direttamente demandata alla competenza del giudice nazionale incaricato, anche, di vagliare l'applicazione e l'osservanza del diritto dell'Unione Europea nell'ordinamento giuridico nazionale.

Si condivide l'impostazione della Commissione Tributaria poiché la Corte di Giustizia ha chiarito con evidenza che la nozione di infruttuosità deve essere letta alla luce del principio di neutralità di talché l'operatore economico non può rimanere inciso dall'imposta e non vi è dubbio che laddove il giudice ravvisi che esista una ragionevole probabilità di infruttuosità, quello è il momento dal quale è possibile emettere la nota di variazione.

Del resto, la Commissione Tributaria non si è limitata a enunciare il principio, ma ha evidenziato i motivi per i quali, nei casi di specie, tale ragionevole probabilità doveva ritenersi realizzata:

“Nella fattispecie all'esame, quanto al concordato preventivo, già la relativa domanda e, quanto al fallimento, la relazione del curatore, attestano con sufficiente oggettività l'esistenza della ragionevole probabilità che il debito non venga saldato, sicché la tesi opposta dall'Agenzia delle entrate risulta in palese contrasto con la normativa Europea sopra citata”.

Ciò detto, onde dare piena attuazione allo spirito della norma comunitaria ed al fine di evitare l'esplosione di innumerevoli contenziosi sul tema, appare un buon punto di equilibrio il testo di legge elaborato dall'AIDC con denuncia del 6 maggio 2019³.

³ <https://www.aidc.pro/milano/norme-e-denunce/denunce/120>: se un'operazione per la quale sia stata emessa fattura, successivamente alla registrazione di cui agli articoli 23 e 24, viene meno, in tutto o in parte, per mancato pagamento in tutto o in parte del corrispettivo pattuito, il cedente del bene o prestatore del servizio ha diritto di portare in detrazione ai sensi dell'articolo 19 l'imposta corrispondente alla variazione, registrandola a norma dell'articolo 25:

- in presenza di elementi oggettivi che determinino l'irrecuperabilità del credito, nel momento della sua verifica;
- in ogni caso, per i crediti non superiori, complessivamente, ad € ____, quando sia decorso un periodo di 6 mesi dalla scadenza del termine di pagamento previsto contrattualmente.

La fattispecie qui descritta costituisce solo uno dei casi in cui il Legislatore nazionale, nelle procedure concorsuali, pretermette l'interesse degli operatori a una minimizzazione del danno economico all'interesse erariale, ferma restando la facoltà di scelta del Legislatore sul tema, che in altri Paesi trova sistemazioni tali per cui l'interesse all'ordinato andamento dell'economia prevale sull'interesse dell'Erario, va detto come, principio giustamente rimarcato dalla Corte di Giustizia Europea, il comportamento del Legislatore sta comprimendo i diritti dei soggetti coinvolti nei dissesti ben oltre il limite che l'assetto normativo dell'Iva ha inteso dare sulla base del principio di neutralità e che risulta urgente una modifica legislativa come già ben evidenziato.



PACCHETTO 4 INCONTRI DICHIARATIVI

<p>Febbraio 2020</p> <p>▶ La dichiarazione IVA 2020</p> <p>Marzo 2020</p> <p>▶ Le operazioni di chiusura di bilancio</p>	<p>Aprile 2020</p> <p>▶ La compilazione del modello 730 e modello redditi PF</p> <p>Maggio 2020</p> <p>▶ Modello redditi persone fisiche 2020</p>
--	---



EVENTI WEB • Partecipa *on-line* ai nostri corsi
 Ottimizza i tempi della Tua formazione interagendo in tempo reale con l'evento in aula

Si segnala che, nel caso di iscrizione alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

AREA FISCALE

[ACCEDI AL SITO](#)

Il creditore deve preventivamente comunicare al debitore il proprio intento di annullare in tutto o in parte l'Iva all'acquirente del bene o del servizio, se quest'ultimo è un soggetto passivo, ai fini della rettifica della detrazione dell'importo dell'Iva che questi abbia potuto effettuare.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Tenuta scritture contabili. La mera trascuratezza degrada il reato da bancarotta fraudolenta a bancarotta semplice

di Gianfranco Antico – pubblicista

La mera trascuratezza contabile viene posta sotto la lente della Corte di Cassazione, che ha avuto modo di escludere il reato di bancarotta fraudolenta nell'ipotesi in cui non emerga la volontà di non consentire la ricostruzione patrimoniale. Verifichiamo, quindi, l'interpretazione giurisprudenziale fornita, esaminando anche le conseguenze fiscali del disordine contabile.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 26613/2019

Non sussiste il reato di bancarotta fraudolenta quando le omissioni nelle scritture contabili riguardano periodi limitati e sono frutto di trascuratezza e non della volontà di non rendere ricostruibile il patrimonio e il movimento degli affari. Inoltre, senza la prova della coscienza del danno ai creditori e delle conseguenze della condotta non può ipotizzarsi la fattispecie più grave della bancarotta fraudolenta. Sono queste sinteticamente le conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione nella [sentenza n. 26613/2019](#).

Il pronunciamento in questione trae origine dalla sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Milano, di conferma della sentenza del Tribunale, che aveva dichiarato l'imputata colpevole del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, condannandola alla pena di 2 anni e 4 mesi di reclusione, per avere, in qualità di amministratore e legale rappresentante di una Srl:

“tenuto le scritture contabili in guisa da non consentire la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, compilando il libro assemblee senza rispettarne l'ordine cronologico, aggiornando il libro inventario sino al bilancio del 31 dicembre 2005, omettendo di compilarlo rispetto agli esercizi successivi, e compilando il libro giornale in maniera confusa, assolvendola dal reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e dai reati di truffa e esercizio abusivo di attività finanziaria”.

Avverso tale sentenza viene proposto ricorso per cassazione, deducendo sostanzialmente 3 motivi di

ricorso:

1. vizio di motivazione in relazione alla prova del fatto e alla sussistenza del necessario dolo specifico: la Corte d'Appello non avrebbe valutato la sentenza del Tribunale di Milano che, assolvendo l'imputata dall'accusa di evasione e frode fiscale

“conseguente agli esiti erronei dell'accertamento induttivo abusivamente subito dalla società con riferimento ai redditi degli anni 2004 e 2005, dichiarava le scritture contabili della Srl idonee per la ricostruzione di ogni singola transazione commerciale”.

Mancherebbe dunque il dolo specifico richiesto dalla norma e il fine di profitto o nocumento per i creditori; l'affermazione di responsabilità sarebbe poi fondata su un errore del curatore in merito a presunte discordanze tra il magazzino contabilizzato e quello reale. Lamenta inoltre che l'elemento soggettivo sia stato desunto da un elemento – l'irreperibilità temporanea dell'imputata – inconferente, in quanto il dolo della bancarotta fraudolenta documentale consiste nella coscienza e volontà di contraffazione delle scritture, con la consapevolezza di rendere impossibile la ricostruzione delle vicende patrimoniali;

2. violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla mancata derubricazione nel reato di bancarotta semplice: la Corte non avrebbe indicato quali sarebbero i libri sociali mancanti, che non avrebbero consentito la ricostruzione del patrimonio;

3. vizio di motivazione in relazione al trattamento sanzionatorio.

Con memoria difensiva, nel ribadire le doglianze già proposte, veniva evidenziato che la contestazione riguardava la irregolare tenuta delle scritture contabili, non già l'occultamento o la sottrazione, e che l'assoluzione dalla bancarotta fraudolenta patrimoniale farebbe venir meno un indice di fraudolenza della condotta concernente le scritture contabili.

La Corte premette che ha già chiarito precedentemente che:

“in tema di reati fallimentari, la bancarotta fraudolenta documentale di cui all'articolo 216, comma 1, n. 2, prevede 2 fattispecie alternative, quella di sottrazione o distruzione dei libri e delle altre scritture contabili, che richiede il dolo specifico, e quella di tenuta della contabilità in modo da rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari e del patrimonio della fallita, che richiede il dolo generico (n. 43966/2017, Rossi, Rv. 271611); per cui, accertata la responsabilità in ordine alla tenuta della contabilità in modo da rendere impossibile la ricostruzione del movimento degli affari e del patrimonio della fallita – che richiede il solo dolo generico – diviene superfluo accertare il dolo specifico richiesto per la condotta di sottrazione o distruzione dei libri e delle altre scritture contabili, anch'essa contestata (n. 43977/2017, Pastechi, Rv. 271753)”.

Per i massimi giudici la sentenza impugnata appare carente, sotto il profilo motivazionale: risulta, infatti,

che l'imputata, in qualità di amministratore di diritto della società fallita, abbia consegnato al curatore una serie di scritture contabili (libro soci, libro assemblee, libri inventari, libro cespiti, libro giornale, schede contabili, registro Iva vendite e acquisti 2008 e 2009), che, tuttavia, non concernono l'intera vita sociale dell'ente, essendo carente la documentazione degli ultimi anni prima della dichiarazione di fallimento; la stessa imputata è stata assolta, già in primo grado, dal reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, originariamente contestato per la dissipazione di 4,5 milioni di euro.

Ebbene, escluso che sia stata contestata la fattispecie a dolo specifico di sottrazione o occultamento, la Corte, richiamando una serie di precedenti¹, rammenta che la condotta contestata di tenuta irregolare o incompleta delle scritture contabili può rilevare come bancarotta fraudolenta, allorquando sia funzionale a rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, ovvero come bancarotta semplice. Nel caso in esame, per gli Ermellini la sentenza impugnata appare carente in relazione alla qualificazione giuridica del fatto in termini di bancarotta documentale fraudolenta, e non semplice, avendo affermato la sussistenza della più grave fattispecie in maniera assertiva, *“limitandosi a un astratto richiamo della giurisprudenza di legittimità in materia di criteri distintivi tra bancarotta fraudolenta e semplice”*, e sostenendo che l'elemento soggettivo dovesse desumersi dalla irreperibilità dell'imputata, contraddetta dalla circostanza che la stessa aveva consegnato al curatore una serie di scritture contabili; la circostanza, inoltre, non appare di per sé logicamente rilevante ai fini dell'affermazione del dolo della fattispecie ritenuta integrata, che consiste nella coscienza e volontà di tenere le scritture contabili in maniera da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari:

“elemento soggettivo la cui sussistenza va, dunque, affermata, secondo un procedimento logicoinferenziale, sulla base delle modalità della condotta contestata - nella specie, la tenuta irregolare della contabilità -, non già sulla base di un posterius rispetto al fatto-reato”.

Viene, ancora, evidenziato che, venuta meno la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale originariamente contestata, la motivazione concernente la sussistenza degli indici di fraudolenza della condotta di tenuta irregolare delle scritture contabili deve essere maggiormente rigorosa, in quanto la

¹ Cassazione n. 2900/2018, depositata nel 2019: *“La bancarotta semplice e quella fraudolenta documentale si distinguono in relazione al diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, che, ai fini dell'integrazione della bancarotta semplice L. Fall., ex articolo 217, comma 2, può essere indifferentemente costituito dal dolo o dalla colpa, ravvisabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili, mentre per la bancarotta fraudolenta documentale, L. Fall., ex articolo 216, comma 1, n. 2), l'elemento psicologico deve essere individuato esclusivamente nel dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore”*; n. 55065/2016: *“In tema di irregolare tenuta dei libri contabili nei reati fallimentari, a differenza del reato di bancarotta semplice in cui l'illiceità della condotta è circoscritta alle scritture obbligatorie e ai libri prescritti dalla legge, l'elemento oggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta documentale riguarda tutti i libri e le scritture contabili genericamente intesi, ancorché non obbligatori; in quest'ultima ipotesi, si richiede, inoltre, il requisito dell'impedimento della ricostruzione del volume d'affari o del patrimonio del fallito, elemento, invece, estraneo al fatto tipico descritto nella L. Fall., articolo 217, comma 2. Diverso è, infine, l'elemento soggettivo, costituito nell'ipotesi di bancarotta semplice indifferentemente dal dolo o dalla colpa, mentre nell'ipotesi di cui alla L. Fall., articolo 216, comma 1, n. 2, prima parte, dal dolo generico”.*

consapevolezza di rendere impossibile la ricostruzione patrimoniale e finanziaria della società fallita di per sé celerebbe, sul piano pratico:

“lo scopo di danneggiare i creditori (animus nocendi) o di procurarsi un vantaggio (animus lucrandi), essendo sovente funzionale alla dissimulazione o all'occultamento di atti depauperativi del patrimonio sociale”.

La Corte, quindi, ribadisce il principio secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta documentale ([articolo 216](#), comma 1, n. 2, L.F.):

“è illegittima l'affermazione di responsabilità dell'amministratore che faccia derivare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato dal solo fatto, costituente l'elemento materiale del reato, che lo stato delle scritture sia tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari, considerato che, in tal caso, trattandosi per di più, nella specie, di omissione contenuta in limiti temporali piuttosto ristretti, è necessario chiarire la ragione e gli elementi sulla base dei quali l'imputato abbia avuto coscienza e volontà di realizzare detta oggettiva impossibilità e non, invece, di trascurare semplicemente la regolare tenuta delle scritture, senza por mente alle conseguenze di tale condotta, considerato che, in quest'ultimo caso, si integra l'atteggiamento psicologico del diverso e meno grave reato di bancarotta semplice di cui alla L.F., articolo 217, comma 2”.

Ne consegue l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio per nuovo esame ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano.

Inquadramento giuridico

La Legge Fallimentare – articolo 216, R.D. 267/1942, rubricato “*Bancarotta fraudolenta*” -, al comma 1, punisce con la reclusione da 3 a 10 anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che:

1. ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti (c.d. bancarotta fraudolenta patrimoniale);
2. ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari (c.d. bancarotta fraudolenta documentale).

Il comma 2 precisa, poi, che la stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1) del comma precedente ovvero

² Cassazione n. 172/2006, depositata nel 2007; analogamente, Cassazione n. 23251/2014.

sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. Il comma 3, [articolo 216](#), L.F. prevede poi il c.d. reato di bancarotta “preferenziale”, secondo cui è punito con la reclusione da 1 a 5 anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione. Se la bancarotta fraudolenta è certamente la figura delittuosa più rilevante nell’ambito del diritto penale fallimentare – reato proprio e di pericolo – come rilevato in dottrina³, il fondamento della responsabilità penale dell’amministratore di diritto va:

“rintracciato in quella particolare posizione di garanzia, di cui egli diviene titolare nel momento in cui ha acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore, che trova la sua base giuridica nelle disposizioni civilistiche di cui agli articoli 2392 e 2394, cod. civ.”.

Ricordiamo, altresì, che la giurisprudenza di legittimità si è espressa in maniera netta in ordine alla qualificazione della commissione di più fatti di bancarotta nella stessa procedura concorsuale e dell’applicazione dell’[articolo 219](#), L.F., confermando – vedi Cassazione, [sentenza n. 21039/2011](#) – la tesi della concezione pluralistica del reato di bancarotta (in senso conforme, successivamente, Cassazione, [sentenza n. 34516/2014](#))⁴.

L’[articolo 217](#), L.F. – titolato “Bancarotta semplice” – al comma 1, punisce, invece, con la reclusione da 6 mesi a 2 anni, se è dichiarato fallito, l’imprenditore⁵, che, fuori dai casi previsti per la bancarotta fraudolenta:

1. ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;
2. ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;
3. ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;
4. ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;
5. non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.

Il comma 2 applica la stessa pena al fallito che, durante i 3 anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall’inizio dell’impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta (c.d. bancarotta documentale). Per effetto di quanto previsto nell’[articolo 219](#), L.F. nel caso in cui i fatti previsti negli articoli [216](#), [217](#) e [218](#), L.F. (ricorso abusivo al credito) hanno cagionato un danno

³ F. Gavioli, “Distrazioni all’interno del gruppo societario”, in Guida ai controlli fiscali, n. 6/2016, pag. 30.

⁴ Cfr. L. Ferrajoli, “Bancarotta fraudolenta e concorso di reati”, in Crisi e risanamento, n. 6/2014, pag. 23.

⁵ Cfr. Cassazione, sentenza n. 12645/2016, secondo cui in tema di bancarotta semplice, la responsabilità del Presidente di una associazione non riconosciuta è configurabile solo se lo stesso abbia effettivamente esercitato i poteri gestionali, non essendo sufficiente il dato formale.

patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà. Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate:

1. se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati;
2. se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale.

Viceversa, nel caso in cui i fatti indicati nel primo comma hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo. Sul punto, annotiamo che la Corte di Cassazione, con la [sentenza n. 20695/2016](#), ha affermato che in tema di bancarotta semplice fallimentare, la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, prevista dall'articolo 219, comma 3, L.F.:

“è configurabile quando il danno arrecato ai creditori è particolarmente tenue o manchi del tutto e la valutazione rimessa al giudice non può prescindere dal considerare le dimensioni dell'impresa, il movimento degli affari e l'ammontare dell'attivo e del passivo (n. 17351/2015)”.

Peraltro, ai fini dell'applicazione della suddetta circostanza attenuante nella bancarotta documentale:

“non rileva l'ammontare del passivo, ma la differenza che la mancanza dei libri o delle scritture contabili ha determinato nella quota complessiva dell'attivo da ripartire tra i creditori, avendo riguardo al momento della consumazione del reato” (Cassazione n. 44443/2012).

Insomma, concludono i giudici nella [sentenza n. 20695/2016](#):

“la valutazione cui devono fare riferimento i giudici di merito non può limitarsi – come avvenuto nel caso in esame – alla considerazione degli importi delle somme non registrate nelle scritture contabili, ma deve estendersi alle dimensioni dell'impresa, al movimento degli affari, all'ammontare dell'attivo e del passivo, nonché – ovviamente – alla incidenza che la condotta illecita (la mancata registrazione di dati contabili) ha avuto sul danno derivato alla massa dei creditori”.

Ricordiamo, per completezza, che le fattispecie di bancarotta propria si distinguono da quelle di bancarotta impropria sostanzialmente per la qualità del soggetto attivo. Le norme richiamano, infatti, le corrispondenti fattispecie di cui agli articoli 216 e 217, L.F., con l'aggiunta di alcune ipotesi specifiche e tassative (articoli [223](#), comma 2 e [224](#), comma 1, n. 2, L.F.), meglio definite come bancarotta societaria. L'[articolo 223](#), L.F. applica, quindi, le pene stabilite nell'[articolo 216](#), L.F. agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo⁶.

⁶ Nei confronti delle persone suddette trova applicazione la pena prevista dal comma 1, articolo 216, se: 1. hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633 e 2634, cod. civ.; 2. hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società. Anche la bancarotta impropria costituisce un reato di pericolo, a garanzie dei creditori fallimentari.

Il disordine contabile

Ai fini strettamente fiscali, il disordine contabile può portare all'accertamento induttivo, che consente di ricostruire la posizione fiscale del contribuente attraverso procedure di quantificazione e qualificazione della base imponibile che prescindono dalla documentazione contabile del contribuente stesso, avendo l'Amministrazione finanziaria la facoltà di disattenderle – costituendo un'eccezione ai principi generali – ricorrendo a presunzioni prive dei requisiti di gravità, precisione e concordanza⁷.

Infatti, in presenza di gravi patologie dell'impianto contabile ovvero di assenza dello stesso, l'utilizzo di dette presunzioni costituisce l'unico strumento per poter ricostruire il reddito/volume d'affari dell'impresa ovvero del professionista.

L'ufficio, ai sensi dell'[articolo 39](#), comma 2, D.P.R. 600/1973, può quindi determinare il reddito d'impresa e il reddito di lavoro autonomo derivante dall'esercizio di arti e professioni, in deroga alle disposizioni previste dal comma 1, articolo 39, D.P.R. 600/1973 sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza, in suo possesso, prescindendo in tutto o in parte dalle scritture contabili, e con facoltà di avvalersi di presunzioni semplici anche se non gravi, precise e concordanti, nelle seguenti ipotesi:

Ipotesi		
Se il reddito d'impresa non è stato indicato nella dichiarazione	Se dal verbale d'ispezione risulta che il contribuente non ha tenuto o ha sottratto all'ispezione una o più scritture che era obbligato a tenere o se le scritture medesime non sono disponibili per causa di forza maggiore	Se le irregolarità formali, le omissioni, falsità e inesattezze delle scritture risultanti dal verbale d'ispezione sono così gravi, ripetute e numerose da rendere inattendibili le scritture stesse nel loro complesso

L'ufficio, ancora, può ricorrere all'accertamento induttivo anche se il contribuente non ha risposto e non ha ottemperato agli inviti di esibire atti e documenti, compilare questionari o comparire di persona, ovvero in caso di omessa presentazione dei modelli per la comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore o di indicazione di cause di esclusione o di inapplicabilità degli studi di settore non sussistenti, nonché di infedele compilazione dei predetti modelli che comporti una differenza superiore al 15%, o comunque a 50.000 euro, tra i ricavi o compensi stimati applicando gli studi di settore sulla base dei dati corretti e quelli stimati sulla base dei dati indicati in dichiarazione. L'ampiezza delle ipotesi considerate dall'[articolo 39](#), comma 2, D.P.R. 600/1973 (omessa dichiarazione del reddito d'impresa; omessa tenuta o sottrazione all'ispezione di scritture contabili; omissioni, false o inesatte indicazioni o irregolarità contabili gravi, numerose e ripetute; mancata risposta agli inviti degli

⁷ Cfr. Antico, "Accertamento induttivo: condizioni ed evoluzione giurisprudenziale", in *Accertamento e contenzioso*, n. 25/2017

uffici), determinata dalla presenza di presunzioni c.d. “semplicissime” (dalla conoscenza di un fatto sintomatico certo è possibile far scaturire gli elementi che ragionevolmente conducono alla determinazione induttiva del reddito d'impresa), genera certamente un ventaglio ben più ampio di quelle strettamente indicate nelle varie lettere del comma 2, articolo 39, D.P.R. 600/1973⁸.

Inoltre, se nel corso dell'attività di verifica può capitare che il contribuente non produca alcun tipo di contabilità agli organi accertatori adducendo motivazioni di ogni genere, si pone il problema di stabilire se la contabilità del contribuente sia stata mai istituita ovvero sia stata successivamente distrutta o occultata⁹: la prima ipotesi è sanzionata in via amministrativa dall'[articolo 9](#), D.Lgs. 471/1997; la seconda configura il delitto disciplinato dall'[articolo 10](#), D.Lgs. 74/2000¹⁰. In numerose sentenze di legittimità¹¹ la Suprema Corte ha messo in evidenza che nella previsione dell'articolo 10, D.Lgs. 74/2000 rientra solamente la condotta di occultamento o quella di distruzione delle scritture contabili obbligatorie, rimanendo nettamente esclusa quella consistente invece nella loro omessa istituzione, sanzionata appositamente in via amministrativa dall'articolo 9, D.Lgs. 471/1997. In senso opposto al precedente è possibile riscontrare sull'argomento anche un orientamento (più risalente e decisamente minoritario) secondo il quale costituirebbe condotta idonea a integrare il reato di cui all'[articolo 10](#), D.Lgs. 74/2000 anche quella del contribuente che – al fine di evadere le imposte dirette o sul valore aggiunto – si sia limitato a omettere la tenuta della documentazione contabile, essendo sufficiente al riguardo anche

“una impossibilità relativa, ovvero una semplice difficoltà di ricostruzione del volume di affari e dei redditi ..., causata dall'occultamento della documentazione fiscale o da qualunque altra condotta, che si rivela impeditiva all'accertamento de quo”¹².

⁸ Analogamente, ai fini Iva, l'articolo 55, D.P.R. n.633/1972 prevede – nell'ipotesi di omessa presentazione della dichiarazione annuale – che l'ufficio possa procedere in ogni caso all'accertamento dell'imposta dovuta indipendentemente dalla previa ispezione della contabilità. In tal caso l'ammontare imponibile complessivo e l'aliquota applicabile sono determinati induttivamente sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a conoscenza dell'ufficio. Le stesse disposizioni stesse si applicano, in deroga alle disposizioni dell'articolo 54, D.P.R. 633/1972 che prevedono l'accertamento analitico, quando risulta, attraverso il verbale di ispezione, che il contribuente non ha tenuto, ha rifiutato di esibire o ha comunque sottratto all'ispezione i registri previsti e le altre scritture contabili obbligatorie a norma del primo comma dell'articolo 2214, cod. civ. e delle leggi in materia di imposte sui redditi, o anche soltanto alcuni di tali registri e scritture; quando dal verbale di ispezione risulta che il contribuente non ha emesso le fatture per una parte rilevante delle operazioni ovvero non ha conservato, ha rifiutato di esibire o ha comunque sottratto all'ispezione, totalmente o per una parte rilevante, le fatture emesse; quando le omissioni e le false o inesatte indicazioni o annotazioni accertate ai sensi dell'articolo 54, ovvero le irregolarità formali dei registri e delle altre scritture contabili risultanti dal verbale di ispezione, sono così gravi, numerose e ripetute da rendere inattendibile la contabilità del contribuente.

⁹ Cfr. G. Antico – M. Genovesi, “Problemi di “convivenza” tra il reato di occultamento/distruzione di libri contabili e la sanzione di omessa tenuta”, in il fisco n. 25/2019, pag. 2442.

¹⁰ Oggi, il D.L. 124/2019, convertito con modificazioni in L. 157/2019, ha innalzato il minimo edittale da 1 anno e 6 mesi a 3 anni e il massimo edittale da 6 a 7 anni. Inoltre, entra in gioco la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in relazione alla commissione di tale reato, con una sanzione pecuniaria fino a 400 quote.

¹¹ Cassazione n. 38376/2015; n. 28581/2015. Più recentemente in tal senso Cassazione n. 1441/2018: “Va anzitutto ribadito, in adesione al più recente e prevalente orientamento di questa Corte, la cui forza cogente deriva dalla necessaria conformazione della interpretazione del dettato del D.Lgs. 74/2000, articolo 10, al principio di tassatività della legge penale, che la condotta sanzionata dal D.Lgs. 74/2000, articolo 10, è solo quella, espressamente contemplata appunto dalla norma, di occultamento o distruzione delle scritture contabili obbligatorie e non anche quella della loro mancata tenuta, espressamente sanzionata in via meramente amministrativa dal D.Lgs. 471/1997, articolo 9, comma 1, (vedi, in conformità a Sez. 3, n. 38224/2010, P.M. in proc. Di Venti, Rv. 248571 nonché a Sez. 3, n. 28581/2015, Ranedda, non massimata, le successive n. 19106/2016, Chianese e altro, Rv. 267102 e Sez. 3, n. 28048/2017, Maniaci, non massimata; contra, isolatamente, n. 28656/2009, Pacifico, Rv. 244583”.

¹² Cassazione n. 28656/2009.

Quindi, secondo tale tesi¹³, il delitto di distruzione od occultamento di documenti contabili ex [articolo 10](#), D.Lgs. 74/2000 finirebbe per poter essere contestato anche a carico di chi abbia omesso la tenuta della documentazione contabile, dal momento che tale condotta determina per l'ufficio una (analoga) difficoltà nella ricostruzione del volume degli affari e dei redditi del contribuente verificato. Ovviamente, si può occultare o distruggere solo ciò che esiste¹⁴. È certo che per contestare concretamente il reato di occultamento delle scritture contabili è necessaria una puntuale ricognizione dei documenti contabili/fiscali recuperati in sede di controllo seguita da una loro valutazione complessiva, al fine di considerare acquisiti o meno elementi di prova sufficienti per poter ritenere consumato tale delitto. Ricordiamo che il reato di occultamento delle scritture contabili, previsto dall'articolo 10, D.Lgs. 74/2000 e la bancarotta fraudolenta documentale di cui all'[articolo 216](#), comma 1, n. 2, L.F. punisce condotte differenti, e di conseguenza esiste il concorso fra i reati, e, in difetto dell'identità del fatto, non è configurabile la violazione del *ne bis in idem*, di cui all'[articolo 649](#), c.p.p.. Infatti, con la [sentenza n. 32367/2017](#) la Corte di Cassazione ha affermato che non sussiste la violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 649, c.p.p., qualora alla condanna per illecito tributario (nella specie per occultamento e distruzione di documenti contabili, ex articolo 10, D.Lgs. 74/2000) faccia seguito la condanna per bancarotta fraudolenta documentale, stante la diversità delle suddette fattispecie incriminatrici, richiedendo quella penal-tributaria l'impossibilità di ricostruire l'ammontare dei redditi, o il volume degli affari, laddove la bancarotta, invece, punisce condotte plurime, riconducibili a diversi illeciti¹⁵.

¹³ Cassazione n. 11267/2015; n. 6752/2012; n. 2698/2012.

¹⁴ In tal senso cfr. M. Conigliaro – A. Romano, "Occultamento e distruzione delle scritture contabili: reato solo se ne è provata la regolare istituzione", in il fisco n. 23/2018, pag. 2248: "Consegue a quanto appena detto che in tanto può essere configurata la fattispecie delittuosa di cui all'articolo 10 cit., in quanto la documentazione contabile, di cui si assume l'occultamento o la distruzione, sia stata previamente istituita (non potendo occultarsi o distruggersi ciò che evidentemente neppure esiste)".

¹⁵ La Suprema Corte rileva in ogni caso la mancanza di identità dei fatti per plurime ragioni: il reato fiscale indica quale oggetto della condotta le "scritture contabili" o i "documenti di cui è obbligatoria la conservazione" ai fini fiscali, "che comprendono non solo quelle formalmente istituite in ossequio a specifico dettato normativo, ma anche quelle obbligatorie in relazione alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (ad esempio libro cassa, scritture di magazzino, scadenziario et similia), nonché la corrispondenza posta in essere nel corso dei singoli affari, il cui obbligo di conservazione deve farsi risalire all'articolo 22, comma 3, D.P.R. 600/1973 (n. 1377/2011). La bancarotta fraudolenta documentale ha a oggetto, invece, i libri previsti obbligatoriamente dall'articolo 2214, cod. civ. (in primis libro giornale e libro degli inventari), nonché le scritture contabili richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa – indipendentemente dall'obbligo di conservazione fiscale – che consentano, tuttavia, la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari"; l'azione fraudolenta relativa al reato di bancarotta "si concreta in un evento da cui discende la lesione degli interessi creditorî, rapportato all'intero corredo documentale, risultando irrilevante l'obbligo normativo della relativa tenuta, ben potendosi apprezzare la lesione anche dalla sottrazione di scritture meramente facoltative (n. 16360/2011)"; il reato di bancarotta fraudolenta ricorre sempre che sia intervenuto il fallimento e la sentenza dichiarativa di fallimento è un elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta (n. 46182/2004); il reato penal fiscale implica l'interesse statale alla trasparenza fiscale del contribuente, sanzionando l'obbligo di non sottrarre all'accertamento le scritture e i documenti obbligatori (Cassazione, sentenza n. 3057/2007) per la ricostruzione del volume d'affari o dei redditi, laddove l'articolo 216 implica la tutela del ceto creditorio; l'evento, poi, dei due reati del pari differisce, determinando la bancarotta fraudolenta l'impossibilità di ricostruire il patrimonio o il movimento degli affari, mentre il reato di cui all'articolo 10, D.P.R. 74/2000 i redditi o il volume di affari.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Imprese minori tra strumenti di allerta, misure protettive e premiali

di Giulio Pennisi – dottore commercialista

Il sistema di allerta introdotto dal nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, ha risvolti anche per le imprese minori e non assoggettabili alla liquidazione giudiziale che, all'esito della segnalazione all'Ocri, dovranno rivolgersi agli Occ per avviare la procedura di composizione assistita della crisi. La procedura è espressamente prevista all'[articolo 17](#), comma 6 del Codice: la novità ha risvolti operativi sia sul funzionamento degli Occ sia sulla applicabilità delle misure protettive e premiali. Le prime, già presenti nell'attuale norma della L. 3/2012, saranno ancora utilizzabili su provvedimento del giudice, mentre le seconde non sembrano di immediata attuazione per il debitore minore che tempestivamente ricorre a uno degli strumenti di regolazione della crisi.

L'[articolo 3](#) del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, D.Lgs. 14/2019 entrato parzialmente in vigore lo scorso 16 marzo 2019, prevede taluni doveri in capo al debitore in ragione della forma giuridica adottata, non anche delle dimensioni dell'attività svolta: non vi è dubbio che, le modifiche al codice civile già entrate in vigore, obbligano gli imprenditori a dotarsi di un assetto organizzativo, adeguato alla natura e alle dimensioni, in funzione della tempestiva rilevazione della crisi di impresa e della continuità aziendale onde adottare misure idonee al suo superamento. L'obiettivo del Legislatore è ancor più evidente in materia societaria: la novella interessa infatti anche tutte le imprese collettive, quindi anche le società "minori" per dimensioni, che subiscono gli effetti derivanti dall'obbligo di adozione di un assetto organizzativo adeguati ai sensi del nuovo [articolo 2086](#), cod. civ.. Come è noto, al fine di rilevare tempestivamente la crisi o l'insolvenza definitiva, la riforma introduce un complesso sistema di indicatori e strumenti di allerta utilizzabili dagli organi di controllo interno o dai creditori pubblici qualificati.

Gli strumenti di allerta e la segnalazione del creditore pubblico qualificato

Tali strumenti di allerta, previsti all'[articolo 12](#), comma 7 del Codice, sono di fatto estesi anche alle imprese minori che, ancorché non assoggettate alla "assistenza" dei nuovi organismi di composizione della crisi da costituirsi presso le CCIAA, potranno continuare ad adire i rinnovati istituti del

sovraindebitamento. Gli Occ sono stati introdotti per la prima volta nel nostro ordinamento, con la L. 3/2012 che li chiamava a gestire la fase di composizione della crisi dei soggetti, persone fisiche e persone giuridiche, non assoggettabili alle procedure concorsuali. È noto che la riforma, quanto ai sistemi di prevenzione della crisi economica e finanziaria, ha introdotto un complesso insieme di norme volte a far emergere tempestivamente i segnali di crisi economica o finanziaria di tutti i soggetti che operano nel sistema economico, e, nel contempo, verificare le opportunità di risanare tali *trend* negativi, in favore della continuità di impresa e con lo scopo di attenuare gli effetti nefasti del dissesto sul più ampio tessuto socio economico.

A tal fine, il Legislatore ha introdotto strumenti e misure atte alla rilevazione degli stati di crisi, anche prospettici, che consentano la tempestiva rilevazione e il contestuale ricorso a procedure di composizione. Gli strumenti di allerta e gli indicatori della crisi descritti dagli articoli [12](#) e ss. del Codice – che ancor prima della entrata in vigore prevista il prossimo 15 agosto 2020 sono già oggetto di un decreto correttivo-, sono a disposizione degli organi di controllo societari e dei creditori pubblici qualificati. Essi sono gravati, ove ne ricorrano le condizioni, dall'obbligo di effettuare una segnalazione agli Ocri territorialmente competenti. Pur tuttavia, non avendo le imprese minori alcun obbligo di nomina degli organi di controllo interno (facoltativi per le società entro la soglia dettata dal novellato [articolo 379](#) del Codice che ha modificato l'[articolo 2477](#), cod. civ.) ovvero l'impossibilità di effettuarla per carenza di una norma che lo consenta, il sistema di segnalazione si limiterà a quello attuato dai creditori pubblici qualificati, *id est* l'Agenzia delle entrate-Riscossione o l'Inps. Tali organi, infatti, saranno tenuti a segnalare ai nascenti Organismi di composizione presso le CCIAA, i sintomi di una potenziale crisi aziendale derivante dal mancato pagamento di imposte, tributi, contributi e simili per un ammontare pari a quello indicato dal Legislatore, senza preventivamente sapere se il debitore sia sottoponibile o meno alla liquidazione giudiziale. Tale è la conclusione che deriva dalla lettura dell'[articolo 15](#) del Codice che prevede l'obbligo di segnalazione come segue:

- con riferimento all'Agenzia delle entrate: quando il debito scaduto e non versato per l'Iva sia pari ad almeno il 10% (così come modificato nella bozza di decreto correttivo attualmente in circolazione che riduce l'attuale percentuale pari al 30%) del volume d'affari del medesimo periodo e non sia inferiore a 25.000, 50.000 o 100.000 euro in caso di volume d'affari dell'anno precedente rispettivamente pari e fino a 2.000.000, a 10.000.000 e oltre 10.000.000 di euro;
- con riferimento all'Inps: quando il debitore sia in ritardo di oltre 6 mesi nel versamento di un importo dei contributi previdenziali superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno e comunque oltre la soglia di 50.000 euro;

– con riferimento all’Agenzia delle entrate-Riscossione: quando i crediti complessivamente affidati per la riscossione, scaduti da oltre 90 giorni, siano superiori a 500.000 euro per le imprese individuali e a 1.000.000 di euro per le imprese collettive.

Il Legislatore, nel silenzio della norma, ha inteso stabilire le medesime soglie di segnalazione sia per le imprese assoggettabili alle procedure concorsuali del Codice della crisi, sia per quelle minori; si impone, pertanto, la riflessione circa la necessità di soglie di debito o tempistiche di segnalazione distinte, e tuttavia la riforma guarda alla finalità di scongiurare il dissesto di tutti i soggetti allocati nel sistema economico e di indurre i meno accorti, a utilizzare gli strumenti a disposizione. Sul piano pratico, però, tale scelta pone qualche dubbio sulla sua effettiva adozione nonché, come si vedrà in seguito, anche sulla applicabilità o meno delle misure protettive e premiali previste per tutti gli altri soggetti. Nel caso specifico, le norme prevedono che, manifestatasi la fattispecie che obbliga la segnalazione, il creditore pubblico qualificato informerà il debitore, con provvedimento notificato a mezzo pec o raccomandata A/R, concedendo termine di 90 giorni per la regolarizzazione della posizione debitoria, anche mediante istanza di rateizzazione.

La convocazione del debitore dinanzi all’Occ

Scaduto il termine senza alcuna regolarizzazione o rimozione della causa, la segnalazione sarà inoltrata all’Ocri per i provvedimenti conseguenti. Il referente dell’organismo, acquisita la segnalazione, ove verifichi che essa riguarda impresa qualificabile come minore – in ragione dei valori del bilancio di esercizio o contabili meglio elencati alla lettera d), comma 1, [articolo 2](#) del Codice – ovvero agricola, dichiarata l’incompetenza dell’organismo adito dal creditore a gestire la crisi, dovrà semplicemente convocare il debitore innanzi all’Occ (da quest’ultimo indicato oppure a uno di quelli competenti per territorio sulla base di un criterio di rotazione) per avviare il procedimento di composizione della crisi dinanzi a tale ultimo organo. Tale aspetto della procedura di allerta pone rilevanti interrogativi non solo sulla potenziale efficienza del sistema, ma anche sul piano giuridico, che paiono rilevanti attesi i nuovi strumenti premiali e protettivi. Sul piano procedurale è evidente che una parte rilevante delle attività degli Ocri, potrebbe riguardare la gestione di un flusso di segnalazioni relative a casi di “crisi” dell’impresa rilevatasi “minore” e legata al mancato pagamento di tributi e contributi; in tali casi gli Ocri si troveranno a effettuare una mera attività istruttoria propedeutica a quella degli Occ; questi ultimi avranno poi il compito di comporre la crisi mediante i tipici istituti del sovra indebitamento già conosciuti con la L. 3/2012 e oggi profondamente rinnovati alla luce del nuovo Codice. Certamente tali organismi riceveranno nuova linfa dalla gestione delle segnalazioni obbligatorie testé descritte, ben

oltre le attuali competenze di gestione delle istanze di composizione “volontaria” del debitore. È opportuno interrogarsi fin d’ora sulla opportunità di siffatta inutile duplicazione di passaggi, rischiosi per la tenuta e l’efficienza del sistema: la stessa Banca d’Italia si aspetta, a regime, richieste di accesso alle procedure negoziali di composizione della crisi e di esdebitazione per un valore prossimo alle 150.000 per anno. Peraltro, il Legislatore non ha chiarito con quali risorse gli Occ dovranno gestire le segnalazioni promananti dagli omologhi organismi costituiti presso le CCIAA. La norma infatti regola le spese di funzionamento dei soli Ocri ([articolo 351](#), comma 2 del Codice) i cui costi fissi saranno coperti mediante il versamento dei diritti di segreteria determinati in forza dell’[articolo 18](#), L. 580/1993 (come modificato dal D.Lgs. 219/2016), mentre gli Organismi di composizione di cui alla L. 3/2012, si ritroveranno a gestire tali segnalazioni senza alcun contributo erariale, con l’effetto ulteriore di far gravare tali oneri sugli enti che li hanno costituiti, *in primis* gli Odcec, avvocati e notai che li compongono per la maggior parte.

Gli strumenti protettivi per l’impresa minore che accede alle procedure di sovraindebitamento

Va segnalata, perché di rilievo sistematico, la possibilità per l’impresa minore in allerta di ricorrere agli istituti protettivi e premiali introdotti dalla novella. Le misure protettive sono già previste nella L. 3/2012 e operano, anche in assenza di espressa richiesta della parte, nelle more del procedimento di omologa dell’accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti da presentare con l’ausilio degli Occ (*id est* il nuovo “concordato minore” illustrato dall’[articolo 74](#) e ss. del Codice). L’impresa minore, come pure ogni altro debitore assoggettabile alla procedura, dopo il deposito del ricorso per l’omologazione del piano ([articolo 9](#), L. 3/2012), beneficia dell’inibitoria all’inizio o alla prosecuzione delle azioni esecutive individuali, dei sequestri conservativi, all’acquisto di diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore, a eccezione dei crediti impignorabili. Ciò sotto pena di nullità delle azioni e sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo. Tali misure protettive, nella attuale formulazione della norma sul sovraindebitamento, operano d’ufficio tanto che, per espressa previsione di legge, il giudice le dispone con proprio decreto anche in assenza di esplicita richiesta del debitore. Viceversa, le medesime misure cautelari atte alla conservazione del patrimonio del debitore istante per la composizione della crisi del nuovo istituto del concordato minore, pur attuate con il medesimo decreto, operano solo se espressamente richieste dal debitore. Orbene, nei 2 casi descritti, non sembrano palesarsi rilevanti differenze sul piano sostanziale. La differenza è meramente

procedurale atteso che, mentre allo stato attuale operano d'ufficio, in futuro il debitore dovrà richiederne l'applicazione al deposito della domanda. Siffatta modifica nulla varia rispetto alla detta segnalazione: laddove la procedura abbia *incipit* per effetto della attività del creditore pubblico qualificato all'Ocri, le misure potranno essere comunque invocate laddove il debitore, con l'ausilio dell'Occ, depositerà in Tribunale la proposta di accordo, contenente anche la richiesta di provvedimento cautelare, al fine di beneficiare della sospensione delle azioni esecutive. Tale parrebbe essere la soluzione prospettata da una prima e immediata lettura del testo che, infine, non pone particolari problemi interpretativi. Sia che la composizione abbia origine da una segnalazione pervenuta all'Ocri, confluita nel piano predisposto con l'ausilio dell'Occ, sia che l'iniziativa promani dall'azione tempestiva del debitore, siffatte misure opereranno solo al deposito del piano in Tribunale. In verità, però, è necessario riflettere sugli effetti del richiamo operato nel testo dell'[articolo 17](#), comma 6 del Codice laddove dispone il rinvio da parte del referente dell'Ocri dinanzi all'omologo organismo per il sovraindebitamento. Giunta la segnalazione al referente dell'Ocri da parte del creditore pubblico qualificato, il procedimento cui il Legislatore rimanda, a svolgersi dinanzi all'Occ, parrebbe non essere quello del sovraindebitamento testé descritto (procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento) che prevede, per l'appunto che le imprese non assoggettabili alla liquidazione giudiziale possano beneficiare delle misure cautelari mediante ricorso al concordato minore ex [articolo 74](#) e ss. del Codice, bensì a quello generico di composizione assistita della crisi del Capo III dello stesso Titolo ([articolo 18](#) e ss. del Codice). L'improprio riferimento testuale apre scenari contrastanti; e, infatti, le misure protettive e cautelari invocabili dal debitore dinanzi all'Ocri, sono sostanzialmente diverse dai medesimi istituti sin qui illustrati, perché rispondono a criteri e modalità distinte. Esse, in presenza dei requisiti di legge e della documentazione elencata all'[articolo 57](#) del Codice (fra la quale l'attestazione del professionista indipendente circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano) possono essere disposte mediante ricorso del debitore alla sezione specializzata del Tribunale delle imprese competente anche prima del deposito della domanda di omologa degli accordi di ristrutturazione ([articolo 54](#), comma 3 del Codice); la previsione coesiste con la medesima funzione certificativa dell'Ocri circa la veridicità dei dati aziendali che a esso può essere richiesta dal debitore ai sensi dell'[articolo 19](#), comma 3 del Codice. Il procedimento è certamente più complesso e oneroso, ma beneficia di una più puntuale normazione in quanto delinea espressamente compiti e ruoli di ogni attore ivi coinvolto. Diversamente la procedura dinanzi all'Occ cui è pervenuto il debitore per effetto della segnalazione e dell'attività del referente dell'Ocri, è molto scarna in quanto non prevede alcuna tempistica per la redazione della proposta ed è priva di ogni descrizione circa i compiti dell'organismo.

Pertanto, ritenendo il richiamo letteralmente improprio tanto da doversi auspicare, nelle more della entrata in vigore, un correttivo, le misure cautelari per le imprese minori restano al momento solo quelle previste all'[articolo 78](#), comma 2, lettera d) del Codice e non quelle dell'[articolo 54](#) e ss. del Codice.

Le possibili criticità della gestione dei procedimenti di allerta in seno agli Occ

Prima di esaminare l'aspetto delle misure premiali, introdotte dall'[articolo 25](#) del Codice, pare necessario evidenziare un ulteriore aspetto a tratti controverso che deriva dalla previsione di una procedura di allerta in capo all'Ocri per l'impresa minore. Se da un lato il Legislatore ha inteso sottolineare il profilo pubblicistico di tali organismi, enfatizzando il loro ruolo di presidi atti alla tutela del ceto creditorio – finanche abilitandoli a funzioni certificative e attestative dei piani di risanamento in luogo dell'attuale previsione degli istituti concordatari già presenti nella ultima riforma della Legge Fallimentare vigente-, dall'altro, nei casi di convocazione dinanzi all'Occ, non ha regolamentato quest'ultima procedura, limitandosi a una forma di *restyling* della legge sul sovraindebitamento. Manca, infatti, al momento qualsiasi disposizione che regolamenti la procedura di nomina del gestore (o anche dei più gestori attesa la necessità di colmare distinte attività spesso incompatibili fra loro; si pensi alla funzione pressoché consulenziale nella predisposizione del piano ovvero quella attestativa), l'eventuale concessione di un termine al debitore per la redazione della proposta o la produzione dei documenti atti alla sua redazione e, in ultimo, ma non per importanza, l'operatività delle misure protettive solo ed esclusivamente al momento della emanazione del decreto giudiziale di ammissione alla procedura. Non è immediatamente intellegibile la motivazione che ha indotto il Legislatore a prevedere l'intervento delle misure protettive in favore della impresa assoggettabile alla liquidazione giudiziale prima del deposito del definitivo piano o dell'accordo di ristrutturazione, attuato con l'intervento giudiziale richiesto nella fase di elaborazione della proposta dinanzi all'Ocri, rinviando l'applicazione del medesimo istituto in favore dell'impresa minore alla fase che segue il decreto giudiziale di ammissione, per il quale è propedeutica ed essenziale l'attività richiesta all'Occ. Una delle chiavi di lettura potrebbe essere rappresentata dall'intento del Legislatore di "economizzare" i costi delle distinte procedure, individuando in quelle gestite dagli organismi del sovraindebitamento, come meno onerose in funzione della riconoscibilità di tali enti come presidio sociale e di fondamentale importanza per consumatori, imprese minori e altri soggetti non sottoposti alle procedure concorsuali maggiori. V'è però da sottolineare che l'adozione di strumenti volti a tutelare il patrimonio del debitore minore in crisi, tempestivo nel richiedere l'assistenza dell'Occ, prima del decreto giudiziale di ammissione della proposta, rappresenta un momento essenziale e ancillare al buon esito delle procedure. A tal fine è

auspicabile un intervento chiarificatore che consenta alle misure cautelari per le imprese minori di venire in essere già nella fase stragiudiziale dinanzi agli Occ, anche al fine di garantire parità di accesso a tutte le imprese anche in ragione della medesima assoggettabilità all'identico meccanismo di segnalazione.

Sulla potenziale applicazione delle misure protettive

Se, quindi, sul profilo delle misure protettive, fatte salve le differenze procedurali descritte, vi è una comunione di intenti del Legislatore sulla loro rilevanza tesa a garantire *appeal* alle procedure di composizione della crisi, maggiori perplessità si riscontrano circa la possibilità di applicare al sovraindebitamento, le c.d. misure premiali, come descritte all'[articolo 25](#) del Codice. Ora se si parte dal presupposto che il richiamo dell'[articolo 17](#), comma 6 del Codice al procedimento di composizione della crisi per l'impresa minore sia solo ed esclusivamente quello del sovraindebitamento, diviene chiaro che le misure premiali previste per il debitore che propone tempestivamente la domanda di accesso a una delle procedure regolate dal Codice, siano appannaggio solo di quest'ultimo e non dell'impresa minore. Tali misure, inoltre, riguardano solo ed esclusivamente il debitore che tempestivamente ricorre agli strumenti di composizione. L'articolo 25 del Codice espone quando l'azione si considera tempestiva. È tempestiva l'istanza pervenuta, alternativamente, quando: esistono debiti per retribuzioni scaduti da almeno 60 giorni per un ammontare complessivo pari a oltre la metà dell'ammontare totale mensile delle retribuzioni; esistono debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; nell'ultimo bilancio approvato siano stati superati gli indicatori della crisi e comunque per oltre 3 mesi.

Orbene la tempestività premia consentendo all'imprenditore di beneficiare, anche cumulandole fra loro, di riduzioni sul debito tributario, di proroghe fino al doppio dei termini per il deposito della proposta di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti, della esclusione della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale concorrente se l'attestazione del professionista indipendente assicura il soddisfacimento del ceto creditorio per la misura non inferiore al 20%. Altri istituti premiali emergono sul piano penale quanto ai reati connessi all'imprenditore in liquidazione giudiziale. Siffatte "agevolazioni" non possono essere *tout court* estese all'impresa minore proprio perché manca un riferimento esplicito alle stesse né il Legislatore ha inteso specificare la loro previsione, in caso di tempestivo ricorso all'Occ, limitando il richiamo al solo Ocri. Anche tale aspetto, induce una riflessione. L'esperienza giudiziaria degli ultimi anni ha mostrato, infatti, come, nel sovraindebitamento e nel ricorso alle procedure della L. 3/2012 da parte di imprese non assoggettabili

al fallimento e altre procedure concorsuali, l'assenza di misure protettive automatiche nonché la mancanza di misure premiali come quelle testé descritte per l'impresa minore che si attivi tempestivamente per la soluzione della crisi d'impresa, abbiano indotto una scarsa diffusione dello strumento. Nel contesto descritto dalla definitiva riforma, il debitore minore non avrà alcun incentivo ad attivarsi precocemente ai fini della soluzione della crisi, con l'effetto che molti casi assoggettabili alla composizione del sovraindebitamento, saranno tardivi ovvero senza possibilità di soluzione alternativa. Solo l'introduzione della possibilità per il creditore in pendenza di procedure esecutive individuali ovvero dal P.M. di avviare la liquidazione controllata del debitore imprenditore minore (*id est* l'attuale liquidazione del patrimonio volontaria o aperta a seguito di conversione di piani o accordi di cui alla L. 3/2012, confluita nell'[articolo 268](#) del Codice, anch'esso oggetto a breve di parziale revisione) sarà l'unico monito a sostegno del tempestivo tentativo di risoluzione alternativa della crisi. Di contro, siffatta previsione normativa potrebbe certamente avere effetti dirompenti sullo sviluppo delle procedure di sovraindebitamento, laddove il debitore non abbia interessi a far emergere il proprio stato di crisi. Tenuto conto del ruolo che avranno le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, sarebbe quindi in conclusione auspicabile la previsione di misure premiali, come quelle dell'[articolo 25](#) del Codice, da applicare alle imprese minori tempestive. Laddove l'istanza del debitore all'Occ per la composizione della crisi sia considerata tempestiva secondo quanto stabilito dalle norme, e magari anche in ragione di una immediata applicazione dell'[articolo 24](#) del Codice, sarebbe auspicabile anche per le imprese minori la possibilità di beneficiare di una riduzione automatica di interessi e sanzioni sul piano tributario, nonché l'estensione delle clausole di non punibilità per i reati nelle ipotesi in cui il danno cagionato sia di speciale tenuità.

In conclusione, l'emanazione del primo decreto correttivo al Codice della crisi, ancorché dalla lettura delle bozze in circolazione non pare che il Legislatore abbia optato per tale opportunità, potrebbe essere un'occasione utile e preziosa per intervenire su tali carenze della normativa sul sovraindebitamento.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, revisore legale, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Nicla Corvacchiola – dottore commercialista, revisore legale, docente a contratto Università Carlo Cattaneo di Castellanza

In questo numero analizzeremo le disposizioni contenute nel [Titolo III](#) “Procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza” del D.Lgs. 14/2019, Codice della crisi e dell’insolvenza, in attuazione della L. 155/2017.

In particolare saranno analizzate le disposizioni concernenti la giurisdizione, la competenza, la cessazione dell’attività del debitore, l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza e per finire alle misure cautelari protettive, evidenziando le modifiche previste dallo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell’[articolo 1](#), comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante “Codice della crisi e dell’insolvenza in attuazione della L. 155/2017”.

La giurisdizione

L’[articolo 26](#) del Codice rubricato “Giurisdizione italiana” al comma 1 stabilisce che l’imprenditore che ha il centro principale degli interessi all’estero e che abbia una dipendenza in Italia può essere assoggettato a una procedura di regolazione della crisi e dell’insolvenza anche se è stata aperta una analoga procedura all’estero.

La disposizione recepisce, ai fini della competenza territoriale, la nozione di centro di interessi principali del debitore come definita dall’ordinamento dell’Unione Europea.

Il comma 2, articolo 26 del Codice prevede l’irrelevanza, anche ai fini della giurisdizione, del trasferimento del centro principale degli interessi all’estero nell’anno antecedente il deposito della domanda di accesso alla procedura o l’inizio della procedura di composizione della crisi, se anteriore.

Il comma 3 in merito al trasferimento della sede stabilisce l’irrelevanza degli spostamenti avvenuti entro il periodo di 3 mesi precedenti alla domanda di apertura della procedura di insolvenza.

Infine, l’articolo 26 del Codice prevede che il Tribunale quando apre una procedura di insolvenza transfrontaliera (Regolamento UE 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015) deve dichiarare se la procedura è principale, secondaria o territoriale.

La competenza

La competenza per i procedimenti di accertamento della crisi e dell'insolvenza è sempre attribuita al Tribunale, che è dunque competente per materia rispetto agli altri organi della giurisdizione ordinaria. L'[articolo 27](#) del Codice dispone che al Tribunale è attribuita la cognizione delle azioni che derivano dalla procedura, così come era previsto dall'[articolo 24](#), L.F..

Per i procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevanti dimensioni è competente il Tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'[articolo 1](#), D.Lgs. 168/2003; per tutti gli altri procedimenti e per le controversie che ne derivano è competente il Tribunale del luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali.

La competenza spetta al Tribunale ove si trova il centro degli interessi principali del debitore, definito dalla stessa norma tenuto conto della categoria di appartenenza del debitore e individuato, in una prospettiva di semplificazione, attraverso il ricorso a presunzioni assolute.

L'[articolo 28](#) del Codice non si discosta da quanto previsto dall'[articolo 9](#), L.F. prevedendo che il trasferimento del centro degli interessi principali del debitore, intervenuto nell'anno antecedente alla domanda di presentazione della domanda di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale o successivamente all'inizio della procedura di composizione assistita della crisi, se anteriore, sia irrilevante ai fini del radicamento della competenza per territorio. Il Tribunale che dichiara la propria incompetenza, ai sensi dell'[articolo 29](#) del Codice, deve emettere un provvedimento con ordinanza che indica anche il giudice competente; questi, trattandosi di competenza inderogabile, può sollevare, d'ufficio, regolamento di competenza nel rispetto delle previsioni di cui all'[articolo 45](#), c.p.c..

In materia di conflitti positivi di interesse l'[articolo 30](#) del Codice dispone che il giudice che si è successivamente pronunciato e che intenda contestare la competenza del primo, deve sollevare il regolamento di competenza, altrimenti dovrà trasmettere gli atti al primo giudice.

In linea con quanto previsto dall'[articolo 9-bis](#), L.F. l'[articolo 31](#) del Codice disciplina gli effetti degli atti compiuti nel procedimento di regolazione della crisi aperto davanti al Tribunale poi rivelatosi incompetente.

La soluzione adottata dal Legislatore della riforma, anche per garantire e tutelare l'affidamento dei terzi, è quella di assicurare che gli effetti degli atti compiuti si conservino anche davanti al giudice competente.

L'[articolo 32](#) del Codice, in linea con quanto già disciplinato dalla Legge Fallimentare, sancisce che il Tribunale che ha aperto le procedure di liquidazione giudiziale è competente per tutte le liti che ne derivano. “*Le procedure di liquidazione giudiziale*” devono intendersi nel senso che la regola debba applicarsi anche alla procedura liquidatoria del debitore sovraindebitato.

Il radicamento della competenza per le cause dipendenti davanti al Tribunale che ha aperto la liquidazione impone che, in caso di successiva dichiarazione di incompetenza di un Tribunale davanti al quale siano state erroneamente avviate liti pendenti, queste debbano essere riassunte nel termine di non oltre 30 giorni davanti al giudice speciale del concorso, ai sensi dell'[articolo 50](#), c.p.c..

Cessazione dell'attività del debitore

L'[articolo 33](#) del Codice sostituisce *in toto* l'[articolo 10](#), L.F. rubricato “*Fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa*”.

Con la nuova formulazione viene prevista una regola unica per l'imprenditore collettivo e per quello individuale, che è quella di consentire l'apertura della procedura di liquidazione del debitore che abbia cessato l'attività d'impresa da oltre 1 anno.

La cessazione coincide per il debitore non iscritto, con il momento in cui i terzi ne acquisiscono la conoscenza, secondo un principio omogeneo a una regola di opponibilità già prevista nel codice civile. Per agevolare il processo di notificazione degli atti, si fa obbligo all'imprenditore di mantenere operativo l'indirizzo di posta elettronica certificata per un anno, che decorre dalla cancellazione, come previsto dalla legge delega.

L'imprenditore cancellato dal Registro Imprese non può fare ricorso né al concordato preventivo né all'accordo di ristrutturazione, con conseguente inammissibilità della domanda presentata¹.

Il successivo [articolo 34](#) del Codice sostituisce l'[articolo 11](#), L.F. rubricato “*Fallimento dell'imprenditore defunto*” senza modificarne il contenuto salva la precisazione contenuta nel comma 3, dove si prevede, nel chiaro intento di accrescere il bagaglio informativo del Tribunale, che l'erede che chiede l'apertura della liquidazione giudiziale, pur non essendo soggetto agli obblighi di deposito della documentazione, è tenuto comunque a presentare una relazione sulla situazione economico – patrimoniale.

L'[articolo 35](#) del Codice in linea con quanto già previsto dalla Legge Fallimentare in tema di morte del debitore precisa che in codesta ipotesi di morte del debitore dopo l'apertura della procedura di

¹ La disposizione viene confermata anche dallo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante “*Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017*” che ha precisato che la cancellazione dal Registro Imprese rende inammissibile anche la domanda di apertura di una procedura di concordato minore.

liquidazione controllata e giudiziale², questa prosegue nei confronti degli eredi, anche se hanno accettato l'eredità con beneficio di inventario. Nel caso di più eredi, la procedura prosegue nei confronti del rappresentante, che può essere designato, in assenza di accordo, da giudice delegato.

In caso di erede che non ha accettato l'eredità e non è nel possesso di beni ereditati la procedura procede nei confronti del curatore dell'eredità giacente, mentre, nel caso in cui l'erede sia istituito sotto condizione sospensiva o l'erede o il legatario non adempie l'obbligo di prestare la garanzia, la procedura procede nei confronti dell'amministratore nominato a norma dell'[articolo 642](#), cod. civ..

Accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Uno dei principi ispiratori del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza è quello dell'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, caratterizzato da particolare celerità anche in fase di reclamo, dall'introduzione della legittimazione ad agire anche dei soggetti con funzioni di controllo sull'impresa e del P.M. in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.

In questa prospettiva il nuovo Codice ha adottato un modello processuale uniforme per l'accertamento dello stato di crisi e di insolvenza, che si declina diversamente, in relazione alle diverse procedure, in rapporto non tanto o non soltanto ai loro presupposti, ma anche in relazione ai soggetti legittimati e al loro esito.

In particolare, nel procedimento di liquidazione giudiziale le esigenze di difesa del debitore sono più pregnanti, poiché l'iniziativa può essere assunta dai creditori, dagli organi di controllo, dal P.M., sicché in questi casi, è sempre necessaria la fissazione di un'udienza ed è opportuno disciplinare in modo dettagliato i diversi termini processuali, in modo da garantire il diritto di difesa e bilanciarne l'esercizio con l'indispensabile celerità del procedimento.

Per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e per l'accesso al concordato preventivo, invece, l'iniziativa spetta al debitore e i suoi creditori, sebbene interessati alla proposta, non sono qualificabili come parti del rapporto processuale e comunque come vere e proprie controparti. Ne deriva che, per tali procedure, l'udienza è solo eventuale, costituendo non già il luogo in cui il debitore può difendersi dall'iniziativa dei suoi creditori, ma un momento in cui può fornire al Tribunale chiarimenti sulla domanda proposta.

² Espressione sostituita dallo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017" che ha precisato che la disposizione in esame si applica esclusivamente alla liquidazione controllata e giudiziale.

Iniziativa

Il debitore³, è sempre legittimato a proporre domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

La domanda di apertura della liquidazione giudiziale, invece, può essere presentata da una pluralità di soggetti, nel rispetto del principio della più ampia legittimazione ad agire di cui all'[articolo 2](#), comma 1, lettera d), L. 155/2017, compresi, in modo innovativo, anche i soggetti con funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa, declinati come organi e le autorità amministrative di controllo e vigilanza.

L'[articolo 38](#) del Codice⁴ prevede che il P.M. presenti il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza e che qualsiasi Autorità giudiziaria che rilevi l'insolvenza nel corso di un procedimento lo debba segnalare al P.M..

La disposizione restituisce centralità al ruolo del P.M., coerentemente con il ruolo attribuito a tale organo nelle procedure di allerta.

L'[articolo 39](#) del Codice disciplina gli obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Oltre alla documentazione essenziale⁵ lo schema di decreto legislativo ha previsto l'obbligo di presentazione delle dichiarazioni Irap e delle dichiarazioni annuali Iva relative agli ultimi 3 esercizi. Per quanto riguarda gli elenchi dei creditori e dei titolari di diritti reali devono contenere l'indicazione del domicilio digitale di questi ultimi.

Il debitore deve inoltre presentare in formato digitale una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione⁶ compiuti nel quinquennio anteriore.

Procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza

L'[articolo 40](#) del Codice disciplina la domanda di accesso alla procedura prevedendo che il procedimento si svolga davanti al Tribunale in composizione collegiale.

³ Articolo 37, D.Lgs. 14/2019.

⁴ Norma interamente riscritta dallo schema di decreto legislativo recante "disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017" al fine di inserire i commi 3 e 4. Il comma 3 rende esplicita la regola secondo la quale il P.M., così come è legittimato a proporre istanza di apertura della liquidazione giudiziale, per la liquidazione controllata prevede in modo autonomo l'articolo 268, può intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il comma 4 consente al rappresentante del P.M. intervenuto di partecipare al successivo grado di giudizio quale sostituto del procuratore generale presso la Corte d'Appello. Ciò sul modello tracciato dall'articolo 570, comma 3, c.p.p., allo scopo di valorizzare le conoscenze già acquisite in merito alla procedura dal magistrato che ha seguito il procedimento nel primo grado di giudizio".

⁵ Dichiarazioni e bilanci degli ultimi 3 esercizi, situazione economico patrimoniale e finanziaria aggiornata, stato particolareggiato delle attività, l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'ideonea certificazione sui debiti fiscali contributivi e assicurativi.

⁶ Gli atti elencati all'articolo 94, comma 2 del Codice.

Il procedimento è unico e l'ingresso nella concorsualità è tendenzialmente anticipato, a tutela crescente e a protezione progressiva della proposta procedura.

Gli elementi caratterizzanti il ricorso riflettono i tratti connotativi della domanda di accesso alla procedura concorsuale.

Ai sensi del comma 2, [articolo 40](#) del Codice l'atto introduttivo del procedimento unitario è il ricorso dinanzi al Tribunale competente in composizione collegiale.

Per quanto riguarda la competenza occorre richiamare l'[articolo 27](#) del Codice, ai sensi del quale è competente il Tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali che nel comma 3 si presume, attraverso il ricorso a presunzioni assolute come specificato anche dalla Relazione Illustrativa al Codice, coincidente:

- a) per la persona fisica esercente attività di impresa, con la sede legale risultante dal Registro Imprese, o in mancanza con la sede effettiva dell'attività abituale;
- b) per la persona fisica non esercente attività d'impresa, con la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita. Se questo non è in Italia, la competenza è del Tribunale di Roma;
- c) per la persona giuridica e gli enti, anche non esercenti attività d'impresa, con la sede legale risultante dal Registro Imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, con la residenza o il domicilio del legale rappresentante e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita, laddove, se questo non è in Italia, la competenza sarà del Tribunale di Roma.

Rispetto alla determinazione della competenza, permane anche nel Codice ([articolo 28](#)) la insensibilità dell'avvenuto trasferimento del centro degli interessi principali del debitore intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso. Come anche non rileva la cessazione dell'attività del debitore occorsa entro l'anno se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo ([articolo 33](#) del Codice).

Il ricorso deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni, ed è sottoscritto dal difensore munito di procura, determinandosi dunque la necessità di difesa tecnica ([articolo 40](#), comma 2 del Codice) a meno che l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale non sia richiesto dal debitore in proprio al quale viene riconosciuta la facoltà di stare in giudizio anche personalmente (articolo 40, comma 4 del Codice). Quest'ultima disposizione mira a impedire che un imprenditore già impossibilitato ad adempiere alle proprie obbligazioni, debba necessariamente munirsi di un difensore per adempiere a un vero e proprio obbligo giuridico, qual è quello di non

aggravare la situazione di insolvenza e dall'altro, in considerazione della necessaria speditezza del procedimento che ha a oggetto l'accertamento dello stato di insolvenza.

Da ultimo è da segnalare che quando la notifica a mezzo di pec non risulta possibile o non ha esito positivo per causa imputabili al destinatario, il ricorso e il decreto sono notificati senza indugio, a cura della cancelleria, mediante il loro inserimento nell'area *web* riservata presso il Tribunale e con diritto di prelievo in qualsiasi momento, mentre la notificazione si ha eseguita nel terzo giorno successivo a quello in cui è compiuto l'inserimento.

L'[articolo 41](#) del Codice disciplina il procedimento di apertura della liquidazione giudiziale che può essere su iniziativa di uno o più creditori, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzione di controllo e vigilanza dell'impresa, del P.M. nei casi in cui questi abbia la legittimazione, o dello stesso debitore.

Si tratta di un procedimento semplificato ma regolato dalla legge nei suoi momenti principali come la forma e i termini nella fase introduttiva, in quella istruttoria e di trattazione e, per finire in quella decisoria. I termini sono brevi, in ossequio alle esigenze di celerità che caratterizzano la materia, ma rispettosi delle garanzie processuali.

Per garantire nel migliore dei modi la trattazione unitaria di più domande proposte nei confronti dello stesso debitore, è stato previsto l'intervento⁷ nel medesimo procedimento dei terzi che hanno legittimazione a proporre la domanda e del P.M., con la precisazione che detto intervento può avere luogo sino a che la causa non venga rimessa al collegio per la decisione.

La domanda proposta dal debitore è soggetta a pubblicità, al fine di evitare che iniziative destinate a rivelarsi infondate vengano divulgate, causando danni anche irreversibili all'impresa.

L'[articolo 42](#) del Codice disciplina l'istruttoria "officiosa" sui debiti risultanti dai pubblici registri sia nella liquidazione giudiziale sia nel concordato preventivo. Sarà istituito un collegamento telematico, al fine di rendere minimi gli oneri per le parti, i debitori o gli istanti, diretto con la cancelleria del Tribunale che permetterà di acquisire i dati salienti dei debiti tributari, contributivi e dei premi assicurativi e anche dei dati di bilancio secondo le modalità stabilite dall'[articolo 367](#) del Codice.

Nel caso di rinuncia alla domanda l'[articolo 43](#) del Codice prevede che il procedimento si estingue e il Tribunale provvede con decreto, con il quale può condannare la parte che ha dato causa al procedimento alla refusione delle spese⁸. Allo scopo di evitare un uso strumentale del potere di

⁷ Unica novità rispetto alla disciplina del R.D. 267/1942.

⁸ Lo schema di decreto legislativo recante "disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017" ha chiarito che il Tribunale quando dichiara l'estinzione del procedimento di apertura di una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, provvede sulle spese solo se la parte lo richieda. La disposizione mira a evitare che l'officiosità della pronuncia da parte del Tribunale possa essere di ostacolo al raggiungimento di soluzioni stragiudiziali.

rinunciare alla domanda, è previsto che permanga comunque, in capo ai P.M. che abbia partecipato al procedimento, il potere di chiedere la liquidazione giudiziale, senza necessità di proporre un nuovo e autonomo ricorso.

Al P.M. deve essere comunque comunicato il decreto che dichiara l'estinzione, al fine di consentirgli l'esercizio del suo potere di iniziativa.

L'[articolo 44](#) del Codice disciplina l'accesso al concordato preventivo e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione sia nel caso in cui l'iniziativa sia stata assunta dal debitore sia quanto in quelli in cui il debitore, destinatario di una domanda di liquidazione giudiziale, si sia voluto difendere non limitandosi a chiedere di respingere tale richiesta bensì instando per regolare da sé, con il concordato preventivo ovvero l'accordi di ristrutturazione, la propria crisi o insolvenza.

La norma disciplina tanto l'ipotesi in cui il debitore depositi, unitamente al ricorso, la proposta di concordato, il piano e la relazione attestatrice o gli accordi di ristrutturazione di cui chiede l'omologazione, tanto l'ipotesi in cui il ricorso sia diretto a ottenere unicamente l'assegnazione dei termini per il deposito di tali atti e dei documenti elencati dall'[articolo 39](#) del Codice.

In entrambi i casi al fine di garantire la celerità della procedura e per consentire al debitore di fruire senza indugio degli effetti protettivi della domanda, il decreto concessivo dei termini può sempre essere emesso senza previa fissazione di un'udienza.

In caso di presentazione di una domanda c.d. in bianco o con riserva, la norma prevede la fissazione di un termine minimo (30 giorni) e di un termine massimo (60 giorni), con possibilità di proroga (di non oltre 60 giorni)⁹ esclusivamente in mancanza di domande di liquidazione giudiziale, nell'evidente intento di scoraggiare un utilizzo abusivo del concordato come strumento di difesa della trattazione della richiesta di liquidazione giudiziale.

Con la concessione del termine viene nominato, ai fini di vigilanza, un commissario giudiziale; la nomina¹⁰ viene prevista anche negli accordi di ristrutturazione quando vi siano richieste di apertura della liquidazione giudiziale in quanto il ricorso agli accordi di ristrutturazione potrebbe essere se non abusivo o strumentale, comunque intempestivo rispetto alla situazione di crisi dell'impresa, rendendo dunque opportuno, nell'interesse dei creditori, che l'imprenditore sia sottoposto alla vigilanza di un terzo.

⁹ Lo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "*Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2018*" ha precisato che il termine massimo è di 60 giorni e che quindi, il Tribunale può accordare anche un termine più breve.

¹⁰ Lo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "*Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2018*" ha chiarito che l'opportunità di nomina del commissario è rimessa alla valutazione discrezionale del Tribunale, ferma, invece, la sua obbligatorietà in presenza di istanze di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Il comma 1, lettera c) disciplina gli obblighi informativi periodici mentre la successiva lettera d) dispone l'obbligo in caso di nomina del commissario, entro il termine perentorio non superiore a 10 giorni, del versamento di una somma per le spese di procedura.

Il comma 2, [articolo 44](#) del Codice disciplina il regime dei termini concessi precisando che i termini assegnati dal Tribunale per il completamento della domanda, per assolvere agli obblighi informativi e per il versamento del fondo spese non siano soggetti a sospensione durante il periodo feriale, coerentemente con le esigenze di speditezza del procedimento e della natura non esclusivamente processuale di tali termini.

Il Tribunale su segnalazione del commissario giudiziale o del P.M., con decreto non soggetto a reclamo previa instaurazione di un contraddittorio, può revocare il provvedimento di concessione dei termini in caso di scoperta di atti in frode, quando la condotta del debitore è manifestamente inidonea a una soluzione efficace della crisi, si verificano circostanze tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi o in caso di grave inadempimento degli obblighi informativi o di mancato versamento del fondo spese.

Il comma 6, così come riformulato dallo schema di decreto legislativo recante *“disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante “Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017”*”, che gli accordi di ristrutturazione siano pubblicati nel Registro Imprese contestualmente al deposito del ricorso e acquistino efficacia da tale momento. Insieme agli accordi devono essere pubblicati nel Registro Imprese anche il piano e l'attestazione, allo scopo di rendere effettivo il diritto degli interessati di proporre opposizione.

Crisi e risanamento n. 38/2020

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, revisore legale, direttore scientifico Crisi e Risanamento

Compenso amministratore e ipotesi di bancarotta

[Corte di Cassazione n. 38715/2019](#)

L'amministratore della società, che disponga in proprio favore il pagamento di un compenso proporzionato alla qualità e alla quantità dell'attività prestata, pur in assenza di una corrispondente delibera societaria, risponde del reato di bancarotta preferenziale, e non del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, ipotesi, quest'ultima, invece ravvisabile per il prelievo dalle casse sociali di somme la cui congruità, rispetto all'attività effettivamente svolta dall'amministratore, non sia valutabile alla luce dell'indicazione di elementi concreti.

La notifica dell'istanza di fallimento alla società cancellata dal Registro Imprese

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 27452/2019](#)

In caso di società già cancellata dal Registro Imprese, il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere notificato, ai sensi dell'[articolo 15](#), comma 3, L.F. (nel testo successivo alle modifiche apportate dall'[articolo 17](#), D.L. 179/2012, convertito con modificazioni nella L. 221/2012), all'indirizzo di posta elettronica certificata (pec) della società cancellata in precedenza comunicato al Registro Imprese, ovvero, nel caso in cui non risulti possibile – per qualsiasi ragione – la notifica a mezzo pec, direttamente presso la sua sede risultante dal Registro Imprese e, in ipotesi di ulteriore esito negativo, mediante deposito presso la casa comunale del luogo in cui la medesima aveva sede.

La situazione d'impotenza economico patrimoniale concreta lo stato di insolvenza

[Corte di Cassazione, ordinanza n. 27445/2019](#)

L'insolvenza differisce dall'inadempimento, poichè non indica un fatto, e cioè un avvenimento puntuale, ma appunto uno stato, e cioè una situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una "inidoneità" a dare regolare soddisfazione delle proprie obbligazioni. Donde il principio

giurisprudenziale, secondo cui lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento:

"si realizza in presenza di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti".

Ne deriva che, ai fini della dichiarazione di fallimento, è necessario e sufficiente, sul piano del riscontro oggettivo di quello specifico *status*, l'accertamento di una situazione d'impotenza economico-patrimoniale, idonea a privare il soggetto della possibilità di far fronte, con mezzi "normali", ai propri debiti; accertamento suscettibile di esser desunto, dunque, più che dal rapporto tra attività e passività, dalla impossibilità per l'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni ([Cassazione n. 2830/2001](#)). Legittimamente la situazione di irreversibilità suddetta può essere desunta, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento dei debiti, e, addirittura di un solo debito, posto che lo stato di insolvenza, inteso come situazione di irreversibile impotenza economica, che si realizza quando l'imprenditore non è in grado di far fronte alle proprie obbligazioni regolarmente e con mezzi ordinari, può essere legittimamente desunto, anche dal mancato adempimento di un solo debito, ove lo stesso si manifesti con caratteristiche esteriori tali da evidenziare in modo non equivoco la condizione di dissesto dell'impresa ([Cassazione n. 19611/2004](#) e [n. 25588/2015](#)). Quel che interessa, infatti, è che l'inadempimento sia sintomatico di un giudizio di inidoneità solutoria strutturale del debitore, e che quindi sia oggetto di valutazione complessiva (cfr. [Cassazione n. 23437/2017](#)).

Atto di distrazione: natura distrattiva e sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta [Corte di Cassazione n. 38715/2019](#)

Per la sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione non occorre un intento fraudolento in capo al soggetto agente, essendo tale elemento estraneo all'elemento psicologico del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, per la sussistenza del quale è sufficiente, secondo i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, la consapevolezza dell'imputato di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e pregiudizievole per la garanzia dei creditori.

Criteri di calcolo del danno patrimoniale lieve nei reati di bancarotta

[Corte di Cassazione n. 38879/2019](#)

In bancarotta documentale il giudizio relativo all'attenuante della particolare tenuità del danno patrimoniale, di cui all'[articolo 219](#), comma 3, L.F., deve essere posto in relazione alla diminuzione globale che il comportamento del fallito ha provocato alla massa attiva che sarebbe stata disponibile per il riparto ove non si fossero verificati gli illeciti. Inoltre, i presupposti per la ravvisabilità della circostanza in argomento debbono essere valutati in relazione al danno causato alla massa creditoria in seguito all'incidenza che le condotte integranti il reato hanno avuto sulla possibilità di esercitare le azioni revocatorie e le altre azioni poste a tutela degli interessi creditori.

Indici di frodolenza e condotta dell'amministratore

[Corte di Cassazione, sentenza n. 38884/2019](#)

In tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di "indici di frodolenza", rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa (n. 38396/2017).

I fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualsiasi momento essi siano stati commessi e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Non si richiede alcun nesso (causale o psichico) tra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività (tra le più recenti: [n. 47616/2014](#)). Alla luce delle suesposte argomentazioni rimangono, quindi, del tutto infondati i motivi dei ricorsi che si appuntano sulla mancata dimostrazione del rapporto di causalità tra la condotta contestata e il fallimento.

Segnalazione in centrale rischi e nozione di insolvenza

[Corte di Cassazione n. 31921/2019](#)

In tema di apertura di credito in conto corrente, il prolungato inadempimento del correntista all'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria, legittima la banca alla segnalazione alla Centrale Rischi del suo credito come "in sofferenza", atteso che, ai fini di tale segnalazione, la nozione di insolvenza non si identifica con quella propria fallimentare, ma si concretizza in una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come "deficitaria" ovvero come di "grave difficoltà economica", senza alcun riferimento al concetto di incapacità o irrecuperabilità e senza che assuma rilievo la manifestazione di volontà di non adempiere, che sia giustificata da una seria contestazione sull'esistenza del credito ([Cassazione n. 26361/2014](#)); la segnalazione di una posizione «in sofferenza» presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, secondo le istruzioni del predetto istituto e le Direttive del CICR, richiede una valutazione, da parte dell'intermediario, riferibile alla complessiva situazione finanziaria del cliente, e non può quindi scaturire dal mero ritardo nel pagamento del debito o dal volontario inadempimento, ma deve essere determinata dal riscontro di una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente, con la condizione d'insolvenza ([Cassazione n. 15609/2014](#)).

Procedimento di accertamento dei crediti concorsuali tra azione ed eccezione revocatoria

[Corte di Cassazione n. 140/2020](#)

Nel giudizio di verifica dei crediti, a norma dell'[articolo 95](#), comma 1, L.F., il curatore fallimentare può eccepire l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione, senza essere tenuto, per ottenere un provvedimento di esclusione del credito o della garanzia, a proporre l'azione revocatoria fallimentare o ad agire in via riconvenzionale nel giudizio di opposizione allo stato passivo promosso dal creditore ai sensi dell'[articolo 98](#), L.F..

Nel caso in cui non sia stata proposta azione revocatoria da parte del curatore fallimentare, ma sia stata solo sollevata eccezione revocatoria (c.d. revocatoria incidentale) di inefficacia del titolo, finalizzata a paralizzare la pretesa del creditore concorsuale, il giudice delegato non dichiara l'inefficacia del titolo del credito o della garanzia, né dispone la restituzione, ma si limita a escludere il credito o la prelazione fatta valere, in ragione della revocabilità del relativo titolo su cui si fonda la corrispondente pretesa del creditore con effetti limitati all'ambito della verifica dello stato passivo al quale la richiesta del curatore è strettamente funzionale.

Concordato in continuità: la liquidazione dei beni più o meno funzionali alla prosecuzione dell'attività aziendale

[Corte di Cassazione n. 734/2020.](#)

Il concordato preventivo in cui alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagna una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale rimane regolato nella sua interezza, salvi i casi di abuso, dalla disciplina speciale prevista dall'[articolo 186-bis](#), L.F., che al comma 1 espressamente contempla anche una simile ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito.

Tale norma non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnato una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione a essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori.

Considerato che la compresenza nel piano concordatario di attività liquidatorie che si accompagnano alla prosecuzione dell'attività aziendale è dunque espressamente contemplata dal Legislatore all'interno della norma, osserva la Suprema Corte che non c'è spazio a equivoci di sorta in merito al fatto che l'articolo 186-bis, L.F. governi la fattispecie (vale a dire che il concordato tradizionalmente definito come misto sia, nelle intenzioni del Legislatore, un concordato in continuità che prevede la dismissione di beni). Il dato normativo non evoca pertanto alcun rapporto di prevalenza di una parte dei beni rispetto all'altra a cui è riservata diversa sorte, ma fa riferimento alla liquidazione dei beni "*non funzionali all'esercizio dell'impresa*", implicitamente ritenendo che quelli funzionali siano invece destinati alla prosecuzione dell'attività aziendale. Pertanto, la regola prevista dalla norma non riguarda la quantità delle porzioni a cui sia affidato un diverso destino (e la conseguente prevalenza dell'una rispetto all'altra in funzione delle risorse da devolvere alla soddisfazione dei creditori), ma la funzionalità di una porzione dei beni alla continuazione dell'impresa in uno scenario concordatario.

Non sempre necessaria l'attestazione del professionista, nel concordato in continuità aziendale, per il pagamento di debiti anteriori

[Tribunale Rimini, 18 novembre 2019](#)

L'assoggettabilità della richiesta nell'ambito dell'[articolo 161](#), L.F., proprio per il suo carattere di urgenza, consente di superare la attestazione del professionista richiesta dall'[articolo 182](#), L.F. il

pagamento dei predetti debiti si appalesa come “urgente” in considerazione della natura dei beni e dei servizi indicati: risulta evidente, infatti, che in assenza delle prestazioni indicate dalla società ricorrente l’attività di quest’ultima difficilmente potrebbe proseguire (con conseguente impossibilità di presentazione di un piano concordatario in continuità aziendale). Il requisito dell’“urgenza”, quindi, consente di sussumere la richiesta di autorizzazione nell’alveo di cui all’[articolo 161](#), comma 7, L.F., considerato che l’[articolo 182-quinquies](#), comma 4, L.F. si pone rispetto alla previsione di cui all’articolo 161, comma 7, L.F. in un rapporto di *species a genus*.

Il pagamento in esame, infatti, è qualificabile come atto di straordinaria amministrazione, laddove la nozione di “straordinarietà” nell’ambito della procedura concorsuale comprende anche quegli atti qualificabili come ordinari se compiuti dalla società *in bonis*, ma idonei a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, comportandone una diminuzione (cfr. Cassazione n. 20291/2005). L’articolo 182-quinquies, L.F., a cui si sostituisce la valutazione operata dal Tribunale di convenienza e opportunità dell’atto rispetto all’interesse della massa dei creditori. La valutazione nel caso concreto non può che essere positiva, atteso che il pagamento richiesto concerne beni e servizi ineludibili per qualsiasi imprenditore del settore farmaceutico; dunque il loro mantenimento in essere consente alla società di presentare una proposta idonea a salvaguardare l’operatività dell’attività di impresa, con conseguente vantaggio per tutta la massa sociale.

Criteri di individuazione dello stato di insolvenza: l’attivo superiore al il passivo può non essere sufficiente

[Corte di Cassazione n. 1069/2020](#)

In conformità del consolidato orientamento di questa Corte, cui il collegio intende dare continuità, va affermato che lo stato d’insolvenza richiesto ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell’imprenditore non è escluso dalla circostanza che l’attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili. In particolare, il significato oggettivo dell’insolvenza, che è quello rilevante agli effetti della L.F., [articolo 5](#), deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all’esercizio di attività economiche, e si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all’impresa esprimendosi, secondo una tipicità desumibile dai dati dell’esperienza economica, nell’incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l’estinzione dei debiti), nonché nell’impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio.

Inoltre, nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento lo stato d'insolvenza sottende un giudizio di inidoneità solutoria strutturale del debitore, oggetto di una valutazione complessiva: quanto ai debiti, il computo non si limita alle risultanze dello stato passivo nel frattempo formato ma si estende a quelli emergenti dai bilanci e dalle scritture contabili o in altro modo riscontrati, anche se oggetto di contestazione, quando (e nella misura in cui) il giudice dell'opposizione ne riconosca incidentalmente la ragionevole certezza ed entità; quanto all'attivo, i cespiti vanno considerati non solo per il loro valore contabile o di mercato, ma anche in rapporto all'attitudine ad essere adoperati per estinguere tempestivamente i debiti, senza compromissione - di regola dell'operatività dell'impresa, salvo che l'eventuale fase della liquidazione in cui la stessa si trovi renda compatibile anche il pronto realizzo dei beni strumentali e dell'avviamento ([Cassazione n. 23437/2017](#)).

Va altresì osservato che il convincimento espresso dal giudice di merito circa la sussistenza dello stato d'insolvenza costituisce apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, ove sorretto da motivazione esauriente e giuridicamente corretta (Cassazione [n. 7252/2014](#) e [n. 6978/2019](#)).

Nel caso concreto, la Corte d'Appello ha correttamente ritenuto sussistere lo stato d'insolvenza derivante dalla mancanza di risorse finanziarie della società a fronte delle obbligazioni inadempite, considerando irrilevante la consistenza immobiliare della stessa società fallita che non consente, oggettivamente, di far fronte nell'immediatezza alle suddette obbligazioni, e implicando solo un soddisfacimento futuro ed incerto nel quantum, con la relativa liquidazione.

Credito dell'*advisor* per la presentazione della domanda di concordato preventivo: prededuzione senza valutazione dell'utilità della prestazione

[Corte di Cassazione n. 220/2020](#)

In tema di concordato preventivo, il credito del professionista che abbia predisposto l'attestazione prevista dalla L.F., [articolo 161](#), comma 3, rientra tra quelli sorti "in funzione" della procedura e, come tale, ai sensi della L.F., [articolo 111](#), comma 2 - norma che, in relazione al previsto criterio della strumentalità o funzionalità delle attività professionali rispetto alle procedure concorsuali, introduce un'eccezione al principio della "*par condicio creditorum*" al fine di favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa -, va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione "*ex post*", se la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (cfr. [ordinanza n. 12017/2018](#)). La giurisprudenza di questa Corte ha oramai da tempo intrapreso un percorso evolutivo volto ad affrancare la categoria dei crediti prededucibili in ragione del loro carattere funzionale dal presupposto

di un controllo giudiziale sulla loro utilità. I crediti sorti a seguito delle prestazioni rese in favore dell'imprenditore per la redazione della domanda di concordato preventivo e per la relativa assistenza rientrano fra quelli da soddisfarsi in prededuzione ai sensi della L.F., [articolo 111](#), comma 2, poiché questa norma individua un precetto di carattere generale, privo di restrizioni, che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della par condicio creditorum, estendendo in caso di fallimento la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali ([Cassazione n. 1765/2015](#)).

Ne discende, ancora, come ulteriore corollario del principio qui riaffermato, che la verifica del nesso di funzionalità e strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*, non potendo l'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale, comportare di per sé sola la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludere il ricorso all'istituto (cfr. [ordinanza n. 12017/2018](#)).

Dunque, la funzionalità è ravvisabile quando le prestazioni compiute dal terzo, per il momento e il modo con cui sono state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluiscono nel disegno di risanamento da quest'ultimo predisposto in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa assunta (cfr., ancora [Cassazione n. 280/2017](#)).

Nessuna verifica deve invece essere compiuta, ove alla procedura minore consegua il fallimento, in ordine al conseguimento di un'utilità in concreto per la massa dei creditori, concetto che non può essere confuso o sovrapposto a quello di funzionalità.

Non vi è dubbio, dunque, che il credito del professionista che abbia predisposto il ricorso per l'ammissione alla procedura concorsuale minore rientri tra i crediti sorti "in funzione" di quest'ultima procedura e, come tale, a norma della L.F., articolo 111, comma 2, vada soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione *ex post*, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti.

Misure di prevenzione e fallimento: criteri per l'ammissione al passivo dei crediti

[Corte di Cassazione, sentenza n. 3250/2020](#)

A mente del D.Lgs. 159/2011, [articolo 52](#) la confisca di prevenzione non pregiudica i diritti di credito che risultino da data certa anteriore al sequestro, nonchè i diritti reali di garanzia costituiti in epoca

anteriore al sequestro a condizione che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità. Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di misure di prevenzione patrimoniale anteriormente all'entrata in vigore della L. 161/2017, per escludere l'ammissione allo stato passivo di un credito sorto anteriormente al sequestro, il Tribunale è tenuto a fornire analitica dimostrazione di 2 condizioni: una di carattere fattuale-oggettivo, ovvero che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, e l'altra di carattere soggettivo, afferente la dimostrazione della buona fede e dell'inconsapevole affidamento del creditore, con onere della prova a carico del creditore medesimo ([Cassazione n. 55715/2017](#)).

Traslando dette indicazioni nel caso concreto all'esame della Corte è, quindi, necessario, per fare salvo il diritto di credito dell'Istituto bancario, dipendente dal mancato pagamento delle rate dei finanziamenti, dimostrare e giustificare, in primo luogo, la circostanza che il finanziamento non sia stato strumentale alla attività illecita svolta dal mutuatario o al frutto e reimpiego della stessa, da individuarsi evidentemente in quella della commissione dei reati tributari e fiscali per i quali ha ricevuto condanna definitiva, e che hanno costituito il motivo fondante della affermata pericolosità sociale, che ha determinato la pronuncia di una confisca di prevenzione (anche) sugli immobili sui quali erano state accese le ipoteche a garanzia dei finanziamenti stessi.

Una volta dimostrata la effettività del nesso funzionale sopra accennato, si potrà affermare che la Banca Popolare di Sondrio e il Credito Emiliano Spa non vedranno pregiudicato il loro diritto di credito qualora siano stati in grado di dimostrare di aver ignorato senza colpa la finalizzazione del finanziamento concesso alla attività illecita o a quella che costituisce il frutto o il reimpiego di detta attività ([Cassazione n. 25505/2017](#) e n. 55715/2017).

Euroconference

L'INFORMAZIONE QUOTIDIANA DA PROFESSIONISTA A PROFESSIONISTA

Il quotidiano telematico di Euroconference
diretto da Sergio Pellegrino e Giovanni Valcarenghi

**NOTIZIE E APPROFONDIMENTI
PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA**

Iscriviti alla mailing list e
rimani informato su tutte le news

www.ecnews.it



EDITORE E PROPRIETARIO

Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE

Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO

Massimo Conigliaro - dottore commercialista e revisore
legale in Siracusa, pubblicista

COMITATO SCIENTIFICO

Fabio Battaglia - dottore commercialista in Arezzo, Studio
Galeotti Flori Firenze

Domenica Capezzeri - giudice delegato Tribunale di Pescara

Ernestina De Medio - avvocato in Chieti

Nicla Corvacchiola - dottore commercialista in Pescara

Lorenzo Salvatore - Notaio in Verona

Alessandro Solidoro - dottore commercialista, professore a
contratto Università Bicocca di Milano

Roberta Zorloni - presidente Associazione Concorsualisti
Milano

REDAZIONE

Milena Martini e Chiara Ridolfi

Registrazione del Tribunale di Verona n.1995 del 5 settembre
2013

Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049

ISSN 2499-1015

SERVIZIO CLIENTI

Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
circolari@euroconference.it

SITO INTERNET

Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata,
accessibile tramite le proprie credenziali dal [link](http://www.euroconference.it/area_riservata_login):

http://www.euroconference.it/area_riservata_login.

In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la
funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella
pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE

Bimestrale

Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2020

Euro 180 Iva esclusa

Per i contenuti di "Crisi e risanamento" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.

Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.