Giacomo D'Attorre

Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza

SECONDA EDIZIONE

Giappichelli

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-4428-6

G. Giappichelli Editore

Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

Prefazione alla seconda edizione XVII

Prefazione alla prima edizione XIX

Capitolo I

Il diritto della crisi e dell'insolvenza

1. Premessa 1
2. I percorsi, gli strumenti e le fonti normative 3
3. Le procedure concorsuali 5
4. Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza 9
5. I princìpi generali 10
6. La *par condicio creditorum* 13
7. Origini ed evoluzione del diritto della crisi e dell'insolvenza 15

Capitolo II

La tempestiva emersione della crisi d'impresa

1. Premessa 19
2. Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi 21
3. Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi 23
4. L'obbligo di assumere le iniziative necessarie a far fronte allo stato di crisi 25
5. Tempestiva emersione dello stato di crisi e assunzione delle iniziative necessarie nelle società 26

pag.

Capitolo III
La composizione negoziata della crisi

1. Natura e finalità 29
2. Legittimazione e presupposti 29
3. Accesso e nomina dell'esperto 31
4. Le trattative con le parti interessate 33
5. Le misure protettive 36
6. Le autorizzazioni del tribunale 39
7. La conclusione delle trattative 42
8. Conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese 45

Capitolo IV
Le disposizioni comuni agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

1. Premessa 47
2. La giurisdizione 47
3. Le insolvenze transfrontaliere nell'Unione europea 49
4. La competenza 51
5. La cessazione dell'attività del debitore 53
6. Il procedimento unitario 54

Capitolo V
Il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione e la convenzione di moratoria

1. Gli strumenti negoziali 57
2. Il piano attestato di risanamento 60
3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti 66
4. (*Segue*) Il giudizio di omologazione 71
5. (*Segue*) Gli effetti 75
6. (*Segue*) Rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano 81
7. Gli accordi di ristrutturazione agevolati 82
8. Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa 83
9. La convenzione di moratoria 87
10. Transazione su crediti tributari e contributivi 90

pag.

Capitolo VI
Il concordato preventivo

Sezione 1
Natura, finalità e tipologie del concordato preventivo

1. La natura 93
2. La finalità 94
3. Le tipologie di concordato 95

Sezione 2
L'accesso alla procedura

1. Legittimazione e presupposti 97
2. La domanda di accesso 99
3. Il piano 100
4. La proposta 103
5. Gli effetti della domanda di accesso 109
6. Domanda di accesso con riserva di deposito della documentazione 117
7. L'apertura della procedura 119

Sezione 3
Lo svolgimento della procedura

1. Gli organi 122
2. Gli effetti dell'apertura della procedura 127
3. I finanziamenti prededucibili 129
4. Proposte e offerte concorrenti 131
5. Le attività informative e di controllo 135
6. Le eventuali modifiche del piano e della proposta 137

Sezione 4
Il voto

1. Premessa 138
2. La fase preparatoria al voto dei creditori 139
3. Le modalità di voto 142
4. La legittimazione al voto 143
5. La maggioranza per l'approvazione 146

Sezione 5
L'omologazione

1. Il procedimento di omologazione 151
2. Il giudizio di omologazione 153

pag.

3. La sentenza di omologazione 156
4. Gli effetti dell'omologazione 158

Sezione 6
Esecuzione, risoluzione e annullamento

1. L'esecuzione del concordato omologato 160
2. La risoluzione e l'annullamento 163

Sezione 7
Il concordato delle società

1. Premessa 166
2. Il ruolo dei soci 166
3. Attribuzioni ai soci 168
4. Disposizioni in tema di riduzione del capitale sociale e azioni di responsabilità 170
5. La società durante l'esecuzione del concordato 171

Capitolo VII
Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

1. Natura e struttura 173
2. Legittimazione e presupposti 174
3. Domanda, piano e proposta 175
4. Gli effetti della domanda di accesso 176
5. L'accesso e lo svolgimento della procedura 177
6. Il voto 179
7. Mancata approvazione di tutte le classi 181
8. Omologazione, esecuzione, risoluzione e annullamento 182

Capitolo VIII
Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

1. Natura e struttura 185
2. Legittimazione e presupposti 186
3. Domanda, piano e proposta 187
4. L'accesso e lo svolgimento della procedura 190
5. L'omologazione 193
6. Esecuzione 194

pag.

Capitolo IX
La liquidazione giudiziale

Sezione 1
L'apertura della liquidazione giudiziale

1. Natura e finalità 197
2. Il presupposto soggettivo 198
3. Il presupposto oggettivo 201
4. L'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale 204
5. Lo svolgimento del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale 206
6. Il provvedimento di rigetto della domanda di apertura 209
7. La sentenza di apertura della liquidazione giudiziale e le impugnazioni 211

Sezione 2
Gli organi della liquidazione giudiziale

1. Premessa 214
2. Il tribunale concorsuale 214
3. Il giudice delegato 216
4. Il curatore 217
5. (*Segue*) Compiti, responsabilità e compenso del curatore 220
6. Il comitato dei creditori 225
7. I reclami contro i provvedimenti, gli atti e le omissioni degli organi 228

Sezione 3
Gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per il debitore

1. Premessa 230
2. Gli effetti di natura patrimoniale 230
3. Gli effetti di natura personale 236

Sezione 4
Gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per i creditori

1. Il concorso dei creditori 237
2. Il concorso sostanziale 238
3. Il concorso formale 240
4. La disciplina dei crediti 242

Sezione 5
Gli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori

1. La revocatoria concorsuale 249

pag.

2. Gli atti a titolo gratuito ed i pagamenti anticipati 250
3. Gli atti cd. "anormali" 252
4. Gli atti cd. "normali" 254
5. Le esenzioni da revocatoria 255
6. Regimi revocatori speciali 259
7. I limiti temporali 260
8. Gli effetti della revoca 260
9. L'azione revocatoria ordinaria 261

Sezione 6

Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti

1. I contratti pendenti 262
2. La regola generale 263
3. (*Segue*) Le regole speciali per i singoli contratti 266
4. (*Segue*) Gli effetti sui rapporti di lavoro subordinato 272

Sezione 7

Custodia e amministrazione dei beni compresi nella liquidazione giudiziale

1. Premessa 275
2. Sigilli, inventario e prime attività del curatore 275
3. Il fascicolo della procedura 278

Sezione 8

L'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi

1. L'accertamento del passivo 279
2. La fase necessaria 280
3. Le impugnazioni 285
4. Le domande tardive 288
5. Le domande di rivendica e di restituzione 289
6. La previsione di insufficiente realizzo 290

Sezione 9

La liquidazione dell'attivo

1. Premessa 291
2. L'esercizio dell'impresa 292
3. L'affitto dell'azienda 294
4. Il programma di liquidazione 297
5. La vendita dei beni 299
6. La mancata acquisizione dei beni 305

pag.

Sezione 10

La ripartizione dell'attivo

1. Premessa 306
2. L'ordine di distribuzione delle somme 306
3. Il procedimento di ripartizione 311
4. Il rendiconto del curatore 314

Sezione 11

La chiusura

1. Premessa 316
2. I casi di chiusura 317
3. Il procedimento 321
4. Gli effetti della chiusura 322
5. La riapertura 324

Sezione 12

Il concordato nella liquidazione giudiziale

1. Natura e funzione 325
2. I soggetti legittimati 326
3. Forma e tempi della proposta 326
4. Il contenuto della proposta 327
5. (*Segue*) La cessione delle azioni di pertinenza della massa e la limitazione di responsabilità 329
6. Il procedimento 330
7. Il voto 332
8. Il giudizio di omologazione 335
9. Gli effetti del concordato 337
10. Esecuzione, risoluzione e annullamento 340

Sezione 13

La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie

1. Premessa 343
2. Gli effetti della liquidazione giudiziale sul contratto di società 344
3. Gli effetti della liquidazione giudiziale sull'organizzazione societaria 345
4. (*Segue*) L'attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea 346
5. Le azioni di responsabilità 348
6. Le altre norme in tema di liquidazione giudiziale delle società con soci a responsabilità limitata 351
7. La liquidazione giudiziale di società con soci a responsabilità illimitata 352
8. (*Segue*) I rapporti tra la liquidazione giudiziale della società e le liquidazioni giudiziali dei soci 356

pag.

9. La liquidazione giudiziale di enti e imprenditori collettivi non societari 359

Sezione 14
L'esdebitazione nella liquidazione giudiziale

1. Premessa 361
2. L'oggetto e l'ambito di applicazione 362
3. Le condizioni per l'esdebitazione 363
4. Il procedimento 364

Capitolo X
La crisi e l'insolvenza nei gruppi di imprese

1. Premessa 367
2. Il concordato preventivo di gruppo 369
3. (*Segue*) Il procedimento di concordato di gruppo 371
4. (*Segue*) I trasferimenti di risorse infragruppo 374
5. I piani attestati e gli accordi di ristrutturazione di gruppo 376
6. La liquidazione giudiziale di gruppo 378
7. Le azioni di inefficacia e le azioni di responsabilità fra imprese di gruppo 381

Capitolo XI
Le procedure di sovraindebitamento

Sezione 1
Disposizioni comuni

1. Premessa 385
2. Il presupposto soggettivo 388
3. Il presupposto oggettivo 391

Sezione 2
La ristrutturazione dei debiti del consumatore

1. Natura e finalità 392
2. Domanda, piano e proposta 393
3. L'organismo di composizione delle crisi da sovraindebitamento 397
4. L'avvio del procedimento 399
5. Gli effetti 402
6. L'omologazione 403
7. Gli effetti dell'omologazione 404
8. Esecuzione, revoca dell'omologazione e conversione della procedura 405

pag.

Sezione 3
Il concordato minore

1. Natura, finalità e tipologie 408
2. Domanda, piano e proposta 409
3. L'avvio del procedimento 412
4. Gli effetti 414
5. L'approvazione 416
6. L'omologazione 418
7. Gli effetti dell'omologazione 420
8. Esecuzione, revoca dell'omologazione e conversione della procedura 421

Sezione 4
La liquidazione controllata del sovraindebitato

1. Natura e finalità 422
2. L'apertura della procedura 422
3. Gli effetti 426
4. L'accertamento del passivo 428
5. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura 430
6. L'esdebitazione nella liquidazione controllata 432

Sezione 5
Le procedure familiari

1. La funzione 435
2. I presupposti e le condizioni per la procedura familiare 436
3. Il procedimento 437

Sezione 6
L'esdebitazione del sovraindebitato incapiente

1. L'esdebitazione nel sovraindebitamento e l'esdebitazione fuori dalle procedure 439
2. I presupposti e le condizioni 440
3. Il procedimento 442

Capitolo XII
La liquidazione coatta amministrativa

1. Natura e finalità 445
2. I presupposti soggettivi ed oggettivi 446
3. I rapporti con le altre procedure concorsuali 447
4. L'apertura 449

pag.

5. Gli organi 451
6. Gli effetti 453
7. La formazione dello stato passivo 456
8. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo 458
9. La chiusura 461
10. Il concordato 462

Capitolo XIII

Le amministrazioni straordinarie delle grandi imprese in stato di insolvenza

Sezione 1

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza

1. Natura e finalità 465
2. La fonte normativa della disciplina dell'amministrazione straordinaria 467
3. Il presupposto soggettivo ed oggettivo 468
4. La dichiarazione dello stato di insolvenza 470
5. La fase iniziale 474
6. La scelta della procedura 478
7. Gli organi dell'amministrazione straordinaria 481
8. Gli effetti dell'apertura dell'amministrazione straordinaria 484
9. L'accertamento del passivo 486
10. Il programma 487
11. La ripartizione dell'attivo 490
12. La conversione della procedura 491
13. La chiusura 492
14. Il concordato 493
15. Il gruppo di imprese 495

Sezione 2

La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza

1. Natura, finalità e presupposti 498
2. L'apertura 499
3. Il procedimento 500
4. Il concordato 502
5. La ristrutturazione industriale delle grandi imprese esercenti servizi pubblici essenziali 506

Indice analitico 509

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

La seconda edizione del manuale esce a distanza di un solo anno dalla prima.

Le significative modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza introdotte dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, in attuazione della Direttiva Ue 2019/1023, hanno imposto un doveroso aggiornamento dei contenuti per conservare la costante attualità dell'opera. L'intervento è stato anche l'occasione per una naturale revisione del testo, che ha tenuto conto dei contributi della dottrina e della giurisprudenza, delle esperienze professionali e, soprattutto, di quanto appreso dal confronto con gli studenti durante le mie lezioni universitarie.

Sono rimasti intatti l'approccio e la finalità del manuale, destinato agli studenti, perché possa essere un valido strumento di ausilio nello studio della materia. L'efficacia didattica continua ad essere la "stella polare" del manuale, ricercata attraverso la semplicità espositiva, la presenza di numerosi esempi chiarificatori e la costante rappresentazione delle esigenze alla base della disciplina normativa degli istituti, il tutto senza rinunciare al tentativo di stimolare la riflessione.

Dedico ancora una volta il manuale a Margherita e Angela, che mi accompagnano sempre con un sorriso che rende lieve il lavoro.

Salerno, agosto 2022

Giacomo D'Attorre

PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Il diritto della crisi e dell'insolvenza ha subìto nel corso degli anni rilevanti modifiche, non solo e non tanto per quanto riguarda il contenuto delle norme e dei singoli istituti, quanto soprattutto per la funzione ad esso assegnato. Non si tratta più solo di un insieme di regole dirette ad attuare in modo efficiente la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore insolvente nell'interesse dei creditori, ma di un qualcosa di profondamente diverso. La normativa della crisi e dell'insolvenza è oggi la disciplina di una fase, sia pure delicata, della vita economica o imprenditoriale del debitore, della quale ne viene regolamentata allo stesso tempo la pianificazione, la gestione e l'esito, assicurando un ragionevole equilibrio tra le esigenze dei creditori, dei terzi, della collettività e dello stesso debitore. Così identificato, il diritto della crisi e dell'insolvenza è, ormai, un complesso di norme che si inserisce in modo organico nel diritto civile e nel diritto dell'impresa e che sempre più si allontana da un approccio meramente processuale ed esecutivo. Questo percorso, avviato già da tempo, ha segnato una tappa importante con la pubblicazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, con il quale è stata abrogata la legge fallimentare.

La diversa posizione del diritto della crisi e dell'insolvenza nel sistema normativo richiede un rinnovato approccio anche a livello manualistico, che non si limiti solo a dare conto delle modifiche introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza rispetto alla legislazione precedente, ma che sia invece basato su una diversa impostazione della materia, di cui si tenga conto tanto nell'impostazione generale della esposizione, quanto nell'esame dei singoli istituti. Questa è l'esigenza alla base della scelta di dare alle stampe il volume.

Il manuale è destinato agli studenti e si propone di essere uno strumento di ausilio nello studio della materia. Dire che il manuale è destinato agli studenti non è una formula di stile. Significa, anzitutto, che si è ricercata l'efficacia didattica anche attraverso la massima semplicità espositiva, pur senza rinunciare al tentativo di stimolare la riflessione. In questa prospettiva, si è corredato il testo di numerosi esempi chiarificatori e si è dedicato particolare spazio alla rappresentazione delle esigenze sostanziali alla base della disciplina normativa degli istituti ed al modo in cui gli stessi orientano concretamente la condotta dei soggetti nella realtà economica. La volontà di fornire un valido strumento di studio si è tradotta anche in una precisa scelta di esposizione del programma, decidendo in modo consapevole

di non seguire lo stesso ordine di trattazione degli istituti presente nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza laddove l'allontanamento dalla struttura codicistica sia stato ritenuto utile ad una migliore comprensione dello studente. Ad esempio, il procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione non è trattato in modo autonomo e le norme processuali che lo compongono sono esaminate al momento in cui viene affrontata la singola procedura; in tal modo, si è ricomposta, da un punto di vista espositivo, l'unitarietà di esposizione di ciascuna procedura, che viene illustrata in modo organico con riferimento al profilo processuale ed al profilo sostanziale.

Spero che il manuale, che è il frutto dell'attività didattica, del lavoro di ricerca e delle esperienze professionali sul campo, possa aiutare gli studenti nel comprendere e, ancor prima, apprezzare una materia solo apparentemente fredda, ma che in realtà vibra di vita e passione.

Dedico il lavoro a Margherita e Angela, per la pazienza con cui mi hanno accompagnato e per la gioia che mi trasmettono ogni giorno.

Salerno, gennaio 2021

Giacomo D'Attorre

Capitolo I
IL DIRITTO DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

1. Premessa

Il diritto della crisi e dell'insolvenza comprende l'insieme delle regole che trovano applicazione quando si verifica una situazione di crisi o insolvenza del debitore, consistente in uno squilibrio di tipo economico, patrimoniale o finanziario.

Crisi e insolvenza

Prima di esaminare il contenuto di questa disciplina, occorre interrogarsi sulle ragioni alla base della stessa e, per fare ciò, si deve partire dagli specifici problemi che si presentano nelle situazioni di crisi o insolvenza. È proprio l'analisi di queste esigenze a spiegare il *perché* ed il *come* del diritto della crisi e dell'insolvenza.

Quando la crisi non è ancora attuale, ma probabile, ed a maggior ragione quando si è ormai verificata, il primo rischio da evitare è il ritardo da parte del debitore nel rilevarla e nell'adottare iniziative idonee ad affrontarla. Questo ritardo, in genere, dipende da una non adeguata struttura organizzativa del debitore, ma può anche accadere che il debitore tenga condotte non corrette o non sia pienamente consapevole degli strumenti che la legge mette a sua disposizione. Il ritardo nella emersione dello stato di crisi o di insolvenza è sempre un fattore di aggravamento della condizione di difficoltà, rendendo più complessa e meno efficiente l'attività di risanamento dell'impresa e di salvaguardia dei valori aziendali e, in ogni caso, deprimendo i valori di realizzo dei beni.

Quando, invece, la crisi o l'insolvenza sono ormai manifeste, è probabile che i singoli creditori, in presenza di un patrimonio tendenzialmente insufficiente al loro soddisfacimento integrale e immediato, possano ricercare la soddisfazione del loro credito attraverso l'avvio di azioni esecutive individuali, con una triplice conseguenza negativa.

In primo luogo, azioni molteplici e non coordinate conducono alla disgregazione dei complessi aziendali, ove ancora esistenti, con impossibilità di una loro utile ricollocazione sul mercato. In secondo luogo, si crea-

no disparità di trattamento tra i creditori più attivi, che agiscono per primi ed ottengono un maggiore e più rapido soddisfacimento, e creditori meno reattivi o non ancora in condizione di far valere il proprio credito, che devono soddisfarsi su un patrimonio quantitativamente e qualitativamente residuale. In terzo luogo, la soggezione del debitore alle azioni esecutive dei creditori fino al loro completo soddisfacimento disincentiva lo stesso dall'avviare in futuro una nuova iniziativa economica, perché consapevole che difficilmente la nuova attività potrebbe reggere il peso anche dei debiti precedenti non soddisfatti, e, in ogni caso, gli impedisce di ritornare nel normale circuito del credito e delle relazioni commerciali.

Inadeguatezza delle regole sulla responsabilità patrimoniale e sulle esecuzioni individuali

Le regole sulla responsabilità patrimoniale e sulle esecuzioni individuali non sono adeguate per affrontare in modo efficace queste esigenze, perché, da un lato, intervengono tardi, quando la crisi o l'insolvenza si sono ormai aggravate, e, dall'altro lato, non forniscono criteri per disciplinare in modo efficiente il concorso delle singole azioni sul patrimonio del debitore e per individuare un limite alla soggezione dello stesso rispetto alle pretese dei creditori.

A ciò si aggiunga che la situazione di crisi e insolvenza del debitore coinvolge, allo stesso tempo ed allo stesso modo, tutti i creditori e non solo loro, ma anche gli altri soggetti ugualmente portatori di interessi o aspettative rispetto al patrimonio del debitore, come ad esempio i lavoratori. Occorrono, quindi, regole in grado di assicurare un approccio collettivo, che consenta a tutte le parti a vario titolo interessate di operare in un quadro di regole certe, che crei coattivamente una comunanza di interessi tra creditori potenzialmente in conflitto e che definisca gli obiettivi che devono orientare l'operato dei soggetti chiamati a gestire il patrimonio del debitore. L'effetto collettivo della situazione di crisi o insolvenza richiede, in altri termini, una speculare risposta collettiva.

Le risposte del diritto della crisi e dell'insolvenza

Il diritto della crisi e dell'insolvenza è la risposta dell'ordinamento a queste problematiche, rispetto alle quali opera in due direzioni principali.

In un primo momento, quando la situazione di crisi o di insolvenza può essere affrontata ancora con mezzi meno invasivi, il debitore ed i creditori, attraverso un prudente dosaggio di effetti premiali e sanzionatori, vengono incentivati a porre in essere una reazione attiva e ad utilizzare gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per regolare la crisi o l'insolvenza in un contesto ordinato, trasparente e verificabile.

Poi, quando la situazione richiede interventi più decisi e radicali, si dispone l'intervento di un'autorità pubblica e l'imposizione di vincoli sul patrimonio del debitore, assicurando una composizione ordinata della crisi o dell'insolvenza e, all'esito, consentendo, a determinate condizioni, al debitore di potersi liberare dai propri debiti pregressi anche non soddisfatti (esdebitazione), in modo da offrirgli una seconda opportunità dopo un ragionevole periodo di tempo.

Disciplina della pianificazione, gestione ed esito della crisi e dell'insolvenza

Nel contesto della disciplina normativa, la crisi e l'insolvenza sono considerati una fase, sia pure delicata, della vita economica o imprenditoriale del debitore; di questa fase il legislatore ne disciplina allo stesso tempo la pianificazione, la gestione e l'esito, assicurando un ragionevole equilibrio tra le esigenze, talvolta contrapposte, del debitore, dei creditori, dei terzi e della collettività. Quale sia il punto di equilibrio e di sintesi degli interessi al cui soddisfacimento le regole sono preordinate non può essere affermato in termini generali, perché dipende dalla tipologia del debitore, dalla maggiore o minore gravità della sua situazione, dalle condotte che il debitore stesso o i suoi creditori decidono di adottare.

Questa varietà di risposte rende vano ogni ulteriore tentativo di spiegazione unitaria del diritto della crisi e dell'insolvenza, che può essere correttamente compreso solo analizzando i vari strumenti di cui la regolamentazione concretamente si compone.

2. I percorsi, gli strumenti e le fonti normative

I percorsi e gli strumenti presenti nell'ordinamento per far fronte al rischio di crisi e al verificarsi della crisi o dell'insolvenza sono molteplici e diversificati per presupposti, effetti, contenuto e finalità. Può essere utile in questa sede fornirne già un primo sguardo di sintesi, che ne delinei le principali caratteristiche, rinviando la trattazione analitica di ciascuno di essi ai capitoli successivi.

Dovere di tempestiva emersione della crisi e composizione negoziata

In primo luogo, ci sono le regole che presidiano ed agevolano il dovere del debitore di individuare ed affrontare in modo tempestivo il proprio stato di crisi. Queste regole si concretizzano innanzitutto nel dovere del debitore di adottare misure e assetti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte. L'attuazione di questo dovere è agevolata dalla possibilità di intraprendere anche la strada della composizione negoziata della crisi, che rappresenta un percorso di mediazione, affidato ad un esperto indipendente che ha il compito di facilitare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e tutti gli altri soggetti interessati, al fine di trovare una possibile soluzione per il risanamento dell'impresa.

Strumenti negoziali

Vi sono, poi, gli strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza: i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo ed il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Si tratta di strumenti riservati esclusivamente ai debitori che svolgono attività d'impresa e che, se pur diversi per disciplina applicabile e procedimento, sono tuttavia accomunati dalla loro natura negoziale, nel senso che si basano su una proposta del debitore

rivolta ai propri creditori; tale proposta ha per oggetto e scopo il soddisfacimento dei creditori in esecuzione di un piano economico-finanziario.

Procedure di insolvenza

Altre procedure, previste soprattutto per i casi in cui lo squilibrio economico o finanziario si presenti nella forma più grave dell'insolvenza, prevedono, invece, che il patrimonio del debitore venga affidato ad un organo nominato dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa, che provvede ad amministrarlo, a liquidarlo ed a ripartire il ricavato tra i creditori, oppure procede al tentativo di ristrutturazione economico-finanziario dell'impresa, oppure ancora opera la modifica coattiva della struttura finanziaria del debitore. Sono le procedure di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, con le quali si organizza, in modo efficiente ed equo, il concorso dei creditori su un patrimonio generalmente insufficiente a consentire la loro integrale soddisfazione.

Procedure di sovraindebitamento

Per affrontare la crisi e l'insolvenza dei debitori che non esercitano attività d'impresa commerciale medio-grande, ed il cui dissesto solitamente produce effetti più limitati e circoscritti rispetto a quello degli altri, sono previsti specifici strumenti: la ristrutturazione dei debiti del consumatore, il concordato minore e la liquidazione controllata del sovraindebitato. Queste procedure, definite procedure di sovraindebitamento, sono tra di loro differenti, in quanto le prime due hanno carattere negoziale, mentre l'ultima ha struttura non negoziale. In ogni caso, sono procedure diverse e semplificate rispetto a quelle previste per gli imprenditori commerciali medio-grandi, in quanto adattate alle dimensioni più ridotte dell'attivo e del passivo da gestire.

Anche le fonti normative del diritto della crisi e dell'insolvenza sono varie.

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il testo normativo centrale è il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che contiene la disciplina di tutti i doveri, percorsi, strumenti e procedure sopra descritti, ad eccezione della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (nel prosieguo, le disposizioni indicate con il solo numero dell'articolo debbono intendersi riferite al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), che ha abrogato e sostituito la precedente legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), contiene, tra l'altro, una serie di definizioni e la formulazione di princìpi generali, tendenzialmente applicabili, in quanto compatibili, anche agli strumenti non disciplinati dallo stesso.

Leggi speciali

Per la liquidazione coatta amministrativa, la disciplina si rinviene in parte nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ed in parte nelle singole leggi speciali che regolamentano l'attività delle categorie di imprese soggette a questa procedura. Per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, la disciplina è dettata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 per la sua versione "ordinaria", e dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, per la sua versione "speciale".

3. Le procedure concorsuali

La maggior parte degli strumenti e delle procedure previsti nel diritto della crisi e dell'insolvenza può ricondursi alla categoria unitaria delle "procedure concorsuali".

Importanza della categoria

Anche se manca nell'ordinamento una definizione generale delle procedure concorsuali ed una loro elencazione, questa categoria è centrale nel sistema per due ragioni. Anzitutto, la locuzione "procedure concorsuali" è richiamata, sia nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (es.: artt. 6, 288, 360), sia in altre leggi (es.: art. 2499 c.c.), quale presupposto per l'applicazione di una specifica disciplina che ad essa fa riferimento. Inoltre, l'esame della nozione di procedure concorsuali permette di individuare e descrivere in modo unitario alcune caratteristiche che sono comuni a tutti gli strumenti in esse compresi, delle quali sono invece privi gli altri strumenti. Da ciò l'utilità di delinearne fin da questo primo approccio i tratti identificativi.

Nozione

In termini generali, le procedure concorsuali sono le procedure nelle quali, attraverso l'intervento di un'autorità pubblica e l'imposizione di un vincolo di varia natura e intensità sul patrimonio del debitore, viene attuata la composizione coattiva dei rapporti tra il debitore e i suoi creditori.

I profili presenti in tutte le procedure concorsuali, la cui congiunta ricorrenza consente di collocare uno strumento in questa categoria, sono tre: la presenza di un'autorità pubblica, il vincolo sul patrimonio e la regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori nei confronti del debitore.

La presenza dell'autorità pubblica, che a volte è un'autorità giudiziaria e a volte è un'attività amministrativa, ha la funzione di garantire che la procedura si svolga nel rispetto delle regole prescritte e sia orientata al raggiungimento degli obiettivi individuati dalla legge.

Il vincolo patrimoniale limita, con diverso grado di intensità a seconda della procedura, il potere di disposizione del debitore sul suo patrimonio e, soprattutto, la possibilità per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sullo stesso. Per effetto di questo vincolo, il patrimonio del debitore è affidato alla gestione o al controllo degli organi della procedura in vista del suo utilizzo per la realizzazione delle finalità della procedura.

La regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori determina che gli effetti dell'apertura della procedura si impongano, nella diversa misura prevista dalla legge per ciascuna procedura, a tutti i creditori di quel de-

terminato debitore, che sono organizzati come gruppo e assoggettati ad una serie di regole funzionali a disciplinare le rispettive pretese sul patrimonio del debitore e la gestione ordinata dello stesso.

Sostituzione della tutela individuale con la tutela collettiva

Attraverso il sincronico operare dell'autorità pubblica, del vincolo sul patrimonio e della regolamentazione coattiva, le procedure concorsuali determinano la sostituzione della tutela individuale da parte del singolo creditore con la tutela collettiva, assicurata, a seconda dei casi, dall'azione degli organi della procedura o dalla soggezione di tutti i creditori a regole di gruppo omogenee, così consentendo la migliore e tendenzialmente paritaria soddisfazione degli stessi nel rispetto delle finalità della procedura.

Elencazione

Sulla base dei profili comuni sopra individuati, pur in mancanza di una puntuale elencazione normativa e con alcune specificità per alcuni di essi, si può stabilire quali tra gli strumenti rientrino tra le procedure concorsuali. Essi sono: gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenze, le procedure di sovraindebitamento. Non vi rientrano, quindi, i doveri del debitore in tema di tempestiva emersione della crisi, la composizione negoziata della crisi ed i piani attestati di risanamento.

Le procedure concorsuali possono, a loro volta, essere ordinate in distinte sotto-categorie sulla base di alcuni specifici aspetti che vengono presi in considerazione.

Procedure giudiziarie e procedure amministrative

Quando si ha riguardo alla natura giudiziaria o amministrativa degli organi che le dispongono e gestiscono, si distinguono le procedure giudiziarie e le procedure amministrative. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la liquidazione giudiziale e le procedure di sovraindebitamento sono procedure giudiziarie, mentre la liquidazione coatta amministrativa è una procedura amministrativa e l'amministrazione straordinaria è una procedura "mista".

Procedure volontarie e procedure coattive

Se si fa riferimento all'iniziativa per l'accesso alle procedure, si distinguono quelle volontarie, nelle quali il debitore è l'unico soggetto legittimato a promuoverle, da quelle coattive, che possono essere disposte anche su richiesta di terzi e contro la volontà del debitore. Rientrano nella prima categoria gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la ristrutturazione dei debiti del consumatore, il concordato minore ed una variante "speciale" dell'amministrazione straordinaria; nella seconda sono comprese la liquidazione giudiziale, la liquidazione controllata del sovraindebitato, la liquidazione coatta amministrativa e la versione "ordinaria" dell'amministrazione straordinaria.

Altre classificazioni

Altre classificazioni talora proposte per le procedure concorsuali non sono, invece, condivisibili.

In particolare, non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione tra procedure liquidatorie, che mirano alla soddisfazione dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore, e procedure di risanamento, finalizzate alla conservazione dei complessi produttivi, perché nelle varie procedure coesistono, sia pure con modalità e priorità diverse, entrambi gli aspetti.

Allo stesso modo, la distinzione tra procedure orientate alla massima soddisfazione dei creditori e procedure orientate alla prioritaria tutela del debitore o di interessi-altri (es.: gli interessi dei lavoratori) non coglie la complessità della trama normativa, che nelle diverse procedure pondera i vari interessi, secondo criteri di contemperamento che vanno valutati in modo analitico e non schematico.

Finalità

La contemporanea presenza di una pluralità di interessi rilevanti impedisce, con riferimento alla categoria delle procedure concorsuali, anche una risposta unitaria alla domanda sulla loro finalità. Il confronto tra i diversi interessi (es.: creditori, debitore, lavoratori, fornitori, utenti, consumatori, collettività) avviene secondo modalità di composizione differenti nelle varie procedure concorsuali, talora basate su un parametro più netto, che individua l'interesse prevalente rispetto al quale gli altri devono cedere nel caso di conflitto, ed altre volte secondo criteri di ponderazione e bilanciamento, a loro volta variabili e diversificati. Le procedure concorsuali non hanno tutte una medesima finalità, ma ciascuna di esse ne ha una sua propria, che, a sua volta, mal si presta ad essere identificata in modo netto, ma richiede una trattazione più dettagliata, che meglio potrà essere compiuta quando di seguito le singole procedure saranno descritte in modo analitico.

Caratteristiche comuni

Indipendentemente dalla loro classificazione e dalle loro finalità, le procedure concorsuali condividono alcune caratteristiche omogenee, che le accomunano tra loro e, allo stesso tempo, le differenziano dagli altri strumenti non concorsuali e, soprattutto, dai procedimenti individuali di esecuzione forzata.

Universalità

Una caratteristica comune a tutte le procedure concorsuali è la universalità o globalità, in virtù della quale la procedura tendenzialmente coinvolge l'intero patrimonio del debitore esistente al momento dell'apertura (salvo alcune eccezioni). In ciò si coglie una radicale differenza tra le procedure concorsuali e le procedure esecutive individuali: mentre le prime riguardano tutto il patrimonio del debitore, le seconde incidono soltanto su singoli beni. L'attuazione concreta di questa caratteristica dipende nello specifico dalle singole procedure e può, quindi, avere effetti differenziati

sotto il profilo temporale, degli effetti e delle eccezioni, ma, in ogni caso, non vi è concorsualità se manca l'universalità.

Generalità

Altra caratteristica comune è la generalità, in quanto la procedura riguarda tutti i creditori esistenti al momento del suo avvio. Anche in questo le procedure concorsuali si differenziano dalle procedure esecutive individuali, nelle quali sono i singoli creditori a decidere se avviare o intervenire nel relativo procedimento, senza che nello stesso siano necessariamente coinvolti tutti gli altri creditori. Il grado effettivo di coinvolgimento dei creditori e gli effetti che si producono a loro carico sono disciplinati in modo differente nelle varie procedure, sempre però tenendo conto che non vi sono creditori che possano rimanere completamente estranei, nelle loro facoltà o diritti, rispetto all'apertura di una procedura concorsuale a carico del loro debitore.

Officiosità

Ulteriore caratteristica comune è l'officiosità, da cui deriva che le procedure si aprono o quantomeno vengono scandite nel loro svolgimento da un provvedimento dell'autorità pubblica (giudiziaria o amministrativa), la cui adozione determina il prodursi di determinati effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei terzi connessi alla procedura stessa. Anche per questo profilo l'intervento dell'autorità pubblica assume concretamente contorni e grado di invasività ben diversi nelle varie procedure, potendo essere il momento iniziale di una serie di fasi gestite o controllate dalla medesima autorità o da organi nominati dalla stessa, oppure potendo intervenire solo per accertare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di legge che consentono la produzione di determinati effetti.

Prima di concludere l'esame delle procedure concorsuali va svolta una precisazione.

Concorsualità liquida

È vero che la categoria delle procedure concorsuali rappresenta un dato normativo rilevante ai fini dell'applicazione delle norme. Tuttavia, la concorsualità è una categoria "liquida", nella quale i confini tra concorsuale e non concorsuale sono permeabili, tanto da consentire contaminazioni applicative fra varie fattispecie non sempre astrette da vincoli classificatori. Detto altrimenti, non sempre vi è esatta corrispondenza tra il perimetro della concorsualità e l'area di applicazione delle regole concorsuali, perché in taluni casi l'applicazione di regole ed istituti concorsuali non presuppone più necessariamente la natura concorsuale della procedura. Di seguito, quando tratteremo della composizione negoziata e del piano attestato di risanamento (che non sono, come detto, procedure concorsuali) si apprezzerà l'utilità di questa precisazione.

4. Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Definizione

Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è definita e disciplinata anche un'altra categoria, rappresentata dagli "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza". A differenza che per le procedure concorsuali, per questa categoria vi è un'espressa definizione normativa: gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono "le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività o passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività" (art. 2, comma 1, lett. m-*bis*).

Elencazione

Sulla base di questa definizione possono farsi rientrare nella categoria i seguenti strumenti: il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio e la liquidazione giudiziale.

Le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento sembrerebbero non essere formalmente comprese tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Tuttavia, per esse è comunque disposta l'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni comuni dettate con riferimento agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 65, comma 2), così che l'estraneità rispetto alla categoria sarebbe più nominale che effettiva.

La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza non vi rientrano perché sono disciplinate in modo esclusivo o concorrente da leggi diverse rispetto al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La composizione negoziata non rientra tra gli strumenti di regolazione della crisi, come reso evidente dal richiamato art. 2, lett. m-*bis*, che, dopo aver definito gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, precisa testualmente che gli stessi "possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi".

Differenze con le procedure concorsuali

La categoria degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza non va confusa con quella delle procedure concorsuali, dalle quali se ne differenzia per perimetro applicativo e funzione.

I rispettivi ambiti delle procedure concorsuali e degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono differenti, anche se in parte sovrapposti. Alcuni strumenti sono sia procedure concorsuali che strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la convenzione di moratoria, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il concordato preventivo, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, la liquidazione giudiziale), altri sono sol-

tanto procedure concorsuali (le procedure di sovraindebitamento, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza), mentre altri ancora sono soltanto strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (il piano attestato di risanamento).

Funzione

Si è vista sopra quale sia la funzione della categoria delle procedure concorsuali. La categoria degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ha, invece, la diversa funzione di individuare un insieme di regole comuni, che trovano tendenzialmente applicazione, pur con alcune limitazioni, per tutti gli strumenti inclusi nella categoria stessa. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dedica un apposito Titolo a questa disciplina comune, che si compone di quattro tasselli: la giurisdizione (artt. 11 e 26), la competenza (artt. 27-32), la cessazione dell'attività del debitore (artt. 33-36), l'accesso alle procedure (artt. 37-55), cui può probabilmente aggiungersi anche la disciplina dell'accesso nel caso di debitore avente forma societaria (art. 120-*bis*).

Procedure concorsuali e strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono, pertanto, due categorie differenti, ma ambedue utili nella comprensione e corretta applicazione della disciplina.

5. I princìpi generali

Lo studio del diritto della crisi e dell'insolvenza deve partire dall'esame dei princìpi generali che governano la materia. Alcuni di essi sono formulati in modo espresso dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 3-11), mentre altri sono ricostruibili in via interpretativa sulla base del contenuto delle norme di dettaglio.

Campo di applicazione

Il campo di applicazione dei principi generali è tendenzialmente generale. Essi operano, con alcune eccezioni ed i necessari adattamenti, in tutte i percorsi, le misure, gli strumenti e le procedure che compongono il diritto della crisi e dell'insolvenza, tanto se sono disciplinati dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, quanto se sono regolati da leggi differenti.

Funzioni

I princìpi generali del diritto della crisi e dell'insolvenza assolvono una triplice funzione: a) integrativa, in quanto finalizzati a colmare lacune dell'ordinamento; b) normativa, perché diretti a fissare norme di disciplina della condotta; c) interpretativa, ossia orientata a guidare l'interpretazione di norme particolari.

Proprio questa funzione interpretativa spiega la centralità dei princìpi generali e la necessità di un loro esame preliminare rispetto a quello dei singoli strumenti. I princìpi, infatti, guidano lo sviluppo del percorso interpretativo secondo traiettorie conformi agli obiettivi ed ai valori da cui sono ispirati e di cui sono espressione, così consentendo di interpretare in modo coerente le singole norme di dettaglio.

Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza

I princìpi generali formulati in modo espresso dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza fissano, anzitutto, alcune regole di condotta che tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza devono rispettare. Non si tratta – si badi – di semplici aspirazioni o di declamazioni teoriche, che consentono di sindacare le condotte delle parti solo sul piano etico, ma di norme direttamente applicabili alle singole fattispecie e la cui violazione determina conseguenze, anche sanzionatorie, concretamente apprezzabili sul piano giuridico. Il contenuto concreto dei princìpi varia, ovviamente, in relazione ai soggetti destinatari della regola ed allo strumento di regolazione in cui si colloca la condotta.

Un primo principio generale individua i doveri dell'imprenditore in tema di tempestiva emersione della crisi. Di esso si tratterà nel cap. II.

Buona fede e correttezza

Un secondo principio generale riguarda sia la condotta del debitore, sia quella dei creditori, i quali "nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione, … devono comportarsi secondo buona fede e correttezza" (art. 4, comma 1). Malgrado l'imprecisione formulazione della norma, il dovere di buona fede e correttezza deve operare non solo nella fase di accesso, ma anche durante lo svolgimento e l'esecuzione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, dove l'esistenza di una "comunità" di creditori impone atteggiamenti collaborativi a tutte le parti.

Il dovere di buona fede e correttezza impone di tenere un comportamento che, senza risolversi in un sacrificio apprezzabile per la parte agente, tenga conto anche degli interessi delle altre parti. A titolo di esempio, nelle procedure di tipo negoziale la buona fede non si traduce in un obbligo per i creditori di accettare acriticamente ogni proposta di soluzione che sia stata eventualmente prospettata dal debitore, ma impone un dovere di serena valutazione delle proposte, nonché di motivazione e di tempestiva comunicazione delle scelte assunte.

Per quanto riguarda le forme di tutela nei confronti delle condotte lesive della buona fede, le stesse vanno variamente modulate per garantire una effettiva tutela al soggetto danneggiato in relazione alla condotta illegittima. Le conseguenze possono, così, essere individuate nel risarcimento del danno causato dalla condotta illegittima, ma possono anche tradursi nell'inefficacia dell'atto con il quale si realizza la violazione.

Il contenuto del dovere di buona fede è poi specificato dal legislatore attraverso un'elencazione di condotte, declinate diversamente a seconda che riguardino il debitore o i creditori, che esemplificano una possibile concretizzazione dello stesso, cioè il modello di comportamento che l'ordinamento considera legittimo.

In particolare, il debitore ha il dovere di: a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate; b) assumere tempestivamente

le iniziative idonee, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; c) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori; d) informare i soggetti sindacali delle rilevanti determinazioni assunte che incidono sui rapporti di lavoro e ciò anche se non previsto dalla legge o dai contratti collettivi (art. 4, commi 2 e 3).

In relazione ai creditori, invece, è posto il dovere di collaborare lealmente con il debitore, con l'esperto nella composizione negoziata e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria e amministrativa e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite" (art. 4, comma 3).

Trattazione unitaria

Accanto ai principi generali di carattere sostanziale, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza formula in modo espresso anche alcuni principi generali di carattere processuale. Tra questi assumono rilievo centrale, sia da un punto di vista normativo che interpretativo, i princìpi della trattazione unitaria di tutte le domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza e della priorità di trattazione della domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata (art. 7). Dell'applicazione concreta di questi princìpi si tratterà diffusamente in seguito (vedi cap. IV, par. 6; cap. V, par. 5; cap. VI, sez. 2, par. 5), ma qui è utile fornire una prima sintetica spiegazione della loro *ratio*. Si tratta, infatti, di princìpi differenti, ma che si coordinano per raggiungere il medesimo obiettivo, che è quello di assicurare, ove possibile ed in presenza di tutte le condizioni di legge, la prevalenza degli strumenti negoziali su base volontaria rispetto alle procedure liquidatorie a carattere coattivo, favorendo le definizioni negoziali della crisi e dell'insolvenza basate su accordi tra il debitore ed i suoi creditori.

Altri princìpi generali disciplinati in modo espresso dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 5-11) si traducono, invece, in una serie di previsioni di dettaglio di contenuto analitico, così da renderne opportuna la trattazione nei successivi capitoli, nei quali si affronteranno i procedimenti cui queste regole si riferiscono.

Celerità

Passando ai principi inespressi, che si desumono attraverso un procedimento di generalizzazione da norme particolari del sistema, può certamente rinvenirsi tra questi il principio di celerità, che impone lo svolgimento e la conclusione delle procedure e degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza nel minore tempo possibile.

Le ragioni che si pongono alla base di questo principio hanno carattere intuitivo. Vi è, anzitutto, l'interesse dei creditori ad ottenere la soddisfazione delle proprie pretese non solo nella misura percentuale più elevata, ma anche con la tempistica più rapida. Accanto all'interesse dei creditori, vi è inoltre l'interesse del sistema economico generale ad ottenere il più celere rientro dei beni compresi nel patrimonio del debitore nel normale circuito economico e produttivo, attraverso la liquidazione o comunque la definizione delle procedure.

Questo principio di celerità si esprime in puntuali norme di comportamento indirizzate a tutti i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, siano essi il debitore, gli organi delle procedure o gli stessi creditori. L'attuazione concreta è, inoltre, favorita dalla regola per cui le controversie in cui sia parte un organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa negli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza o comunque un soggetto nei cui confronti è aperta una procedura prevista dal Codice della crisi o dell'insolvenza devono essere trattate con priorità rispetto alle altre, così da assicurare tempi dei giudizi più rapidi (art. 5, comma 4).

6. La *par condicio creditorum*

Nozione

Principio generale del diritto della crisi e dell'insolvenza è quello della *par condicio creditorum*, in forza del quale i creditori vanno soddisfatti in eguale proporzione sul patrimonio del loro debitore.

Il principio della *par condicio creditorum* opera in tutti gli strumenti che rientrano nella categoria delle procedure concorsuali, con la sola eccezione degli accordi di ristrutturazione debiti, dove è assente, almeno nel significato che normalmente gli si attribuisce.

Questo principio, non formulato espressamente, ma ricavabile in modo saldo da diverse norme di dettaglio, assume un ruolo fondamentale nella disciplina della crisi e dell'insolvenza. Esso impone di trattare i creditori in modo eguale, secondo un criterio di proporzionalità fra l'ammontare del credito di ciascuno e l'ammontare complessivo dei crediti, in modo che tutti i creditori – salve le cause di prelazione e le altre eccezioni di legge – subiscano in eguale misura la riduzione e la compressione dei loro diritti nei confronti del debitore.

Funzione

La crisi o l'insolvenza del debitore è, come detto, un fenomeno collettivo e tutti i creditori devono subirne, in misura eguale, le conseguenze. Quando il patrimonio del debitore non è sufficiente a soddisfare in misura integrale e con immediatezza le pretese dei creditori, i beni vanno ripartiti secondo un criterio di proporzionalità, parametrato sul credito da ciascuno vantato, per assicurare la parità di trattamento tra i creditori. In questo modo, si sostituisce al criterio della priorità cronologica operante nell'esecuzione individuale (i creditori vengono soddisfatti nell'ordine nel quale avanzano la richiesta di pagamento), il criterio di proporzionalità (i creditori vengono soddisfatti in proporzione al rispettivo credito).

Il principio della *par condicio creditorum* contribuisce in modo centrale alla definizione della struttura e delle modalità di svolgimento delle

procedure concorsuali, nelle quali l'apposizione del vincolo sul patrimonio del debitore e l'intervento dell'autorità pubblica consentono di procedere ad una regolamentazione coattiva dei rapporti tra tutti i creditori ed il debitore. Tale regolamentazione coattiva avviene, appunto, nel rispetto della parità di trattamento dei creditori, che di fatto si traduce nella predisposizione di piani di riparto nei quali i creditori sono ordinati nel rispetto del descritto criterio di proporzionalità. I creditori non ottengono, così, la soddisfazione dei propri crediti attraverso azioni individuali, che disgregano il patrimonio del debitore e creano diseguaglianze tra i creditori, ma ricevono il soddisfacimento dagli organi della procedura o, comunque, sotto il controllo degli stessi, concorrendo in modo proporzionale sul patrimonio del debitore messo loro a disposizione.

Deroghe

Il concreto operare e dispiegarsi degli effetti della *par condicio creditorum* è, però, temperato da alcune deroghe.

Già nelle esecuzioni individuali, ai creditori partecipanti è riconosciuto eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, ma salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.), e così anche nelle procedure concorsuali la parità di trattamento va attuata rispettando il diverso rango dei crediti. Le somme ricavate dal patrimonio del debitore vanno, infatti, distribuite secondo un ordine di distribuzione, che tenga conto del fatto che non tutti i crediti hanno la stessa natura, in quanto essi si articolano in diverse categorie proprio in ragione della natura degli stessi, a cui corrisponde uno specifico rango attribuito dalla legge, cioè una ragione ed un titolo di preferenza di un credito rispetto a tutti gli altri crediti che hanno una differente natura. In forza di ciò, la distribuzione delle somme dell'attivo concorsuale deve prevedere prima il pagamento dei crediti prededucibili, poi dei crediti privilegiati nei limiti del valore su cui il privilegio opera, a seguire dei crediti chirografari e, infine, dei crediti postergati. Non esiste, quindi, parità assoluta tra i creditori, ma parità relativa, nel senso che il criterio di proporzionalità opera pienamente solo tra i creditori appartenenti alla medesima categoria.

Sono, inoltre, possibili ulteriori deroghe alla *par condicio creditorum*, come ad esempio la possibilità nei concordati di suddividere i creditori della stessa categoria in classi differenti, con possibilità di trattamenti differenziati tra i creditori delle diverse classi. In questi casi, l'ambito di applicazione della *par condicio creditorum* si riduce ulteriormente, non attuandosi nemmeno tra i creditori della medesima categoria, ma tra i soli creditori della categoria inclusi nella stessa classe.

Va, tuttavia, rimarcato che, anche se per effetto dell'operare delle cause legittime di prelazione e della possibilità di suddividere i creditori in classi nei concordati il campo di applicazione viene limitato, il principio della *par condicio creditorum* resta un insostituibile cardine delle procedure concorsuali, in quanto determina le regole organizzative che disciplinano il concorso di pretese potenzialmente incompatibili sul patrimonio del debitore.

7. Origini ed evoluzione del diritto della crisi e dell'insolvenza

L'attuale sistema normativo è il risultato – a sua volta provvisorio – di una lunga evoluzione del diritto della crisi e dell'insolvenza. La conoscenza di questo cammino, almeno nei suoi tratti essenziali, aiuta a comprendere meglio le ragioni alla base delle scelte di fondo che ispirano la disciplina in vigore e le stesse regole operative attraverso le quali queste scelte si manifestano e si concretizzano.

Origine nel basso medioevo

L'origine storica della regolazione del diritto della crisi si colloca nelle legislazioni statutarie delle città italiane del basso medioevo, quale espressione della classe mercantile ormai prevalente nel contesto economico e politico. Lo sviluppo dei traffici commerciali, fondato sulla reciproca fiducia tra i mercanti e sull'utilizzo dei primi strumenti di credito, non doveva essere turbato dall'inadempimento delle obbligazioni, che metteva in dubbio l'ordinato svolgimento delle attività e lo stesso sistema di valori su cui si fondava. In questo contesto, l'introduzione di istituti giuridici riconducibili a quelle che oggi definiamo come procedure concorsuali aveva una duplice funzione economico-sociale: predisporre strumenti efficaci per tutelare tutti i creditori pregiudicati dall'inadempimento del mercante e creare un clima di riprovazione sociale nei confronti del mercante responsabile dell'inadempimento.

Queste funzioni spiegano le principali caratteristiche che assunsero le procedure concorsuali fin da loro primo apparire: a) applicazione al solo caso in cui il debitore fosse un mercante; b) carattere fortemente afflittivo-sanzionatorio a carico del mercante insolvente, espulso anche "fisicamente" dal mercato e colpito sul piano della libertà personale; c) adeguamento delle regole delle procedure esecutive individuali alle differenti esigenze poste dal contemporaneo concorso di una pluralità di creditori su un unico patrimonio.

Codice di Commercio del 1882

Le caratteristiche descritte si conservarono nei loro tratti essenziali, pur se con le inevitabili modificazioni, nelle epoche storiche successive e furono presenti anche nel Codice di Commercio del 1882, dove però, in coerenza con le esigenze della classe borghese dominante, si procedette ad una valorizzazione degli strumenti negoziali e ad una mitigazione delle sanzioni nei confronti del debitore.

Legge fallimentare del 1942

All'esito di diversi progetti di riforma rimasti inattuati, nel 1942 venne pubblicata la nuova legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), che disciplinava in maniera organica le procedure concorsuali all'epoca

vigenti, con la sola parziale eccezione della liquidazione coatta amministrativa, che era disciplinata (allora come oggi) anche in singole leggi speciali. La legge fallimentare del 1942, che poneva al centro del sistema la procedura del fallimento, accentuava indubbiamente alcuni tratti dirigistici e pubblicistici, ma non stravolgeva il sistema precedente. Non è corretto individuare, pertanto, una netta cesura tra una presunta concezione privatistica del fallimento nel Codice di Commercio del 1882, adottato in epoca liberale, e una presunta concezione "autoritaria" del fallimento nella legge fallimentare del 1942, adottata in epoca fascista. Anzi, nella legge fallimentare del 1942 veniva valorizzata, in maniera più marcata rispetto al passato, la nozione di impresa e di imprenditore, non solo per delimitare meglio il presupposto soggettivo delle procedure, ma anche per prendere in considerazione la stessa attività d'impresa ai fini di una sua possibile conservazione.

Costituzionalizzazione della legge fallimentare

Con la caduta del fascismo, la legge fallimentare restò in vigore, ma venne sottoposta ad un progressivo processo di "costituzionalizzazione" attraverso numerose sentenze della Corte Costituzionale che sancirono l'illegittimità costituzionale di alcune norme, soprattutto per violazione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. e per violazione del diritto di difesa *ex* artt. 24 e 111 Cost.

Negli anni settanta del secolo scorso, la crisi economica ed il mutato scenario politico-sociale misero in discussione il modello tradizionale del diritto fallimentare, basato sull'assoluta prevalenza dell'interesse dei creditori rispetto agli interessi di tutti gli altri soggetti coinvolti e sulla centralità della finalità esecutivo-liquidatoria. Si assistette, quindi, al tentativo, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, di proporre una interpretazione evolutiva degli istituti, aperta alle nuove esigenze e sensibilità, anche se talvolta condotta fino all'eccesso.

Parallelamente, il legislatore intervenne con leggi speciali di "salvataggio" di singole imprese e, soprattutto, con l'introduzione di una nuova procedura concorsuale, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito dalla l. 3 aprile 1979, n. 95), riservata alle sole grandi imprese e con finalità dichiaratamente conservative dei complessi produttivi e dei livelli occupazionali.

A partire dagli anni ottanta il paradigma culturale di riferimento virò bruscamente e si affermò l'ideologia liberista, che valorizza l'autonomia privata, il mercato e la concorrenza, relegando ai margini le istanze sociali e l'intervento pubblico in economia. Di conseguenza, anche il diritto della crisi e dell'insolvenza risentì di questo mutato scenario culturale, prima ancora che politico, abbandonando i tentativi compiuti nel decennio precedente. Così, la precedente procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi venne sostituita dalla nuova procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, più attenta alla tutela del mercato ed all'interesse dei creditori (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), e si avviò una serie di progetti di riforma che sfociarono poi nella stagione riformatrice degli anni 2005-2007 (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con la l. 14 maggio 2005, n. 80; d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169).

Le riforme degli anni 2005-2007

Le riforme degli anni 2005-2007, apportatrici di sensibili modifiche al tessuto normativo preesistente pur senza abrogare la legge fallimentare, hanno ridotto ulteriormente il residuo carattere sanzionatorio delle procedure, accresciuto il ruolo del debitore e dei creditori, con contestuale riduzione degli spazi di intervento dell'autorità giudiziaria, e prestato una maggiore attenzione al valore dell'impresa, con introduzione di strumenti atti a conservarla, senza pregiudicare gli interessi dei creditori.

Più di recente, superando una tradizione che risale fin dalle origini, l'area della concorsualità è stata estesa anche ai debitori diversi dagli imprenditori commerciali (es.: consumatore), ai quali è stato consentito di accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012, n. 3).

Le indicazioni provenienti dall'Unione europea

Progressivamente, è emersa con sempre maggiore forza l'esigenza di restituire organicità alla materia e di valorizzare, anche sulla base di indicazioni provenienti dalla Unione europea (raccomandazione 2014/135/Ue della Commissione e, più di recente, Direttiva Ue 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio), alcuni obiettivi non adeguatamente considerati, come quello della tempestività nella reazione alla crisi.

La legge delega per la riforma

È stata, quindi, conferita delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza (l. 9 ottobre 2017, n. 155); tra i criteri direttivi della legge delega vi è, in particolare, la sostituzione del termine "fallimento" con l'espressione "liquidazione giudiziale", in modo da adeguare anche il lessico alla rinnovata visione della procedura come fase dell'attività d'impresa, priva di caratteri sanzionatori.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

La delega è stata, poi, attuata con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, con il quale è stato approvato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il cui testo è stato ampiamente rivisto, prima ancora della sua entrata in vigore, dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 82 in attuazione della Direttiva Ue 2019/2023.

Dopo vari rinvii, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è entrato in vigore il 15 luglio 2022.

Capitolo II

LA TEMPESTIVA EMERSIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

1. Premessa

Lo stato di crisi deve essere individuato ed affrontato dal debitore in modo tempestivo ed attivo. Costituisce, infatti, dato di comune esperienza quello per cui quanto prima il debitore sia in grado di individuare le proprie difficoltà economico-finanziarie ed assumere le misure opportune, tanto maggiori sono le probabilità di evitare l'aggravamento definitivo della crisi.

Approccio tempestivo e attivo alla crisi

Questa esigenza è ancora più avvertita quando il debitore sia un imprenditore, ossia un soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (art. 2082 c.c.). Nelle imprese, infatti, il ritardo nella rilevazione della crisi e nell'adozione delle idonee iniziative correttive rende più arduo il risanamento, perché la debitoria assume con il tempo una maggiore consistenza quantitativa e perché l'imprenditore perde progressivamente la fiducia del mercato.

Un approccio veloce ed efficace alla crisi può, invece, consentire all'imprenditore di superare la fase di difficoltà o comunque di salvaguardare, eventualmente anche attraverso il trasferimento a terzi, l'integrità dei complessi produttivi; e ciò soprattutto quando, pur in presenza di una difficoltà finanziaria, l'attività economica sia ancora economicamente sana o suscettibile di tornare ad esserlo. Anche laddove la sostenibilità economica dell'impresa sia ormai definitivamente compromessa e l'attività sia destinata a cessare, così residuando solo la prospettiva liquidatoria, la velocità nell'intervento resta un valore, perché consente una liquidazione più efficace e, di conseguenza, una più elevata misura di soddisfacimento dei creditori.

Non sempre, tuttavia, l'imprenditore ha gli strumenti o l'organizzazione che gli consentono di cogliere in modo tempestivo i segnali della crisi e non sempre, pur quando li coglie, ha la volontà o la capacità di assumere le opportune iniziative per affrontare la stessa.

Incentivi

Consapevole delle esigenze di rapido intervento e, allo stesso tempo, degli ostacoli che si oppongono all'obiettivo, il legislatore interviene obbligando l'imprenditore a dotarsi di assetti organizzativi che permettano di rilevare in modo tempestivo lo stato di crisi e poi incentivandolo ad assumere una gestione proattiva e propositiva, attraverso la messa a disposizione di una serie di strumenti flessibili e non "punitivi" per affrontare la crisi in modo corretto e con la partecipazione responsabile di tutti i soggetti coinvolti (es.: creditori, fornitori, clienti).

L'idea di fondo alla base della normativa è, quindi, quella di aiutare l'imprenditore a far emergere la crisi e ad intraprendere un percorso "protetto" di risanamento o di liquidazione, responsabilizzando al contempo tutti i soggetti in qualche modo coinvolti nella crisi d'impresa, con la previsione di misure premiali o, in caso di violazioni, di sanzioni, variamente differenziate a seconda dei soggetti. Ciò al fine di evitare, se possibile, la disgregazione dei complessi aziendali, con la connessa distruzione di ricchezza e la perdita di posti di lavoro, o, se questo non è possibile, di assicurare quantomeno una liquidazione ordinata ed efficiente.

Le prescrizioni normative

L'obiettivo indicato è concretamente assicurato da cinque prescrizioni normative: a) il dovere dell'imprenditore di adottare adeguate misure e assetti; b) le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi; c) il dovere dell'imprenditore di assumere le iniziative necessarie a far fronte allo stato di crisi; d) la composizione negoziata della crisi; e) gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. La massima parte di queste regole, come meglio si vedrà, non si applica nei confronti di tutti i debitori, ma solo nei confronti dei debitori che svolgano attività d'impresa e che rivestano la qualità di imprenditori, proprio perché l'importanza della tempestività è maggiore nel campo della crisi d'impresa.

La prima prescrizione (dovere dell'imprenditore di adottare adeguate misure e assetti) impone all'imprenditore l'obbligo di adottare misure e a assetti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi.

La seconda prescrizione (segnalazioni per la anticipata emersione della crisi) consiste nell'attribuzione a determinati soggetti del ruolo di "sentinelle", chiamate ad informare prontamente l'imprenditore e, nel caso di impresa in forma societaria, gli amministratori del manifestarsi dei primi sintomi della crisi.

La terza prescrizione (dovere dell'imprenditore di assumere le iniziative necessarie a far fronte allo stato di crisi) impone all'imprenditore di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi.

La quarta prescrizione (composizione negoziata della crisi) è rappresentata, in estrema sintesi, da un percorso di mediazione, affidato ad un esperto indipendente che ha il compito di facilitare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e tutti gli altri soggetti interessati, al fine di trovare una possibile soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario.

La quinta prescrizione (strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza) è costituita dall'insieme delle misure, accordi o procedure messi a disposizione dell'imprenditore e volti al risanamento dell'impresa o alla liquidazione del patrimonio o delle attività.

In questo capitolo si procederà all'esame delle prime tre prescrizioni, mentre le altre saranno trattate nei capitoli successivi.

2. Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi

La prima prescrizione è rappresentata, come detto, dal dovere dell'imprenditore di predisporre misure organizzative in grado di consentirgli di percepire senza ritardo i sintomi della crisi.

Dovere dell'imprenditore

L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte (art. 3, comma 1). L'imprenditore collettivo (società, associazioni ecc.) deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'adozione di idonee iniziative (art. 3, comma 2; art. 2086, comma 2, c.c.).

Le misure e gli assetti che l'imprenditore individuale e collettivo devono istituire hanno una comune funzione preventiva, dovendo assicurare un monitoraggio costante sulla situazione finanziaria, economico e patrimoniale dell'impresa, consentendo la rilevazione quanto più possibile veloce dei sintomi, delle caratteristiche e della gravità della crisi e permettendo l'assunzione delle idonee iniziative. Varie possono essere le modalità attraverso le quali assolvere questo dovere; ad esempio, si può adottare una corretta procedimentalizzazione dei flussi informativi (adeguatezza organizzativa), prevedere la redazione di situazioni contabili infrannuali (adeguatezza amministrativa), assicurare una periodica pianificazione finanziaria (adeguatezza contabile) e così via.

Idoneità e adeguatezza

L'identificazione di quali misure e assetti effettivamente adottare è, però, un tema non semplice. Idoneità (delle misure) e adeguatezza (degli assetti) sono, infatti, clausole generali, come tali connotate da indeterminatezza. La concretizzazione delle stesse dovrà tenere conto dei diversi contesti economici e aziendali, della natura e delle dimensioni dell'impresa, del mercato di riferimento, del contesto economico generale. Appare fin troppo evidente che ciò che è idoneo ed adeguato per una media impresa di commercio operante sul piano locale non lo sarà per una grande impresa multinazionale, e viceversa.

È l'imprenditore, e specificamente gli amministratori nel caso di impresa in forma collettiva, a dover individuare e predisporre le misure che ritenga idonee e gli assetti che reputi adeguati in considerazione della specifica situazione, compiendo una scelta organizzativa che, rientrando nel novero delle scelte imprenditoriali, non sarà successivamente sindacabile nel merito anche laddove si rilevi *ex post* errata, sempre che sia stata assunta avvalendosi di tutte le informazioni e le cautele ragionevolmente disponibili e non sia manifestazione irrazionale.

Indicazioni minime

Per aiutare l'imprenditore (e gli amministratori di imprese in forma collettiva) a valutare l'idoneità delle misure e l'adeguatezza degli assetti, il legislatore offre anche alcune indicazioni su quale debba essere l'attitudine e l'utilità delle stesse. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure e gli assetti devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali rappresentati da esposizioni debitorie rilevanti; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e ad effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento presente presso una piattaforma telematica nazionale accessibile a tutti gli imprenditori (art. 3, comma 3). Si tratta di indicazioni di contenuto minimo, che dovranno essere implementate laddove non adeguate alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Segnali

Un ulteriore aiuto per l'imprenditore (e per gli amministratori di imprese in forma collettiva) è rappresentato da alcuni segnali, che operano come campanelli di allarme e che, per espressa previsione legislativa, le misure e gli assetti devono essere in condizione di rilevare. Questi segnali sono: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni determinate soglie; d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie qualificate nei confronti dell'Istituto Nazionale della previdenza sociale, dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione (art. 3, comma 4).

3. Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi

Nozione

Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi si identificano nell'obbligo posto a carico di determinati soggetti (organi di controllo societario, creditori pubblici qualificati) di segnalare prontamente all'imprenditore il verificarsi di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza oppure il ritardo nel pagamento di crediti tributari o contributivi.

Si può dire che le segnalazioni siano complementari rispetto agli obblighi organizzativi in capo all'imprenditore. Mentre l'imprenditore, come visto, ha l'obbligo di adottare misure idonee e un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'adozione di idonee iniziative, a carico degli altri soggetti che possono percepire i sintomi della crisi sono previsti obblighi di segnalazione al verificarsi di determinati indicatori. Si tratta, quindi, di una sorta di *alert* di "secondo livello": se le misure e gli assetti organizzativi non sono idonei o adeguati o se l'imprenditore ignora i segnali di crisi, soccorrono le segnalazioni.

Gli obblighi di segnalazione sono posti a carico di determinati soggetti che, in ragione del loro ruolo o della loro natura, possono essere in grado di percepire prima degli altri i sintomi della crisi. In particolare, gli obblighi di segnalazione sono posti a carico degli organi di controllo societario e dei creditori pubblici qualificati (Istituto Nazionale della previdenza sociale, dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione). Nel caso dell'organo di controllo societario si parla di cd. "allerta interna", perché la segnalazione proviene dall'interno della società, mentre nel caso dei creditori pubblici qualificati si parla di cd. "allerta esterna", perché la segnalazione proviene dall'esterno. È evidente che mentre l'allerta interna opera solo quando l'imprenditore ha forma societaria, perché unicamente nelle società (e nemmeno in tutti i tipi sociali) è previsto l'organo di controllo, l'allerta esterna opera per tutti gli imprenditori.

Allerta interna

Partiamo dalla cd. allerta interna (art. 25-*octies*).

L'organo di controllo societario segnala all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata, ossia l'esistenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

La segnalazione deve essere motivata, va fatta per iscritto, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese.

Il disegno è chiaro: l'organo di controllo societario è tenuto ad informare l'organo amministrativo "distratto" o "inerte" dei segnali di crisi e, successivamente, vigila sulle iniziative da questi intraprese.

Incentivo per l'organo di controllo

Per favorire un diligente, attento e puntuale adempimento dei doveri relativi all'obbligo di segnalazione, è previsto un incentivo per l'organo di controllo societario: la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'art. 2407 c.c. in capo ai sindaci (art. 25-*octies*, comma 2). Non si tratta di un'automatica causa di esonero dalla responsabilità solidale dei sindaci per le eventuali conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni poste in essere dall'organo amministrativo successivamente alla segnalazione, ma di un elemento da prendere in esame ai fini della valutazione sul corretto adempimento dei compiti da parte dei sindaci.

Al fine di agevolare il compito dell'organo di controllo societario, è poi previsto che le banche e gli altri intermediari finanziari, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti (art. 25-*decies*). Queste modifiche *in peius* dei rapporti creditizi riducono la capacità finanziaria dell'imprenditore e sono indice di una sfiducia del ceto bancario e finanziario nei suoi confronti, così da dover essere attentamente vagliate come possibili segnali di una crisi immanente o sopravvenuta.

Allerta esterna

Esaminiamo adesso l'allerta esterna (art. 25-*novies*).

I creditori pubblici qualificati, ossia l'Istituto Nazionale della previdenza sociale, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione, segnalano all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo il ritardo nel pagamento di crediti tributari e contributivi per un periodo e per un importo superiore a quello specificamente previsto dalla norma di legge.

La segnalazione, che va trasmessa a mezzo di posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, contiene l'invito alla presentazione dell'istanza di composizione negoziata.

Ratio

La *ratio* di questa segnalazione dei creditori pubblici qualificati è di immediata evidenza: nella prassi, quando la crisi economica si avvicina o si manifesta, il debitore tende anzitutto ad omettere o ritardare il pagamento dei tributi e dei contributi previdenziali, confidando in una certa "lentezza" di reazione da parte del creditore pubblico qualificato e dirottando, quindi, le risorse verso le esigenze che sembrano più impellenti, come il pagamento degli stipendi e dei fornitori strategici. Proprio in ragione della frequenza di questo fenomeno, i creditori pubblici qualificati sono in condizione di conoscere prima degli altri i segnali di crisi del debitore, semplicemente rilevando il superamento di determinate soglie di debiti non pagati nei loro confronti. Questa informazione non deve, però, rimanere inutilizzata, ma deve essere portata all'attenzione dello stesso imprenditore e, in caso di impresa in forma societaria, agli amministratori ed all'organo di controllo.

4. L'obbligo di assumere le iniziative necessarie a far fronte allo stato di crisi

Obbligo di assumere senza indugio le iniziative necessarie

La rilevazione tempestiva della crisi non è fine a sé stessa, ma il presupposto per assumere tempestive e idonee iniziative. Conoscere in tempo la crisi, le sue caratteristiche e la sua gravità, pur se necessario, non è sufficiente, perché poi l'imprenditore deve utilizzare le informazioni per agire prontamente ed efficacemente, al fine di superare la crisi stessa o, quantomeno, di gestire la liquidazione in modo ordinato, tutelando al meglio l'interesse dei creditori e degli altri soggetti interessati. Accanto all'obbligo di tempestiva rilevazione della crisi, si pone, quindi, l'ulteriore e specifico obbligo in capo all'imprenditore, individuale e collettivo, di assumere senza indugio le iniziative necessarie per far fronte allo stato di crisi.

La scelta dello strumento

Pacifico il *se* affrontare in modo tempestivo attivo la crisi, occorre comprendere il *come* affrontarla.

La scelta della strada da percorrere per risolvere la crisi o mitigarne gli effetti compete all'imprenditore o, nel caso di impresa in forma collettiva, agli amministratori. Trattandosi di una scelta gestoria, la decisione in ordine alle iniziative per affrontare la crisi non sarà sindacabile nel merito anche se successivamente rivelatasi errata, in applicazione del principio della cd. "*business judgment rule*", salvo nel caso di scelte palesemente illogiche o prese senza l'adozione di quelle ordinarie cautele che quell'operazione avrebbe richiesto o assunte in conflitto d'interessi.

Operazioni societarie

È l'imprenditore, quindi, a decidere se utilizzare una tra i percorsi, misure, strumenti, accordi o procedure previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, oppure se utilizzare uno strumento diverso, che, nell'ipotesi di impresa in forma collettiva, può essere rappresentato anche da operazioni societarie (es.: aumento di capitale; finanziamento soci; operazione straordinaria). Se l'imprenditore sceglie di utilizzare uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si applicherà la relativa disciplina agevolativa ed opereranno i vincoli normativi previsti; se, al contrario, decide di risolvere la crisi al di fuori degli stessi, rimane libero di farlo, assumendosene i relativi rischi, ma beneficiando di una maggiore libertà di manovra.

La libertà dell'imprenditore si esprime anche nella scelta di quale scegliere tra i percorsi, misure, strumenti, accordi o procedure previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, selezionando quello che appare maggiormente adeguato alla sua situazione ed alle sue prospettive.

Composizione negoziata

In presenza delle condizioni, può forse ritenersi che la soluzione primaria che l'imprenditore deve valutare per la soluzione della crisi sia quella della composizione negoziata, e ciò sulla base di due concorrenti argomenti. Da un lato, vi è una conferma testuale sul piano normativo, considerato che le segnalazioni per l'anticipata emersione della crisi che

devono provenire dall'organo di controllo societario e dai creditori pubblici qualificati hanno ad oggetto non genericamente l'invito ad attivarsi per assumere idonee iniziative, ma specificamente l'invito a valutare la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata. Dall'altro lato, la composizione negoziata, rappresenta proprio un percorso per addivenire ad uno delle possibili definizioni della crisi, potendo le trattative concludersi con uno qualsiasi degli strumenti previsti dal Codice (art. 23). Il rapporto tra composizione negoziata ed altri strumenti di gestione non è, quindi, in termini di alternatività, ma di tendenziale consequenzialità tra la prima e gli altri, sempre che vi siano i presupposti per la composizione negoziata e la stessa appaia adeguata in relazione alle circostanze del caso concreto.

5. Tempestiva emersione dello stato di crisi e assunzione delle iniziative necessarie nelle società

Per consentire il corretto adempimento degli obblighi in tema di tempestiva emersione dello stato di crisi e di assunzione delle iniziative necessarie negli imprenditori che abbiano forma societaria, il legislatore prevede specifiche norme, che si aggiungono a quelle previste in generale per tutti gli imprenditori e che sono dirette a regolare i rispettivi compiti, doveri, poteri e diritti degli amministratori e dei soci.

Doveri fiduciari degli amministratori

Si tratta di norme derogatorie rispetto al diritto societario e che sono tutte espressione del principio per cui, con l'approssimarsi della crisi ed ancora di più con il manifestarsi della stessa o dell'insolvenza, gli interessi dei creditori sociali e dei soci tendono a divergere, così che i cd. doveri fiduciari degli amministratori sono rivolti non più solo nei confronti dei soci, ma anche e soprattutto nei confronti dei creditori e di tutti i soggetti che possono essere pregiudicati dalla crisi e dall'insolvenza (lavoratori, utenti ecc.).

Accesso allo strumento

Proprio in ragione di questo dovere degli amministratori nei confronti dei creditori e degli altri soggetti interessati, l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori, unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano (art. 120-*bis*, comma 1). Sono esclusivamente gli amministratori a dover decidere se far ricorso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, quale strumento utilizzare e con quale contenuto. Questo potere-dovere degli amministratori è esclusivo, nel senso che non può essere condiviso con i soci, ed è inderogabile, nel senso che non può essere limitato dallo statuto e tantomeno da delibere assembleari.

Limiti alla revoca degli amministratori

È evidente, però, che questa ripartizione dei poteri tra amministratori e soci potrebbe essere fin troppo facilmente elusa da parte dei soci, semplicemente revocando gli amministratori considerati troppo solerti e sostituendoli con altri meno attenti alle ragioni dei creditori e più sensibili alle richieste dei soci stessi. Per evitare ciò, è previsto che, dalla iscrizione della decisione nel registro delle imprese della domanda di accesso ad uno strumento di regolazione e fino alla omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa, con l'ulteriore precisazione per cui non costituisce giusta causa la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge; la deliberazione di revoca, inoltre, deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati (art. 120-*bis*, comma 4).

Anche se privati dei loro diritti partecipativi in ordine all'accesso, all'approvazione ed all'attuazione di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, i soci mantengono i loro diritti informativi e patrimoniali.

Diritti informativi dei soci

I diritti informativi sono tutelati imponendo agli amministratori di informare i soci stessi dell'avvenuta decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di riferirne periodicamente del suo andamento (art. 120-*bis*, comma 4).

Diritti patrimoniali dei soci

Per quanto riguarda la tutela dei diritti patrimoniali dei soci, non è possibile una trattazione unitaria, dovendosi differenziare tra i vari strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Pertanto, la trattazione di questo profilo, così come delle altre norme in materia societaria applicabili in modo non omogeneo nei vari strumenti di regolazione, avverrà nell'ambito dell'esposizione specificamente destinata a ciascuno di essi.

CAPITOLO III
LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

1. Natura e finalità

La composizione negoziata della crisi costituisce un procedimento nel quale un esperto indipendente ha il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e tutti gli altri soggetti interessati, al fine di trovare una possibile soluzione per il risanamento dell'impresa.

Natura

Non si tratta di una procedura concorsuale, mancandone tutti gli elementi caratterizzanti, e non rientra nemmeno tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in quanto rappresenta solo un percorso che può eventualmente condurre all'accesso ad uno di questi strumenti.

Finalità

Il procedimento ha natura non giudiziale e carattere volontario. L'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria della propria impresa ed un mediatore professionale ed imparziale (l'esperto) favorisce le trattative con i creditori e le altre parti interessate, funzionali all'individuazione di una strada per il risanamento.

2. Legittimazione e presupposti

Legittimazione

La legittimazione ad attivare la composizione negoziata della crisi (di seguito, "composizione negoziata") compete in via esclusiva all'imprenditore. Si tratta, come detto, di uno strumento volontario, che l'imprenditore è libero di scegliere se utilizzare o meno.

I creditori pubblici qualificati possono invitare l'imprenditore a presentare l'istanza di nomina dell'esperto (art. 25-*novies*, comma 3), ma la decisione è rimessa all'esclusiva volontà dell'imprenditore (vedi cap. II, par. 3).

Nel caso in cui il debitore abbia forma societaria, la decisione compete in via esclusiva agli amministratori. L'organo di controllo può segnalare agli amministratori la sussistenza dei presupposti per la presentazione del-

l'istanza (art. 25-*octies*, comma 1), fermo restando che poi sono gli amministratori a decidere.

Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo della composizione negoziata, inteso quale identificazione dei soggetti che possono fare ricorso alla stessa, è rappresentato dalla qualità di imprenditore, sia commerciale che agricolo (art. 12, comma 1). Anche l'imprenditore minore sotto-soglia può far ricorso alla composizione negoziata (art. 25-*quater*) (sulla nozione di imprenditore commerciale, imprenditore agricolo e imprenditore minore, vedi cap. VII, sez. 1, par. 2).

Presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo, inteso come condizione fattuale che consente l'accesso, è rappresentato dalle "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza", sempre che risulti "ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (art. 12, comma 1).

Lo squilibrio patrimoniale è costituito dall'eccedenza del passivo sull'attivo. Lo squilibrio economico è costituito dalla sistematica eccedenza dei costi sui ricavi. Lo squilibrio finanziario è costituito da un margine di tesoreria negativo e può essere sia il riflesso dello squilibrio economico, sia l'effetto di indebitamento estraneo al ciclo economico dell'impresa. Ad ogni modo, lo squilibrio non rileva di per sé, ma solo nella misura in cui renda probabile la crisi o l'insolvenza.

Pre-crisi

La probabilità della crisi, o "pre-crisi", è la situazione in cui l'imprenditore, pur non essendo ancora in una situazione attuale di crisi o di insolvenza, si avvede della necessità di avviare un'interlocuzione con i creditori e con gli altri soggetti interessati per adottare quegli interventi e quelle misure che gli consentano di invertire la rotta ed evitare un aggravamento della propria situazione patrimoniale o economica-finanziaria.

Crisi

L'accesso alla composizione negoziata è consentito anche quando si è già passati alla fase successiva della crisi, che rappresenta lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi (art. 2, comma 1, lett. a) (vedi cap. VI, sez. 2, par. 1).

Insolvenza

L'imprenditore può far ricorso alla composizione negoziata anche quando versa nella situazione ancora più difficile, che è quella dell'insolvenza, intesa come lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 2, comma 1, lett. b) (vedi cap. VII, sez. 1, par. 3).

Quale che sia la condizione (pre-crisi, crisi o insolvenza), è necessario che risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. Questo risanamento può avvenire attraverso accordi con i creditori (esempio: dilazione o riduzione dei crediti) che consentano all'imprenditore di evitare o superare lo stato di crisi o di insolvenza (cd. risanamento diretto), oppure anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa a terzi, che permette la salvaguardia dei valori aziendali e la prosecuzione dell'attività in capo ad un soggetto diverso (cd. risanamento indiretto).

3. Accesso e nomina dell'esperto

Istanza di nomina dell'esperto

L'imprenditore che vuole utilizzare la composizione negoziata deve presentare l'istanza di nomina dell'esperto tramite una piattaforma telematica nazionale gestita dal sistema delle camere di commercio, per il tramite di Unioncamere (art. 17, comma 1).

Piattaforma telematica

Questa piattaforma telematica, oltre a costituire lo strumento per la presentazione dell'istanza, consente all'imprenditore, prima ancora della presentazione, di ottenere un supporto nella predisposizione della stessa. In essa sono disponibili, infatti, una lista di controllo particolareggiata, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, un *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e un protocollo di conduzione della composizione negoziata (art. 13). Successivamente, nel corso della composizione, anche i creditori possono accedere alla piattaforma telematica, inserendo informazioni e dati, nonché acquisendo i documenti e le informazioni inserite dall'imprenditore (art. 15).

L'istanza si presenta mediante la compilazione di un modello contenente le informazioni utili ai fini della nomina e dello svolgimento dell'incarico da parte dell'esperto.

Documenti da allegare all'istanza

Inoltre, al momento della presentazione dell'istanza, l'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica: a) i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza; b) un progetto di piano di risanamento e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata, recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare; c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia; d) un'autocertificazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale attesta di non avere depositato domande di accesso a strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza; e) una serie di certificati relativi ai debiti tributari, previdenziali, assicurativi e bancari.

Commissione

Presentata l'istanza di nomina, il segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la comunica, nei due giorni successivi, ad una commissione costituita presso le camere di commercio dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano. La commissione è formata da tre membri effettivi: un magistrato, un membro designato dal presidente della camera di commercio presso la quale è costituita la commissione; un membro designato dal prefetto del capoluogo nel cui territorio si trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza (art. 13, comma 6).

La commissione, entro i cinque giorni lavorativi successivi al ricevimento dell'istanza, nomina l'esperto tra gli iscritti ad un elenco istituito presso le camere di commercio, nel quale possono essere inseriti professionisti o soggetti anche non professionisti che documentino di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa (art. 13, comma 3).

Criteri di nomina dell'esperto

Considerata la centralità della figura dell'esperto, è importante che sia nominato un soggetto che abbia le competenze e l'esperienza adeguate (art. 13, comma 7). Pertanto, nella nomina dell'esperto la commissione deve tenere conto, da un lato, di una nota sintetica redatta dal segretario generale della camera di commercio contenente l'indicazione del volume d'affari, del numero di dipendenti e del settore in cui opera l'impresa, e, dall'altro lato, della complessiva esperienza dell'esperto. Se lo ritiene opportuno, la commissione acquisisce, prima della nomina o prima della comunicazione all'esperto nominato, il parere non vincolante di un'associazione di categoria sul territorio. In ogni caso, la nomina, che può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale, deve avvenire secondo criteri che assicurano la rotazione e la trasparenza, avendo cura che ciascun esperto non riceva più di due incarichi contemporaneamente.

Ricevuta la comunicazione della nomina, l'esperto deve verificare la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico.

Indipendenza dell'esperto

La verifica dell'indipendenza va svolta con rigore, in quanto l'esperto deve svolgere il proprio compito in modo terzo e imparziale rispetto a tutti i soggetti coinvolti (art. 16). L'esperto deve, pertanto, essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. per i sindaci di società per azioni; esso, così come i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale, non deve inoltre aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore, né essere stato membro degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa. L'indipendenza deve esistere non solo nei confronti dell'imprenditore, ma anche nei confronti di tutte le parti interessate all'operazione (es.: creditori, consulenti dell'imprenditore) e va mantenuta anche successivamente rispetto al completamento dell'incarico, non potendo l'esperto intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata.

Se ritiene di essere indipendente ed in possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie, l'esperto, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce nella piattaforma telematica la propria dichiarazione di accettazione; in caso contrario, ne dà comunicazione riservata alla commissione che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione (art. 17, comma 4).

Fase preliminare

Accettata la nomina, il primo e importante compito dell'esperto, al quale ovviamente compete un compenso (art. 25-*ter*), è quello di verificare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento. A tal fine, l'esperto esamina la documentazione presente nella piattaforma telematica e convoca senza indugio l'imprenditore. Si apre, così, una fase preliminare, nella quale si svolge il confronto tra l'esperto, l'imprenditore, l'organo di controllo e il revisore (se presenti) e gli eventuali consulenti dell'imprenditore.

Richiesta di archiviazione

Se, all'esito delle verifiche e degli incontri, l'esperto non ravvisa concrete prospettive di risanamento, lo comunica all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata entro i successivi cinque giorni lavorativi (art. 17, comma 5). Con l'archiviazione si chiude la composizione negoziata, che non può proseguire ulteriormente quando, secondo le valutazioni dell'esperto, mancano le condizioni per conseguire il risanamento. Non si tratta, ovviamente, di una valutazione semplice o di carattere oggettivo, risolvendosi in una delicata prognosi che l'esperto, basandosi sulle proprie competenze, deve compiere sulla realizzabilità del piano di risanamento prospettato dall'imprenditore o di diverse e alternative ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza.

In caso di archiviazione dell'istanza richiesta dall'esperto, l'imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione. Può succedere che anche l'imprenditore si avveda dalla mancanza di concrete prospettive di risanamento e che, pertanto, provveda egli stesso a chiedere l'archiviazione; se questa istanza è depositata entro due mesi dall'accettazione dell'esperto, il termine entro il quale non può essere riproposta la composizione negoziata è ridotto, per una sola volta, a quattro mesi (art. 17, comma 9).

4. Le trattative con le parti interessate

Se l'esperto ritiene, invece, che le prospettive di risanamento siano concrete, si avvia la fase delle trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati.

Mediatore

In questa fase, l'esperto assume il ruolo di mediatore qualificato e competente, con il compito di agevolare le trattative, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario (art. 6, comma 2).

L'esperto non si sostituisce né all'imprenditore, né ai creditori o alle terze parti interessate, ma rimane terzo rispetto a tutte le parti ed opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente. Professionalità ed indipendenza dell'esperto sono le caratteristiche che devono contribuire a favorire la negoziazione, superando diffidenze e incomprensioni che spesso contraddistinguono i rapporti tra l'imprenditore, i suoi creditori ed i terzi.

Svolgimento delle trattative

L'esperto deve incontrare le parti interessate al processo di risanamento e prospettare le possibili strategie di intervento, fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata (art. 17, comma 5). Il concreto svolgimento delle trattative e degli incontri dipende poi dalle circostanze del caso concreto (gravità della crisi, tipologia di piano prospettata dall'imprenditore, numero e natura dei maggiori creditori, ecc.) ed è rimesso al prudente apprezzamento dell'esperto, che dovrà stabilirne modalità e tempistica.

Le modalità potranno prevedere sia incontri separati e bilaterali, soprattutto con i singoli creditori commerciali, che normalmente preferiscono mantenere una maggiore riservatezza, sia incontri collettivi con tutti i creditori bancari e finanziari (cd. "tavolo interbancario"), per consentire a questi ultimi di partecipare alle trattative su un piano di completa parità informativa.

La tempistica è governata dall'esperto, che dovrà tenere conto che l'incarico termina entro centottanta giorni dall'accettazione della nomina, salvo proroga (art. 17, comma 7). È, quindi, l'esperto a dover pianificare gli incontri in misura tale da rispettare questo termine ed a sollecitare tutte le parti a comportarsi in modo reattivo. A tal fine, è posto l'espresso obbligo in capo a tutte le parti coinvolte nelle trattative di dare riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono con risposta tempestiva e motivata (art. 16, comma 6).

Per svolgere al meglio il proprio incarico e calibrare bene la conduzione delle trattative, l'esperto può chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le ulteriori informazioni utili o necessarie e può, altresì, avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale, non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale (art. 16, comma 2).

Doveri di buona fede e correttezza delle parti

Durante la composizione negoziata tutte le parti devono comportarsi secondo buona e correttezza (art. 4, comma 1).

In particolare, l'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 16, comma 4); tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto, rispettando l'obbligo di riservatezza (art. 16, comma 6).

È dato di comune esperienza che, nella maggior parte dei casi, i principali creditori dell'imprenditore in crisi o in insolvenza siano banche o intermediari finanziari, il cui ruolo è centrale nelle trattative e nei tentativi di risanamento. Consapevole di ciò, il legislatore impone espressamente alle banche, agli intermediari finanziari, ai loro mandatari ed ai cessionari dei loro crediti di partecipare alle trattative in modo attivo e informato (art. 16, comma 5). Per evitare, inoltre, che il mero ricorso alla composizione negoziata possa "allarmare" le banche e gli intermediari finanziari, determinando una riduzione del sostegno finanziario in favore dell'imprenditore, con conseguente decremento delle risorse finanziarie e concreta impossibilità di perseguire il risanamento, è disposto che l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore, salvo che ciò sia richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, ossia dalle regole volte a garantire la stabilità patrimoniale delle banche e del sistema finanziario (art. 16, comma 5).

Invito a rideterminare il contenuto dei contratti

Nel corso delle trattative l'esperto può anche invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute (art. 17, comma 5).

Gli esempi di squilibri del rapporto contrattuale per circostanze sopravvenute possono essere molteplici: si, pensi, tra i tanti, ad un contratto con il quale un imprenditore si è obbligato a fornire determinate quantità di prodotto ad un grossista ad un prezzo predeterminato per i successivi tre anni; nel corso del rapporto contrattuale, i costi delle materie prime subiscono un notevole e imprevisto incremento, così che l'imprenditore è costretto a produrre a costi addirittura superiori rispetto a quelli di vendita prefissati di vendita nel contratto. È evidente, in tal caso, che il risanamento non potrà essere conseguito se l'imprenditore continua ad essere contrattualmente obbligato a vendere il proprio prodotto a prezzi inferiori rispetto ai costi di produzione.

A fronte dell'invito dell'esperto, le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni. Non vi è, quindi, un potere dell'esperto di modificare coattivamente le condizioni contrattuali, ma l'eventuale rifiuto immotivato di una parte può configurare una violazione del principio di buona fede, aprendo a scenari risarcitori.

Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative

La composizione negoziata è una procedura "amichevole" e l'esperto non si sostituisce all'imprenditore. Pertanto, nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, gestendola in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e, nel caso in cui risulti insolvente, nel prevalente interesse dei creditori (art. 21).

Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti, non sono soggetti alla revocatoria concorsuale prevista per i cd. atti normali (art. 24, comma 2) (vedi cap. VII, sez. 5, par. 4).

L'imprenditore, tuttavia, deve informare preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. L'esperto, quando ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto, il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese; quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria. Se l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, gli atti di straordinaria amministrazione o i pagamenti effettuati sono soggetti alle azioni revocatorie (art. 24, comma 3).

Ad ogni modo, resta ferma la responsabilità civile e penale dell'imprenditore per gli atti posti in essere durante la composizione negoziata (art. 24, comma 4), laddove gli stessi siano compiuti in violazione di legge.

5. Le misure protettive

Le trattative non possono svolgersi o, comunque, non possono svolgersi con la dovuta serenità se l'imprenditore è esposto alle plurime azioni esecutive o cautelari dei creditori, che creano disparità di trattamento tra i creditori e pregiudicano l'operatività aziendale, con conseguente impossibilità di perseguire il risanamento (si pensi, solo per un esempio, ai pignoramenti di somme presenti in conti correnti bancari facenti capo all'imprenditore). Inoltre, l'attività aziendale potrebbe essere semplicemente compromessa dal rifiuto delle controparti contrattuali di proseguire l'adempimento di contratti in corso di esecuzione; situazione questa molto frequente, atteso il timore delle controparti di dover subire ulteriori inadempimenti dell'imprenditore in crisi o insolvenza.

Misure protettive

Al fine di evitare queste criticità e di favorire il successo della composizione negoziata, è consentito all'imprenditore, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza, di chiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio (art. 18).

L'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. L'imprenditore può chiedere che l'applicazione delle misure protettive sia limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori. In ogni caso, sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.

Pertanto, le misure protettive possono riguardare tutti i creditori (in mancanza di diversa indicazione dell'imprenditore) o solo una parte degli stessi o una parte delle iniziative degli stessi (se l'imprenditore chiede la limitazione). I diritti di credito dei lavoratori sono, invece, sempre esclusi dalle misure protettive.

Divieto di pronunciare sentenza di apertura della liquidazione giudiziale

Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, inoltre, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata, salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive. È da precisare che, per effetto delle misure protettive, non può essere pronunciata sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza con riferimento alle domande presentate da creditori o dal pubblico ministero successivamente rispetto al deposito dell'istanza di nomina dell'esperto; se, al contrario, le domande di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza erano già pendenti in precedenza, l'istanza di nomina dell'esperto è essa stessa inammissibile e, quindi, l'imprenditore non può fare ricorso nemmeno alle misure protettive (art. 25-*quinquies*).

Effetti sui contratti pendenti

Le misure protettive possono anche impedire che i creditori che siano controparti contrattuali interrompano i contratti in corso di esecuzione per effetto del deposito della domanda di composizione negoziata o per effetto del pregresso inadempimento dell'imprenditore. I creditori nei cui confronti operano le misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di misure protettive (art. 18, comma 5).

Effetto immediato e provvisorio

In caso di richiesta dell'imprenditore, l'effetto protettivo del patrimonio è immediato, ma provvisorio e condizionato ad una successiva verifica giudiziale (art. 19).

Ricorso per la conferma o la modifica delle misure protettive

L'imprenditore deve, infatti, depositare un ricorso al tribunale territorialmente competente, entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, con il quale chiede la conferma o la modifica delle misure protettive. Con questo ricorso può, altresì, chiedere anche l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative. L'omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure protettive.

In allegato al ricorso per la conferma o la modifica delle misure protettive e per l'adozione delle eventuali misure cautelari, l'imprenditore deve depositare una serie di documenti, analiticamente indicati dalla legge (art. 19, comma 2), relativi alla propria situazione patrimoniale-economico-finanziaria, all'esposizione debitoria ed al piano di risanamento. Il deposito della documentazione è funzionale a consentire il controllo che il tribunale è chiamato a svolgere sulla conferma, revoca o modifica delle misure protettive, oppure sull'adozione dei provvedimenti cautelari.

Il tribunale, entro dieci giorni dal deposito del ricorso, fissa l'udienza, nella quale sente le parti, chiama l'esperto a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative, nomina, se occorre, un ausiliario, compie gli atti di istruzione indispensabili ed eventualmente assume informazioni dai primi dieci creditori per ammontare indicati nell'elenco depositato dall'imprenditore.

Provvedimento del tribunale

Svolte queste verifiche, il tribunale provvede alla conferma, revoca o modifica delle misure, nonché all'adozione degli eventuali provvedimenti cautelari. Le misure protettive possono essere confermate o modificate e le misure cautelari concesse se il tribunale ritenga sussistere una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento e la funzionalità delle stesse ad assicurare tale risultato. Se, al contrario, ritiene non sussistere questa ragionevole probabilità di risanamento o la funzionalità delle misure, il tribunale revoca le misure protettive e non concede le misure cautelari eventualmente chieste.

Durata

Il tribunale provvede con ordinanza, con la quale stabilisce anche la durata delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti, che non può essere inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni. La durata può essere prorogata dal tribunale, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, fermo restando che la durata complessiva delle misure non può superare i duecentoquaranta giorni. Sentito l'esperto, il tribunale può limitare le misure a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Revoca

Su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, il tribunale può, in qualunque momento, sentite le parti interessate, e in ogni caso a seguito dell'archiviazione dell'istanza, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti. In caso di revoca o cessazione delle misure protettive, il divieto di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure protettive.

Sospensione degli obblighi in materia di riduzione del capitale sociale

Sempre nella stessa prospettiva di agevolare lo svolgimento delle trattative durante la composizione negoziata e fino alla sua conclusione, l'imprenditore, con l'istanza di nomina dell'esperto o successivamente, può dichiarare che sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione non si applicano nei suoi confronti gli obblighi previsti dal diritto societario in materia di riduzione del capitale per perdite e di cause di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (art. 20). A tal fine, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e la sospensione degli obblighi decorre dalla pubblicazione. In questo modo, l'imprenditore può proseguire legittimamente l'attività d'impresa pur in presenza di un patrimonio netto negativo, ma i terzi, attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese, sono informati di ciò. Se l'imprenditore ha chiesto anche l'applicazione di misure protettive, la sospensione degli obblighi in materia di riduzione del capitale sociale cessa a partire dalla pubblicazione nel registro delle imprese del provvedimento con il quale il tribunale dichiara l'inefficacia delle misure richieste o ne dispone la revoca.

6. Le autorizzazioni del tribunale

La composizione negoziata non è una procedura a carattere giudiziario, in quanto il tribunale non la dirige e non esercita poteri autoritativi o di controllo, né nei confronti dell'imprenditore, né nei confronti dell'esperto. Questo carattere non giudiziario della composizione negoziata costituisce un incentivo al suo utilizzo da parte dell'imprenditore, che tradizionalmente non gradisce sottoporsi al controllo ed alla vigilanza dell'autorità giudiziaria.

Ruolo di ausilio del tribunale

Proprio in questa prospettiva, quando è previsto l'intervento del tribunale nella composizione negoziata, ciò avviene solo su richiesta dell'imprenditore ed in funzione di ausilio per il tentativo di risanamento. L'intervento del giudice è, quindi, solo ad istanza dell'imprenditore e con la finalità di superare eventuali ostacoli al risanamento.

Un primo esempio di questo intervento del tribunale lo si è visto sopra con riferimento alle misure protettive e cautelari. Un secondo esempio è rappresentato dalle autorizzazioni che l'imprenditore può chiedere al tribunale (art. 22).

Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ed a trasferire l'azienda o suoi rami con liberazione dell'acquirente dai debiti pregressi.

Presupposti e procedimento per le autorizzazioni

I presupposti delle due autorizzazioni sono gli stessi (la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori) e devono ricorrere congiuntamente. Analogo è anche il procedimento, che si svolge innanzi al tribunale territorialmente competente, secondo le regole dei procedimenti in camera di consiglio.

Diverso è, invece, l'oggetto e l'effetto delle autorizzazioni nei due casi.

Finanziamenti prededucibili

Con riferimento ai finanziamenti prededucibili, va chiarita anzitutto la finalità. Quando il piano prevede la continuità aziendale, è essenziale che il debitore abbia le necessarie risorse finanziarie per provvedere al regolare funzionamento dell'azienda (pagamento dei lavoratori, dei fornitori di materie prime ecc.). Il sistema bancario e finanziario è, però, comprensibilmente restio a supportare l'imprenditore in stato di pre-crisi, crisi o insolvenza, per il rischio di subire un rimborso non integrale dei propri crediti laddove il tentativo di risanamento non vada a buon fine.

Per agevolare il risanamento, allora, il legislatore interviene in due modi. Da un lato, come visto, l'accesso alla composizione negoziata non costituisce di per sé causa di sospensione o revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore (art. 16, comma 5); dall'altro lato, si incentivano i nuovi e ulteriori finanziamenti, riconoscendo al finanziatore il rango prededucibile (ossia, antergato rispetto agli altri) del proprio credito. Questo rango prededucibile dei crediti è subordinato, però, ad un'autorizzazione che il tribunale concede all'esito della verifica dei presupposti di legge.

Analoga autorizzazione può essere concessa con riferimento ai finanziamenti concessi dai soci, che vengono così incoraggiati a supportare il tentativo di risanamento.

Trasferimento dell'azienda o di suoi rami

Con riferimento all'autorizzazione al trasferimento dell'azienda o di suoi rami, la finalità della norma è chiara. Anche nel corso delle trattative che si svolgono durante la composizione negoziata può manifestarsi la necessità o anche solo l'utilità di trasferire l'azienda o uno o più dei suoi rami a terzi, quale unica o comunque preferibile soluzione alla crisi. A fronte di queste esigenze, imporre di attendere la conclusione della composizione negoziata e l'eventuale avvio di un diverso strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prima di procedere al trasferimento potrebbe risolversi in un pregiudizio per i creditori e per la stessa continuità aziendale.

Da ciò la possibilità di procedere anche durante lo svolgimento della composizione negoziata al trasferimento dell'azienda o di suoi rami, ma con la doverosa osservanza di specifiche cautele.

Per quanto riguarda l'oggetto, l'imprenditore può chiedere l'autorizzazione a trasferire l'azienda o suoi rami in qualunque forma. Si può, pertanto, chiedere l'autorizzazione tanto alla vendita, quanto ad altre forme di disposizione (es.: conferimento) dell'azienda, oppure di suoi rami.

Per quanto riguarda le modalità del trasferimento, il tribunale deve verificare il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente. Questo impone che l'acquirente sia scelto sulla base di un processo di selezione che consenta la partecipazione di tutti gli interessati in una condizione di parità e che la scelta avvenga sulla base delle condizioni che meglio consentano di tutelare l'interesse dei creditori e degli altri soggetti interessati (es.: diritti dei lavoratori; obblighi in materia ambientale). La declinazione del principio di competitività è rimessa alle circostanze del caso concreto e deve essere compatibile con le esigenze di urgenza che caratterizzano la composizione negoziata, ma l'apertura al mercato non deve mai mancare.

L'autorizzazione del tribunale al trasferimento dell'azienda o di suoi rami consente di conseguire un decisivo vantaggio: la liberazione dell'acquirente dai debiti anteriori anche se risultanti dalle scritture contabili, in deroga alle previsioni dell'art. 2560 c.c. La liberazione dai debiti anteriori massimizza le possibilità di trovare potenziali interessati all'azienda o ai rami di essa, incentivati dal vantaggio di non dover rispondere dei debiti anteriori. Si determina in questo modo il cd. effetto purgativo, tipico delle vendite nelle procedure concorsuali, a conferma del carattere "liquido" della concorsualità, i cui effetti possono prodursi anche in procedure non concorsuali come la composizione negoziata.

Conservazione degli effetti

Sia per i finanziamenti prededucibili, che per il trasferimento di azienda, l'autorizzazione del tribunale consente di ottenere un ulteriore vantaggio. Gli atti autorizzati dal tribunale conservano i propri effetti anche se successivamente l'imprenditore faccia ricorso o sia sottoposto ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, oppure stipuli uno dei contratti o accordi specificamente previsti nella composizione negoziata (art. 24, comma 1).

Pertanto, indipendentemente dall'esito della composizione negoziata, restano fermi sia il riconoscimento della prededuzione (nei finanziamenti prededucibili), sia l'effetto traslativo e l'effetto purgativo (nel trasferimento di azienda), e questa stabilità rappresenta, all'evidenza, *conditio sine qua non* perché possa esservi un effettivo interesse di terzi a finanziare l'imprenditore o a rilevare l'azienda.

7. La conclusione delle trattative

Durata

L'incarico dell'esperto ha una durata massima di centottanta giorni dalla accettazione della nomina, entro la quale le parti devono individuare, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di squilibrio. Il termine può essere prorogato per non oltre centottanta giorni quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria per aver l'imprenditore fatto richiesta di misure protettive o di autorizzazioni del tribunale oppure quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente (art. 17, comma 7). Il riferimento a "tutte le parti" va precisato, perché evidentemente non si può pretendere un consenso espresso da parte di tutti i creditori e delle altre parti interessate; sarà, quindi, sufficiente l'istanza di proroga da parte dell'imprenditore e l'assenza di opposizioni ad opera delle altre parti o, comunque, l'assenza di opposizioni ritenute meritevoli di accoglimento dal tribunale.

Relazione finale

Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale, che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti (art. 17, comma 8).

La composizione negoziata può concludersi nei seguenti modi: a) archiviazione; b) raggiungimento di un accordo con i creditori; c) mancato raggiungimento di un accordo con i creditori.

Archiviazione

L'archiviazione può essere richiesta dall'esperto quando non ravvisa concrete prospettive di risanamento. La richiesta di archiviazione può essere formulata dall'esperto prima dell'avvio delle trattative (vedi par. 2 in questo capitolo) o in qualsiasi momento successivo. Quando la prospettiva di risanamento, che sembrava possibile dopo l'incontro con l'imprenditore, si presenta invece inattuabile nel corso delle trattative, a seguito delle interlocuzioni con i creditori e con eventuali terzi interessati agli *assets* aziendali, l'esperto deve senza indugio chiedere l'archiviazione. In ambedue i casi, l'istanza di archiviazione viene presentata dall'esperto, che ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale, il quale dispone l'archiviazione entro i successivi cinque giorni (art. 17, comma 5). È dubbia la possibilità per l'imprenditore di proporre impugnazione avverso l'archiviazione della composizione negoziata laddove ritenga che l'esperto abbia errato nella propria valutazione, anche se appare preferibile la soluzione positiva, considerando i riflessi negativi che l'archiviazione determina per l'imprenditore stesso. Ad ogni modo, l'archiviazione può, in qualsiasi momento, essere richiesta dallo stesso imprenditore.

Raggiungimento dell'accordo

Il raggiungimento dell'accordo con i creditori è l'esito fisiologico e auspicato dal legislatore, che individua la finalità del procedimento proprio in una soluzione concordata idonea al superamento della situazione che ha condotto alla composizione negoziata.

Diversi possono essere, però, gli strumenti attraverso i quali raggiungere l'accordo: (i) un contratto con uno o più creditori, che, secondo la relazione finale dell'esperto, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni (cd. "contratto finalizzato alla continuità aziendale") (art. 23, comma 1, lett. a); (ii) una convenzione di moratoria (art. 23, comma 1, lett. b); (iii) un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e anche dall'esperto (cd. "accordo sottoscritto dall'esperto") (art. 23, comma 1, lett. c); (iv) un piano attestato di risanamento (art. 23, comma 2, lett. a); (v) la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 23, comma 2, lett. b).

Due di questi strumenti sono utilizzabili esclusivamente all'esito della composizione negoziata (il contratto finalizzato alla continuità aziendale e l'accordo sottoscritto dall'esperto) e saranno trattati in questo capitolo. Gli altri strumenti, invece, sono utilizzabili sia all'esito della composizione negoziata, sia indipendentemente dalla composizione negoziata, e saranno trattati successivamente (cap. V).

Contratto finalizzato alla continuità aziendale

Il contratto finalizzato alla continuità aziendale può avere qualsiasi contenuto, la cui determinazione è rimessa all'autonomia negoziale delle parti, potendosi prevedere stralci parziali dei crediti, dilazioni, modificazioni quantitative o qualitative, concessione di nuove garanzie e così via. Non è necessario che vi partecipino tutti i creditori, essendo sufficiente che vi aderiscano i creditori principali, con i quali si possono convenire anche condizioni e termini differenti per ciascuno (non applicandosi a questo procedimento il principio della *par condicio creditorum*). Quale che ne sia il contenuto e gli aderenti, l'accordo deve essere idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni e questa condizione deve risultare dalla relazione finale dell'esperto. Se ricorrono queste condizioni, si producono effetti premiali in relazione alla misura dei debiti tributari (art. 25-*bis*).

Accordo sottoscritto dall'esperto

L'accordo sottoscritto dall'esperto può anch'esso avere contenuto libero ed essere sottoscritto con tutti o (più frequentemente) con solo una parte dei creditori. Esso si basa su un piano economico-finanziario di risanamento che deve dimostrare il risanamento dell'impresa ed il pieno recupero dell'equilibrio patrimoniale ed economico-finanziario. La sottoscrizione dell'esperto ha la funzione di attestare la fattibilità del piano, intesa come prognosi positiva sulla realizzabilità degli obiettivi indicati; pertanto, se l'esperto giudica fattibile il risanamento, sottoscrive l'accordo, mentre rifiuterà la sottoscrizione se non lo giudica fattibile. Solo con la sottoscrizione dell'esperto l'accordo consente di beneficiare dei vantaggi ad esso connessi, rappresentati dalla esenzione da revocatoria e dai reati di bancarotta semplice e preferenziale per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso. Su significato ed effetti di questa esenzione, si rinvia alla trattazione che sarà svolta con riferimento ai piani attestati di risanamento, in ordine ai quali è prevista analoga disposizione (cap. V, par 2).

Mancato raggiungimento dell'accordo

Le trattative possono concludersi anche senza un accordo con i creditori. In questi casi, se la situazione di crisi o di insolvenza permane, l'imprenditore può far ricorso ad uno degli altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che non presuppongono un preventivo raggiungimento di un accordo con i creditori: piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione; concordato preventivo, concordato semplificato; liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa; amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (art. 23, comma 2). La trattazione di questi strumenti sarà svolta nei capitoli successivi.

Esito delle trattative per l'imprenditore sotto-soglia

Nel caso in cui la composizione negoziata sia stata avviata da un imprenditore sotto-soglia, i possibili esiti delle trattative sono diversi, perché differenti sono gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza a disposizione di questa categoria di imprenditori.

Se è stato raggiunto un accordo con tutti o parte dei creditori, l'imprenditore sotto-soglia può: (i) concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi e idoneo ad assicurare la continuità aziendale (art. 25-*quater*, comma 3, lett. a); (ii) concludere un accordo avente il contenuto della convenzione di moratoria (art. 25-*quater*, comma 3, lett. b); (iii) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre effetti premiali sul piano della dilazione dei debiti tributari (art. 25-*quater*, comma 3, lett. c); (iv) per la sola impresa agricola, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 25-*quater*, comma 4, lett. d). Si tratta di strumenti simili a quelli previsti per gli imprenditori commerciali medio-grandi e che presentano solo non rilevanti tratti differenziali per tenere conto del minore livello dimensionale delle imprese sotto-soglia.

Se non è stato raggiunto un accordo, l'imprenditore sotto-soglia può far ricorso eventualmente ad una procedura di sovraindebitamento o al concordato semplificato. Questi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza saranno trattati successivamente.

Misure premiali

Per incentivare l'imprenditore ad una gestione virtuosa della propria crisi o insolvenza attraverso la composizione negoziata, l'utilizzo della stessa consente di beneficiare di alcune misure premiali, variamente modulate in base all'esito del percorso (art. 25-*bis*).

Se la composizione negoziata si conclude con un contratto finalizzato alla continuità aziendale, una convenzione di moratoria, un accordo sottoscritto dall'esperto o una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione delle trattative gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'imprenditore sono ridotti alla misura legale. Se, tuttavia, il risanamento che si riteneva raggiunto non si realizza e successivamente si apre la procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata, gli interessi sono dovuti nuovamente in modo pieno, senza le riduzioni premiali.

Dalla pubblicazione nel registro delle imprese del contratto finalizzato alla continuità aziendale o dell'accordo sottoscritto dall'esperto (pubblicazione che avviene solo su richiesta dell'imprenditore) o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, si applicano norme fiscali di favore per le sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei crediti.

In caso di pubblicazione nel registro delle imprese (su richiesta dell'imprenditore) del contratto finalizzato alla continuità aziendale o dell'accordo sottoscritto dall'esperto, inoltre, l'Agenzia delle entrate concede all'imprenditore che lo richiede, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili per talune tipologie di imposte non ancora iscritte a ruolo.

Nel caso in cui l'imprenditore, all'esito delle trattative, abbia fatto ricorso ad accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, concordato preventivo, concordato semplificato, liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza sono ridotti della metà.

8. Conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese

Gruppo di imprese

Quando la crisi o l'insolvenza coinvolge più imprese appartenenti ad un gruppo, è opportuno trattare in modo quanto più possibile unitario la situazione, valorizzando anche in questa fase l'integrazione economica e finanziaria esistente tra le imprese. Da ciò la possibilità anche di una conduzione unitaria, o quantomeno coordinata, delle trattative in caso di gruppo (art. 25).

Più imprese che si trovano ciascuna nelle condizioni di pre-crisi, crisi o insolvenza, appartenenti al medesimo gruppo e che hanno il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato possono, pertanto, chiedere al segretario generale della camera di commercio la nomina di un unico esperto.

Svolgimento congiunto delle trattative

In tale ipotesi, viene nominato un solo esperto, il quale assolve ai propri compiti in modo unitario per tutte le imprese che hanno presentato l'istanza. Le trattative sono svolte in modo congiunto, con la partecipazione dei creditori e delle parti interessate relative a tutte le imprese del gruppo che abbiano presentato l'istanza, salvo che lo svolgimento congiunto renda eccessivamente gravose le trattative; in quest'ultimo caso, l'esperto può svolgere le trattative per le singole imprese.

Può accadere che più imprese appartenenti ad un gruppo presentino istanze separate e che vengano, per l'effetto, nominati distinti esperti. In questa situazione, gli esperti nominati, sentiti i richiedenti e i creditori,

possono proporre che la composizione negoziata si svolga in modo unitario per tutte oppure per più imprese appositamente individuate. Se questa proposta viene effettuata, la composizione prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati; in difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

Esito delle trattative in caso di gruppo di imprese

All'esito delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, un contratto finalizzato alla continuità aziendale, una convenzione di moratoria o un accordo sottoscritto dall'esperto. In alternativa, possono accedere, separatamente o in via unitaria, ad uno degli altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Capitolo IV

LE DISPOSIZIONI COMUNI AGLI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

1. Premessa

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza detta un insieme di regole comuni, che trovano tendenzialmente applicazione, pur con alcune limitazioni, per tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Disciplina comune

Questa disciplina comune si compone di quattro tasselli: la giurisdizione (artt. 11 e 26), la competenza (artt. 27-32), la cessazione dell'attività del debitore (artt. 33-36), l'accesso agli strumenti (artt. 37-55).

Si tratta di aspetti per i quali i profili di identità tra i diversi strumenti sono superiori rispetto a quelli di diversità. La previsione di un nucleo di regole comuni risponde, quindi, ad una esigenza di semplificazione, evitando un'inutile moltiplicazione di disposizioni sostanzialmente analoghe per ciascuno strumento, e, allo stesso tempo, garantisce un migliore coordinamento tra i diversi strumenti, soprattutto nella fase di accesso.

2. La giurisdizione

Il primo profilo da affrontare quando si chiede di essere ammessi ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o quando si è assoggettati ad una procedura di insolvenza è quello della giurisdizione, intesa come criterio di individuazione del giudice munito del potere giurisdizionale.

Giudice ordinario

La giurisdizione a decidere sulla domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza appartiene al giudice ordinario.

Insolvenze transfrontaliere

Quando, però, l'imprenditore in crisi o in insolvenza svolge la propria attività in più Stati, vanno individuati i confini della giurisdizione italia-

na rispetto a quella dei giudici stranieri. È evidente, infatti, che anche i giudici degli altri Stati in cui l'imprenditore svolge parte della propria attività potrebbero rivendicare la propria giurisdizione, così ponendosi la necessità di individuare criteri di definizione dei limiti esterni della giurisdizione di ciascuno. In tale ipotesi, si pongono due specifiche questioni: a) il giudice italiano ha giurisdizione sulla domanda di accesso?; b) quali sono gli effetti in Italia di decisioni prese da giudici di altri Stati e, specularmente, gli effetti all'estero di decisioni prese dal giudice italiano?

Si tratta di problematiche ormai non più marginali, in ragione della sempre maggiore frequenza delle crisi o insolvenze cd. transfrontaliere, conseguenza diretta della crescente integrazione delle economie a livello mondiale e della intervenuta globalizzazione dei mercati.

Giurisdizione del giudice italiano

In ordine alla individuazione della giurisdizione del giudice italiano nel caso di imprenditori aventi sedi o dipendenze anche in altri Stati, si distingue a seconda che vi sia una convenzione tra Stati interessati o si applichi la normativa dell'Unione europea oppure che non vi sia la convenzione e non si applichi la normativa eurounitaria.

Nel primo caso (convenzione o normativa euronunitaria), è la specifica convenzione o normativa dell'Unione europea a stabilire quando esiste la giurisdizione italiana.

Nel secondo caso (assenza di convenzione o normativa euronunitaria), la giurisdizione italiana sussiste quando il debitore ha in Italia il centro degli interessi principali o una dipendenza (art. 11, comma 1) o quando questa sia stata trasferita all'estero nell'anno antecedente il deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 26). Eventuali contestazioni in ordine alla giurisdizione italiana possono essere fatte valere da chiunque vi abbia interesse attraverso impugnazione innanzi alla corte di appello ed è poi sempre ammesso ricorso per cassazione (art. 11, comma 2). Se è affermata la giurisdizione italiana, la stessa sussiste anche per le azioni che derivano direttamente dalla procedura (art. 11, comma 3). Quando, invece, il centro degli interessi principali si trovi all'estero (o sia stato trasferito all'estero da più di un anno), la giurisdizione appartiene al giudice straniero, ma il giudice italiano, se in Italia si trova una dipendenza, può comunque ammettere l'imprenditore a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o assoggettarlo ad una procedura di insolvenza nella Repubblica italiana, con portata limitata ai beni siti nel territorio italiano (art. 26).

Riconoscimento delle decisioni

In ordine agli effetti delle decisioni, se vi sono convenzioni internazionali o normativa dell'Unione europea, è a queste disposizioni che si deve far riferimento.

In mancanza di convenzione o di normativa dell'Unione europea, per il riconoscimento in Italia di sentenza di crisi o di insolvenza pronunciate in Stati stranieri (diversi da quelli cui si applica il Regolamento Ue) si applica l'art. 64 della l. 218/1995 (legge sul diritto internazionale privato). Pertanto, per ottenere il riconoscimento della sentenza straniera in Italia è necessario chiedere il cd. *exequatur* al giudice italiano, il quale dovrà verificare che nello Stato straniero sia stato rispettato il principio del contraddittorio, che la pronuncia sia passata in giudicato, che non sia in contrasto con altra sentenza o procedimento italiano, che non sussista litispendenza rispetto al momento in cui il procedimento venne radicato e che non vi sia violazione dell'ordine pubblico internazionale.

Per il riconoscimento all'estero della sentenza o decreto del giudice italiano, invece, l'assenza di convenzione o la non applicabilità della normativa dell'Unione europea impone di far riferimento alla legge dello Stato di riferimento, che disciplinerà possibilità e limiti dell'efficacia del provvedimento italiano. È questa una problematica di non poco conto, in quanto vi sono Stati che non riconoscono, o riconoscono solo con estrema difficoltà, i provvedimenti del giudice italiano in materia di diritto della crisi e dell'insolvenza, con la grave conseguenza per cui i beni siti all'estero di titolarità dell'imprenditore ammesso o soggetto a procedura non beneficiano di alcuna protezione rispetto alle azioni esecutive e cautelari dei creditori stranieri, con lesione della *par condicio creditorum* ed anche dell'integrità aziendale.

3. Le insolvenze transfrontaliere nell'Unione europea

Regolamento Ue 848/2015

Il Regolamento Ue 20 maggio 2015, n. 848 disciplina la gestione delle procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'ambito dell'Unione europea. La funzione del Regolamento 848/2015 è quella di sostituire le molteplici convenzioni in materia esistenti tra gli Stati dell'Unione e di introdurre una normativa vincolante e direttamente applicabile negli Stati membri.

È bene chiarire un punto importante. Il Regolamento 848/2015 si limita a dettare norme in materia di giurisdizione, riconoscimento e legge applicabile, ma non introduce una procedura uguale per tutti gli Stati membri o norme sostanziali uniformi.

Ambito di applicazione

Il Regolamento 848/2015 si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione: a) un debitore è spossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza; b) i beni e gli affari di un debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice, oppure c) una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori. Sono comprese nel campo di applicazione del Rego-

lamento 848/2015, quindi, tanto le procedure a carattere coattivo, quanto le procedure a carattere volontario. Le singole procedure sono analiticamente individuate in un allegato, che è oggetto di adeguamento ogni qualvolta vi sia una modifica nella disciplina interna agli Stati. Ad ogni modo, non si applica il Regolamento 848/2015 alle procedure concorsuali che riguardano le imprese assicuratrici, gli enti creditizi, le imprese di investimento, gli organismi di investimento collettivo.

La disciplina si basa sulla distinzione tra la procedura principale e le eventuali procedure secondarie.

Procedura principale

La procedura principale è aperta nello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, inteso come il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi.

Riconoscimento automatico

La decisione di apertura di una procedura principale è automaticamente riconosciuta negli altri Stati membri (art. 19 Reg.), salvo che il riconoscimento possa produrre effetti palesemente contrari all'ordine pubblico, in particolare ai princìpi fondamentali o ai diritti e alle libertà personali sanciti dalla costituzione (art. 33 Reg.).

In conseguenza del riconoscimento automatico, la decisione di apertura della procedura principale produce in ogni altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura, salvo alcune deroghe (art. 20 Reg). La procedura principale è infatti disciplinata dalla legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura (art. 7 Reg.) e queste norme governano gli effetti che si producono automaticamente in tutti gli Stati membri. In particolare, la legge dello Stato di apertura determina i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza, i beni facenti parte della massa, i poteri del debitore e dell'amministratore delle procedure di insolvenza, le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori, gli effetti sui contratti in corso di cui il debitore è parte, le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti, le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni ed il grado dei crediti, le condizioni e gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza, in particolare, mediante procedure di composizione.

Procedure secondarie

È possibile per i giudici di un altro Stato membro aprire anche una o più procedure secondarie nei confronti dello stesso debitore, se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro, ma gli effetti della procedura secondaria sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio.

La procedura principale ha, quindi, portata tendenzialmente universale e comprende tutti i beni del debitore in tutti gli Stati membri, mentre l'eventuale procedura secondaria ha portata limitata, perché comprende solo i

beni del debitore che si trovano nel territorio del singolo Stato membro in cui è stata dichiarata l'apertura di essa.

4. La competenza

Competenza funzionale e inderogabile

La competenza territoriale a trattare i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza è attribuita al tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali (art. 27, comma 2). Si tratta di una competenza funzionale e non derogabile, che si estende anche alle controversie che derivano dai procedimenti.

Comi

Il centro degli interessi principali del debitore (cd. Comi) è il luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi (art. 2, comma 1, lett. m). Per agevolare l'individuazione del tribunale competente, il legislatore pone una presunzione, per cui il centro degli interessi principali del debitore si presume coincidente: a) per la persona fisica esercente attività d'impresa, con la sede legale risultante dal registro delle 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 delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, con riguardo al legale rappresentante (art. 27, comma 3). Si tratta, tuttavia, di una mera presunzione, sempre suscettibile di prova contraria. Per quanto riguarda, in particolare, le persone giuridiche e gli enti, è possibile superare la presunzione di coincidenza del Comi con la sede legale, dimostrando che il luogo in cui l'imprenditore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile è collocato altrove, con conseguente riferimento a quest'ultimo luogo ai fini della competenza territoriale. L'onere di provare l'eventuale diversa collocazione del Comi grava, ovviamente, su chi invoca questa circostanza (può essere il debitore o lo stesso creditore che agisce).

Imprese in a.s. e gruppi di imprese di rilevanti dimensioni

Per i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione si applicano, invece, regole diverse in relazione alla competenza territoriale. Per questi procedimenti è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali. La competenza è attribuita, quindi, ai soli tribunali aventi

sede in capoluoghi di regione, con l'aggiunta di Bolzano, Brescia e Catania e con l'esclusione di Aosta (per la quale è competente Torino), e ciò al fine di consentire la trattazione dei procedimenti presumibilmente più complessi in tribunali al cui interno le sezioni dedicate alle procedure abbiano un congruo numero di magistrati.

Divieto di *forum shopping*

Ad evitare fenomeni di *forum shopping* attraverso i quali il debitore trasferisce la sede al solo fine di scegliersi l'ufficio giudiziario più gradito, è poi prevista l'irrilevanza ai fini della competenza del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o della domanda di apertura della liquidazione giudiziale (art. 28). Il momento in cui va determinata la competenza territoriale è, quindi, quello della data anteriore di un anno al momento in cui viene depositata la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o della domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

Incompetenza

Se il tribunale innanzi al quale è stata depositata la domanda si ritiene territorialmente incompetente, lo dichiara con ordinanza e, contestualmente, trasmette gli atti al tribunale considerato competente. Questo secondo tribunale può ritenersi territorialmente competente e disporre di conseguenza la prosecuzione del procedimento pendente, dandone comunicazione alle parti, o, a sua volta, declinare la propria competenza, sollevando d'ufficio regolamento di competenza innanzi alla corte di cassazione (art. 29).

Conflitto positivo di competenza

Può capitare (anche se è infrequente) che si verifichi la situazione opposta, in cui più tribunali si considerino competenti e la procedura venga aperta da più tribunali. Ciò, ad esempio, può succedere quando vengano presentate domande di apertura della liquidazione giudiziale da parte di creditori diversi innanzi a tribunali diversi, il debitore non si costituisce in giudizio e ciascun tribunale, ritenendosi competente territorialmente e non conoscendo la pendenza delle altre domande, ne dichiari l'apertura. In questa ipotesi, il procedimento prosegue avanti al tribunale competente che si è pronunciato per primo ed il tribunale che si è pronunciato successivamente, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza, dispone la trasmissione degli atti al tribunale che si è pronunziato per primo (art. 30).

Salvezza degli atti

Ad ogni modo, sia nel caso di dichiarazione di incompetenza, sia nel caso di conflitto positivo di competenza, a seguito del trasferimento del procedimento da un tribunale all'altro restano salvi gli effetti degli atti compiuti nel procedimento davanti al giudice incompetente (art. 31). Ciò in applicazione del principio di economia processuale, al fine di evitare inutili ripetizioni innanzi al tribunale dichiarato competente di atti già compiuti nel procedimento svoltosi innanzi al tribunale incompetente.

5. La cessazione dell'attività del debitore

Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza possono, entro determinati limiti, riguardare anche l'imprenditore, individuale o collettivo, che abbia cessato l'attività o che sia defunto prima o durante lo svolgimento dello strumento stesso. Al riguardo, però, la disciplina si differenzia in modo radicale tra procedure volontarie, da un lato, e liquidazione giudiziale dall'altro lato.

Procedure volontarie dell'imprenditore cessato

Per quanto riguarda accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo e concordato minore, l'eventuale domanda di accesso presentata dall'imprenditore cancellato dal registro delle imprese è inammissibile (art. 33, comma 4); pur in mancanza di espressa previsione normativa, è da ritenersi che regola analoga valga anche per il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e per il concordato semplificato. La cancellazione dal registro delle imprese in presenza di obbligazioni insoddisfatte rappresenta, infatti, una implicita rinuncia alla possibilità di avvalersi successivamente di queste procedure volontarie per ristrutturare su base negoziali le obbligazioni.

... e dell'imprenditore defunto

Diversamente, non sembrano sussistere ostacoli, né di tipo letterale, né di tipo sistematico, alla possibilità dell'imprenditore defunto in pendenza dell'esercizio dell'impresa di essere sottoposto a queste procedure, beninteso nel senso di legittimazione degli eredi a chiedere di definire mediante le stesse la situazione debitoria del defunto.

Liquidazione giudiziale dell'imprenditore cessato

Per quanto riguarda la liquidazione giudiziale, può essere aperta a carico dell'imprenditore cessato, purché entro un anno dalla cessazione dell'attività del debitore e se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo (art. 33, comma 1). La possibilità di aprire la liquidazione giudiziale anche nei confronti dell'imprenditore non più in attività tutela l'interesse dei creditori a regolare secondo i criteri della concorsualità l'insolvenza del debitore, anche laddove, per qualsivoglia motivo, non abbiano tempestivamente dato impulso alla richiesta di apertura della liquidazione; il limite temporale dell'anno è, invece, funzionale a tutelare l'interesse collettivo alla certezza dei rapporti, che non possono rimanere in un indefinito stato di incertezza.

Il momento di riferimento ai fini del calcolo dell'anno è quello della cessazione dell'attività, che per gli imprenditori coincide con la cancellazione dal registro delle imprese (art. 33, comma 2).

Per gli imprenditori individuali, la cancellazione dal registro delle imprese opera come presunzione relativa di cessazione dell'attività, in quanto è fatta comunque salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine dell'anno successivo (art. 33, comma 3).

Per gli imprenditori collettivi, invece, la cancellazione dal registro delle

imprese opera come presunzione assoluta di cessazione dell'attività e non ammette prova contraria da parte del creditore o del pubblico ministero, salvo che si sia trattata dell'ipotesi (marginale) di cancellazione d'ufficio e non volontaria (art. 33, comma 2).

Per gli imprenditori individuali o collettivi non iscritti nel registro delle imprese (es.: società di fatto, società irregolari), il *dies a quo* per il calcolo dell'anno si identifica con quello in cui i terzi hanno avuto conoscenza della cessazione dell'attività (art. 33, comma 2), gravando sul debitore l'onere di provare in modo puntuale la conoscenza in capo ai terzi dell'avvenuta cessazione ultrannuale al fine di potersi sottrarre all'eventuale liquidazione giudiziale. In mancanza di questa prova dell'esteriorizzazione della cessazione, gli imprenditori non iscritti continuano ad essere assoggettabili a liquidazione giudiziale anche se hanno cessato l'attività da più di un anno.

... e dell'imprenditore defunto

Anche nei confronti dell'imprenditore defunto può essere aperta la liquidazione giudiziale, entro un anno dalla morte, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo (art. 34, comma 1). L'apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'imprenditore defunto può essere chiesta dai creditori, dal pubblico ministero o anche dell'erede, se dimostra di avervi interesse e l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio (art. 34, comma 2).

Gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'imprenditore defunto sono diversi a seconda che l'erede abbia accettato l'eredità puramente e semplicemente, oppure l'abbia accettata con beneficio d'inventario. Nel primo caso (accettazione pura e semplice) si creano due masse distinte, quella costituita dai beni del defunto, sulla quale possono soddisfarsi solo i creditori di questi, e quella costituita dai beni dell'erede, sulla quale potranno rivalersi sia i creditori del defunto, sia i creditori dell'erede. Nel secondo caso (accettazione con beneficio d'inventario), il patrimonio del defunto ed il patrimonio dell'erede restano distinti; di conseguenza, la liquidazione giudiziale riguarda solo il patrimonio del *de cuius* e solo i creditori dell'imprenditore defunto.

In ogni caso, con l'apertura della procedura di liquidazione cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto a norma del codice civile (art. 34, comma 3).

6. Il procedimento unitario

Procedimento unitario

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza delinea un cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale (artt. 37-55). Si tratta di una sorta di "contenitore" processuale unico, nel quale vengono fatte confluire tutte le domande per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale, nonché, ove previste, per le eventuali fasi di omologazione e di impugnazione.

Regole comuni e regole particolari

Poiché, però, le diverse procedure presentano significative e irriducibili differenze di tipo strutturale e funzionale, il procedimento assume poi una conformazione variabile a seconda della domanda e della procedura alla quale si intende concretamente accedere. Nel contesto del procedimento unitario, a regole "comuni" si affiancano così regole "particolari", non solo per quanto concerne la legittimazione a richiedere l'accesso, ma anche, ad esempio, per quanto riguarda il corredo documentale che deve accompagnare la domanda o il contenuto del provvedimento adottato dal tribunale. Si può, quindi, dire che se il contenitore processuale è unitario, il procedimento per l'accesso non è veramente tale, in quanto le regole processuali sono differenziate a seconda del tipo di strumento al quale si chiede l'accesso.

Ratio

Sembra naturale, allora, chiedersi quale sia la ragione dell'introduzione di un procedimento unitario quando poi, nel concreto, i singoli strumenti e procedure sono retti da regole processuali in larga parte differenziate. La risposta risiede nella considerazione che, nell'esperienza pratica, è frequente che vi siano contemporaneamente diverse domande di accesso a strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, perché alla domanda presentata da un creditore o da un pubblico ministero per dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale a carico del debitore si contrappone la domanda dello stesso debitore di definizione negoziale della propria crisi o insolvenza attraverso, ad esempio, l'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti o un concordato preventivo.

Trattazione unitaria

Questa ricorrente situazione determina l'insorgere di indubbie esigenze di coordinamento, che si realizzano proprio attraverso il procedimento unitario, nel quale confluiscono e sono trattate insieme tutte le domande, mediante la riunione di ogni domanda sopravvenuta a quella già pendente (art. 7, comma 1).

Una volta avvenuta la riunione nell'unico procedimento, l'esame delle diverse domande è poi retto dal criterio di priorità, per cui il tribunale deve esaminare in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che: a) la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile; b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori (art. 7, comma 2).

L'unitarietà del procedimento si coglie ulteriormente nelle fasi eventuali dell'omologazione (ove prevista) e, soprattutto, delle impugnazioni

avverso i provvedimenti assunti sulle domande di accesso, dove il procedimento di impugnazione è retto da regole in larga parte uguali indipendentemente dal tipo di procedura.

Plesso processuale e plesso sostanziale

Questa unitarietà, nei limiti indicati, del procedimento ha determinato la scelta del legislatore di "spezzare" la disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza in due separati complessi normativi. Per ciascuna di queste procedure, il plesso "processuale", ossia le norme che riguardano il procedimento di accesso, l'omologazione e le impugnazioni, è separato dal plesso "sostanziale", ossia le norme che riguardano i presupposti, gli organi, gli effetti e lo svolgimento delle procedure: la parte processuale di ogni procedura è stata inserita nel cd. "procedimento unitario" per gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza (capo IV del titolo III, artt. 37 ss.), mentre la parte sostanziale è disciplinata separatamente nel capo dedicato a ciascuno distinto strumento.

Si tratta di una soluzione che può essere coerente dal punto di vista sistematico, ma che certamente rende meno lineare ed armonica la trattazione del singolo strumento, la cui regolamentazione si rinviene dal recupero di norme collocate in contesti differenti. Per garantire la necessaria chiarezza ed efficacia didattica, pertanto, in questa sede si ricomporrà l'unitarietà di esposizione di ciascuno strumento, che sarà trattato in modo organico con riferimento tanto al profilo processuale, quanto al profilo sostanziale, ripercorrendone in sequenza ordinata le varie fasi attraverso le quali ciascuno di essi si articola. Di conseguenza, non si procede in questa sede alla trattazione del procedimento unitario, perché le norme processuali che lo compongono saranno trattate con riferimento a ciascuno singolo strumento.

Capitolo V

Il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione e la convenzione di moratoria

1. Gli strumenti negoziali

Lo stato di crisi o di insolvenza del debitore può presentare caratteristiche diverse in relazione a molteplici fattori, quali, ad esempio, le sue cause, le prospettive di superamento, la tipologia di attività dall'impresa, le condizioni generali del mercato in cui opera e così via.

Strumenti negoziali

Per rispondere in maniera flessibile alla varietà delle situazioni, il legislatore ha previsto una pluralità di strumenti negoziali: il piano attestato di risanamento (art. 56), gli accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. 57-60), gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61), la convenzione di moratoria (art. 62), il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (artt. 64-*bis* ss.), il concordato preventivo (artt. 84-120) ed il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (artt. 25-*sexies* ss.).

Si tratta di strumenti riservati esclusivamente ai debitori che svolgono attività d'impresa e che, se pur diversi per disciplina applicabile e procedimento, sono tuttavia accomunati dalla loro natura negoziale, nel senso che si basano su una proposta del debitore rivolta ai propri creditori; tale proposta ha per oggetto e scopo il soddisfacimento dei creditori in esecuzione di un piano economico-finanziario.

Volontà dei creditori

Pur se tutti questi strumenti hanno natura negoziale, differente è il modo in cui l'autonomia negoziale opera con riferimento alla volontà dei creditori. In termini generali, e rinviando alla trattazione specifica di ciascuno per l'approfondimento, gli strumenti negoziali possono così classificarsi in:

a) strumenti che vincolano esclusivamente i creditori che vi aderiscano e non gli altri creditori che non vi abbiano partecipato (piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti);

b) strumenti che vincolano anche una minoranza di creditori che, se pur non aderenti o dissenzienti, appartengano alla medesima classe o ca-

tegoria dei creditori maggioritari aderenti o consenzienti (accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa; convenzione di moratoria; piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione);

c) strumenti basati tendenzialmente sul principio di maggioranza, in forza del quale la decisione dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi o votanti (e, in taluni casi, anche la decisione di una minoranza qualificata) vincola e si impone a tutti i creditori, anche se appartenenti a classi dissenzienti (concordato preventivo);

d) strumenti nei quali tutti i creditori subiscono gli effetti della proposta senza che sia ad essi consentito di esprimere il proprio voto o dissenso, rimanendo la loro tutela affidata al controllo del tribunale, che deve accertare l'assenza di pregiudizio per i creditori (concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio).

Ruolo dell'autorità giudiziaria

Al diverso ruolo ed incidenza del consenso dei creditori, fa riscontro anche una differente intensità del controllo giudiziario, per cui quanto maggiore è il vincolo che lo strumento impone ai creditori non aderenti o dissenzienti, tanto più ampio, tendenzialmente, è il ruolo di controllo attribuito all'autorità giudiziaria. Di fatto, alla progressiva riduzione della "autotutela" dei creditori, che si esprime attraverso l'adesione o il voto, corrisponde lo speculare accrescimento della "eterotutela" dei creditori, che si attua attraverso l'attività dell'autorità giudiziaria. Sotto questo ulteriore aspetto, quindi, gli strumenti negoziali possono essere collocati su distinti gradini di una scala di progressiva intensità dell'intervento dell'autorità giudiziaria:

a) nel piano attestato di risanamento il debitore mantiene la piena gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, non è possibile ottenere la protezione rispetto alle azioni esecutive e cautelari dei creditori e non vi è alcun intervento dell'autorità giudiziaria;

b) negli accordi di ristrutturazione dei debiti il debitore mantiene la piena gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, ma vi è la possibilità di beneficiare di una limitata protezione dalle azioni esecutive e cautelari dei creditori ed è previsto un controllo del tribunale nella sola fase conclusiva (cd. omologazione); controllo del tribunale in sede di omologazione che assume una intensità maggiore negli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, dove gli effetti sono estesi anche ai creditori non aderenti della categoria aderente;

c) nella convenzione di moratoria il debitore mantiene la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, non si ha blocco legale o giudiziale delle azioni esecutive o cautelari ed il controllo dell'autorità giudiziaria è solo eventuale, ma intenso, nel caso in cui uno o più creditori propongano opposizione;

d) nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione il debitore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, ma con vincoli e controlli, può aversi la protezione dalle azioni esecutive o cautelari dei creditori ed opera un controllo dell'autorità giudiziaria durante tutto lo svolgimento della procedura e poi successivamente fino alla completa esecuzione del piano ed adempimento della proposta;

e) nel concordato preventivo il debitore conserva la gestione ordinaria dell'impresa, mentre deve essere autorizzato dagli organi della procedura per la gestione straordinaria, può aversi la protezione dalle azioni esecutive o cautelari dei creditori ed è previsto un controllo dell'autorità giudiziaria durante tutto lo svolgimento della procedura e poi successivamente fino alla completa esecuzione del piano ed adempimento della proposta;

f) nel concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio il debitore conserva la gestione ordinaria dell'impresa, mentre deve essere autorizzato dagli organi della procedura per la gestione straordinaria, può aversi la protezione dalle azioni esecutive o cautelari dei creditori e l'autorità giudiziaria esercita durante l'intera procedura un controllo, che diventa ancora più profondo, anche rispetto al concordato preventivo, nella fase di omologazione.

Scelta dello strumento

La scelta di quale strumento negoziale utilizzare è riservata in via esclusiva all'imprenditore, il quale deciderà sulla base della propria situazione economico-patrimoniale-finanziaria, delle proprie prospettive ed anche dell'atteggiamento dei propri creditori. Nella prassi, la scelta è spesso determinata dalla gravità dello stato di crisi o insolvenza, per cui l'imprenditore cerca di affrontare situazioni meno gravi mediante i piani attestati di risanamento e la convenzione di moratoria, mentre situazioni di maggiore gravità sono gestite mediante gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le situazioni più compromesse richiedono il ricorso al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, al concordato preventivo o al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. La ragione di ciò è intuitiva: nessun imprenditore gradisce sottoporsi ad un controllo dell'autorità giudiziaria, anche per gli inevitabili effetti che questo determina sulla normale operatività aziendale e sulla credibilità nel mercato; pertanto, le soluzioni che comportano una maggiore compressione dell'autonomia imprenditoriale sono accettate solo quando è necessario beneficiare di forme di maggiore tutela nei confronti dei creditori non disponibili a raggiungere un accordo. In ogni caso, si tratta di un indirizzo di massima e non esiste in merito un automatismo o una regola legale, in quanto sono molteplici e differenziate le variabili che concorrono nella decisione dell'imprenditore.

Una caratteristica comune agli strumenti negoziali è la protezione assicurata all'imprenditore, ai creditori ed ai terzi per gli atti compiuti in esecuzione di tali strumenti. Si tratta di un indubbio vantaggio per le parti coinvolte, le quali sono consapevoli che, nel caso di utilizzo dello strumento e di rispetto delle regole procedimentali previste, possono perse-

guire i tentativi di risanamento in un contesto protetto. Ciò testimonia il chiaro *favor* manifestato dal legislatore per l'utilizzo di questi strumenti, che sono incentivati e favoriti proprio perché consentono di affrontare la crisi o l'insolvenza nell'ambito di un percorso trasparente e ordinato.

Libertà di scelta del debitore e dei creditori

Resta ferma, ovviamente, la libertà dell'imprenditore di decidere di non utilizzare nessuno di questi strumenti, sia perché preferisce superare il proprio stato di crisi mediante gli ordinari strumenti di diritto comune, sia perché ritiene di non poter far ricorso ad uno strumento negoziale, ma di accedere ad una procedura concorsuale non negoziale (liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria). Allo stesso modo, resta ferma (salvo che nel caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio) la libertà dei creditori di non accettare la proposta dell'imprenditore e, quindi, di non consentire che il tentativo dell'imprenditore di utilizzare uno strumento negoziale vada a buon fine, ritenendo che le prospettive liquidatorie possano essere per loro più favorevoli.

In questo capitolo saranno trattati il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione e la convenzione di moratoria, mentre il concordato preventivo sarà trattato nel capitolo VI. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione ed il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio saranno, invece, rispettivamente trattati nel capitolo VII e nel capitolo VIII, in quanto la loro disciplina normativa si compone di poche norme specifiche, accompagnate dal rinvio a molte norme dettate per il concordato preventivo; la comprensione di questi due strumenti presuppone, quindi, la previa conoscenza delle norme in tema di concordato preventivo.

2. Il piano attestato di risanamento

Il primo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza è rappresentato dal piano attestato di risanamento (art. 56). Si tratta di un piano predisposto dall'imprenditore per il superamento della crisi e dell'insolvenza, sottoposto al controllo da parte di un professionista indipendente e sulla cui base vengono raggiunti degli accordi con uno o più creditori per la rinegoziazione dei rispettivi crediti.

Elementi costitutivi

I tre elementi costitutivi dello strumento sono: a) un piano predisposto dall'imprenditore che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; b) un'attestazione da parte di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano; c) l'accordo con uno o più creditori, volto alla rinegoziazione dei debiti in coerenza con quanto previsto nel piano.

Effetti protettivi

In presenza delle condizioni di legge, è concessa, in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale, l'esenzione dalle azioni revocatorie e l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e di bancarotta preferenziale per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del piano attestato (artt. 166, comma 3, lett. d; 324) (sulla revocatoria vedi cap. IX, sez. 5). Di conseguenza, se, dopo la conclusione dell'accordo tra il debitore ed i suoi creditori, il tentativo di risanamento non dovesse andare a buon fine e, successivamente, si aprisse la procedura di liquidazione giudiziale, gli atti compiuti in esecuzione del piano sarebbero stabili rispetto alla massa dei creditori e non esporrebbero i loro autori a responsabilità penale.

È importante sottolineare che in questo strumento: a) non è prevista l'estensione degli effetti delle decisioni dei creditori aderenti anche ai creditori non aderenti, che dovranno continuare ad essere soddisfatti in modo integrale conformemente alle previsioni negoziali e legali che disciplinano i singoli rapporti; b) non è attribuita alcuna moratoria o posticipazione legale dei termini di pagamento dei creditori non aderenti, che devono essere pagati alle scadenze previste dalla legge o dal contratto; c) non è concessa all'imprenditore alcuna misura protettiva rispetto alle azioni esecutive e cautelari dei creditori non aderenti, che potranno iniziare o proseguire le loro azioni. In altri termini, gli accordi in esecuzione di un piano attestato producono effetti solo per i creditori che vi aderiscano, ma non possono in alcun modo modificare i diritti o i crediti dei creditori che non vi aderiscano. Il vantaggio derivante dall'utilizzo dei piani attestati di risanamento si produce unicamente sul piano dell'esenzione dalla revocatoria e dai reati di bancarotta semplice/documentale per il caso di atti compiuti in esecuzione dei piani stessi, così da consentire a tutte le parti coinvolte di poter avere ragionevole sicurezza sulla stabilità delle operazioni di risanamento.

Altra caratteristica importante di questo strumento è l'assenza di controllo giudiziale. L'imprenditore predispone il piano, il professionista lo attesta ed i creditori stipulano gli accordi; il tutto senza che il tribunale sia chiamato ad esercitare alcuna verifica, controllo o valutazione in questa fase della ristrutturazione. Solo nell'eventuale momento in cui, non avendo avuto successo il piano di risanamento, l'imprenditore venga sottoposto alla procedura di liquidazione giudiziale e venga avviata un'azione revocatoria (o un procedimento penale), il tribunale investito dell'azione revocatoria (o il tribunale penale nel caso di procedimento penale di bancarotta) è tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti richiesti per l'operatività dell'esenzione.

Natura giuridica

La natura giuridica del piano attestato di risanamento è quella di mero strumento negoziale stragiudiziale, pur se accompagnato da possibili benefici di legge. Esso rientra tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ma non è una procedura concorsuale, perché manca di tutte le caratteristiche tipiche di dette procedure (intervento dell'autorità pub-

blica, vincolo sul patrimonio del debitore, regolamentazione coattiva dei rapporti tra debitore e creditori).

Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo è la qualità di imprenditore commerciale soggetto a liquidazione giudiziale. Anche se la formulazione letterale della norma fa genericamente riferimento all'imprenditore, è evidente che, risolvendosi gli effetti dello strumento nell'esenzione da revocatoria esercitabile dal curatore nella liquidazione giudiziale e dai reati di bancarotta semplice/documentale, il presupposto soggettivo vada limitato ai soli imprenditori che sono soggetti a liquidazione giudiziale. Possono far ricorso agli accordi in esecuzione di un piano attestato di risanamento, quindi, gli imprenditori (individuali o collettivi) commerciali che non siano "imprese minori", con esclusione dello Stato e degli enti pubblici (sulla identificazione degli imprenditori sottoposti a liquidazione giudiziale, vedi cap. IX, sez. 1, par. 2).

Presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo è costituito dallo stato di crisi (vedi cap. VI, sez. 2, par. 1) o di insolvenza (vedi cap. IX, sez. 1, par. 3).

Piano

Il primo e fondamentale elemento costitutivo dello strumento è il piano, che deve essere idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Il risanamento della esposizione debitoria va inteso come recupero della capacità di soddisfare in modo integrale e regolare tutti i creditori; il riequilibrio della situazione finanziaria va inteso come riallineamento dei flussi attivi di cassa, attuali e prospettici, rispetto alle obbligazioni assunte e pianificate.

Per quanto riguarda il contenuto, il piano è un documento contenente un programma di attività e di azioni finalizzate al superamento della crisi; esso si compone di un piano industriale, nonché di un piano economico-finanziario che descrive gli effetti economici e finanziari che l'imprenditore si propone di conseguire grazie all'esecuzione del piano industriale. Ferma restando la facoltà dell'imprenditore di prevedere una maggiore articolazione o analiticità, la legge impone un contenuto minimo obbligatorio del piano, che deve necessariamente indicare: a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza; e) gli apporti di finanza nuova; f) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto; g) il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Registro delle imprese

Il piano, l'attestazione e gli accordi con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore (art. 56, comma 4). Si tratta, però, di una mera facoltà e non di un obbligo: se il debitore intende pubblicare lo strumento di regolazione della crisi per "tranquillizzare" i terzi che entrano in rapporto con lui, può farlo; se, al contrario, il debitore teme che la pubblicazione possa indurre discredito commerciale o determinare preoccupazione nei propri fornitori e clienti, è libero di non pubblicare il piano e di relativi accordi. La pubblicazione nel registro delle imprese è, comunque, condizione per l'operatività dei benefici fiscali, che si sostanziano nella indifferenza fiscale delle eventuali plusvalenze derivanti dagli accordi con i creditori in esecuzione del piano.

Data certa

Siccome non vi è un controllo del tribunale e poiché la pubblicità del piano è facoltativa, è necessario avere certezza che l'imprenditore abbia effettivamente predisposto un piano con i requisiti di legge prima del compimento degli atti e dei pagamenti previsti nello stesso. Diversamente, si correrebbe il rischio che, al solo fine di sottrarsi alle azioni revocatorie ed alle responsabilità penali, l'imprenditore, i creditori ed i terzi convenuti in sede giudiziale o in sede penale pongano in essere condotte fraudolente e collusive, esibendo un piano predisposto *ad hoc* dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, ma con una falsa retrodatazione. Per evitare queste possibili condotte, il legislatore impone che il piano abbia una data certa (art. 56, comma 2). Ai sensi dell'art. 2704 c.c., la data della scrittura privata della quale non sia autenticata la sottoscrizione da un pubblico ufficiale non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento. Nella prassi, il modo più semplice per conferire data certa al piano è quello di allegarlo ad un verbale del consiglio di amministrazione della società debitrice che venga redatto da un notaio e che approvi lo stesso, oppure di allegarlo all'attestazione del professionista indipendente che viene giurata innanzi ad un notaio o al cancelliere del tribunale.

Attestazione

Il secondo elemento costitutivo è rappresentato dall'attestazione. Un professionista indipendente deve, infatti, attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano (art. 56, comma 3).

La relazione del professionista (che nella prassi prende il nome di relazione di "attestazione" o "asseverazione") dovrà avere ad oggetto innanzitutto la corrispondenza al vero dei dati esposti dell'attivo e del passivo (veridicità dei dati aziendali) e poi, sulla base di tale presupposto, dovrà for-

mulare una prognosi sulla idoneità del piano a raggiungere gli obiettivi indicati, valutandone l'attendibilità e la coerenza (fattibilità economica).

Indipendenza dell'attestatore

Il professionista viene scelto, incaricato e remunerato dall'imprenditore, ma deve essere indipendente al fine di assicurare un corretto, diligente e imparziale svolgimento del proprio compito, che è posto a tutela anche degli interessi dei terzi che entrano in contratto con l'imprenditore. Il requisito dell'indipendenza è integrato quanto il professionista soddisfa congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. per i sindaci di società per azioni; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; 4) il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa (art. 2, comma 1, lett. o).

Accordo con i creditori

Il terzo elemento costitutivo è rappresentato dall'accordo con i creditori. Non si rientra nella fattispecie di legge e non si può beneficiare dei benefici previsti se si è in presenza di un documento unilaterale predisposto dall'imprenditore in crisi, che non sia accompagnato da alcun accordo con i creditori.

Se la volontà legislativa è chiara, non altrettanto chiara è la ragione di questa scelta e l'ambito applicativo della stessa. Non si comprende, infatti, per quale motivo non possa consentirsi all'imprenditore la predisposizione di un piano unilaterale, con il quale dimostri che, attraverso il compimento di determinati atti (es.: vendita di un immobile di rilevante valore), possa superare lo stato di crisi o di insolvenza, recuperando l'equilibrio tra flussi finanziari e obbligazioni prospettiche, senza necessità di alcuna rinegoziazione con i propri creditori. Questo tipo di piano, soggetto ad asseverazione, non avrebbe necessità di alcun accordo con i creditori (perché non si chiede la rinegoziazione), ma avrebbe comunque l'effetto di proteggere la programmata vendita, ponendola al riparo da azioni revocatorie e reati concorsuali, in tal modo "proteggendo" e dunque incentivando anche i potenziali acquirenti.

Ferma la necessità di un accordo con i creditori, non è necessario che l'accordo sia stipulato con un numero minimo di creditori, né che sia stato già raggiunto al momento della predisposizione del piano. Pertanto, il piano potrebbe essere anche predisposto semplicemente sulla base di una ipotesi di futuro accordo di rinegoziazione con uno o più creditori, fermo restando che l'asseveratore, nel formulare il proprio giudizio di fattibilità economica, dovrà necessariamente valutare in modo rigoroso l'attendibilità della previsione del raggiungimento dell'accordo.

Esenzione da revocatoria e da bancarotta

In presenza dei tre elementi costitutivi (piano, attestazione, accordo con i creditori), non sono soggetti ad azione revocatoria, nemmeno ordinaria (art. 165), gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato e in esso indicati (artt. 166, comma 3, lett. d; 324) e sono esenti dai reati di bancarotta semplice e preferenziale i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione del piano (art. 324).

L'esenzione dalla revocatoria e dai reati di bancarotta opera per gli atti, i pagamenti, le garanzie e le operazioni compiuti in "esecuzione" del piano attestato. Non è agevole capire quale sia il grado di analiticità richiesto al piano affinché il singolo atto possa essere qualificato come "posto in essere in esecuzione" dello stesso. Anche se, con riferimento all'esenzione da revocatoria, la legge prescrive che gli atti debbano essere "indicati" nel piano, non sempre è possibile indicare in modo analitico tutti i singoli atti, pagamenti e garanzie che si prevede di compiere (si pensi, ad esempio, agli innumerevoli pagamenti che compie un'impresa di medie dimensioni in continuità aziendale), per cui deve ritenersi sufficiente un collegamento funzionale tra il piano e il singolo atto o pagamento, nel senso che possono beneficiare dell'esenzione anche gli atti o i pagamenti individuati nel piano come categoria, variamente qualificata nel piano ma con sufficiente grado di precisione (es.: indicando i destinatari, le tipologie, il periodo temporale e così via). Sempre nella stessa prospettiva di certezza, è inoltre previsto espressamente che, per beneficiare delle esenzioni, gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa (art. 56, comma 5).

Pericolo di abuso

Per evitare abusi dello strumento, l'esenzione dalla revocatoria non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia (art. 166, comma 3, lett. d). La stessa limitazione non è espressamente prevista per l'esenzione dai reati di bancarotta, ma l'esigenza di protezione dagli abusi permane, per cui anche in questo caso il tribunale penale non può limitarsi al mero controllo formale dell'esistenza di un piano attestato per escludere la responsabilità penale, ma deve compiere un esame prognostico sulla effettiva e ragionevole possibilità iniziale del piano di conseguire il programmato esito positivo del percorso di risanamento.

In ambedue le situazioni (esenzione da revocatoria ed esenzione dai reati di bancarotta), inoltre, la valutazione deve essere compiuta non solo in relazione al momento iniziale in cui viene predisposto il piano, ma anche in relazione specifica al momento successivo in cui è stato compiuto l'atto revocabile (o che integra bancarotta), dovendosi valutare se, al momento del compimento dell'atto, la situazione in essere era conforme alle

previsioni ed agli obiettivi di piano o si era modificata in misura tale da rendere il piano non più attuabile (si pensi, ad esempio, ad un atto esecutivo del piano compiuto a distanza di diversi anni dalla data certa del piano stesso).

3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Definizione

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono accordi conclusi dall'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti (art. 57). Questi accordi, che hanno ad oggetto la modifica, a seconda dei casi, della quantità, dei termini o delle condizioni di rimborso della debitoria, sono stipulati sulla base di un piano economico-finanziario predisposto dall'imprenditore ed asseverato da un professionista indipendente. Una volta stipulati gli accordi, redatto ed attestato il piano, l'imprenditore provvede alla pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese e lo sottopone al controllo del tribunale, chiedendo che l'autorità giudiziaria, verificata l'attuabilità degli accordi, anche e soprattutto con riferimento all'integrale pagamento dei creditori non aderenti, omologhi gli accordi.

Elementi costitutivi

Gli elementi costitutivi di questo strumento sono: a) gli accordi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti, volti alla rinegoziazione dei crediti in coerenza con quanto previsto nel piano; b) un piano predisposto dall'imprenditore che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa; c) un'attestazione da parte di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; d) il controllo del tribunale chiamato ad omologare gli accordi.

Vantaggi

Il ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nel rispetto delle condizioni di legge, consente all'imprenditore, ai creditori ed ai terzi di beneficiare di diversi vantaggi, tra i quali i più significativi sono la possibilità di ottenere dal tribunale l'emissione di misure protettive e cautelari (art. 54) e, in caso di omologazione, l'esenzione dalle azioni revocatorie per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo (art. 166, comma 3, lett. e), nonché l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e di bancarotta preferenziale per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione dell'accordo (art. 324).

Creditori aderenti e creditori estranei

Va rimarcato un dato fondamentale. Gli accordi di ristrutturazione vincolano solo i creditori che vi aderiscano e che stipulino volontariamente gli accordi (i "creditori aderenti"), ma non gli altri creditori che non vi abbiano partecipato e che abbiano deciso di non stipulare accordi (i "creditori estranei"). In relazione ai creditori estranei, l'accordo di ristrutturazione determina solo una limitata moratoria temporale: tali creditori, infatti, devono essere pagati integralmente, ma entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data, o entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data di omologazione (art. 57, comma 3). In ogni caso, come detto, fino alla data dell'omologa dell'accordo, l'imprenditore può ottenere dal tribunale un decreto che faccia divieto ai creditori estranei di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore per un limitato periodo (art. 54). Fatta eccezione per questi limitati vincoli temporali, i creditori estranei non subiscono gli effetti degli accordi stipulati dall'imprenditore con gli altri creditori e conservano intatto il proprio diritto a ricevere il pagamento di quanto loro dovuto nella misura integrale e con le modalità previste dalla legge o dal contratto.

Natura giuridica

La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti è molto discussa. Assodato che rientrano tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, secondo alcuni avrebbero natura meramente privatistica, mentre secondo altri sarebbero qualificabili come una procedura concorsuale. La questione – si badi – non ha valenza meramente teorica, in quanto la corretta classificazione assume rilievo per una pluralità di questioni interpretative ed applicative. Ad esempio, se si qualificano gli accordi di ristrutturazione quali procedure concorsuali: i crediti legalmente sorti durante la stessa per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa sarebbero prededucibili (art. 6, comma 1, lett. d); si applicherebbe l'art. 80 T.U. in materia bancaria e creditizia, che prevede la non assoggettabilità delle banche e degli intermediari finanziari a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta bancaria; sarebbe consentita, entro certi limiti, l'applicazione analogica di norme dettate per il concordato preventivo. Per quanto la questione sia dibattuta, l'opinione prevalente che riconosce natura concorsuale agli accordi di ristrutturazione dei debiti è preferibile, in quanto in essi sono presenti alcuni dei tratti comuni e caratterizzanti delle procedure concorsuali, in particolare: il controllo giudiziale nella fase iniziale, ai fini dell'eventuale concessione delle misure protettive, e nella fase finale, ai fini dell'omologazione; il possibile vincolo sul patrimonio del debitore in caso di misure protettive; la regolamentazione coattiva dei rapporti tra debitore e creditori, inclusi quelli estranei, sia pure con riferimento alla sola moratoria legale ed al temporaneo divieto di azioni esecutive e cautelari.

Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo per poter presentare la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti è rappresentato dalla qualità di imprenditore, anche non commerciale, ma diverso dall'imprenditore minore (art. 57, comma 1). Possono quindi fare ricorso a questa procedura sia gli imprenditori commerciali, sia gli imprenditori agricoli, con eccezione dei soli imprenditori minori (sulla nozione di imprenditore

commerciale, imprenditore agricolo e imprenditore minore, vedi cap. IX, sez. 1, par. 2).

Presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo è costituito dallo stato di crisi (vedi cap. VI, sez. 2, par. 1) o di insolvenza (vedi cap. IX, sez. 1, par. 3).

Accordi con i creditori

Il primo elemento costitutivo dello strumento è costituito dagli accordi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Il contenuto degli accordi può essere il più vario ed è liberamente determinato dall'imprenditore e dai singoli creditori sulla base delle specifiche pattuizioni. Gli accordi possono prevedere un mero riscadenziamento dei termini di rimborso della debitoria, oppure uno stralcio più o meno significativo dei crediti, accompagnato o meno da una riduzione del tasso degli interessi corrispettivi e da uno stralcio o riduzione degli interessi moratori già maturati. Ancora, possono essere stipulati accordi che prevedono la conversione, totale o parziale, dei crediti in quote di partecipazione nel capitale di rischio della società debitrice o forme varie di *datio in solutum*, in forza delle quali i crediti vengono soddisfatti non già mediante il pagamento in danaro, ma attraverso il trasferimento in favore dei creditori della proprietà di determinati beni (es.: quote di partecipazione di società controllate; strumenti finanziari partecipativi; immobili, crediti). Non è infrequente che gli accordi prevedano anche obblighi ulteriori a carico degli stessi creditori, in termini di impegno ad erogare nuovi finanziamenti in favore dell'imprenditore o a mantenere le linee di credito per un certo periodo di tempo. Sovente, a fronte delle rinunce o degli obblighi dei creditori, gli accordi prevedono anche specifici impegni a carico dell'imprenditore, sia in termini di obblighi informativi periodici, sia in termini di divieto di assumere ulteriore indebitamento o di compiere operazioni straordinarie e/o distribuzioni di dividendi senza il consenso dei creditori aderenti, sia in termini di impegno dei soci della società debitrice a deliberare e sottoscrivere aumenti di capitale o ad effettuare finanziamenti soci.

Libertà del contenuto degli accordi

Ad ogni modo, si ripete, sono il debitore ed i creditori a determinare in modo libero il contenuto dei singoli accordi, all'esito delle trattative e delle negoziazioni che vengono condotte. Non è necessario, tra l'altro, il rispetto dei vincoli imperativi che presiedono alla distribuzione del patrimonio del debitore nella procedura di concordato preventivo o di liquidazione giudiziale, potendo derogarsi al principio della *par condicio creditorum* o alla regola dell'ordine delle cause di prelazione, ovviamente limitatamente alla posizione dei singoli creditori aderenti.

Può essere stipulato un unico accordo con un singolo creditore che da solo rappresenti il 60% dei crediti, oppure un singolo accordo con diversi creditori che complessivamente raggiungano la percentuale minima richiesta, oppure ancora molteplici accordi con i vari creditori. Non vi è, al riguardo, alcun vincolo o regola imperativa, in quanto tutto dipende dalle circostanze concrete e dalla volontà delle parti.

Forma scritta

Gli accordi devono avere forma scritta, in quanto vanno successivamente depositati in tribunale e pubblicati nel registro delle imprese, ma non è necessaria la forma notarile e tantomeno l'autenticazione delle firme. È, tuttavia, richiesto espressamente che gli accordi contengano "l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione" (art. 57, comma 2). L'indicazione degli elementi del piano non deve essere analitica, essendo sufficiente un mero richiamo, in quanto la prescrizione ha la funzione di garantire che i creditori che stipulano gli accordi siano pienamente consapevoli del fatto che gli accordi saranno depositati e pubblicati ai fini dell'omologazione e che loro stessi saranno considerati quali "aderenti" ai fini del calcolo della percentuale del 60%.

Percentuale del 60% dei crediti

Gli accordi devono essere conclusi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti (art. 57, comma 1). La percentuale va calcolata, quindi, con riferimento all'ammontare complessivo dei crediti, non al numero dei creditori. Nella valutazione dell'ammontare complessivo dei crediti, vanno conteggiati tutti i crediti, indipendentemente dalla loro natura, rango o esigibilità, con esclusione, però, di eventuali crediti oggetto di contestazione da parte dell'imprenditore, che non vanno conteggiati, salvo che la contestazione non appaia chiaramente strumentale e funzionale proprio ad escludere un certo credito dal computo della percentuale.

Crediti infragruppo

Anche i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo (i cd. crediti infragruppo) vanno conteggiati, con la sola esclusione dei crediti per i quali si provi il collusivo accordo tra imprenditore e creditore finalizzato ad alterare le percentuali; i crediti infragruppo, inoltre, sono rilevanti sia nella valutazione dell'ammontare complessivo dei crediti su cui calcolare la percentuale, sia ai fini del raggiungimento del 60%, nel senso che anche un accordo con la controllante che sia titolare di almeno il 60% dei crediti totali consente di ritenere integrata la condizione di legge.

Cram down fiscale e contributivo

In relazione al calcolo della percentuale è, però, prevista una importante deroga quando l'adesione dell'amministrazione finanziaria (Agenzie delle Entrate, delle Dogane, del Territorio e Demanio) o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie sia decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% (cd. *cram down* fiscale e contributivo). Può accadere, infatti, che l'amministrazione finanziaria (ricomprendendo in essa, per semplicità, anche gli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie) non risponda, o risponda immotivatamente in senso negativo, alle proposte di rimodulazione della debitoria formulate dall'imprenditore, anche se prospetticamente convenienti per la stessa amministrazione, in quanto migliorative rispetto al trattamento che potrebbe conseguire nel caso di insuccesso del tentativo di risanamento e di apertura della liquidazione giudiziale. Questo silen-

zio o pregiudiziale (immotivato o disinformato o, semplicemente, sbagliato dal punto di vista tecnico) rifiuto dell'amministrazione finanziaria rischia di essere ostativo dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sia perché non è possibile perfezionare e asseverare il piano in mancanza dell'accordo di rimodulazione della debitoria con l'amministrazione finanziaria, sia e soprattutto perché non consente di raggiungere la percentuale del 60% dei crediti.

In questa ipotesi, il tribunale può omologare l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione risulta conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 63, comma 2-*bis*). Ciò significa che, accertata la convenienza della proposta anche sulla base di una speciale attestazione di un professionista indipendente, l'amministrazione finanziaria è qualificata *ex lege* come creditore aderente: per cui, da un lato, la proposta di accordo formulata dall'imprenditore si considera accettata dall'amministrazione finanziaria e produce i suoi effetti nei confronti della stessa (es.: dilazione del pagamento; stralcio parziale, ecc.); dall'altro lato, il credito dell'amministrazione finanziaria viene considerato come credito di creditore aderente ai fini del raggiungimento della percentuale del 60%. La norma presenta alcuni aspetti problematici, tanto teorici, quanto applicativi, ma questi sono ampiamente giustificati e compensati dai riflessi positivi sulle potenzialità di successo dei tentativi di risanamento attuati mediante gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Piano

Il secondo elemento costitutivo è rappresentato dal piano economico-finanziario, che deve essere redatto secondo le stesse modalità, e con gli stessi allegati, del piano attestato di risanamento *ex* art. 56. Deve trattarsi, quindi, di un piano idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, articolato in un piano industriale, economico e finanziario. È consentito predisporre il piano in una mera prospettiva di liquidazione, perché il risanamento può essere perseguito anche in mancanza della prosecuzione dell'attività d'impresa.

Attestazione

Il terzo elemento costitutivo è rappresentato dalla relazione di un professionista indipendente, che deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, nonché l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge (art. 57, comma 4).

La relazione di attestazione del professionista, che deve avere gli stessi requisiti di indipendenza previsti per i piani attestati di risanamento, comprende anzitutto la puntuale e positiva verifica della corrispondenza al vero dei dati esposti dell'attivo e del passivo e poi, sulla base di tale presupposto, una valutazione sulla non manifesta inadeguatezza del piano a

raggiungere gli obiettivi prefissati, intesa come prognosi positiva quantomeno sulla possibilità, anche se non necessariamente probabilità o certezza, del realizzarsi delle previsioni e dei risultati attesi.

Trattamento dei creditori estranei

Oggetto specifico della relazione di attestazione del professionista indipendente è, inoltre, l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge. Si è detto prima, infatti, che i creditori estranei (ossia, i creditori che non abbiano stipulato accordi) non subiscono gli effetti degli accordi stipulati dagli altri creditori e conservano intatto il diritto a ricevere il pagamento nella misura e con le modalità previste. È, però, prevista una breve moratoria temporale *ex lege* nel pagamento dei creditori estranei, che mantengono sì il diritto a ricevere il pagamento integrale di quanto spettante, ma con una dilazione imposta dalla legge: i creditori estranei devono essere pagati integralmente entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data, oppure entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione. La verifica dell'idoneità di accordo e piano a garantire questo pagamento nelle scadenze previste compete, per espressa previsione di legge, all'asseveratore e si tratta di un compito molto delicato, in quanto posto a tutela di soggetti terzi rispetto a quelli che hanno stipulato l'accordo e che non devono subire pregiudizio dagli accordi altrui.

4. (*Segue*) Il giudizio di omologazione

Una volta redatto ed asseverato il piano e stipulati gli accordi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti, si apre il giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. È questa la fase del controllo giudiziale, diretto a verificare la sussistenza di tutte le condizioni di legge, e in particolare l'idoneità del piano stesso e degli accordi ad assicurare il pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge.

Domanda di omologazione

Il giudizio viene introdotto con la domanda di omologazione, che può essere presentata solo dal debitore. La domanda, che si propone al tribunale con ricorso, deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni ed è sottoscritto dal difensore munito di procura. Se il debitore è una società, la sottoscrizione della domanda deve essere effettuata da parte di coloro che hanno la rappresentanza legale della società, mentre il contenuto e le condizioni del piano sono decise, in via esclusiva, dagli amministratori, con decisione che deve risultare da verbale ricevuto da un notaio e deve essere depositata ed iscritta nel registro delle imprese (art. 40, comma 2, che richiama l'art. 120-*bis*).

Competenza territoriale

Il tribunale competente è quello nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali, ma se la domanda è proposta da un'im-

presa avente i requisiti soggettivi per l'amministrazione straordinaria la competenza è del tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese, avuto sempre riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali (art. 27). Ad ogni modo, il trasferimento del centro degli interessi principali non rileva ai fini della competenza quando è intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda (art. 28).

Documenti da allegare

Unitamente alla domanda, il debitore deve depositare in tribunale, oltre ovviamente agli accordi, al piano ed alla relazione di attestazione del professionista indipendente, anche: a) le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi dei tre esercizi o anni precedenti, ovvero dell'intero periodo di esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale se questa ha avuto una durata inferiore ai tre anni, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi; b) i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; c), una relazione, anche in formato digitale, sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; d) uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività dell'impresa; e) una idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e relativi ai premi delle assicurazioni obbligatorie; f) l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; g) l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in possesso dell'impresa e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto (art. 39). Fermo l'obbligo di deposito dei documenti sopra indicati, la cancelleria acquisisce comunque, mediante collegamento alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale di previdenza sociale e del Registro delle imprese i dati ed i documenti più significativi relativi al debitore (art. 42).

Contestualmente al deposito nella cancelleria del tribunale, il debitore deve pubblicare gli accordi, il piano e l'attestazione nel registro delle imprese (art. 40, comma 4) per consentire un'adeguata informazione dei terzi. Sempre con la stessa finalità, anche la domanda di omologazione, entro il giorno successivo al deposito, è comunicata al registro delle imprese dal cancelliere, che deve altresì trasmetterla, unitamente con gli allegati, al pubblico ministero (art. 40, comma 3).

Eventuali opposizioni

Entro trenta giorni (termine soggetto a sospensione feriale) dall'iscrizione della domanda di omologazione nel registro delle imprese, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione, con la quale sottopongono al tribunale le ragioni per cui la domanda di omologazione non deve essere a loro avviso accolta (art. 48, comma 4).

Nomina del commissario giudiziale

A seguito del deposito della domanda di omologazione, il tribunale può nominare un commissario giudiziale; la nomina del commissario giudiziale è disposta, in presenza di istanze per l'apertura della liquidazione giudiziale, quando risulti necessaria per la tutela degli interessi delle parti che hanno richiesto la liquidazione giudiziale (art. 40, comma 4). In ogni caso, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione

delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento sia comunicato, a cura del debitore, al commissario giudiziale, ai creditori e ai terzi che hanno proposto opposizione (art. 40, comma 4).

La decisione del tribunale

Svoltasi l'udienza e assunti gli eventuali mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, il tribunale decide sulla domanda di omologazione. Indipendentemente dalla proposizione o meno di opposizioni, il tribunale deve valutare la presenza di tutti gli elementi costitutivi (accordi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei creditori; piano; relazione di asseverazione dell'esperto indipendente), la regolarità formale dello svolgimento del giudizio di omologazione (es.: competenza territoriale, corretta approvazione del piano da parte degli organi sociali della società debitrice, deposito di tutta la documentazione prescritta, iscrizione nel registro delle imprese, e così via), la non manifesta inidoneità del piano a raggiungere gli obiettivi indicati, nonché l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge.

Non è, invece, consentito al tribunale di valutare la convenienza degli accordi, che è rimessa all'esclusivo giudizio dei singoli creditori che hanno deciso volontariamente di stipulare gli stessi. L'unica eccezione a questa regola si riscontra nel caso in cui sia stata stipulata una transazione avente ad oggetto il trattamento dei crediti tributari e contributivi, perché in questo caso il tribunale deve valutare anche la convenienza del trattamento proposto per detti crediti rispetto alla liquidazione giudiziale (art. 63, comma 1).

Come già detto in precedenza, il tribunale può omologare l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento delle predette amministrazioni è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 63, comma 2-*bis*). Anche in riferimento a tale ipotesi, evidentemente, il tribunale è chiamato a valutare la convenienza della proposta di accordo per l'amministrazione, che è considerata *ex lege* aderente pur in mancanza di una formale manifestazione di volontà favorevole.

All'esito delle verifiche, il tribunale provvede con sentenza sulla domanda di omologazione degli accordi. Se accerta la mancanza di una delle condizioni o dei requisiti, il tribunale non omologa, cioè rigetta il ricorso per l'omologazione; se, al contrario, tutte le verifiche hanno esito positivo, il tribunale omologa gli accordi.

Sentenza di omologazione o di rigetto dell'omologazione

La sentenza di omologazione deve essere notificata alle parti del procedimento e deve essere iscritta nel registro delle imprese. Nei confronti delle parti la sentenza produce effetti dalla data della pubblicazione mediante deposito nella cancelleria del giudice, senza che occorra attendere

il termine per proporre reclamo o l'esaurimento delle impugnazioni; nei confronti dei terzi produce effetti dalla iscrizione nel registro delle imprese (art. 48, comma 5).

La sentenza che rigetta l'omologazione può eventualmente contenere anche la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, se vi era stata richiesta da parte di uno dei soggetti legittimati e ne ricorrono i presupposti (art. 48, comma 6).

Impugnazioni

Contro la sentenza che decide sull'omologazione (sia nel caso di omologazione, sia nel caso di rigetto dell'omologazione) è ammesso reclamo innanzi alla corte di appello (art. 51). Il reclamo va proposto con ricorso da depositare nella cancelleria della corte di appello nel termine di trenta giorni, decorrente, per le parti, dalla data della notificazione telematica del provvedimento a cura dell'ufficio e, per gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese; in caso di mancata comunicazione, si applica il termine semestrale di cui all'art. 327 c.p.c.

Il reclamo non sospende l'efficacia della sentenza. Tuttavia, al fine di evitare che nelle more della decisione si producano effetti irreversibili, in caso di reclamo avverso l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti la corte di appello, su richiesta di parte, può, quando ricorrono gravi e fondati motivi, ordinare l'inibitoria, in tutto o in parte o anche solo temporanea, dell'attuazione del piano e dei pagamenti (art. 52, comma 1).

La corte di appello decide sul reclamo con sentenza, avverso la quale può essere proposto ricorso per cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione a cura della cancelleria.

Revoca della sentenza di omologazione

Nel caso di accoglimento del reclamo avverso la sentenza di omologazione, la corte di appello dispone la revoca dell'omologazione e, su domanda di uno dei soggetti legittimati, accertati i presupposti, dichiara aperta la liquidazione giudiziale, rimettendo gli atti al tribunale per l'adozione dei provvedimenti consequenziali (art. 53, comma 5). La sentenza della corte di appello di revoca è immediatamente efficace e l'eventuale ricorso per cassazione non ne sospende l'efficacia immediata, salva la possibilità che il tribunale, quando è stata aperta la liquidazione giudiziale, disponga, su istanza del debitore e ove ne ricorrano gravi e giustificati motivi, la sospensione dei termini per la proposizione delle impugnazioni dello stato passivo e l'attività di liquidazione fino al momento in cui la sentenza che pronuncia sulla revoca passi in giudicato (art. 53, comma 6).

In ogni caso, con la revoca dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dal debitore prima della revoca (art. 53, comma 5).

5. (*Segue*) Gli effetti

Il ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti produce effetti nei confronti dei creditori, del debitore e dei terzi. Alcuni di questi effetti si possono produrre in conseguenza del semplice deposito della domanda di omologazione, altri si producono solo con la sentenza di omologazione.

In sintesi, gli effetti del ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono: a) la possibilità di ottenere misure protettive, temporanee o cautelari; b) la moratoria legale di centoventi giorni per il pagamento dei creditori estranei; c) la temporanea sospensione degli obblighi in materia di riduzione del capitale sociale per perdite; d) l'esenzione da revocatoria e dai reati di bancarotta semplice e preferenziali per gli atti, i pagamenti, le garanzie e le operazioni compiute in esecuzione di un piano omologato; e) la possibilità del riconoscimento della prededuzione per i nuovi finanziamenti.

Misure protettive

Passiamo in rassegna in modo analitico i singoli effetti, partendo dall'esame delle misure protettive. Quando l'imprenditore utilizza lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti si trova necessariamente in uno stato di crisi o di insolvenza. Vi è, pertanto, il concreto rischio che uno o più creditori possano avviare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio dell'imprenditore, oppure anche azioni diverse a tutela dei propri crediti (es.: escussione di fideiussione), con la conseguenza della possibile disgregazione del complesso aziendale o, comunque, di una maggiore difficoltà della prosecuzione dell'attività d'impresa, e con pregiudizio, di riflesso, per tutti gli altri creditori. Inoltre, l'operatività aziendale potrebbe essere semplicemente compromessa dal rifiuto delle controparti contrattuali di proseguire l'adempimento di contratti in corso di esecuzione; situazione questa molto frequente, atteso il timore delle controparti di dover subire ulteriori inadempimenti dell'imprenditore in crisi o insolvenza.

Contenuto delle misure protettive

A fronte di queste esigenze, l'imprenditore può chiedere, con la domanda di omologazione, l'applicazione di misura protettive, il cui possibile contenuto è variegato.

In primo luogo, le misure protettive prevedono il temporaneo blocco delle azioni esecutive e cautelari individuali (art. 54, comma 2). Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di omologazione, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'impresa debitrice. La protezione comprende non solo i beni o i diritti di proprietà del debitore, ma anche i beni o di diritti di proprietà di terzi, ma con i quali l'imprenditore esercita l'attività d'im-

presa (es.: beni utilizzati in forza di contratti di *leasing* o locazione). Per effetto del divieto di azioni esecutive e cautelari, le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata (art. 54, comma 2).

In secondo luogo, le misure protettive impediscono che i creditori che siano anche controparti contrattuali interrompano i contratti in corso di esecuzione per effetto del deposito della domanda di omologazione o per effetto del pregresso inadempimento del debitore. In caso di domanda di concessione delle misure protettive, i creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito delle medesime domande; sono inefficaci eventuali patti contrari (art. 64, comma 3). Il vincolo per i creditori-controparti contrattuali diventa ancora più intenso nel caso in cui si tratti di contratti essenziali, intesi come contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore; in tal caso, ai creditori interessati dalle misure protettive non è consentito nemmeno muovere l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c., non potendo unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né potendo anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto di non essere stati pagati dal debitore (art. 64, comma 4).

A tutela dei creditori-controparti contrattuali, nonché della stessa credibilità del debitore sul mercato, è però previsto che, indipendentemente dalla concessione o meno di misure protettive, gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso e prima dell'eventuale omologazione del tribunale siano esenti da revocatoria (art. 166, comma 3, lett. e). In tal modo, si evita il paradosso di obbligare i creditori-controparti contrattuali a proseguire l'adempimento, assoggettandoli poi a revocatoria per i pagamenti ricevuti nel caso di insuccesso del tentativo di risanamento e, parimenti, si mitiga la situazione di allarme che induce spesso i terzi ad evitare di avviare nuovi rapporti contrattuali con l'imprenditore in crisi o insolvenza per il timore di una successiva revocatoria.

Le misure protettive operano automaticamente per effetto del deposito della domanda di omologazione, ma solo se il debitore ne abbia fatto apposita richiesta nella domanda, e sono altresì sottoposte ad una successiva verifica giudiziale.

Il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto reclamabile le misure protettive entro trenta giorni dal-

l'iscrizione nel registro delle imprese, stabilendone la durata, non superiore a quattro mesi, che in ogni caso cessa con la sentenza che omologa o rigetta l'omologazione (art. 55, comma 3).

Misure temporanee

Il debitore può, altresì, chiedere al tribunale, con istanza presentata successivamente al deposito della domanda di accesso, anche ulteriori misure temporanee, il cui concreto contenuto è rimesso alle circostanze del caso concreto, per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 54, comma 2).

Misure cautelari

Inoltre, nel corso del procedimento per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione della sentenza di omologazione (art. 54, comma 1). Queste misure cautelari possono essere richieste sia dal debitore, sia dai terzi, anche se è difficile immaginarne un loro concreto utilizzo nel corso del procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Le misure temporanee e le misure cautelari, a differenza che le misure protettive, non operano automaticamente per effetto della richiesta del debitore, ma devono essere concesse dal giudice, il quale, sentite le parti e compiuti gli eventuali atti di istruzione indispensabili, provvede sulla richiesta. Quando vi sono ragioni di urgenza e la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, il giudice provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, fissando poi l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, all'esito della quale conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati in precedenza. Le misure così adottate perdono efficacia al momento della pubblicazione della sentenza che decida sull'omologazione (art. 55, comma 2).

Proroga

In tutti e tre i casi (misure protettive, misure provvisorie, misure cautelari), il tribunale, su istanza del debitore o di un creditore e acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, può prorogare, in tutto o in parte, la durata delle misure concesse, nel rispetto comunque del termine massimo, anche non continuativo, di dodici mesi, se sono stati compiuti significativi progressi nelle trattative e se la proroga non arreca ingiusto pregiudizio ai diritti e agli interessi delle parti interessate (art. 55, comma 4).

Revoca

Su richiesta del debitore o del commissario giudiziale o, in caso di atti di frode, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, o quando accerta che non soddisfano più l'obiettivo di agevolare le trattative, il tribunale revoca o modifica le misure protettive, provvisorie o cautelari (art. 55, comma 5).

Effetti sulla domanda di apertura liquidazione giudiziale

Anche in mancanza delle misure protettive, la presentazione della domanda di omologazione consente di "bloccare" temporaneamente eventuali domande per l'apertura di liquidazione giudiziale presentate in danno del debitore da parte dei creditori o del pubblico ministero. Ciò in applicazione del principio della trattazione unitaria (art. 7), in forza del quale tutte le domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in un unico procedimento, dovendosi esaminare in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale. Il tribunale, infatti, procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale solo quando la domanda di omologazione non è accolta ed è accertato lo stato di insolvenza (artt. 7, comma 3; 48, comma 6). Pertanto, se un creditore o il pubblico ministero presentano domanda di apertura della liquidazione giudiziale a carico del debitore, questi può evitare che il tribunale si pronunci sull'apertura della liquidazione giudiziale presentando, a pena di decadenza entro la prima udienza, la domanda di omologazione, che dovrà essere esaminata in via prioritaria, salvo che la domanda medesima sia manifestamente inammissibile o il piano manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; se la domanda di omologazione è accolta, il tribunale non può dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale. Ovviamente, se successivamente all'omologa si manifesta nuovamente lo stato di insolvenza del debitore, potrà comunque essere dichiarata l'apertura della liquidazione giudiziale, su richiesta dei soggetti legittimati, e salva la possibilità per il debitore di presentare una nuova domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Protezione anticipata in pendenza delle trattative

Per consentire al debitore (ed agli stessi creditori) di poter beneficiare della protezione conseguente al deposito della domanda di omologazione anche quando non si sono ancora perfezionati gli accordi con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, le misure protettive del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari e del "blocco" della possibile sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, con i conseguenti effetti sui contratti in corso di esecuzione, possono essere richieste dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione. In tal caso, il debitore deve allegare, oltre, alla documentazione relativa alla situazione contabile, solo la proposta di accordo, corredata da un'attestazione del professionista indipendente che dichiari che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare (art. 54, comma 3). In tale ipotesi, però, sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito

dei lavoratori (art. 54, comma 7), i quali non possono essere privati dei loro diritti ad azionare in via esecutiva o cautelare i propri crediti solo sulla base di una proposta di accordo e di una ipotesi di successivo deposito della domanda di omologazione.

Pagamento crediti anteriori

Al possibile divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari non si accompagna il divieto di provvedere al pagamento dei creditori anteriori. Negli accordi, come detto, non opera il principio della *par condicio creditorum* o la regola dell'ordine delle cause di prelazione, perché i creditori aderenti negoziano in forma individuale modalità e tempistica del soddisfacimento del proprio credito, mentre i creditori estranei hanno sempre il diritto di ricevere il pagamento integrale. Non vi è ragione, quindi, per impedire al debitore, durante la fase che conduce all'omologazione, di procedere al pagamento spontaneo di uno o più creditori anteriori, quando lo ritenga necessario o utile (si pensi al pagamento delle utenze o dei fornitori strategici per la continuazione aziendale). In altri termini, i creditori non possono agire in via esecutiva o cautelare in danno del debitore (in presenza delle misure protettive), ma questi è libero di poter pagare gli stessi o parte di essi anche prima dell'omologazione.

Effetti per il debitore

Per quanto riguarda il debitore, il deposito della domanda di omologazione non determina alcuno spossessamento e alcuna limitazione dei suoi poteri. Il debitore conserva la piena disponibilità e amministrazione dei propri beni, potendo compiere, senza necessità di alcuna autorizzazione, tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Sospensione regole in tema di capitale sociale minimo

Quando il debitore è una società di capitali, il deposito della domanda di omologazione consente di derogare alle norme societarie sul capitale sociale minimo, per evitare che l'applicazione della regola "ricapitalizza o liquida" possa impedire la prosecuzione dell'attività d'impresa in attesa dell'omologazione. Pertanto, dal momento del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero della richiesta di misure protettive anticipate relative ad una proposta di accordo, non si applicano le norme in tema di riduzione o perdita del capitale sociale e non opera la corrispondente causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (art. 64, comma 1). La sospensione degli obblighi in tema di riduzione del capitale sociale per perdite opera a partire dal deposito della domanda di omologazione e dura fino all'omologazione, quando, per effetto dei probabili stralci della debitoria determinati dagli accordi e dalle eventuali altre misure di rafforzamento patrimoniale, è presumibile che la perdita venga "riassorbita" e che il capitale sociale torni al di sopra del minimo legale.

La sentenza di omologazione consente, come detto, al debitore, ai creditori ed ai terzi di beneficiare dell'effetto protettivo dell'esenzione dalla revocatoria e dai reati fallimentari per gli atti compiuti in esecuzione del

piano. Questo è, certamente, l'effetto più importante del ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il maggiore incentivo che spinge il debitore ed i terzi a farne uso.

Esenzione da revocatoria e da bancarotta

Più in particolare, sono esenti da revocatoria (sia quella esercitata dal curatore nella liquidazione giudiziale, sia quella ordinaria) gli atti, i pagamenti e le garanzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione omologato e in esso indicati (art. 166, comma 3, lett. e) e sono esenti dai reati di bancarotta semplice e preferenziale i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione del piano (art. 324).

L'esenzione dalla revocatoria e dai reati di bancarotta opera per gli atti, pagamenti, garanzie e operazioni compiuti in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione omologato. Anche se la lettera della legge parla impropriamente di atti in "esecuzione dell'accordo", il riferimento è chiaramente al piano, che è il documento programmatico contenente l'indicazione delle attività che saranno compiute dal debitore per conseguire il risanamento. Per quanto riguarda il grado di analiticità richiesto al piano affinché il singolo atto possa essere qualificato come "posto in esecuzione", vale quanto sopra esposto a proposito dei piani attestati di risanamento, e, quindi, è da ritenere sufficiente un collegamento funzionale tra il piano e l'atto o il pagamento.

Effetti per i fideiussori

Con l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, acquistano efficacia le previsioni contrattuali contenute negli accordi stessi. Nel caso in cui gli accordi prevedano forme di rimessione, totale o parziale, del debito, la remissione accordata al debitore principale libera i fideiussori, salva diversa previsione contenuta negli accordi stessi (art. 59, comma 1). Se, quindi, vi erano fideiussioni a garanzia del credito ed il creditore rinuncia in tutto o in parte al credito, di questa rinuncia beneficiano anche i fideiussori, a meno che il creditore non escluda espressamente nell'accordo questo effetto remissorio.

Effetti per i soci illimitatamente responsabili

Allo stesso modo, gli accordi di ristrutturazione della società hanno efficacia, salvo patto contrario, nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, i quali, se hanno prestato garanzia, continuano a rispondere per tale diverso titolo, salvo che non sia diversamente previsto (art. 59, comma 3).

Finanziamenti prededucibili

Altro importante effetto del deposito della domanda e della omologazione è la possibile prededuzione dei finanziamenti effettuati in favore del debitore. Al fine di incentivare la concessione di finanziamenti all'imprenditore che fa ricorso agli accordi di ristrutturazione dei debiti è riconosciuta la prededuzione ai crediti derivanti dagli stessi, ma ciò solo subordinatamente ad un severo vaglio giudiziale, ad evitare che il riconoscimento di questo rango prededucibile ai crediti derivanti dai nuovi finanziamenti possa pregiudicare gli altri creditori.

I finanziamenti prededucibili si distinguono in tre categorie: i finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione (art. 99); i finanziamenti in esecuzione di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 101) ed i finanziamenti soci (art. 102). Sul punto, per evitare inutili duplicazioni, si rinvia alla trattazione che sarà compiuta in sede di concordato preventivo, essendo la disciplina sul punto sostanzialmente identica per i due strumenti (vedi cap. VI, sez. 3, par. 3).

6. (*Segue*) Rinegoziazione degli accordi o modifiche del piano

Modifiche del piano

Gli accordi, il piano e l'attestazione sono stipulati e redatti sulla base di un determinata situazione di fatto, che evidentemente può evolvere nel corso del tempo, per il verificarsi sia di vicende endogene all'impresa (es.: viene disposto un sequestro preventivo penale su un ramo di azienda per problematiche ambientali), sia di vicende esogene (es.: improvviso e rilevante incremento del prezzo della materia prima utilizzata nella produzione di un bene). A tali vicende possono corrispondere modifiche nella programmata esecuzione del piano e si può trattare di modifiche irrilevanti o di modifiche sostanziali del piano: le prime sono quelle che non incidono sulla attitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, anche con riferimento all'idoneità ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei nei termini di legge; le seconde sono quelle che incidono sulla idoneità del piano a realizzare i risultati previsti, facendo venire meno o mettendo in dubbio la probabilità di corretto adempimento degli accordi e degli obblighi di pagamento nei confronti dei creditori esterni. Evidentemente, la valutazione sulla natura sostanziale o meno delle modifiche va compiuta in concreto, anche sulla base del contenuto del piano, che in ipotesi potrebbe già prevedere soluzioni alternative per far fronte a situazioni sopravvenute.

Le uniche modifiche che rilevano sono quelle sostanziali e gli effetti sono diversi a seconda che intervengano prima o dopo l'omologazione.

Modifiche prima dell'omologazione

Se le modifiche sostanziali intervengono prima dell'omologazione, il debitore deve procedere, già prima della sentenza del tribunale, ad una rinnovazione del piano e, di conseguenza, anche dell'attestazione. Il debitore deve inoltre chiedere ai creditori aderenti il rinnovo delle manifestazioni di consenso (art. 58, comma 1), perché questi devono essere consapevoli delle modifiche intervenute e confermare la loro volontà di impegnarsi secondo le previsioni degli accordi già stipulati.

Modifiche dopo l'omologazione

Se, dopo l'omologazione, si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore apporta allo stesso le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista il rinnovo dell'attestazione; il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel

registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata (art. 58, comma 2). La notifica individuale va effettuata ai soli creditori aderenti ed estranei che erano tali al momento dell'omologazione e che, ovviamente, non siano stati ancora integralmente pagati.

Opposizione

Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa l'opposizione avanti al tribunale da parte dei creditori nei cui confronti va effettuata la notifica individuale. A seguito dell'eventuale proposizione dell'opposizione, il tribunale è chiamato ad una nuova verifica delle condizioni di omologazione. Non è chiaro, però, quale sia il provvedimento da assumere nel caso in cui il tribunale decida di accogliere l'opposizione, perché l'omologazione vi è già stata e la revoca dell'omologazione può essere pronunciata solo dalla corte di appello all'esito di eventuale reclamo. La soluzione più ragionevole è quella di ritenere che l'accoglimento dell'opposizione determini l'inefficacia dell'accordo stipulato, ma limitatamente ai soli creditori opponenti. Resta ferma, comunque, la facoltà per i creditori, sia anteriori che posteriori, di presentare domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale a carico del debitore laddove ritengano che, in ragione delle circostanze sopravvenute, il debitore stesso versi in stato di insolvenza.

Può anche accadere che, per sottrarsi alla necessità di una nuova attestazione e di un possibile controllo giudiziale a seguito di opposizione, il debitore non apporti le modifiche al piano e non richieda al professionista il rinnovo dell'attestazione anche in presenza di uno scostamento significativo tra la situazione in atto e le previsioni del piano. In tal caso, evidentemente, gli atti, i pagamenti, le garanzie e le operazioni poste in essere successivamente al momento in cui si erano rese necessarie le modifiche sostanziali al piano non beneficiano dell'esenzione da revocatoria e da reati di bancarotta, in quanto l'esenzione presuppone che, al momento del compimento, la situazione in atto sia conforme alle previsioni ed agli obiettivi di piano.

7. Gli accordi di ristrutturazione agevolati

Nozione

Gli accordi di ristrutturazione agevolati sono una variante semplificata degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nella quale è ridotta la percentuale minima necessaria di crediti oggetto di accordo e il debitore rinuncia ad alcuni dei vantaggi associati all'istituto.

Non sempre è agevole, infatti, per il debitore raggiungere accordi con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, soprattutto quando una porzione importante della debitoria è nei confronti di creditori rispetto ai quali il debitore non intende chiedere alcuno stralcio o moratoria (si pensi ad un debito nei confronti della banca per un mutuo ipotecario, con rimborso trentennale in rate semestrali in regolare ammortamento). Allo stesso modo, non sempre il debitore ha necessità di ottenere la moratoria di centoventi giorni nei confronti dei creditori estranei o le misure protettive rispetto alle azioni esecutive, perché può avere le disponibilità per pagare non solo in modo integrale, ma anche regolare tutti i creditori estranei.

Verrebbe da chiedersi perché, in questi casi, il debitore voglia far uso degli accordi di ristrutturazione dei debiti e non del più semplice e flessibile strumento dei piani attestati di risanamento. La ragione risiede nella esigenza di sottoporre l'operazione di ristrutturazione al controllo giudiziale preventivo, assente nei piani attestati e presente negli accordi di ristrutturazione: se è vero che solitamente il debitore preferisce evitare il controllo dell'autorità giudiziaria, è anche vero che in alcuni casi il debitore e, soprattutto, i creditori ed i terzi lo preferiscono, perché riduce il rischio che in futuro possa essere messa in dubbio l'esenzione dalla revocatoria o dai reati fallimentari per gli atti in esecuzione. Quando vi è l'omologazione da parte del tribunale, i margini per individuare condotte abusive si riducono, come visto, e le parti hanno maggiore "serenità" rispetto alla stabilità degli atti in esecuzione del piano omologato.

Per contemperare le diverse esigenze, il legislatore mette a disposizione gli accordi di ristrutturazione agevolati (art. 60).

Differenze disciplinari

Le differenze rispetto alla disciplina ordinaria degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono tre. In primo luogo, è sufficiente che gli accordi siano raggiunti con i creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti, ossia la metà della percentuale originariamente prescritta. In secondo luogo, il debitore non può beneficiare della moratoria legale per i creditori estranei agli accordi, i quali devono essere pagati integralmente e regolarmente alle scadenze legali o contrattuali. In terzo luogo, il debitore non deve richiedere le misure protettive temporanee rispetto alle azioni esecutive e cautelari dei creditori anteriori.

Per tutto il resto, trova integrale applicazione la disciplina ordinaria prevista per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in termini di presupposti, elementi costitutivi, procedimento ed effetti.

8. Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa

Si è visto in più occasioni che gli accordi di ristrutturazione dei debiti non producono effetti nei confronti dei creditori non aderenti, ai quali non si estendono le previsioni contenute negli accordi stipulati con i creditori aderenti.

Nozione

Questa regola trova una deroga significativa negli accordi di ristruttu-

razione ad efficacia estesa (art. 61), nei quali è consentito, a determinate condizioni, estendere gli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria dei creditori aderenti. In questo modo, si deroga, per espressa previsione di legge, alla regola per cui il contratto non produce effetto rispetto ai terzi (art. 1372 c.c.) ed alla regola sul contratto in favore di terzi (art. 1411 c.c.), in quanto le pattuizioni raggiunte tra il debitore ed alcuni creditori diventano vincolanti anche per i creditori estranei che non hanno stipulato il contratto.

Natura giuridica

Si tratta di un istituto che si colloca a metà strada tra, da un lato, il tradizionale accordo di ristrutturazione dei debiti (essendo sempre basato sull'accordo con alcuni creditori e sul successivo procedimento di omologazione) e, dall'altro lato, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione ed il concordato preventivo (sostituendosi, sia pure in stretti limiti, al principio consensuale dell'autonomia privata il principio maggioritario, in forza del quale la decisione della maggioranza qualificata produce effetti anche nei confronti della minoranza). La struttura dell'istituto ed il procedimento rimangono in gran parte quelli degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma gli effetti per i creditori non aderenti sono in parte simili a quelli del concordato preventivo e, soprattutto, a quelli del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

Finalità

La *ratio* dell'istituto è chiaramente quella di agevolare per quanto possibile il raggiungimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che sono considerati dal legislatore un valido strumento per il superamento dello stato di crisi o di insolvenza. Talvolta il raggiungimento dell'accordo nelle percentuali previste è, però, reso impossibile o più difficile dall'atteggiamento opportunistico di alcuni creditori, che si giovano dei "sacrifici" che gli altri creditori accettano di sopportare (in termini di stralcio, riscadenziamenti, ecc.) e, in qualità di creditori "estranei", mantengono il diritto al pagamento integrale. Quando più creditori presentano condizioni di omogeneità di posizione giuridica e interessi economici, questo atteggiamento risulta iniquo nei confronti di coloro che accettano gli accordi e potenzialmente pregiudizievole per tutta la massa dei creditori, potendo compromettere il tentativo di risanamento. L'istituto degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa consente di superare i riflessi negativi di questo atteggiamento, vincolando anche i non aderenti alle pattuizioni raggiunte dagli altri creditori. Sotto altro aspetto, lo strumento determina anche un incentivo ai creditori a partecipare attivamente alle negoziazioni con il debitore, al fine di poter incidere sulla definizione degli assetti della ristrutturazione, anziché subirli passivamente.

Proprio perché lo strumento determina una deroga al principio dell'autonomia privata, sono richieste stringenti e rigorose condizioni per consentire l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti.

Categoria di creditori

In primo luogo, gli effetti di un accordo stipulato da uno o più creditori possono essere estesi solo ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria di quelli aderenti, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici (art. 61, comma 1). La nozione di posizione giuridica attiene al rango dei crediti (prededucibili, privilegiati generali o speciali, chirografari, postergati), mentre quella riferita agli interessi economici attiene a parametri fattuali e non giuridici, riferibili alla fonte del credito, all'ammontare, alla natura del creditore e così via. I due requisiti devono sussistere congiuntamente perché possa configurarsi una categoria e, di conseguenza, possano estendersi gli effetti; in mancanza della doppia omogeneità, l'estensione degli effetti non è possibile. Così, ad esempio, l'accordo raggiunto da alcune banche titolari di crediti chirografari può essere esteso ad un'altra banca titolare anch'essa di crediti chirografari, ma non può essere esteso ad una banca titolare di un credito pignoratizio (perché manca l'omogeneità di posizione giuridica) o ad un fornitore anche se titolare di un credito chirografario (perché manca l'omogeneità di interesse economico).

Informazione

In secondo luogo, è necessario che tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti (art. 61, comma 2, lett. a). In questo modo ci si assicura che la mancata adesione all'accordo sia stato il frutto di una scelta del creditore e non l'effetto di una deliberata volontà del debitore e degli altri creditori di escluderlo dalle trattative e di impedirgli così di partecipare alla negoziazione.

Divieto di nuove prestazioni

In terzo luogo, l'estensione degli effetti assoggetta i creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria alle stesse previsioni negoziali dell'accordo stipulato con i creditori aderenti, ma in nessun caso consente di imporre l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti (art. 61, comma 4). Ciò significa che ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria si applicano le pattuizioni dell'accordo che disciplinano le modalità di soddisfazione del credito (es.: stralcio, riscadenziamento, ecc.), senza però che nuovi e ulteriori impegni eventualmente assunti dai creditori aderenti possano essere estesi ai creditori non aderenti, la cui esposizione ed il cui grado di rischio nei confronti del debitore non possono essere coattivamente incrementati. Fermo questo limite agli effetti della estenzione, per espressa previsione legislativa non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria (*leasing*) già stipulati.

Prosecuzione dell'attività d'impresa

L'estensione degli effetti è consentita solo quando l'accordo (o, meglio, il piano) abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta (art. 61, comma 2, lett. b). La deroga all'autonomia privata è giustificata quando funzionale, oltre che all'interesse di tutti i creditori, anche alla prosecuzione dell'attività d'impresa, mentre non si giustifica in presenza di piani meramente liquidatori. Vi è, però, un'eccezione a questa limitazione. Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, gli effetti dell'accordo possono essere estesi a tali tipologie di creditori finanziari appartenenti a una o più categorie, sempre formate secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, anche se il piano ha carattere meramente liquidatorio (art. 61, comma 5). In tal modo, si incentivano i creditori finanziari a partecipare attivamente ed in buona fede alle negoziazioni, agevolando la possibilità di un'estensione coattiva dell'accordo raggiunto con gli altri creditori finanziari.

Percentuale degli aderenti della categoria

Una condizione ulteriore per l'estensione degli effetti è di tipo quantitativo. I crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria devono rappresentare almeno il 75% di tutti i crediti appartenenti alla stessa (art. 61, comma 2, lett. c). Solo quando questa significativa percentuale è raggiunta si può presumere, infatti, che il rifiuto dei creditori estranei possa essere stato meramente strumentale e che, pertanto, sia giustificata l'estensione nei loro confronti delle decisioni altrui. Resta fermo che, ai fini dell'estensione degli effetti e del calcolo delle percentuali, un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria. Se, come succede sovente, una banca è titolare sia di crediti ipotecari, sia di crediti chirografari, potrà essere inclusa in due distinte categorie per le due differenti porzioni di credito.

Assenza di pregiudizio per i non aderenti

L'ultima condizione è quella più importante. È possibile l'applicazione di queste regole solo quando i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengano estesi gli effetti dell'accordo, possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (art. 61, comma 2, lett. d). L'estensione degli effetti non è, quindi, una "punizione" a carico del creditore dissenziente, perché è consentita solo se si prova che il trattamento offerto sia comunque per il creditore dissenziente più conveniente rispetto all'ipotesi dell'apertura della liquidazione giudiziale, che è lo scenario più probabile nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo. I creditori non aderenti non possono pregiudicare la soddisfazione complessiva dei creditori attraverso il loro rifiuto di contrarre, ma mantengono intatto il diritto a ricevere un trattamento non inferiore a quello minimo che avrebbero conseguito nel caso di liquidazione giudiziale.

Tale ultima condizione conferma che l'estensione degli effetti, con la sua carica derogatoria del principio dell'autonomia negoziale, trova una giustificazione solo in relazione all'esigenza di contrastare comportamenti opportunistici o irrazionali della minoranza dei creditori rispetto ad una larga maggioranza degli stessi che si fa carico di accettare stralci o moratorie nell'ottica di conseguire un soddisfacimento migliore dall'esecuzione del piano rispetto a quello prevedibile nella liquidazione giudiziale.

Cautele procedimentali

Accanto a queste condizioni di tipo sostanziale, vi sono poi delle cautele di tipo procedimentale, funzionali a consentire ai creditori non aderenti una piena informazione e la possibilità effettiva di tutelare in via giudiziale i propri diritti.

Il debitore deve notificare l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo (art. 61, comma 2, lett. e). Non è, quindi, sufficiente la mera iscrizione nel registro delle imprese, ma è richiesta la notifica, per garantire ai creditori non aderenti della categoria una concreta conoscenza del contenuto dell'accordo e della richiesta di estensione degli effetti.

Opposizione

I creditori della medesima categoria non aderenti ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possono proporre opposizione all'omologazione al pari di ogni altro creditore o interessato. Per essi, tuttavia, il termine di trenta giorni per proporre opposizione decorre dalla data della notificazione dell'accordo e della domanda di omologazione, non dalla iscrizione nel registro delle imprese.

Il tribunale chiamato a decidere sull'omologazione degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa dovrà aggiungere alle consuete valutazioni già richieste per gli accordi di ristrutturazione "ordinari" anche la verifica della ricorrenza di tutte le condizioni sostanziali ed il rispetto dei vincoli procedurali specifici richiesti per questo strumento, con una particolare attenzione alla effettiva omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici dei creditori inclusi nella stessa categoria e, soprattutto, all'assenza di pregiudizio a carico dei creditori non aderenti nei confronti dei quali si chiede l'estensione degli effetti.

Per tutto quanto non diversamente e specificamente disciplinato, trova integrale applicazione la disciplina ordinaria prevista per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

9. La convenzione di moratoria

Nozione

La convenzione di moratoria è un istituto che ha molti punti di contatto con quello degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, rispetto al quale, però, si differenzia per un profilo essenziale, ossia che l'estensione degli effetti della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti è limitata alle sole pattuizioni riguardanti la dilazione delle scadenze

dei crediti, la rinuncia agli atti, la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito.

Funzione

La convenzione di moratoria ha la funzione di disciplinare in via temporanea e provvisoria gli effetti della crisi (art. 62) ed il suo oggetto consiste nella regolamentazione negoziale tra il debitore ed i creditori aderenti delle conseguenze dell'inadempimento, già verificatosi o di probabile verificazione, degli obblighi di pagamento. Lo strumento può, quindi, essere utilizzato sia per consentire all'imprenditore di migliorare il proprio profilo finanziario e superare una crisi di liquidità provvisoria (attraverso la dilazione delle scadenze dei crediti), sia per poter disporre di un periodo temporale maggiore per concludere le trattative con i creditori funzionali ad piano attestato di risanamento o ad un accordo di ristrutturazione o, comunque, per completare le attività strumentali all'accesso ad una procedura di regolazione della crisi (attraverso l'impegno dei creditori a non avviare o proseguire le azioni esecutive e conservative). Le caratteristiche fondamentali della convenzione di moratoria sono la provvisorietà e temporaneità degli accordi e degli effetti.

Anche per questo strumento, però, è necessario gestire il rischio di condotte opportunistiche da parte di una minoranza (quantitativa) di creditori, che possono avere la tentazione di avviare azioni al fine di ottenere vantaggi nelle negoziazioni in corso. Da ciò l'esigenza di estendere gli effetti della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria di quelli aderenti.

I presupposti, le condizioni ed il procedimento della convenzione di moratoria sono molto simili a quelli degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, ma con alcune significative differenze.

Presupposto soggettivo e oggettivo

Il presupposto soggettivo è costituito, come per tutti gli accordi di ristrutturazione, dalla qualità di imprenditore, anche non commerciale, con esclusione degli imprenditori minori (vedi cap. IX, sez. 1, par. 2), mentre il presupposto oggettivo è costituito dallo stato di crisi o di insolvenza (vedi cap. VI, sez. 2, par. 1 e cap. IX, sez. 1, par. 3).

Contenuto

Il contenuto della convenzione di moratoria è rimesso all'autonomia privata delle parti, ma sempre entro il limite inderogabile del carattere provvisorio e temporaneo della stessa. Oggetto della convenzione può essere la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e ogni altra misura dalle finalità analoghe (es.: rimodulazione dei piani di ammortamento; impegno dei creditori a non avvalersi temporaneamente di rimedi contrattuali conseguenti ad inadempimenti). Dato il carattere provvisorio e temporaneo della convenzione di moratoria, anche la durata massima di queste dilazioni, rinunce o altre misure deve essere temporalmente limitata ed è ragionevole ritenere che la stessa non possa superare il periodo di dodici mesi, che è la durata massima complessiva per le misure protettive di natura giudiziale (art. 8).

Ad ogni modo, non sono consentite pattuizioni che comportino la rinuncia al credito: la convenzione di moratoria non può, quindi, determinare una modifica quantitativa (ammontare) o qualitativa (modalità di soddisfazione) dei crediti. Inoltre, in nessun caso, per effetto della convenzione, ai creditori della medesima categoria non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti; non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati (art. 62, comma 3).

Condizioni

Gli effetti della convenzione di moratoria stipulata tra il debitore e alcuni creditori si estendono, come detto, anche ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, purché siano rispettate alcune condizioni.

La prima condizione per l'estensione degli effetti della convenzione di moratoria è costituita dall'appartenenza dei creditori non aderenti rispetto ai quali si chiede l'estensione alla medesima categoria di quelli aderenti, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.

La seconda condizione è che tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi nelle condizioni di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti (art. 62, comma 2, lett. a).

La terza condizione è che i crediti di cui siano titolari i creditori aderenti rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria (art. 62, comma 2, lett. b).

La quarta e fondamentale condizione è che vi siano concrete prospettive che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, possano risultare soddisfatti all'esito della stessa in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (art. 62, comma 2, lett. c). Questo è il requisito fondamentale della assenza di pregiudizio per i creditori non aderenti.

Un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi e la ricorrenza del requisito dell'assenza di pregiudizio per i creditori non aderenti cui vengano estesi gli effetti della convenzione.

La convenzione di moratoria va comunicata, insieme alla relazione del professionista indipendente, ai creditori non aderenti mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il rispettivo domicilio

digitale (art. 62, comma 4). La comunicazione va effettuata non genericamente a tutti i creditori non aderenti, ma solo a quelli nei cui confronti si chiede di estendere gli effetti della convenzione di moratoria.

Opposizione

Entro trenta giorni dalla comunicazione il creditore non aderente destinatario coattivo degli effetti della moratoria può proporre opposizione innanzi al tribunale territorialmente competente (art. 62, comma 5). L'oggetto dell'opposizione consiste nella contestazione dell'esistenza delle condizioni per l'estensione degli effetti nei confronti del creditore non aderente o di eventuali carenze procedimentali. Se il creditore non aderente non propone opposizione, gli effetti della convenzione di moratoria gli sono automaticamente estesi, senza necessità di alcun vaglio o provvedimento giudiziale.

Nel caso in cui vengano proposte opposizioni, il tribunale decide con sentenza, reclamabile innanzi alla corte di appello (art. 62, commi 5 e 6). Se il tribunale accoglie l'opposizione, dispone l'inefficacia della convenzione di moratoria nei confronti del creditore opponente; se al contrario, rigetta l'opposizione, il tribunale conferma l'estensione degli effetti della convenzione anche ai creditori non aderenti della medesima categoria.

10. Transazione su crediti tributari e contributivi

Tutela del creditore pubblico

Lo svolgimento delle trattative e l'eventuale raggiungimento dell'accordo di ristrutturazione sono soggetti a regole procedimentali specifiche quando hanno ad oggetto il trattamento dei crediti fiscali e contributivi. Si tratta di regole che sono dirette a tutelare il corretto formarsi della volontà del creditore "pubblico" attraverso una serie di cautele ulteriori rispetto a quelle ordinarie. L'insieme di queste regole particolari costituisce la disciplina della transazione su crediti tributari e contributivi (art. 63).

Proposta

Nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione (nelle sue diverse varianti: ordinari, agevolati e ad efficacia estesa) il debitore può proporre una transazione avente ad oggetto il trattamento dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e dei relativi accessori. La proposta può prevedere, a seconda delle circostanze del caso concreto, il pagamento parziale o anche dilazionato dei detti crediti. In tali casi, l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e tale circostanza, come visto, costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale.

Procedimento

La proposta di transazione, unitamente alla stessa documentazione prescritta per gli accordi di ristrutturazione, è depositata presso il competente agente della riscossione e presso gli altri uffici competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore. Alla proposta di transazione va, altresì, allegata la dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante, che la documentazione presentata rappresenta fedelmente e integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio.

L'eventuale adesione alla proposta è espressa, su parere conforme della competente direzione regionale, con la sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio. Per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli l'adesione alla proposta è espressa dalla competente direzione interregionale, regionale e interprovinciale con la sottoscrizione dell'atto negoziale.

Per evitare rallentamenti nello svolgimento delle trattative, il creditore pubblico è incentivato ad esprimere la propria eventuale adesione nel termine di novanta giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale. Decorso questo termine, come già visto (parr. 3 e 4 in questo capitolo), si apre la possibilità per il tribunale di omologare comunque gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione, quando l'adesione è decisiva fini del raggiungimento delle maggioranze e quando la proposta sia ritenuta conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 63, comma 2-*bis*).

Fase esecutiva

La tutela rafforzata dei crediti fiscali e contributivi si estende anche alla fase esecutiva. Per espressa previsione legislativa, la transazione sui crediti fiscali e contributivi conclusa nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è risolta di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie (art. 63, comma 3).

Capitolo VI
IL CONCORDATO PREVENTIVO

Sezione 1
Natura, finalità e tipologie del concordato preventivo

1. La natura

Nozione

Il concordato preventivo è una procedura concorsuale a carattere volontario, nella quale il debitore formula una proposta ai creditori, con cui propone la soddisfazione dei crediti con le forme, le modalità e le tempistiche indicate nella stessa. La proposta è prima soggetta ad un controllo preventivo del tribunale (ammissione), poi viene sottoposta alla votazione dei creditori e, in caso di approvazione, viene infine rimessa ad un ulteriore e successivo controllo da parte del tribunale (omologazione). Con l'omologazione, la proposta diventa vincolante per tutti i creditori, che dovranno essere soddisfatti nei limiti ed in conformità di quanto offerto, ed il debitore si libera di ogni debito pregresso mediante l'adempimento degli obblighi concordatari.

Natura

La procedura di concordato si compone di un elemento negoziale e di uno giudiziale. Vi è un accordo tra il debitore ed i creditori, che si forma attraverso l'incontro di proposta (formulata dal debitore) e accettazione (espressa dai creditori mediante la votazione), e questo rappresenta il momento negoziale. Vi è una fase di controllo da parte del tribunale e degli altri organi da questo nominati, volta a verificare il rispetto dei vincoli di legge e, solo entro ristretti limiti, l'assenza di pregiudizio per i creditori, e questo rappresenta il momento giudiziale. Ciascuna delle due componenti è essenziale, perché il concordato non può avviarsi senza la proposta del debitore, non può proseguire senza l'approvazione da parte dei creditori, non può produrre effetti senza l'omologazione da parte del tribunale. Si è in presenza, quindi, di una procedura avente natura "mista", che non può essere considerata né un semplice contratto tra debitore e creditori, né un processo nel quale tutto decide il tribunale, ma un proce-

dimento complesso nel quale è necessario l'intervento attivo di tutti i soggetti coinvolti (debitore, creditori, tribunale e altri organi della procedura) per addivenire al risultato finale del soddisfacimento dei creditori e del superamento dello stato di crisi o insolvenza del debitore.

2. La finalità

La corretta comprensione della procedura richiede di individuare, oltre alla natura giuridica, anche la finalità o funzione del concordato preventivo, intesa come identificazione degli interessi alla cui realizzazione e tutela la procedura è diretta e preordinata.

Interesse dei creditori

L'interesse primario perseguito dal concordato preventivo è quello dei creditori. In questo senso, e con le precisazioni di seguito poste, può argomentarsi da una serie di indici normativi e sistematici.

Tra i princìpi generali espressi di tutte le procedure, e quindi del concordato preventivo tra queste, vi è il dovere del debitore di "gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori" (art. 4, comma 2, lett. c). La norma è significativa, sia perché introduce espressamente un rapporto di strumentalità della gestione del patrimonio e dell'impresa rispetto all'interesse dei creditori e sia perché lo qualifica come "prioritario".

La nozione di "interesse dei creditori" è, però, indeterminata, potendo essere intesa come "massima soddisfazione dei creditori", come "migliore soddisfazione dei creditori" o come "assenza di pregiudizio per i creditori". Nel primo caso (massima soddisfazione dei creditori), la soddisfazione dei creditori deve essere la massima astrattamente possibile; nel secondo caso (migliore soddisfazione dei creditori), la soddisfazione dei creditori deve essere migliore rispetto ad una specifica alternativa, rappresentata dalla liquidazione giudiziale, ma non necessariamente la migliore rispetto ad ogni altra possibile alternativa; nel terzo caso (assenza di pregiudizio), la soddisfazione dei creditori deve essere non inferiore rispetto a quello che riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale.

Assenza di pregiudizio per i creditori

Tra le tre possibili alternative, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha accolto quella della "assenza di pregiudizio": il concordato preventivo deve assicurare il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale (vedi artt. 84, comma 1; 87, comma 3; 112, commi 3 e 4). La finalità del concordato è il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, mentre la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio sono il mezzo attraverso il quale perseguire questo scopo. Ovviamente, l'assenza di pregiudizio dei creditori è l'obiettivo minimo del concordato preventivo, che

non può essere mai mancato, ma questo non significa che, di norma, il concordato preventivo non possa rappresentare lo strumento per offrire ai creditori un soddisfacimento migliore, ed anche di molto, rispetto all'alternativa liquidatoria.

Altri interessi rilevanti

La centralità dell'interesse dei creditori non esclude la rilevanza nella procedura di altri interessi meritevoli di tutela. Sono certamente rilevanti, in particolare, l'interesse alla conservazione dei valori aziendali ed alla prosecuzione dell'attività d'impresa, l'interesse al mantenimento dei rapporti di lavoro, l'interesse dello stesso debitore e, in caso di forma societaria, dei soci. In caso di contrasto tra i diversi interessi, però, l'interesse prevalente da perseguire, nel senso descritto di assenza di pregiudizio, è quello dei creditori rispetto al quale gli altri devono arretrare.

Questo criterio vale anche nel rapporto tra interesse dei creditori ed interesse alla prosecuzione dell'attività d'impresa, che viene incoraggiata e favorita dal legislatore, ma sempre nei limiti in cui non pregiudichi l'interesse dei creditori ad un soddisfacimento non inferiore all'alternativa della liquidazione giudiziale. Il concordato preventivo, a differenza delle procedure concorsuali di natura amministrativa, non è lo strumento per garantire la prosecuzione dell'attività anche in danno dei creditori.

La stessa previsione della necessaria approvazione della proposta da parte dei creditori costituisce definitivo supporto a quanto detto. Se sono soltanto i creditori a poter decidere sulla sorte della proposta di concordato, dovendo essi decidere se accettare o meno la proposta, è inevitabile ritenere che il loro interesse sia quello prevalente, perché i creditori non accetterebbero certo una proposta che determinasse un pregiudizio a loro carico rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale o, comunque, non consentirebbero l'omologazione della stessa.

3. Le tipologie di concordato

Il concordato preventivo può presentarsi secondo due diverse tipologie: il concordato in continuità aziendale ed il concordato liquidatorio (art. 84).

Concordato in continuità aziendale

Nel concordato in continuità aziendale, è prevista la prosecuzione o la ripresa dell'attività aziendale, che può essere diretta o indiretta. La continuità è diretta quando avviene in capo al debitore, mentre è indiretta quando avviene in capo ad un soggetto diverso, che gestisce l'azienda o riprende l'attività in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo. In ambedue i casi, la continuità aziendale deve tutelare l'interesse dei creditori e preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro (art. 84, comma 2).

Continuità diretta e indiretta

L'elemento comune alla continuità diretta o indiretta è la prosecuzione o la ripresa dell'attività; l'elemento differenziale è che nella continuità diretta il debitore gestisce in proprio l'azienda, mentre nella continuità diretta vi è una separazione tra il debitore e l'azienda, che viene gestita da un diverso soggetto. La differenza tra continuità diretta o indiretta si coglie anche con riferimento alla fonte di reperimento delle risorse destinate ai creditori concordatari: nel primo caso, il debitore in concordato continua a gestire l'azienda e mette a disposizione dei creditori i flussi finanziari derivanti dalla prosecuzione dell'attività; nel secondo caso, il debitore non continua a gestire l'azienda, ma percepisce e mette a disposizione dei creditori il prezzo della vendita dell'azienda (nel caso di cessione), il canone (nel caso di usufrutto o affitto), gli utili o il prezzo di vendita delle quote di partecipazione (nel caso di conferimento in società).

Concordato liquidatorio

Nel concordato liquidatorio, invece, il debitore non prosegue l'attività, ma provvede a liquidare il proprio patrimonio, procedendo alla soddisfazione dei creditori mediante il risultato utile della liquidazione.

Preferenza per il concordato in continuità

L'ordinamento mostra una chiara preferenza per il concordato in continuità aziendale, rispetto a quello liquidatorio, perché funzionale a consentire l'obiettivo della conservazione dei valori aziendali, ritenuto un interesse meritevole di tutela dal legislatore. In ragione di ciò, accanto ad una disciplina comune, esistono alcune norme differenti, che trovano applicazione solo per l'una o l'altra tipologia, e che prevedono tutte agevolazioni o minori vincoli per il concordato in continuità aziendale. Proprio in ragione di queste marcate differenze normative, può quindi affermarsi che nel nostro ordinamento esistono ormai due (o forse addirittura tre, se vogliamo differenziare anche i concordati in continuità diretta e indiretta) diversi "tipi" di concordato, intendendo il "tipo" come istituto (ossia sintesi di fattispecie e disciplina). La rilevanza di questa distinzione opera sul piano della disciplina applicabile al momento dell'ammissione e durante la procedura, nonché, come vedremo, nella fase dell'esecuzione.

Questa distinzione tipologica ed il chiaro *favor* per i concordati in continuità aziendale rende importante comprendere se, nel caso concreto, si sia in presenza dell'una o dell'altra tipologia. Distinzione che non va colta sul piano meramente terminologico della qualificazione che il debitore attribuisce autonomamente al proprio concordato, ma sul piano strutturale della verifica degli elementi che consentono di ricondurre il concordato nell'una o nell'altra tipologia. È frequente, infatti, che il debitore, per beneficiare della normativa di favore, "autoqualifichi" il concordato come concordato in continuità anche quando, nella sostanza, si sia in presenza di un concordato liquidatorio e manchi il profilo della liquidità.

Concordati misti

Il tema della qualificazione tipologica si pone soprattutto nei cd. "concordati misti", nei quali è prevista sia la prosecuzione diretta o indiretta dell'attività, sia la liquidazione di alcuni beni. In presenza di elementi tanto di continuità, quanto di liquidazione, il concordato è da qualificarsi in continuità aziendale anche se i creditori vengono soddisfatti in misura non prevalente dal ricavato della continuità aziendale diretta o indiretta (art. 84, comma 3). L'ordinamento tutela, infatti, la continuità aziendale in sé, indipendentemente dall'entità dei rispettivi proventi della continuità e della liquidazione. In applicazione di questa regola, anche se il piano di concordato prevede, ad esempio, che i proventi presumibili della continuità aziendale ammontano ad € 5mln, mentre i proventi presumibili della liquidazione dei beni ammontano ad € 10mln, si è comunque in presenza di un concordato in continuità aziendale e si dovrà applicare la relativa disciplina di favore.

Sezione 2

L'accesso alla procedura

1. Legittimazione e presupposti

Legittimazione esclusiva del debitore

La legittimazione a presentare domanda di accesso al concordato preventivo è attribuita unicamente al debitore (art. 37, comma 1). Il concordato preventivo è una procedura volontaria, che può essere aperta solo su impulso del debitore e non anche di altri soggetti. Se il debitore chiede di regolare la propria crisi o insolvenza mediante il ricorso alla procedura di concordato preventivo, prende avvio il procedimento che, all'esito dei controlli del tribunale e dell'eventuale approvazione da parte dei creditori, può condurre all'omologazione; se invece il debitore non intende far ricorso al concordato preventivo, la procedura non si avvia.

La limitazione al solo debitore della legittimazione alla presentazione della domanda di accesso si spiega in ragione del fatto che, come vedremo a breve, l'accesso alla procedura è consentito anche al debitore in stato di crisi e non necessariamente in stato di insolvenza. Pertanto, l'attribuzione a soggetti diversi (creditori o pubblico ministero) della legittimazione a chiedere l'accesso alla procedura, con i conseguenti e rilevanti effetti sul debitore e sul suo patrimonio, potrebbe assumere un carattere potenzialmente espropriativo del diritto di proprietà del debitore, che sarebbe privato del suo patrimonio pur versando solo in una situazione di difficoltà non irreversibile. D'altra parte, se il debitore in crisi o insolvente non decide di chiedere l'accesso al concordato preventivo, i creditori ed i terzi non rimangono certo privi di tutela, potendo chiedere l'apertura in suo danno della procedura di liquidazione giudiziale.

Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo della procedura è rappresentato dalla qualità di imprenditore soggetto a liquidazione giudiziale (art. 84, comma 1). Possono chiedere l'accesso alla procedura, quindi, gli imprenditori (individuali o collettivi) commerciali che non siano "imprese minori", con esclusione dello Stato e degli enti pubblici. Poiché la identificazione del presupposto soggettivo del concordato preventivo avviene per rinvio a quella del presupposto soggettivo della liquidazione giudiziale, si può fare riferimento alla specifica trattazione di quest'ultimo per evitare inutili duplicazioni (cap. IX, sez. 1, par. 2).

Vi sono, però, alcune differenze nel campo di applicazione soggettivo del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale.

Possono far ricorso al concordato preventivo anche le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 296). Per i rapporti tra concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa, si veda il cap. XII, par. 3.

Anche le imprese soggette ad amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza possono, inoltre, far ricorso al concordato preventivo (art. 36 d.lgs. 270/1999).

L'imprenditore cancellato dal registro delle imprese non può essere ammesso alla procedura di concordato preventivo. Per espressa previsione normativa, la domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo presentata dall'imprenditore cancellato dal registro delle imprese è inammissibile (art. 33, comma 4).

Presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo della procedura è rappresentato dallo stato di crisi o di insolvenza. Si può chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo sia quando si versa nella situazione meno grave (stato di crisi), sia quando si versa già nella situazione più grave (stato di insolvenza).

Per stato di crisi si intende "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi" (art. 2, comma 1, lett. a).

Ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, la crisi si identifica specificamente nel cd. pericolo di insolvenza e rappresenta una situazione di criticità tale da determinare la probabilità (e non la mera eventualità) della futura insolvenza. Questo giudizio probabilistico, che al pari di ogni prognosi sul futuro sconta inevitabili incertezze, va compiuto avendo un parametro di riferimento basato sulle obbligazioni già pianificate (es.: rate di ammortamento di un mutuo stipulato; rate per il rientro di un'esposizione tributaria; importi da pagare per futuri acquisti necessari per l'attività d'impresa), rispetto alle quali va valutata l'adeguatezza dei flussi finanziari in entrata a farvi fronte per i successivi dodici mesi. La verifica sullo stato di crisi impone, quindi, una proiezione sull'evoluzione della situazione finanziaria e sulla capacità prospettica dell'imprenditore di mantenere la capacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, anche non ancora assunte, ma che presumibilmente sorgeranno, e ciò per un periodo sufficientemente ampio, identificato nei dodici mesi successivi.

Per stato di insolvenza si intende "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" (art. 2, comma 1, lett. b). Poiché lo stato di insolvenza è il presupposto oggettivo della procedura di liquidazione giudiziale, si rinvia alla relativa trattazione (cap. IX, sez. 1, par. 3).

2. La domanda di accesso

Il debitore che intenda far ricorso al concordato preventivo deve presentare la domanda di accesso alla procedura (art. 40).

Ricorso

La domanda, che si propone con ricorso al tribunale sottoscritto dal difensore munito di procura, deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni. Se il debitore è una società, la sottoscrizione della domanda deve essere effettuata da parte di coloro che hanno la rappresentanza sociale della società, mentre il contenuto e le condizioni del piano sono decise, in via esclusiva, dagli amministratori, con decisione che deve risultare da verbale redatto da notaio ed essere depositata e iscritta nel registro delle imprese (art. 40, comma 2, che richiama l'art. 120-*bis*).

Competenza territoriale

Il tribunale competente è quello nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali, ma se la domanda è proposta da un'impresa avente i requisiti soggettivi per l'amministrazione straordinaria la competenza è del tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese, avuto sempre riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali (art. 27). Come già visto in precedenza, al fine di evitare impropri tentativi di scelta del tribunale ritenuto meno severo (cd. *forum shopping*), il trasferimento del centro degli interessi principali non rileva ai fini della competenza quando è intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda (art. 28).

Entro il giorno successivo al deposito, la domanda è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese, che deve provvedere all'iscrizione entro il giorno seguente, ed è trasmessa al pubblico ministero.

Documenti da allegare

Alla domanda va allegata la documentazione che consenta al tribunale prima, ed ai creditori poi, di avere piena consapevolezza delle cause dello stato di crisi, dell'ammontare del passivo e dell'attivo, del contenuto puntuale dell'offerta e delle modalità con le quali il debitore si

propone di adempiere alla stessa. Pertanto, unitamente alla domanda il debitore deve depositare in tribunale: a) le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi; b) i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; c) anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; d) uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività; e) l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; f) 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; g) un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi; h) una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore (art. 39).

Fermo l'obbligo di deposito dei documenti sopra indicati, la cancelleria acquisisce comunque, mediante collegamento alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale di previdenza sociale e del Registro delle imprese, i dati ed i documenti più significativi relativi al debitore (art. 42). Ciò da un lato permette di offrire al tribunale ed agli altri organi della procedura un quadro completo, oggettivo e documentato delle vicende pregresse e della situazione attuale del debitore, dall'altro lato evita l'onere per il debitore di dover sopportare i costi e le difficoltà del reperimento e del deposito di una significativa mole di documentazione, che viene invece acquisita dalla cancelleria in modo diretto e automatico.

3. Il piano

In allegato alla domanda, il debitore deve presentare anche un piano, contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Contenuto minimo del piano

Il contenuto del piano è in parte predeterminato per legge (art. 87), in quanto deve necessariamente indicare:

(i) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;

(ii) una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;

(iii) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;

(iv) le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti (su cui vedi sez. 2, par. 4 in questo capitolo) e la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta;

(v) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;

(vi) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;

(vii) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati;

(viii) le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato, nonché le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe;

(ix) le eventuali parti non interessate dal piano (nel senso di parti che non subiscono una modifica quantitativa o qualitativa del proprio diritto per effetto del concordato), indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate;

(x) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni.

Piano industriale nei concordati in continuità

Quando il debitore intende presentare un concordato in continuità aziendale, il piano si connota per una maggiore complessità, in quanto si tratta di programmare un'attività d'impresa, con tutte le incognite, gli imprevisti, le variabili e le incertezze che ogni attività economica porta inevitabilmente con sé. In questi casi, vi deve essere anche un piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria (art. 87, comma 1, lett. e). Inoltre, quando sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, il piano deve contenere anche l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente (art. 87, comma 1, lett. f).

Il piano industriale alla base dei concordati in continuità aziendale deve contenere quantomeno un esame del mercato di riferimento in cui opera l'imprenditore, un'analisi dei concorrenti, la rappresentazione degli investimenti che saranno effettuati, dei prodotti o servizi che si andranno a realizzare, delle politiche sul personale e di quanto altro necessario ai fini di una valutazione sull'attendibilità delle previsioni formula-

te. Nei concordati in continuità diretta è necessario, inoltre, che il piano offra anche una indicazione puntuale degli elementi di discontinuità nella gestione rispetto al passato, che possano ragionevolmente sostenere la prognosi positiva sulla fattibilità del piano. Non si deve dimenticare, infatti, che lo stato di crisi o insolvenza è spesso effetto di una pregressa difficoltà economica dell'imprenditore, così che ogni piano dovrà farsi carico di spiegare, in modo razionale e verificabile, le ragioni per cui le cause della crisi saranno superate e l'impresa, che fino a quel momento non è stata in grado di coprire i costi con i ricavi, sarà, dopo l'omologazione del concordato, in condizione di recuperare non solo l'equilibrio economico, ma anche la capacità di generare flussi finanziari tali da adempiere gli obblighi concordatari. Queste azioni di discontinuità potranno consistere, ad esempio, nell'avvio di produzione di nuovi prodotti o dell'offerta di nuovi servizi, oppure nella messa a regime di investimenti effettuati in passato e che non erano riusciti a produrre i loro effetti positivi prima dell'apertura della procedura.

Incertezza delle previsioni dei piani

Il piano (sia nei concordati in continuità, sia nei concordati liquidatori) contiene una previsione sul futuro e sui risultati che si otterranno dal compimento delle attività programmate. Come ogni altra previsione, anche questa sconta un inevitabile margine di incertezza, che può essere maggiore o minore a seconda del grado di complessità del piano, ma che è sempre presente. È certo più complessa ed aleatoria la prognosi sui ricavi e sui costi prospettici attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa per un lungo periodo di anni, ma anche il ricavato della vendita di un immobile è sempre incerto, salvo che non vi sia già un'offerta irrevocabile e garantita di acquisto.

A ciò si aggiunga che l'adempimento degli obblighi assunti con la proposta dipende non solo dall'effettivo realizzo dell'attivo nella misura e con la tempistica prevista, ma anche dalla correttezza delle stime iniziali su entità e composizione dei debiti da soddisfare nel concordato. Un'esemplificazione può servire a meglio chiarire questo aspetto: se l'attivo stimato è pari ad € 10 mln e l'attivo effettivo realizzato è pari ad € 10 mln, ma il passivo stimato era pari ad € 15 mln ed il passivo effettivo da soddisfare risulta poi pari ad € 20 mln, è evidente che le percentuali di soddisfacimento dei creditori saranno comunque inferiori rispetto a quelle inizialmente indicate.

Relazione di attestazione del professionista indipendente

Proprio in ragione della delicatezza delle stime dell'attivo e del passivo contenute nel piano di concordato, il debitore deve obbligatoriamente depositare, con la domanda di concordato, la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; nel caso di concordati in continuità aziendale, il professionista indipendente deve attestare anche che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale (art. 87, comma 3).

La relazione del professionista (che nella prassi prende il nome di relazione di "attestazione" o "asseverazione") dovrà prima avere ad oggetto la corrispondenza al vero dei dati esposti dell'attivo e del passivo e poi, sulla base di questo ineliminabile presupposto, dovrà formulare una prognosi sulla idoneità del piano a raggiungere gli obiettivi indicati, valutandone quantomeno l'attendibilità, la coerenza e la sostenibilità finanziaria. Nell'ambito dell'attestazione si dovrà, tra l'altro, procedere alla individuazione e misurazione dei fattori di rischio ai quali è soggetto il piano, verificando la "tenuta" delle previsioni nell'ipotesi di mancato verificarsi di alcune delle assunzioni (si pensi, in particolare, alle variabili esterne di tipo macro-economico non controllabili dal debitore, come ad esempio il prezzo delle materie prime), calcolando entro quali limiti queste circostanze non impediscano comunque il raggiungimento degli obiettivi di piano e quale sia il grado di ragionevolezza nelle stime effettuate in relazione alle stesse.

Nel caso di concordato in continuità aziendale i rischi connessi all'esecuzione del piano sono maggiori. Pertanto, come visto, il professionista indipendente deve, in aggiunta alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità, attestare anche che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale. La prosecuzione dell'attività d'impresa non può risolversi in un pregiudizio per i creditori e di ciò l'attestatore deve dare atto.

La centralità della relazione ai fini delle valutazioni che sono chiamati a compiere il tribunale in sede di ammissione ed omologazione e, soprattutto, i creditori in sede di votazione impone una particolare cautela nella individuazione del professionista tenuto a redigerla (il quale deve essere iscritto nell'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza ed essere indipendente: art. 2, comma 1, lett. o) ed una sua responsabilità civile e penale nel caso di falsità nell'attestazione (art. 342).

4. La proposta

Il piano allegato alla domanda di concordato costituisce la base su cui il debitore formula la proposta di soddisfacimento dei crediti.

Domanda, piano e proposta

Per una corretta comprensione del concordato, i tre elementi della domanda, del piano e della proposta non vanno però confusi: la domanda è l'atto giudiziario mediante il quale il debitore chiede di regolare la

propria crisi o insolvenza attraverso la procedura di concordato; il piano è lo strumento operativo, indicante le attività che il debitore si impegna a compiere e le modalità attraverso le quali intende reperire le risorse; la proposta contiene l'offerta di pagamento o soddisfacimento che il debitore rivolge ai creditori e, quindi, il contenuto dell'obbligazione concordataria.

Offerta ai creditori

La proposta di concordato, che indica cosa si offre ai creditori, può costituire un allegato alla domanda di concordato o (come solitamente avviene) essere incluso all'interno della domanda stessa. Ad ogni modo, quale che sia la forma documentale che assume, la proposta è, come detto, funzionalmente distinta dalla domanda e del piano.

Il proponente è libero di determinare il contenuto della proposta rivolta ai creditori, nel rispetto di alcuni vincoli inderogabili.

Modalità di soddisfazione dei crediti

La proposta può prevedere il soddisfacimento dei crediti in qualsiasi forma, sia attraverso il pagamento in danaro, sia con modalità differenti (art. 87, comma 1, lett. d). All'interno di questo ampio ventaglio di possibilità, il debitore deciderà la concreta offerta rivolta ai creditori sulla base delle circostanze del caso concreto, della propria struttura patrimoniale ed economica, della tipologia di piano, della natura e delle aspettative dei creditori e così via.

Quando prevede il pagamento in danaro, il proponente può decidere se offrire il pagamento per l'intero o in percentuale, se in modo immediato o con una dilazione. Quando offre una soddisfazione con modalità differenti, il proponente può decidere, oltre alla percentuale, anche la forma: cessione dei beni, accollo, o 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.

Possono esservi, ad esempio, proposte che offrono il pagamento in danaro ai creditori di una percentuale del 40% dei crediti in sei rate semestrali di pari importo, oppure il pagamento in danaro di una percentuale del 30% in un'unica rata entro due mesi dall'omologazione, oppure il soddisfacimento mediante l'attribuzione ai creditori della proprietà di un immobile (con conseguente comproprietà tra i creditori), oppure l'attribuzione *pro quota* ai creditori delle quote di partecipazione in una società. Può prevedersi, ancora, l'intervento di un assuntore, il quale si obbliga ad adempiere agli obblighi concordatari, ricevendo quale corrispettivo la cessione in suo favore delle attività del debitore. Ma, si ripete, gli esempi possono essere i più vari, perché ampia è la libertà del debitore nello stabilire quanto e cosa offrire ai creditori.

Suddivisione dei creditori in classi

Per garantire la massima flessibilità è, altresì, consentita la suddivisione dei creditori in classi, con previsione di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (art. 85).

I requisiti che devono caratterizzare i creditori inseriti nella stessa classe sono quelli della cd. doppia omogeneità: posizione giuridica e interessi economici (art. 2, comma 1, lett. r). In presenza di ambedue questi requisiti, i creditori possono essere inseriti nella stessa classe; in mancanza anche di uno solo di questi requisiti, i creditori devono essere inclusi in classi differenti, salvo che il proponente decida (ove permesso) di non prevedere alcuna suddivisione in classi. La posizione giuridica attiene al rango prededucibile, privilegiato, chirografario o postergato del credito. L'interesse economico rimanda, invece, a parametri fattuali e non giuridici che caratterizzano la specifica posizione del creditore in quella determinata procedura, riferibili tanto alla fonte del credito (es.: crediti da fornitura di beni; crediti da contratti di somministrazione), quanto all'ammontare, tanto alla natura del creditore (es.: lavoratori, banche; fornitori), quanto all'epoca di formazione e così via.

Trattamenti differenziati tra classi

Nel caso di suddivisione dei creditori in classi, il proponente può riservare trattamenti differenti ai creditori delle diverse classi, valutando quale offerta possa essere meglio apprezzata dai creditori delle diverse classi in ragione delle loro caratteristiche ed aspettative. Così, per ipotesi, il proponente potrebbe offrire il pagamento in danaro del 50% del credito ai creditori della classe formata dai fornitori chirografari considerati strategici per la prosecuzione dell'attività, il pagamento in danaro del 30% del credito ai creditori della classe formata dai fornitori chirografari non strategici, la soddisfazione mediante *datio in solutum* di un bene immobile o di quote di partecipazione sociale ai creditori della classe formata dalle banche e da altri creditori finanziari. Le ipotesi possono essere molteplici, in quanto sempre differenti sono la composizione dell'attivo disponibile e quella dei creditori da soddisfare.

Par condicio all'interno delle classi

Il proponente può offrire trattamenti differenti ai creditori delle diverse classi, ma deve sempre offrire lo stesso identico trattamento ai creditori inclusi nella medesima classe; il principio della *par condicio creditorum* può essere derogato tra creditori di classi diverse, ma resta intangibile nel trattamento dei creditori inclusi nella stessa classe.

Non è, invece, necessario offrire sempre un trattamento diverso per i creditori delle diverse classi, potendo anche offrire trattamenti eguali ai creditori di classi diverse. In questa ipotesi, la suddivisione in classi assume rilievo esclusivamente ai fini del calcolo delle maggioranze, perché diverse sono le regole per l'approvazione della proposta a seconda che vi sia stata o meno formazione delle classi (vedi sez. 4, par. 5 in questo capitolo).

Casi di obbligatorietà delle classi

La suddivisione in classi è una facoltà per il debitore, che diventa però un obbligo in talune ipotesi.

In tutte le tipologie di concordato, l'inserimento in classi separate è obbligatorio per i creditori titolari di crediti tributari e previdenziali dei

quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate (art. 85, comma 2). Questi creditori devono obbligatoriamente essere inseriti in classi diverse rispetto a quelle degli altri creditori, perché vi è una presunzione *ex lege* di non omogeneità della loro posizione.

Obbligatorietà delle classi nei concordati in continuità

Nei concordati in continuità aziendale, la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria (art. 85, comma 3). Ferma l'obbligatoria previsione di classi in tutti i concordati in continuità aziendale, il legislatore prevede anche alcuni casi espressi di obbligo di inserimento in classi separate. In questa tipologia di concordati, in particolare, i creditori privilegiati per i quali la proposta non prevede la soddisfazione in danaro, integrale ed entro centottanta giorni dall'omologazione (trenta giorni nel caso di creditori titolari di crediti di lavoro *ex* art. 2751-*bis*, n. 1, c.c.) e che, in ragione di ciò, vengono ammessi al voto (art. 109, comma 5) sono obbligatoriamente suddivisi in classi. Inoltre, le imprese minori (art. 2, comma 1, lett. d), titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate. In ambedue i casi, l'inserimento obbligatorio in classi separate per questi creditori rappresenta una forma di tutela, considerando che nel concordato in continuità, se una o più delle classi sono dissenzienti, le condizioni per l'omologazione sono molto più stringenti (art. 112, comma 2).

Trattamento dei creditori privilegiati

La proposta può anche prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca siano soddisfatti in modo non integrale, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei 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, attestato da professionista indipendente; la quota residua del credito è trattata come credito chirografario (art. 84, comma 5).

Un esempio può servire a chiarire meglio il trattamento dei privilegiati. Immaginiamo che vi sia un creditore titolare di un credito di valore nominale pari ad € 1 milione, garantito da ipoteca su un immobile. Il debitore, in vista della predisposizione della proposta di concordato, affida ad un professionista indipendente l'incarico di quantificare l'importo realizzabile dal ricavato dell'immobile ipotecato, tenendo conto anche delle spese di procedura. Il professionista accerta che il ricavato della liquidazione dell'immobile ipotecato (al netto delle spese) è pari ad € 800mila. Questo è l'importo che rappresenta il trattamento minimo garantito che va obbligatoriamente offerto al creditore ipotecario, in quanto segna la cd. "capienza" del privilegio. La differenza tra il valore nominale del credito ed il presumibile ricavato della liquidazione rappresenta, invece, la cd. parte "incapiente" del credito privilegiato e va trattata come credito chirografario.

Pertanto, il proponente dovrà offrire al creditore privilegiato il pagamento integrale fino ad € 800mila, mentre per la residua parte incapiente di € 200mila gli dovrà offrire lo stesso trattamento previsto per i crediti chirografari.

Moratoria nel concordato in continuità

Nel concordato in continuità aziendale, la proposta può prevedere anche una moratoria, intesa come dilazione, per il pagamento dei creditori privilegiati, ma con due limiti (art. 86). Per i crediti assistiti dal privilegio previsto dall'art. 2751-*bis*, n. 1, c.c. (crediti dei lavoratori) la moratoria non può essere superiore a sei mesi. Inoltre, la dilazione per i crediti muniti di pegno o ipoteca non può avere durata superiore rispetto a quella della liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, nel senso che, una volta venduto il bene o diritto oggetto di pegno o ipoteca, i suddetti creditori devono essere pagati.

Si è detto che il debitore ha ampia libertà di determinare il contenuto della proposta. Questa libertà incontra, però, alcuni limiti.

Ordine delle cause di prelazione

Un primo vincolo è quello del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. Esistono, tuttavia, due versioni di questa regola dell'ordine delle cause di prelazione.

Secondo una prima versione (cd. regola della priorità assoluta o *absolute priority rule*), è possibile prevedere la soddisfazione dei creditori di rango successivo solo qualora siano stati integralmente soddisfatti quelli di rango precedente. Gli effetti pratici di questa versione sono evidenti: se, per ipotesi, la proposta prevede il pagamento parziale dei creditori privilegiati, nulla può essere offerto ai creditori chirografari e postergati.

Secondo una diversa versione (cd. regola della priorità relativa o *relative priority rule*), è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che detto pagamento sia di misura inferiore. Anche gli effetti pratici di questa versione sono chiari: se la proposta prevede il pagamento non integrale dei creditori privilegiati, è possibile offrire il pagamento anche dei creditori chirografari, purché i primi siano pagati meglio dei secondi.

Nei concordati liquidatori, opera la regola della priorità assoluta (*absolute priority rule*).

Nei concordati in continuità aziendale, invece, la soluzione è più articolata. Il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, va distribuito tra i creditori sulla base della regola della priorità assoluta (*absolute priority rule*), mentre il valore eccedente quello di liquidazione può essere distribuito sulla base della regola della priorità relativa (*relative priority rule*). È come se il patrimonio del debitore fosse idealmente diviso in due parti: l'una, rappresentata dal valore che il patrimonio avrebbe in caso di liquidazione giudiziale, va distribuita secondo la regola della priorità assoluta; l'altra, rappresentata dal cd. plu-

svalore da concordato, ossia il maggior valore rispetto a quello di liquidazione conseguito attraverso la prosecuzione diretta o indiretta dell'attività d'impresa, può essere distribuita secondo la regola della priorità relativa. In relazione a questa seconda parte del patrimonio, costituita dal valore eccedente quello di liquidazione, è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore (art. 84, comma 6). Per i soli crediti assistiti da privilegio *ex* art. 2751-*bis*, n. 1, c.c. (crediti dei lavoratori), però, la regola della priorità assoluta va rispettata, anche nei concordati in continuità aziendale, sia sul valore di liquidazione, sia sul valore eccedente quello di liquidazione (art. 84, comma 7).

Trattamento dei crediti tributari e contributivi

Vincoli specifici sono posti, inoltre, con riferimento al trattamento offerto ai crediti tributari e contributivi (art. 88). La proposta può prevedere il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori, ma solo a condizione che la soddisfazione sia 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 ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente. Fin qui si tratta di un'esplicitazione delle regole generali sul trattamento dei creditori privilegiati, ma è prevista anche una specificazione della distinta regola dell'ordine delle cause di prelazione. Se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

L'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, inoltre, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale, e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore.

Vincolo nel concordato liquidatorio

Nei soli concordati liquidatori vi è un ulteriore limite. È obbligatoria la presenza di un apporto di risorse esterne che a) incrementi di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda;

b) assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo (art. 84, comma 4). È necessario, quindi, che nel concordato liquidatorio la proposta offra ai creditori qualcosa in più rispetto a quello che si potrebbe conseguire attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore, e queste risorse esterne devono provenire dai soci o dai terzi.

Le risorse esterne sono apporti spontanei di soci o di terzi, che incrementano il patrimonio del debitore senza un obbligo di restituzione da parte del debitore stesso. Normalmente il soggetto che apporta le risorse esterne è legato al debitore da rapporti di tipo economico o familiare e, nel caso di debitore in forma societaria, spesso si tratta di soci. Infatti, per espressa previsione normativa, si considerano esterne le risorse apportate a qualsiasi titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

Fermo l'obbligo di rispettare il requisito del 20% di soddisfazione dei creditori chirografari, le risorse esterne possono essere distribuite anche in deroga all'ordine delle cause di prelazione, sia nella versione forte, sia nella versione debole. Non trattandosi di risorse che fanno parte del patrimonio del debitore, ma di risorse di terzi, le stesse non sono sottoposte alle regole sulla distribuzione del patrimonio.

Utilità per i creditori nei concordati in continuità

Nei concordati con continuità non opera la percentuale minima del 20%, ma in ogni caso ad ogni creditore va assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa (art. 84, comma 3). La prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali ha una sua utilità economica e dovranno essere i creditori destinatari di questa offerta a doverne valutare la convenienza, esprimendosi sulla proposta mediante il voto.

5. Gli effetti della domanda di accesso

La domanda di accesso al concordato preventivo produce effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei contratti pendenti. Alcuni di questi effetti si verificano dal deposito della domanda, altri dal successivo momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese; in taluni casi gli effetti si producono in modo automatico, in altri è necessaria la domanda di parte e la successiva conferma con provvedimento giudiziale.

Spossessamento attenuato

Nei confronti del debitore, il deposito della domanda determina il cd. spossessamento attenuato (art. 46). Dopo il deposito della domanda di

accesso e fino all'eventuale decreto di apertura della procedura, il debitore conserva il potere di amministrare e disporre dei propri beni solo limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione, mentre deve essere autorizzato dal tribunale per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione. Il debitore che intenda compiere un atto urgente di straordinaria amministrazione deve presentare apposita richiesta di autorizzazione al tribunale, che può assumere ulteriori informazioni, anche da terzi, e acquisisce il parere del commissario giudiziale, se nominato.

Ordinaria e straordinaria amministrazione

La distinzione tra atti di ordinaria amministrazione (che non richiedono di autorizzazione) e atti di straordinaria amministrazione (che vanno autorizzati) non è sempre agevole. In generale, si considerano atti di straordinaria amministrazione quelli che per dimensioni o caratteristiche esulano dal normale esercizio dell'attività d'impresa, oppure che possono comportare una significativa diminuzione del patrimonio destinato ai creditori. Ovviamente, si tratta di una valutazione da compiere in concreto, sulla base tanto dell'oggetto e della tipologia dell'impresa esercitata dal debitore (es.: un atto che, per il suo importo, può essere di straordinaria amministrazione per un'impresa con un fatturato limitato, è di ordinaria amministrazione per un'impresa quotata in borsa), quanto – se già presentato – del piano di concordato (es.: nei concordati in continuità, gli acquisti e le vendite connesse alle normale gestione imprenditoriale sono di ordinaria amministrazione).

Inefficacia degli atti non autorizzati

In mancanza di autorizzazione del tribunale, l'atto di straordinaria amministrazione è (valido, ma) inefficace, nel senso che i terzi non possono vantare pretese nei confronti del patrimonio concordatario in forza dell'atto inefficace e, se sorgono dei crediti, questi non possono essere soddisfatti in sede concordataria.

Prededuzione ed esenzione da revocatoria

Quando, invece, l'atto è legalmente compiuto dal debitore dopo il deposito della domanda (atti di ordinaria amministrazione; atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale) sono previste due norme di favore: a) i crediti di terzi sorti per effetto di esso sono non solo efficaci, ma anche prededucibili (art. 46, comma 4); b) gli atti, i pagamenti e le garanzie sono esenti da revocatoria (art. 166, comma 3, lett. e). Ciò, evidentemente, al fine di favorire la normale operatività aziendale anche dopo il deposito della domanda, incentivando i terzi a mantenere i rapporti commerciali con il debitore.

A partire della data di presentazione di accesso alla domanda, inoltre, sono senza effetto rispetto ai creditori anche le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi (art. 96, che richiama l'art. 145).

Nei confronti dei creditori, la disciplina è più articolata.

Misure protettive

Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di accesso, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. La protezione comprende non solo i beni o diritti di proprietà del debitore, ma anche i beni o di diritti di proprietà di terzi, ma con i quali l'imprenditore esercita l'attività d'impresa (es.: beni utilizzati in forza di contratti di *leasing* o locazione). Per effetto del divieto di azioni esecutive e cautelari, le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata (art. 54, comma 2).

Sono queste le cd. "misure protettive". Esse consentono di tutelare il patrimonio del debitore, per consentire che venga utilizzato in conformità alle previsioni del piano e della proposta, al contempo assicurando la tutela della *par condicio creditorum*.

Le misure protettive operano automaticamente per effetto del deposito della domanda di accesso, ma solo se il debitore ne abbia fatto apposita richiesta nella domanda, e sono altresì sottoposte ad una successiva verifica giudiziale.

Il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto reclamabile le misure protettive entro trenta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese, stabilendone la durata, non superiore a quattro mesi, che in ogni caso cessa con la sentenza che omologa o rigetta l'omologazione del concordato preventivo (art. 55, comma 3).

Misure temporanee

Il debitore può, altresì, chiedere al tribunale, con istanza presentata successivamente al deposito della domanda di accesso, anche ulteriori misure temporanee, il cui concreto contenuto è rimesso alle circostanze del caso concreto, per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 54, comma 2).

Misure cautelari

Inoltre, nel corso del procedimento per l'apertura della procedura di concordato preventivo, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione della sentenza di omologazione (art. 54, comma 1). Queste misure cautelari possono essere richieste sia dal debitore, sia da terzi.

Le misure temporanee e le misure cautelari, a differenza che le misure protettive, non operano automaticamente per effetto della richiesta del debitore, ma devono essere concesse dal giudice, il quale, sentite le parti e compiuti gli eventuali atti di istruzione indispensabili, provvede sulla richiesta. Quando vi sono ragioni di urgenza e la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, il giudice provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, fissando poi l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, all'esito della

quale conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati in precedenza. Le misure così adottate perdono efficacia al momento della pubblicazione della sentenza che decida sull'omologazione del concordato preventivo (art. 55, comma 2).

Proroga

In tutti e tre i casi (misure protettive, misure provvisorie, misure cautelari), il tribunale, su istanza del debitore o di un creditore e acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato, può prorogare, in tutto o in parte, la durata delle misure concesse, nel rispetto comunque del termine massimo, anche non continuativo, di dodici mesi, se sono stati compiuti significativi progressi nelle trattative e se la proroga non arreca ingiusto pregiudizio ai diritti e agli interessi delle parti interessate (art. 55, comma 4).

Revoca

Su richiesta del debitore o del commissario giudiziale o, in caso di atti di frode, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, o quando accerta che non soddisfano più l'obiettivo di agevolare le trattative, il tribunale revoca o modifica le misure protettive, provvisorie o cautelari (art. 55, comma 5).

Inefficacia delle ipoteche giudiziali

Già a partire dal deposito della domanda e senza necessità di alcuna richiesta o conferma giudiziale, invece, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia l'autorizzazione del tribunale; le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso, inoltre, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori (art. 46). Si tratta di due previsioni volte a preservare la *par condicio creditorum*, evitando che nella prossimità del deposito della domanda o successivamente alla stessa alcuni creditori possano avvantaggiarsi in danno degli altri, acquisendo diritti di prelazione che attribuiscono loro un trattamento migliore nella proposta concordataria.

Trattazione unitaria

La presentazione della domanda di accesso al concordato determina un ulteriore e importante effetto protettivo di tipo processuale per il debitore, in relazione ad eventuali domande per l'apertura di liquidazione giudiziale presentate in suo danno da parte dei creditori o del pubblico ministero. In virtù del principio della trattazione unitaria (art. 7), tutte le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono riunite in un unico procedimento ed il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che: a) la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile; b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori. Per effetto della trattazione unitaria, il tribunale procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale solo quando la domanda di concordato non è accolta ed è accertato lo stato di insolvenza (artt. 7, comma 3; 49).

L'effetto pratico di questa regola è il seguente: se un creditore o il pubblico ministero presentano domanda di apertura della liquidazione giudiziale a carico del debitore, questi può evitare che il tribunale si pronunci sull'apertura della liquidazione giudiziale presentando la domanda di concordato, che dovrà essere esaminata in via prioritaria salvo che sia manifestamente inammissibile o infondata. Al fine di evitare atteggiamenti dilatori, è, però, previsto che la domanda di accesso al concordato preventivo vada proposta, a pena di decadenza, entro la prima udienza, salvo che la stessa sia proposta all'esito della composizione negoziata ed entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'esperto con la relazione finale (art. 39, comma 10). Se la domanda di concordato è presentata, quindi, il tribunale non può dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale, a meno che successivamente la procedura di concordato non abbia un esito patologico. Di fatto, quindi, la presentazione della domanda di concordato ha l'effetto di "fermare", sia pure provvisoriamente, il procedimento volto all'apertura della liquidazione giudiziale.

Divieto di pagamento di crediti anteriori

A partire dal deposito della domanda di accesso, il debitore non può provvedere spontaneamente al pagamento dei crediti anteriori. Si tratta di un divieto che concorre a garantire la *par condicio creditorum* e l'integrità del patrimonio del debitore in vista dell'attuazione del piano e della proposta concordataria.

A volte, tuttavia, il mancato pagamento di crediti anteriori può determinare un pregiudizio per il debitore e, di conseguenza, per la stessa massa dei creditori. Si pensi al mancato pagamento di un piano di rateizzo in corso, che può determinare a carico del debitore l'applicazione di penali e sanzioni; oppure ai fornitori strategici di beni e servizi, i quali, in mancanza di pagamento dei loro crediti anteriori, si possono rifiutare di proseguire le forniture, così determinando l'interruzione, o comunque una difficoltà, per l'operatività aziendale.

Autorizzazione al pagamento di crediti anteriori

Per evitare che una regola posta a tutela della *par condicio creditorum* si risolva, di fatto, in un pregiudizio per i creditori, è previsto un procedimento che consente di derogare a questo divieto (art. 100). Il debitore, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Tra i creditori anteriori possono rientrare anche i lavoratori, in relazione al mancato pagamento delle retribuzioni pregresse; pertanto, il tribunale

può autorizzare, alle medesime condizioni, il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione (art. 100, comma 1).

Autorizzazione al pagamento delle rate a scadere del contratto di mutuo

Sempre con lo stesso obiettivo, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, l'autorizzazione del tribunale può avere ad oggetto il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data (art. 100, comma 2). In tal modo, a condizione che un professionista attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori, il debitore può continuare nel regolare pagamento del piano di ammortamento del mutuo, sanando anche i mancati pagamenti pregressi.

Creditori posteriori

Nel caso di applicazione di misure protettive, il divieto di azioni esecutive e cautelari deve ritenersi operante anche per i creditori posteriori, ossia per i creditori per titolo o causa posteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso. Poiché il divieto di azioni esecutive e cautelari ha una funzione protettiva del patrimonio del debitore, funzionale alla necessità di preservarlo dalle azioni esecutive individuali che potrebbero pregiudicare la corretta esecuzione del piano concordatario, l'eventuale facoltà dei creditori posteriori di avviare azioni esecutive rischierebbe di "mortificare" e vanificare le esigenze che la norma tutela.

Vi è, però, una differenza fondamentale tra creditori anteriori e creditori: i primi non possono agire esecutivamente e non possono nemmeno essere pagati spontaneamente dal debitore (salvo le eccezioni sopra esaminate); i secondi non possono agire esecutivamente, ma possono essere pagati spontaneamente dal debitore, perché i loro crediti, a condizione che siano sorti in forza di atti legalmente compiuti, sono prededucibili e vanno regolarmente soddisfatti dal debitore anche durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto (art. 98).

Altri effetti sui crediti

Sempre con riferimento ai creditori, a partire dalla data di deposito della domanda di concordato preventivo si applicano alcune delle norme previste nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale in tema di interessi, compensazione, crediti pecuniari, obbligazioni, coobbligati solidali (art. 96, che richiama gli artt. da 153 a 162). Sul punto, si rinvia alla trattazione specifica contenuta nel cap. IX, sez. 4, par. 4.

Effetti sui contratti pendenti

Per quanto riguarda i contratti pendenti, la regola generale è quella per cui i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo proseguono anche durante il concordato (art. 97). Si tratta di una previsione posta a tutela del debitore, tanto è vero che sono inefficaci eventuali patti contrari che prevedano l'automatico scioglimento o, comunque, la facoltà della controparte contrattuale di sciogliersi per effetto del deposito della domanda di concordato. Il debitore può tuttavia chiedere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti, se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano, né funzionale alla sua esecuzione.

La regola è, quindi, la prosecuzione dei contratti pendenti; l'eccezione (da autorizzare) è la sospensione o lo scioglimento di alcuni contratti. Nel caso di sospensione, il contratto entra in uno stato di quiescenza e nessuna delle due parti deve eseguire la propria prestazione in attesa delle evoluzioni successive; nel caso di scioglimento, il vincolo contrattuale viene definitivamente meno senza effetto retroattivo e ciascuna parte è libera dalle proprie obbligazioni.

Procedimento per la sospensione e lo scioglimento

L'istanza di sospensione può essere depositata contestualmente o successivamente al deposito della domanda di accesso al concordato; la richiesta di scioglimento può essere depositata solo quando sono presentati anche il piano e la proposta. La differenza si spiega per il fatto che quando ancora non sono stati presentati piano e proposta (vedi sez. 2, par. 6 in questo capitolo) non è possibile valutare se la prosecuzione del contratto sia o meno coerente con le previsioni del piano o funzionale all'esecuzione; per questo motivo si consente nella prima fase solo un provvedimento di tipo interinale e provvisorio come la sospensione. Ad ogni modo, la sospensione richiesta prima del deposito della proposta e del piano non può essere autorizzata per una durata eccedente il termine concesso dal tribunale per il deposito degli stessi; quando siano stati presentati proposta e piano, la sospensione può essere autorizzata anche per una durata ulteriore, che comunque non può essere superiore a trenta giorni dalla data del decreto di apertura, non ulteriormente prorogabile.

L'istanza di sospensione o scioglimento va notificata alla controparte, che può opporsi alla richiesta del debitore depositando una memoria scritta entro sette giorni dall'avvenuta notificazione dell'istanza. Decorso il termine concesso alla controparte per opporsi, sulla istanza provvede il tribunale con decreto motivato e reclamabile.

Se l'istanza viene accolta, la sospensione o lo scioglimento del contratto hanno effetto dalla data della notificazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente effettuata a cura del debitore.

Nel caso in cui sia autorizzata la sospensione o lo scioglimento, la controparte contrattuale ha diritto ad un indennizzo, equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Con l'istanza, pertanto, il debitore propone anche una quantificazione dell'indennizzo dovuto alla controparte, di cui si tiene conto nel piano per la determinazione del

fabbisogno concordatario. Si tratta, però, di una mera proposta che la controparte è libera di accettare o meno; in caso di mancato accordo sulla misura dell'indennizzo, la sua determinazione è rimessa al giudice ordinariamente competente. In ogni caso, l'indennizzo è soddisfatto come credito chirografario anteriore al concordato, ferma restando la prededuzione del credito conseguente ad eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato e prima della notificazione dell'istanza.

Contratto di locazione finanziaria

Regole particolari valgono per il caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria. Il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare al debitore, con conseguente acquisizione alla procedura, quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotta una somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data dello scioglimento, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto al concedente, questi può far valere il diritto di credito per la differenza nei confronti del debitore come credito anteriore al concordato. Per assicurare l'effettivo rispetto dell'interesse del debitore, nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente deve attenersi a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità, adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione del debitore.

Contratti non soggetti a sospensione o scioglimento

Non è ammessa la facoltà di sospensione o scioglimento per alcuni contratti, in ragione del grave pregiudizio che subirebbe la controparte. In particolare, non si possono sospendere o sciogliere: a) i rapporti di lavoro subordinato; b) i contratti preliminari di vendita avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o di suoi parenti ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa del promissario acquirente; c) i finanziamenti destinati ad uno specifico affare; d) i contratti di locazione di immobile in cui il debitore in concordato sia il locatore.

Disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità

Disposizioni speciali sono previste per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale, volte ad evitare che il mero deposito della domanda di accesso possa intimorire le controparti contrattuali ed indurle a sciogliere o comunque rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione (art. 94-*bis*).

Per l'effetto, i creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura e della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

Il vincolo per i creditori-controparti contrattuali diventa ancora più intenso nel caso in cui si tratti di contratti essenziali, intesi come contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore. In tal caso, i creditori interessati dalle misure protettive non possono nemmeno, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale.

6. Domanda di accesso con riserva di deposito della documentazione

Gli effetti protettivi per il patrimonio del debitore si verificano solo successivamente al deposito della domanda di accesso alla procedura. Si è visto, però, che la domanda deve essere corredata da una lunga serie di documenti, tra i quali il piano, la relazione di asseverazione e la conseguente proposta, la cui predisposizione impone un'attività complessa e tempi di esecuzione lunghi.

Domanda di accesso con riserva di deposito della documentazione

Al fine di permettere al debitore (ed agli stessi creditori) di poter beneficiare della protezione conseguente al deposito della domanda anche quando non è ancora stato completato il lavoro di preparazione del piano, dell'asseverazione e della proposta, si consente al debitore di presentare domanda di accesso al concordato anche senza allegare gli stessi, ma depositando unicamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IRAP concernenti i tre esercizi precedenti, nonché l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione (art. 44).

Successiva libertà di scelta del debitore

In questo caso, il debitore chiede al tribunale di fissare un termine entro il quale poter depositare la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e l'ulteriore documentazione, oppure la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (con i relativi allegati), oppure la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione (con i relativi allegati). Il debitore, ha, infatti la facoltà di utilizzare il termine concesso dal tribunale anche per decidere se presentare poi domanda di accesso al concordato

preventivo, o, in alternativa ed essendovi le condizioni, domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, oppure ancora domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. Il deposito della domanda con riserva apre un periodo temporale che può così avere tre diversi esiti, a scelta del debitore: a) deposito della domanda di accesso al concordato; b) deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti; c) deposito della domanda di omologazione del piano di ristrutturazione.

Decreto di concessione dei termini

Il tribunale, verificata la propria competenza territoriale ed il rispetto dei requisiti formali minimi imposti dalla legge (ricorso sottoscritto dal difensore munito di procura, deposito dei bilanci o delle dichiarazioni dei tre esercizi precedenti, elenco nominativo dei creditori), fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, fino a ulteriori sessanta giorni, entro il quale depositare proposta di concordato, piano, attestazione e l'ulteriore documentazione, oppure domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, oppure domanda di omologazione del piano di ristrutturazione (art. 44, comma 1).

Effetti

Il deposito e la pubblicazione della domanda con la sola richiesta di concessione dei termini producono per il debitore, i creditori ed i contratti pendenti gli stessi effetti prodotti dal deposito della domanda di accesso completa tutti gli allegati. In particolare, per il debitore opera lo spossessamento cd. attenuato e possono chiedersi le misure protettive.

In ragione del prodursi di questi significativi effetti, sono imposte stringenti cautele e obblighi di trasparenza, ad evitare che nel termine concesso il debitore non si adoperi effettivamente per addivenire al successivo deposito della domanda di accesso al concordato o della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, o del piano di ristrutturazione, oppure addirittura utilizzi il termine per compiere atti pregiudizievoli per i creditori.

Commissario giudiziale

Con il decreto di concessione dei termini, pertanto, il tribunale nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda, oppure su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Nel concordato in continuità aziendale, nel termine concesso dal tribunale per il deposito della documentazione, il commissario giudiziale, se richiesto o in caso di concessione delle misure protettive, affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione (art. 92, comma 3).

Obblighi informativi periodici

Il tribunale dispone, inoltre, obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, e prescrive il deposito, con la medesima periodicità, di una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere.

Deposito somme per le spese della procedura

Viene, altresì, ordinato al debitore il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma per le spese della procedura, nella misura necessaria fino alla scadenza del termine fissato.

Il decreto di concessione dei termini è comunicato al debitore, al pubblico ministero ed agli eventuali richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale ed è iscritto, per estratto, nel registro delle imprese (art. 45). Avuto riguardo agli effetti prodotti ed in considerazione delle esigenze informative dei terzi, se il debitore possiede beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, il decreto di concessione dei termini, pur in mancanza di espressa previsione normativa, va prudenzialmente trascritto nei pubblici registri a cura del commissario giudiziale.

Revoca del decreto di concessione dei termini

Il tribunale, su segnalazione di un creditore, del commissario giudiziale o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta il compimento di atti di frode ai creditori oppure circostanze o condotte del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi, oppure quando vi è stata grave violazione degli obblighi informativi, oppure nel caso di mancato versamento della somma per le spese di procedura nel termine fissato (art. 44, comma 2).

Entro il termine concesso ed eventualmente prorogato, il debitore deve presentare la domanda di accesso al concordato preventivo completa di tutti gli allegati (piano, asseverazione e proposta) o la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. Se non provvede in tal senso, cessano gli effetti conseguenti alla domanda, sia nei confronti del debitore, sia nei confronti dei creditori. Inoltre, il tribunale, su ricorso di uno dei soggetti legittimati e accertati i presupposti, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 49, comma 2) o, sussistendo i requisiti dimensionali e anche d'ufficio, dichiara giudizialmente lo stato di insolvenza *ex* d.lgs. 270/1999.

7. L'apertura della procedura

Quando il debitore deposita la domanda di concordato preventivo completa di tutta la documentazione prescritta (sia che ciò avvenga direttamente, sia che ciò avvenga a seguito della concessione dei termini), il tribunale deve compiere un rigoroso controllo.

Verifiche comuni alle due tipologie di concordato

In primo luogo, il tribunale deve valutare la propria competenza territoriale. In secondo luogo, il tribunale deve accertare la sussistenza del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo. Poi, la verifica deve estendersi al rispetto dei requisiti formali richiesti per la domanda (es.: sottoscrizione da parte di un difensore munito di procura; nelle società di capitali, sottoscrizione da parte del legale rappresentante e delibera da parte dell'organo amministrativo risultante da verbale redatto da notaio e iscritta nel registro delle imprese) ed alla presenza e conformità al modello legale di tutta la documentazione prescritta (piano e relazione di asseverazione da parte di professionista indipendente, ecc.).

Svolte queste verifiche preliminari, il controllo del tribunale assume un contenuto diverso a seconda della tipologia di concordato.

Verifiche nel concordato liquidatorio

In caso di concordato liquidatorio, il tribunale deve verificare l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano (art. 47, comma 1, lett. a).

Ammissibilità della proposta

Il controllo sull'ammissibilità della proposta ha ad oggetto il rispetto dei limiti inderogabili posti dal legislatore al contenuto della proposta. In ragione di ciò, il tribunale deve verificare, ad esempio, il trattamento dei creditori privilegiati, la corretta formazione delle classi, la parità di trattamento tra creditori della stessa classe, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, la presenza degli specifici requisiti di ammissibilità previsti per i concordati liquidatori in punto di apporto di finanza esterna e di soddisfacimento dei creditori chirografari.

Fattibilità del piano

Il controllo sulla fattibilità del piano si concreta in una prognosi sulla non manifesta inettitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati. Il tribunale dovrà, quindi, svolgere una previsione sulla effettiva realizzabilità degli obiettivi del piano, ma dovrà negare l'ammissione solo laddove ritenga che l'attuazione del piano sia priva di ogni ragionevole possibilità. Se, pertanto, il tribunale ritenga improbabile, ma possibile il raggiungimento degli obiettivi, la procedura va aperta.

Verifiche nel concordato in continuità

In caso di concordato in continuità aziendale, il tribunale deve verificare la ritualità della proposta e la non manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali.

Ritualità della proposta

Il controllo sulla ritualità della proposta ha un contenuto simile, ma più ristretto rispetto a quello sull'ammissibilità. Sicuramente deve comprendere la verifica di alcuni limiti al contenuto della proposta (trattamento dei creditori privilegiati, corretta formazione delle classi, parità di trattamento tra creditori della stessa classe, rispetto delle regole in tema di soddisfazione dei crediti di lavoro), ma non si estende alla valutazione dell'osservanza dell'ordine delle cause di prelazione, che potrà essere oggetto di eventuale valutazione da parte del tribunale solo in sede di omologazione e solo nel caso in cui una o più classi siano dissenzienti (art. 112, comma 2).

Non manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori ed alla conservazione dei valori aziendali

Il controllo sulla non manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali assume contenuto simile a quello sulla fattibilità del piano. Il tribunale deve verificare che il piano, per come prospettato, non manchi di ogni possibilità minima di poter soddisfare i creditori nella misura e con la tempistica indicati dal debitore e non sia chiaramente inidoneo a raggiungere l'obiettivo della preservazione della continuità aziendale. Anche in questo caso, se il tribunale ritiene improbabile, ma possibile la soddisfazione dei creditori e la conservazione dei valori aziendali, la procedura va aperta.

In nessuna tipologia di concordato è, invece, consentito al tribunale di valutare la convenienza della proposta per i creditori. La valutazione di convenienza è rimessa ai creditori, che si esprimeranno in sede di votazione, e può essere eventualmente devoluta al tribunale solo in sede di giudizio di omologazione e nei limiti ivi previsti.

Termine per integrazioni

Quando il tribunale ritenga che non sussistano i presupposti e le condizioni per l'apertura della procedura di concordato preventivo, potrà concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano, produrre nuovi documenti o anche solo per chiarimenti (art. 47, comma 4).

Decreto di inammissibilità

Se non ritiene di concedere il termine per l'integrazione e i chiarimenti o se, anche all'esito di questo termine, accerti la mancanza dei presupposti e delle condizioni per l'apertura, il tribunale, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta (art. 47, comma 4); con la dichiarazione di inammissibilità, cessano gli effetti della domanda di accesso. In tal caso, su ricorso di uno dei soggetti legittimati e accertati i presupposti, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale o, sussistendo i requisiti dimensionali e anche d'ufficio, dichiara giudizialmente lo stato di insolvenza *ex* d.lgs. 270/1999.

Il decreto di inammissibilità è reclamabile dinanzi alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla comunicazione (art. 47, comma 5). In alternativa, il debitore, decorso il termine per proporre reclamo, può anche riproporre la domanda quando si verifichino mutamenti delle circostanze (art. 47, comma 6). L'una e l'altra possibilità (reclamo o riproposizione della domanda) sono, però, consentite solo se non vi sia stata la contestuale apertura della liquidazione giudiziale o la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza, perché in quest'ultima ipotesi potrà solo essere proposto reclamo avverso la sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale oppure opposizione avverso la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

Decreto di apertura

Quando, invece, accerta l'esistenza di tutti i presupposti e le condizioni, il tribunale dichiara con decreto l'apertura della procedura di con-

cordato preventivo (art. 47, comma 2). Con il decreto di apertura, il tribunale: a) nomina il giudice delegato; b) nomina ovvero conferma il commissario giudiziale; c) stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori; d) fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata nel caso di domanda con riserva, pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20% di tali spese, che sia determinata dal tribunale.

Il decreto di apertura va comunicato al debitore, al commissario giudiziale ed agli eventuali creditori richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale, nonché iscritto nel registro delle imprese; inoltre, se il debitore possiede beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, il decreto è trascritto nei pubblici registri a cura del commissario giudiziale (art. 93).

Sezione 3

Lo svolgimento della procedura

1. Gli organi

Organi

La procedura di concordato preventivo è gestita da una pluralità di organi, ciascuno dei quali svolge specifiche funzioni ed è titolare di autonome attribuzioni. Gli organi sono: il tribunale, il giudice delegato, il commissario giudiziale e, nel solo caso in cui si tratti di concordato che preveda la cessione di beni, il liquidatore ed il comitato dei creditori.

Tribunale

Il tribunale, che si identifica con il tribunale competente territorialmente, assume le decisioni sull'avvìo e sul termine della procedura, sia nel caso in cui questa abbia un andamento fisiologico, sia nel caso in cui abbia un andamento patologico Nel primo caso, è il tribunale a concedere i termini (art. 44), dichiarare l'apertura della procedura (art. 47) e omologare il concordato (art. 48). Nel secondo caso, è sempre il tribunale a revocare il termine (art. 44), dichiarare l'improcedibilità della procedura per il compimento di atti di frode (art. 106) o per la mancata approvazione (art. 111), dichiarare la risoluzione (art. 119) e l'annullamento (art. 120).

Il tribunale provvede anche alla nomina del giudice delegato e del commissario giudiziale e può, in ogni momento, provvedere a surrogare il giudice delegato o revocare il commissario giudiziale. Spetta, inoltre, al tribunale il compito di nominare un amministratore giudiziario e disporre la revoca per giusta causa degli amministratori della società debitrice in caso di inadempimento da parte di questi agli adempimenti previsti (art. 120-*quinquies*).

Al tribunale sono attribuiti, inoltre, poteri di autorizzazione, attraverso i quali esercita una funzione latamente amministrativa e gestoria del patrimonio del debitore. Dopo il deposito della domanda e fino al decreto di apertura, il tribunale autorizza il compimento di atti di straordinaria amministrazione del debitore e l'acquisizione di diritti di prelazione da parte dei creditori (art. 46), nonché la sospensione e lo scioglimento dei contratti pendenti (art. 97). Durante l'intera procedura, il tribunale autorizza l'alienazione e l'affitto di azienda o rami di azienda senza far luogo a pubblicità e procedure competitive (art. 94), i finanziamenti prededucibili (art. 99) ed il pagamento di crediti pregressi (art. 100). In tutte queste ipotesi, l'autorizzazione o meno da parte del tribunale si basa su una valutazione tanto di legittimità, quanto soprattutto di convenienza dell'atto per i creditori, così da dover valutare pienamente il contenuto ed il merito dello stesso.

Spettano, infine, al tribunale poteri decisori, dovendo decidere sui reclami contro i decreti del giudice delegato; il mancato richiamo legislativo alla reclamabilità dei decreti del giudice delegato nel concordato preventivo costituisce una lacuna legislativa, da colmare in via analogica attraverso il richiamo alle norme sul reclamo avverso i decreti del giudice delegato nella liquidazione giudiziale, che attribuiscono appunto il potere decisorio al tribunale.

Giudice delegato

Il giudice delegato esercita poteri di disciplina dello svolgimento della procedura, poteri di controllo e poteri di amministrazione.

I poteri di disciplina sono funzionali al corretto svolgimento della procedura di concordato e sono esercitati soprattutto in relazione alla votazione (es.: eventuale autorizzazione ad effettuare la comunicazione ai creditori mediante pubblicazione su uno o più quotidiani: art. 104, comma 4; provvedimenti sull'ammissione provvisoria dei crediti ai fini del voto: art. 108; relazione al tribunale sull'esito delle votazioni: art. 111) ed alla liquidazione dei beni (provvedimenti sulle offerte concorrenti: art. 91; provvedimenti in materia di vendite, cessioni e altri trasferimenti di beni: art. 114, comma 4).

I poteri di controllo si esercitano nei confronti dell'operato del commissario giudiziale e si esprimono nel potere di proporne la revoca al tribunale (art. 92, che richiama l'art. 134) e di deciderne i reclami contro gli atti e le omissioni (art. 92, che richiama l'art. 133).

I poteri di amministrazione consentono al giudice delegato, al pari di quanto avviene al tribunale, di esercitare un'attività in qualche modo gestoria del patrimonio del debitore. Dalla data dell'ammissione e fino al-

l'omologazione, il giudice delegato autorizza il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore (art. 94) e l'acquisizione di diritti di prelazione da parte dei creditori (art. 46), nonché la sospensione e lo scioglimento dei contratti pendenti (art. 97).

I provvedimenti del giudice delegato hanno la forma di decreto, come tali revocabili e modificabili in qualsiasi momento da parte dello stesso giudice che li ha emessi, oppure reclamabili innanzi al tribunale.

Commissario giudiziale

Il commissario giudiziale è l'organo che svolge compiti di tipo tecnico ed esecutivo.

La nomina del commissario giudiziale compete al tribunale, che vi provvede con il decreto di apertura (art. 47), o anche prima, se ha concesso i termini per il deposito di piano e proposta (art. 44). Il tribunale può, in ogni caso, provvedere anche alla revoca del commissario giudiziale, su proposta del giudice delegato o d'ufficio. Provvede, inoltre, alla sostituzione del commissario giudiziale su richiesta del debitore e dei creditori, al fine di evitare conflitti di interessi (art. 92, che richiama l'art. 135).

Possono essere nominati quali commissari giudiziali solo coloro che risultano iscritti nell'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza (art. 356). L'iscrizione in questo albo è riservata a: a) iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti, degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro; b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano iscritti negli albi ora ricordati, e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura; c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Per l'iscrizione ed il mantenimento della stessa, è necessario dimostrare di avere assolto gli obblighi di formazione, non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 c.c., non essere stati sottoposti a misure di prevenzione *ex* d.lgs. 159/2011 e non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato per determinati reati.

Ferma l'iscrizione nell'albo, il commissario giudiziale deve essere indipendente rispetto al debitore ed ai creditori nella specifica procedura in cui viene chiamato a svolgere il proprio compito, per cui non possono essere nominati il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura (art. 358, comma 2). È, altresì, richiesta l'indipendenza e l'assenza

di frequentazione assidua con magistrati, giudicanti o requirenti, del distretto di corte di appello nel quale ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale è pendente il procedimento (art. 92, che richiama il d.lgs. 159/2011).

I compiti del commissario giudiziale possono essere collocati in quattro categorie: vigilanza, informazione, ausilio e gestione.

Compiti di vigilanza

Per quanto riguarda i compiti di vigilanza, sono esercitati nei confronti del debitore. Al riguardo, il commissario giudiziale vigila sulla condotta e l'attività del debitore durante il termine concesso per il deposito del piano e della proposta (art. 44), sull'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa del debitore dalla data di deposito della domanda di accesso fino all'omologazione (art. 94), sull'eventuale compimento di atti di frode (art. 106) e sull'esecuzione del concordato omologato (art. 118).

Compiti informativi

Per quanto riguarda i compiti informativi, sono molto vari ed esercitati talvolta in favore dei creditori o dei terzi, altre volte in favore del tribunale, del giudice delegato o del pubblico ministero. Per i primi, si possono ricordare, tra l'altro, l'invio ai creditori ed ai terzi che ne hanno fatto richiesta delle informazioni utili per la presentazione di proposte o offerte concorrenti (art. 92), la convocazione dei creditori per il voto (art. 104), la predisposizione e invio della relazione sulle cause del dissesto e sulla proposta di concordato (art. 105), la predisposizione e l'invio della relazione con l'allegato elenco dei creditori legittimati al voto (art. 107), l'avviso ai creditori del mutamento delle condizioni di fattibilità del piano (art. 110). Per i secondi, si possono segnalare, tra l'altro, la comunicazione al pubblico ministero dei fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 92), la predisposizione della relazione sull'esito delle operazioni di voto (art. 110), l'informativa al tribunale sul compimento di atti di frode (art. 106) e sulle omissioni o inerzie del debitore nel dare esecuzione alla proposta omologata (art. 118).

Compiti di ausilio

Per quanto riguarda i compiti di ausilio, rientrano i pareri che il commissario giudiziale è chiamato a rendere (es.: artt. 48 e 99), le attività da compiere nel caso di offerte concorrenti (art. 91), la trascrizione nei pubblici registri del decreto di apertura (art. 93), l'annotazione sotto l'ultima scrittura contabile (art. 103), le attività in sede di votazione dirette a predisporre l'elenco dei creditori, ricevere i voti ed effettuare i conteggi (artt. 107-110). Inoltre, nel concordato in continuità aziendale, nel termine concesso dal tribunale in caso di domanda con riserva, il commissario giudiziale, se richiesto o laddove siano concesse le misure protettive, affianca il debitore e i creditori nella negoziazione del piano formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione (art. 92, comma 3).

Compiti gestori

Per quanto riguarda i compiti gestori diretti, sono limitati e di carattere eccezionale. La regola è, infatti, che il commissario giudiziale non abbia poteri di gestione o amministrazione del patrimonio del debitore, che rimangono in capo al debitore fino all'omologazione e che, nella fase di

esecuzione, competono sempre allo stesso debitore (nei concordati in continuità) o al liquidatore giudiziale (nei concordati liquidatori). Vi è, però, un'eccezione nella fase di esecuzione: nel caso in cui il tribunale accerti che il debitore non stia provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne stia ritardando il compimento, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti (art. 118, comma 4). In questa ipotesi, il commissario giudiziale dispone di poteri di gestione e di amministrazione diretti del patrimonio del debitore, ma si tratta, come detto, di un'eccezione rispetto alla diversa e opposta regola generale.

Il commissario giudiziale, che per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni è pubblico ufficiale, deve adempiere ai doveri del proprio ufficio con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. In caso di violazione del dovere di diligenza, il commissario giudiziale si espone a responsabilità risarcitoria nei confronti della massa dei creditori (art. 92, che richiama l'art. 136).

Considerando la complessità dei compiti attribuiti, al commissario giudiziale compete un compenso (art. 92, che richiama l'art. 137), che viene liquidato dal tribunale sulla base di parametri ministeriali, che tengono conto della tipologia di concordato, dell'ammontare dell'attivo e del passivo, nonché della qualità dell'opera prestata, con possibilità di accordare acconti prima del completamento dell'incarico.

Ambito di applicazione della nomina del liquidatore e del comitato dei creditori

Il liquidatore ed il comitato dei creditori sono organi del concordato preventivo, ma con due particolarità. In primo luogo, vengono nominati solo se il concordato consiste nella cessione dei beni e non in tutte le tipologie di concordato; in secondo luogo, vengono nominati nella sentenza di omologazione e, pertanto, svolgono le loro funzioni solo nella fase di esecuzione e non anche in tutte le fasi precedenti.

Malgrado la non chiara formulazione letterale della norma, che fa riferimento al "concordato [che] consiste nella cessione dei beni" (art. 114), è preferibile ritenere che il liquidatore ed il comitato dei creditori vadano nominati non solo nel caso di concordato liquidatorio, ma anche nei concordati in continuità aziendale che prevedano la liquidazione di beni non strumentali all'attività d'impresa (continuità diretta) o la cessione o disposizione dell'intera azienda (continuità indiretta) (vedi anche art. 84, comma 8). In caso di concordato in continuità aziendale, però, i compiti del liquidatore saranno limitati esclusivamente alla liquidazione dei beni prevista nel piano.

Liquidatore

Il liquidatore è nominato dal tribunale con la sentenza di omologazione (nei casi sopra individuati). Per quanto riguarda i requisiti per la nomina, la revoca, la responsabilità ed il compenso e il rendiconto, trovano applicazione le stesse norme previste per il curatore nella procedura di liquidazione giudiziale (art. 114, comma 2), alla cui trattazione si rinvia (cap. IX, sez. 2, par. 5 e sez. 10, par. 4).

Compito del liquidatore è quello di procedere alla liquidazione dell'attivo ed alla successiva ripartizione tra i creditori.

Per quanto riguarda la liquidazione, il liquidatore può compiere tutti gli atti necessari (es.: vendita, conferimento; incasso crediti; esercizio azioni recuperatorie e/o risarcitorie; transazioni, ecc.), rispettando le modalità ed i limiti previsti nella sentenza di omologazione e nella legge. A tal fine, il liquidatore esercita, o se pendente, prosegue ogni azione dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti (art. 115). Il potere di amministrazione e disposizione del liquidatore giudiziale è, ovviamente, limitato ai beni che, secondo le previsioni della proposta, sono destinati alla liquidazione.

Per quanto riguarda la ripartizione, il liquidatore deve provvedere a ripartire il ricavato della liquidazione tra i creditori concordatari, o comunque a soddisfare gli stessi, secondo le previsioni della proposta.

In funzione strumentale ai compiti attribuiti, al liquidatore compete anche la legittimazione processuale attiva e passiva, ma limitata alle sole controversie relative a questioni liquidatorie di beni destinati ai creditori e distributive del ricavato; nelle altre controversie, la legittimazione processuale resta in capo al debitore.

Comitato dei creditori

Il comitato dei creditori è nominato dal tribunale con la sentenza di omologazione (nei casi sopra individuati). Per quanto riguarda i requisiti per la nomina, la revoca, la responsabilità ed il compenso, trovano applicazione, in quanto compatibili, le stesse norme previste per il comitato dei creditori nella liquidazione giudiziale (art. 114, comma 3), alla cui trattazione si rinvia (cap. IX, sez. 2, par. 6). L'unica differenza si rinviene nel potere di sostituzione dei componenti del comitato dei creditori, che nel concordato preventivo compete sempre al tribunale.

Compito del comitato dei creditori è di "assistere alla liquidazione" (art. 114, comma 1), svolgendo funzioni di vigilanza sull'attività del liquidatore giudiziale ed esprimendo pareri nei casi previsti dalla legge e dalla sentenza di omologazione, oppure quando richiesto dal tribunale o dal giudice delegato.

2. Gli effetti dell'apertura della procedura

L'apertura della procedura determina effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei contratti pendenti.

Effetti nei confronti del debitore

Nei confronti del debitore, si conferma il cd. "spossessamento attenuato" che si è già prodotto con il deposito della domanda, ma con alcune differenze disciplinari. Il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, ma sotto la vigilanza del commissario giu-

diziale: gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti liberamente e senza vincoli da parte del debitore, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato (art. 94). In particolare, i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione devono essere autorizzati dal giudice delegato (art. 94, comma 2). Il giudice delegato dovrà valutare la convenienza dell'atto per i creditori, potendo concedere l'autorizzazione, sentito il commissario giudiziale, solo se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 94, comma 3).

Per ridurre l'incertezza in ordine alla distinzione tra atti di ordinaria amministrazione e straordinaria amministrazione, il tribunale, nel decreto di apertura o con successivo decreto, può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione (art. 94, comma 4).

Gli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza l'autorizzazione del giudice delegato sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato (art. 94, comma 2) e determinano, inoltre, l'apertura del procedimento per la revoca dell'ammissione (art. 106, comma 2). Quando, invece, l'atto è legalmente compiuto dal debitore durante la procedura di concordato (atti di ordinaria amministrazione; atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal giudice delegato) i crediti di terzi sorti per effetto di essi sono non solo efficaci, ma anche prededucibili.

Effetti nei confronti dei creditori

Nei confronti dei creditori, permane il divieto per i creditori per titolo o causa anteriore alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore. Questo effetto, come visto, si verifica già a partire dalla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso, ma solo se il debitore ne abbia fatto richiesta nella stessa e subordinatamente alla conferma da parte del tribunale (art. 54).

Effetti nei confronti dei contratti pendenti

Nei confronti dei contratti pendenti, si conferma la possibilità di chiedere la sospensione o lo scioglimento dei contratti, già operante a partire dal deposito della domanda di accesso al concordato preventivo. L'unica differenza è che, dopo il decreto di apertura, l'autorizzazione è concessa dal giudice delegato (art. 97, comma 5). Continuano ad essere applicabili, inoltre, le disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale (art. 94-*bis*).

3. I finanziamenti prededucibili

Vantaggi e rischi dei finanziamenti prededucibili

Quando il piano di concordato prevede la continuità aziendale, le effettive possibilità di prosecuzione dell'attività di aziendale dipendono anche dalla disponibilità di risorse finanziarie da parte del debitore. Poiché è improbabile che il debitore in crisi che accede al concordato abbia sufficienti risorse proprie, risulta spesso essenziale il ricorso al sistema bancario e finanziario, che però è restio a supportare il debitore, in ragione del rischio di un rimborso non integrale delle proprie esposizioni, sia nel caso in cui il concordato venga omologato, sia nel caso in cui non abbia esito positivo e venga aperta la liquidazione giudiziale. Per superare questa difficoltà, il legislatore agevola il ricorso ai finanziamenti in funzione o in esecuzione del concordato preventivo, riconoscendo al finanziatore il rango prededucibile del proprio credito. Vi è però anche il rischio opposto: la prededuzione riconosciuta ai nuovi finanziamenti rischia di pregiudicare i creditori anteriori, perché in caso di esito negativo del concordato il già insufficiente attivo del debitore verrà assorbito in modo significativo proprio da questi crediti prededucibili, rimanendo ben poco per il soddisfacimento degli altri creditori. Per garantire un corretto equilibrio tra le contrapposte esigenze, il riconoscimento della prededuzione per i nuovi finanziamenti è subordinato al rispetto di un rigoroso procedimento e ad un controllo giudiziale.

I finanziamenti prededucibili si distinguono in due categorie: i finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione ed i finanziamenti in esecuzione del concordato.

Finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione

Partiamo dai finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione (art. 99). Il debitore, unitamente alla domanda di accesso al concordato preventivo, quando è prevista la continuità dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, può chiedere con ricorso al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito del piano e della proposta, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo ovvero all'apertura e allo svolgimento della procedura e in ogni caso strumentali alla miglior soddisfazione dei creditori.

La forma tecnica dei finanziamenti prededucibili di cui si chiede l'autorizzazione può essere qualsiasi, in base alle caratteristiche e necessità dell'impresa. Si potrà chiedere, ad esempio, l'autorizzazione a contrarre un mutuo, un'apertura di credito, l'apertura o il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti (la banca anticipa al debitore l'importo delle fatture dietro la cessione in proprio favore del credito derivante dalla fattura stessa e/o il mandato all'incasso del credito stesso), l'emissione di garanzie. Quale ulteriore incentivo per il finanziatore, il debitore può, inoltre,

chiedere al tribunale di essere autorizzato a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati.

Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, precisare che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti e indicare le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura. Inoltre, il ricorso deve essere accompagnato dalla relazione di un professionista indipendente, che attesti la sussistenza dei requisiti richiesti, nonché che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. La relazione non è, però, necessaria quando il tribunale ravvisa l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale.

Il tribunale, assunte sommarie informazioni, sentito il commissario giudiziale e, se lo ritiene opportuno, sentiti senza formalità i principali creditori, decide con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione.

Per evitare abusi, è però previsto che, in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che: a) il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi, oppure omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano queste circostanze.

Finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda

Lo stesso procedimento si applica per i finanziamenti già erogati in funzione della presentazione della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo e, quindi, concessi prima del deposito della domanda di accesso. In tal caso, è necessario che i finanziamenti siano previsti dal relativo piano e che la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo.

Finanziamenti in esecuzione del concordato preventivo

Diversi per tempistica e procedimento sono i finanziamenti in esecuzione del concordato preventivo (art. 101). La prededuzione spetta, pur in mancanza di autorizzazione del tribunale, ai crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l'emissione di garanzie, in esecuzione di un concordato preventivo in continuità aziendale. L'unica condizione è che i suddetti finanziamenti siano espressamente previsti nel piano allegato alla domanda di accesso: in tal modo, si può dire che il tribunale (mediante il controllo in sede di ammissione ed omologazione) e gli stessi creditori (mediante il voto) si siano comunque implicitamente espressi in senso positivo anche su questi finanziamenti che erano previsti nel piano di concordato. Anche qui, per evitare abusi, in caso di successiva ammissione del debitore alla procedura di liquidazione giudiziale, i predetti finanziamenti non beneficiano della prededuzione quando il piano di concordato preventivo risulta, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze.

Finanziamenti prededucibili dei soci

La disciplina di favore per i finanziamenti prededucibili nel concordato opera anche quando gli stessi siano erogati dai soci. In deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., che prevedono a determinate condizioni la postergazione dei finanziamenti soci, il beneficio della prededuzione si applica ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, fino all'80% del loro ammontare. Il medesimo beneficio opera per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo. Resta fermo, ovviamente, che il beneficio della prededuzione spetta ai finanziamenti dei soci solo nel rispetto del procedimento ed in presenza delle condizioni di legge previste per i finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione e per i finanziamenti in esecuzione.

4. Proposte e offerte concorrenti

Finalità

Il grado di soddisfazione dei creditori dipende, come visto, dal contenuto della proposta presentata dal debitore e, nel caso in cui si preveda la liquidazione di determinati beni, dall'effettivo importo ricavato dalle programmate vendite. Al fine di massimizzare la soddisfazione per i creditori, il legislatore consente a terzi soggetti di poter presentare proposte di concordato in concorrenza con quella del debitore o di poter partecipare alle procedure di vendita dei beni, nella consapevolezza che l'apertura al mercato e la competizione migliorano i risultati per i creditori.

Differenze tra proposte concorrenti e offerte concorrenti

Questa è la finalità perseguita dagli istituti delle "proposte concorrenti" e delle "offerte concorrenti", le quali, malgrado la sostanziale identità di finalità perseguita, non vanno confuse tra di loro. Le proposte concorrenti sono proposte di concordato che, a determinate condizioni, i terzi soggetti possono presentare ai creditori concordatari in competizione con la proposta del debitore; le offerte concorrenti sono offerte che i terzi sono legittimati a presentare in competizione con offerte irrevocabili di beni comprese nel piano di concordato. Mentre le proposte concorrenti, quindi, riguardano necessariamente l'intera proposta di concordato, comprensiva dell'intero attivo e passivo, le offerte concorrenti riguardano singoli beni da acquistare.

Proposte concorrenti

Partiamo dalle proposte concorrenti (art. 90). I creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti possono presentare una proposta concorrente fino a trenta prima della data iniziale stabilita per la votazione dei creditori. Anche i soci che rappresentano almeno il 10% del capitale sociale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti (art. 120-*bis*, comma 5). Il procedimento, che di seguito si esamina, è uguale sia quando la proposta concorrente è presentata dai creditori, sia quando è presentata dai soci.

La proposta concorrente, si badi, può essere presentata solo dopo che il debitore abbia presentato la sua proposta di concordato e che la procedura sia stata aperta; se il debitore non deposita la propria domanda di concordato, i creditori ed i soci non sono legittimati a presentare proposte concorrenti. Il debitore rimane, infatti, l'unico titolare del potere esclusivo di decidere se scegliere la strada concordataria; solo laddove il debitore decida autonomamente di depositare la domanda di concordato, si apre la possibilità per i creditori ed i soci di presentare eventuali proposte concorrenti.

Tempistica

Anche in ragione di quanto sopra, esiste una "ristretta" finestra temporale entro la quale è consentito presentare una proposta concorrente. La presentazione di proposte concorrenti è consentita a partire dall'apertura della procedura di concordato preventivo del debitore e non oltre trenta giorni prima della data iniziale stabilita per la votazione dei creditori. In quest'ambito temporale potrebbero, in astratto, essere presentate anche plurime proposte concorrenti, perché non è escluso che diversi creditori o gruppi di creditori decidano ciascuno di avanzare una proposta.

La legittimazione a presentare proposte concorrenti è attribuita, come visto, ai creditori ed ai soci.

Legittimazione dei creditori

Per quanto riguarda i creditori, sono legittimati uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda, rappresentino almeno il 10% dei crediti complessivi. Attraverso la fissazione di questa soglia percentuale si vuole evitare che la proposta concorrente venga avanzata da concorrenti del debitore, interessati a rilevare i complessi aziendali o, comunque, ad eliminare dal mercato un proprio competitore, oppure da soggetti "disturbatori", interessati unicamente a conseguire indebiti vantaggi personali dal debitore sotto la minaccia della presentazione di proposte concorrenti.

Per evitare che tale percentuale del 10% dei crediti diventi un ostacolo troppo alto, ai fini del computo della percentuale non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo.

La presentazione di una proposta concorrente, proprio per la sua natura competitiva, deve provenire da parte di creditori che siano estranei al debitore e non legati allo stesso da legami di tipo familiare o patrimoniale. Per questo, si prevede che la proposta concorrente non possa essere presentata

dal debitore, neppure per interposta persona, dal coniuge, dalla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso o dal convivente di fatto del debitore, da parenti e affini entro il quarto grado e da parti correlate.

Legittimazione dei soci

Per quanto riguarda i soci, possono presentare la proposta concorrente i soci che rappresentano almeno il 10% del capitale sociale della società debitrice. Questa limitazione della legittimazione ai soli soci che rappresentino una certa percentuale del capitale sociale si spiega con la volontà di evitare eventuali condotte emulative o di mero disturbo di soci di estrema minoranza, che potrebbero presentare o paventare la presentazione di proposte concorrenti solo per negoziare con gli amministratori ed i soci di controllo propri vantaggi personali.

Condizione di ammissibilità

Non sempre è possibile presentare una proposta concorrente, in quanto è prevista una specifica condizione di ammissibilità. Le proposte concorrenti non sono, infatti, ammissibili se il professionista indipendente attesta nella propria relazione che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari; questa percentuale è ridotta al 20% nel caso in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata. L'introduzione di questa condizione di ammissibilità delle proposte concorrenti, legata alla misura di soddisfacimento dei creditori, evidenzia la funzione di *moral suasion* attribuita all'istituto, funzionale a sanzionare proposte di concordato eccessivamente punitive per i creditori: se il debitore offre ai creditori una percentuale "ragionevole", non ha da temere la presentazione di proposte concorrenti; se, al contrario, la percentuale offerta ai creditori è molto bassa, si espone al rischio delle proposte concorrenti. La previsione di soglie ridotte per il caso di utile avvio della composizione negoziata rappresenta, invece, un ulteriore incentivo per l'utilizzo di questo percorso per il superamento della crisi.

Contenuto della proposta e del piano

Il soggetto che presenta la proposta concorrente è libero di determinare il contenuto della proposta e del connesso piano, con la stessa autonomia e negli stessi limiti previsti per ogni piano e proposta di concordato. Non è necessario, in particolare, che la proposta concorrente sia omogenea rispetto a quella del debitore, potendo differenziarsi sia per quanto riguarda il piano (es.: il piano a base della proposta del debitore è in continuità aziendale; il piano a base della proposta concorrente è liquidatorio), sia per quanto riguarda la proposta propriamente detta (es.: la proposta del debitore prevede il pagamento in danaro per i creditori chirografari; la proposta concorrente prevede modalità di soddisfazione diverse dal pagamento in danaro).

Relazione di attestazione

In allegato alla proposta concorrente deve essere presentata, oltre al piano, anche la relazione di attestazione dell'esperto indipendente, che non deve comprendere l'attestazione di veridicità dei dati aziendali (già oggetto dell'asseverazione allegata alla proposta del debitore), ma può

essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, potendo finanche essere del tutto omessa qualora non ve ne siano. Ovviamente, se il piano alla base della proposta concorrente è differente rispetto a quello a base della proposta del debitore, la relazione di attestazione sulla fattibilità del piano non può mancare.

Controllo preliminare del tribunale

Anche la proposta concorrente, al pari della proposta del debitore, deve essere soggetta ad un controllo preliminare da parte del tribunale. Questa verifica è prevista espressamente per il solo caso di suddivisione in classi al fine di verificare la correttezza dei criteri di formazione delle classi, ma va ritenuta doverosa con riferimento a tutti i profili che sono oggetto del vaglio del tribunale sulla proposta del debitore in sede di apertura, non potendo essere sottoposta al voto dei creditori una proposta concorrente illegittima.

Nel caso in cui ritenga ammissibile la proposta concorrente, la proposta concorrente verrà sottoposta al voto in competizione con quella del debitore e saranno i creditori a decidere se approvare l'una, l'altra o nessuna (sulla disciplina della votazione sulle proposte concorrenti e sull'esecuzione della stessa vedi sez. 4, par. 5 e sez. 6, par. 1 in questo capitolo).

Offerte concorrenti

Le offerte concorrenti si differenziano, come detto, dalle proposte concorrenti, perché hanno ad oggetto esclusivamente l'acquisto di singoli beni dietro il pagamento di un prezzo (art. 91). Esse hanno la funzione di evitare che il trasferimento di beni in ambito concordatario avvenga senza una reale apertura al mercato, e ciò anche quando il piano di concordato presentato dal debitore comprenda già un'offerta irrevocabile di acquisto di beni da parte di un soggetto. Per evitare che l'omologazione determini automaticamente il trasferimento del bene in favore dell'originario offerente senza una competizione, è previsto che anche in questi casi debbano ricercarsi offerte di acquisto concorrenti. Se, all'esito dell'eventuale acquisizione di offerte concorrenti e della gara, risulti prevalente un'offerta diversa rispetto a quella inizialmente compresa nel piano, il debitore è obbligato a modificare di conseguenza la proposta ed il piano.

Procedimento

Pertanto, quando il piano di concordato comprende un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato e avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, oppure l'affitto dell'azienda, il tribunale o il giudice da esso delegato dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti.

Se, a seguito della pubblicità, non pervengono offerte irrevocabili o anche solo manifestazioni di interesse non vincolanti, vuol dire che il mercato non è interessato; di conseguenza, per evitare inutili rallentamenti e costi inutili, si procede con l'originaria offerta senza aprire una procedura competitiva.

Se, invece, pervengono quantomeno manifestazioni di interesse, che per quanto non vincolanti siano connotate da concretezza e serietà, il tribunale o il giudice da esso delegato dispongono con decreto l'apertura della vera e propria procedura competitiva.

In tal caso, le offerte sono rese pubbliche nel giorno stabilito per la gara alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato. Se sono state presentate più offerte migliorative, si procede alla gara tra gli offerenti, che deve concludersi almeno venti giorni prima della data fissata per il voto dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione.

La gara può concludersi con la prevalenza dell'originario offerente o con la prevalenza del terzo che abbia presentato un'offerta concorrente. Nel primo caso, l'offerta dell'originario offerente resta efficace e si dovrà procedere alla vendita nei tempi e nelle forme previste nel piano. Nel secondo caso, ossia laddove prevalga un soggetto diverso dall'originario offerente indicato nel piano, l'offerta di quest'ultimo perde efficacia ed il commissario dispone il rimborso in suo favore delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione dell'offerta entro il limite massimo del 3% del prezzo in essa indicato; il debitore, inoltre, dovrà modificare la proposta ed il piano in conformità all'esito della gara.

5. Le attività informative e di controllo

Dopo il decreto di apertura della procedura e prima della votazione, sono imposte al commissario giudiziale una serie di attività, volte, da un lato, ad assicurare una completa informazione dei creditori ai fini dell'esercizio del diritto di voto e, dall'altro lato, a verificare la perdurante presenza delle condizioni di ammissibilità.

Scritture contabili

Immediatamente dopo il decreto di apertura del concordato preventivo, il commissario giudiziale ne fa annotazione sotto l'ultima scrittura dei libri presentati; i libri vengono successivamente restituiti al debitore, che deve tenerli a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale (art. 103).

Avviso ai creditori

Il commissario giudiziale deve poi procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori sulla scorta delle scritture contabili, apportando le necessarie rettifiche, e provvedere a comunicare ai creditori risultanti dall'elenco rettificato il piano e un avviso contenente la data iniziale e finale del voto dei creditori, la proposta del debitore, il decreto di apertura, il suo indirizzo di posta elettronica certificata oppure un recapito certificato, e l'invito ad indicare un indirizzo di posta elettronica certificata, le cui variazioni è onere comunicare al commissario (art. 104). L'avviso va spedito a mezzo posta elettronica certificata, se

il destinatario ha un indirizzo digitale e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata spedita presso la sede dell'impresa o la residenza del creditore. Per rendere più veloci e meno costose le attività informative, tutte le successive comunicazioni ai creditori sono effettuate dal commissario a mezzo posta elettronica certificata o, per i creditori che non abbiano comunicato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata, mediante deposito in cancelleria.

Verifiche del commissario

A seguire, il commissario giudiziale deve provvedere ad una verifica dei dati aziendali del debitore, della fattibilità del piano e del contenuto della proposta. Si tratta di una doverosa attività di vigilanza e controllo, che viene svolta anche quale ausiliario tecnico del tribunale e del giudice delegato. Nell'adempimento di questo compito, il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio ed esamina sia la documentazione allegata alla domanda di concordato, sia l'ulteriore documentazione acquisita d'ufficio dalla cancelleria mediante collegamento alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto Nazionale di previdenza sociale e del Registro delle imprese (artt. 42 e 367), sia ogni altra documentazione che ritenga utile consultare.

Relazione particolareggiata

All'esito di questi controlli, il commissario giudiziale redige una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, precisando se l'impresa si trovi in stato di crisi o di insolvenza, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, illustrando le utilità che, in caso di liquidazione giudiziale, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi (art. 105). La relazione è depositata in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori e trasmessa ai creditori nello stesso termine, oltre che inviata al pubblico ministero.

Qualora siano depositate proposte concorrenti, il commissario giudiziale riferisce in merito ad esse con relazione integrativa, nella quale opera anche una comparazione tra tutte le proposte depositate. Questa relazione integrativa è depositata in cancelleria, comunicata ai creditori almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori e trasmessa al pubblico ministero.

Una relazione integrativa va redatta e comunicata ai creditori, almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori, nonché trasmessa al pubblico ministero, anche qualora, successivamente al deposito della prima relazione, emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto.

Atti di frode

L'attività di verifica del commissario giudiziale potrebbe anche condurre ad un'anticipata interruzione della procedura di concordato preventivo, qualora emergano criticità nella condotta del debitore o carenza delle condizioni di ammissibilità (art. 106). Se, infatti, il commissario giudiziale accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode (questi ultimi intesi come atti potenzialmente pregiudizievoli ai creditori compiuti dal debitore prima del deposito della domanda di accesso e non compiutamente esposti nella domanda di accesso), deve riferirne immediatamente al tribunale. Allo stesso modo si procede anche quando il debitore non abbia effettuato tempestivamente il deposito delle somme per le spese della procedura, oppure se compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato.

Ricevuta la segnalazione, il tribunale ne dà comunicazione al pubblico ministero e, a mezzo del commissario giudiziale, ai creditori. Si apre così una fase nella quale, in contraddittorio con lo stesso debitore, il tribunale deve accertare se le circostanze segnalate dal commissario giudiziale sussistono effettivamente o meno. Se ritiene che le circostanze sussistano, il tribunale dispone con decreto la revoca dell'apertura del concordato e, su istanza di un creditore o su richiesta del pubblico ministero e accertati i presupposti, dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale dei beni del debitore. Se, al contrario, il tribunale ritiene che le circostanze non sussistano o non siano rilevanti, la procedura di concordato preventivo prosegue regolarmente.

6. Le eventuali modifiche del piano e della proposta

Nozione

Nel corso della procedura, il debitore potrebbe decidere di modificare il piano o la proposta di concordato. Varie possono essere le ragioni alla base (es.: circostanze sopravvenute che consentono di migliorare le condizioni; tentativo di far fronte ad una sopraggiunta proposta concorrente) e vario può essere il contenuto delle modifiche. Può essere modificata la proposta, in punto di ammontare, modalità e tempistica di ciò che si offre ai creditori, oppure può essere modificato il piano, in punto di attività previste per il reperimento delle risorse finanziarie, oppure (ipotesi più frequente) possono modificarsi, *in melius* o *in peius*, tanto la proposta, quanto il piano. Analoga facoltà di modifica della proposta e del piano è riconosciuta, inoltre, a chi abbia presentato una proposta concorrente.

Vi sono, però, limiti e conseguenze dell'eventuale modifica del piano e della proposta.

Limiti

Il limite è di tipo temporale. Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a venti giorni prima della votazione dei creditori (art. 90, comma 8).

Conseguenze

La prima conseguenza è relativa alla relazione di attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano. In caso di modifiche sostanziali della proposta e del piano, va depositata una nuova relazione di attestazione (art. 87, comma 3), perché evidentemente la relazione precedente risulta essere ormai non più attuale ed utile in ragione delle intervenute modifiche.

La seconda conseguenza attiene al controllo del tribunale. A seguito della modifica del piano e della proposta, il tribunale deve compiere una nuova verifica sugli stessi. L'ambito di questo controllo è conseguenza diretta dell'ampiezza delle modifiche apportate, potendo essere minimale o meramente implicito nel caso di modifiche formali o solo numeriche (es.: incremento della percentuale di soddisfacimento) e più intenso nel caso di modifiche sostanziali (es.: sostituzione di un pagamento in danaro con una *datio in solutum* di beni). Particolarmente attento deve essere il vaglio del tribunale nel caso in cui la modifica del piano comporti addirittura il passaggio da una tipologia di concordato ad un'altra (es.: da un concordato in continuità aziendale ad uno liquidatorio), perché diverse sono le condizioni di ammissibilità nelle varie tipologie e la modifica successiva del piano non può certo rappresentare strumento per fin troppo agevoli elusioni dei presupposti di legge. Nel caso in cui il tribunale ritenga che, a seguito delle modifiche, sono venute meno le condizioni prescritte per l'apertura, dovrà aprire il procedimento *ex* art. 106 per la revoca del concordato, mancando le condizioni di ammissibilità per l'apertura del concordato.

La terza conseguenza è che, laddove il piano o la proposta vengano modificati dopo che il commissario giudiziale abbia trasmesso la proposta relazione, questi sarà tenuto a redigere e comunicare ai creditori una relazione integrativa, sia pure limitata ai soli profili oggetto di modifica.

Sezione 4

Il voto

1. Premessa

Fase preparatoria e fase di voto

Il procedimento di votazione si compone di due fasi in successione. Vi è una prima fase cd. preparatoria, che ha la funzione sia di garantire la massima informazione possibile per i creditori, sia di consentire il confronto ed il contraddittorio tra tutti i soggetti interessati in ordine all'ammissibilità e convenienza della proposta (o delle proposte) ed alle eventuali contestazioni sui crediti concorrenti. Vi è, poi, una seconda fase, nella

quale i creditori esercitano il voto ed avviene il conteggio degli stessi per verificare se siano state raggiunte o meno le maggioranze prescritte.

Assenza dell'adunanza

Prima di esaminare nel dettaglio il procedimento va compiuta una precisazione preliminare. Nel concordato preventivo non è prevista un'adunanza o un'assemblea dei creditori, ossia una riunione nella quale, allo stesso giorno ed allo stesso orario, i creditori si riuniscono, di persona o con modalità telematica, per discutere della proposta e per esercitare il voto, come accade per esempio nelle assemblee delle società per azioni. Nulla di tutto questo avviene nel concordato preventivo, dove tanto la fase preparatoria di informazione e discussione, quanto la fase del voto vero e proprio avvengono in una forma che potremmo definire "cartolare", mediante la trasmissione a distanza di atti e documenti tra il commissario e le parti interessate.

2. La fase preparatoria al voto dei creditori

Relazione del commissario giudiziale

La fase preparatoria comincia con la predisposizione da parte del commissario giudiziale di una relazione, nella quale formula le sue osservazioni sulla proposta del debitore e sulle eventuali proposte concorrenti dei creditori. Questa relazione va inviata, almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto, ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati, oltre che depositata nella cancelleria del giudice delegato. Alla relazione è allegato, ai soli fini della votazione, l'elenco dei creditori legittimati al voto, con indicazione dell'ammontare per cui sono ammessi (art. 107, comma 3).

L'invio di questa relazione (che non va confusa con la relazione particolareggiata *ex* art. 105 che va trasmessa almeno quarantacinque giorni prima della data iniziale) assolve una funzione informativa per i creditori, funzionale anche e soprattutto a favorire il contraddittorio tra le parti interessate.

Osservazioni e contestazioni

Almeno dieci giorni prima della data iniziale stabilita per il voto, infatti, il debitore, coloro che hanno formulato proposte alternative, i creditori, i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso possono formulare osservazioni e contestazioni a mezzo di posta elettronica certificata indirizzata al commissario giudiziale (art. 107, comma 4). Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibili o convenienti le proposte di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti. Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti e può esporre le ragioni per le quali ritiene non ammissibili o non fattibili le eventuali proposte concorrenti.

Per garantire la massima trasparenza, il commissario giudiziale deve

dare comunicazione ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati delle osservazioni e contestazioni pervenute, provvedendo ad informarne il giudice delegato (art. 107, comma 5). In ragione delle esigenze che caratterizzano questa fase, il commissario non può limitarsi a inviare una mera sintesi delle osservazioni e contestazioni pervenute, ma deve trasmettere copia integrale delle stesse.

Relazione definitiva del commissario giudiziale

Esaminate le osservazioni e contestazioni, il commissario giudiziale deposita la propria relazione definitiva e la comunica ai creditori, al debitore ed agli altri interessati almeno sette giorni prima della data iniziale stabilita per il voto (art. 107, comma 6). In questa relazione definitiva il commissario esprimerà le proprie valutazioni sulla proposta del debitore e sulle eventuali proposte concorrenti, nonché in ordine all'elenco dei creditori legittimati al voto. A tal fine, anche a questa relazione definitiva dovrà essere nuovamente allegato l'elenco, eventualmente rivisto ed emendato, dei creditori legittimati al voto, con l'indicazione dell'ammontare per cui sono ammessi.

Elenco dei creditori legittimati al voto

È importante soffermarsi adesso su questo elenco dei creditori legittimati al voto. Nel concordato preventivo manca una fase di accertamento del passivo sul modello di quella presente nella procedura di liquidazione giudiziale (sulla quale vedi cap. IX, sez. 8), nella quale accertare e decidere l'ammontare ed il rango di tutti i crediti ai fini della partecipazione al concorso; ogni questione relativa ad esistenza, importo e natura dei crediti vantati nei confronti del debitore in concordato preventivo è così rimessa agli ordinari giudizi di cognizione ordinaria. Poiché, tuttavia, i creditori devono votare sulla proposta di concordato e perché il voto di ciascuno è parametrato sull'ammontare del credito da ciascuno vantato, è comunque necessario anche nel concordato preventivo accertare ammontare e rango dei crediti, sia pure ai soli ed esclusivi fini della votazione. A tal fine, pertanto, viene predisposto da parte del commissario giudiziale il sopra descritto elenco dei creditori legittimati al voto, che va trasmesso ai creditori almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto e poi, eventualmente rivisto a seguito delle osservazioni e contestazioni da parte di debitore, creditori o interessati, reinviato nuovamente almeno sette giorni prima della data iniziale.

Decisione sulle contestazioni

L'elenco predisposto dal commissario giudiziale è, però, solo una proposta, perché l'organo competente a decidere sulle contestazioni sui crediti concorrenti e, in generale, sulla legittimazione al voto dei creditori è il giudice delegato, quale organo chiamato a garantire, in tutta la fase che precede l'omologazione, la regolarità della procedura. Sarà, quindi, il giudice delegato, non il commissario giudiziale, a dover decidere se accogliere la contestazione presentata da un altro creditore o dal debitore, e per l'effetto escludere in tutto o in parte il credito dalla votazione, oppure se rigettare la contestazione. Decisione sull'esclusione o sull'ammissione

del credito alla votazione che dovrà tenere conto non solo delle questioni attinenti all'esistenza ed all'importo dello stesso (es.: Tizio è riconosciuto creditore ai fini del voto? è considerato creditore per l'importo di € 10mila o di € 15mila?), ma anche di tutte le questioni sulla legittimazione al voto (es.: Tizio, pur essendo creditore, è legittimato al voto o esistono motivi di esclusione dal voto?).

Ammissione al voto

È, pertanto, il giudice delegato a dover adottare un formale provvedimento in materia di ammissione dei creditori al voto. All'esito di questo provvedimento del giudice delegato, viene redatto un nuovo elenco dei creditori legittimati al voto (con la suddivisione dei creditori in classi, ove previste), che costituisce la base per il successivo conteggio dei voti e che viene comunicato al debitore, al commissario giudiziale ed ai creditori almeno due giorni prima della data iniziale stabilita per il voto (art. 107, comma 7). Se, tuttavia, il giudice delegato non adotta un formale provvedimento in materia di ammissione dei creditori al voto (es.: perché non vi sono state contestazioni), i creditori sono ammessi al voto sulla base della relazione predisposta dal giudice delegato (art. 108, comma 1).

Opposizione dei creditori

I creditori esclusi dal voto per effetto del provvedimento del giudice delegato (o, dove questo manchi, per effetto di quanto previsto nella relazione del commissario giudiziale) hanno il diritto di opporsi alla esclusione in sede di omologazione, ma solo "nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze" (art. 108, comma 2). La cd. prova di resistenza impone, quindi, al creditore escluso di fornire la prova che, nel caso di propria ammissione alla votazione e di voto contrario, non sarebbero state raggiunte le maggioranze per l'approvazione del concordato.

Malgrado la formulazione letterale sembri restringere ai soli "creditori esclusi" la legittimazione a far valere in sede di opposizione i vizi relativi all'elenco dei creditori, la stessa legittimazione va riconosciuta anche ai creditori ammessi solo in parte, oppure ai soggetti che nella fase preparatoria al voto abbiano proposto contestazioni sui crediti concorrenti, disattese dal giudice delegato. Resta fermo, ovviamente, che anche queste contestazioni assumeranno rilievo solo ed esclusivamente nel caso in cui abbiano avuto influenza decisiva sul formarsi delle maggioranze ed abbiano superato la cd. prova di resistenza.

Effetti delle decisioni sulla ammissione dei crediti al voto

Gli effetti della decisione del giudice delegato ed eventualmente del tribunale in fase di omologazione in ordine all'ammissione o esclusione di crediti sono limitati esclusivamente alla fase della votazione e del calcolo della maggioranza. Pertanto, nessun accertamento definitivo sull'esistenza, rango ed ammontare dei crediti consegue alle decisioni che il giudice delegato ed il tribunale assumono in questa fase e, come già detto, i creditori ed il debitore restano liberi di far valere ogni azione ed eccezione in sede di cognizione ordinaria.

Per meglio comprendere la distinzione tra accertamento del credito ai fini del voto e accertamento del credito ai fini della soddisfazione nella fase di esecuzione può essere utile un esempio. Facciamo il caso del sig. Rossi che afferma di essere creditore nei confronti del debitore in concordato per l'importo di € 10mila in chirografo. Se il commissario giudiziale ritiene che il credito del sig. Rossi sia pari al minore importo di € 8mila e se il giudice delegato conferma questa quantificazione del credito, ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze il sig. Rossi parteciperà per il solo importo di € 8mila e, se intende contestare tale ammissione ridotta in relazione al voto, dovrà proporre opposizione all'omologazione nei limiti della prova di resistenza. Se, però, il sig. Rossi, indipendentemente dal voto, intende contestare la quantificazione del proprio credito ai fini del suo pagamento nell'eventuale fase esecutiva dopo l'omologazione, dovrà avviare un ordinario giudizio di cognizione innanzi al tribunale territorialmente competente e sarà il provvedimento emesso all'esito di questo giudizio a stabilire qual è effettivamente il suo credito da soddisfare in sede concordataria, indipendentemente da quanto deciso dal giudice delegato e dal tribunale ai fini del voto.

Soci

Come meglio si vedrà in seguito (vedi sez. 7, par. 2 in questo capitolo), anche i soci possono in talune ipotesi essere legittimati ad esprimere il proprio voto sulla proposta di concordato (art. 120-*bis*, comma 3). Pertanto, tutto ciò che si è detto sopra con riferimento ai creditori in termini di comunicazioni, contestazioni, ammissione al voto e opposizioni vale anche con riferimento ai soci legittimati al voto. Lo stesso è a dirsi per le modalità di voto, al cui esame si deve adesso passare.

3. Le modalità di voto

Modalità di voto

Il voto dei creditori è espresso con modalità telematiche, a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale (art. 107, commi 1 e 8). Poiché è imposta una precisa modalità di trasmissione del voto (pec al commissario giudiziale), ogni voto trasmesso in forme diverse (posta ordinaria, deposito cartaceo presso la cancelleria, ecc.) è da considerarsi inefficace. In mancanza di un espresso richiamo, non trova, però, applicazione né la speciale normativa riguardante la sottoscrizione, trasmissione e ricezione dei documenti informatici (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), né quella riguardante la cd. firma digitale nel processo civile telematico.

Tempi

Per quanto riguarda la tempistica, il voto va comunicato nel periodo compreso tra la data iniziale e la data finale fissate dal tribunale nel decreto di apertura della procedura (art. 47, comma 1). Se non è stato fissato dal tribunale con il decreto di apertura o dal giudice delegato con successivo decreto l'orario iniziale o l'orario finale, il termine iniziale comincia a decorrere dalle ore zero del giorno iniziale e spira alla mezzanotte del giorno finale. Dato che esiste una "data iniziale" ed una "data finale" per poter esercitare il diritto di voto, ogni voto trasmesso in data antecedente rispetto a quella iniziale sarà inefficace, così come ogni voto trasmesso in data posteriore rispetto a quella finale; entro questa data finale, peraltro, il creditore può anche revocare o modificare il voto precedentemente espresso.

Silenzio-dissenso per i creditori

Il voto dei creditori si basa sulla regola del cd. silenzio-dissenso: i creditori che non comunicano il proprio voto sono considerati contrari rispetto alla proposta. Una espressa manifestazione di volontà è, quindi, necessaria nel caso in cui il creditore voglia esprimere il proprio consenso rispetto alla proposta di concordato, mentre invece il silenzio serbato è parificato al voto contrario. Questa regola del silenzio-dissenso trova, però, una parziale deroga nei concordati in continuità aziendale, di cui si parlerà a breve.

Silenzio-assenso per i soci

Diversamente, per il voto dei soci opera la regola opposta del silenzio-assenso, in forza della quale il socio che non ha espresso il proprio dissenso entro il termine si ritiene consenziente (art. 120-*ter*, comma 3).

4. La legittimazione al voto

La legittimazione al voto non è attribuita a tutti i creditori, ma va differenziata in base al rango (prededucibile, privilegiato, chirografario o postergato) del credito di cui ciascuno è titolare ed alla tipologia di concordato.

Creditori chirografari

I creditori chirografari sono tutti legittimati al voto, qualunque sia la tipologia di concordato.

Per le altre categorie di creditori le regole sono più complesse.

Creditori privilegiati

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non hanno, di regola, diritto di voto sulla proposta di concordato. La ragione della mancanza di legittimazione risiede nella circostanza che i creditori privilegiati sarebbero tendenzialmente sempre orientati a votare in senso positivo rispetto ad una proposta di concordato che ne preveda l'integrale pagamento. Vi sono, però, importanti eccezioni a questa regola generale.

È, infatti, riconosciuto il diritto di voto ai creditori privilegiati al ricorrere, in via alternativa, di una di queste due condizioni: a) il creditore rinuncia in tutto o in parte al diritto di prelazione; b) la proposta ne prevede la soddisfazione non integrale, oppure in danaro, oppure con dilazione rilevante.

Rinuncia alla prelazione

Per quanto riguarda la prima condizione, la rinuncia può essere totale oppure parziale: nel caso di rinuncia totale, il creditore privilegiato sarà legittimato a votare per l'intero importo del proprio credito; nel caso di rinuncia parziale, la legittimazione sarà limitata alla sola parte di credito

oggetto di rinuncia. In ogni caso, la rinuncia, totale o parziale, alla prelazione ha effetto tanto per quanto riguarda il diritto di voto, quanto per quanto riguarda il trattamento economico: per ambedue i profili, la parte di credito oggetto di rinuncia alla prelazione è parificata ad un credito chirografario. Al di fuori del concordato, la rinuncia è invece priva di effetti: in caso di mancata approvazione, mancata omologazione, risoluzione o annullamento, la rinuncia è priva di effetto ed il credito torna ad essere privilegiato.

Per quanto riguarda la seconda condizione (soddisfazione non integrale), il discorso va differenziato tra concordato in continuità aziendale e concordato liquidatorio.

Soddisfazione non integrale nel concordato in continuità

Nel concordato in continuità aziendale, è previsto che i creditori privilegiati non votano se la proposta ne prevede il soddisfacimento in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione; nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis*, n. 1, c.c. (crediti dei lavoratori), il termine entro il quale devono essere integralmente pagati, in danaro, ai fini dell'esclusione dal voto è di trenta giorni dall'omologazione (art. 109, comma 5).

Se, quindi, la proposta ne prevede il soddisfacimento con modalità diverse dal denaro, oppure la soddisfazione non integrale, oppure la soddisfazione oltre il termine di centottanta giorni (trenta giorni per i crediti dei lavoratori), i creditori privilegiati votano per l'intero valore nominale del loro credito, con suddivisione in due classi distinte: la parte coperta dalla prelazione (secondo le previsioni della proposta) è inclusa in una classe, mentre la parte di credito incapiente è obbligatoriamente inclusa in una classe distinta (es.: credito privilegiato pari ad € 10mila; pagamento proposto pari ad € 6mila; il creditore privilegiato viene ammesso al voto nella classe I per € 6mila corrispondente alla parte coperta dalla prelazione e nella classe II per € 4mila corrispondente alla parte incapiente).

Soddisfazione non integrale nel concordato liquidatorio

Nel concordato liquidatorio, è previsto, in modo meno analitico, che i creditori privilegiati votano se la proposta non ne prevede "l'integrale pagamento" (art. 109, comma 3). Al riguardo, è da ritenersi, anche in coerenza con quanto previsto espressamente nei concordati in continuità aziendale, che il creditore privilegiato vada ammesso al voto nel concordato liquidatorio sia quando la proposta ne preveda la soddisfazione (anche se integrale) con modalità diverse dal danaro, sia quando preveda un pagamento in danaro ma parziale, sia quando preveda un pagamento in danaro integrale ma dilazionato oltre i centottanta giorni dall'omologazione (trenta giorni per i titolari di crediti di lavoro *ex* art. 2751-*bis* n. 1 c.c.). In altri termini, solo il pagamento in danaro, integrale e senza dilazione eccedente i centottanta (o trenta) giorni consente di escludere il creditore privilegiato dal voto nel concordato liquidatorio; in tutti gli altri casi, il creditore privilegiato è legittimato al voto.

Non è chiaro, però, se, in caso di pagamento parziale, il creditore privilegiato sia legittimato al voto nel concordato liquidatorio solo per la parte "degradata" a chirografo, oppure se in questo caso debba essere ammesso al voto per l'intero valore nominale del credito; parimenti, non è chiaro per quale importo possa essere ammesso al voto in caso di pagamento integrale, ma con dilazione oltre i centottanta giorni. Non ravvisandosi ragioni particolari che possano giustificare un diverso trattamento tra le due tipologie di concordato, pare ragionevole ritenere applicabile anche nei concordati liquidatori l'espressa regola dettata nei concordati in continuità aziendale, per cui il pagamento parziale o dilazionato oltre i centottanta giorni legittima il creditore privilegiato al voto per l'intero valore nominale del credito.

Creditori prededucibili

Per i creditori prededucibili si applicano le stesse regole già viste per i privilegiati, sia nel caso di concordati in continuità aziendale, sia nel caso di concordato liquidatorio.

Creditori postergati

Per i creditori postergati è discussa la legittimazione al voto nel caso di concordato liquidatorio, anche se l'opinione che ammette la loro legittimazione al voto è preferibile. Nel concordato in continuità aziendale, i creditori postergati sono certamente legittimati al voto.

Coobbligati, fideiussori, obbligati in via di regresso

Dibattuta è anche la legittimazione al voto di soggetti che non sono ancora creditori, ma che potrebbero diventarlo nel futuro. Si intende far riferimento ai coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso del debitore, che diventano creditori solo quando subiscono l'escussione, per l'effetto divenendo titolari di un credito di regresso o di rivalsa verso il debitore stesso. Anche se gli stessi sono destinatari della relazione del commissario giudiziale e possono presentare osservazioni e contestazioni, ne va esclusa la legittimazione al voto, perché altrimenti vi sarebbe il rischio di una duplicazione o moltiplicazione di voti in relazione allo stesso credito (quello del creditore garantito e quello dei fideiussori, coobbligati e obbligati in via di regresso).

Esclusioni dal voto

Ferme le regole esposte, vi sono poi delle ipotesi di esclusioni dal voto basate su condizioni soggettive del singolo creditore, che potrebbero influire sulla serenità del voto e del processo deliberativo. Sono, pertanto, esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge o il convivente di fatto del debitore, ovvero la parte dell'unione civile con il debitore, i parenti e affini del debitore 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 (art. 109, commi 5). Al fine di evitare che la votazione sulla proposta di concordato sia "inquinata"

da voti espressi non già sulla base di una genuina valutazione della convenienza della proposta, ma in ragione dei suddetti vincoli familiari o di controllo, i creditori che si trovano in queste condizioni sono esclusi dal voto.

Creditori in conflitto d'interessi

Accanto a queste esclusioni "tipizzate" dal voto, vi è poi una regola generale per cui sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze tutti i creditori in conflitto d'interessi (art. 109, comma 5). Ricorre la situazione del conflitto d'interessi quando il singolo creditore sia portatore, per conto proprio o di terzi, di un interesse ad un vantaggio particolare da conseguirsi mediante il concordato, non condiviso dagli altri creditori e fondato non già sulla partecipazione al concorso, quanto su una situazione esterna del creditore. Si pensi, per fare un esempio, al creditore che abbia stipulato con il debitore un contratto di acquisto di un ramo di azienda sottoposto a condizione sospensiva dell'omologa del concordato, per cui diventerà proprietario del bene solo se il concordato viene omologato; è evidente che, in questo caso, il creditore voterà a favore della proposta non già in base alle previsioni di soddisfacimento dei crediti previste, ma perché ha un interesse particolare a che la stessa venga approvata e omologata.

Una regola peculiare è dettata per il creditore che propone l'eventuale proposta di concordato concorrente, le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo: questi creditori, anche se chiaramente in conflitto d'interessi, possono votare se la proposta concorrente ne prevede l'inserimento in apposita classe (art. 109, comma 6). Si tratta di una previsione normativa irragionevole e di dubbia costituzionalità, perché mentre tutti i creditori in conflitto sono esclusi dal voto, proprio il creditore rispetto al quale il conflitto è oggettivo ed indiscutibile, essendo egli allo stesso tempo creditore e proponente, può votare se inserito in classe separata, così potendo comunque contribuire alla formazione delle maggioranze.

Sulla legittimazione al voto dei soci, si rinvia alla sez. 7, par. 2 in questo capitolo.

5. La maggioranza per l'approvazione

Le regole sul calcolo delle maggioranze per l'approvazione del concordato sono diverse tra concordato liquidatorio e concordato in continuità aziendale.

Partiamo dal concordato liquidatorio.

Maggioranza nel concordato liquidatorio

Ai fini dell'approvazione della proposta di concordato è richiesto il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto (art. 109, comma 1).

L'approvazione si attiene, quindi, con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto (50% + 1 centesimo). La base di calcolo per l'approvazione del concordato è misurata sull'ammontare dei crediti ammessi al voto, non sul numero dei creditori votanti; si tratta di un criterio di calcolo che rappresenta espressione del principio di corrispondenza potere-rischio, nel senso che al maggiore rischio che la parte subisce nella vicenda concordataria per effetto del maggiore ammontare del proprio credito deve fare riscontro, proporzionalmente, un maggiore potere nel processo decisionale.

Unico creditore titolare della maggioranza dei crediti

Questa regola subisce, però, una deroga. Nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato liquidatorio è approvato se, oltre alla maggioranza dei crediti, abbia riportato anche la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto (art. 109, comma 1). In questa sola ipotesi, in cui un unico creditore sia titolare della maggioranza dei crediti ammessi al voto, è richiesta, accanto alla maggioranza per ammontare dei crediti, anche la maggioranza per teste. Con ciò si vuole garantire ai creditori di minoranza un'effettiva possibilità di influire sul processo deliberativo, in presenza di un unico creditore già in grado di raggiungere la maggioranza assoluta dei voti. Poiché il criterio della maggioranza per crediti è la regola, mentre quello della maggioranza per testi è l'eccezione, quest'ultimo non può essere applicato in via estensiva o analogica in fattispecie diverse rispetto a quella espressamente prevista.

Doppia maggioranza nel caso di classi di creditori

Nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori, è richiesta una doppia maggioranza ai fini dell'approvazione del concordato liquidatorio. La proposta deve sempre essere approvata dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma la maggioranza deve verificarsi anche nel maggior numero delle classi, all'interno delle quali va calcolata in base all'ammontare dei crediti ammessi al voto nella classe stessa (art. 109, comma 1). Così, ad esempio, se l'ammontare complessivo dei crediti ammessi al voto è pari ad € 1 milione ed i creditori sono divisi in cinque classi, la proposta dovrà ricevere il voto favorevole della maggioranza complessiva dei crediti (almeno € 500k + 1 centesimo) e la maggioranza all'interno del maggior numero delle classi (almeno tre classi su cinque).

Maggioranza nel concordato in continuità aziendale

Passiamo adesso alle regole applicabili al concordato in continuità aziendale (artt. 109, comma 5; 112, comma 2). Queste regole sono estremamente complesse e, a tratti, anche apparentemente controintuitive. È necessario, pertanto, affrontarle con attenzione.

Unanimità delle classi favorevoli

Il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In questa tipologia di concordato (dove, si ricordi, la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria: art. 85, comma 3) è, quindi, richiesta l'unanimità delle classi favorevoli.

All'interno di ogni classe opera il principio di maggioranza, che è soggetto a regole peculiari. Infatti, nel concordato in continuità aziendale in

ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe.

Per il raggiungimento della maggioranza all'interno di ciascuna classe vi è, quindi, un criterio principale ed un criterio sussidiario.

Il criterio principale è basato sulla maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto nella classe (50% + 1 centesimo di euro). Laddove la maggioranza non sia raggiunta con il criterio principale, si fa ricorso al criterio sussidiario, in base al quale la proposta si considera approvata quando abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà dei crediti della medesima classe (*quorum* costitutivo) e votano favorevolmente almeno i due terzi dei crediti dei creditori votanti (*quorum* deliberativo). Nel caso del criterio sussidiario, la maggioranza (dei 2/3) è così calcolata su chi si esprime, non su chi non partecipa, fermo restando la necessità del raggiungimento del *quorum* costitutivo.

La previsione di un criterio sussidiario è chiaramente una previsione di favore per il concordato in continuità aziendale, che agevola il raggiungimento delle maggioranze all'interno delle classi, evitando che il disinteresse dei creditori possa pregiudicare il proponente. Un esempio può meglio chiarire quanto detto: ipotizziamo che l'ammontare complessivo dei crediti ammessi al voto in una classe sia pari a € 500k e che votino i creditori titolari del 60% dei crediti ammessi al voto, corrispondenti ad € 300k; applicando il criterio principale sarebbero necessari voti favorevoli pari quantomeno ad € 250,01k (50,01% di 500k), mentre applicando il criterio sussidiario sono sufficienti voti favorevoli pari ad € 200k (i 2/3 di 300k).

Maggioranza delle classi favorevoli

Si è detto che per l'approvazione del concordato in continuità aziendale è necessaria l'unanimità delle classi favorevoli. Tuttavia, anche se manca l'unanimità delle classi, si può passare comunque alla successiva fase dell'omologazione, su richiesta del debitore o con il suo consenso in caso di proposte concorrenti, se, tra le altre condizioni, la proposta è stata approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione (art. 112, comma 2, lett. d). Anche in questo caso, all'interno delle classi la maggioranza viene calcolata con il criterio principale ed il criterio sussidiario sopra descritto.

Minoranza delle classi favorevoli

Se nemmeno la maggioranza delle classi favorevoli è raggiunta, vi è un'ultima possibilità. Si può, infatti, passare alla successiva fase dell'omologazione, su richiesta del debitore o con il suo consenso in caso di proposte concorrenti, se, tra le altre condizioni, la proposta è stata approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause di legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (art. 112, comma 2, lett. d). Anche in questo caso, all'interno delle classi la maggioranza viene calcolata con il criterio principale ed il criterio sussidiario sopra descritto.

Ricapitolando, si può dire che per l'approvazione del concordato in continuità aziendale esistono tre regole:

a) regola base: approvazione unanime da parte di tutte le classi;

b) regola subordinata: approvazione da parte della maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione;

c) regola di estremo subordine: approvazione da parte di una minoranza delle classi, purché vi sia il voto favorevole di almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause di legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Nella regola base (approvazione unanime da parte di tutte le classi) è necessario almeno il voto favorevole della maggioranza dei crediti dei creditori votanti (anche se non necessariamente la maggioranza dei crediti ammessi al voto), mentre nelle due regole subordinate potrebbe mancare sia il voto favorevole dei crediti ammessi, sia il voto favorevole della maggioranza dei crediti dei creditori votanti, perché tutto dipende da come sono stati suddivisi i creditori nelle varie classi. Per evitare che il voto favorevole dei creditori titolari di solo una minoranza di crediti possa pregiudicare gli altri creditori, sono però previste particolari cautele nella fase di omologazione avviata senza il voto favorevole dell'unanimità delle classi (sulle quali vedi sez. 5, par. 2 in questo capitolo).

Maggioranze nelle proposte concorrenti

Sia nel concordato liquidatorio, sia nel concordato in continuità aziendale, quando sono sottoposte al voto più proposte di concordato preventivo, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima (art. 109, comma 2). Quando nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze prescritte, il giudice delegato rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto, fissando il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale i creditori, nei venti giorni successivi, possono far pervenire il proprio voto per posta elettronica certificata.

Il procedimento di calcolo delle votazioni in presenza di proposte concorrenti si basa, quindi, su due distinti e successivi passaggi. Prima si dovrà calcolare il numero di voti favorevoli complessivamente riportati da ciascuna proposta e identificare la proposta "prevalente", ossia la proposta che ha ricevuto il maggior numero di voti favorevoli (in caso di parità, prevale il debitore, e, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima). A questo punto, accantonate le altre proposte soccombenti, il giudice delegato dovrà valutare se la proposta "prevalente"

abbia raccolto l'approvazione secondo le regole di legge previste per ciascuna tipologia di concordato. Se la proposta "prevalente" ha conseguito l'approvazione, si dà avvio al giudizio di omologazione; se, invece, la proposta "prevalente" non ha raggiunto i voti favorevoli necessari viene concessa una seconda *chance* alla stessa, rimettendola (essa sola) alla votazione dei creditori, in modo semplificato.

Relazione del commissario giudiziale sull'esito della votazione

In ambedue le tipologie di concordato, il calcolo sul raggiungimento o meno delle maggioranze è rimesso al commissario giudiziale (art. 110). All'esito della votazione è redatta dal commissario giudiziale apposita relazione, in cui sono inseriti i voti favorevoli e contrari dei creditori, con l'indicazione nominativa dei votanti e dell'ammontare dei rispettivi crediti, nonché dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti. La relazione va depositata in cancelleria il giorno successivo alla chiusura delle operazioni di voto, per consentire al giudice delegato di adottare i provvedimenti conseguenti.

Effetti del mancato raggiungimento delle maggioranze

Se non sono state raggiunte le maggioranze richieste, il giudice delegato ne riferisce al tribunale, il quale adotta un provvedimento di improcedibilità della procedura di concordato. Se vi è ricorso da parte di uno dei soggetti legittimati e ne ricorrono i presupposti, inoltre, il tribunale dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale.

Nei concordati in continuità aziendale, come visto, su richiesta del debitore o con il suo consenso in caso di proposte concorrenti, si può comunque chiedere di procedere verso l'omologazione anche laddove vi sia stata l'approvazione anche da parte della sola maggioranza o finanche di una minoranza delle classi e ricorrono le ulteriori condizioni di legge prescritte.

Cram down fiscale e previdenziale

Nel caso in cui, inoltre, la maggioranza non sia stata raggiunta a causa della mancanza di adesione dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie e questa mancanza sia data determinante, il concordato viene comunque avviato all'omologazione perché, in tale ipotesi, il tribunale può omologare il concordato quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 88, comma 2-*bis*).

Tre sono le condizioni che consentono l'operare dell'istituto (nella prassi spesso definito come "*cram down* fiscale e previdenziale"): a) la mancanza di adesione da parte dell'amministrazione (comprendendo con tale formula tanto l'amministrazione finanziaria, quanto gli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie); b) il carattere determinante della mancanza di adesione dell'amministrazione ai fini del raggiungimento della maggioranza; c) il superamento del *test* di convenienza della proposta di soddisfacimento dell'amministrazione.

Per quanto riguarda la condizione *sub* a), la mancanza di adesione comprende sia il caso in cui l'amministrazione abbia votato in senso contrario in modo espresso, sia l'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia espresso il voto, operando la regola del silenzio-dissenso.

Per quanto riguarda la condizione *sub* b), il carattere determinante della mancanza di voto dell'amministrazione ai fini del raggiungimento delle maggioranze può essere interpretato in due modi diversi. Secondo una prima ipotesi, il credito dell'amministrazione va semplicemente "neutralizzato", escludendolo dal computo dei legittimati al voto e, ovviamente, dal computo dei voti contrari; se, per effetto di questa esclusione, la maggioranza è raggiunta, può dirsi che la mancanza di voto dell'amministrazione sia decisiva. La seconda ipotesi implica che il credito dell'amministrazione non vada escluso dal *quorum*, ma conteggiato tra i voti favorevoli, potendo essere considerato decisivo se, una volta inserito tra i favorevoli, consente il raggiungimento della maggioranza. La diversità di esiti cui possono condurre le due ipotesi è di immediata evidenza. Facciamo l'esempio, nel caso di un concordato liquidatorio, che l'amministrazione sia titolare di crediti pari al 25% di quelli ammessi al voto e che vi siano voti favorevoli di altri creditori per un ammontare del 35% e voti contrari per un ammontare del 40% di quelli ammessi al voto. Applicando la prima ipotesi, il voto contrario dell'amministrazione non sarebbe decisivo, perché, pur eliminando il voto dell'amministrazione, i voti favorevoli rimarrebbero inferiori ai voti contrari; applicando la seconda ipotesi, invece, il voto contrario dell'amministrazione sarebbe decisivo, perché sommando il voto dell'amministrazione agli altri voti favorevoli si conseguirebbe un ammontare superiore rispetto a quello dei voti contrari. Pur in presenza di un dato letterale incerto, pare preferibile la prima ipotesi, che riduce l'effetto "distorsivo" sul calcolo delle maggioranze di questo istituto e meglio permette di tutelare gli altri creditori dissenzienti.

Per quanto riguarda la condizione *sub* c), se ne tratterà nel paragrafo successivo.

Sezione 5

L'omologazione

1. Il procedimento di omologazione

Nozione

L'omologazione è la fase, successiva all'approvazione, in cui il tribunale effettua un ultimo controllo sulla procedura, sul piano e sulla propo-

sta. L'intervento del tribunale in questa fase assolve una funzione di tutela delle ragioni e degli interessi di tutti coloro che sono coinvolti nella definizione concordataria della crisi, a partire dai creditori dissenzienti, proseguendo per i terzi interessati e finendo con lo stesso debitore.

Fissazione dell'udienza

Se il concordato è stato approvato dai creditori, il commissario giudiziale predispone la propria relazione sull'esito della votazione ed il giudice delegato ne riferisce al tribunale, che fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale (art. 48, comma 1). Al fine di garantire la massima trasparenza e l'eventuale partecipazione al procedimento di omologazione di tutti gli interessati, il provvedimento va iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta. Il provvedimento va, inoltre, notificato, a cura del debitore, ai soggetti che sono sicuramente interessati al giudizio di omologazione, ossia al commissario giudiziale ed agli eventuali creditori che hanno espresso il loro dissenso.

Opposizioni

I creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possono, con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza, proporre opposizione, con la quale sottopongono al tribunale le ragioni per cui la proposta non deve essere a loro avviso omologata (art. 48, comma 2).

Avviso del mutamento delle condizioni di fattibilità

È, inoltre, previsto che quando il commissario giudiziale rilevi, dopo l'approvazione, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dia avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza per modificare il voto (art. 110, comma 3). In questo caso, non si tratta di un'opposizione, ma di una vera e propria revoca del voto favorevole, consentita eccezionalmente quando il commissario accerti il peggioramento delle condizioni di fattibilità sulla cui base i creditori hanno espresso precedentemente il voto. Per effetto di questa revoca sopravvenuta del voto favorevole, se il tribunale accerta che è venuto meno il numero di voti richiesto per l'approvazione dovrà rigettare l'omologazione.

Parere del commissario giudiziale

Il commissario giudiziale è, quale organo della procedura, un litisconsorte necessario nel giudizio di omologazione e deve depositare il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima dell'udienza. Per consentire il contraddittorio, al debitore ed all'eventuale proponente diverso dal debitore è consentito di depositare memorie fino a due giorni prima dell'udienza.

Nel corso del procedimento di omologazione, il tribunale, indipendentemente dalla proposizione o meno di opposizioni, può assumere i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, se ritenuti necessari ai fini della decisione. Può, ad esempio, disporre una consulenza tecnica di ufficio per valutare il corretto trattamento dei creditori privilegiati, oppure ammettere una prova testimoniale per verificare eventuali situazioni di conflitto d'interessi dei creditori.

2. Il giudizio di omologazione

In sede di giudizio di omologazione, il tribunale deve compiere una serie di verifiche sulla procedura, sul piano e sulla proposta. Alcune di queste verifiche sono comuni a tutte e due le tipologie di concordato, mentre altre verifiche sono differenziate.

Partiamo dalle verifiche comuni.

Il tribunale deve controllare: a) la regolarità della procedura; b) l'esito della votazione; c) l'ammissibilità della proposta; d) la corretta formazione delle classi; e) la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe (art. 112, comma 1).

Regolarità della procedura

Il controllo della regolarità della procedura si concretizza nella verifica del rispetto delle norme che ne disciplinano lo svolgimento dal momento del deposito della domanda e fino all'omologazione, ivi compreso la verifica di atti in frode *ex* art. 106 prima non segnalati o non considerati.

Esito della votazione

Il controllo sull'esito della votazione comprende il riesame delle decisioni del giudice delegato in ordine all'ammissione provvisoria dei creditori al voto o il ricalcolo delle maggioranze nel caso in cui, a seguito della segnalazione del commissario giudiziale sul mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, uno o più creditori abbiano revocato il proprio voto favorevole *ex* art. 110, comma 3.

Ammissibilità della proposta

Il controllo sull'ammissibilità della proposta impone di accertare che la proposta non violi alcuna norma imperativa e non superi i limiti invalicabili posti dalla legge, con esclusione di quei soli vincoli che possono essere oggetto di verifica del tribunale esclusivamente nel caso di opposizione all'omologazione (rispetto dell'ordine delle cause di prelazione nei concordati in continuità aziendale; assenza di pregiudizio per i creditori).

Corretta formazione delle classi

Il controllo sulla corretta formazione delle classi si risolve nella valutazione dell'osservanza del requisito della cd. doppia omogeneità, di posizione giuridica ed interessi economici, ai fini della suddivisione in classi.

Parità di trattamento all'interno di ciascuna classe

Il controllo sulla parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe è il riscontro del rispetto dell'inderogabile principio della *par condicio creditorum* tra creditori della stessa classe.

A questo punto, l'oggetto delle verifiche del tribunale si divarica a seconda della tipologia di concordato.

Verifiche specifiche nel concordato liquidatorio

Nel concordato liquidatorio (che comprende ogni concordato diverso da quello in continuità aziendale), il tribunale deve verificare anche la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati (art. 112, comma 1, lett. g). È lo stesso controllo cui il tribunale è tenuto già in fase di apertura e che viene qui ripetuto per tenere conto anche degli elementi emersi durante la procedura.

Verifiche specifiche nel concordato in continuità

Nel concordato in continuità aziendale, il tribunale deve verificare che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 112, comma 1, lett. f). La verifica sul voto favorevole di tutte le classi è necessaria perché, come regola base, nel concordato in continuità aziendale è richiesta l'approvazione dell'unanimità delle classi. La verifica che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza è una riproposizione del controllo già svolto in sede di apertura. La verifica sugli eventuali nuovi finanziamenti è funzionale ad evitare i rischi che i finanziamenti prededucibili possono determinare sui creditori concordatari.

Ristrutturazione trasversale nel concordato in continuità

Si è detto che nel concordato in continuità aziendale è necessaria, come regola base, l'approvazione di tutte le classi. Tuttavia, come già visto, anche se una o più classi votano in senso contrario, il tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, può comunque omologare il concordato, ma solo se ricorrono congiuntamente ulteriori e specifiche condizioni. È questa la cd. "ristrutturazione trasversale" nei concordati in continuità aziendale (art. 112, comma 2).

Le condizioni per l'omologazione nel caso della ristrutturazione trasversale sono più rigorose rispetto a quelle necessarie per l'omologazione con il voto favorevole dell'unanimità delle classi e sono aggiuntive rispetto alle altre condizioni sopra esaminate. La ragione di questo rigore delle condizioni per la ristrutturazione trasversale è evidente: se la proposta è approvata da tutte le classi, vincola coattivamente solo la minoranza di creditori appartenenti alla medesima classe aderente; se, al contrario, la proposta non è approvata da tutte le classi, può vincolare coattivamente anche i creditori appartenenti ad una classe dissenziente ed è addirittura possibile che il voto favorevole dei creditori titolari di una minoranza dei crediti ammessi o votanti vincoli la maggioranza. Da ciò la necessità di un supplemento di cautela, a tutela dei creditori delle classi dissenzienti.

Condizioni per la ristrutturazione trasversale

Pertanto, nel caso di ristrutturazione trasversale il tribunale deve verificare la ricorrenza congiunta anche delle seguenti condizioni:

a) la distribuzione del valore della liquidazione avviene nel rispetto della regola della priorità assoluta (vedi sez. 2, par. 4 in questo capitolo);

b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando la necessità del rispetto della priorità assoluta su tutto con riferimento al trattamento dei crediti dei lavoratori *ex* art. 2751-*bis*, n. 1, c.c. (vedi sez. 2, par. 4 in questo capitolo);

c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;

d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza della maggioranza delle classi, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Contestazione sulla convenienza

In ambedue le tipologie di concordato, il potere di controllo del tribunale si amplia e ricomprende anche la valutazione della convenienza della proposta nel caso in cui venga proposta da parte di un creditore dissenziente opposizione all'omologazione con la quale si eccepisce il difetto di convenienza della proposta; in tal caso, il tribunale omologa il concordato solo quando accerta che, secondo la proposta e il piano, il credito dell'opponente risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Il controllo da parte del tribunale sulla cd. assenza di pregiudizio per il creditore è, quindi, solo eventuale (perché possibile solo in presenza di opposizione), limitato soggettivamente (potendo valutare la convenienza solo per il creditore o per i creditori opponenti e non anche per tutti gli altri creditori) e oggettivamente (potendo valutare la convenienza solo comparando il trattamento offerto con quello conseguibile mediante la liquidazione giudiziale e non anche con il trattamento conseguibile mediante una diversa proposta di concordato o altre soluzioni negoziali).

Vi è, però, una importante differenza anche su questo punto tra concordato liquidatorio e concordato in continuità aziendale.

Nel concordato liquidatorio, la legittimazione all'opposizione con contestazione di convenienza non spetta a tutti i creditori, ma solo al creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentano il 20% dei crediti ammessi (art. 112, comma 5).

Nel concordato in continuità aziendale, la legittimazione all'opposizione con contestazione di convenienza spetta a ciascun creditore dissenziente, indipendentemente dall'ammontare del proprio credito e dalla classe di appartenenza (art. 112, comma 3). In questa tipologia di concordato, a differenza che nel concordato liquidatorio, il diritto di contestare il difetto di convenienza della proposta è un diritto individuale, che spetta a ciascun creditore dissenziente. Si tratta di un doveroso contrappeso rispetto alla maggiore flessibilità del debitore nel decidere la distribuzione del patrimonio e, soprattutto, rispetto alle regole per l'approvazione, che consentono di far passare all'omologazione anche proposte che abbiano ricevuto il voto favorevole solo dei creditori titolari di una minoranza dei crediti ammessi o votanti.

Controllo sulla convenienza nel *cram down* fiscale e previdenziale

Una valutazione di convenienza del tribunale è necessaria anche quando il concordato non sia stato approvato a causa della mancanza di adesione determinante dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie. In tal caso, come già visto (sez. 4, par. 5 in questo capitolo), il concordato viene comunque avviato all'omologazione ed il tribunale può omologare il concordato quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 88, comma 2-*bis*). Convenienza o assenza di pregiudizio che, anche in tale circostanza, va valutata con riferimento esclusivo al trattamento offerto all'amministrazione finanziaria o agli enti gestori di forma di previdenza o assistenza obbligatorie, non anche con riferimento al soddisfacimento offerto complessivamente alla massa di creditori.

Contestazioni avverso operazioni societarie

Il giudizio di omologazione assume maggiore complessità quando il piano di concordato prevede il compimento, durante la procedura oppure dopo la sua omologazione, di operazioni di trasformazione, fusione o scissione della società debitrice (art. 116). In tal caso, la validità di queste operazioni straordinarie può essere contestata dai creditori solo con l'opposizione all'omologazione e non anche con gli ordinari strumenti societari. A questo fine, il tribunale, nel provvedimento di fissazione dell'udienza, dispone che il piano sia pubblicato nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società interessate dalle operazioni di trasformazione, fusione o scissione.

All'esito delle descritte verifiche, il tribunale provvede con sentenza sulla domanda di omologazione del concordato. Se tutte le verifiche hanno esito positivo, il tribunale omologa il concordato; se, al contrario, anche una delle verifiche ha esito negativo, il tribunale non omologa. In ogni caso, la sentenza che decide sull'omologazione, che dovrebbe intervenire entro dodici mesi dalla presentazione della domanda di accesso, chiude la procedura di concordato preventivo (art. 113).

3. La sentenza di omologazione

Sentenza che omologa il concordato

La sentenza che omologa il concordato deve essere notificata alle parti del procedimento e va iscritta nel registro delle imprese. Nei confronti delle parti la sentenza produce effetti, senza che occorra attendere il termine per proporre reclamo o l'esaurimento delle impugnazioni, dalla notificazione; nei confronti dei terzi produce effetti dalla iscrizione nel registro delle imprese (art. 48, comma 5).

Sentenza che rigetta l'omologazione

La sentenza che rigetta l'omologazione può eventualmente contenere anche la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, se vi era stata richiesta da parte di uno dei soggetti legittimati e ne ricorrono i presupposti (art. 48, comma 6).

Reclamo

Contro la sentenza che decide sull'omologazione (sia nel caso di omologazione, sia nel caso di rigetto dell'omologazione) è ammesso reclamo innanzi alla corte di appello (art. 51). Il reclamo va proposto con ricorso da depositare nella cancelleria della corte di appello nel termine di trenta giorni, decorrente, per le parti, dalla data della notificazione telematica del provvedimento a cura dell'ufficio e, per gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese; in caso di mancata comunicazione, si applica il termine semestrale di cui all'art. 327 c.p.c.

Il reclamo non sospende l'efficacia della sentenza. Tuttavia, al fine di evitare che nelle more della decisione si producano effetti irreversibili, in caso di reclamo avverso la omologazione del concordato preventivo, la corte di appello, su richiesta di parte, può, quando ricorrono gravi e fondati motivi, ordinare l'inibitoria, in tutto o in parte o temporanea, dell'attuazione del piano e dei pagamenti, disponendo inoltre le opportune tutele per i creditori e per la continuità aziendale (art. 52, comma 2).

La corte di appello decide sul reclamo con sentenza, avverso la quale può essere proposto ricorso per cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione a cura della cancelleria. Il ricorso per cassazione non sospende l'efficacia della sentenza, salva la possibilità di disporre l'inibitoria da parte della corte di appello quando il ricorso è proposto contro la sentenza con la quale la corte d'appello ha rigettato il reclamo (art. 51, comma 14).

Accoglimento del reclamo con revoca dell'omologazione

Nel caso di accoglimento del reclamo avverso la sentenza di omologazione, la corte di appello dispone la revoca dell'omologazione e, su domanda di uno dei soggetti legittimati, accertati i presupposti, dichiara aperta la liquidazione giudiziale, rimettendo gli atti al tribunale per l'adozione dei provvedimenti consequenziali (art. 53, comma 5). La sentenza della corte di appello di revoca dell'omologazione è immediatamente efficace e l'eventuale ricorso per cassazione non ne sospende l'efficacia immediata, salva la possibilità che il tribunale, quando è stata aperta la liquidazione giudiziale, disponga, su istanza del debitore e ove ne ricorrano gravi e giustificati motivi, la sospensione dei termini per la proposizione delle impugnazioni dello stato passivo e l'attività di liquidazione fino al momento in cui la sentenza che pronuncia sulla revoca passa in giudicato (art. 53, comma 6). In ogni caso, con la revoca dell'omologazione restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dal debitore e dagli organi della procedura prima della revoca (art. 53, comma 5). Si tratta di una regola comune a tutte le procedure concorsuali, espressione del principio di stabilità in forza del quale gli atti compiuti durante la procedura sono intangibili indipendentemente dalle sorti della procedura medesima.

Accoglimento del reclamo senza revoca dell'omologazione

Anche se restano fermi gli effetti degli atti legalmente compiuti prima, la revoca della sentenza di omologazione potrebbe dare luogo a gravi inconvenienti, soprattutto nei concordati in continuità aziendale, perché comunque impedisce la prosecuzione delle attività di esecuzione del piano e della proposta. Per evitare ciò, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato in continuità aziendale, la corte d'appello può confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno (art. 53, comma 5-*bis*). Si ha così un accoglimento del reclamo senza revoca dell'omologazione, con previsione solo di un risarcimento del danno in favore del reclamante.

4. Gli effetti dell'omologazione

Il concordato omologato produce effetti nei confronti dei creditori e del debitore.

Effetti per i creditori

Il concordato, una volta che sia stato omologato, è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso (art. 117). Soddisfatti i creditori anteriori nei limiti ed in conformità della proposta concordataria, ogni obbligazione del debitore nei loro confronti viene meno. Per effetto del concordato, infatti, la pretesa creditoria viene conformata secondo i termini e le condizioni previsti nella proposta, venendo estinta (o, secondo altra prospettiva, divenendo inesigibile) nei confronti del debitore, con conseguente liberazione del debitore stesso. In conseguenza dell'omologazione, non vi è più l'obbligazione originaria nei confronti dei creditori, ma vi sono le nuove e diverse obbligazioni concordatarie. La pretesa di tutti i creditori originari viene così sostituita con la nuova e diversa obbligazione concordataria assunta dal debitore con la proposta, verificandosi un effetto novativo o comunque modificativo dell'originaria obbligazione.

Questo effetto esdebitatorio si determina anche nei confronti dei creditori che abbiano votato in senso contrario alla proposta di concordato o che non siano stati neppure ricompresi nell'elenco verificato dal commissario giudiziale.

Effetti per i coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso

Nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso del debitore, invece, i creditori conservano impregiudicati i propri diritti (art. 117). Pertanto, i creditori possono pretendere, nei loro confronti, l'adempimento per l'intero debito (senza la falcidia concordataria) e per gli interessi. Il terzo, dopa aver pagato il debito, avrà diritto di regresso nei confronti del debitore, nei limiti della percentuale concordataria.

L'effetto esdebitatorio del concordato si produce, come detto, nei confronti dei creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso, ma non si produce nei confronti dei "creditori posteriori", ossia dei creditori per titolo o causa posteriore alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. I creditori posteriori, che comprendono tanto i titolari di crediti che sorgono tra la pubblicazione del ricorso e l'omologazione, quanto i titolari di crediti che sorgono dopo l'omologazione, non sono destinatari della proposta di concordato e non subiscono gli effetti del concordato.

Separazione patrimoniale

Altro effetto dell'omologazione del concordato preventivo è la separazione patrimoniale, con conseguente limitazione al principio di universalità della responsabilità patrimoniale. L'omologazione del concordato preventivo dà luogo, infatti, alla formazione di due patrimoni separati: un patrimonio vincolato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso, ma insensibile alle pretese dei creditori posteriori; un secondo patrimonio destinato esclusivamente ai creditori posteriori. Saranno, poi, le previsioni della proposta di concordato preventivo a stabilire quale sia il patrimonio destinato ai creditori anteriori e quale sia il patrimonio destinato ai creditori posteriori.

Questa classificazione dei due patrimoni separati per effetto dell'omologazione del concordato preventivo non va, però, intesa in termini assoluti e, soprattutto, non opera nei concordati in continuità aziendale diretta, dove, rispetto alla parte di flussi finanziari derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, destinati ai creditori anteriori in adempimento e nella misura prevista dalla proposta, non può parlarsi di patrimonio separato, in quanto non può affermarsi che detti flussi siano insensibili alle pretese dei creditori posteriori, né può negarsi a questi ultimi la facoltà di agire esecutivamente su di essi.

Effetti per il debitore

L'omologazione produce effetti, come detto, anche nei confronti del debitore. Da un lato, il debitore beneficia dell'effetto esdebitatorio sopra descritto. Dall'altro lato, con l'omologazione viene meno lo "spossessamento attenuato" ed il debitore riacquista il pieno potere di amministrazione e disposizione con riferimento al patrimonio che non è stato oggetto di cessione ai creditori o il cui potere di disposizione non sia stato attribuito al liquidatore giudiziale.

Quando il debitore è una società con soci illimitatamente responsabili, il concordato della società, salvo patto contrario, ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (art. 117, comma 2). Pertanto, il socio illimitatamente responsabile beneficia dell'effetto esdebitatorio, con la conseguenza per cui i creditori sociali non potranno agire nei suoi confronti per la parte di credito sociale oggetto della falcidia concordataria.

Un ulteriore effetto dell'omologazione si produce sia a favore del debitore, sia a favore dei creditori e dei terzi. Gli atti, i pagamenti e le ga-

ranzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione del concordato preventivo ed indicati nel piano sono esenti da revocatoria (art. 166, comma 3, lett. e). In tal modo si conferisce stabilità e protezione alle azioni esecutive del piano di concordato che sia stato approvato dai creditori e omologato dal tribunale.

Sezione 6

Esecuzione, risoluzione e annullamento

1. L'esecuzione del concordato omologato

Finalità

L'esecuzione è la fase, successiva all'omologazione, in cui il proponente deve compiere le attività indicate nel piano ed adempiere gli obblighi previsti nella proposta di concordato.

Le concrete modalità esecutive dipendono, ovviamente, dalla tipologia di concordato (in continuità aziendale o liquidatorio) e dal contenuto del piano e della proposta. La differenza tra fase esecutiva del concordato in continuità aziendale e del concordato liquidatorio si apprezza, in particolare, sia sotto il profilo delle modalità di attuazione delle previsioni concordatarie, sia sotto il profilo dei poteri/doveri del debitore e degli organi della procedura.

Modalità nel concordato in continuità

Nel caso di concordato in continuità aziendale, il debitore deve proseguire l'attività d'impresa secondo le previsioni del piano (se trattasi di continuità diretta), provvedendo a soddisfare i creditori nella tempistica, modalità e percentuali previste dalla proposta di concordato. Se, però, il piano prevede anche la cessione di beni, il tribunale nomina uno o più liquidatori, ai quali spetta il compito di provvedere alle cessioni previste dal piano.

Modalità nel concordato liquidatorio

Nel caso di concordato liquidatorio, si dovrà provvedere alla cessione e/o, comunque, liquidazione dei beni del debitore secondo le previsioni del piano, provvedendo poi ad utilizzare il ricavato per soddisfare i creditori in conformità agli obblighi previsti nel piano di concordato. Le attività previste dal piano e dalla proposta, ivi compresi i pagamenti ai creditori, non sono compiute dal debitore (o dal proponente), ma dal liquidatore (art. 114).

Liquidatore

In tutti i casi in cui siano previste cessioni di beni, quindi, il tribunale nomina nella sentenza di omologazione uno o più liquidatori, il quale (o i quali) ha il compito di esercitare, o se pendente, proseguire ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti. Il liquidatore ha la funzione di procedere alla liquidazione dei beni, incassare i crediti ed esercitare tutte le azioni comprese nel patrimonio "separato" messo a disposizione dei creditori, provvedendo poi alla distribuzione del ricavato tra i creditori, o comunque alla soddisfazione degli stessi, secondo le previsioni della proposta.

Comitato dei creditori

Con la sentenza di omologazione di un concordato che prevede la cessione dei beni viene nominato anche un comitato di tre o cinque creditori, con il compito di vigilare sull'operato del liquidatore, autorizzarne gli atti ove previsto ed esprimere pareri.

Vendite

Alle vendite, alle cessioni ed ai trasferimenti legalmente posti in essere in esecuzione del concordato, sia di quello liquidatorio sia di quello in continuità aziendale, si applicano le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale (sulle quali vedi cap. IX, sez. 9, par. 5), in quanto compatibili (art. 114, comma 4). Pertanto, si dovranno porre in essere procedure competitive, che consentano la più ampia e paritaria partecipazione dei soggetti interessati.

Effetto purgativo

Trattandosi di vendite "coattive", in quanto effettuate in esecuzione di una procedura concorsuale, anche le vendite ed i trasferimenti concordatari beneficiano dell'effetto purgativo: in caso di trasferimento di beni, il commissario richiede al tribunale, che provvede in composizione monocratica, l'emissione del decreto di cancellazione delle formalità iscritte, delegando ove opportuno al notaio rogante l'atto di trasferimento (art. 118, comma 7); in deroga all'art. 2560 c.c., l'acquirente o cessionario dell'azienda non risponde dei debiti pregressi, salvo diversa previsione del piano di concordato (art. 118, comma 8).

Queste regole (procedure competitive, effetto purgativo) sono espressione di un principio più ampio che caratterizza il concordato preventivo, trovando applicazione anche per le vendite, le cessioni ed i trasferimenti che avvengono prima dell'omologazione, a partire dal deposito della domanda di concordato.

Pagamenti

Momento centrale dell'esecuzione del concordato è l'effettuazione dei pagamenti o, comunque, delle altre modalità di soddisfazione (es.: accollo, *datio in solutum*) in favore dei creditori concordatari.

Nel concordato in continuità aziendale i pagamenti sono effettuati dal debitore (sotto il controllo del commissario giudiziale), mentre nel concordato liquidatorio i pagamenti sono effettuati dal liquidatore (sotto il controllo del commissario giudiziale e la vigilanza del comitato dei creditori).

In ambedue le tipologie di concordato, i pagamenti e le altre modalità attuative avvengono, nella prassi, sulla base di periodici piani di riparto predisposti dal debitore o dal liquidatore, nel quale vengono pagati o comunque soddisfatti i creditori in conformità a quanto previsto nella proposta di concordato. Sul punto, è importante ricordare che, come già detto, nel concordato preventivo manca una fase di accertamento del passivo e che l'accertamento del giudice delegato sui crediti ha effetto solo ed uni-

camente ai fini della votazione. Logico corollario di ciò è l'inidoneità delle decisioni del giudice delegato a poter costituire un vincolo per il debitore o per il liquidatore in sede di esecuzione del concordato, dovendo questi procedere alle proprie valutazioni in ordine all'esistenza, ammontare e rango dei crediti da soddisfare senza essere in alcun modo limitati dalle risultanze dell'elenco dei crediti utilizzato ai fini della votazione. Pertanto, i piani di riparto vanno predisposti dal debitore o dal liquidatore sulla base sia delle risultanze della proposta, sia delle risultanze "sopravvenute" emerse nella fase esecutiva in relazione alla composizione debitoria, ivi inclusi gli esiti degli eventuali giudizi ordinari proposti dai creditori su ammontare e rango dei crediti.

Accantonamenti

Il debitore e il liquidatore debbano procedere agli opportuni accantonamenti nella fase dei riparti.

In particolare, con la sentenza di omologazione il tribunale dispone l'accantonamento delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionati ed irreperibili, fissando altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo (art. 112, comma 2).

Inoltre, in occasione degli eventuali riparti parziali il debitore ed il liquidatore devono prudenzialmente procedere ad accantonare una certa percentuale delle somme disponibili per far fronte a possibili spese future. L'accantonamento dovrà, infine, avere ad oggetto anche le somme ricevute dalla procedura per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e che potrebbero essere restituite alla controparte nel caso di riforma del provvedimento stesso.

In sede di riparto finale, si potrà procedere alla distribuzione degli accantonamenti precedentemente fatti, ad eccezione di quelli spettanti ai creditori per i quali la condizione non si sia ancora verificata o il provvedimento non sia ancora passato in giudicato.

Vigilanza del commissario giudiziale

Il commissario giudiziale è tenuto a sorvegliare l'adempimento del concordato, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione, deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori e deve depositare ogni sei mesi un rapporto riepilogativo periodico da trasmettere ai creditori (art. 118, comma 1). Questa attività di sorveglianza prosegue fino a quando non siano stati adempiuti tutti gli obblighi previsti nella proposta di concordato; conclusa l'esecuzione del concordato, il commissario giudiziale deposita un rapporto riepilogativo finale.

Obbligo di esecuzione del concordato

Il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato anche se presentata da uno o più creditori, qualora sia stata approvata e omologata (art. 118, comma 3). Nel caso in cui il commissario giudiziale rilevi che il debitore non stia provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne stia ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale, che, sentito il debitore, può attribuire allo stesso commissario giudiziale i

poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti (art. 118, comma 4).

Esecuzione della proposta concorrente omologata

L'esecuzione del concordato presenta profili di particolare complessità quando è stata omologata una proposta concorrente presentata da uno o più creditori. In questa ipotesi, infatti, vi è il concreto rischio che il debitore possa porre in essere condotte ostruzionistiche, finalizzate ad impedire o rendere più difficile l'attuazione della proposta omologata. È, quindi, attribuito al soggetto che ha presentato la proposta di concordato concorrente il potere di denunciare al tribunale i ritardi e le omissioni del debitore mediante ricorso notificato al debitore e al commissario giudiziale, con il quale può chiedere al tribunale di attribuire al commissario i poteri necessari per provvedere al compimento degli atti o di revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, nominando un amministratore giudiziario, fatti salvi i diritti di informazione e di voto dei soci di minoranza (art. 118, comma 5). Quando nomina un amministratore giudiziario, il tribunale stabilisce la durata dell'incarico e gli attribuisce il potere di compiere gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata, ivi inclusi, se la proposta prevede un aumento del capitale sociale della società debitrice o altre deliberazioni di competenza dell'assemblea dei soci, la convocazione dell'assemblea avente ad oggetto tali deliberazioni e l'esercizio del diritto di voto nelle stesse per le azioni o quote facenti capo al socio o ai soci di maggioranza (art. 118, comma 6). Il provvedimento di nomina del commissario giudiziale, che può anche prevedere che i compiti dello stesso siano attribuiti al liquidatore, ove nominato, viene iscritto nel registro delle imprese.

Sulle criticità e sugli strumenti di tutela nell'esecuzione dei concordati preventivi delle società, vedi sez. 7, par. 5 in questo capitolo.

2. La risoluzione e l'annullamento

L'esecuzione può interrompersi prima della sua naturale conclusione quando si verifica la risoluzione (art. 119) o l'annullamento del concordato (art. 120). I due strumenti hanno effetti simili, ma presupposti diversi: la risoluzione si dispone per il grave inadempimento agli obblighi concordatari, mentre l'annullamento si dispone per la scoperta di fatti precedenti rispetto all'omologazione che erano stati dolosamente occultati.

Risoluzione

La risoluzione può essere chiesta da ciascuno dei creditori e dal commissario giudiziale, su istanza di uno o più creditori. Quella del commissario giudiziale non è, quindi, una legittimazione piena, ma vincolata alla richiesta di uno o più creditori, i quali, invece di proporre direttamente ricorso per la risoluzione, potrebbero richiedere al commissario giudiziale di agire, così evitando le spese ed i rischi del procedimento. A fronte

della richiesta dei creditori, il commissario giudiziale è tenuto comunque ad una funzione di filtro, avendo il compito di valutare preventivamente la sussistenza, almeno all'esito di una valutazione sommaria, delle condizioni per agire.

Il presupposto della risoluzione è l'inadempimento, che non deve essere di "scarsa importanza", avuto riguardo agli interessi dei creditori. Ad ogni modo, a differenza che nella ordinaria disciplina dei contratti, non è richiesta l'imputabilità dell'inadempimento, essendo rilevante il solo fatto oggettivo del mancato adempimento degli obblighi.

L'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione è certamente quello agli obblighi di pagamento e/o soddisfazione dei creditori previsti nella proposta di concordato (es.: la proposta prevede il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 50%, ma il debitore paga solo il 20%).

È, invece, dubbia la rilevanza anche degli eventuali inadempimenti alle previsioni del piano di concordato in mancanza di un contestuale inadempimento agli obblighi della proposta (es.: il debitore omette di vendere un immobile previsto nel piano, ma riesce comunque a pagare i creditori con la tempistica e le percentuali indicate nella proposta). Resta fermo che l'eventuale scostamento nell'attuazione del piano nella fase esecutiva non può essere tale da valicare i confini inderogabili del tipo di concordato, perché altrimenti si aprirebbe la strada a facili elusioni. Per intenderci, quando è omologato un concordato in continuità aziendale, non è possibile, nella fase attuativa, "passare" ad un concordato liquidatorio, anche se, per ipotesi, ciò determina un incremento nelle percentuali di soddisfacimento dei creditori, perché diverse sono le regole di ammissione e di approvazione tra le due tipologie. La "sanzione" rispetto al mutamento di tipo di concordato nella fase dell'esecuzione è, appunto, la risoluzione.

Il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato ed apre un procedimento che si svolge con l'osservanza delle medesime regole che presiedono quello per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, con in più la previsione della partecipazione dell'eventuale garante.

La risoluzione non può essere chiesta quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore. Fattispecie omologabile a quest'ultima è quella dell'omologazione di una proposta di concordato concorrente presentata da uno o più creditori, perché in ambedue i casi gli obblighi concordatari sono posti a carico di un soggetto diverso dal debitore (l'assuntore o il creditore-proponente), con la liberazione del debitore per l'operare dell'effetto esdebitatorio. Questo giustifica l'estensione alle proposte concorrenti della regola circa l'esclusione della risoluzione: in caso di inadempimento degli obblighi concordatari, quindi, il creditore-proponente resterà esposto

alle azioni dei creditori concordatari, ma non si potrà dare luogo a risoluzione del concordato.

Annullamento

L'annullamento del concordato può essere disposto dal tribunale, su istanza del commissario o di qualunque creditore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo o che è stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Considerando la gravità delle conseguenze dell'annullamento, per addivenire allo stesso è richiesto però non solo il requisito del dolo da parte del proponente nella rappresentazione del passivo o nella sottrazione dell'attivo, ma anche l'ulteriore requisito della prova della rilevanza della falsa rappresentazione nella determinazione dei creditori e del tribunale. I motivi di annullamento sono tassativi, per cui non è ammessa alcuna altra azione di nullità del concordato.

Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato. Depositato il ricorso per annullamento, il procedimento si svolge con le stesse modalità disposte per quello volto alla risoluzione.

Effetti della risoluzione o dell'annullamento

Nei casi di risoluzione o annullamento del concordato, vengono meno gli effetti prodotti dall'omologazione nei confronti dei creditori e del debitore, nonché dell'eventuale proponente/creditore o assuntore, sia pure con alcuni temperamenti.

Per i creditori ed i debitori, viene meno l'effetto esdebitatorio conseguente all'omologazione e "rivive" l'originario credito. Per il proponente/creditore, nel caso di omologazione di una proposta concorrente, o assuntore, viene meno il titolo giustificativo del trasferimento in suo favore dei beni, che devono quindi essere ritrasferiti al debitore.

Non tutti gli effetti del concordato vengono meno con la risoluzione o l'annullamento. In forza del principio di stabilità che caratterizza le procedure concorsuali, restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dal debitore e dagli organi della procedura prima della risoluzione o annullamento e, pertanto, eventuali vendite effettuate durante la procedura o dopo l'omologazione rimangono valide ed efficaci, così come i pagamenti e le attribuzioni comunque ricevute dai creditori.

La preventiva risoluzione o annullamento del concordato omologato è condizione necessaria (ma non sufficiente) perché il debitore possa essere sottoposto successivamente a liquidazione giudiziale. Vi è solo un'eccezione a questa regola ed opera quando lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo; in quest'ultima ipotesi, che si verifica più frequentemente nei concordati in continuità aziendale dove la prosecuzione dell'attività espone il debitore all'insorgere di crediti posteriori diversi rispetto a quelli concordatari, si può dichiarare la liquidazione giudiziale anche in mancanza della preventiva risoluzione del concordato (art. 119, comma 7).

Va, tuttavia, rimarcato che, per effetto della risoluzione o dell'annullamento, l'apertura della liquidazione giudiziale è sì possibile, ma non è una conseguenza automatica e necessaria, potendo essere dichiarata solo se il tribunale accerti la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e se vi sia una richiesta da parte dei creditori o del pubblico ministero.

Sezione 7

Il concordato delle società

1. Premessa

Quando il debitore è una società, trovano applicazione, accanto alle norme generali dettate per il concordato di tutti gli imprenditori commerciali, anche alcune norme specifiche, che hanno la funzione di coordinare la disciplina concordataria con le regole di funzionamento delle società.

La procedura di concordato non dà luogo, di per sé, all'estinzione della società-debitrice, né tantomeno determina l'apertura della fase di liquidazione. Gli organi sociali restano in carica durante la procedura e conservano integri i propri poteri, fermo restando la necessaria compressione che deriva dalla particolare situazione giuridica in cui viene a trovarsi la società dal momento del deposito della domanda di concordato. Durante la procedura, in particolare, la società-debitrice subisce il cd. spossessamento attenuato, con conseguente limitazione dei poteri degli organi sociali sul patrimonio concordatario.

Vi sono, però, delle situazioni nelle quali l'ordinaria normativa societaria rischierebbe di entrare in conflitto con gli obiettivi perseguiti dalla normativa concordataria. Per governare questo conflitto vengono dettate alcune norme che derogano al diritto societario, introducendo una disciplina specifica. Queste norme speciali operano sia al momento dell'accesso, sia durante lo svolgimento della procedura, sia nella fase di esecuzione.

2. Il ruolo dei soci

Potere esclusivo degli amministratori sulla domanda di accesso

Si è già visto in precedenza (cap. II, par. 5) che l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ed il concordato preventivo rientra tra questi, è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano (art. 120-*bis*, comma 1). Sono esclusivamente gli amministratori a dover decidere se far ricorso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, quale strumento utilizzare e con quale contenuto. Questo potere-dovere degli amministratori è esclusivo, nel senso che non può essere condiviso con i soci, ed è inderogabile, nel senso che non può essere limitato dallo statuto e tantomeno da delibere assembleari. La norma trova la sua *ratio* nel fatto che, quando la società è in crisi, l'agire degli amministratori deve essere orientato alla tutela dell'interesse primario dei creditori, dovendo pertanto essere in grado di assumere le scelte più efficaci senza il condizionamento dei soci.

Operazioni societarie

Proprio in ragione di questo assetto di interessi, i soci non solo non possono decidere l'accesso, ma nemmeno impedire l'attuazione del concordato preventivo. Ai fini del buon esito della ristrutturazione, infatti, il piano di concordato predisposto e depositato dagli amministratori può prevedere qualsiasi operazione societaria che normalmente sarebbe di competenza dei soci, come la modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni (art. 120-*bis*, comma 2). In tal caso, la sentenza di omologazione del concordato preventivo determina automaticamente la riduzione e l'aumento del capitale e le altre modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano, demandando agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione e autorizzandoli a porre in essere, nei successivi trenta giorni o nel diverso termine previsto dal piano, le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano (art. 120-*quinquies*, comma 1).

Anche se la gestione della crisi è di competenza esclusiva degli amministratori, i soci mantengono comunque alcuni diritti e poteri nell'ambito della procedura di concordato preventivo, sia in termini di partecipazione alla volontà collettiva sulla proposta, sia in termini di possibile partecipazione alla distribuzione del valore della ristrutturazione.

Partecipazione al voto dei soci

Con riferimento al profilo della partecipazione, i soci hanno diritto di voto sul concordato se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui loro diritti di partecipazione e, in ogni caso, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 120-*ter*, comma 2). In ciascuno di questi due casi, la formazione di una o più classi dei soci (che devono sempre essere separate rispetto alle classi di creditori) è obbligatoria e le suddette classi sono ammesse al voto.

Quando il piano non prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e quando non si tratta di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, la partecipazione al voto dei soci non è obbligatoria, ma possibile. In tali ipotesi, infatti, il piano, se prevede attribuzioni ai soci (vedi *infra* par. successivo), potrebbe co-

munque prevedere la formazione di una classe di soci, oppure di più classi se esistono soci ai quali lo statuto, anche a seguito delle modifiche previste dal piano, riconosce diritti diversi (es.: categorie di azioni con diritti diversi) (art. 120-*ter*, comma 1). Anche in questo caso, la classe o le classi di soci devono rimanere separate rispetto alle classi di creditori.

In ordine alla partecipazione al voto dei soci possono, pertanto, verificarsi tre situazioni: a) partecipazione consentita *ex lege* se i soci sono incisi direttamente dal piano o se si tratta di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio; b) partecipazione consentita dal piano; c) partecipazione non consentita, se non ricorrono le condizioni di obbligatorietà e se il piano non la prevede.

Ogni qualvolta sia prevista la loro partecipazione, i soci, inseriti in una o più classi, esprimono il proprio voto nelle forme e nei termini previsti per l'espressione del voto da parte dei creditori, ma sempre, come detto, in classi separate rispetto a quelle dei creditori. All'interno della classe il socio ha diritto di voto in misura proporzionale alla quota di capitale posseduta anteriormente alla presentazione della domanda ed opera, differentemente rispetto ai creditori, la regola del silenzio-assenso, per cui il socio che non ha espresso il proprio dissenso entro il termine previsto si ritiene consenziente (art. 120-*ter*, comma 3).

Partecipazione al voto dei titolari di strumenti finanziari

Le disposizioni in tema di classamento e voto dei soci si applicano, in quanto compatibili, ai titolari di strumenti finanziari, a eccezione di quelli che attribuiscono il diritto incondizionato al rimborso anche parziale dell'apporto (art. 120-*ter*, comma 4).

3. Attribuzioni ai soci

Il piano di concordato può prevedere anche la distribuzione di parte del valore del patrimonio della società debitrice in favore dei soci.

Condizioni

Se il piano prevede che il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda, il concordato, in caso di dissenso di una o più classi di creditori, può essere omologato se ricorrono (oltre a tutte le altre condizioni di legge; vedi sez. 5, par. 2 in questo capitolo) le seguenti condizioni:

a) il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci;

b) in mancanza di classi di creditori di rango pari o inferiore a quella dissenziente, quando il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello complessivamente riservato ai soci (art. 120-*quater*, comma 1).

La declinazione operativa di queste condizioni è complessa, imponendo difficili simulazioni. Qui basta rilevare che l'eventuale previsione di attribuzione anche ai soci di parte del valore risultante dalla ristrutturazione non può attingere dal valore di liquidazione, del quale i soci potrebbero beneficiare solo in caso di soddisfacimento integrale di tutte le classi di creditori, ma solo dal valore eccedente quello di liquidazione e non deve comunque consentire un soddisfacimento dei soci pari o migliore rispetto alla classe dei creditori dissenziente di rango più basso. Questo perché nell'ordine di distribuzione del patrimonio i soci sono i portatori di interessi di ultima istanza e vengono dopo rispetto a tutti i creditori.

Per valore riservato ai soci dal piano di concordato si intende il valore effettivo, conseguente all'omologazione della proposta, delle loro partecipazioni e degli strumenti che attribuiscono il diritto di acquisirle, dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma (art. 120-*quater*, comma 2). Se, quindi, i soci hanno effettuato nuovi apporti, sotto varie forme, in favore della società, il valore di questi apporti non si conteggia ai fini della valutazione del valore loro riservato dal piano.

Nulla è detto in ordine alla ripartizione del valore tre le diverse classi di soci (che è obbligatoria nei casi previsti dall'art. 120-*ter*, comma 1) e questo silenzio può essere interpretato come attributivo di un'ampia libertà della proposta nel determinare i criteri distributivi.

L'attribuzione di una parte del valore della ristrutturazione ai soci è una possibilità, non un obbligo. I soci non hanno un diritto soggettivo ad ottenere una riserva di valore in loro favore ed un piano che non preveda tale riserva è pienamente legittimo.

Proposte concorrenti dei soci

I soci "non contenti" di un piano di concordato che non riservi loro una parte del valore della ristrutturazione o che ne riservi una porzione da essi ritenuta insufficiente possono eventualmente presentare una proposta concorrente. La legittimazione è attribuita ai soci che rappresentano almeno il 10% del capitale sociale e la domanda va sottoscritta da ciascun socio proponente (art. 120-*bis*, comma 5).

Opposizione all'omologazione da parte dei soci

Anche se non hanno un diritto soggettivo ad ottenere una parte del valore della ristrutturazione, i soci hanno, però, diritto ad ottenere dal concordato quantomeno un trattamento non inferiore rispetto a quello che avrebbero potuto conseguire nel diverso scenario della liquidazione giudiziale della società. Pertanto, i soci possono opporsi all'omologazione del concordato al fine di far valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 120-*quater*, comma 3). Tale pregiudizio può verificarsi quando (situazione, per la verità, molto improbabile) la partecipazione sociale abbia ancora un effettivo valore patrimoniale al momento del deposito della domanda di accesso alla procedura e la proposta pre-

veda, ad esempio, il trasferimento di tutto l'attivo ad un soggetto terzo, oppure il mantenimento dell'attivo in capo alla società debitrice, ma l'aumento di capitale e l'esclusione del diritto di opzione dei soci. Queste operazioni possono determinare un'espropriazione di fatto delle partecipazioni sociali senza la corresponsione di un indennizzo, con potenziale violazione del diritto di proprietà dei soci, tutelato dalla Costituzione (art. 42 Cost.) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 1 protocollo addizionale Cedu) e da ciò la legittimazione dei soci all'opposizione.

4. Disposizioni in tema di riduzione del capitale sociale e azioni di responsabilità

Sospensione degli obblighi in tema di riduzione del capitale sociale

Un profilo sovente problematico è quello del rapporto tra le norme societarie sul capitale sociale ed i tentativi di soluzione negoziale della crisi. Per evitare che la normativa di diritto societario in materia di capitale sociale, ed in particolare la nota regola "ricapitalizza o liquida", possa disturbare o pregiudicare i tentativi di soluzione negoziale della crisi d'impresa, è previsto che, dal momento del deposito della domanda di accesso al concordato, non si applicano gli artt. 2446, commi 2 e 3; 2447; 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6; e 2482-*ter* c.c., in tema di riduzione o perdita del capitale sociale e non opera la corrispondente causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. La sospensione degli obblighi in tema di riduzione del capitale sociale per perdite opera a partire dal deposito della domanda di concordato e permane per tutta la durata della procedura, ma cessa con la sentenza di omologazione (art. 89).

Un'espressa disciplina è dedicata al tema delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società in concordato.

Azione sociale di responsabilità

Per quanto riguarda l'azione sociale, a partire dalla data del deposito della domanda di concordato e fino all'omologazione, la società (così come gli altri soggetti titolari di legittimazione concorrente: collegio sindacale, soci di minoranza e, nelle s.r.l., singoli soci) conserva il potere di iniziare o proseguire l'azione di responsabilità contro i componenti degli organi sociali, senza la necessità di un'autorizzazione del giudice delegato, non trattandosi di atto eccedente l'ordinaria amministrazione. Dopo l'omologazione, si deve distinguere in base alla tipologia di concordato. Se si tratta di un concordato liquidatorio, il liquidatore giudiziale nominato con la sentenza di omologazione esercita, oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità; ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenuti nella proposta o nel piano sono inopponibili al liquidatore e ai creditori sociali (art. 115, comma 2).

Se si tratta di concordato in continuità aziendale, la legittimazione rimane in capo alla società.

Azione di responsabilità dei creditori sociali

Per quanto riguarda l'azione di responsabilità dei creditori sociali *ex* art. 2394 c.c., resta ferma, in ogni caso e in ogni tipologia di concordato, anche in pendenza della procedura e nel corso della sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità (art. 115, comma 3).

5. La società durante l'esecuzione del concordato

Dopo l'omologazione del concordato, la determinazione dei poteri degli organi sociali deve tenere conto del concreto contenuto della proposta.

Esecuzione nel concordato liquidatorio

Se si tratta di un concordato liquidatorio, il potere di amministrazione e disposizione sul patrimonio "separato" destinato ai creditori anteriori sarà attribuito di norma al liquidatore nominato dal tribunale, così che gli organi sociali della società debitrice manterranno i loro poteri solo limitatamente alla organizzazione societaria (convocazione assemblee, bilanci di esercizio, ecc.) ed all'eventuale parte del patrimonio sociale non messa a disposizione dei creditori concordatari o sopravvenuta rispetto alla presentazione della domanda.

Esecuzione nel concordato in continuità aziendale

Se, invece, si tratta di un concordato in continuità aziendale, gli organi sociali mantengono integri i loro poteri sul patrimonio sociale, con la sola esclusione dei beni destinati alla cessione secondo le previsioni del piano e per i quali il potere di amministrazione e disposizione è attribuito al liquidatore, ma sono sottoposti alla sorveglianza del commissario giudiziale per tutta la durata del piano. Le condizioni del piano e della proposta di concordato omologato vincolano, infatti, la società debitrice e, di conseguenza, i suoi amministratori a darvi attuazione, costituendo oggetto di uno specifico obbligo verso i creditori concordatari, il cui inadempimento non di "scarsa importanza" legittima detti creditori a chiedere la risoluzione del concordato.

Nomina dell'amministratore giudiziario

Si è visto sopra (sez. 7, par. 2 in questo capitolo) che, laddove il piano preveda modificazioni statutarie, la sentenza di omologazione produce direttamente l'effetto della modificazione statutaria, demandando agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione. Se gli amministratori non provvedono nel termine di trenta giorni dall'omologazione o nel diverso termine previsto dal piano, il tribunale, su richiesta di qualsiasi interessato e sentiti gli amministratori, può nominare un amministratore giudiziario, attribuendogli i poteri necessari a provvedere in luogo di costoro agli adempimenti di cui al presente articolo, e disporre la revoca per giusta causa degli amministratori (art. 120-*quinquies*, comma 1).

Indipendentemente dall'eventuale inerzia degli amministratori, il notaio potrebbe ritenere non adempiute le condizioni di legge per la modificazione statutaria disposta con la sentenza di omologazione. In tal caso, il notaio ne dà comunicazione tempestivamente, e comunque non oltre il termine di trenta giorni, agli amministratori, i quali, nei trenta giorni successivi, possono ricorrere, per i provvedimenti necessari, al tribunale che ha omologato il concordato (art. 120-*quinquies*, comma 2).

Inoperatività delle clausole di *change of control*

A volte i contratti stipulati dalla società, soprattutto quelli di finanziamento, prevedono le clausole di cd. "*change of control*", in forza delle quali quando si verifica una modifica dell'assetto di controllo della società il contratto si risolve o, comunque, se ne modifica in parte il contenuto. Per evitare le conseguenze pregiudizievoli dell'operare di queste clausole nelle operazioni concordatarie, è previsto espressamente che i cambiamenti della compagine sociale conseguenti all'esecuzione del concordato non costituiscono causa di risoluzione o di modificazione di contratti stipulati dalla società e che sono inefficaci eventuali patti contrari (art. 120-*quinquies*, comma 3).

Capitolo VII

Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione

1. Natura e struttura

Nozione

Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione è una procedura a carattere volontario, con la quale il debitore propone ai creditori il soddisfacimento dei crediti con le forme, le modalità e le tempistiche indicate nella proposta, senza essere tenuto a rispettare l'ordine delle cause di prelazione e l'ordine delle graduazioni. La proposta, superato un primo controllo di ritualità da parte del tribunale, deve essere necessariamente approvata da tutte le classi di creditori e, in caso di approvazione, viene sottoposta all'omologazione da parte del tribunale. Con l'omologazione, la proposta diventa vincolante per tutti i creditori, che dovranno essere soddisfatti nei limiti ed in conformità di quanto offerto, con conseguente liberazione del debitore da ogni debito pregresso mediante l'adempimento degli obblighi previsti nella proposta.

Struttura

La struttura del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (che di seguito, per semplicità, sarà definito più brevemente come "piano di ristrutturazione" e che nella prassi è spesso indicato con l'acronimo "PRO") lo colloca in una posizione mediana tra gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa ed il concordato preventivo.

Si avvicina agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa perché, essendo prevista l'unanimità delle classi per l'approvazione, anche nel piano di ristrutturazione la decisione della maggioranza vincola solo la minoranza di creditori appartenenti alla medesima classe dei creditori consenzienti e non anche i creditori appartenenti ad una diversa classe; se ne differenzia perché, a differenza che negli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, è previsto un processo deliberativo e, soprattutto, non è richiesta l'integrale soddisfazione dei creditori estranei.

Si avvina al concordato preventivo per la presenza delle tre fasi (apertura, votazione, omologazione), ma se ne differenzia perché, a differenza che nel concordato preventivo, non è necessario il rispetto delle regole

distributive del patrimonio, ma è al contempo richiesta sempre e inderogabilmente l'unanimità di tutte le classi per l'approvazione.

Se, quindi, il debitore non vuole o non può assicurare il soddisfacimento integrale dei creditori estranei, ma è convinto, sulla base eventualmente di interlocuzioni avute con i creditori o di quanto emerso durante la composizione negoziata, di poter ottenere il voto favorevole di tutte (nessuna esclusa) le classi, può decidere di percorrere la strada del piano di ristrutturazione, invece che quella dell'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa o del concordato preventivo.

Natura

È discussa la natura giuridica del piano di ristrutturazione. Pacifica la sua riconducibilità nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, è più incerta la sua collocazione tra le procedure concorsuali e segnatamente tra le procedure concordatarie.

Pur nella opinabilità della questione, può ritenersi che il piano di ristrutturazione sia una procedura concorsuale, in quanto ne presenta i tre elementi caratterizzanti: vi è l'intervento di un'autorità pubblica, si pongono vincoli, sia pure molto limitati, sul patrimonio del debitore e si attua una regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori nei confronti del debitore. Parimenti il piano di ristrutturazione può essere considerato una procedura concordataria, essendoci una proposta di soddisfacimento dei crediti formulata dal debitore e rimessa alla valutazione dei creditori e del tribunale. Non si tratta, però, di una mera variante del concordato preventivo, ma di una procedura diversa e autonoma, anche se per molti aspetti la disciplina del piano di ristrutturazione si limita ad un rinvio alle disposizioni del concordato preventivo.

2. Legittimazione e presupposti

Legittimazione

La legittimazione a presentare il piano di ristrutturazione è attribuita unicamente al debitore (art. 64-*bis*, comma 1). Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, al pari del concordato preventivo, è una procedura volontaria, che può essere aperta solo su impulso del debitore e non anche di altri soggetti.

Presupposto soggettivo e presupposto oggettivo

Il presupposto soggettivo è rappresentato dalla qualità di imprenditore commerciale, con esclusione delle imprese minori e degli enti pubblici, mentre il presupposto oggettivo è rappresentato dallo stato di crisi o di insolvenza (art. 64-*bis*, comma 1).

Sia in ordine al presupposto soggettivo, che in ordine al presupposto oggettivo non vi sono differenze disciplinari rispetto al concordato preventivo, alla cui trattazione si rinvia (cap. VI, sez. 2, par. 1).

3. Domanda, piano e proposta

Domanda

Il debitore che intenda far ricorso al piano di ristrutturazione deve presentare la domanda di accesso. Forma, modalità di presentazione, documenti da allegare e competenza territoriale sono gli stessi previsti per il concordato preventivo (art. 64-*bis*, comma 2), a cui si può rinviare (cap. VI, sez. 2, par. 2). La domanda di accesso può essere presentata anche con riserva di successivo deposito di piano, proposta e attestazione; anche in questo caso si applicano le corrispondenti disposizioni del concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 6).

Piano

In allegato alla domanda, l'imprenditore deve presentare il piano, che può essere sia in continuità, sia in liquidazione. Per effetto di un espresso rinvio normativo (art. 64-*bis*, comma 9, che richiama l'art. 87, commi 1 e 2), si applicano le disposizioni sul piano previste per il concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 3).

Relazione di attestazione

Va, inoltre, allegata una relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Anche su questo punto si può rinviare a quanto esposto nel concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 3).

Proposta

Sulla base del piano, il debitore formula la proposta di soddisfacimento dei crediti.

Modalità di soddisfacimento dei creditori

Il soddisfacimento dei creditori può avvenire in qualsiasi forma, sia attraverso il pagamento in danaro, sia con modalità differenti (art. 64-*bis*, comma 9, che richiama l'art. 87, comma 1).

Suddivisione dei creditori in classi

La proposta deve obbligatoriamente prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei (art. 64-*bis*, comma 1). Il trattamento offerto alle diverse classi può essere differente, ma resta fermo l'obbligo di assicurare il trattamento paritario ai creditori inclusi nella medesima classe.

Assenza di vincoli distributivi

La principale caratteristica differenziale del piano di ristrutturazione consiste, come detto, nella libertà del proponente di decidere come distribuire il patrimonio tra le diverse classi di creditori. Il proponente può derogare all'ordine delle cause di prelazione ed alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione (art. 64-*bis*, comma 1).

Pertanto, il debitore non è obbligato a rispettare l'ordine delle cause di prelazione, né nella versione forte, né nella versione debole, potendo, in ipotesi, attribuire ai creditori di rango inferiore un soddisfacimento addirittura migliore di quello offerto ai creditori di rango superiore; parimenti, il debitore non è tenuto nemmeno all'osservanza della regola del cd. trattamento minimo garantito dei creditori privilegiati, potendo offrire loro anche un soddisfacimento inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Non

esistono vincoli rigidi di soddisfacimento neanche nei confronti dei crediti fiscali e previdenziali, atteso il mancato richiamo alle disposizioni in materia dettate nel concordato preventivo.

L'unico vincolo inderogabile è rappresentato dall'obbligo, espressamente previsto, di soddisfare integralmente in denaro entro trenta giorni dall'omologazione i crediti dei lavoratori assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis*, n. 1, c.c. (art. 64-*bis*, comma 1).

Tutela dei creditori

Questa libertà nel distribuire il valore generato dal piano non significa che i creditori restino senza tutele ed esposti alle decisioni arbitrarie e insindacabili del debitore. Come meglio si vedrà nel prosieguo, vi sono diversi presidii di tutela per i creditori: a) l'obbligo di corretta formazione delle classi secondo omogeneità di posizione giuridica e interessi economici; b) la necessaria approvazione della proposta dall'unanimità delle classi; c) la legittimazione di ogni singolo creditore ad opporsi all'omologazione eccependo il difetto di convenienza della proposta, con la conseguenza per cui il tribunale può in tal caso omologare il piano di ristrutturazione solo quando accerti che dalla proposta il credito dell'opponente risulti soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. È evidente, quindi, che il debitore dovrà tenere conto di queste tre tutele nel decidere il contenuto della proposta, perché corre il rischio che la stessa non venga ammessa (se non sono state formate correttamente le classi), approvata (se non ottiene l'unanimità delle classi) o omologata (se non supera il *test* di convenienza).

4. Gli effetti della domanda di accesso

La presentazione della domanda di accesso al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione produce effetti nei confronti del debitore, dei creditori e dei contratti pendenti.

Effetti nei confronti del debitore

Per quanto riguarda il debitore, egli conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto il controllo del commissario giudiziale e nel prevalente interesse dei creditori (art. 64-*bis*, commi 5 e 6). A differenza che nel concordato preventivo, non si determina, quindi, il cd. spossessamento attenuato, potendo il debitore compiere qualsiasi atto relativo alla gestione dell'impresa e potendo anche legittimamente procedere ad effettuare pagamenti a favore di creditori anteriori.

Il debitore, tuttavia, deve informare preventivamente il commissario, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto al piano di ristrutturazione. Il commissario giudiziale, quando ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori o non è coerente rispetto al piano, lo segnala per iscritto al debitore e all'organo di controllo. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, il commissario giudiziale ne informa immediatamente il tribunale ai fini dell'apertura del procedimento di revoca.

Al fine di favorire la normale operatività aziendale anche dopo il deposito della domanda, incentivando i terzi a mantenere i rapporti commerciali con il debitore, i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso sono prededucibili (art. 64-*bis*, comma 2, che richiama l'art. 46, comma 4).

A partire della data di presentazione di accesso alla domanda, inoltre, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori, salvo che vi sia l'autorizzazione da parte del tribunale o del giudice delegato, e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori (art. 64-*bis*, comma 2, che richiama l'art. 46, comma 5).

Effetti nei confronti dei creditori

Per quanto riguarda i creditori, si applicano le disposizioni in tema di misure cautelari e protettive (artt. 54 e 55). Sul punto si rinvia alla trattazione contenuta nel concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 5).

Sempre con riferimento ai creditori, a partire dalla data di deposito della domanda di accesso al piano di ristrutturazione si applicano alcune delle norme previste nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale in tema di interessi, compensazione, crediti pecuniari, obbligazioni, coobbligati solidali (art. 64-*bis*, comma 9, che richiama l'art. 96, che a sua volta richiama gli artt. da 153 a 162). Sul punto, si rinvia alla trattazione specifica contenuta nel cap. IX, sez. 4, par. 4.

A differenza che nel concordato preventivo, invece, non opera il divieto di provvedere al pagamento dei creditori anteriori. Resta però fermo, come visto, il dovere dell'imprenditore di informare preventivamente il commissario giudiziale, per iscritto, dell'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto al piano di ristrutturazione.

Effetti nei confronti dei contratti pendenti

Per quanto riguarda i contratti pendenti, si applicano le disposizioni del concordato preventivo (art. 64-*bis*, comma 9, che rinvia agli artt. 94-*bis*, 95 e 97) (vedi cap. VI, sez. 2, par. 5).

Analogamente, trovano applicazione, sempre con riferimento dalla presentazione della domanda di accesso, le disposizioni del concordato preventivo in tema di finanziamenti prededucibili in funzione ed in esecuzione della procedura ed in tema di sospensione degli obblighi in tema di riduzione del capitale sociale (art. 64-*bis*, comma 9, che rinvia agli artt. 89, 99, 101 e 102) (vedi cap. VI, sez. 3, par. 3; cap. VI, sez. 7, par. 4).

5. L'accesso e lo svolgimento della procedura

A seguito del deposito della domanda di accesso al piano di ristrutturazione, il tribunale deve compiere un controllo preliminare ai fini del-

l'apertura del procedimento, verificando la ritualità della proposta e la correttezza della formazione delle classi (art. 25-*sexies*, comma 4).

Ritualità della proposta

La verifica della ritualità della proposta comprende la verifica della competenza territoriale, della sussistenza del presupposto soggettivo ed oggettivo, del rispetto dei requisiti formali richiesti per la domanda, della presenza e conformità al modello legale di tutta la documentazione prescritta. Inoltre, il controllo di ritualità della proposta impone anche la verifica del rispetto dei (pochi) limiti inderogabili posti dal legislatore al contenuto della proposta (integrale pagamento in danaro entro trenta giorni dall'omologazione dei crediti assistiti dal privilegio *ex* art. 2751-*bis*, n. 1, c.c.; trattamento paritario dei creditori inclusi nella medesima classe).

Correttezza dei criteri di formazione delle classi

La verifica della correttezza dei criteri di formazione delle classi si risolve nel riscontro dell'osservanza del requisito della doppia omogeneità per posizione giuridica ed interessi economici nella suddivisione dei creditori. Si tratta di un controllo che deve essere svolto con particolare rigore nel piano di ristrutturazione, perché costituisce uno dei baluardi di tutela dei creditori, doveroso contrappeso rispetto alla completa libertà del debitore di delineare la proposta senza rispettare né l'ordine delle cause di prelazione, né il trattamento minimo garantito dei creditori privilegiati.

Fattibilità del piano

Dubbia è la possibilità per il tribunale di poter svolgere un controllo sulla fattibilità del piano in sede di apertura. Pur in mancanza di un'espressa previsione normativa, appare ragionevole attribuire al tribunale un dovere di controllo uguale a quello previsto nel concordato preventivo, per cui in caso di piano liquidatorio va verificata fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati, mentre nel caso di piano in continuità va verificato solo che il piano non sia manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori come proposta dal debitore e alla conservazione dei valori aziendali.

Giudizio di convenienza: esclusione

Non è, invece, sicuramente consentito al tribunale in questa fase di valutare la convenienza della proposta dei creditori, che sarà devoluta al tribunale in sede di omologazione solo in caso di opposizione.

Decreto di inammissibilità

Se il tribunale, eventualmente anche all'esito dei chiarimenti e integrazioni chiesti al debitore, accerta la mancanza dei presupposti e delle condizioni, dichiara con decreto inammissibile la proposta. Con il decreto di inammissibilità cessano, come ovvio, gli effetti della domanda di accesso.

Decreto di apertura

Se, invece, accerta l'esistenza di tutti i presupposti e le condizioni, il tribunale, pronuncia il decreto di apertura della procedura (art. 64-*bis*, comma 4). Con il decreto di apertura, il tribunale nomina il giudice delegato, nomina oppure conferma il commissario giudiziale, detta le prescrizioni relative alle modalità di voto e quelle sul deposito delle somme necessarie per le spese della procedura (art. 64-*bis*, comma 4, lett. b, che richiama l'art. 47, comma 2, lett. c e d). Il decreto è trascritto, a cura del commissario giudiziale, nei pubblici registri se il debitore possiede beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione (art. 64-*bis*, comma 9, che richiama l'art. 93).

Con l'apertura della procedura sono confermati, con minimi adattamenti, gli effetti della domanda di accesso con riferimento al debitore, ai creditori, ai contratti pendenti ed ai finanziamenti prededucibili.

Organi

Gli organi del piano di ristrutturazione sono il tribunale, il giudice delegato, il commissario giudiziale e, in caso di omologazione di un piano che preveda la liquidazione, il liquidatore. La disciplina degli organi del piano di ristrutturazione è modellata in modo sostanzialmente simile a quella del concordato preventivo, cui si può rinviare per evitare inutili duplicazioni (cap. VI, sez. 3, par. 1). L'unica differenza riguarda il comitato dei creditori, la cui presenza non è prevista nel piano di ristrutturazione.

Svolgimento della procedura

Anche lo svolgimento della procedura è soggetto, per effetto di un espresso richiamo, alle disposizioni del concordato preventivo (art. 64-*bis*, comma 9). Si può, quindi, rinviare alla trattazione del concordato preventivo con riferimento alle proposte concorrenti, alle offerte concorrenti, alle attività informative e di controllo, alle eventuali modifiche del piano e della proposta (vedi cap. VI, sez. 3, parr. 4, 5 e 6).

6. Il voto

La proposta di piano di ristrutturazione è sottoposta al voto dei creditori, i quali sono chiamati a decidere a maggioranza: se la proposta è approvata da tutte le classi, la procedura può proseguire e si passa alla successiva fase dell'omologazione; se, al contrario, la proposta non è approvata da tutte le classi, la procedura si arresta e si chiude, salvo la possibilità di chiedere l'eventuale conversione in concordato preventivo.

Procedimento di votazione

Il procedimento di votazione si compone di due fasi in successione. Vi è una prima fase cd. preparatoria, che ha la funzione sia di garantire la massima informazione possibile per i creditori, sia di consentire il confronto ed il contraddittorio tra tutti i soggetti interessati in ordine alla proposta (o alle proposte) ed alle eventuali contestazioni sui crediti concorrenti. Vi è, poi, una seconda fase, nella quale i creditori esercitano il voto ed avviene il conteggio degli stessi per verificare se siano state raggiunte o meno le maggioranze prescritte.

Fase preparatoria

La fase preparatoria al voto dei creditori, così come la regolamentazione delle modalità di esercizio del diritto di voto, è soggetta alle medesime disposizioni previste per il concordato preventivo (art. 64-*bis*, che richiama gli artt. 107 e 108) (vedi cap. VI, sez. 4, parr. 2 e 3).

Diversa è, invece, la disciplina della legittimazione al voto e del calcolo delle maggioranze.

Legittimazione al voto

Con riferimento alla legittimazione, sono legittimati al voto e votano per l'intero loro credito i creditori chirografari ed i creditori postergati.

I creditori muniti di diritto di prelazione (privilegiati, pignoratizi e ipotecari) non votano, ma solo se la proposta ne prevede il soddisfacimento in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione; nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis*, n. 1, c.c. (crediti dei lavoratori), il termine entro il quale devono essere integralmente pagati, in danaro, ai fini dell'esclusione dal voto è di trenta giorni dall'omologazione (art. 64-*bis*, comma 7).

Se non ricorrono le descritte condizioni, e quindi se la proposta ne prevede il soddisfacimento con modalità diverse dal denaro, oppure non integrale, oppure oltre il termine di centottanta giorni (trenta per i crediti dei lavoratori), i creditori privilegiato votano per l'intero valore nominale del loro credito, ma con suddivisione in due classi distinte: la parte coperta dalla prelazione è inclusa in una classe, mentre la parte di credito incapiente è obbligatoriamente inclusa in una classe distinta.

Per i creditori prededucibili si applicano le stesse regole già viste per i privilegiati. Essi non votano se soddisfatti in danaro, integralmente e con le tempistiche di legge; altrimenti, votano per l'intero loro credito, con inserimento in due classi distinte della parte capiente e della parte incapiente del loro credito.

Esclusioni dal voto

Operano anche nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione le stesse ipotesi di esclusioni dal voto basate su condizioni soggettive dei creditori previste nel concordato preventivo (coniuge, convivente di fatto, ecc.; conflitto d'interessi) (art. 64-*bis*, che richiama l'art. 109, commi 6 e 7) (vedi cap. VI, sez. 4, par. 4).

Unanimità delle classi

Ai fini dell'approvazione della proposta è necessaria l'unanimità delle classi (art. 64-*bis*, comma 1). Pertanto, tutte le classi dei creditori votanti, nessuna esclusa, devono votare a favore della proposta.

Maggioranza all'interno delle classi

All'interno di ogni classe opera, però, il principio di maggioranza. Infatti, in ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe (art. 64-*bis*, comma 7).

Per il raggiungimento della maggioranza all'interno di ciascuna classe vi è, quindi, un criterio principale ed un criterio sussidiario. Il criterio principale è basato sulla maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto (50% + 1 centesimo di euro). Nel caso in cui la maggioranza non sia raggiunta con il criterio principale, si fa ricorso al criterio sussidiario, in base al quale la proposta si considera approvata quando abbiano votano i creditori titolari di almeno la metà dei crediti della medesima classe (*quorum* costitutivo) ed hanno espresso voto favorevole almeno i due terzi dei crediti dei creditori votanti. Nel caso del criterio sussidiario, quindi, la maggioranza (dei 2/3) è calcolata su chi si esprime, non su chi è legittimato al voto, fermo restando la necessità del raggiungimento del *quorum* costitutivo.

Poiché la maggioranza viene calcolata all'interno di ciascuna classe, può verificarsi che in una o più classi la maggioranza sia raggiunta in base al criterio principale e che in uno o più delle altre classi la maggioranza sia raggiunta in base al criterio sussidiario, così come sarà possibile che in tutte sia raggiunta con il criterio principale o con il criterio sussidiario.

Non è previsto nel piano di ristrutturazione, a differenza che nel concordato preventivo, alcuno strumento per superare l'eventuale voto contrario espresso dall'amministrazione finanziaria o dagli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie. Il cd. *cram down* fiscale e previdenziale non è disciplinato né in via diretta, né in forza di richiamo, e non pare recuperabile in via analogica.

7. Mancata approvazione di tutte le classi

All'esito della votazione è redatta dal commissario giudiziale una relazione, che viene depositata in cancelleria (art. 110) e sottoposta al giudice delegato, che deve riferirne al tribunale (art. 111).

Esclusioni dal voto

In caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi, possono verificarsi tre situazioni: a) il debitore chiede la verifica dell'esito della votazione nel giudizio di omologazione; b) il debitore chiede la conversione del piano di ristrutturazione in concordato preventivo; c) il tribunale dichiara improcedibile la domanda e chiude la procedura.

Richiesta di verifica dell'esito della votazione

La prima ipotesi è quella in cui il debitore contesti il contenuto della relazione del commissario giudiziale sull'esito della votazione e ritenga, contrariamente a quanto rappresentato dal commissario giudiziale, che la proposta sia stata approvata da tutte le classi (art. 64-*ter*, comma 1). Può, ad esempio, sorgere contestazione in ordine all'ammissione o non ammissione al voto di un creditore per conflitto d'interessi, o all'ammontare per cui è stato ammesso al voto un creditore chirografario il cui credito è contestato; di conseguenza può esservi contestazione sia in ordine alla determinazione dell'ammontare dei crediti ammessi, sia in ordine all'ammontare dei voti favorevoli o contrari. In questa situazione, il debitore, entro dieci giorni dal deposito della relazione del commissario giudiziale sull'esito del voto, può invocare una sorta di riconteggio della votazione, chiedendo che il tri-

bunale accerti l'esito della votazione e, nel caso in cui verifichi il raggiungimento della maggioranza, omologhi il piano di ristrutturazione (beninteso, se ricorrono anche tutte le altre condizioni di legge).

Conversione in concordato preventivo

La seconda ipotesi è quella in cui il debitore non chiede al tribunale la verifica dell'esito della votazione nel giudizio di omologazione, ma modifica la domanda, formulando una proposta di concordato preventivo e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto di apertura del concordato preventivo (art. 64-*quater*). In questo modo, il debitore, preso atto della mancata unanimità delle classi, vira verso il concordato preventivo, assoggettandosi ai più stringenti vincoli in tema di contenuto della proposta, soprattutto con riferimento alle regole di distribuzione del valore. La memoria contenente la modifica della domanda da piano di ristrutturazione a concordato preventivo è pubblicata nel registro delle imprese e dal giorno della pubblicazione si applicano le disposizioni in tema di effetti della presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo.

Nell'ottica della flessibilità tra gli strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza, la domanda di conversione del piano di ristrutturazione in concordato preventivo può essere formulata dal debitore in qualsiasi momento durante la procedura, ed anche quando, approvata la proposta, un creditore contesti il difetto di convenienza con le osservazioni prima della votazione. Ogni qualvolta, quindi, il debitore abbia la percezione che il piano di ristrutturazione non andrà a buon fine, perché corre il rischio di non essere approvato o di non essere omologato, può svoltare verso il concordato preventivo.

In ogni caso, sia quando richiesta a seguito della mancata approvazione, sia quando richiesta in qualsiasi altro momento durante la procedura, non si tratta di una conversione in senso tecnico, ma di una chiusura della procedura del piano di ristrutturazione e dell'apertura di una nuova procedura di concordato preventivo, che cronologicamente consegue senza soluzione di continuità alla precedente.

Improcedibilità

La terza ipotesi è quella in cui il debitore non chiede né l'omologazione, né la conversione in concordato preventivo. In tal caso il tribunale dichiara con decreto l'improcedibilità.

8. Omologazione, esecuzione, risoluzione e annullamento

Se la proposta è stata approvata da tutte le classi o se il debitore ritiene di aver ottenuto l'approvazione di tutte le classi, si passa alla fase dell'omologazione.

Procedimento di omologazione

Il procedimento di omologazione è retto dalle medesime disposizioni previste per il concordato preventivo (art. 64-*bis*, comma 9, che richiama l'art. 48, commi 1, 2 e 3), a cui si può rinviare (cap. VI, sez. 5, par. 1).

Sono, però, diverse le regole di omologazione (art. 64-*bis*, comma 8). Nel decidere sull'omologazione del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, il tribunale deve controllare la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità della proposta e (probabilmente) la fattibilità del piano.

Regolarità della procedura

Il controllo sulla regolarità della procedura si concretizza nella verifica del rispetto delle norme che ne disciplinano lo svolgimento dal momento del deposito della domanda e fino all'omologazione, ivi compreso la verifica di atti in frode prima non segnalati o non considerati.

Controllo sull'esito della votazione

Il controllo sull'esito della votazione comprende il riesame delle decisioni del giudice delegato in ordine all'ammissione provvisoria dei creditori al voto ed il ricalcolo delle maggioranze nel caso in cui, a seguito della segnalazione del commissario giudiziale sul mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, uno o più creditori abbiano revocato il proprio voto favorevole *ex* art. 110, comma 3. Questo controllo assumerà un rilievo centrale nel caso in cui il debitore, entro dieci giorni dal deposito della relazione del commissario giudiziale sull'esito del voto, abbia chiesto che il tribunale accerti l'esito della votazione; in tale situazione, spetta al tribunale decidere se condividere il calcolo del commissario giudiziale o quello alternativo proposto dal debitore.

Ammissibilità della proposta

Il controllo sull'ammissibilità della proposta impone di accertare che la proposta non violi alcuna norma imperativa, come quelle in tema di obbligatoria formazione delle classi, di correttezza dei criteri di formazione delle classi e di rispetto della parità di trattamento all'interno delle classi.

Fattibilità del piano

Probabilmente il tribunale deve compiere, in modo simmetrico rispetto a quanto avviene in sede di apertura, un controllo di fattibilità del piano, inteso come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati, nel caso di piano liquidatorio, ed un controllo che lo stesso non sia manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali, nel caso di piano in continuità aziendale. Controllo non previsto espressamente dalla norma, ma che appare doveroso, in un'ottica di tutela dei creditori a fronte anche dell'estrema libertà del debitore di determinare il contenuto della proposta e della soggezione dei creditori di minoranza di ogni classe alla decisione della maggioranza dei crediti della classe stessa.

Contestazione sul difetto di convenienza della proposta

Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. È questo il cd. test di convenienza, o meglio di "assenza di pregiudizio", che deve compiere il tribunale in presenza di opposizione. Il controllo di convenienza o "assenza di pregiudizio" da parte del tribunale è, quindi, solo eventuale (perché

possibile solo in presenza di opposizione presentata da parte di un creditore), limitato soggettivamente (potendo valutare l'assenza di pregiudizio solo per il creditore o per i creditori opponenti e non anche per tutti gli altri creditori) e oggettivamente (potendo valutare l'assenza di pregiudizio solo comparando il trattamento offerto con quello conseguibile mediante la liquidazione giudiziale e non anche con il trattamento conseguibile mediante una diversa soluzione negoziale).

Ad ogni modo, va sottolineato che nel piano di ristrutturazione ogni creditore, indipendentemente dal rango ed ammontare del proprio credito, è legittimato ad eccepire il difetto di convenienza. Si tratta di un diritto individuale del singolo creditore, naturale contrappeso della libertà offerta al debitore nel decidere la distribuzione del patrimonio.

La contestazione di convenienza da parte del creditore deve essere effettuata con l'opposizione all'omologazione (successivamente, quindi, rispetto alla votazione), ma il creditore dovrà prima anticipare la propria contestazione sul difetto di convenienza nelle osservazioni formulate dieci giorni prima del voto (art. 64-*quater*, comma 1); ciò per permettere eventualmente al debitore di valutare già in questa fase anticipata se presentare la richiesta di conversione in concordato preventivo. Non pare, tuttavia, che l'anticipazione della volontà di proporre contestazione in sede di osservazioni possa considerarsi una condizione di ammissibilità della successiva opposizione, perché, anche considerando gli stretti limiti temporali entro i quali le osservazioni possono essere formulate, questo si risolverebbe in un'eccessiva compressione del diritto di difesa dei creditori.

Impugnazioni, effetti, esecuzione, risoluzione e annullamento

Per quanto riguarda le impugnazioni, gli effetti dell'omologazione, l'esecuzione, la risoluzione e l'annullamento, si applicano le disposizioni previste per il concordato preventivo (art. 64-*bis*, comma 9, che richiama gli artt. 51, 52, 53 e 84, comma 8, nonché la sezione VI, capo III, titolo IV, con esclusione degli artt. 112 e 114), a cui si può rinviare (cap. VI, sez. 5, par. 2; cap. VI, sez. 6, parr. 1 e 2).

Capitolo VIII

IL CONCORDATO SEMPLIFICATO PER LA LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

1. Natura e struttura

Nozione

Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio è una procedura a carattere volontario, con la quale il debitore propone il soddisfacimento dei crediti con le forme, le modalità e le tempistiche indicate nella proposta e sulla base di un piano di cessione dei beni. La proposta di soddisfacimento non è sottoposta all'approvazione dei creditori, ai quali non è consentito di votare, ma è rimessa solo al controllo del tribunale, che deve verificare, tra l'altro, l'assenza di pregiudizio per i creditori. Con l'omologazione da parte del tribunale, la proposta diventa vincolante per tutti i creditori, che dovranno essere soddisfatti nei limiti ed in conformità di quanto offerto, con conseguente liberazione del debitore da ogni debito pregresso mediante l'adempimento degli obblighi concordatari.

Natura

Si tratta di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, rientrante nella categoria delle procedure concorsuali, e specificamente nell'ambito delle procedure concordatarie. La mancanza di votazione non ne elimina o attenua, infatti, la natura concordataria, rimanendo il dato caratterizzante della presenza di una proposta di soddisfacimento dei crediti formulata dal debitore e rimessa alla valutazione del tribunale, con la possibilità per i creditori di far valere le loro ragioni innanzi al tribunale. Si rientra, quindi, nell'ambito dei cd. concordati coattivi, previsti sia nelle procedure di tipo amministrativo e sia nella disciplina del sovraindebitamento (ristrutturazione dei debiti del consumatore).

Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (di seguito, "concordato semplificato") non rappresenta, però, una mera variante o sotto-tipo del concordato preventivo, ma costituisce una procedura concordataria diversa ed autonoma: mentre il concordato preventivo si compone di tre elementi strutturali (proposta, votazione e omologazione), nel concordato semplificato manca l'elemento della votazione, con conseguente sostituzione dell'autotutela dei creditori, rappresentata ap-

punto dalla votazione, con l'eterotutela del tribunale, rappresentata dal giudizio di assenza di pregiudizio per i creditori da svolgersi in sede di omologazione.

Applicazione analogica delle norme del concordato preventivo

Il tema della qualificazione del concordato semplificato non va trascurato, perché la disciplina per esso dettata si limita a due sole norme specifiche (artt. 25-*sexies* e 25-*septies*), accompagnate dal richiamo ad alcune norme dettate per il concordato preventivo, senza un rinvio generalizzato e di chiusura. Poiché, come detto, il concordato semplificato non è una mera variante del concordato preventivo, i silenzi e le lacune nella disciplina di questa procedura non possono essere colmate attraverso l'applicazione diretta delle norme del concordato preventivo, restando solo consentita, al ricorrere delle condizioni, l'applicazione delle stesse in via analogica.

2. Legittimazione e presupposti

Legittimazione

La legittimazione a presentare domanda di concordato semplificato è attribuita unicamente al debitore (art. 25-*sexies*, comma 1). Il concordato semplificato, al pari del concordato preventivo, è una procedura volontaria, che può essere aperta solo su impulso del debitore e non anche di altri soggetti.

Obbligo del preventivo ricorso alla composizione negoziata

A differenza che nel concordato preventivo, vi è, tuttavia, una ulteriore condizione di legittimazione per il debitore che voglia far ricorso al concordato semplificato, rappresentata dal preventivo esperimento del tentativo di composizione negoziata. L'imprenditore può presentare la proposta di concordato semplificato solo quando l'esperto nella relazione finale dichiari che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le altre possibili soluzioni della crisi al termine della composizione negoziata non sono praticabili (art. 25-*sexies*, comma 1). Subordinare il ricorso al concordato semplificato, che attribuisce il grande vantaggio rispetto al concordato preventivo della mancanza di votazione dei creditori, al preventivo utilizzo della composizione negoziata è espressione della volontà del legislatore di "spingere" l'imprenditore a far ricorso a quest'ultima, considerata il percorso privilegiato per il tentativo di superamento della crisi.

Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo è rappresentato dalla qualità di imprenditore, sia commerciale che agricolo, con esclusione degli enti pubblici. Questo ampliamento del presupposto soggettivo all'imprenditore agricolo è coerente con la speculare apertura allo stesso della composizione negoziata, del quale il concordato semplificato è uno dei possibili esiti.

Anche l'imprenditore sotto-soglia può proporre il concordato semplificato (art. 25-*quater*, comma 4, lett. c), che rappresenta, quindi, un'alternativa rispetto alle procedure di sovraindebitamento.

Presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo è rappresentato dallo stato di crisi o di insolvenza.

Per la definizione di imprenditore commerciale, di imprenditore agricolo, di imprenditore minore sotto-soglia, di stato di crisi e di insolvenza, si rinvia alle trattazioni specifiche svolte altrove (cap. VI, sez. 2, par. 1; cap. IX, sez. 1, parr. 2 e 3), al fine di evitare inutili duplicazioni.

3. Domanda, piano e proposta

Domanda

La domanda di concordato semplificato va proposta nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione finale dell'esperto (art. 25-*sexies*, comma 1). Il termine decorre dalla data in cui il debitore riceve la comunicazione della relazione finale dell'esperto ed è perentorio e decadenziale, non soggetto a interruzioni o proroghe, salva la sospensione feriale dei termini processuali. Chiusa questa limitata finestra temporale, l'imprenditore perde la possibilità di presentare domanda di concordato semplificato, salvo eventuale nuovo accesso, ove consentito, ad una nuova composizione negoziata della crisi.

Allegati alla domanda

Alla domanda vanno allegati, oltre al piano, i documenti indicati nell'art. 39; si tratta degli stessi documenti da allegare alla domanda di concordato preventivo (vedi cap. VI, sez. 2, par. 2). Non è richiesto il deposito della relazione di attestazione dell'esperto indipendente ed il silenzio legislativo sul punto non costituisce una lacuna, ma una precisa scelta normativa, motivata tanto dalle esigenze di semplificazione e speditezza che caratterizzano il concordato semplificato, quanto dalla presenza della relazione finale e del successivo parere dell'esperto, che, pur avendo un contenuto diverso rispetto a quello della relazione di attestazione (vedi *infra*, par. successivo), assolvono comunque una importante funzione informativa per il tribunale e per l'ausiliario.

La domanda si presenta innanzi al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale, con ricorso che viene comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo alla data del deposito in cancelleria (art. 25-*sexies*, comma 2).

Quando il debitore è una società, la decisione di accesso al concordato semplificato compete, in via esclusiva, agli amministratori, unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano. La decisione deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata e iscritta nel registro delle imprese. Ferma la decisione in capo a tutti gli amministratori, il ricorso va poi sottoscritto da coloro che hanno la rappresentanza legale della società (artt. 40, comma 2; 120-*bis*, comma 1).

Piano

In allegato alla domanda l'imprenditore deve presentare anche il piano di liquidazione (art. 25-*sexies*, comma 1), contenente la descrizione analitica delle modalità e tempi di adempimento della proposta. Il piano deve prevedere necessariamente la cessione dei beni, che può avvenire anche mediante il trasferimento a favore di terzi dell'intera azienda o di suoi rami (art. 25-*septies*, comma 2).

Divieto della continuità diretta

Considerando la possibilità del trasferimento a terzi dell'intera azienda o di suoi rami, è chiaro che il concordato semplificato può essere basato sia un piano che, nel concordato preventivo e nel piano di ristrutturazione, sarebbe alla base di un concordato liquidatorio, sia su un piano che, sempre nel concordato preventivo e nel piano di ristrutturazione, sarebbe alla base di un concordato con continuità indiretta. Ciò che non è consentito nel concordato semplificato è la continuità diretta in capo all'imprenditore e la ragione di ciò è di immediata evidenza. Nel concordato preventivo e nel piano di ristrutturazione sono i creditori a votare ed a decidere anche sulla conservazione in capo al debitore dell'azienda o di rami della stessa, mentre nel concordato semplificato i creditori non votano. Da ciò la chiara scelta legislativa: se il debitore vuole continuare direttamente l'attività d'impresa e trattenere per sé tutta o parte dell'azienda (e del plusvalore concordatario), non può accedere al concordato semplificato, ma deve far ricorso al concordato preventivo o al piano di ristrutturazione e sottoporre la sua proposta al voto dei creditori.

Se questa è la ragione della non ammissibilità di concordati semplificati basati su piani con continuità diretta, non devono essere consentite condotte elusive dirette a trattenere in capo al debitore, da un punto di vista sostanziale e non formale, la titolarità o anche solo la disponibilità dell'azienda, di suoi rami o anche di singoli beni (es.: conferimento in *newco* interamente partecipata; cessione a parti correlate, ecc.).

Proposta

Il piano allegato alla domanda di concordato costituisce la base su cui il debitore formula la proposta di soddisfacimento dei crediti. In relazione al possibile contenuto della proposta nel concordato semplificato, la disciplina normativa è, però, alquanto scarna.

Suddivisione dei creditori in classi

È prevista espressamente solo la possibilità di suddividere i creditori in classi, senza ulteriori specificazioni (art. 25-*sexies*, comma 1). Il classamento deve avvenire sulla base del criterio della doppia omogeneità (posizione giuridica e interessi economici), conformemente alla definizione di "classe di creditori" contenuta nelle definizioni del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (art. 2, comma 1, lett. r), e consente di offrire un trattamento differenziato tra creditori appartenenti alle diverse classi, fermo restando, come ovvio, l'obbligo di assicurare lo stesso identico trattamento ai creditori inclusi nella medesima classe. Il classamento nel concordato semplificato resta, però, una facoltà e non un obbligo per il debitore, a differenza di quanto previsto nel concordato preventivo.

Modalità di soddisfacimento dei creditori

Nulla è disposto in ordine alle modalità di soddisfacimento dei creditori, ma non si ravvisano ostacoli rispetto alla possibilità di prevedere il soddisfacimento dei creditori in qualsiasi forma, sia attraverso il pagamento in danaro, sia con modalità differenti.

Trattamento dei creditori privilegiati

Il silenzio legislativo coinvolge anche il trattamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ma la soluzione si impone anche qui con immediatezza, dovendo assicurarsi agli stessi un trattamento minimo garantito, non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali. Questo perché un'eventuale proposta che offrisse ai creditori privilegiati un soddisfacimento inferiore al trattamento minimo garantito non supererebbe il test di "assenza di pregiudizio" per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale che il tribunale deve compiere in sede di omologazione (vedi par. 5 in questo capitolo).

Ordine delle cause di prelazione

Con riguardo ai vincoli inderogabili della proposta, è espressamente previsto che il tribunale, in sede di omologa, verifichi il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione (art. 25 *sexies*, comma 5). Sull'interpretazione della nozione di "ordine delle cause di prelazione, si può rinviare alla specifica trattazione compiuta in sede di concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 4), operando le stesse regole anche nel concordato semplificato.

Non è, invece, applicabile al concordato semplificato lo specifico vincolo che opera nel concordato preventivo di tipo liquidatorio, rappresentato dall'obbligo di apportare risorse esterne e di assicurare il pagamento dei crediti chirografari in misura non inferiore al 20%. Da un lato, non è prevista o richiamata alcuna previsione in tal senso, e, dall'altro lato, è disposto solo che la proposta debba assicurare "un'utilità a ciascun creditore" (art. 25-*sexies*, comma 5), ove il generico riferimento alla utilità, senza alcun riferimento numerico, conferma l'assenza di un vincolo inderogabile del soddisfacimento del 20%.

Effetti della presentazione della domanda

La pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso al concordato semplificato produce nei confronti del debitore e dei creditori gli stessi effetti della presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo, le cui norme sono espressamente richiamate (art. 25-*sexies*, comma 2). Per evitare inutili duplicazioni, si rinvia alla relativa trattazione (cap. VI, sez. 2, par. 5).

Non si producono, invece, effetti, nei confronti dei contratti pendenti, per i quali nulla è disposto. Il silenzio normativo, se considerato in relazione all'espresso e analitico rinvio alle norme del concordato preventivo sugli altri effetti, non può essere considerato una lacuna, ma espressione di una precisa scelta volta ad escludere ogni effetto del concordato semplificato nei confronti dei contratti pendenti.

4. L'accesso e lo svolgimento della procedura

A seguito del deposito della domanda di accesso al concordato semplificato, il tribunale deve decidere sull'apertura della procedura, valutando la ritualità della proposta e la fattibilità del piano (art. 25-*sexies*, comma 3).

Ritualità della proposta

Per valutare la ritualità della proposta, il tribunale deve, anzitutto, verificare la propria competenza territoriale, la sussistenza del presupposto soggettivo ed oggettivo, il rispetto della specifica condizione rappresentata dal previo esperimento della composizione negoziata e dalla buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative, l'osservanza dei requisiti formali richiesti per la domanda, la presenza e conformità al modello legale di tutta la documentazione prescritta, l'esclusione di ogni profilo di continuità diretta nel piano. Inoltre, il controllo di ritualità della proposta impone anche la verifica del rispetto dei limiti inderogabili posti dal legislatore al contenuto della proposta (corretta formazione delle eventuali classi, parità di trattamento tra creditori della stessa classe, trattamento minimo garantito dei creditori privilegiati), con esclusione di quei soli limiti che possono essere oggetto di verifica esclusivamente in sede di omologazione (rispetto ordine delle cause di prelazione; assenza di pregiudizio per i creditori). Sul punto, si può rinviare a quanto esposto in tema di concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 7).

Fattibilità del piano

Per valutare la fattibilità del piano, invece, il tribunale deve riscontrare la non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati. Questo controllo di fattibilità, pur non essendo espressamente previsto dalla norma, va comunque compiuto da parte del tribunale, anche in applicazione analogica di quanto disposto in materia di concordato preventivo liquidatorio (art. 47, comma 1, lett. a).

Relazione finale e parere dell'esperto

In queste valutazioni, il tribunale dovrà tenere conto della documentazione depositata dal debitore, della relazione finale che l'esperto deve redigere al termine del proprio incarico nella composizione negoziata (vedi cap. III, par. 7) e di un parere che lo stesso esperto deve rendere con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte" (art. 25-*sexies*, comma 3). Il tribunale deve prendere in considerazione la relazione finale ed il parere dell'esperto, ma non è vincolato alle conclusioni degli stessi. In particolare, anche se l'esperto abbia dichiarato nella propria relazione finale che le trattative nella composizione negoziata si siano svolte secondo buona fede e correttezza, il tribunale può discostarsi dalle valutazioni dell'esperto e ritenere insussistente la condizione di ammissione; e lo stesso vale, ovviamente, nel caso opposto in cui l'esperto abbia considerata violata la buona fede e correttezza.

Decreto di apertura

Superate positivamente le verifiche sulla ritualità della proposta e la fattibilità del piano, il tribunale provvede con decreto alla nomina dell'ausiliario, all'assegnazione di un termine allo stesso per il deposito del parere, all'ordine di comunicazione della proposta ai creditori ed alla fissazione dell'udienza di omologazione. È questo decreto, di fatto, a rappresentare il decreto di apertura della procedura.

Decreto di cessazione degli effetti

Se, al contrario, il tribunale, eventualmente anche all'esito dei chiarimenti e integrazioni chiesti al debitore, accerta la mancanza della ritualità della proposta o della fattibilità del piano, non nomina l'ausiliario e non adotta gli ulteriori provvedimenti propulsivi della procedura, bloccando il passaggio alla fase di omologazione. Poiché, però, gli effetti nei confronti del debitore e del creditore si sono già prodotti dalla data di pubblicazione del ricorso, il tribunale, in caso di valutazione negativa, dovrà anche adottare un provvedimento con il quale dichiara cessati gli effetti prodotti con la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Organi

Il concordato semplificato, come ogni altra procedura concorsuale, è gestito da una pluralità di organi, ciascuno dei quali svolge specifiche funzioni ed è titolare di autonome attribuzioni. Gli organi sono: il tribunale, l'ausiliario e, dopo l'omologazione, il liquidatore.

Tribunale

Il tribunale, che si identifica con il tribunale competente territorialmente, assume, come visto, le decisioni sull'avvio e sul termine della procedura, sia nel caso in cui questa abbia un andamento fisiologico, sia nel caso in cui abbia un andamento patologico. Compete al tribunale anche la nomina degli altri organi, ossia dell'ausiliario e del liquidatore, così come la loro eventuale revoca e sostituzione.

Al tribunale sono attribuiti, inoltre, poteri di autorizzazione, attraverso la quale esercita una funzione latamente amministrativa e gestoria del patrimonio del debitore. In particolare, compete al tribunale l'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione durante la procedura, non esistendo nel concordato semplificato il giudice delegato, nonché l'autorizzazione a dare esecuzione, prima dell'omologazione, all'offerta, compresa nel piano di liquidazione, da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni.

Ausiliario

L'ausiliario è l'organo che svolge compiti di tipo tecnico ed esecutivo.

L'ausiliario è nominato con il decreto di apertura e deve far pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione (art. 25-*sexies*, comma 3). Con riferimento ai requisiti per la nomina, il legislatore si limita a richiamare le norme in tema di indipendenza e l'assenza di frequentazione assidua con magistrati, giudicanti o requirenti del distretto di corte d'appello nel quale ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale è pendente il procedimento, ma non può certamente mancare l'indipendenza anche rispetto al debitore, così da potersi richiamare analogicamente le previsioni in tema di indipendenza del commissario giudiziale (art. 358, comma 2). Non pare, invece, possibile applicare in via analogi-

ca le disposizioni sui requisiti professionali richiesti per la nomina del commissario giudiziale, perché diversi sono i compiti e perché l'espresso richiamo all'art. 68 c.p.c. depone nel senso che il legislatore abbia ritenuto sufficiente che l'ausiliario sia "esperto", ma senza legare la verifica di tale requisito a specifici requisiti formali.

Compiti dell'ausiliario

I compiti dell'ausiliario possono essere ricondotti a quattro categorie: vigilanza, informazione, ausilio e gestori diretti.

Per quanto riguarda i compiti di vigilanza, sono esercitati nei confronti del debitore. Al riguardo, l'ausiliario vigila sull'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa del debitore fino all'omologazione (art. 94, richiamato dall'art. 25-*sexies*, comma 2), sull'eventuale compimento di atti di frode o atti non autorizzati (art. 106, richiamato dall'art. 25-*sexies*, comma 8) e sull'esecuzione del concordato omologato (art. 118 richiamato dall'art. 25-*sexies*, comma 8). Per quanto riguarda i compiti informativi, vi è la predisposizione del parere da comunicare ai creditori (sul quale *infra*) e l'informativa al tribunale sul compimento di atti di frode o non autorizzati, nonché le informative in fase di esecuzione del concordato. Per quanto riguarda i compiti di ausilio, si svolgono in favore del tribunale e vi rientrano i pareri sugli atti di straordinaria amministrazione.

Per quanto riguarda i compiti gestori diretti, sono limitati e di carattere eccezionale. La regola è, infatti, che l'ausiliario non abbia poteri di gestione o amministrazione del patrimonio del debitore, che rimangono in capo al debitore fino all'omologazione e che, nella fase di esecuzione, competono al liquidatore. L'unica eccezione è quella prevista in caso di proposte di concordato cd. "chiuse" (art. 25-*septies*, comma 3), sulle quali vedi *infra* par. 6.

Compito principale dell'ausiliario è quello della predisposizione del parere, che deve depositare nel termine fissato dal tribunale nel decreto di nomina e che va comunicato ai creditori. Il parere deve contenere una valutazione sui dati aziendali del debitore, sul contenuto della proposta, sulla fattibilità del piano e, probabilmente, anche sul rispetto del requisito dell'assenza di pregiudizio per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare.

Liquidatore

Terzo organo del concordato semplificato è il liquidatore, nominato dal tribunale con il decreto di omologazione.

Può essere nominato un solo liquidatore e non sono consentite nomina di collegi di liquidatori, a differenza di quanto previsto nel concordato preventivo. Per quanto riguarda i requisiti per la nomina, la revoca, la sostituzione, la responsabilità, il compenso e il rendiconto, trovano applicazione le stesse norme previste per il curatore nella procedura di liquidazione giudiziale (art. 25-*septies*, comma 1, che richiama le disposizioni di cui all'art. 114, che a sua volta rinvia alle norme sulla liquidazione giudiziale), alla cui trattazione si rinvia (cap. IX, sez. 2, par. 5 e sez. 10, par. 4). Per quanto riguarda i compiti, si possono richiamare le considerazioni svolte con riferimento al liquidatore nel concordato preventivo (cap. VI, sez. 3, par. 1).

Esaminati gli organi, si può procedere all'analisi del procedimento, che si snoda dal momento del decreto iniziale da parte del tribunale e fino all'omologazione.

Comunicazione ai creditori

La proposta del debitore, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, deve essere comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata o, in mancanza, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione. Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario per il deposito del parere e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di quarantacinque giorni (art. 25-*sexies*, comma 4).

Una volta aperta, la procedura procede spedita verso l'omologazione. Non vi è il voto dei creditori e non vi è spazio, evidentemente, per eventuali proposte concorrenti, in quanto, mancando la votazione, non vi sarebbe modo di scegliere quale proposta far prevalere.

5. L'omologazione

Funzione

In mancanza della votazione dei creditori, la fase dell'omologazione assume un rilievo ancora più centrale nel concordato semplificato rispetto a quanto già avviene nel concordato preventivo ordinario, assolvendo una funzione di tutela delle ragioni e degli interessi di tutti coloro che sono coinvolti nella definizione concordataria della crisi.

Procedimento

La data dell'udienza dell'omologazione è fissata dal tribunale nel decreto di apertura; i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata (art. 25-*sexies*, comma 4). Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore (art. 25-*sexies*, comma 5).

Verifiche del tribunale

Le verifiche che il tribunale deve effettuare in sede di omologazione sono ampie e vanno sempre effettuate dal tribunale, anche in mancanza di opposizioni da parte dei creditori e di qualsiasi interessato. Anzitutto, il tribunale deve svolgere un controllo sulla regolarità del contraddittorio e del procedimento, intesa come verifica del rispetto delle norme che ne disciplinano lo svolgimento dal momento del deposito della domanda e

fino all'omologazione. Poi deve verificare che la proposta non violi alcuna norma imperativa e non superi i limiti invalicabili posti dalla legge; controllo che comprende il "rispetto dell'ordine delle cause di prelazione" richiesto espressamente dalla legge, ma non si limita ad esso. Quindi, deve valutare la fattibilità del piano di liquidazione, intesa come non manifesta inettitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati. Infine, il tribunale deve accertare che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e che comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore.

Assenza di pregiudizio per i creditori

La verifica sull'assenza di pregiudizio per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale assume carattere decisivo, proprio in ragione dell'assenza della votazione dei creditori. Sulla nozione del requisito della "assenza di pregiudizio", per evitare inutili duplicazioni, si può rinviare alla trattazione contenuta in sede di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale (cap. VI, sez. 5, par. 3).

Vi sono, però, due differenze sul punto tra concordato semplificato e concordato preventivo in continuità aziendale. In primo luogo, nella fase di omologazione del concordato semplificato la verifica del tribunale sull'assenza di pregiudizio va compiuta d'ufficio, sempre e anche in assenza di opposizioni. In secondo luogo e proprio in ragione di questo controllo d'ufficio, il tribunale deve verificare che nessun creditore, e non solo il creditore opponente, subisca un pregiudizio rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Decreto di omologazione

Svolte positivamente tutte le sopra descritte valutazioni, il tribunale provvede all'omologazione con decreto motivato, immediatamente esecutivo. Il decreto è iscritto nel registro delle imprese ed è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello (art. 25-*sexies*, comma 6); a sua volta, il decreto della corte di appello è ricorribile per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione (art. 25-*sexies*, comma 7).

Effetti dell'omologazione

L'omologazione del concordato semplificato produce nei confronti dei creditori e del debitore gli stessi effetti prodotti dall'omologazione del concordato preventivo (art. 25-*sexies*, comma 8, che richiama l'art. 117). Sul punto si rinvia alla relativa trattazione (cap. VI, sez. 5, par. 4).

6. Esecuzione

Nozione

Intervenuta l'omologazione, si avvia la fase dell'esecuzione, nella quale si dovrà provvedere alla cessione e/o, comunque, liquidazione dei beni del debitore secondo le previsioni del piano, provvedendo poi ad utilizzare il ricavato per soddisfare i creditori in conformità agli obblighi previsti nel piano di concordato. Le attività previste dal piano e dalla proposta, ivi compresi i pagamenti ai creditori, non sono compiute dal debitore, ma, come visto, dal liquidatore nominato dal tribunale con il decreto di omologazione.

Rinvio alle disposizioni in tema di concordato preventivo

Concordati chiusi

Alla fase di esecuzione del concordato semplificato, compresa l'eventuale risoluzione, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni in tema di concordato preventivo, sostituita la figura del commissario giudiziale (art. 25-*sexies*, comma 8) (vedi cap. VI, sez. 6, parr. 1 e 2).

Le uniche differenze di disciplina tra concordato semplificato e concordato preventivo nella fase di esecuzione sono presenti nel caso in cui il piano di liquidazione comprenda un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni. Nel caso di cd. "concordato chiuso" il legislatore non impone le regole in tema di offerte concorrenti, come invece previsto nel concordato preventivo (cap. VI, sez. 3, par. 4), ma conserva comunque, anche se in forme diverse, il principio della competitività. In presenza di un'offerta compresa nel piano di liquidazione, infatti, il liquidatore dà esecuzione alla stessa, ma solo verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (art. 25-*septies*, comma 2).

Assenza di soluzioni migliori sul mercato

Varie possono essere le attività attraverso le quali questa verifica dell'assenza di soluzioni migliori sul mercato può essere attuata dal liquidatore, che dovranno essere opportunamente modulate in ragione delle effettive esigenze e necessità che la singola situazione impone, potendo spaziare da modalità più procedimentalizzate (es.: invito a formulare offerte migliorative con apertura di *data room*; incarico conferito a soggetti specializzati per ricercare offerte migliorative) a modalità più snelle (es.: pubblicazione di un invito a formulare manifestazioni di interesse).

Quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni debba essere accettata prima della omologazione, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, previa autorizzazione del tribunale (art. 25-*septies*, comma 3).

CAPITOLO IX
LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

Sezione 1
L'apertura della liquidazione giudiziale

1. Natura e finalità

Nozione

La liquidazione giudiziale è una procedura concorsuale di natura giudiziale ed a carattere coattivo, con la quale il patrimonio del debitore viene affidato ad un organo nominato dal tribunale, che provvede ad amministrarlo, a liquidarlo ed a ripartirne il ricavato tra i creditori.

Finalità

Finalità principale della liquidazione giudiziale è di garantire una soddisfazione dei creditori migliore rispetto a quella che conseguirebbero con l'esecuzione individuale. Questa primaria finalità della procedura si ricava, con sufficiente nettezza, delle norme in tema di divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali (art. 150), chiusura della procedura (art. 233) e concordato di liquidazione (art. 244): se la finalità primaria della procedura non fosse la migliore soddisfazione dei creditori, non si spiegherebbe perché le azioni individuali debbano cedere rispetto alla liquidazione concorsuale e, soprattutto, perché la procedura si debba chiudere se creditori concorrenti non ve ne siano o, ancor prima della integrale liquidazione della massa attiva, siano stati integralmente soddisfatti o abbiano accettato la proposta di concordato loro sottoposta.

Se è indiscutibile che la funzione della liquidazione giudiziale sia il migliore soddisfacimento dei creditori, resta nondimeno da verificare quale sia il concreto significato normativo e applicativo di questa formula. Nella procedura di liquidazione giudiziale, infatti, assumono rilievo anche interessi diversi ed eterogenei (l'interesse dei lavoratori, quello all'integrità dei complessi produttivi, ecc.), che ricevono riconoscimento e tutela tanto da norme incluse nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (es.: disposizioni in tema di scelta dell'affittuario ed esercizio provvisorio dell'impresa; disciplina degli effetti della procedura su contratti pub-

blici, contratti di lavoro e contratti preliminari di immobili ad uso abitativo destinati ad abitazione principale), quanto da norme poste da altre leggi (es.: disciplina della concorrenza).

Pluralità di interessi tutelati

L'interesse dei creditori, che rimane obiettivo primario della procedura, deve quindi contemperarsi con altri interessi di pari rilevanza costituzionale, attraverso la ricerca di una sintesi che non risolve i conflitti nella meccanica affermazione dell'uno e nella negazione dell'altro, ma nella doverosa ponderazione, attuata secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Il punto di equilibrio va rinvenuto nell'esigenza di assicurare il più ampio soddisfacimento dei creditori che sia consentito nel rispetto degli altri interessi e diritti rilevanti. Questo significa che l'interesse dei creditori può essere sì limitato, ma solo nello stretto limite necessario per non arrecare un irragionevole pregiudizio agli altri interessi e sempre nel rispetto di un contenuto minimo garantito, individuato nella soddisfazione che i creditori collettivamente avrebbero potuto conseguire in mancanza della procedura. Si tratta di una regola di contemperamento dinamica e da scrutinare in concreto, della quale vedremo di seguito le potenzialità interpretative ed applicative.

La soddisfazione dei creditori nella liquidazione giudiziale deve essere non solo migliore rispetto a quella che conseguirebbero nel caso di liquidazione o esecuzione individuale, ma anche paritaria, assicurando a tutti i creditori di soddisfarsi in eguale proporzione sul patrimonio del debitore. È questo il principio della *par condicio creditorum*, che impone di trattare i creditori in modo eguale, salve le cause di prelazione e le altre eccezioni di legge.

2. Il presupposto soggettivo

Presupposto soggettivo

Il presupposto soggettivo della liquidazione giudiziale è la qualità di imprenditore commerciale, con esclusione degli enti pubblici e delle imprese minori (art. 121). Le disposizioni della liquidazione giudiziale si applicano, quindi, agli imprenditori che svolgono attività commerciale, hanno natura privata e non sono imprese minori.

Imprenditore

Il primo passaggio da compiere per verificare la sussistenza del presupposto soggettivo è la verifica che il debitore sia un imprenditore, ossia un soggetto che "esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi" (art. 2082 c.c.). L'attività d'impresa può essere svolta in forma individuale o collettiva, e quest'ultima a sua volta può essere svolta sia attraverso la forma giuridica societaria (società), sia attraverso enti collettivi non societari (es.: consorzi, associazioni, fondazioni, comitati, onlus, imprese sociali). Non sono invece imprenditori, e non soggetti alla liquidazione giudiziale, i cd. debitori civili, quali i consumatori ed i professionisti, che possono far ricorso alle procedure di sovraindebitamento.

... avente natura commerciale

Il secondo passaggio è la verifica della natura commerciale dell'attività imprenditoriale svolta, che consente di individuare l'imprenditore commerciale. Secondo l'opinione prevalente e condivisibile, sono imprenditori commerciali tutti gli imprenditori diversi dagli imprenditori agricoli, in quanto la nozione di imprenditore commerciale si ottiene in negativo, sottraendo dalla figura generale di imprenditore (art. 2082 c.c.) quella dell'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.). Sono così esclusi dalle disposizioni sulla liquidazione giudiziale, indipendentemente dallo strumento giuridico utilizzato (impresa individuale o società) e dalle dimensioni dell'attività, gli imprenditori agricoli, che possono far ricorso alle procedure di sovraindebitamento.

... e natura privata

Ulteriore passaggio è l'accertamento della natura privata del debitore. Sono, infatti, esclusi dall'ambito di applicazione della procedura di liquidazione giudiziale lo Stato e gli enti pubblici (art. 1, comma 1). La ragione dell'esclusione dalla liquidazione giudiziale dello Stato e degli enti pubblici si ravvisa nella necessità di preservare il controllo dell'autorità amministrativa nella fase dell'insolvenza, evitando ingerenze dell'autorità giudiziaria ordinaria. Non sempre è agevole, però, delimitare la categoria degli enti pubblici, che, laddove non sia espressamente prevista dalla legge, è rimessa alla presenza di alcuni criteri qualificanti quali, ad esempio, il perseguimento della finalità pubblica o la cd. potestà d'imperio. Sono, invece, assoggettabili a liquidazione giudiziale le società pubbliche, che comprendono le società a partecipazione pubblica, le società a controllo pubblico e le società *in house*. Il loro assoggettamento a liquidazione giudiziale è testualmente previsto (art. 1, comma 1; art. 14 d.lgs. 175/2016), così da non esservi più spazio per interpretazioni diverse.

... con esclusione degli imprenditori minori

Ultimo passaggio è quello relativo all'accertamento del profilo dimensionale, non essendo soggetti a liquidazione giudiziale gli imprenditori minori. L'esclusione dalla liquidazione giudiziale degli imprenditori minori trova spiegazione in considerazioni di efficienza economica, non essendo razionale aprire e svolgere una procedura complessa e costosa quale la liquidazione giudiziale quando l'insolvenza del debitore ha scarso impatto sul mercato ed il suo attivo è presumibilmente ridotto. Queste situazioni di insolvenza minore possono trovare adeguato governo nelle più snelle procedure di sovraindebitamento, al pari di quanto avviene per i soggetti non imprenditori e per gli imprenditori agricoli.

Requisiti dimensionali

Per individuare gli imprenditori minori si fa riferimento a requisiti dimensionali di tipo oggettivo-numerico, che trovano applicazione in ambito concorsuale in sostituzione della nozione di piccolo imprenditore delineata dall'art. 2083 c.c. In dettaglio, l'imprenditore minore è quello che

presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad € 300mila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della procedura o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad € 200mila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della procedura o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad € 500mila (art. 2, comma 1, lett. d).

I tre requisiti, che sono soggetti a periodici aggiornamenti, devono essere presenti congiuntamente, nel senso che in caso di superamento anche solo di uno di essi si perde la qualifica di imprenditore minore.

L'onere della prova del possesso tre requisiti dimensionali grava sul debitore, per cui se questi intende sottrarsi alla liquidazione giudiziale in ragione dell'assenza del presupposto soggettivo dovrà fornire la prova del possesso congiunto dei requisiti dimensionali. Se la prova non è fornita, il debitore non è considerato imprenditore minore.

Procediamo adesso ad un esame più analitico di questi requisiti dimensionali.

Attivo patrimoniale

L'attivo patrimoniale, che non deve superare l'ammontare complessivo annuo di € 300mila, si identifica nel bilancio di esercizio con la voce "attivo" della situazione patrimoniale indicata dall'art. 2424 c.c., "nettandola" delle corrispondenti poste di rettifica (es.: fondo svalutazione crediti; fondo ammortamento).

Ricavi

I ricavi, che non devono superare l'ammontare complessivo annuo di € 200mila, si identificano nel bilancio di esercizio con la somma delle voci comprese nella classe A "valore della produzione" dello schema di conto economico di cui all'art. 2425 c.c. Devono prendersi in considerazione, però, solo i ricavi correlati alla cd. gestione ordinaria dell'impresa, per cui si deve tenere conto unicamente di quelli indicati alla voce *sub* 1 (ricavi delle vendite e delle prestazioni). Non vanno calcolati, pertanto, i ricavi indicati nella voce *sub* 5 (altri ricavi e proventi), nella quale sono rappresentate le sopravvenienze che non costituiscono ricavi provenienti dalla gestione ordinaria, e nemmeno quelli indicati nelle voci *sub* 2 (variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti), *sub* 3 (variazione dei lavori in corso su ordinazione) e *sub* 4 (incrementi di immobilizzazioni per lavori interni), che non possono essere considerati ricavi, ma costi comuni a più esercizi che vengono sospesi in conformità al principio di competenza economica *ex* art. 2423 c.c., per essere rinviati ai successivi esercizi, in cui si conseguiranno i correlativi ricavi.

Debiti

I debiti, che non devono superare l'ammontare di € 500mila al momento del deposito della domanda di apertura della procedura, si identificano nel bilancio di esercizio con le voci del passivo dello stato patrimoniale di cui all'art. 2424 c.c. (classi B, C e D). È evidente che tra queste non dovrà essere compreso il patrimonio netto (classe A), che non rappresenta certo una passività della società, ma è iscritto nel passivo dello stato patrimoniale solo con finalità di "pareggio", in quanto esprime la differenza positiva tra Attività e Passività, ossia il maggior valore delle prime sulle seconde. Sono compresi in tale calcolo sia i debiti scaduti che quelli non scaduti, essendo sufficienti che siano esistenti.

Prova dei requisiti dimensionali in assenza di bilanci

Se nel caso di imprenditori tenuti alla redazione di un bilancio di esercizio secondo i criteri propri delle società di capitali il calcolo dei requisiti dimensionali non presenta eccessive difficoltà, più complesso è l'accertamento per gli altri imprenditori. Per quanto riguarda gli imprenditori commerciali, esiste l'obbligo di redazione dell'inventario, che si chiude con il bilancio, per le cui valutazioni ci si deve attenere ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni, in quanto applicabili (art. 2217 c.c.); sarà a questo inventario che si dovrà far riferimento nel caso di imprenditori commerciali diversi da società di capitali. Per il piccolo imprenditore, che non è obbligato alla tenuta delle scritture contabili (art. 2214 c.c.), si potranno desumere i dati dai libri contabili che questi deciderà comunque di tenere su base volontaria, oppure dalla documentazione fiscale, che è sempre obbligatoria.

3. Il presupposto oggettivo

Il presupposto oggettivo della liquidazione giudiziale è lo stato di insolvenza (art. 121).

Stato di insolvenza

Per stato di insolvenza si intende "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" (art. 2, comma 1, lett. b).

La nozione di insolvenza è principalmente di tipo finanziario, essendo basata su un accertamento delle condizioni di liquidità e della conseguente capacità del debitore di adempiere in modo regolare le proprie obbligazioni.

Per escludere l'insolvenza, l'adempimento delle obbligazioni deve essere regolare, ossia avvenire in tempi e con mezzi ordinari. Se il debitore adempie, ma lo fa con sistematico ritardo, oppure se adempie tempestivamente, ma con mezzi non corrispondenti al normale svolgimento dell'attività (es.: vendita di beni strumentali per procurarsi la liquidità sufficiente), ricorre comunque lo stato di insolvenza. È, invece, regolare il pagamento effettuato con la liquidità messa a disposizione attraverso il ricorso al credito bancario, che rappresenta ormai una ordinaria modalità di reperimento della provvista.

Anche il dato economico assume un rilievo nella valutazione dello stato di insolvenza, che comprende una generale valutazione sulla oggettiva possibilità del debitore di proseguire il normale esercizio dell'impresa sul mercato, basata – tra l'altro – sulla capacità di produrre beni o servizi con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa, prima fra tutte l'estinzione dei debiti.

Irrilevanza del dato patrimoniale

Non rileva, al contrario, il dato patrimoniale del rapporto tra attivo e passivo. Anche se l'attivo supera il passivo, il debitore potrebbe comunque essere insolvente laddove l'attivo sia formato da beni di non agevole liquidazione (es.: un immobile strumentale all'attività d'impresa) ed il passivo sia formato da debiti scaduti. Questa irrilevanza del dato patrimoniale opera anche in senso contrario, perché in presenza di un passivo superiore all'attivo si potrebbe non essere in stato di insolvenza, quando, ad esempio, i debiti sono in larga parte a medio-lungo termine e la liquidità esistente è in grado di far fronte ai pochi debiti a breve termine, o quando si possa far ricorso al credito bancario.

Irrilevanza delle cause

Trattandosi di una valutazione circa lo stato oggettivo in cui si trova il debitore, rimangono del tutto irrilevanti le cause dell'insolvenza. Anche quando le ragioni dell'insolvenza non sono imputabili al debitore e finanche quando siano riconducibili ad una situazione di forza maggiore o ad un caso fortuito (es.: un provvedimento di sequestro penale dei beni del debitore; un provvedimento dell'autorità amministrativa che per ragioni di salute pubblica impedisca l'esercizio dell'attività per un dato periodo di tempo), se si determina la situazione di incapacità finanziaria è integrato il presupposto oggettivo della liquidazione giudiziale. L'apertura della procedura, d'altra parte, non è una sanzione a carico del debitore "colpevole", ma un mezzo per garantire la migliore realizzazione dell'interesse dei creditori e degli altri interessi ritenuti meritevoli di tutela, così da prescindere dal dato delle cause del dissesto.

Attualità

L'insolvenza deve essere attuale, nel senso che deve esistere al momento al momento del suo accertamento da parte del tribunale chiamato a decidere sull'apertura della liquidazione giudiziale. Non rileva, pertanto, né l'insolvenza pregressa che sia stata superata, né l'insolvenza prospettica o pericolo di insolvenza. Sotto quest'ultimo profilo, quando la situazione dell'imprenditore presenta elementi di criticità tali da determinare la probabilità della futura insolvenza, si è in presenza dello stato di crisi, ma non dello stato di insolvenza. In presenza di uno stato di crisi, l'imprenditore deve assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte, ricorrendo eventualmente alla composizione negoziata o ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ma non può essere assoggettato alla liquidazione giudiziale, che presuppone l'attuale incapacità di adempiere le proprie obbligazioni.

Esteriorizzazione: esclusione

Non è, invece, necessario che l'insolvenza si sia manifestata esteriormente. L'inadempimento o gli altri fatti esteriori (art. 2, comma 1, lett. b) sono indizi o possibili prove dell'esistenza dell'insolvenza, ma non elementi costitutivi della stessa. Due sono gli argomenti, letterali e sistematici, che orientano in questo senso. Il primo è la disposizione che impone al pubblico ministero di presentare il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui "ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza" (art. 38, comma 1), così ancorando il presupposto oggettivo al dato della esistenza e non anche della manifestazione esteriore dell'insolvenza. Il secondo è la maggiore coerenza di questa soluzione con i princìpi generali che spingono ad una precoce risposta alla situazione di difficoltà dell'impresa, rispetto alla quale sarebbe distonica una soluzione interpretativa che precluda l'apertura della liquidazione giudiziale quando l'insolvenza esiste, ma non si è manifestata ancora.

Inadempimento e insolvenza

Non vi è dubbio, comunque, che la prova dell'insolvenza venga solitamente raggiunta attraverso l'inadempimento o altri fatti esteriori, che manifestano lo stato del debitore e lo provano. Proprio l'inadempimento è il più frequente indice sintomatico dell'insolvenza, con la quale non va però confuso: l'insolvenza è una situazione in cui versa il debitore, mentre l'inadempimento è un fatto che attiene alla inesecuzione di una prestazione. Come già visto sopra, vi potrebbe essere insolvenza anche in presenza di un adempimento regolare. Ma può verificarsi anche la situazione opposta, ossia l'inadempimento senza insolvenza, quando il debitore non adempia non perché sia impossibilitato a farlo, ma perché non vuole (esempio classico è il mancato pagamento di una pretesa che il debitore contesta, purché non si tratti di contestazione meramente strumentale). In quest'ultima ipotesi, però, proprio perché l'inadempimento è un indice sintomatico dell'insolvenza, sarà a carico del debitore l'onere di provare le ragioni del mancato adempimento e la sua capacità di far fronte regolarmente a tutte le altre obbligazioni.

Altri indici esteriori

Gli altri indici esteriori che possono essere utilizzati come indizi dell'insolvenza sono di vario tipo e solitamente si riconducono a condotte del debitore che lasciano presumere la sua situazione di strutturale impotenza (es.: la chiusura improvvisa dei locali commerciali; la vendita in blocco di tutti i beni).

Insolvenza nelle società in liquidazione

La valutazione dello stato di insolvenza assume connotati in parte differenti quando il debitore è una società in stato di liquidazione. In tal caso, lo stato di insolvenza si valuta secondo un criterio non finanziario, ma meramente patrimoniale, dovendosi unicamente verificare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali. Ciò in quanto, non proponendosi la società in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei credi-

tori previa realizzazione delle attività, e alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci, non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, della capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. L'applicazione del criterio patrimoniale nelle società in liquidazione deve tuttavia avvenire con prudenza e ragionevolezza, perché si deve comunque tenere conto sia delle concrete (e non meramente sperate) possibilità di realizzo dell'attivo, sia e soprattutto della tempistica, non potendosi escludere l'insolvenza quando l'attivo, anche se teoricamente sufficiente a soddisfare il passivo, sarebbe realizzabile con una tempistica eccessivamente lunga o indeterminata, non essendo questione secondaria il ritardo spropositato che i creditori subirebbero nella soddisfazione del proprio credito.

4. L'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale

Il procedimento per l'accesso alla liquidazione giudiziale si avvia con il deposito della domanda di accesso innanzi al tribunale territorialmente competente (sui criteri di determinazione della competenza territoriale, vedi cap. IV, sez. 4).

Legittimazione

La legittimazione a presentare la domanda di apertura della liquidazione giudiziale compete a: (i) il debitore; (ii) gli organi e le autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sul debitore; (iii) uno o più creditori; (iv) il pubblico ministero (art. 37, comma 2).

Debitore

Il debitore è legittimato a chiedere l'apertura della propria liquidazione giudiziale. Si tratta non già di una facoltà, ma di un vero e proprio obbligo in capo al debitore che versi in stato di insolvenza, configurandosi il reato di bancarotta semplice a suo carico quando abbia "aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa" (art. 323, comma 1, lett. d). Questo dovere di presentare la domanda è coerente con il principio generale di tempestiva emersione della crisi e di adozione senza indugio delle iniziative necessarie per farvi fronte, ferma restando la facoltà del debitore in stato di insolvenza di presentare, in alternativa alla domanda di apertura della propria liquidazione giudiziale, richiesta di nomina dell'esperto per lo svolgimento della composizione negoziata o domanda di accesso ad un diverso strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza (es.: accordo di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo, ecc.).

Non esiste, tuttavia, un diritto soggettivo del debitore ad ottenere l'apertura della propria liquidazione giudiziale, dovendo il tribunale comunque valutare l'effettiva sussistenza del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo anche in presenza di una richiesta presentata dallo stesso debitore.

Nel caso in cui il debitore abbia forma societaria, la decisione di presentare domanda di apertura della liquidazione giudiziale compete in via esclusiva agli amministratori (art. 120-*bis*, comma 1) e la domanda di accesso va sottoscritta dagli amministratori che ne hanno la rappresentanza legale.

Organi e autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa debitrice

Anche gli organi e le autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa debitrice sono legittimati a presentare la domanda di apertura della liquidazione giudiziale. Si tratta di un vero e proprio dovere, funzionale ad assicurare la tempestiva apertura della procedura, il cui inadempimento espone a potenziali responsabilità, variamente modulate in ragione della natura del soggetto (organi con funzioni di controllo o autorità amministrative). L'identificazione di quali siano i soggetti titolari di questo potere-dovere varia in ragione della tipologia di impresa e della natura dell'attività esercitata. Quando il debitore è una società dotata di un collegio sindacale o di un sindaco unico, lo stesso è certamente investito di questo compito, così come possono ritenersi legittimati anche l'eventuale revisore contabile o società di revisione, che, pur nella indubbia differenza di funzioni e di ruolo rispetto al collegio sindacale, esercitano comunque funzioni di controllo.

Creditore

Il creditore è legittimato a presentare domanda con la quale chiede l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del suo debitore. La legittimazione spetta al singolo creditore o ad una pluralità di creditori, quale che sia il rango (prededucibile, privilegiato, chirografario e anche postergato) e l'ammontare del suo credito.

Anche se il creditore vanta un credito inferiore all'importo di € 30mila, che costituisce la soglia di debiti scaduti e non pagati al di sotto della quale non si fa luogo all'apertura della liquidazione giudiziale (art. 49, comma 5), può presentare la domanda di apertura, perché il tribunale potrà considerare anche altri crediti diversi da quelli del ricorrente ai fini del raggiungimento della soglia. Il creditore è legittimato anche quando non vanti una pretesa monetaria (es.: diritto alla consegna di cose), purché tuttavia l'oggetto del credito sia tale da potersi convertire, all'instaurazione del concorso, in una posizione soggettiva astrattamente ammissibile al passivo.

È sufficiente, ai fini della legittimazione, che il ricorrente dimostri di essere creditore, senza che sia necessario, a differenza di quanto avviene nel processo esecutivo individuale, che sia munito di un titolo esecutivo, ossia che il credito abbia già avuto un accertamento (anche solo in via provvisoria) in sede giudiziaria, oppure risulti da un atto pubblico o autenticato, oppure da particolari scritture private, quali, per esempio la cambiale o l'assegno bancario. Sarà il tribunale a dover accertare, sia pure in via incidentale, l'effettiva qualità di creditore del ricorrente ai fini della verifica della sua legittimazione attiva.

Pubblico ministero

Il pubblico ministero presenta la domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza dello stato di insolvenza del debitore (art. 38, comma 1). Il potere di iniziativa del pubblico ministero, che è chiara espressione della rilevanza anche di interessi pubblici o comunque collettivi nella gestione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, può (anzi, deve) essere esercitato tutte le volte in cui abbia comunque avuto conoscenza dello stato di insolvenza, indipendentemente dalla fonte o modalità di acquisizione della cd. *notitia decoctionis*.

Per agevolare l'effettivo esercizio di questo potere di azione, è previsto uno specifico canale informativo: l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero (art. 38, comma 2).

Divieto di dichiarazione di ufficio

La liquidazione giudiziale non può essere aperta d'ufficio da parte del tribunale. In mancanza di una domanda presentata da uno dei soggetti legittimati, il tribunale non può, in alcun caso, dichiarare l'apertura della procedura e ciò anche laddove sia a conoscenza dell'esistenza del presupposto soggettivo ed oggettivo. In tale ipotesi, se l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento, il tribunale deve segnalarla al pubblico ministero, per consentire allo stesso l'eventuale esercizio dell'azione.

5. Lo svolgimento del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale

Ricorso

La presentazione della domanda di apertura innanzi al tribunale competente da parte di uno dei soggetti legittimati avviene con ricorso, che deve contenere, tra l'altro, l'esposizione delle ragioni della domanda, ed è sottoscritto dal difensore munito di procura (art. 40, comma 2).

Nel caso di domanda presentata dal debitore, si applicano regole procedimentali in parte diverse.

Anzitutto, il debitore può stare in giudizio personalmente senza l'assistenza di un difensore (art. 40, comma 5). La domanda presentata dal debitore, inoltre, entro il giorno successivo al deposito, è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese per la sua iscrizione (art. 40, comma 3). Questo obbligo di iscrizione della (sola) domanda del debitore è volto a rendere conoscibile ai terzi la forte probabilità che a breve il debitore venga sottoposto a liquidazione giudiziale; diversamente, quando la domanda proviene da altri soggetti legittimati non è prevista l'iscrizione nel registro delle imprese e si garantisce la riservatezza della stessa, in quanto il debitore ha la possibilità di contestarla e non deve subire pregiudizio reputazionale nei rapporti con i terzi per effetto di una domanda che potrebbe anche essere infondata.

Il debitore è, altresì, obbligato a depositare in allegato alla domanda una

serie di documenti funzionali a consentire un rapido e sollecito svolgimento della procedura e ad agevolare la verifica sulle condotte pregresse: tra le altre, vanno depositate le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, le dichiarazioni fiscali ed i bilanci relativi ai medesimi periodi, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione (art. 39, comma 1).

Fissazione dell'udienza

Depositata la domanda da parte di uno qualsiasi dei soggetti legittimati, il tribunale convoca le parti innanzi a sé per l'udienza, che dovrà tenersi non oltre quarantacinque giorni dal deposito del ricorso (art. 41, comma 1).

Diritto di difesa del debitore

Nel caso di domanda proposta da un creditore, da coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dal pubblico ministero, va garantito il contraddittorio ed il diritto di difesa del debitore, il quale deve avere la possibilità di contestare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per l'apertura della procedura. Questa fase è, tuttavia, improntata a criteri di semplificazione, coerenti con le esigenze di celerità che caratterizzano la procedura.

Notificazione del ricorso e del decreto

Pertanto, il ricorso e il decreto di convocazione devono essere notificati, a cura dell'ufficio, all'indirizzo del servizio elettronico di recapito certificato qualificato o di posta elettronica certificata del debitore (art. 40, comma 6).

Quando la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata non risulta possibile o non ha esito positivo per causa imputabile al destinatario (es.: il debitore non ha attivato la posta elettronica certificata), il ricorso e il decreto sono notificati senza indugio, a cura della cancelleria, mediante il loro inserimento nell'area web riservata, che rappresenta uno spazio informatico nel quale vengono conservati gli atti non notificati ed al quale il destinatario della notifica può accedere, venendo di ciò specificamente informato. La notificazione si ha per eseguita nel terzo giorno successivo a quello in cui è compiuto l'inserimento (art. 40, comma 7).

Diversamente, quando la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata non risulta possibile o non ha esito positivo per cause non imputabili al destinatario, la notifica, a cura del ricorrente, si esegue esclusivamente di persona presso la sede risultante dal registro delle imprese o, per i soggetti non iscritti nel registro delle imprese, presso la residenza. Quando la notificazione non può essere compiuta con queste modalità, si esegue con il deposito dell'atto nella casa comunale della sede che risulta iscritta nel registro delle imprese, ovvero presso la residenza per i soggetti non iscritti nel registro delle imprese, e si perfeziona nel momento del deposito stesso. Per le persone fisiche non obbligate a munirsi del do-

micilio digitale, del deposito è data notizia anche mediante affissione dell'avviso in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio e per raccomandata con avviso di ricevimento (art. 40, comma 8).

Tra la data della notifica e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni, per consentire al debitore di avere un congruo tempo per predisporre le proprie difese (art. 41, comma 2). Tuttavia, questo termine può essere abbreviato dal presidente del tribunale o dal giudice relatore da lui delegato con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza; in tali casi, il presidente del tribunale o il giudice da lui delegato può anche disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi (art. 41, comma 3).

Memorie difensive

Con il decreto di fissazione di udienza, il tribunale fissa anche un termine per il debitore fino a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie difensive o un termine ridotto nel caso di abbreviazione dei termini. Si tratta, comunque, di un termine non perentorio, potendo il debitore costituirsi anche successivamente, fino all'udienza. Nel costituirsi, il debitore deve depositare i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi o, se non è soggetto all'obbligo di redazione del bilancio, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata (art. 41, comma 4).

Intervento di terzi

Nel procedimento è consentito, sino a che la causa non venga rimessa al collegio per la decisione, anche l'eventuale intervento di terzi, ma soltanto se si tratta di soggetti che avrebbero avuto legittimazione a proporre la domanda (creditori; organi o autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa debitrice; pubblico ministero) (art. 41, comma 5).

Il tribunale è tenuto ad accertare l'esistenza dei presupposti e delle condizioni per l'apertura della procedura. A tal fine, esamina i documenti eventualmente depositati dalle parti e gli ulteriori dati e documenti che la cancelleria è comunque tenuta ad acquisire mediante collegamento alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale di previdenza sociale e del Registro delle imprese (es.: visura storica, elenco atti soggetti a imposta di registro, informazioni relative ai debiti contributivi, ecc.) (art. 42). Il giudice delegato alla trattazione del procedimento provvede, inoltre, all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, sempre nel rispetto dei princìpi di celerità.

Misure cautelari provvisorie

Ad evitare che durante il periodo (sia pure breve) di svolgimento del procedimento per l'apertura della procedura possano essere compiuti dal debitore, dai creditori o dai terzi atti che pregiudichino l'attivo della futura procedura (es.: vendita sottocosto di un bene immobile; assegnazione di somme in favore di un singolo creditore munito di titolo esecutivo), il tribunale, su istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 54, comma 1). Questi provvedimenti cautelari, che consentono di anticipare, almeno in parte, il vincolo sul patrimonio del debitore, rendendolo immune alle condotte pregiudizievoli del debitore o degli stessi creditori, hanno un'efficacia temporale limitata al procedimento di apertura e diventano inefficaci con il provvedimento che conclude il procedimento (art. 55, comma 2).

Il procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale può terminare in quattro modi diversi: a) estinzione per rinuncia alla domanda; b) dichiarazione di incompetenza territoriale; c) rigetto della domanda di apertura; d) dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

Rinuncia alla domanda

Per quanto riguarda l'estinzione (art. 43), la parte che ha presentato la domanda, ivi compreso il pubblico ministero, può, fino alla decisione, rinunciare alla stessa. In caso di rinuncia alla domanda, il procedimento si estingue, fatta salva di proseguirlo manifestata dagli intervenuti o dal pubblico ministero. Sull'estinzione il tribunale provvede con decreto e, nel dichiarare l'estinzione, può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese. Quando la domanda è stata iscritta nel registro delle imprese, inoltre, il cancelliere comunica immediatamente il decreto di estinzione al medesimo registro per la sua iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo.

Succede talvolta che il creditore ricorrente rinunci alla domanda perché il debitore o un terzo collegato al debitore provvedono al pagamento in tutto o in parte del suo credito; in queste ipotesi, viene meno la domanda, ma probabilmente permane lo stato di insolvenza del debitore. Il tribunale non può, nemmeno in queste ipotesi, dichiarare d'ufficio (ossia, in mancanza di domande da parte dei soggetti legittimati) l'apertura della procedura, ma, laddove rilevi l'insolvenza del debitore, lo segnala al pubblico ministero (art. 38, comma 2), che potrà presentare nuova domanda di apertura della procedura.

Dichiarazione di incompetenza territoriale

Per quanto riguarda la dichiarazione di incompetenza territoriale, si rinvia a quanto già esposto con riferimento alla competenza territoriale (vedi cap. IV, sez. 4).

6. Il provvedimento di rigetto della domanda di apertura

Rigetto della domanda

Il tribunale rigetta la domanda di apertura quando accerta l'insussistenza del presupposto soggettivo o del presupposto oggettivo, oppure la carenza di legittimazione di chi ha presentato la domanda (es.: il ricorrente si

dichiara creditore, ma il tribunale ritiene non esistente il credito), oppure la carenza di una delle altre condizioni richieste in relazione al caso concreto (es.: decorso di oltre un anno dalla cancellazione della società debitrice dal registro delle imprese).

Improcedibilità della domanda

Allo stesso modo, il tribunale rigetta la domanda, o meglio ne dichiara l'improcedibilità, quando l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è complessivamente inferiore ad € 30mila (art. 49, comma 5); come già sopra detto, in questa valutazione si tiene conto non solo del credito del ricorrente, ma anche di tutti gli altri debiti scaduti e non pagati che risultano dalla documentazione prodotta dalle parti o acquisita dal tribunale (es.: i debiti fiscali e contributivi comunicati dall'Agenzia delle entrate e dall'Istituto Nazionale per la previdenza sociale).

Decreto di rigetto

Il tribunale, se respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, provvede con decreto motivato, comunicato alle parti e, quando è stata disposta la pubblicità della domanda, iscritto nel registro delle imprese (art. 50, comma 1).

Il decreto di rigetto non acquista efficacia di cosa giudicata e non impedisce che lo stesso ricorrente o altro soggetto legittimato possa ripresentare successivamente una nuova domanda di apertura della liquidazione giudiziale, anche se eventualmente fondata sugli stessi motivi a base della precedente domanda rigettata.

Reclamo

Ferma la possibilità di riproposizione, il ricorrente (ossia, chi ha presentato la domanda rigettata di apertura della liquidazione giudiziale) o il pubblico ministero possono, entro trenta giorni dalla comunicazione, proporre reclamo contro il decreto innanzi alla corte di appello che, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con decreto motivato (art. 50, comma 2).

Con il reclamo viene sottoposta alla corte di appello la piena e diretta valutazione di tutti i presupposti e le condizioni per l'apertura della procedura, potendosi in questa sede procedere anche ad accertamenti istruttori.

Se la corte di appello rigetta il reclamo, il decreto di rigetto, che non è ricorribile per cassazione, è comunicato dalla cancelleria alle parti e al debitore, anche se non costituito, ed è iscritto immediatamente nel registro delle imprese nel caso di pubblicità della domanda (art. 50, comma 4).

Se, invece, accoglie il reclamo, la corte di appello dichiara direttamente aperta la liquidazione giudiziale con sentenza e rimette gli atti al tribunale ai soli fini dell'adozione dei provvedimenti di tipo organizzativo (es.: la nomina degli organi) (art. 50, comma 5). La sentenza della corte di appello (contro la quale può essere proposto ricorso per cassazione) ed il successivo decreto "attuativo" del tribunale sono iscritti nel registro delle imprese.

7. La sentenza di apertura della liquidazione giudiziale e le impugnazioni

Sentenza di apertura della liquidazione giudiziale

Se il tribunale accerta la sussistenza del presupposto soggettivo e oggettivo, la legittimazione del ricorrente e la presenza delle eventuali ulteriori condizioni richieste, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 49, comma 1).

Con la sentenza di apertura, il tribunale adotta anche le prime misure organizzative della procedura e, in particolare: a) nomina il giudice delegato per la procedura; b) nomina il curatore e, se utile, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore; c) ordina al debitore il deposito entro tre giorni dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, dei libri sociali, delle dichiarazioni dei redditi, IRAP e IVA dei tre esercizi precedenti, nonché dell'elenco dei creditori corredato dall'indicazione del loro domicilio digitale, se già non eseguito; d) stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'udienza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza, ovvero centocinquanta giorni in caso di particolare complessità della procedura; e) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del debitore, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'udienza per la presentazione delle domande di insinuazione; f) autorizza il curatore ad accedere alle banche dati per reperire dati e informazioni utili per l'espletamento dei suoi compiti (art. 49, comma 3).

Pubblicazione

La sentenza produce i suoi effetti dal momento della pubblicazione, che avviene mediante deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata (art. 49, comma 4). Il cancelliere dà atto del deposito e vi appone in calce l'indicazione del giorno, dell'ora e del minuto, necessarie anche in funzione della determinazione del momento di eventuali ordini immessi in un sistema telematico di pagamento (art. 3, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210).

Iscrizione nel registro delle imprese

Nei confronti dei terzi gli effetti si producono, invece, dal momento dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese, che dovrebbe avvenire, a cura del cancelliere, entro i due giorni successivi alla pubblicazione (art. 45).

Entro il giorno successivo alla pubblicazione, la sentenza di apertura è, altresì, comunicata al debitore, al pubblico ministero ed ai soggetti richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 49, comma 4).

Reclamo

Contro la sentenza che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale possono proporre reclamo il debitore e qualunque interessato (es.: i soci della società debitrice; una controparte contrattuale) (art. 51). Con il reclamo possono farsi valere sia motivi sostanziali (es.: mancanza di uno dei presupposti), sia motivi processuali (es.: mancata integrazione del contraddittorio con il debitore).

Il reclamo si propone con ricorso da depositare nella cancelleria della corte di appello nel termine di trenta giorni, decorrente, per il debitore, dalla data della notificazione telematica del provvedimento a cura della cancelleria e, per gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese; in ogni caso, anche indipendentemente dalla notificazione o iscrizione, il reclamo non può più proporsi dopo decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza.

Eventuale provvedimento di sospensione

La proposizione del reclamo non sospende l'efficacia della sentenza, per evitare che la procedura possa subire rallentamenti o essere bloccata per effetto di impugnazioni che potrebbero essere anche strumentali. Tuttavia, la corte di appello, su richiesta di parte o del curatore, può, quando ricorrono gravi e fondati motivi, sospendere, in tutto o in parte o temporaneamente, la liquidazione dell'attivo, la formazione dello stato passivo e il compimento di altri atti di gestione (art. 52). Il contenuto dell'eventuale provvedimento di sospensione viene, quindi, modulato in ragione delle circostanze del caso concreto, cercando di assicurare un equo contemperamento tra le esigenze di celerità della procedura ed il compimento di scelte irreversibili che potrebbero rendere vano l'eventuale accoglimento dell'impugnazione.

Procedimento

Il procedimento di reclamo è scandito da termini ristretti e dovrebbe tendenzialmente concludersi in tempi brevi, in quanto una decisione che interviene a distanza di molto tempo dall'apertura della procedura rischia comunque di pregiudicare l'uno o l'altro degli interessi rilevanti: se non è stato adottato il provvedimento di sospensione e viene accolto il reclamo, il debitore si ritrova una situazione modificata in modo significativo per effetto delle vendite e degli altri atti di gestione nelle more compiute dal curatore; se è stata disposta la sospensione e viene rigettato il reclamo, i creditori subiscono un pregiudizio per effetto del rallentamento o della stasi delle attività conseguenti alla suddetta sospensione.

L'udienza di comparizione delle parti deve, pertanto, essere fissata entro sessanta giorni dal deposito del ricorso, che va notificato, a cura della cancelleria o in via telematica, alle parti entro dieci giorni. Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni; le parti resistenti devono costituirsi, a pena di decadenza, almeno dieci giorni prima dell'udienza ed entro lo stesso termine può aver luogo l'intervento di qualunque interessato. All'udienza, il collegio, sentite le parti, assume, anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari, eventualmente delegando un suo componente. Esaurita la trattazione, la corte di appello provvede sul reclamo entro il termine di trenta giorni, con una sentenza che può essere di rigetto o di accoglimento.

Rigetto del reclamo

Quando il reclamo è rigettato, la sentenza è iscritta nel registro delle imprese e notificata, a cura della cancelleria e in via telematica, alle parti costituite, che possono proporre ricorso per cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione. Con la sentenza che decide l'impugnazione, il giudice deve provvedere sulle spese di lite e, nel caso in cui dichiari che la parte soccombente abbia agito o resistito con mala fede o colpa grave, revoca con efficacia retroattiva l'eventuale provvedimento di ammissione della stessa al patrocinio a spese dello Stato. Inoltre, in caso di società o enti, il giudice dichiara se sussiste mala fede del legale rappresentante che ha conferito la procura e, in caso positivo, lo condanna in solido con la società o l'ente al pagamento delle spese dell'intero processo e al pagamento di una somma pari al doppio del contributo unificato. Prevedendo la possibilità di una condanna personale del legale rappresentante al pagamento delle spese di lite, si pone un argine a reclami pretestuosi proposti dalla debitrice, nei confronti della quale la condanna alle spese è inutile, dato che il suo patrimonio è già sottoposto alla liquidazione giudiziale.

Per effetto della sentenza di rigetto, vengono meno i provvedimenti cautelari di sospensione della liquidazione eventualmente adottati dalla corte di appello, ma, a seguito del ricorso per cassazione, il ricorrente può chiedere nuovamente alla corte di appello che, sulla base di una nuova valutazione dei gravi e fondati motivi, disponga nuovamente la sospensione della liquidazione dell'attivo, della formazione dello stato passivo e il compimento degli altri atti di gestione.

Accoglimento del reclamo

Quando il reclamo è accolto, la procedura di liquidazione giudiziale viene revocata. Anche la sentenza di accoglimento, che viene iscritta nel registro delle imprese e notificata alle parti costituite, è ricorribile per cassazione nel termine di trenta giorni dalla notificazione.

Si presenta, quindi, l'esigenza di disciplinare specificamente la situazione della procedura nel periodo intercorrente tra la sentenza di accoglimento della corte di appello ed il suo passaggio in giudicato.

La soluzione normativa assicura un ragionevole compromesso: la procedura di liquidazione giudiziale resta aperta e gli organi restano in carica fino al momento dell'eventuale passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento, ma gli effetti nei confronti del debitore sono limitati (art. 53).

Come si vedrà meglio di seguito (sez. 3 di questo capitolo), l'apertura della liquidazione giudiziale determina a carico del debitore il cd. spossessamento, inteso come perdita della disponibilità e dell'amministrazione dei beni, che vengono attribuiti al curatore. Dalla pubblicazione della sentenza di revoca e fino al momento in cui essa passa in giudicato, lo spossessamento è, invece, attenuato, perché l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa restano al debitore, sotto la vigilanza del curatore. In particolare, il debitore può compiere liberamente gli atti di ordinaria amministrazione, mentre gli atti di straordinaria amministrazione devono essere autorizzati del tribunale; in mancanza di autorizzazione, gli atti compiuti dal

debitore sono inefficaci rispetto ai terzi. In ogni caso, i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono considerati prededucibili. Sono, inoltre, imposti al debitore periodici obblighi informativi relativi alla gestione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere sotto la vigilanza del curatore sino al momento in cui la sentenza passa in giudicato. Nel caso in cui il debitore violi gli obblighi prescritti (es.: compie atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione; omette i doveri informativi), il tribunale, a seguito di segnalazione del curatore, del comitato dei creditori o del pubblico ministero, con decreto iscritto nel registro delle imprese, priva il debitore della possibilità di compiere gli atti di amministrazione ordinaria e straordinaria, ripristinando lo spossessamento pieno.

Sezione 2

Gli organi della liquidazione giudiziale

1. Premessa

La procedura di liquidazione giudiziale è affidata a quattro distinti organi preposti alla sua dichiarazione ed alla sua conduzione: il tribunale concorsuale, il giudice delegato, il curatore ed il comitato dei creditori.

Rapporti tra gli organi

Ogni organo è titolare di proprie funzioni e attribuzioni, distinte le une dalle altre e, allo stesso tempo, tutte coordinate per garantire unità di indirizzo nella complessa gestione della procedura. Ciascun organo gestisce singole fasi o momenti del procedimento, ma con l'intervento o il controllo di uno o più degli altri organi, in modo da consentire snellezza ed efficienza nella gestione congiunte alla doverosa ponderazione e verifica delle scelte da compiere. Il rapporto tra gli organi si declina, pertanto, nelle forme del coordinamento, della collaborazione e del controllo, non nelle forme del rapporto gerarchico. Salvo singole ipotesi previste dalla legge, non esiste, infatti, un organo che sia sovraordinato, che possa impartire direttive vincolanti per gli altri o che possa avocarne le competenze.

2. Il tribunale concorsuale

Tribunale concorsuale

Il tribunale concorsuale è il tribunale che ha dichiarato aperta la procedura di liquidazione giudiziale ed è investito dell'intera procedura. Le funzioni del tribunale possono ricondursi a due grandi categorie: le funzioni cd. interne, relative alla gestione e amministrazione della procedura, e le funzioni cd. esterne, con le quali esercita attività giurisdizionali in senso stretto.

Funzioni interne

Con riferimento alle funzioni cd. interne, il tribunale concorsuale provvede anzitutto alla nomina, alla revoca o alla sostituzione per giustificati motivi degli altri organi della procedura, quando non è prevista la competenza del giudice delegato (art. 122, comma 1, lett. a). In particolare, compete al tribunale la nomina, la revoca o la sostituzione del giudice delegato e del curatore, non del comitato dei creditori, la cui nomina è affidata al giudice delegato.

In ragione della competenza generale di programmazione e controllo della procedura, il tribunale può in ogni tempo sentire in camera di consiglio il curatore, il comitato dei creditori e il debitore (art. 122, comma 1, lett. b).

Al tribunale compete, inoltre, la decisione sulle controversie relative alla procedura stessa che non siano di competenza del giudice delegato, nonché sui reclami contro i provvedimenti del giudice delegato (art. 122, comma 1, lett. c).

Ogni qualvolta eserciti attribuzioni che rientrino tra le funzioni cd. interne, i provvedimenti del tribunale sono pronunciati con decreto motivato, salvo che la legge non preveda che il provvedimento sia adottato in forma diversa (art. 122, comma 2).

Funzioni esterne

Con riferimento alle funzioni cd. esterne, il tribunale concorsuale è competente a conoscere di tutte le azioni che derivano dalla procedura liquidazione giudiziale, qualunque ne sia il valore (art. 32).

La competenza del tribunale concorsuale è funzionale, esclusiva ed inderogabile, prevale su qualsivoglia altra competenza ed è rilevabile anche d'ufficio in qualunque stato e grado del giudizio. Se un giudizio è promosso innanzi al tribunale incompetente, il giudice, anche d'ufficio, assegna alle parti un termine di non oltre trenta giorni per la riassunzione della causa innanzi al tribunale concorsuale e ordina la cancellazione della causa dal ruolo.

Azioni che derivano dalla procedura

Per azioni che derivano dalla procedura di liquidazione giudiziale, e che sono rimesse alla competenza del tribunale concorsuale, si intendono le azioni che possono essere esercitate solo se la liquidazione giudiziale è aperta, in quanto traggono il loro fondamento o il loro momento genetico nella procedura (es.: le azioni revocatorie concorsuali; le impugnazioni dello stato passivo), e quelle che, pur potendo essere esercitate fuori della procedura, subiscono un mutamento di disciplina a seguito dell'apertura della stessa (es.: l'azione revocatoria ordinaria; l'azione di simulazione esercitata dal curatore).

3. Il giudice delegato

Giudice delegato

Il giudice delegato esercita funzioni di controllo e di vigilanza sulla regolarità della procedura (art. 123). Compito del giudice delegato è quello di controllo del rispetto delle norme di legge e di vigilanza sull'attività del curatore e del comitato dei creditori. Si tratta di un ruolo centrale, funzionale alla tutela non solo degli interessi dei creditori, ma anche dell'insieme degli altri interessi che assumono rilievo e che devono trovare un equo contemperamento nell'ambito della procedura.

I poteri del giudice delegato possono ricondursi a quattro grandi categorie: autorizzativi, organizzativi, informativi e decisori.

Poteri autorizzativi

Per quanto riguarda i poteri autorizzativi, si esercitano rimuovendo alcuni limiti posti all'esercizio dei poteri del curatore. In particolare, il giudice delegato autorizza, tra l'altro, il curatore a stare in giudizio come attore o convenuto, quando è utile per il migliore soddisfacimento dei creditori (art. 123, comma 1, lett. f), a delegare ad altri specifiche operazioni (art. 129), al prelievo delle somme (art. 131), alla vendita dei beni oggetto di pegno (art. 152), all'esercizio dell'impresa (art. 211, comma 3), all'affitto dell'azienda (art. 212), alla liquidazione dei beni prima dell'approvazione del programma (art. 213). Inoltre, in caso di inerzia, impossibilità di costituzione o di funzionamento del comitato dei creditori, il giudice delegato provvede in via sostitutiva all'espletamento dei compiti attribuiti al comitato dei creditori (art. 140, comma 4).

Poteri organizzativi

Per quanto riguarda i poteri organizzativi, sono esercitati in varie fasi della procedura e rispondono all'esigenza primaria di attribuire ad un organo giudiziario, qual è il giudice delegato appunto, funzioni di regolazione del concorso e di ricerca di un prudente equilibrio tra interessi diversi. Rientrano in questa categoria, ad esempio, il potere di liquidare i compensi spettanti a coloro che hanno prestato la propria opera nella procedura (art. 123, comma 1, lett. d), la nomina e la sostituzione dei componenti del comitato dei creditori (art. 138), la determinazione dei limiti degli assegni familiari e stipendi che sono lasciati al debitore, nonché dell'eventuale sussidio a titolo di alimenti (artt. 146, comma 1, lett. b; 147), la determinazione dell'indennizzo quando il curatore recede dal contratto di affitto di azienda (art. 184), i poteri in materia di formazione dello stato passivo (art. 204), di vendita (art. 217) e di ripartizione dell'attivo (art. 220).

Sono riconducibili a questa categoria anche i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio che il giudice delegato emette o provoca dalle competenti autorità, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione (art. 123, comma 1, lett. b). Si tratta dei cd. decreti di acquisizione, con i quali il giudice delegato riporta nell'attivo della procedura beni o diritti che ne erano rimasti estranei, sempre che non vi siano terzi che affermino di essere titolari di diritti incompatibili, nel quale caso la controversia dovrà essere devoluta al giudice ordinario.

Poteri informativi

Per quanto riguarda i poteri informativi, hanno direzioni diverse. Il giudice delegato è destinatario delle relazioni informative del curatore, potendo altresì disporre che lo stesso presenti relazioni ulteriori rispetto a quelle previste, prescrivendone le modalità (art. 123, comma 1, lett. i); inoltre convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura (art. 123, comma 1, lett. c). A sua volta, il giudice delegato riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio (art. 123, comma 1, lett. a).

Poteri decisori

Per quanto riguarda i poteri decisori, il giudice delegato provvede sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (vedi sez. 2, par. 7 di questo capitolo).

Proprio in ragione dei plurimi poteri ad esso attribuiti, il giudice delegato, che rimane comunque un organo giudiziario, non può trattare i giudizi che ha autorizzato, né far parte del collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti (art. 123, comma 2).

I provvedimenti del giudice delegato sono pronunciati con decreto motivato (art. 123, comma 4).

4. Il curatore

Curatore

Il curatore è l'organo che svolge funzioni di tipo tecnico ed esecutivo, al quale è attribuito il compito principale di amministrare, gestire e liquidare il patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale, al fine di ripartire il ricavato tra i creditori concorrenti.

Nomina

La nomina del curatore compete al tribunale, che vi provvede con la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale (art. 125).

Possono essere nominati curatori solo coloro che risultano iscritti nell'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice della crisi e dell'insolvenza (art. 356). L'iscrizione in questo albo è riservata a: a) iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti, degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro; b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano iscritti negli albi ora ricordati, e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura; c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Per l'iscrizione ed il mantenimento della iscrizione nell'albo, è necessario dimostrare di avere assolto gli obblighi di formazione, non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 c.c., non essere stati sottoposti a misure di prevenzione *ex* d.lgs. 159/2011 e non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato per determinati reati.

Ferma l'iscrizione nell'albo, il curatore deve essere indipendente rispetto al debitore il cui patrimonio è sottoposto a liquidazione giudiziale, per cui il curatore non può essere il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, parente e affine entro il quarto grado del debitore, creditore di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura (art. 358, comma 2). È, altresì, richiesta l'indipendenza e l'assenza di frequentazione assidua con magistrati, giudicanti o requirenti, del distretto di corte di appello nel quale ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale è pendente il procedimento (art. 125, comma 3, che richiama il d.lgs. 159/2011).

Criteri per la scelta del curatore

Considerando la complessità dei compiti attribuiti al curatore e la necessità di assicurare una gestione efficiente della procedura, sono dettati alcuni criteri generali che il tribunale deve seguire nella selezione di uno dei soggetti iscritti nell'albo (art. 358, comma 3). L'autorità giudiziaria nomina il curatore tenendo conto delle risultanze dei rapporti riepilogativi e degli incarichi in corso, in relazione alla necessità di assicurare l'espletamento diretto, personale, efficiente e tempestivo delle funzioni, nonché delle esigenze di trasparenza e di rotazione nell'assegnazione degli incarichi, valutata l'esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico. Si tratta di esigenze tutte condivisibili, ma anche potenzialmente incompatibili, e che vanno pertanto dosate con equilibrio: se, ad esempio, non risponde al criterio dell'esperienza la nomina di un giovane avvocato quale curatore di una procedura di particolare complessità e difficoltà, dall'altro lato non sarebbe conforme ai criteri nemmeno la nomina nella medesima procedura di un affermato professionista già curatore in decine di altre impegnative procedure, non avendo egli il tempo di svolgere in modo efficiente, tempestivo e personale l'incarico.

Per assicurare il controllo sul rispetto dei criteri, i provvedimenti di nomina dei curatori confluiscono in un registro nazionale istituito presso il Ministero della giustizia, tenuto con modalità informatiche ed accessibile al pubblico, nel quale vengono altresì annotati i provvedimenti di chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse e i provvedimenti di liquidazione degli acconti e del compenso finale in favore di ciascun curatore (art. 125, comma 4).

Unipersonalità

L'organo di curatore è sempre unipersonale e non è possibile nominare nella stessa procedura un organo pluripersonale. Questo divieto lo si ricava non solo e non tanto da indici di tipo letterale (l'uso legislativo della locuzione "curatore" al singolare), quanto soprattutto dell'espressa possibilità per il tribunale di nominare già con la sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale, se utile, uno o più esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore (art. 49, comma 3, lett. b).

Esperti

Gli esperti sono soggetti dotati di competenze presumibilmente non rientranti nel bagaglio professionale del curatore e ritenute necessarie ai fini del migliore svolgimento della procedura (es.: viene nominato curatore un commercialista e viene designato come esperto un avvocato, in quanto la procedura presenta rilevanti problematiche di tipo giuridico). Non può, quindi, il tribunale procedere alla nomina di un organo pluripersonale, perché le eventuali esigenze di avere professionalità distinte e complementari sono garantite proprio dalla possibile nomina degli esperti. La differenza tra organo pluripersonale (es.: tre curatori) e organo unipersonale ma accompagnato da esperti (es.: un curatore e due esperti) è, peraltro, di carattere più terminologico che sostanziale, considerando che i requisiti per la nomina degli esperti sono gli stessi previsti per il curatore e che agli esperti si applicano, in quanto compatibili, le stesse disposizioni dettate per il curatore (art. 125, commi 1-3). L'unica differenza sostanziale si apprezza sotto il profilo decisionale e di rappresentanza, perché, anche in caso di nomina di esperti, il potere decisionale ed il potere di rappresentanza esterna competono soltanto al curatore, dovendosi ritenere che, anche in relazione ai compiti specifici ad essi attribuiti, gli esperti si affianchino in funzione di ausilio al curatore, ma non lo sostituiscano.

Accettazione della nomina

Il soggetto nominato quale curatore è libero di decidere se accettare o meno la nomina. Considerando, infatti, la gravosità e la delicatezza dell'incarico, il soggetto designato potrebbe anche valutare di non voler assumere l'incarico, così come potrebbe ritenere di non poter accettare a causa di situazioni di incompatibilità non conosciute dal tribunale (es.: conflitto d'interessi con la procedura per aver assistito il debitore in precedenti vicende). Se decide di accettare, il curatore deve, entro i due giorni successivi alla comunicazione della nomina, far pervenire in cancelleria la propria accettazione; nel caso di inosservanza di questo obbligo, il tribunale, in camera di consiglio, provvede d'urgenza alla nomina di altro curatore (art. 126, comma 1). Intervenuta l'accettazione, l'ufficio comunica telematicamente al curatore le credenziali per l'accesso al domicilio digitale assegnato alla procedura dal Ministero della giustizia. Il domicilio digitale è un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale, che sarà poi utilizzato dal curatore per le comunicazioni durante la procedura.

Il curatore cessa dall'incarico in caso di revoca, sostituzione, dimissioni o morte.

Revoca

Il tribunale può in ogni tempo, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il curatore (art. 134). L'eventuale provvedimento di revoca viene preso dal tribunale con decreto motivato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori. Contro il decreto di revoca o di rigetto dell'istanza di revoca del curatore è ammesso il reclamo alla corte di appello, ma il reclamo non sospende l'efficacia del decreto. La revoca può essere disposta per giustificati motivi (art. 122, comma 1, lett. a), intesi sia come inadempimento degli obblighi da parte del curatore, sia in senso ampio come verificarsi di situazioni che rendano opportuna nell'interesse della procedura la sostituzione (es.: divergenze di vedute tra il curatore ed il giudice delegato che possano rallentare la gestione della procedura).

Sostituzione

La sostituzione del curatore può essere chiesta dal debitore e dai creditori ammessi, ma al solo fine di evitare conflitti di interessi in capo allo stesso curatore (art. 135). Può verificarsi un'ipotesi di conflitto d'interessi, ad esempio, quando il curatore debba valutare l'eventuale avvio di un'azione revocatoria o risarcitoria nei confronti di una società della quale sia amministratore o socio. In tal caso, il debitore o i creditori ammessi possono chiederne la sostituzione al tribunale, indicandone le ragioni, ed il tribunale, valutate le ragioni della richiesta e verificata a sua volta l'assenza di conflitto d'interessi in capo ai creditori istanti, provvede alla nomina del nuovo curatore. Resta fermo che, in caso di conflitto d'interessi del curatore, se non vi è la richiesta di sostituzione da parte del debitore o dei creditori ammessi, il tribunale potrebbe anche procedere alla revoca, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio.

Dimissioni

Il curatore può dimettersi dall'incarico, ma la rinunzia ha effetto solo quando il tribunale avrà nominato il nuovo curatore e questi avrà accettato.

Morte

Nel caso di morte, evidentemente, la cessazione dall'incarico è immediata ed il tribunale deve provvedere con immediatezza alla nomina del nuovo curatore che subentri nell'incarico.

5. (*Segue*) Compiti, responsabilità e compenso del curatore

Compiti

Il compito principale del curatore è quello di amministrare il patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale (art. 128). Accanto a questo compito principale, ve ne sono poi altri, che hanno carattere strumentale rispetto al primo (compiti di informazione) o funzionali ad agevolare l'attività degli altri organi (compiti di collaborazione), oppure diretti a garantire l'ordinato svolgimento della procedura (compiti organizzativi).

Amministrazione del patrimonio

Partiamo dal compito di amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale. Il curatore deve prima apprendere i beni, poi gestirli e, infine, liquidarli. Spetta al curatore il compimento di tutte le attività

reputate necessarie, utili o convenienti al raggiungimento delle finalità indicate, dovendo attivarsi per recuperare i beni del debitore, procedere alla loro presa in consegna materiale e giuridica, alla loro custodia e manutenzione, all'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa, all'avvio di azioni risarcitorie o recuperatorie, alle procedure di vendita e così via.

Questa attività di recupero e reintegrazione del patrimonio dei beni compresi nella procedura, funzionale al migliore interesse dei creditori, è agevolata da significativi poteri di indagine attribuiti al curatore, il quale è autorizzato, già con la sentenza di apertura, ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari, nonché alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi, ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti, ad acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice (art. 49, comma 3, lett. f). Inoltre, quando il debitore non ottempera agli obblighi di deposito delle scritture contabili, oppure quando le scritture contabili sono incomplete o comunque risultano inattendibili, il curatore, con riguardo alle operazioni compiute dal debitore nei cinque anni anteriori alla presentazione della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale, può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato ad accedere a banche dati ulteriori ed a richiedere alle pubbliche amministrazioni le informazioni e i documenti in loro possesso (art. 130, commi 2 e 3).

Autonomia decisionale

Nell'ambito delle funzioni di amministrazione ad esso attribuite, il curatore ha un'ampia autonomia decisionale, potendo (anzi, dovendo) decidere se, quando e come compiere le attività necessarie. Egli opera, però, sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, dovendosi comunque garantire il coordinamento e l'unità di intenti tra tutti gli organi della procedura.

Autorizzazioni del giudice delegato

Come già detto sopra, il giudice delegato esercita un generale potere di vigilanza sull'attività del curatore, che presuppone un costante flusso informativo e che si esprime poi nella previsione di specifici poteri di autorizzazione.

In particolare, il giudice delegato autorizza il curatore a stare in giudizio, salvo che in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti e di diritti di terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale, e salvo che nei procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale e in ogni altro caso in cui non occorra ministero di difensore (art. 128, comma 2). Il curatore nomina però autonomamente i difensori, senza poter assumere direttamente la veste di avvocato, salvo che nei giudizi avanti al giudice tributario quando ciò è funzionale ad un risparmio per la massa e se in possesso della necessaria qualifica. Anche in relazione al prelievo di somme della procedura è previ-

sto un significativo potere del giudice delegato, in quanto il curatore può prelevare le somme dal conto corrente della procedura ed effettuare pagamenti solo su copia conforme del mandato di pagamento sottoscritto dal giudice delegato e dal cancelliere (art. 131).

Autorizzazioni del comitato dei creditori

La vigilanza sull'attività del curatore da parte del comitato dei creditori, invece, si esercita soprattutto attraverso l'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione. In particolare, le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli altri atti di straordinaria amministrazione sono effettuati dal curatore, ma solo previa l'autorizzazione del comitato dei creditori (art. 132). Se gli atti suddetti sono di valore superiore a € 50mila e in ogni caso per le transazioni, il curatore, inoltre, ne deve informare previamente il giudice delegato, salvo che gli stessi siano già stati autorizzati dal medesimo in sede di autorizzazione degli atti conformi al programma di liquidazione.

Va ribadito che il giudice delegato ed il comitato dei creditori esercitano una vigilanza su un potere di amministrazione che rimane comunque di competenza esclusiva del curatore. Ciò significa che, dove richiesto, l'autorizzazione del giudice delegato o del comitato dei creditori rimuove un limite all'esercizio di un potere del curatore, il quale resta, però, l'unico legittimato a proporre il compimento o non compimento dell'atto stesso e poi a dare esecuzione al provvedimento di autorizzazione. Non possono, pertanto, il giudice delegato ed il comitato dei creditori surrogarsi al curatore e compiere direttamente l'atto, potendo solo proporre la revoca del curatore.

Informazione

Con riferimento ai compiti di informazione, si è già detto che il curatore deve garantire una costante informazione al giudice delegato, nonché allo stesso comitato dei creditori, sullo svolgimento della procedura. Vi sono, poi, delle specifiche prescrizioni, volte a garantire la doverosa informazione non solo degli organi della procedura, ma anche dei creditori.

Il curatore, entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, presenta al giudice delegato un'informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi informativi acquisiti relativi alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società (art. 130, comma 1).

Relazione particolareggiata

Entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, il curatore presenta inoltre al giudice delegato una relazione particolareggiata in ordine al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore, sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del debitore o di altri, sull'eventuale responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 130, commi 4 e 5).

Rapporti riepilogativi

A seguire, entro quattro mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo e, successivamente, ogni sei mesi, il curatore presenta al giudice delegato e trasmette al comitato dei creditori un rapporto riepilogativo delle attività svolte e delle informazioni raccolte dopo le precedenti relazioni, accompagnato dal conto della sua gestione e dagli estratti del conto bancario o postale della procedura relativi agli stessi periodi. Nel termine di quindici giorni, il comitato dei creditori o ciascuno dei suoi componenti possono formulare osservazioni scritte. Nei successivi quindici giorni copia del rapporto, assieme alle eventuali osservazioni, omesse le parti secretate, è trasmessa per mezzo della posta elettronica certificata al debitore, ai creditori e ai titolari di diritti sui beni (art. 130, comma 9). La previsione dell'invio ai creditori delle relazioni periodiche assume un particolare rilievo, perché consente un'effettiva e costante conoscenza da parte dei singoli creditori delle attività compiute dal curatore, volta a fornire trasparenza all'agire.

Con riferimento ai compiti organizzativi, vi rientrano anzitutto le funzioni attribuire al curatore nel procedimento di formazione del passivo (vedi sez. 8 di questo capitolo) ed in fase di ripartizione dell'attivo (vedi sez. 10 di questo capitolo).

Pubblico ufficiale

Il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale (art. 127). Il riconoscimento della qualità di pubblico ufficiale del curatore porta con sé rilevanti conseguenze sia dal punto di vista sistematico, sia dal punto di vista applicativo. Sotto il primo profilo, conferma la rilevanza nella procedura anche di interessi pubblici e collettivi diversi da quelli dei soli creditori, non potendo il curatore essere considerato un mero mandatario dei creditori o, comunque, un soggetto legato ad un rapporto fiduciario solo con questi ultimi. Sotto il secondo profilo, trovano applicazione la disciplina civile e penale relativa ai pubblici ufficiali (es.: artt. 61, comma 1, n. 10 e 336 c.p.); in particolare, gli atti o fatti che il curatore affermi essere stati da lui compiuti o avvenuti in sua presenza hanno efficacia di prova legale e potranno essere contestati solo tramite querela di falso. Nel caso di nomina quale curatore di studi professionali associati o società tra professionisti, la qualità di pubblico ufficiale non si estende a tutti i membri della struttura organizzata, ma è limitata al solo componente designato come responsabile della procedura.

Il curatore esercita personalmente le funzioni del proprio ufficio (art. 129). È, tuttavia, consentito al curatore di avvalersi, oltre che degli esperti eventualmente nominati nella sentenza di apertura, anche di ulteriori ausiliari, che possono essere di due tipi: delegati e coadiutori.

Delegati

I delegati sostituiscono il curatore nello svolgimento di specifiche operazioni di tipo esecutivo ed operativo che il curatore stesso è temporaneamente impossibilitato a svolgere (es.: accesso presso immobili del debitore collocati in località distanti). Alcune operazioni, in ragione della loro delicatezza, non possono essere però affidate a delegati, e tra queste specificamente quelle relative all'accertamento del passivo ed al programma di liquidazione. La nomina del delegato, del cui operato risponde il curatore, deve essere autorizzata dal comitato dei creditori e l'onere per il compenso del delegato, liquidato dal giudice, è detratto dal compenso del curatore (art. 129, comma 1), proprio perché si tratta di un ausiliario che sostituisce il curatore nel compimento di atti che questi avrebbe dovuto svolgere personalmente.

Coadiutori

I coadiutori sono tecnici o da altre persone retribuite, compreso il debitore e gli amministratori della società o dell'ente in liquidazione giudiziale, incaricati dello svolgimento di attività che richiedono particolari abilità tecniche o che affiancano il curatore in modo continuativo in alcuni settori della procedura (es.: il consulente del lavoro che redige le buste paga dei lavoratori; il dirigente di azienda preposto alla gestione dell'impresa cui il curatore sia stato autorizzato). Anche la nomina del coadiutore, del cui operato risponde il curatore, deve essere autorizzata dal comitato dei creditori e del compenso riconosciuto a tali soggetti si tiene conto ai fini della liquidazione del compenso del curatore (art. 129, comma 2). Questo significa che, a differenza di quanto avviene per i delegati, il compenso dei coadiutori non viene automaticamente sottratto da quello del curatore, ma può condurre ad una diversa quantificazione del compenso di quest'ultimo all'interno dei parametri di liquidazione.

Diligenza

Il curatore deve adempiere ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal programma di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (art. 136) e, in caso di violazione dei propri obblighi, risponde dei danni provocati alla massa dei creditori.

La responsabilità del curatore è di tipo contrattuale e, trattandosi di attività professionale, il parametro della diligenza è quello di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. Conformemente a quanto avviene per gli amministratori di società, tuttavia, il curatore non può essere chiamato a rispondere del merito delle scelte di gestione del patrimonio della procedura, che rimangono insindacabili anche se rivelatesi dannose, salvo l'ipotesi di scelte del tutto irrazionali, oppure compiute senza aver assunto le doverose informazioni, oppure prese in conflitto d'interesse. Facciamo un esempio: in caso di furto di beni inventariati, non è responsabile il curatore che abbia consapevolmente deciso di non stipulare un servizio di guardiania perché avente un costo superiore a quello dei beni da inventariare, mentre ne risponde il curatore che abbia omesso le doverose cautele se le stesse avevano un costo di gran lunga inferiore rispetto al rilevante valore dei beni da custodire.

Registro informatico

Per agevolare un controllo, anche *ex post*, dell'attività del curatore, lo stesso deve tenere un registro informatico, consultabile telematicamente, oltre che dal giudice delegato, da ciascuno dei componenti del comitato dei creditori, in cui deve annotare giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione; mensilmente il curatore firma digitalmente il registro e vi appone la marca temporale (art. 136, comma 1), in modo da evitare che possano effettuarsi successivamente annotazioni con data antecedente.

Azione di responsabilità

Durante la liquidazione giudiziale, l'azione di responsabilità contro il curatore può essere esercitata solo a seguito di sua cessazione dall'incarico. La legittimazione attiva all'esercizio dell'azione contro il curatore revocato o sostituito è attribuita al nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato.

Compenso

Al curatore spetta un compenso per l'attività svolta (art. 137). Il compenso e le spese dovuti, anche se la liquidazione giudiziale si chiude con concordato, sono liquidati ad istanza del curatore con decreto del tribunale non soggetto a reclamo, su relazione del giudice delegato, secondo le norme stabilite con decreto del Ministro della giustizia.

La liquidazione del compenso è fatta al termine dell'attività, dopo l'approvazione del rendiconto (vedi sez. 10, par. 4 di questo capitolo) e, se del caso, dopo l'esecuzione dell'eventuale concordato, ed al curatore è dovuta anche un'integrazione del compenso per l'attività svolta successivamente alla chiusura della procedura nel caso in cui vi sia la prosecuzione dei giudizi. Considerando che la durata della procedura può coprire anche diversi anni, il tribunale può accordare al curatore acconti sul compenso durante la procedura; salvo che non ricorrano giustificati motivi, ogni liquidazione di acconto deve però essere preceduta dalla esecuzione di un progetto di ripartizione parziale.

Se nell'incarico si sono succeduti più curatori (es.: un curatore si è dimesso durante la procedura ed è stato nominato un nuovo curatore), il compenso è stabilito secondo criteri di proporzionalità, parametrati all'attività ed ai risultati raggiunti da ciascuno, ed è liquidato, in ogni caso, al termine della procedura, salvi eventuali acconti. Il criterio di proporzionalità si applica anche quando sono nominati uno o più esperti, dividendosi il compenso tra il curatore e gli esperti in proporzione all'entità dell'attività svolta da ciascuno.

6. Il comitato dei creditori

Il comitato dei creditori è l'organo rappresentativo dei creditori, al quale sono attribuiti compiti di vigilanza sull'operato del curatore.

Nomina

La nomina dei componenti del comitato dei creditori compete al giudice delegato, che vi provvede entro trenta giorni dalla sentenza che ha

aperto la liquidazione giudiziale, sulla base delle risultanze documentali, sentito il curatore e tenuto conto della disponibilità ad assumere l'incarico e delle altre indicazioni eventualmente date dai creditori con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente (art. 138, comma 1). Nulla impedisce che la nomina intervenga anche successivamente, perché le disponibilità dei creditori ad assumere l'incarico potrebbero intervenire in un secondo momento, anche a seguito di sollecitazione da parte del curatore.

Sostituzione membri

Nel corso della procedura il giudice delegato può, comunque, modificare la composizione del comitato e provvedere alla sostituzione di tutti o parte dei suoi membri in relazione alle variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo (es.: un componente del comitato risulta inerte e non partecipa sistematicamente alle riunioni ed alle decisioni).

Nuove designazioni

Proprio perché si tratta di un organo direttamente rappresentativo dei creditori, questi hanno un potere concorrente di designazione. In qualsiasi momento durante la procedura, i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi (escludendo dal computo i creditori in conflitto d'interessi) possono effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori, chiedendo così di cambiare in tutto o in parte i componenti dell'organo (art. 139). Il giudice delegato valuta se le nuove designazioni rispettano i requisiti per la nomina, anche in termini di adeguata rappresentatività delle varie categorie di creditori, e nel caso di esito positivo del controllo, provvede alla nomina dei soggetti designati dalla maggioranza dei creditori.

Composizione

Il comitato è composto di tre o cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti e avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi (art. 138, comma 2). In coerenza con questo criterio di equilibrio, nel comitato vanno scelti sia creditori privilegiati, sia creditori chirografari, garantendo adeguata rappresentanza sia a quelli titolari di crediti maggiori, che a quelli titolari di crediti minori.

Non sono richiesti requisiti o qualità personali in capo ai componenti del comitato dei creditori, a differenza di quanto previsto per il curatore. Anche in ragione di ciò, ciascun componente del comitato dei creditori può delegare, a sue spese, a un avvocato o a un dottore commercialista, in tutto o in parte, l'espletamento delle proprie funzioni, dandone comunicazione al giudice delegato (art. 138, comma 7).

Accettazione della nomina

Il creditore nominato quale componente del comitato è libero di accettare o meno la nomina, anche considerando l'impegno richiesto per l'espletamento dell'incarico e le responsabilità connesse. L'eventuale accettazione della carica va comunicata al curatore, che ne informa immediatamente il giudice delegato, il quale, nel caso di mancata accettazione, provvede alla nomina di un nuovo componente. Il comitato dei creditori si considera costituito con l'accettazione della nomina da parte dei suoi componenti ed entro dieci giorni dalla costituzione provvede, su convocazione del curatore, a nominare a maggioranza il proprio presidente (art. 138, comma 3).

Impossibilità di costituzione o di funzionamento

Se nessuno dei creditori dichiara la propria disponibilità ad essere nominato componente o accetta la nomina, oppure se le accettazioni sono in numero insufficiente, il comitato dei creditori è impossibilitato a costituirsi. In tale ipotesi, così come in caso di inerzia o di impossibilità di funzionamento o di urgenza, il giudice delegato provvede in via sostitutiva al compimento degli atti che sarebbero stati di competenza del comitato dei creditori (art. 140, comma 4).

Compiti

Compito del comitato dei creditori è come, detto, quello di vigilare sull'operato del curatore, autorizzarne gli atti ed esprimere pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato (art. 140, comma 1). L'autorizzazione è richiesta in relazione alle scelte di maggiore rilievo da assumere durante la procedura e che possono avere un maggiore impatto per i creditori, come, ad esempio, il compimento di atti di straordinaria amministrazione (art. 132), il subentro nei rapporti pendenti (art. 172) o il programma di liquidazione (art. 213).

È il presidente a convocare il comitato dei creditori per le deliberazioni di competenza o quando sia richiesto da un terzo dei suoi componenti.

Deliberazioni

Le deliberazioni devono essere almeno succintamente motivate e sono prese a maggioranza dei votanti, nel termine massimo di quindici giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al presidente; il voto può essere espresso in riunioni collegiali o mediante consultazioni telematiche, purché sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto (art. 140, comma 1). Per evitare che le deliberazioni possano essere influenzate da interessi personali, il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione (art. 138, comma 6).

Ispezioni

Per consentire un effettivo esercizio dei poteri di vigilanza, il comitato dei creditori e ogni suo componente anche individualmente possono ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura, potendo altresì chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al debitore. In caso di inerzia, di impossibilità di costituzione per insufficienza di numero o indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o di urgenza, questi poteri di ispezione possono essere esercitati da ciascun creditore, previa l'autorizzazione del giudice delegato (art. 140, comma 5).

Compenso

I componenti del comitato dei creditori hanno diritto al rimborso delle spese e, in aggiunta, il giudice delegato, su istanza dello stesso comitato, acquisito il parere del curatore, può stabilire che agli stessi sia attribuito anche un compenso per la loro attività, in misura non superiore al 10% di quello liquidato al curatore (art. 139, comma 3).

Diligenza

I componenti del comitato dei creditori devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico (art. 140, comma 7, che richiama l'art. 2407, commi 1 e 3, c.c. in tema di responsabilità dei sindaci). Essi sono, però, responsabili solo per fatti e omissioni proprie, non anche per fatti e omissioni del curatore rispetto ai quali abbiano omesso di vigilare.

Durante la procedura, l'azione di responsabilità può essere proposta dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato e, in tale evenienza, il giudice delegato provvede all'immediata sostituzione dei componenti del comitato dei creditori nei confronti dei quali ha autorizzato l'azione.

7. I reclami contro i provvedimenti, gli atti e le omissioni degli organi

Strumenti endoconcorsuali

L'attività degli organi della liquidazione giudiziale produce effetti diretti o indiretti sui creditori, sul debitore e sui terzi coinvolti nell'agire della procedura. Si pone, pertanto, la necessità di assicurare forme di controllo o di tutela nei confronti dei provvedimenti, degli atti e delle omissioni che l'apparato di organi può adottare, tenere o non tenere. Questo controllo è assicurato attraverso strumenti "endoconcorsuali", rappresentati dai reclami. La disciplina dei reclami si articola in tre categorie, distinte per l'oggetto e per le regole processuali: i reclami contro i decreti del giudice delegato e del tribunale (art. 124); i reclami contro gli atti e le omissioni del curatore (art. 133); i reclami contro gli atti del comitato dei creditori (art. 141).

Reclami contro i decreti del giudice delegato e del tribunale

I reclami contro i decreti del giudice delegato e del tribunale sono soggetti ad un unico modello procedimentale, indipendentemente dal contenuto del provvedimento impugnato.

Salvo che sia diversamente disposto, contro i decreti del giudice delegato e del tribunale possono proporre reclamo il curatore, il comitato dei creditori, il debitore e ogni altro interessato. Il reclamo va proposto innanzi al tribunale (avverso i decreti del giudice delegato) o alla corte di appello (avverso i decreti del tribunale), nel termine perentorio di dieci giorni, decorrenti dalla comunicazione o dalla notificazione per il curatore, per il debitore, per il comitato dei creditori e per chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento. Per gli altri interessati, il termine di dieci giorni decorre dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie previste dalla legge o disposte dal giudice delegato o dal tribunale, se quest'ultimo ha emesso il provvedimento. In ogni caso, anche nel caso di omissione della comunicazione, notificazione o formalità pubblicitarie, il reclamo non può più proporsi decorsi novanta giorni dal deposito del provvedimento nel fascicolo della procedura.

Il reclamo si propone con ricorso, che deve contenere, tra l'altro, l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti. Considerate le esigenze di celerità della procedura, la proposizione del reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato, ma viene assicurata una veloce definizione del procedimento di reclamo. L'udienza di comparizione viene fissata entro quaranta giorni dal deposito del ricorso ed il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza. Questi termini possono anche essere abbreviati dal presidente del collegio chiamato a decidere, se ricorrono ragioni di urgenza.

All'udienza il collegio, sentite le parti, ammette o assume anche d'ufficio i mezzi di prova, se non ritiene di delegarne l'assunzione al relatore. Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione, il collegio provvede sul reclamo con decreto motivato.

Nel caso in cui il provvedimento reclamato abbia contenuto meramente ordinatorio, relativo solo all'organizzazione della procedura, il decreto che decide sul reclamo non è appellabile e nemmeno ricorribile per cassazione. Nel diverso caso, invece, in cui il provvedimento reclamato abbia contenuto decisorio, ossia avente attitudine ad incidere su diritti soggettivi (es.: il decreto del giudice delegato di liquidazione del compenso di un professionista), il decreto che decide sul reclamo non è parimenti appellabile, ma è ricorribile in cassazione *ex* art. 111 Cost.

Reclami contro gli atti e le omissioni del curatore

I reclami contro gli atti e le omissioni del curatore sono soggetti ad una disciplina diversa e meno articolata. Il comitato dei creditori, il debitore e ogni altro interessato possono proporre reclamo, per violazione di legge, con ricorso al giudice delegato entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il giudice delegato, sentite le parti, decide sul reclamo, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio.

Se il reclamo è accolto, il curatore deve conformarsi alla decisione del giudice delegato e, quindi, a seconda che sia stato proposto reclamo avverso un atto o un'omissione, deve astenersi dal compiere l'atto reclamato o deve sanare l'omissione reclamata. Se il curatore non si conforma alla decisione, può essere revocato dal tribunale, ricorrendo i giustificati motivi che legittimano la revoca.

Avverso il decreto del giudice delegato che decide (sia con l'accoglimento, sia con il rigetto) sul reclamo contro atti o omissioni del curatore è poi ammesso reclamo innanzi al tribunale, che si svolge nelle stesse forme previste per ogni altro reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato.

Reclami contro gli atti del comitato dei creditori

Simile è il procedimento dettato per i reclami contro gli atti del comitato dei creditori. Il curatore, il debitore e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori, per violazione di legge, entro otto giorni dalla

conoscenza dell'atto. Il giudice delegato decide sul reclamo sentite le parti, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio. Anche in questo caso, avverso il decreto del giudice delegato che decide sul reclamo è poi ammesso ulteriore reclamo innanzi al tribunale.

Sezione 3

Gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per il debitore

1. Premessa

Effetti di natura patrimoniale e personale

L'apertura della liquidazione giudiziale produce nei confronti del debitore effetti di natura patrimoniale ed effetti di natura personale. In sintesi, gli effetti di natura patrimoniale per il debitore sono rappresentati dalla privazione del potere di amministrazione e disposizione dei suoi beni, con tutte le conseguenze sostanziali e processuali; quelli di natura personale sono costituiti dall'insorgere di specifici obblighi di comportamento e da limitate modifiche dello *status* della persona del debitore.

La ragione alla base di queste due categorie di effetti è la medesima. La privazione dei poteri sui beni e l'imposizione di obblighi di comportamento a carico del debitore consentono di evitare che l'ordinato svolgimento della procedura venga ostacolato dall'attività del debitore.

Chiariti i motivi comuni alla base della disciplina degli effetti patrimoniali e personali, gli stessi vanno esaminati separatamente, perché differenti per natura e contenuto.

2. Gli effetti di natura patrimoniale

Spossessamento

La sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale priva dalla sua data il debitore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale (art. 142, comma 1). È questo il cd. spossessamento, in forza del quale i poteri di amministrazione e disposizione dei beni vengono sottratti al debitore e, contestualmente, vengono attribuiti al curatore, che dovrà provvedere alla gestione del patrimonio, alla sua liquidazione ed al successivo riparto del ricavato tra tutti i creditori concorrenti nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Inefficacia

In ragione di ciò, gli atti compiuti dal debitore e i pagamenti da lui eseguiti o ricevuti dopo l'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale sono inefficaci rispetto ai creditori (art. 144, comma 1). Questo significa, ad esempio, che chi ha acquistato un bene dal debitore in forza di un contratto stipulato dopo il prodursi degli effetti dello spossessamento non può pretendere l'esecuzione della prestazione o essere ammesso al passivo per l'importo pagato; chi ha ricevuto un pagamento o altra prestazione dal debitore deve restituirla al curatore; chi ha effettuato un pagamento nelle mani del debitore deve ripetere il pagamento nelle mani del curatore, salvo che il debitore provveda spontaneamente a consegnare al curatore quanto ricevuto.

Privazione dell'amministrazione e della disponibilità dei beni

Lo spossessamento priva il debitore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, ma non anche della proprietà degli stessi, che permane fino a quando i beni non saranno venduti a terzi dal curatore nell'ambito della liquidazione giudiziale. Questa precisazione non è meramente terminologica, ma determina due significative conseguenze giuridiche e pratiche. In primo luogo, se la procedura di liquidazione giudiziale si chiude senza che i beni siano stati in tutto o in parte venduti dal curatore, il debitore rimane proprietario dei beni non venduti, riacquistando anche il potere di amministrazione e disposizione sugli stessi alla chiusura della procedura. In secondo luogo, poiché il debitore resta proprietario dei beni, eventuali atti di disposizione compiuti da parte del debitore durante la procedura, anche se inefficaci nei confronti dei creditori, sono comunque validi e vincolanti tra le parti: in ragione di ciò, durante la procedura la controparte del debitore non potrà avanzare pretese di alcun tipo nei confronti della procedura stessa, ma se questa si chiude senza che il bene sia stato liquidato, lo stesso diventa di proprietà della controparte che lo ha acquistato in forza di un contratto stipulato con il debitore durante la procedura.

Natura giuridica

La natura giuridica dello spossessamento è ancora dibattuta. Taluni lo considerano una forma di pignoramento universale su tutto il patrimonio del debitore, mentre altri lo riconducono ad una incapacità del debitore, ma è preferibile considerarlo come un fenomeno di separazione patrimoniale, nel senso che l'apertura della liquidazione giudiziale determina la costituzione di un patrimonio "separato", destinato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori. Questo vincolo di destinazione impresso al patrimonio del debitore lo rende insensibile agli atti dispositivi posti in essere dal debitore ed anche alle stesse azioni individuali intraprese dai creditori, così permettendone la serena gestione da parte del curatore, al fine della successiva liquidazione nell'ambito della procedura.

Vediamo adesso come opera lo spossessamento, sia da un punto di vista temporale, sia da un punto di vista dell'ampiezza.

Ambito temporale di applicazione

Da un punto di vista temporale, l'effetto dello spossessamento decorre per il debitore dalla data della pubblicazione della sentenza mediante deposito in cancelleria (art. 49, comma 4). Anche in ragione della neces-

sità di assicurare la corretta applicazione delle normative in materia di ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli (art. 2 d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210) e di prestazione di garanzie finanziarie (art. 9 d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170), che richiedono la puntuale identificazione dello specifico momento in cui l'ordine è immesso o la garanzia prestata ai fini dell'opponibilità alla procedura concorsuale, è necessario che in occasione del deposito della sentenza di apertura della procedura vengano annotati, oltre al giorno, anche l'ora ed il minuto.

Nei confronti dei terzi, invece, gli effetti si producono dalla data dell'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (art. 49, comma 4), perché si intende tutelare la buona fede del terzo ignaro dell'avvenuta apertura della procedura.

La scissione del momento temporale del prodursi degli effetti tra soggetti diversi (dal momento della pubblicazione della sentenza per il debitore; dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese per i creditori) pone, però, il problema di individuare la sorte di eventuali atti di disposizione o pagamenti compiuti dal debitore nel periodo compreso tra la pubblicazione e la successiva iscrizione nel registro delle imprese della sentenza. Questi atti e pagamenti vanno considerati efficaci nei confronti della massa dei creditori, perché fino a quando non sono adempiuti gli obblighi pubblicitari il terzo non può subire le conseguenze pregiudizievoli di una situazione giuridica a lui non opponibile; resta ferma, in tal caso, la possibilità per il curatore di agire con l'azione revocatoria, laddove ne sussistono i presupposti.

Formalità successive all'apertura della liquidazione giudiziale

In ragione della stessa esigenza di cristallizzazione del patrimonio del debitore di cui è espressione lo spossessamento, le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data dell'apertura della liquidazione giudiziale, sono senza effetto rispetto ai creditori (art. 145). Pertanto, anche quando un contratto è stato stipulato prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, se la trascrizione o le altre forme di pubblicità richieste dalla legge non sono state ancora compiute al momento dell'apertura, il contratto è inefficace nei confronti della massa dei creditori. L'inefficacia colpisce in questo caso un rapporto giuridico già concluso prima della procedura, ma rispetto al quale non erano state ancora completate le formalità per l'opponibilità a terzi (si pensi, ad esempio, al contratto di compravendita di beni immobili, che va trascritto nei registri immobiliari, oppure alla cessione di crediti che va notificata al debitore ceduto o da questi accettata).

Data certa

Sempre nella stessa prospettiva, sono considerati inopponibili alla massa dei creditori gli atti privi di data certa anteriore all'apertura della procedura. Se, ad esempio, in sede di ammissione al passivo un creditore pone a fondamento del proprio credito un contratto sottoscritto dal debitore, il contratto potrà essere opponibile alla procedura solo se avente data certa; allo stesso modo, se un terzo vuole paralizzare un'azione della curatela diretta al recupero di un credito esibendo una quietanza di pagamento sottoscritta dal debitore, è necessario che anche questo atto unilaterale abbia data certa.

Le ragioni alla base di questo rigoroso onere sono due, l'una di natura pratica e l'altra di natura tecnica. Da un punto di vista pratico, si vogliono in questo modo evitare condotte collusive tra il debitore ed i terzi conniventi, che potrebbero essere realizzate attraverso la predisposizione di documenti in un momento successivo all'apertura della procedura, ma ai quali si attribuisce illegittimamente una data anteriore. Da un punto di vista tecnico, il curatore non è né un rappresentante del debitore, né un rappresentante dei creditori, ma un terzo, rispetto al quale gli atti possono essere opposti solo in presenza dei caratteri della data certa anteriore sanciti dall'art. 2704 c.c. In forza di questa regola, quindi, un atto è opponibile alla massa dei creditori solo se la sottoscrizione è stata autenticata da un notaio o da un altro pubblico ufficiale, oppure dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento (es.: il documento viene depositato, prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, in allegato ad un atto giudiziario nel corso di un giudizio).

Ampiezza dello spossessamento

Dal punto di vista dell'ampiezza, lo spossessamento comprende tanto i beni del debitore esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale, quanto i beni che pervengono al debitore durante la procedura (art. 142, comma 2). In questo modo si attua pienamente il principio della responsabilità patrimoniale, in forza del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.).

Beni presenti e beni futuri

Vi è, però, una differenza di non poco momento nel regime giuridico dei beni presenti (quelli già esistenti alla data di apertura della procedura) e dei beni futuri (quelli che pervengono durante la procedura). Per i primi, l'acquisizione avviene al lordo di eventuali costi e obbligazioni eventualmente contratti prima dal debitore, che saranno trattati in sede concorsuale come tutti gli altri crediti anteriori, nel rispetto della *par condicio creditorum*. Per i secondi, invece, vanno dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi (art. 142, comma 2). Questi costi e passività per l'acquisto e la conservazione dei beni sopravvenuti sono sottratti al concorso con gli altri crediti e devono essere soddisfatti con priorità assoluta sul valore dei beni in questione, anche prima rispetto ai crediti prededucibili.

Rinuncia all'acquisizione dei beni

Anche in ragione di questo obbligo di soddisfare in modo integrale i costi, può talvolta essere antieconomica l'acquisizione alla massa di beni sopravvenuti, quando il loro valore è presumibilmente inferiore alle passi-

vità incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi. D'altra parte, anche l'acquisizione di beni presenti potrebbe essere non economicamente efficiente per la procedura, quando i costi per il mantenimento e la liquidazione appaiono superiori rispetto al presumibile valore di realizzo (es.: terreno di infimo valore, per il quale il costo di gestione non sarebbe compensato da un valore di realizzo).

Al fine di garantire la migliore soddisfazione dei creditori, pertanto, il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunziare ad acquisire i beni del debitore, sia quelli presenti al momento dell'apertura, sia quelli che gli pervengono durante la procedura, qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi (artt. 142, comma 3; 213, comma 2). Se il bene non viene acquisito alla massa, lo stesso rimane nella disponibilità del debitore ed i creditori possono avviare individualmente azioni esecutive o cautelari sullo stesso.

Beni non compresi

L'ampiezza dello spossessamento è limitata anche dalla presenza di alcuni beni che, per espressa previsione di legge, non sono compresi nella liquidazione giudiziale e non possono essere inclusi nell'attivo della procedura (art. 146). Per esigenze di equità ritenute meritevoli di tutela, il legislatore esclude, infatti, taluni beni dallo spossessamento e li lascia nella piena amministrazione e disponibilità del debitore. Sono esclusi dallo spossessamento: a) i beni e i diritti di natura strettamente personale; b) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, entro i limiti stabiliti dal giudice delegato di quanto occorre per il mantenimento suo e della sua famiglia; c) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi; d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge (es.: le somme dovute dall'assicuratore al contraente o assicurato nel caso di assicurazione sulla vita, non pignorabili *ex* art. 1923 c.c.).

Alimenti per il debitore e la sua famiglia

Quando ad essere sottoposta a procedura di liquidazione giudiziale è una persona fisica, si presenta, inoltre, l'esigenza di assicurare il rispetto dei bisogni minimi essenziali del debitore e della sua famiglia, anche attraverso un limitato pregiudizio delle ragioni dei creditori. In un'ottica di delicato bilanciamento tra esigenze umanitarie e diritti dei creditori, pertanto, il giudice delegato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, può concedere un sussidio a titolo di alimenti per il debitore e per la famiglia, se al debitore stesso vengono a mancare i mezzi di sussistenza (art. 147, comma 1); questo sussidio, evidentemente, viene tratto dall'attivo della procedura, riducendo conseguentemente le aspettative di soddisfacimento dei creditori.

Abitazione

Sempre in forza di analoghe esigenze, la casa della quale il debitore è proprietario o può godere in quanto titolare di altro diritto reale, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione del debitore stesso e della famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla sua liquidazione (art. 147, comma 2).

Perdita della capacità processuale

Se il debitore non può compiere atti di amministrazione e disposizione sul suo patrimonio, non può nemmeno avviare o condurre le azioni processuali in relazione a rapporti che rientrano nel suo patrimonio. Allo spossessamento, che opera dal punto di vista del diritto sostanziale, si affianca la perdita della capacità processuale del debitore, che opera dal punto di vista processuale. Dal momento dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, il debitore perde così la capacità di agire o resistere in giudizio nelle cause relative a diritti patrimoniali compresi nella liquidazione giudiziale. Poiché, evidentemente, il patrimonio della procedura non può rimanere privo di tutela in giudizio, alla perdita della capacità processuale del debitore si accompagna l'attribuzione al curatore della capacità processuale; per l'effetto, nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del debitore compresi nella liquidazione giudiziale sta in giudizio il curatore (art. 143, comma 1).

Spossessamento e perdita di capacità processuale del debitore sono regole speculari, che operano in modo simile e con un'ampiezza analoga. In ambedue i casi il debitore viene privato di un potere (di amministrare e disporre dei suoi beni; di agire o resistere in giudizio) e questo potere viene attribuito ad un organo della procedura, segnatamente al curatore. Analogamente, anche il campo di applicazione deve essere corrispondente, per cui la perdita della capacità processuale del debitore riguarda i beni e diritti compresi nello spossessamento, ma non anche i beni e diritti di natura personale non compresi nella liquidazione giudiziale.

Il debitore perde la legittimazione processuale con riferimento alle cause relative a diritti patrimoniali compresi nella liquidazione giudiziale, ma conserva invece la legittimazione per le cause relative a rapporti di natura personale (es.: separazione, divorzio, riconoscimento di paternità). Permane, inoltre, la legittimazione processuale del debitore ogni qualvolta si tratti di una questione dalla quale può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge (art. 143, comma 2).

Interruzione dei giudizi in corso

Se l'apertura della procedura interviene quando è già in corso un giudizio in cui sia parte il debitore, si verifica un evento interruttivo del giudizio stesso. L'apertura della liquidazione giudiziale determina, pertanto, l'interruzione del processo (art. 143, comma 3) e l'effetto interruttivo opera automaticamente, senza che sia necessaria la dichiarazione del procuratore della parte. Malgrado l'automaticità dell'interruzione, il termine di tre mesi entro il quale il processo deve essere riassunto, pena l'estinzione dello stesso, decorre soltanto da quando l'interruzione viene dichiarata dal giu-

dice (art. 143, comma 3), ferma ovviamente la possibilità della parte interessata di riassumere già prima dell'ordinanza del giudice.

3. Gli effetti di natura personale

Funzione

Gli effetti di natura personale per il debitore conseguenti all'apertura della liquidazione giudiziale non hanno funzione afflittiva a carico dello stesso, perché la procedura non ha un carattere sanzionatorio o punitivo. La funzione degli effetti di natura personale è, invece, quella di eliminare ostacoli alla migliore gestione della procedura e di evitare che il debitore possa assumere o mantenere ruoli, cariche o posizioni incompatibili con la perdita del potere di disposizione e amministrazione dei suoi beni. Proprio in ragione di questa duplice funzione, gli effetti di natura personale possono essere suddivisi in due categorie: gli obblighi del debitore e le previsioni sullo *status* del debitore.

Corrispondenza

Per quanto riguarda gli obblighi, il primo riguarda la corrispondenza di ogni genere, inclusa quella elettronica (art. 148). Se il debitore è una persona fisica, la corrispondenza gli va consegnata, ma questi deve poi consegnare al curatore quella riguardante i rapporti compresi nella liquidazione giudiziale; se, invece, il debitore non è una persona fisica (società, associazioni, fondazioni, ecc.), la corrispondenza va consegnata direttamente al curatore.

Residenza o domicilio

Il secondo obbligo riguarda la residenza o il domicilio. Il debitore, se persona fisica, nonché gli amministratori o i liquidatori della società o dell'ente nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale, sono tenuti a comunicare al curatore la propria residenza ovvero il proprio domicilio e ogni loro cambiamento (art. 149, comma 1). Non vi è, quindi, un divieto di modificare la residenza o un domicilio, ma un dovere di comunicazione della stessa e di ogni cambiamento successivo, al fine di consentire agli organi della procedura di poter velocemente rintracciare il debitore, gli amministratori o i liquidatori per chiedere loro informazioni funzionali alla gestione della procedura.

Comparizione personale

Il terzo obbligo si concreta nel dovere del debitore, se persona fisica, nonché degli amministratori o dei liquidatori della società o dell'ente nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale di comparire personalmente innanzi al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori se occorrono informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura; solo in caso di legittimo impedimento o di altro giustificato motivo, i medesimi soggetti possono essere autorizzati dal giudice delegato a comparire per mezzo di un procuratore (art. 149, commi 2 e 3).

L'eventuale violazione degli obblighi da parte del debitore viene "sanzionata" attraverso l'impossibilità di accedere all'esdebitazione (art. 280, comma 1, lett. c).

Incapacità e decadenze

Per quanto riguarda le previsioni sullo *status* del debitore, vi sono alcune previsioni legislative che prevedono incapacità personali o decadenze a carico del debitore (es.: la decadenza dalla carica di amministratore o sindaco di società per azioni *ex* artt. 2382 e 2399 c.c.; incapacità all'ufficio tutelare *ex* art. 250 c.c.). Tutte queste cause di incapacità o decadenza cessano automaticamente con la chiusura della procedura (art. 236).

Sezione 4

Gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per i creditori

1. Il concorso dei creditori

La liquidazione giudiziale determina l'apertura del cd. concorso sostanziale e del cd. concorso formale.

Concorso sostanziale

Per concorso sostanziale si intende che, salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura (art. 150).

Concorso formale

Per concorso formale si intende che ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite per l'accertamento del passivo, salvo diverse disposizioni della legge (art. 151).

Tutela collettiva dei creditori

Le due regole del concorso sostanziale e del concorso formale concorrono a definire la regola della concorsualità: la liquidazione giudiziale apre il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore ed attua la sostituzione della tutela individuale dei singoli creditori con la tutela collettiva assicurata dal curatore, che procede alla liquidazione dell'intero patrimonio ed alla distribuzione del ricavato tra i creditori. I singoli creditori non possono avviare o proseguire azioni individuali, ma possono soltanto chiedere di partecipare alla distribuzione dell'attivo in concorso con gli altri creditori e secondo la regola della *par condicio creditorum*. La collettivizzazione della tutela dei singoli creditori diventa, in questo modo, il presupposto per consentire l'applicazione della regola della parità di trattamento tra creditori nella procedura.

2. Il concorso sostanziale

Funzione

Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale ha una duplice funzione. Da un lato, evita il formarsi di posizioni di privilegio a favore dei creditori più pronti e veloci ad agire nei confronti del debitore. Dall'altro lato, consente di meglio tutelare e valorizzare il patrimonio del debitore, proteggendolo dalle molteplici azioni esecutive individuali che potrebbero impedirne una più efficiente liquidazione unitaria.

Azioni esecutive

Per quanto riguarda le azioni esecutive, il divieto è posto in termini molto ampi e comprende tutte le azioni che possano privare il patrimonio del debitore di beni o diritti. Vi rientrano, quindi, le espropriazioni (mobiliari, immobiliari, presso terzi) e le forme di esecuzione specifica, per rilascio e per consegna. Non sono, invece, soggette al divieto le esecuzioni in forma specifica degli obblighi di fare o non fare, dovendosi comunque contemperare l'interesse della procedura con il contestuale interesse dei terzi (si pensi, ad esempio, all'obbligo di cessare immissioni di rumori o di fumi che eccedano la normale tollerabilità e che provengano da uno stabilimento che rientra nel patrimonio del debitore in procedura).

Azioni cautelari

Per quanto riguarda le azioni cautelari, il divieto comprende tutte le azioni funzionali all'esercizio dei diritti per i quali è poi prevista la collettivizzazione della tutela in ambito concorsuale. Vi rientrano sicuramente, pertanto, il sequestro conservativo, che è funzionale al futuro pignoramento, ed il sequestro giudiziario, per il quale le esigenze cautelari di custodia sono soddisfatte dall'attribuzione al curatore del potere di amministrazione. Più complessa è la risposta per i provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., il cui contenuto può essere il più vario possibile: come criterio generale, può dirsi che sono vietati i soli provvedimenti d'urgenza che mirano ad ottenere un risultato incompatibile con le regole del concorso, tanto sostanziale, quanto formale.

Misure cautelari penali

Articolato è il rapporto tra concorso sostanziale e misure cautelari penali. La liquidazione giudiziale prevale rispetto al sequestro conservativo penale di cui all'art. 316 c.p.p., che non può essere concesso in pendenza della procedura e che, se disposto prima, viene revocato (art. 319). Regola analoga vale anche per il sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p., salvo specifiche eccezioni (art. 318). Diversamente, le misure cautelari reali, intese come sequestri delle cose di cui è consentita la confisca, possono essere disposte sui beni del debitore anche durante la liquidazione giudiziale, e, se disposte prima, restano ferme, tutelandosi entro ristretti limiti i diritti dei terzi e degli aventi diritto (art. 317).

Estensione oggettiva del divieto

In ordine alla estensione oggettiva della regola, il divieto di azioni esecutive e cautelari opera con riferimento ai beni compresi nella procedura, sia di proprietà del debitore, sia non di proprietà ma che il debitore

deteneva (ferme eventuali azioni di rivendicazione o restituzione). Non sono protetti da questa regola, invece, i beni ed i diritti di carattere personale che sono sottratti allo spossessamento e che non sono compresi nella liquidazione giudiziale (art. 146).

Estensione soggettiva del divieto

In ordine alla estensione soggettiva della regola, il divieto opera sia per i crediti maturati in forza di titolo o causa anteriori all'apertura della liquidazione giudiziale, qualunque ne sia il loro rango, sia per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale. Anche i crediti prededucibili sorti durante la procedura sono, quindi, soggetti al divieto e ciò si spiega in ragione della necessità di tutelare l'integrità del patrimonio del debitore anche rispetto a queste pretese.

Conseguenze della violazione

La sanzione per la violazione del divieto di iniziare o proseguire azioni individuali esecutive o cautelari è rappresentata dalla inefficacia relativa, che può essere fatta valere dal solo curatore trattandosi di misura posta nell'esclusivo interesse della massa dei creditori, o, secondo altre opinioni, nell'improcedibilità dell'azione. Con specifico riferimento alle azioni esecutive, va però differenziata l'ipotesi in cui l'azione sia iniziata dopo l'apertura della liquidazione giudiziale e l'ipotesi in cui sia iniziata prima. Nel caso di azione iniziata dopo, il curatore può proporre opposizione all'esecuzione per provocare l'inefficacia o improcedibilità dell'azione. Nel caso, invece, di azione iniziata prima, il curatore può chiedere al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione o, in alternativa, può subentrarvi (art. 216, comma 10); qualunque sia la scelta del curatore rispetto alle azioni già pendenti, restano fermi gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento in favore dei creditori, con conseguente inefficacia nei confronti della massa dei creditori delle alienazioni e delle iscrizioni di ipoteche e privilegi successivi al pignoramento.

Deroghe al concorso sostanziale

Il divieto di azioni esecutive e cautelari non è assoluto, perché opera "salva diversa disposizione della legge" (art. 150, comma 1). Prima di elencare alcune di queste deroghe alla regola del concorso sostanziale, è importante chiarire un punto fondamentale: le deroghe hanno natura meramente processuale, nel senso che il singolo creditore può avviare o proseguire l'azione individuale, ma rimane comunque soggetto all'onere di far accertare l'esistenza, la misura e il rango del proprio credito secondo le norme dell'accertamento del passivo. Si tratta, in altri termini, di eccezioni rispetto alla regola del concorso sostanziale, ma resta ferma la regola del concorso formale (art. 151, comma 3).

Credito fondiario

La più importante deroga al divieto di azioni esecutive è rappresentata dalla disciplina dei crediti che originano da operazioni di credito fondiario (art. 41 d.lgs. 385/1993). L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, con facoltà del curatore di intervenire nell'esecuzione e fermo restando

che la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto della procedura di liquidazione giudiziale risulta spettante alla banca, viene attribuita alla procedura. Analogo privilegio è previsto anche per i finanziamenti agrari e pescherecci (art. 44 d.lgs. 385/1993) e per i finanziamenti per le opere pubbliche (art. 42 d.lgs. 385/1993), a condizione che i crediti siano garantiti da ipoteca su immobili.

Crediti garantiti da pegno

Altra significativa deroga al concorso sostanziale è prevista per i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio a norma degli artt. 2756 e 2761 c.c. (art. 152). Questi crediti possono, a determinate condizioni, essere realizzati al di fuori della liquidazione giudiziale anche durante la procedura, ma sempre dopo che siano stati ammessi al passivo con prelazione.

La realizzazione del credito pignoratizio o munito di un privilegio *ex* artt. 2756 e 2761 c.c. può avvenire secondo tre modalità alternative.

La prima modalità è rappresentata dalla vendita diretta da parte del creditore. Per essere autorizzato alla vendita, il creditore fa istanza al giudice delegato, il quale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, stabilisce con decreto il tempo della vendita, determinandone le modalità, potendo altresì assegnare i beni al creditore che ne ha fatto istanza. Se il ricavato della vendita, al netto delle spese o, in caso di assegnazione, il valore di stima è superiore all'importo del credito ammesso al passivo con prelazione, il creditore ne versa al curatore l'eccedenza; nell'ipotesi contraria, il creditore partecipa ai riparti della procedura per il residuo credito non soddisfatto. In ogni caso, questa modalità può essere attuata solo dopo che il creditore abbia conseguito la definitiva ammissione al passivo.

La seconda modalità è rappresentata dal riscatto della cosa da parte del curatore. Il giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, quando nominato, può autorizzare il curatore a riprendere le cose sottoposte a pegno o a privilegio, pagando il creditore nei limiti del valore di stima del bene.

La terza modalità è rappresentata dalla vendita eseguita dal curatore, previa autorizzazione del giudice delegato. In questa ipotesi, il creditore è tenuto a restituire la cosa al curatore, potendo poi partecipare alla distribuzione del ricavato in sede di ripartizione dell'attivo.

3. Il concorso formale

Esclusività dell'accertamento del passivo

Dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite per l'accertamento del passivo, salvo diverse disposizioni della legge (art. 151). Solo attraverso la presentazione della domanda di ammissione al passivo il creditore concorsuale ha la possibilità di diventare creditore concorrente, ossia creditore che ha diritto a partecipare, in concorso con gli altri creditori, alla ripartizione dell'attivo ottenuto dalla liquidazione. L'esclusività del procedimento di accertamento del passivo opera nei confronti di ogni soggetto che vanti un diritto a contenuto patrimoniale nei confronti del debitore: non solo i creditori, quindi, ma chiunque ritenga di vantare pretese sui beni del debitore.

Funzione

La regola del concorso formale consente di concentrare in un unico contesto processuale, interno alla procedura, tutte le domande a contenuto patrimoniale dei creditori. In questo modo, si attua la migliore realizzazione della parità di trattamento dei creditori e si permette ad ogni creditore di interloquire sulle domande di tutti gli altri, atteso che, evidentemente, tanto minori saranno i crediti ammessi, tanto maggiori saranno le percentuali di soddisfazione di ciascuno.

La presentazione della domanda di ammissione al passivo rappresenta la modalità esclusiva e necessaria attraverso la quale il creditore può formarsi un titolo per partecipare al concorso, ma – si badi – non rappresenta un obbligo per il creditore stesso, il quale potrebbe anche eventualmente decidere di non partecipare al concorso.

Ambito di applicazione della regola

Il concorso formale opera con riferimento a tutti i crediti, indipendentemente dal loro rango. Anche i crediti prededucibili sono espressamente soggetti al concorso formale e devono essere accertati con le modalità dell'accertamento del passivo, con la sola esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione dei compensi dei soggetti nominati dal giudice delegato e la cui opera è stata richiesta dal curatore nell'interesse della procedura (es.: avvocati incaricati di assistere la procedura in un giudizio) (art. 222). Come già detto, inoltre, non solo i titolari di crediti, ma anche i titolari di diritti reali o personali, mobiliari o immobiliari, su beni del debitore sono soggetti alla regola.

L'ambito di applicazione della regola del concorso formale è più ampio di quello del concorso sostanziale. Anche i creditori che, in forza di speciali previsioni, sono sottratti al divieto di azioni esecutive in pendenza della procedura (i titolari di crediti fondiari; i creditori muniti di pegno o privilegio sui mobili) sono tenuti a presentare domanda di ammissione ed a sottoporsi al procedimento di accertamento del passivo (art. 151, comma 3).

Deroghe al concorso formale

Vi sono, comunque, delle deroghe – pur se limitate – al concorso formale.

Le più rilevanti sono quelle che attribuiscono la giurisdizione in ordine a determinate pretese a giudici diversi da quello ordinario. È questo il caso della giurisdizione tributaria sulle pretese tributarie (art. 2 d.lgs. 546/1992; art. 88 d.p.r. 602/1973), della giurisdizione contabile per i crediti fondati sul danno erariale o della giurisdizione del giudice amministra-

tivo per i crediti fondati su diritti attribuiti alla cognizione di quest'ultimo. Analogamente, il concorso formale non opera quando la giurisdizione sulla specifica pretesa appartiene ad un giudice straniero, sempre che nell'ordinamento straniero sia consentita la prosecuzione del giudizio nonostante l'apertura della procedura in Italia o, nel caso di applicabilità del Reg. Ue 2015/848, laddove una procedura concorsuale aventi caratteristiche analoghe a quella italiana sia stata aperta in tale Stato.

Contratti di garanzia finanziaria

Altra deroga è prevista per i contratti di garanzia finanziaria disciplinate dal d.lgs. 170/2004. Al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio *ex* d.lgs. 170/2004 ha facoltà, anche in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, di procedere osservando le formalità previste nel contratto: a) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; b) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; c) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita. A differenza, quindi, della disciplina generale del pegno, il creditore garantito *ex* d.lgs. 270/2004 non ha l'obbligo di presentare la domanda di ammissione al passivo, ma ha solo l'obbligo di informare il curatore in merito alle modalità di escussione adottate ed all'importo ricavato, restituendo l'eventuale eccedenza.

4. La disciplina dei crediti

Oltre all'assoggettamento al concorso sostanziale e formale, l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale determina anche altri rilevanti effetti per i creditori, con riferimento alla disciplina dei loro crediti ai fini dell'ammissione allo stato passivo.

Scadenza anticipata dei crediti

La prima regola è quella della scadenza anticipata. I crediti pecuniari, anche se aventi scadenza successiva, si considerano tutti scaduti, agli effetti del concorso, alla data della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale (art. 154, comma 2). Anche i crediti non pecuniari, ossia i crediti aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, sono soggetti alla scadenza anticipata e, pertanto, anche se non scaduti concorrono al passivo secondo il loro valore alla data di apertura della liquidazione giudiziale (art. 158).

La funzione della regola della scadenza anticipata è quella di consentire la cd. cristallizzazione della massa passiva, nel senso di stabilizzazione dell'ammontare della stessa ai fini del successivo riparto; sarebbe, altrimenti, difficile, se non impossibile, procedere ai riparti parziali dell'attivo, dovendo ogni volta accantonare le somme spettanti ai creditori titolari di crediti non ancora esigibili e poi riattribuire queste somme quando i crediti sono diventati esigibili, con il conseguente e fondato rischio di errori ed imprecisioni.

Sospensione del corso degli interessi per i crediti chirografari

La seconda regola è quella della sospensione del corso degli interessi per i crediti chirografari. La dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura della procedura oppure fino all'archiviazione nel caso di chiusura anticipata in pendenza di giudizi (art. 154, comma 1). La *ratio* di questa previsione risiede, oltre che nell'esigenza di cristallizzazione del passivo, anche in una considerazione di tipo pratico: considerata la presumibile insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare integralmente tutti i creditori, è del tutto inutile aumentare l'ammontare del credito di tutti i creditori con gli interessi, perché la percentuale di soddisfacimento di ciascuno rimarrebbe comunque la stessa.

Sono, però, necessarie due precisazioni fondamentali, che concorrono a definire il campo di applicazione di questa regola.

Sospensione ai soli fini del concorso

In primo luogo, la sospensione del corso degli interessi opera "ai soli fini del concorso", il che significa che non opera nei rapporti tra creditore e debitore, così come nei rapporti tra creditori ed eventuali fideiussori o coobbligati in solido con il debitore. Per quanto riguarda i rapporti tra creditore e debitore, quindi, gli interessi continueranno a decorrere anche durante la procedura, pur non potendo evidentemente essere soddisfatti all'interno della stessa, con la conseguenza che, una volta chiusa la procedura, il creditore insoddisfatto potrà agire nei confronti del debitore non solo per il credito eventualmente residuo per capitale, ma anche per gli interessi maturati nel corso della procedura, salvo che vi sia stata cessazione per concordato di liquidazione (vedi sez. 12, par. 9 di questo capitolo) o esdebitazione (vedi sez. 14 di questo capitolo), nei quali casi nessuna pretesa ulteriore può essere più avanzata verso il debitore. Per quanto riguarda i rapporti tra creditori e fideiussori o coobbligati in solido con il debitore, la sospensione non opera perché gli stessi sono estranei al concorso. Proprio per questo motivo e diversamente da quanto visto per il debitore, anche in caso di eventuale concordato di liquidazione o esdebitazione il creditore insoddisfatto mantiene il diritto di agire nei confronti degli stessi per la porzione di credito insoddisfatta, sia a titolo di capitale, sia a titolo di interessi (artt. 248, comma 2; 278, comma 6).

In secondo luogo, la sospensione del corso degli interessi opera per i crediti chirografari, ma non per i crediti prededucibili o privilegiati (ipoteca, pegno o privilegio).

Disciplina degli interessi per i crediti prededucibili

I crediti prededucibili, siano essi sorti prima della procedura o durante la stessa, vanno soddisfatti anche per tutti gli interessi maturati durante la procedura (art. 222, comma 2).

I crediti privilegiati sono soggetti ad una disciplina più articolata, dovendosi differenziare rispetto al titolo del privilegio e dovendo parlarsi più propriamente di una sospensione temporanea degli interessi.

Disciplina degli interessi per i crediti privilegiati in senso stretto

Per i crediti privilegiati in senso stretto, gli interessi maturano sino alla data della vendita del bene oggetto di privilegio (o, nel caso di privilegio generale, sino alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto anche se parzialmente), ma con una specificazione: gli interessi maturati nell'anno in corso alla data di apertura della procedura e nell'anno precedente sono considerati privilegiati nella misura convenzionale già pattuita tra le parti, mentre gli interessi maturati successivamente hanno privilegio nella sola misura legale fino alla data della vendita (art. 153, comma 3, che richiama l'art. 2749 c.c.).

Disciplina degli interessi per i crediti pignoratizi

Per i crediti pignoratizi, gli interessi maturano ed hanno lo stesso rango pignoratizio per l'anno in corso alla data di apertura della procedura; gli interessi maturati successivamente sono considerati pignoratizi, nei soli limiti della misura legale, fino alla vendita del bene dato in pegno (art. 153, comma 3, che richiama l'art. 2788 c.c.).

Disciplina degli interessi per i crediti ipotecari

Per i crediti ipotecari, il privilegio è riconosciuto agli interessi, nella misura enunciata nell'iscrizione, maturati nell'anno in corso alla data di apertura della procedura e nelle due annate anteriori, mentre gli interessi maturati successivamente all'anno in corso e fino alla vendita del bene ipotecato sono considerati ipotecari, ma nei limiti della misura legale (art. 153, comma 3, che richiama l'art. 2855 c.c.).

Fuori dei limiti descritti, non maturano interessi anche per i crediti privilegiati; pertanto, l'eventuale differenza tra l'interesse nella misura convenzionale e l'interesse nella misura legale una volta scaduto l'anno in corso alla data di apertura della procedura e fino alla vendita del bene (o al riparto) non è considerata ai fini del concorso, nemmeno con il rango chirografario, così come non sono considerati gli interessi che maturano dopo la vendita del bene (o il riparto). In ogni caso, non maturano mai gli interessi moratori, ma solo quelli compensativi.

Crediti infruttiferi

La sospensione del corso degli interessi per i crediti chirografari e la complessa disciplina degli interessi per i crediti privilegiati riguarda i crediti fruttiferi, ossia i crediti produttivi di interessi. Possono, però, esservi anche crediti infruttiferi, ossia crediti non produttivi di interessi. Sorge allora l'esigenza di garantire un equilibrato trattamento delle posizioni reciproche, perché al pregiudizio che subiscono i crediti fruttiferi deve corrispondere un analogo pregiudizio anche per i crediti infruttiferi. Poiché, però, per questi ultimi l'applicazione della sospensione del corso degli interessi non avrebbe impatto, in quanto già non produttivi di interessi, è stata

prevista una regola diversa, ma speculare. I crediti infruttiferi non ancora scaduti alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale sono ammessi al passivo per l'intera somma; tuttavia ad ogni singola ripartizione saranno detratti gli interessi composti, in ragione del saggio stabilito dall'art. 1284 c.c., per il tempo che resta a decorrere dalla data del mandato di pagamento sino al giorno della scadenza del credito (art. 156). In questo modo, si detrae dal valore nominale del credito da soddisfare un importo determinato applicando un tasso di sconto al periodo intercorrente tra la data del pagamento endoconcorsuale e la scadenza originariamente prevista.

Crediti derivanti da obbligazioni ed altri titoli di debito

Il problema di quantificare l'importo per il quale si partecipa al concorso vale anche per i crediti derivanti da obbligazioni e da altri titoli di debito (art. 157). Questi crediti sono ammessi al passivo per il loro valore nominale, detratti però i rimborsi già effettuati; se è previsto un premio da estrarre a sorte, il suo valore attualizzato viene distribuito tra tutti i titoli che hanno diritto al sorteggio.

Crediti non pecuniari

I crediti non scaduti, aventi per oggetto una prestazione in danaro determinata con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal danaro, concorrono secondo il loro valore alla data di apertura della liquidazione giudiziale (art. 158). In applicazione di questa regola, se, ad esempio, un contratto prevede a carico del debitore poi sottoposto a procedura l'obbligo di pagare un prezzo determinato in dollari americani, l'ammontare del credito da ammettere al passivo viene determinato secondo il tasso di cambio euro/dollaro alla data di apertura della liquidazione giudiziale.

Rivalutazione dei crediti di lavoro

In deroga, però, alla regola generale dettata per i crediti non pecuniari, la rivalutazione dei crediti di lavoro è ammessa anche dopo l'apertura della liquidazione giudiziale ed opera fino al decreto di esecutività dello stato passivo.

Crediti per rendita perpetua e rendita vitalizia

L'esigenza di quantificazione si presenta anche per i crediti per rendita perpetua e rendita vitalizia (art. 159). Per la rendita perpetua (contratto con il quale una parte conferisce all'altra il diritto di esigere in perpetuo la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di altre cose, quale corrispettivo dell'alienazione di un immobile o della cessione di un capitale), questa è riscattata ed il credito viene ammesso al passivo in misura pari alla capitalizzazione della rendita annua sulla base dell'interesse legale. Per la rendita vitalizia (contratto con il quale una parte conferisce all'altra il diritto di esigere per la durata della vita del beneficiario o di altra persona la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di altre cose, quale corrispettivo dell'alienazione di un bene mobile, immobile o della cessione di un capitale, o anche per effetto di donazione o testamento), il creditore è ammesso al passivo per una somma equivalente al valore capitale della rendita stessa al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale.

Crediti condizionali

Possono partecipare al concorso, ma con alcune limitazioni, anche i crediti condizionali (art. 154, comma 3). Si tratta dei crediti sottoposti a condizione sospensiva (art. 1353 c.c.) e di quelli che non possono essere fatti valere contro il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale, se non previa escussione di un obbligato principale (es.: apertura della liquidazione giudiziale a carico del fideiussore, se è convenuto il beneficio della preventiva escussione: art. 1944, comma 2). Rientrano in questa categoria anche i crediti sottoposti a condizione risolutiva, perché la soluzione opposta, che consente l'ammissione senza riserva di questi crediti, salvo l'obbligo di restituzione di quanto eventualmente ricevuto in caso di verificarsi della condizione, appare in contrasto con la regola dell'irripetibilità dei riparti effettuati in favore dei creditori. I crediti condizionali partecipano al concorso, ma sono ammessi al passivo con riserva (sulla quale vedi sez. 8, par. 2 di questo capitolo). Si ha, in altri termini, una sorta di "prenotazione" dell'ammissione in attesa del verificarsi dell'evento che consente l'esercizio del diritto; in virtù di questa regola, in occasione dei riparti parziali va accantonato l'importo spettante al creditore ammesso con riserva in attesa dello scioglimento della stessa. In questo modo, si evita che, nelle more del verificarsi della condizione, si esaurisca la ripartizione dell'attivo, con il conseguente vanificarsi delle aspettative del creditore condizionale.

Compensazione

Una specifica disciplina è dettata per quanto riguarda la compensazione (art. 155). In termini generali, la compensazione è un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento, in forza del quale quando due soggetti sono obbligati l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti. Quando, però, uno dei due soggetti è sottoposto alla procedura di liquidazione giudiziale, si pongono due esigenze contrapposte. Da un lato, sembra iniquo che il soggetto *in bonis* debba pagare integralmente il proprio debito nei confronti del soggetto in procedura e, contemporaneamente, debba essere pagato in "moneta concorsuale", subendo la falcidia che solitamente subiscono i creditori concorrenti; questo condurrebbe a ritenere conforme a giustizia sostanziale l'operare della compensazione anche nella procedura di liquidazione giudiziale. Dall'altro lato, la compensazione rappresenta una deroga alla *par condicio creditorum*, in quanto il creditore che vanta un credito nei confronti del debitore in procedura e che, allo stesso tempo, è debitore verso lo stesso, ottiene immediatamente e automaticamente il soddisfacimento del proprio credito, nei limiti della coincidenza degli importi, senza dover sottostare alle regole che presiedono la ripartizione dell'attivo tra i creditori.

Condizioni per l'operare della compensazione

Il legislatore ha individuato un punto di equilibrio tra queste due esigenze, prevedendo l'operatività della compensazione nella procedura di liquidazione giudiziale, però entro stretti limiti. I creditori possono opporre in compensazione dei loro debiti verso il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale i propri crediti verso quest'ultimo, ma in presenza di rigorose condizioni.

La prima condizione è, ovviamente, la reciprocità delle obbligazioni, nel senso che crediti e debiti devono gravare sugli stessi soggetti. In ragione di ciò e considerando lo spossessamento che consegue all'apertura della liquidazione giudiziale, il soggetto *in bonis* può compensare i propri crediti/debiti verso il debitore in procedura, ma non può compensare i propri crediti verso il debitore con i propri eventuali debiti verso la massa, cioè sorti durante la procedura. Ad esempio, il soggetto *in bonis* non può compensare un credito nei confronti del debitore con il proprio debito verso la massa per la restituzione di somme conseguente all'eventuale accoglimento di un'azione revocatoria proposta dalla curatela.

La seconda condizione, in qualche modo connessa alla prima, è l'anteriorità dei rispettivi crediti e debiti rispetto alla data di apertura della liquidazione giudiziale, per la quale si deve fare riferimento al fatto genetico del credito.

La terza condizione è l'omogeneità dei rispettivi crediti, nel senso che possono essere compensati soltanto crediti della stessa specie (es.: obbligazioni pecuniarie; obbligazioni aventi ad oggetto la consegna di una quantità di un bene specifico).

La quarta condizione è la liquidità dei contrapposti crediti, nel senso di certezza dell'esistenza e dell'importo. Questo requisito, tuttavia, non deve essere necessariamente preesistente rispetto all'apertura della procedura, potendo sussistere al momento della pronuncia della compensazione, quando la compensazione viene eccepita.

La quinta condizione è l'esigibilità dei contrapposti crediti, che però opera secondo regole peculiari che la rendono di fatto irrilevante. Per espressa previsione legislativa (art. 155, comma 1), il creditore può opporre in compensazione il proprio credito nei confronti del debitore anche se non scaduto prima dell'apertura della procedura concorsuale; secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, inoltre, la compensazione è ammessa anche quando il controcredito del debitore divenga esigibile dopo l'apertura, essendo sufficiente che sussista al momento della pronuncia.

Limiti all'operare della compensazione

Si è detto che la compensazione rappresenta una deroga alla *par condicio creditorum*. Per tutelare gli altri creditori concorrenti ed evitare condotte abusive, la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore (art. 154, comma 2). In questo modo, si impediscono eventuali condotte fraudolente di chi, debitore nei confronti del soggetto in procedura, acquisti a prezzo vile crediti vantati da terzi verso il debitore in procedura, al solo

fine di eccepirli in compensazione e sottrarsi al pagamento integrale del dovuto.

La disciplina dei crediti si completa con le regole che presiedono ai rapporti tra creditori e coobbligati in solido.

Pluralità di coobbligati in solido sottoposti a liquidazione giudiziale

Il creditore di più coobbligati in solido concorre nella liquidazione giudiziale del patrimonio di quelli che sono sottoposti a tale procedura, per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento (art. 160). Si tratta di una previsione di particolare favore per il creditore, perché non solo si conferma il principio per cui può chiedere l'intero credito a ciascuno dei coobbligati, ma si prevede che il suo credito ammesso al riparto non diminuisca in misura pari a quanto eventualmente già ricevuto in corso di procedura da altri debitori, rimanendo formalmente integro sino a quando non abbia ricevuto l'integrale pagamento. La situazione del creditore di più coobbligati in procedura è, quindi, migliore giuridicamente rispetto a quella del creditore di più coobbligati *in bonis*, e questo si spiega per il fatto che, presumibilmente, le effettive possibilità di soddisfacimento da parte dei condebitori sono scarse. Specularmente, il regresso tra i coobbligati può essere esercitato solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito, perché, altrimenti, permanendo nello stato passivo per la sua interezza il credito del creditore, l'ammissione in via di regresso determinerebbe una duplicazione della medesima pretesa.

Pagamento parziale da parte di un coobbligato in solido

Situazione diversa è quella del creditore che, prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, abbia ricevuto da un coobbligato in solido con il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla procedura concorsuale, o da un fideiussore, una parte del proprio credito. In tale ipotesi, il creditore ha diritto di concorrere nella liquidazione giudiziale, ma ovviamente solo per la parte non riscossa, ed il coobbligato che ha diritto di regresso verso il debitore può concorrere nella liquidazione giudiziale di questo per la somma pagata (art. 161). Tuttavia, il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato fino a concorrenza di quanto ancora dovutogli; ciò significa che il creditore parzialmente soddisfatto partecipa ai riparti sia per il suo credito residuo, sia per la parte di credito spettante in via di regresso al condebitore che abbia parzialmente pagato.

Coobbligato garantito

Ispirata allo stesso principio è la regolamentazione della situazione in cui il coobbligato o fideiussore del debitore sottoposto a liquidazione giudiziale abbia un diritto di pegno o di ipoteca sui beni di lui a garanzia della sua azione di regresso. In tale ipotesi, il coobbligato o fideiussore concorre nella liquidazione giudiziale per la somma per la quale ha ipoteca o pegno, ma a giovarsene sarà anzitutto il creditore, in quanto il ricavato della vendita dei beni ipotecati o delle cose date in pegno spetta al creditore in deduzione della somma dovuta (art. 162).

Sezione 5

Gli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori

1. La revocatoria concorsuale

Finalità

La liquidazione giudiziale comprende i beni del debitore esistenti alla data di apertura e quelli che pervengono successivamente durante la stessa. I beni e le somme che facevano parte del patrimonio del debitore in precedenza ma che siano stati oggetto di atti di disposizione da parte del debitore in prossimità dell'apertura della procedura non rientrano, invece, nella liquidazione giudiziale. In ragione di ciò, gli atti compiuti dal debitore già in stato di insolvenza nel periodo antecedente rispetto all'apertura della procedura potrebbero essere potenzialmente lesivi delle ragioni dei suoi creditori. Da un lato, nel caso di atti dispositivi (es.: vendita di un bene), si riducono le prospettive di pagamento dei creditori concorsuali, che non possono più soddisfarsi sul ricavato di beni non compresi nella procedura; dall'altro lato, nel caso di pagamenti, si prospetta una potenziale lesione della *par condicio creditorum*, essendo ben diversa la situazione dei "fortunati" creditori che sono stati pagati prima della procedura e di tutti gli altri creditori che saranno pagati solo con il ricavato del patrimonio di liquidazione.

Si presenta, pertanto, la naturale esigenza di disciplinare la sorte degli atti compiuti dal debitore nel periodo temporale che precede l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Questa esigenza è realizzata attraverso la disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori, che consente, a determinate condizioni, di rendere inefficaci rispetto alla massa dei creditori gli atti, i pagamenti o le garanzie posti in essere dal debitore in una data antecedente rispetto alla sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale.

Accanto all'interesse dei creditori, perseguito mediante l'inefficacia degli atti pregiudizievoli compiuti dal debitore nel periodo antecedente rispetto all'apertura della procedura, si devono però considerare anche gli interessi dei terzi che hanno avuto rapporti di tipo economico e commerciale con il debitore, i quali potrebbero essere pregiudicati dalla inefficacia degli atti (si pensi, ad esempio, ai terzi acquirenti in buona fede dei beni).

Il bilanciamento tra questi contrapposti interessi è realizzato attraverso la previsione di una disciplina la cui "severità" è variamente modulata in ragione delle caratteristiche degli atti compiuti dal debitore: maggiore è il potenziale pregiudizio arrecato dall'atto alle ragioni dei creditori, più

severa è la reazione e più agevole è per il curatore ottenerne l'inefficacia: minore è il potenziale pregiudizio, meno severa è la reazione e più difficile è per il curatore ottenerne l'inefficacia.

Tre tipologie di atti

In questa prospettiva, sono individuate tre diverse tipologie di atti, declinate secondo una scala che degrada dal massimo al minimo livello di rigore: a) gli atti a titolo gratuito e assimilati; b) gli atti a titolo oneroso cd. "anormali"; c) gli atti a titolo oneroso cd. "normali".

La disciplina della possibile inefficacia di queste tre tipologie di atti, anche se differenziata per presupposti e modalità, è però accomunata dal fatto che l'azione può essere esercitata, o comunque l'inefficacia può essere fatta valere, solo se si apre la procedura concorsuale di liquidazione giudiziale e nell'ambito della stessa. Pertanto, pur nella loro diversità, le tre fattispecie sono accomunate sotto la stessa denominazione di azioni revocatorie concorsuali.

2. Gli atti a titolo gratuito ed i pagamenti anticipati

La prima tipologia comprende gli atti a titolo gratuito ed i pagamenti anticipati.

Disciplina

Gli atti a titolo gratuito sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei due anni anteriori (art. 163, comma 1). Per questa categoria di atti, la disciplina è particolarmente rigorosa: il periodo sospetto è di due anni anteriori al deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (quando alla domanda di accesso a una diversa procedura concorsuale segue l'apertura della liquidazione giudiziale, il termine decorre dalla prima domanda di accesso: art. 170, comma 2) e l'inefficacia opera in modo automatico, senza che sia necessario provare che il debitore fosse insolvente quando ha compiuto l'atto o che il terzo fosse a conoscenza dell'eventuale stato di insolvenza dello stesso.

Fattispecie

Il rigore che caratterizza la disciplina impone di definire con cura la fattispecie degli atti che ne sono soggetti. Si considerano atti a titolo gratuito ai fini della normativa concorsuale sia gli atti posti in essere per spirito di liberalità (es.: donazione), sia anche gli atti caratterizzati da una prestazione in assenza di un corrispettivo, dai quali il debitore poi assoggettato a procedura non abbia tratto alcun vantaggio patrimoniale (es.: l'apporto di beni in un *trust*). Per verificarne la natura gratuita o onerosa non bisogna, però, fermarsi al singolo atto di disposizione compiuto, ma valutare l'operazione economica nel suo complesso, che potrebbe far emergere un interesse economico conseguito dal debitore attraverso l'insieme degli atti funzionalmente collegati (es.: la remissione parziale di un debito, che singolarmente considerata diminuisce il patrimonio di chi la effettua, potrebbe trovare giustificazione nell'interesse ad evitare l'insolvenza del debitore e, quindi, a consentire il recupero della parte non stralciata del credito).

Regali d'uso

Non sono assoggettati alla inefficacia i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, a condizione che la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante. Il requisito della proporzionalità è centrale in questa valutazione: se, ad esempio, il debitore dona un gioiello di modesto valore alla figlia in occasione della laurea di questa, l'atto può ritenersi proporzionato; se, diversamente, il debitore, sempre nella stessa occasione, dona alla figlia un immobile di pregio, che rappresenta parte significativa del suo patrimonio, l'atto è inefficace.

Modalità per far valere l'inefficacia

Anche le modalità operative attraverso le quali far valere l'inefficacia degli atti a titolo gratuito sono connotate da un'accentuata severità e celerità, nell'interesse della massa dei creditori.

I beni oggetto degli atti a titolo gratuito sono acquisiti al patrimonio della liquidazione giudiziale mediante trascrizione della sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura concorsuale (art. 163, comma 2). Tale previsione, che evidentemente può operare solo con riferimento agli atti a titolo gratuito traslativi di un diritto reale suscettibile di trascrizione, consente al curatore di acquisire immediatamente la disponibilità e l'amministrazione dei beni, senza la necessità di attendere una sentenza giudiziale che accerti l'inefficacia. Già in forza della trascrizione della sentenza che ha dichiarato l'apertura della liquidazione giudiziale il bene entra nel patrimonio della procedura ed il curatore potrà trarne i frutti (es.: incassare eventuali canoni di locazione) o procedere alla liquidazione dello stesso. Se, però, il terzo che subisce gli effetti della trascrizione (il terzo acquirente) contesta la sussistenza delle condizioni per l'operatività dell'inefficacia, potrà proporre reclamo avverso la trascrizione con ricorso al giudice delegato.

In tutti gli altri casi in cui l'atto a titolo gratuito non ha avuto ad oggetto la disposizione di un diritto reale ed in cui non può operare, quindi, l'effetto restitutorio della trascrizione (es.: una rinuncia ad un credito), l'inefficacia dell'atto dovrà essere fatta valere dal curatore in via giudiziale e sarà necessario un provvedimento giudiziale che accerti (sia pure con effetti *ex tunc*) la sussistenza dei presupposti per l'inefficacia.

Pagamenti anticipati

Disciplina analoga a quella degli atti a titolo gratuito opera per i cd. pagamenti anticipati. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o posteriormente, se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nei due anni anteriori (art. 164, comma 1).

L'inefficacia dei pagamenti anticipati presuppone, quindi, che: a) il pagamento sia stato eseguito nei due anni anteriori al deposito della domanda

cui è seguita l'apertura della procedura o, addirittura, dopo il deposito della domanda; b) l'originaria scadenza del debitore era alla data di apertura della procedura o successiva (per cui non opera questa inefficacia quando il pagamento anticipato riguardi crediti che sarebbero comunque scaduti prima dell'apertura della procedura).

Anche per i pagamenti anticipati, come per gli atti a titolo gratuito, l'inefficacia opera automaticamente, senza che sia necessario provare che il debitore fosse insolvente quando ha eseguito il pagamento o che il terzo fosse a conoscenza dell'eventuale stato di insolvenza dello stesso.

L'evidenziata similitudine della disciplina dell'inefficacia per gli atti a titolo gratuito e per i pagamenti anticipati induce, malgrado il silenzio del testo legislativo ed una certa rigidità della giurisprudenza, a limitare l'applicazione della stessa ai soli pagamenti che siano caratterizzati da un disvalore di tipo soggettivo o oggettivo. Pertanto, non si applica l'inefficacia automatica quando il pagamento anticipato realizza un concreto interesse del debitore (es.: estinguere anticipatamente il finanziamento per ottenere la liberazione delle garanzie prestate) o quando il debitore si avvalga della facoltà di estinzione anticipata prevista dalla normativa in essere (es.: art. 40 d.lgs. 385/1993) o dallo stesso contratto.

Rimborso dei finanziamenti soci

Privi di effetto sono anche i rimborsi dei finanziamenti soci effettuati dalla società in favore dei soci dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore (art. 164, comma 2). Si intendono per finanziamenti soci quelli, in qualsiasi forma effettuati dai soci in favore della società, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento (art. 2467), oppure i finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti. Poiché il rimborso dei finanziamenti soci è postergato rispetto al soddisfacimento di tutti gli altri creditori, il rimborso degli stessi viene considerato, ai fini concorsuali, come pagamento anticipato di un credito non ancora esigibile alla data della procedura e, quindi, soggetto all'inefficacia automatica.

3. Gli atti cd. "anormali"

La seconda tipologia di atti revocabili comprende gli atti cd. "anormali", che presentano caratteristiche non ordinarie rispetto a quelle che si incontrano nella gestione ordinaria dell'impresa.

Gli atti "anormali" sono a loro volta suddivisi in quattro categorie.

Atti a prestazioni sproporzionate

La prima categoria di atti "anormali" è costituita dagli atti a prestazioni sproporzionate, individuati come gli atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal debitore sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso (art. 166, comma 1, lett. a). Esempi possibili sono quelli delle vendite sottocosto o degli acquisti a prezzi fuori mercato, cui talvolta l'imprenditore ricorre quando si trova in stato di insolvenza e non ha altra modalità per recuperare liquidità o per procurarsi beni o servizi.

Pagamenti con mezzi anormali

La seconda categoria è rappresentata dai pagamenti con mezzi anormali, intesi come atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento (art. 166, comma 1, lett. b). L'anomalia consiste qui non già nell'ammontare della prestazione, ma nelle modalità attraverso le quali l'obbligazione è estinta, che divergono dalle prassi commerciali. Esempi di pagamento con mezzi anormali sono la *datio in solutum* (cessione al creditore di beni in pagamento del credito), la restituzione al creditore dei beni acquistati e che non si riesce a pagare, la cessione di crediti in funzione solutoria.

Garanzie costituite per debiti preesistenti non scaduti

La terza categoria è rappresentata dai pegni, anticresi e ipoteche volontarie costituite per debiti preesistenti non scaduti (art. 166, comma 1, lett. c). In questo caso, l'anomalia è rappresentata dalla circostanza che il creditore abbia ottenuto una garanzia che precedentemente non aveva richiesto, evidentemente sintomatica della preoccupazione del creditore che il debitore non sia più in grado di adempiere.

Garanzie costituite per debiti preesistenti scaduti

La quarta categoria è rappresentata dai pegni, anticresi e ipoteche giudiziarie o volontarie costituite per debiti preesistenti scaduti (art. 166, comma 1, lett. d). Si tratta di un'ipotesi molto simile a quella precedente, ma connotata da minore gravità, perché la garanzia è concessa per debiti preesistenti, ma già scaduti, quando è fisiologico che il creditore possa temere che il debitore non sia in grado di adempiere.

Gli atti "anormali" sono revocati se ricorrono due presupposti: (i) il compimento dell'atto nel cd. periodo sospetto; (ii) la conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto.

Periodo sospetto

Per quanto riguarda il periodo sospetto, è necessario che l'atto sia stato compiuto dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore (sei mesi se si tratta di garanzie per debiti preesistenti scaduti). Quando alla domanda di accesso a una procedura concorsuale segue l'apertura della liquidazione giudiziale, il termine dell'anno o dei sei mesi anteriori decorre dalla prima domanda (art. 170, comma 2).

Conoscenza dello stato di insolvenza

Per quanto riguarda la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo, la stessa si presume, con possibilità però di prova contraria da parte del terzo. È l'anormalità dell'atto a spiegare questa inversione del-

l'onere della prova, che agevola il curatore e impone al terzo il gravoso compito di dimostrare che, al momento del compimento dell'atto, lo stato di insolvenza del debitore non fosse conosciuto o conoscibile.

Modalità per ottenere la revoca

A differenza di quanto avviene per gli atti a titolo gratuito, per ottenere la revoca degli atti a titolo oneroso "anormali" è sempre necessario promuovere un'azione giudiziale, la cui legittimazione compete in via esclusiva al curatore, la cui competenza funzionale è attribuita al tribunale concorsuale ed il cui eventuale accoglimento avviene con sentenza avente natura costitutiva.

4. Gli atti cd. "normali"

La terza tipologia di atti revocabili comprende gli atti cd. "normali", che non presentano anomalie sintomatiche dello stato di insolvenza del debitore.

Anche gli atti "normali" sono a loro volta suddivisi in tre categorie (art. 166, comma 2).

Atti a titolo oneroso senza sproporzione

La prima categoria di atti "normali" è rappresentata dagli atti a titolo oneroso che non presentano una sproporzione tra le prestazioni o che, comunque, presentano una sproporzione non superiore al 25% (altrimenti rientrerebbero tra gli atti anormali). Si tratta, quindi, di operazioni compiute a normali condizioni di mercato e non caratterizzati da altre anomalie nel contenuto.

Pagamenti con mezzi normali

La seconda categoria di atti "normali" è costituita dai pagamenti di debiti liquidi ed esigibili. Deve trattarsi di pagamenti con danaro o altri mezzi normali e vi rientrano sia i pagamenti volontari, sia i pagamenti coattivi a mezzo di esecuzione forzata. Se il pagamento è effettuato da un terzo, è revocabile se questi ha pagato con danaro del debitore o se esercita l'azione di rivalsa, regresso o surroga nei confronti del debitore stesso.

Garanzie per debiti contestualmente creati

L'ultima categoria è costituita dagli atti costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati. Quando la garanzia è costituita contestualmente al sorgere del credito, la stessa viene considerata un atto normale perché rappresenta una parte del corrispettivo del finanziamento ottenuto dal debitore.

La revoca degli atti "normali" richiede, come per gli atti "anormali", la presenza di due presupposti (il compimento dell'atto nel compimento del cd. periodo sospetto e la conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto), ma disciplinati in modo diverso e più favorevole per il terzo.

Periodo sospetto

Per quanto riguarda il periodo sospetto, è necessario che l'atto sia stato compiuto dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori. Si tratta di un periodo

estremamente ristretto, che limita evidentemente la revocabilità ai soli atti compiuti in prossimità dell'apertura della procedura. Quando alla domanda di accesso ad una diversa procedura concorsuale segue l'apertura della liquidazione giudiziale, il termine dei sei mesi anteriore decorre dalla prima domanda (art. 170, comma 2).

Conoscenza dello stato di insolvenza

Per quanto riguarda la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo, non vi è alcuna inversione dell'onere della prova e grava sul curatore l'onere di dimostrare che, al momento del compimento dell'atto, lo stato di insolvenza fosse conosciuto o quantomeno conoscibile dal terzo. La prova della cd. *scientia decoctionis* (la conoscenza dello stato di insolvenza) può essere fornita dal curatore anche mediante presunzioni e, quindi, attraverso la dimostrazione di fatti o circostanze tali da far ritenere la conoscenza dello stato di insolvenza in un soggetto di normale avvedutezza (es.: iscrizioni di ipoteche giudiziali a carico del debitore; trascrizioni di pignoramenti su immobili; dati di bilancio; notizie di stampa che danno conto dello stato di illiquidità del debitore).

Modalità per ottenere la revoca

Come per gli atti "anormali", anche per gli atti "normali" la revoca richiede l'avvio di un'azione giudiziale da parte del curatore innanzi al tribunale concorsuale, che si conclude con una sentenza avente natura costitutiva.

5. Le esenzioni da revocatoria

Nozione

Il legislatore prevede alcuni casi di esenzione da revocatoria, in virtù delle quali atti, pagamenti o garanzie che sarebbero astrattamente revocabili (perché rientranti nelle tipologie degli atti "anormali" o degli atti "normali" e perché ne ricorrono i presupposti) non sono soggetti all'azione revocatoria.

Finalità

Le ragioni alla base delle ipotesi di esenzione da revocatoria sono varie, ma possono comunque ricondursi a tre grandi matrici: a) la volontà di favorire la prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore in crisi, evitando che lo stesso sia isolato dagli altri operatori economici timorosi di subire l'azione revocatoria in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale; b) la volontà di incentivare il tempestivo ricorso da parte del debitore a procedure o strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza; c) la volontà di tutelare determinate categorie di creditori o controparti contrattuali.

Ambito di applicazione

Prima di entrare nel merito delle ipotesi di esenzione, vanno compiute alcune precisazioni preliminari. Le esenzioni da revocatoria riguardano tanto gli atti "anormali", quanto gli atti "normali", ma non si applicano con riferimento agli atti a titolo gratuito ed ai pagamenti anticipati, che presentano un disvalore così accentuato da non poter in alcun modo esse-

re compensato da considerazioni di tipo diverso. Trattandosi, inoltre, di eccezioni rispetto alla regola generale della revocabilità, sarà il terzo convenuto in revocatoria a dover fornire la prova della sussistenza dei presupposti di una delle cause di esenzione, rimanendo invece discusso se si sia in presenza di una mera difesa o di una eccezione in senso proprio.

Procediamo adesso con ordine ad esaminare le singole ipotesi di esenzione, previste sia nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sia in leggi speciali.

Pagamenti nei termini d'uso

Non sono soggetti all'azione revocatoria i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso (art. 166, comma 3, lett. a). La *ratio* di questa esenzione è quella di evitare che il manifestarsi della crisi dell'impresa spinga i fornitori a sospendere o interrompere i rapporti commerciali in corso con il debitore, così aggravandone il dissesto. L'operatività dell'esenzione è, però, limitata ai soli pagamenti che avvengono nei "termini d'uso", intesi come modalità e tempistica conformi a quelle concretamente invalse tra le parti. Se, ad esempio, il debitore ha sempre pagato le fatture di un determinato fornitore nel termine di novanta giorni, il pagamento effettuato in danaro a novanta giorni è conforme ai termini d'uso, mentre il pagamento anticipato a quindici giorni o il pagamento dilazionato a centottanta giorni non sono conformi ai termini d'uso e sono revocabili, in quanto non connotati dalla regolarità ed ordinarietà.

Pagamento delle prestazioni di lavoro

Funzione in larga parte analoga è svolta dalla causa di esenzione prevista per i pagamenti eseguiti dal debitore a titolo di corrispettivo di prestazioni di lavoro effettuate da suoi dipendenti o altri suoi collaboratori, anche non subordinati (art. 166, comma 3, lett. f). Con questa esenzione si vuole tutelare la posizione dei prestatori di lavoro e, allo stesso tempo, favorire i tentativi di risanamento perseguiti dal debitore, garantendogli la possibilità di avvalersi delle prestazioni lavorative dei suoi prestatori di lavoro e "rassicurando" questi ultimi circa la non revocabilità dei corrispettivi ricevuti. Se questa è la funzione, può ritenersi che l'esenzione operi non solo per i corrispettivi delle prestazioni lavorative dei lavoratori subordinati e para-subordinati, ma anche per quelli pagati ai prestatori d'opera professionale (es.: avvocati, commercialisti).

Rimesse su conto corrente bancario

Diversa è la funzione dell'esenzione prevista per le rimesse effettuate su conto corrente bancario. Non sono revocabili le rimesse (ossia, i versamenti) effettuate dal debitore su un conto corrente bancario che non hanno ridotto in maniera durevole l'esposizione del debitore nei confronti della banca (art. 166, comma 3, lett. b). Questa causa di esenzione vuole evitare gli eccessi a carico delle banche che potrebbero derivare da un'applicazione rigida delle norme sulla revocatoria dei pagamenti, limitando la revocabilità ai soli casi in cui la banca abbia ottenuto un rientro del cliente rispetto alla propria esposizione debitoria. La revocatoria delle rimesse è, quindi, limitata solo a quelle che abbiano ridotto il saldo passivo del debitore verso la banca in modo durevole, nel senso di apprezzabile stabilità nel tempo.

Vi è, poi, un ulteriore limite alla revocabilità delle rimesse, perché, quando la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario, il convenuto deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso (art. 171, comma 3). Questo significa che, in caso di accoglimento dell'azione, la banca deve restituire alla procedura non già la somma delle varie rimesse che abbiano ridotto in modo durevole l'esposizione, ma il minor importo pari alla differenza tra l'ammontare massimo dell'esposizione del debitore nel periodo in cui è provata la conoscenza dello stato di insolvenza e l'ammontare del saldo passivo alla data di apertura della procedura.

Atti, pagamenti e garanzie in esecuzione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Un altro gruppo di esenzioni è finalizzato ad incentivare il ricorso da parte del debitore (e la favorevole risposta da parte dei creditori) a tentativi negoziali di soluzione della crisi d'impresa. Non sono soggetti a revocatoria gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato, dell'accordo di ristrutturazione omologato, del concordato preventivo e del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e in essi indicati, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione (art. 166, comma 3, lett. d, e). Pur se non previsto espressamente dalla norma, è da ritenersi che anche gli atti esecutivi del concordato semplificato beneficino dell'esenzione da revocatoria, mancando qualsivoglia ragione che possa giustificare un trattamento differenziato rispetto agli altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Queste cause di esenzione operano, per espressa previsione legislativa, anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria. Su condizioni e limiti di operatività di queste esenzioni, si rinvia alla specifica trattazione contenuta nei capitoli di riferimento (cap. V, parr. 2 e 5; cap. VI, sez. 5, par. 2).

Pagamenti per prestazioni di servizi strumentali all'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

In una prospettiva molto simile a quella ora esaminata, è prevista l'esenzione per i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti dal debitore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 166, comma 3, lett. g). Per accedere a questi strumenti (anche, eventualmente, per presentare domanda per la liquidazione giudiziale) il debitore deve essere assistito da professionisti (avvocati, commercialisti, *advisor* finanziario), i quali potrebbero essere disincentivati dall'assumere l'incarico

per il timore di subire la revocatoria di eventuali pagamenti di corrispettivi ricevuti. L'esenzione da revocatoria consente di "mitigare" questo timore, eliminando un possibile ostacolo ai tentativi di risanamento o, comunque, di ordinata regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Vendita a giusto prezzo di immobili destinati ad abitazione principale o a sede principale

Motivata da ragioni di ordine sociale ed economico è, invece, l'esenzione concessa alle vendite a giusto prezzo di immobili (art. 166, comma 3, lett. c). Non sono soggette a revocatoria le vendite e i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., i cui effetti non siano cessati, conclusi a giusto prezzo e aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio. Si vuole in questo modo evitare che l'apertura della liquidazione giudiziale a carico del venditore possa "travolgere", attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria, gli acquisti di immobili ad uso abitativo o destinati all'esercizio dell'attività d'impresa dell'acquirente. Ciò, beninteso, se l'acquisto sia avvenuto a giusto prezzo, inteso come prezzo equo di mercato.

Altri casi di esenzione

Altri casi di esenzione da revocatoria sono posti da singole leggi speciali e sono dettate in ragione di considerazioni legate alla natura del soggetto che sarebbe astrattamente esposto alla revocatoria. Ad esempio, non sono soggetti ad azione revocatoria i pagamenti di imposte scadute (art. 89 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602) ed i pagamenti per contributi sociali obbligatori ed accessori a favore degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza (art. 116, comma 14, l. 23 dicembre 2000, n. 388). Nell'ottica di agevolare il ricorso alle operazioni di cessione dei crediti d'impresa, inoltre, il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario non è soggetto alla revocatoria, fermo restando che tale azione può essere proposta nei confronti del cedente qualora il curatore provi che egli conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento al cessionario (art. 6 l. 22 febbraio 1991, n. 52). In funzione di tutelare le operazioni di cartolarizzazione dei crediti, è previsto che ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria non si applicano le norme sulla revocatoria dei pagamenti e nemmeno le norme sull'inefficacia dei pagamenti di crediti non scaduti (art. 3 l. 30 aprile 1999, n. 130).

Le disposizioni sulla revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie "anormali" e "normali" non si applicano, inoltre, all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario, salve le disposizioni delle leggi speciali. In particolare, sono previste regole speciali, e più restrittive, per le operazioni di credito fondiario, credito alle opere pubbliche e credito agrario o peschereccio (art. 39, comma 4, d.lgs. 385/1993):

i pagamenti effettuati dal debitore a fronte di questi crediti non sono soggetti a revocatoria e le ipoteche a garanzia di questi finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di apertura della procedura (cd. consolidamento dell'ipoteca).

6. Regimi revocatori speciali

In riferimento a specifiche situazioni o soggetti è prevista una disciplina "speciale" dell'azione revocatoria, che si differenzia da quella "ordinaria" per i presupposti o per le modalità operative.

Patrimoni destinati

Se sono stati costituiti patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. a, c.c., gli atti che incidono sui detti patrimoni sono revocabili se pregiudicano il patrimonio della società ed il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato di insolvenza della società (art. 167). Il curatore deve, quindi, provare che l'atto abbia pregiudicato il patrimonio della società e che il terzo fosse consapevole non già dell'incapienza del patrimonio destinato, ma dello stato di insolvenza della società.

Pagamento di cambiale scaduta

In tema di pagamento di cambiale scaduta, in deroga a quanto disposto in generale per la revocatoria dei pagamenti con mezzi normali, non può essere revocato il pagamento se il possessore di questa doveva accettarlo per non perdere l'azione cambiaria di regresso; l'azione revocatoria è, però, proponibile contro l'ultimo obbligato in via di regresso (il traente o il primo girante), se il curatore prova che conosceva lo stato di insolvenza del principale obbligato quando ha tratto o girato la cambiale (art. 168).

Atti tra coniugi, parti di un'unione civile o conviventi di fatto

Nel caso di atti compiuti tra coniugi, parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso o conviventi di fatto, la disciplina è connotata da una maggiore severità rispetto a quella ordinaria (art. 169). La ragione di questo accentuato rigore risiede nella ragionevole convinzione che il coniuge o parte di unione civile o convivente conosca meglio di altri la situazione del debitore e, quindi, anche il suo eventuale stato di insolvenza. Ambedue i presupposti della revocatoria sono aggravati: il periodo sospetto è ampliato fino a comprendere tutto il periodo anteriore all'apertura della procedura in cui il debitore esercitava un'impresa; la prova della mancata conoscenza dello stato di insolvenza grava sempre sul terzo convenuto in revocatoria (salvo per gli atti a titolo gratuito compiuti nel biennio, per i quali tale presupposto è irrilevante). Malgrado questa accentuata severità, devono tuttavia ritenersi operanti anche negli atti tra coniugi, parti dell'unione civile e conviventi le ipotesi di esenzione di revocatoria previste per gli atti "anormali" e per quelli "normali".

7. I limiti temporali

Le azioni revocatorie e di inefficacia esercitabili dal curatore sono soggette ad un termine di decadenza e ad un termine di prescrizione (art. 170).

Termine di decadenza

Il termine di decadenza è di tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale; questo termine ha la funzione di velocizzare l'avvio delle azioni da parte del curatore, in coerenza con il generale principio di celerità della procedura.

Termine di prescrizione

Il termine di prescrizione è di cinque anni dal compimento dell'atto; questo termine è, invece, funzionale ad evitare che atti, pagamenti o garanzie possano rimanere troppo a lungo in uno stato di potenziale precarietà.

L'azione può essere promossa dal curatore solo rispettando ambedue i termini e, quindi, entro tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale e comunque entro cinque anni dal compimento dell'atto. Se, ad esempio, non sono ancora decorsi cinque anni dal compimento dell'atto, ma sono decorsi tre anni dall'apertura della procedura, l'azione non può essere più promossa. Si tratta di termini, inoltre, applicabili a tutte le azioni revocatorie e di inefficacia esercitabili dal curatore, sia a quelle aventi ad oggetto atti a titolo gratuito, sia a quelle aventi ad oggetti atti "anormali" o "normali", sia all'azione revocatoria ordinaria.

Differenze rispetto al periodo sospetto

Questi termini di decadenza e prescrizione, si badi, non vanno confusi con il cd. periodo sospetto sopra esaminato. Quest'ultimo indica il periodo di tempo anteriore al deposito della domanda di apertura della procedura (o alla domanda di accesso ad un'altra procedura concorsuale cui abbia poi fatto seguito la liquidazione giudiziale) in cui deve essere stato compiuto l'atto per poter essere astrattamente assoggettabile a revocatoria (due anni, un anno o sei mesi in base alla tipologia di atto) e si calcola a ritroso (ossia, andando indietro) dalla data della domanda di apertura; i termini di decadenza e prescrizione indicano, invece, il termine massimo entro il quale l'azione deve essere avviata dal curatore e si calcolano partendo dalla data del compimento dell'atto e dall'apertura della liquidazione giudiziale, andando in avanti.

8. Gli effetti della revoca

La revocatoria non determina l'invalidità dell'atto, ma la sua inefficacia nei confronti della massa dei creditori. In concreto, l'inefficacia opera però diversamente a seconda della diversa natura dell'atto revocato (art. 171).

Inefficacia dell'atto traslativo

Quando è revocato un contratto a contenuto traslativo (es.: il contratto con il quale il debitore ha venduto un immobile), il bene oggetto dell'atto viene recuperato all'attivo della procedura (o, secondo altra e non condivisibile prospettazione, diventa semplicemente assoggettabile all'esecuzione concorsuale) ed il curatore può liquidarlo e distribuirne il ricavato tra i creditori. Laddove, però, il bene non sia più nella disponibilità del terzo o comunque non possa essere utilmente recuperato alla procedura, il terzo dovrà corrispondere alla procedura il controvalore monetario. In ambedue i casi, comunque, il terzo che ha restituito il bene o ha corrisposto l'equivalente monetario ha diritto di essere ammesso al passivo della procedura per il suo eventuale credito, corrispondente al valore della controprestazione a suo tempo effettuata in favore del debitore (es.: il prezzo pagato per l'acquisto del bene). Il che, ovviamente, significa che nel caso di atti a titolo gratuito nessun diritto spetterà al terzo.

Inefficacia del pagamento

Quando è revocato un pagamento, il terzo dovrà restituire alla procedura una somma pari all'importo ricevuto, oltre agli interessi decorrenti dalla data della domanda giudiziale, ed avrà diritto ad insinuarsi al passivo per un credito che è di importo corrispondente a quanto restituito. Nel caso di revocatoria di un pagamento con il quale il debitore abbia estinto un credito che era privilegiato (es.: credito assistito da ipoteca), l'accoglimento della revocatoria determina la cd. "reviviscenza" delle garanzie che lo avevano assistito e, pertanto, il terzo può essere ammesso al passivo con il rango privilegiato.

Inefficacia della garanzia

Quando è revocata una garanzia, il terzo sarà ammesso al passivo con il rango chirografario (e non più privilegiato), in conseguenza della declaratoria di inefficacia della garanzia.

9. L'azione revocatoria ordinaria

Nozione

Si è visto sopra che la revocatoria concorsuale può colpire solo gli atti compiuti nel periodo sospetto anteriore rispetto alla domanda di apertura della procedura. Quando l'atto potenzialmente pregiudizievole non cade nel periodo sospetto, perché compiuto prima, il curatore non può esercitare le azioni revocatorie concorsuali (quelle finora esaminate), ma può esercitare l'azione revocatoria ordinaria secondo le norme del codice civile (art. 165). L'azione revocatoria ordinaria, infatti, è soggetta al termine di decadenza di tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale e di cinque anni dal compimento dell'atto, ma non presenta tra i suoi presupposti il cd. periodo sospetto.

Disciplina

Le regole disciplinari dell'azione revocatoria ordinaria sono diverse (e meno favorevoli per la procedura) rispetto a quelle previste per le azioni revocatorie concorsuali. Nel caso di revocatoria ordinaria, il curatore non può giovarsi delle presunzioni previste per le azioni revocatorie concorsuali, ma deve fornire la prova del cd. *eventus damni* (pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori) e del cd. *consilium fraudis* (consapevolezza da parte del debitore – e in caso di atto a titolo oneroso anche da parte

del terzo – del pregiudizio che l'atto è idoneo ad arrecare ai creditori). A differenza di quanto previsto per le azioni revocatorie concorsuali, inoltre, l'azione revocatoria ordinaria non può avere ad oggetto i pagamenti di debiti scaduti (art. 2901, comma 3, c.c.).

Legittimazione all'esercizio dell'azione

Durante la procedura di liquidazione giudiziale, la legittimazione all'esercizio della revocatoria ordinaria compete in via esclusiva al curatore (e non più ai singoli creditori, come avviene fuori procedura), l'azione si propone innanzi al tribunale concorsuale e l'eventuale accoglimento dell'azione va a vantaggio di tutti i creditori, determinando l'inefficacia dell'atto nei confronti della massa.

Sezione 6

Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti

1. I contratti pendenti

L'apertura della liquidazione giudiziale produce effetti anche sui rapporti giuridici pendenti (artt. 172-192).

Nozione

Per rapporti giuridici pendenti, anche detti contratti pendenti, si intendono i contratti perfezionati prima dell'apertura della liquidazione giudiziale e che siano ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura.

Non costituiscono contratti pendenti e non subiscono gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale i contratti che, al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale, siano stati interamente eseguiti da ambedue le parti o per i quali una delle due parti abbia completamente eseguito la propria prestazione principale, rimanendo da completare solo quelle accessorie. Nel primo caso (contratti interamente eseguiti), il contratto non è pendente, ma già completamente esaurito nelle obbligazioni principali che da esso ne derivano. Nel secondo caso (contratti eseguiti solo da una parte), si tratta solo di chiedere l'adempimento alla parte che ancora non vi abbia provveduto: se è il debitore a non aver eseguito la prestazione, la controparte deve presentare domanda di ammissione al passivo per il relativo credito; se è la controparte a non aver eseguito la prestazione, il curatore può azionare gli ordinari strumenti negoziali e processuali per chiedere l'adempimento o per reagire allo stesso. Non rientrano, pertanto, nella categoria dei contratti pendenti i contratti ad effetti reali, quando al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale sia già avvenuto il trasferimento del diritto (art. 172, comma 1), poiché il trasferimento della proprietà rappresenta la prestazione principale a carico del venditore ed è già stata eseguita.

La disciplina concorsuale non si applica nemmeno ai cd. contratti associativi (es.: consorzio, società), nei quali le rispettive prestazioni non sono destinate a scambiarsi fra di loro secondo un rapporto di corrispettività, ma dirette al perseguimento di uno scopo comune. L'apertura della liquidazione giudiziale non determina di per sé effetti sui contratti associativi, salvo espressa e specifica previsione legislativa (es.: artt. 2288 e 2308 c.c. nelle società di persone).

Finalità

Quando il contratto è ancora pendente al momento dell'apertura della procedura, si pongono due diverse esigenze. Da un lato, si deve evitare che il curatore possa essere obbligato ad eseguire la prestazione a suo tempo assunta dal debitore o che, nel caso in cui ciò non sia possibile, la massa dei creditori sia esposta ad azioni risarcitorie ad opera della controparte. Dall'altro lato, si vuole evitare il rischio opposto, ossia che la controparte contrattuale non voglia più proseguire il contratto per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale, così privando la procedura di contratti potenzialmente utili nella fase di amministrazione e liquidazione dell'attivo.

Per consentire un'adeguata tutela di queste due esigenze, la legge introduce una specifica disciplina, che deroga in modo vistoso rispetto alle norme di diritto comune applicabili al di fuori delle procedure concorsuali, basate, come noto, sul principio per cui il contratto "ha forza di legge tra le parti" e si scioglie solo per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge (art. 1372 c.c.).

Regola generale e regole speciali

La disciplina si compone di una regola generale, applicabile a tutti i tipi contrattuali in mancanza di diversa indicazione, e poi di regole speciali, applicabili a singoli tipi contrattuali espressamente previsti. Se, quindi, un contratto (tipico o atipico) non è destinatario di una regola speciale, trova applicazione la regola generale.

2. La regola generale

La regola generale è quella della sospensione del contratto per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale, con attribuzione al curatore della facoltà di sciogliersi o subentrare nel contratto.

Sospensione

Più in particolare, se un contratto è ancora pendente al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione giudiziale, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo (art. 172, comma 1).

Sospensione del contratto significa che lo stesso è come "congelato", nel senso che nessuna delle due parti è obbligata ad eseguire la propria prestazione fino a quando non avviene la scelta del curatore.

Facoltà di scelta del curatore

La sospensione con scelta del solo curatore (non anche della controparte) in ordine allo scioglimento o al subentro rappresenta una previsione di favore per la massa dei creditori, consentendo all'organo della procedura di subentrare nei contratti che ritenga utili e, allo stesso tempo, di sciogliersi dai contratti che ritenga, per tipologia, natura o condizioni contrattuali, inutili o dannosi per la massa dei creditori. Previsione di favore che deroga alle regole del diritto comune, che non consentono certo ad una sola delle parti del contratto di decidere unilateralmente la sorte di un contratto pendente, per di più beneficiando di una sospensione del contratto stesso fino al momento della decisione. Questo "privilegio" concesso alla curatela è, evidentemente, funzionale alla migliore tutela dell'interesse collettivo dei creditori, che prevale, in un'ottica comparativa, rispetto a quello della controparte contrattuale.

Autorizzazione del comitato dei creditori

La scelta del curatore, sia nel caso in cui decida di subentrare, sia nel caso in cui decida di sciogliersi, è subordinata all'autorizzazione del comitato dei creditori.

Messa in mora

Poiché, come detto, la facoltà di scelta è attribuita al solo curatore e poiché il contratto rimane sospeso fino al momento in cui tale scelta non sia presa, autorizzata e comunicata, il rischio è che la controparte resti a tempo indefinito in questa situazione di stallo, senza poter pretendere dal curatore la prestazione contrattuale dovuta e senza potersi considerare liberata definitivamente dei propri obblighi. Per ridurre questo pregiudizio è così previsto che la controparte possa mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto (art. 172, comma 2). In tal modo, la controparte può ottenere un limite temporale oltre il quale la sospensione non può durare e la sorte del contratto sarà definita.

Subentro nel contratto pendente

Se il curatore decide di subentrare nel contratto pendente, succede nella stessa posizione contrattuale del debitore ed è tenuto ad adempiere le obbligazioni previste dal contratto, pur con le specificità derivanti dalle regole concorsuali. Pertanto, i crediti maturati dalla controparte nel corso della procedura sono prededucibili (art. 172, comma 3); al contrario, i crediti maturati prima dell'apertura della procedura potranno solo essere oggetto di domanda di ammissione al passivo e verranno soddisfatti insieme agli altri crediti concorrenti di pari rango.

Questa distinzione tra crediti posteriori (prededucibili) e crediti anteriori (da ammettere al passivo) assume particolare importanza nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, come i contratti di somministrazione. Se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica, deve pagare integralmente il prezzo delle consegne avvenute e dei servizi erogati dopo l'apertura della liquidazione giudiziale; per il prezzo delle consegne avvenute e dei servizi erogati prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, invece, il creditore può chiedere l'ammissione al passivo (art. 179). Così, ad esempio, se il curatore decide di subentrare in un contratto di fornitura di energia elettrica pendente, i crediti per le forniture successive all'apertura saranno prededucibili, mentre gli eventuali crediti sorti anteriormente per forniture non pagate saranno ammessi al passivo in chirografo.

Scioglimento del contratto pendente

Se il curatore decide di sciogliersi dal contratto, la controparte ha solo diritto di far valere nel passivo della liquidazione giudiziale il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno (art. 172, comma 4). Anche qui si nota la deroga alle ordinarie regole contrattuali, perché si consente ad una delle due parti (il curatore) di potersi sciogliere senza essere tenuto a risarcimento del danno e/o indennizzi di qualsivoglia tipo o natura alla controparte, fermo restando, ovviamente, il diritto della controparte di chiedere l'ammissione al passivo dell'eventuale credito anteriore alla procedura di liquidazione giudiziale. Tornando all'esempio precedente, se il curatore decide di non subentrare e di sciogliersi dal contratto di fornitura di energia elettrica pendente, gli eventuali crediti sorti anteriormente per forniture non pagate dal debitore saranno ammessi al passivo in chirografo, ma la controparte non potrà chiedere di essere ammessa al passivo anche per eventuali danni o indennizzi conseguenti allo scioglimento deciso dal curatore.

Inefficacia delle clausole negoziali

Per rendere effettiva la facoltà di scelta del curatore ed evitare fin troppo facili elusioni, è prevista l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dall'apertura della liquidazione giudiziale (art. 172, comma 6). Attesa la finalità protettiva del patrimonio del debitore di questa previsione, la inefficacia opera in modo ampio, colpendo tutte le clausole che prevedono o consentono al terzo, a qualunque titolo ed in forza di qualsivoglia istituto giuridico, lo scioglimento del contratto quale effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale. Pertanto, sono inefficaci sia le clausole che collegano alla liquidazione giudiziale la risoluzione di diritto del contratto, sia le clausole che attribuiscono alla controparte la facoltà di recesso dal contratto a seguito dell'apertura della procedura a carico della controparte.

Azione di risoluzione

Può verificarsi (e sovente avviene) che il debitore sia inadempiente prima dell'apertura della liquidazione giudiziale. Nel caso in cui la controparte abbia promosso azione di risoluzione del contratto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del debitore, questa azione prosegue anche durante la procedura e spiega i suoi effetti nei confronti del curatore (fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della

trascrizione della domanda) (art. 172, comma 5). Nel caso in cui il tribunale accolga la domanda di risoluzione del contratto promossa anteriormente dalla controparte, il contratto si scioglie ed il curatore non può pretenderne la prosecuzione. In ogni caso, però, se la controparte intende ottenere con la pronuncia di risoluzione anche la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, le domande di restituzione o di condanna devono essere presentate nelle forme dell'accertamento del passivo.

Nel caso in cui la controparte, malgrado il pregresso inadempimento del debitore, non abbia proposto azione di risoluzione, non può più proporla una volta aperta la liquidazione giudiziale. Il contratto pendente potrà sciogliersi solo per volontà del curatore e non per effetto di una sentenza giudiziale, che non avrebbe effetto nei confronti del curatore.

Esercizio dell'impresa e contratti pendenti

Nel solo caso in cui il curatore sia stato autorizzato all'esercizio dell'impresa malgrado l'apertura della liquidazione giudiziale, la regola generale non è quella della sospensione, con facoltà di scioglimento o subentro, ma quella della prosecuzione, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli (art. 211, comma 8). Il ribaltamento della regola è posto a tutela dell'interesse della massa dei creditori, perché difficilmente l'esercizio dell'impresa potrebbe proseguire se non vi fosse anche la prosecuzione dei contratti pendenti e se gli stessi rimanessero sospesi per effetto dell'apertura della procedura. Ad evitare, pertanto, brusche interruzioni dell'attività d'impresa, si prevede la prosecuzione dei contratti, ma si attribuisce comunque al curatore la successiva facoltà di decidere se procedere alla sospensione o direttamente allo scioglimento dei singoli contratti. Evidentemente, l'eventuale sospensione potrà essere decisa dal curatore per poter prendere la decisione definitiva in modo più sereno, evitando il maturare di crediti prededucibili sorti per effetto della prosecuzione dopo la procedura. Se decide per la sospensione, trova poi applicazione la regola ordinaria, con successiva facoltà per il curatore stesso di subentrare o di sciogliersi dal contratto.

3. (*Segue*) Le regole speciali per i singoli contratti

Tre categorie

Per alcuni tipi contrattuali è prevista una disciplina autonoma, che si discosta, in modo più o meno accentuato, dalla disciplina generale. Pur nella specificità delle singole previsioni, queste regole consentono di catalogare i contratti soggetti a disciplina autonoma in tre grandi categorie: a) contratti sospesi con attribuzione della scelta al curatore, ma con applicazione di regole particolari; b) contratti che si sciolgono automaticamente; c) contratti che proseguono.

Prima categoria

Nella prima categoria rientrano i contratti sospesi con attribuzione della scelta al curatore, ma con applicazione di regole particolari rispetto alla regola generale sopra descritta.

Contratti preliminari

Sono compresi in questa prima categoria i contratti preliminari: il contratto è sospeso, con facoltà del curatore di subentrare o di sciogliersi. Tuttavia, nel caso di procedura a carico del promittente venditore, al fine di contemperare la tutela della posizione del promissario acquirente con la tutela dell'interesse della massa dei creditori, sono previste alcune regole derogatorie, in ordine a presupposti ed effetti delle scelte del curatore. È consentito al curatore di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., ma lo scioglimento non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta (art. 173, comma 1). Inoltre, in caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, ed il suo credito gode del privilegio di cui all'art. 2775-*bis* c.c., a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale (art. 173, comma 2).

Una tutela ancora maggiore è offerta ai promissari acquirenti quando il contratto preliminare di vendita trascritto abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dello stesso promissario o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale della sua attività di impresa. In tale ipotesi, le esigenze abitative e le esigenze connesse allo svolgimento dell'attività economica sono ritenute prevalenti rispetto a quelle della massa dei creditori, per cui il contratto preliminare non può essere sciolto, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale ed il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione nel termine e secondo le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura (art. 173, comma 3).

Regole peculiari operano anche nel caso opposto in cui il curatore decida di subentrare nel contratto preliminare, ma questa volta si tratta di previsioni maggiormente orientate a favore della massa dei creditori (art. 173, comma 4). Se il curatore subentra nel contratto, l'immobile è trasferito e consegnato al promissario acquirente nello stato in cui si trova. Gli acconti corrisposti dal promissario acquirente prima dell'apertura della liquidazione giudiziale sono opponibili alla massa in misura pari alla metà del-

l'importo che lo stesso dimostra di aver versato; regola il cui fondamento non è di agevole comprensione e che, di fatto, impone al promittente venditore di versare nuovamente la metà degli acconti già pagati. Il giudice delegato, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo.

Contratti relativi ad immobili da costruire

Nel caso di contratti relativi ad immobili da costruire, se si apre la procedura a carico del costruttore si applica la regola della sospensione, ma gli stessi si sciolgono se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto (art. 174).

Vendita con riserva di proprietà

Una variante della regola generale è prevista anche nella vendita con riserva di proprietà (art. 178). In caso di apertura della liquidazione giudiziale del patrimonio del compratore, se il prezzo deve essere pagato a termine o a rate, il curatore può subentrare nel contratto con l'autorizzazione del comitato dei creditori. Poiché la tipologia contrattuale prevede la dilazione di pagamento e poiché possono esservi fondati dubbi sulla possibilità che la curatela adempia ai propri obblighi successivi, il venditore può chiedere cauzione a meno che il curatore paghi immediatamente il prezzo con lo sconto dell'interesse legale. Qualora il curatore si sciolga dal contratto, il venditore deve restituire le rate di prezzo già riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, che può essere compensato con il credito avente ad oggetto la restituzione delle rate pagate. In caso di apertura della liquidazione giudiziale del patrimonio del venditore, invece, il contratto prosegue regolarmente ed il curatore non può sciogliersi, dovendo eseguire la prestazione in capo al venditore (il trasferimento della proprietà) a fronte della regolare esecuzione da parte del compratore.

Contratti di vendita di cosa mobile

Nei contratti di vendita di cosa mobile (art. 180), se la cosa mobile oggetto della vendita è già stata spedita al compratore prima che nei suoi confronti sia stata aperta la liquidazione, ma non è ancora a sua disposizione nel luogo di destinazione, né altri ha acquistato diritti sulla medesima, il venditore può riprenderne il possesso, assumendo a suo carico le spese e restituendo gli acconti ricevuti, sempreché egli non preferisca dar corso al contratto facendo valere nel passivo il credito per il prezzo, o il curatore non intenda farsi consegnare la cosa pagandone il prezzo integrale. Questa regola diverge da quella generale, perché, di fatto, attribuisce anche alla controparte *in bonis* (il venditore) il diritto di recedere dal contratto, restituendo quanto ricevuto, salvo che il curatore, preventivamente interpellato, non decida di subentrare nel contratto adempiendone gli obblighi.

Contratto di locazione finanziaria

La regola della sospensione trova applicazione anche al contratto di locazione finanziaria (*leasing*), ma solo se l'apertura della liquidazione giudiziale riguardi l'utilizzatore (che è comunque l'ipotesi più ricorrente) e con regole peculiari (art. 177). In caso di apertura della liquidazione giudiziale del patrimonio dell'utilizzatore, il contratto è sospeso, con facoltà di scelta del curatore. Laddove il curatore decida di sciogliersi dal contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene e si dovrà procedere al conteggio delle relative partite di credito/debito tra le parti. Il concedente ha un credito nei confronti della procedura per gli eventuali canoni scaduti e non pagati fino alla data dello scioglimento, per i canoni a scadere, solo in linea capitale, fino alla scadenza naturale del contratto e per il prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto; allo stesso tempo, la procedura ha un credito verso il concedente per la somma che lo stesso ricava (o potrebbe ricavare) dalla vendita o da altra collocazione dello stesso a valori di mercato. Se la somma dovuta dal concedente è superiore rispetto a quella che gli spetta, è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza. Se la somma dovuta dal concedente è inferiore a quella che gli spetta, ha diritto di insinuarsi nello stato passivo per l'eventuale differenza; in tal caso, però, il giudice delegato deve disporre una stima per accertare il valore di mercato del bene.

Contratto di assicurazione

Anche il contratto di assicurazione contro i danni è soggetto alla regola della sospensione, ma è consentito il diritto di recesso dell'assicuratore se la prosecuzione del contratto può determinare un aggravamento del rischio. Se il curatore comunica di voler subentrare nel contratto, il credito dell'assicuratore è soddisfatto in prededuzione per i premi scaduti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 187).

Seconda categoria

Nella seconda categoria rientrano, anche se con alcune specificità, i contratti che si sciolgono automaticamente per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale a carico di una delle due parti.

Contratti di carattere personale

Sono compresi in questa categoria tutti i contratti di carattere personale, intesi come i contratti nei quali la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso (art. 175). Questi contratti si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti, salvo che il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell'altro contraente, manifesti la volontà di subentrarvi, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi. Non è sufficiente, quindi, la manifestazione di volontà del curatore per consentirne il subentro e la prosecuzione, ma è necessario il consenso anche dell'altro contraente, che deve valutare se "fidarsi" o meno delle capacità del curatore di adempiere le obbligazioni contrattuali.

Contratti di borsa a termine

I contratti di borsa a termine, dove una delle parti si obbliga ad acquistare o vendere una determinata quantità di titoli o merci ad un dato prezzo e ad una certa scadenza, si sciolgono alla data dell'apertura della procedura, se il termine scade dopo l'apertura della liquidazione giudiziale del patrimonio di uno dei contraenti. La differenza fra il prezzo contrattuale e il valore delle cose o dei titoli alla data dell'apertura della procedura è versata al curatore, se il contraente il cui patrimonio è sottoposto a liquidazione giudiziale risulta in credito o è ammessa al passivo nel caso contrario (art. 181).

Associazione in partecipazione

L'associazione in partecipazione si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'associante e, per l'effetto, l'associato ha diritto di far valere nel passivo della liquidazione giudiziale il credito per quella parte dei conferimenti che non è assorbita dalle perdite a suo carico o, al contrario, è tenuto al versamento della parte ancora dovuta nei limiti delle perdite che sono a suo carico (art. 182). Nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'associato, si applica invece la regola generale della sospensione, sempre che questi non abbia già completato integralmente la sua esecuzione: in quest'ultima ipotesi, non si è più in presenza di un contratto pendente, in quanto una delle parti ha interamente eseguito la sua prestazione principale, e quindi il curatore ha diritto ad esercitare i diritti connessi a tale posizione contrattuale.

Contratti di conto corrente e di commissione

I contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti (art. 183). La regola dello scioglimento automatico del conto corrente bancario nel caso di liquidazione giudiziale di una delle parti (il cliente, in quanto la banca non è soggetta a liquidazione giudiziale, ma a liquidazione coatta amministrativa) è importante nella pratica. Per effetto dello scioglimento, che è opponibile alla banca dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza, la banca non può più consentire l'esecuzione di operazioni sul conto o dare esecuzioni ad eventuali ordini di pagamento impartiti dal debitore prima della procedura.

Contratto di mandato

Per il contratto di mandato, si deve distinguere a seconda che la liquidazione giudiziale sia aperta nei confronti del mandatario o del mandante (art. 183, commi 2 e 3). Nel primo caso (liquidazione a carico del mandatario), il contratto di mandato si scioglie automaticamente per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale. Nel secondo caso (liquidazione a carico del mandante), si applica la regola generale e, se il curatore della liquidazione giudiziale del patrimonio del mandante subentra nel contratto, il credito del mandatario per l'attività compiuta dopo l'apertura della procedura è soddisfatto in prededuzione, mentre i crediti per le attività compiute prima dovranno essere oggetto di domanda di ammissione al passivo ed avranno rango chirografario.

Contratto di finanziamento destinato a uno specifico affare

L'apertura della liquidazione giudiziale della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. b, c.c., ma solo quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione (art. 176). In caso contrario, il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto in luogo della società, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi.

Contratto di appalto

Il contratto di appalto si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di sessanta giorni dall'apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie. Nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, però, il rapporto contrattuale si scioglie ed il curatore non può subentrare se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto (art. 186).

Contratti pubblici

Per i contratti pubblici, sono fatte salve le norme speciali (art. 172, u.c.), che prevedono sovente lo scioglimento automatico, salva eventuale possibilità del curatore, autorizzato alla gestione dell'impresa, di eseguire i contratti in corso (es.: art. 110 d.lgs. 50/2016).

Clausola compromissoria

Tutte le volte in cui il contratto è sciolto a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale, sia per effetto della scelta del curatore, sia automaticamente, sia per effetto della scelta della controparte (ove previsto e consentito), viene meno anche l'efficacia della clausola compromissoria contenuta nello stesso ed il procedimento arbitrale pendente non può essere proseguito (art. 192). Le controversie dovranno, quindi, essere sottoposte alla cognizione ordinaria.

Terza categoria

Nella terza categoria rientrano, sempre con regole differenziate, i contratti che proseguono dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, senza alcuna sospensione, anche se la pendenza della procedura può comunque produrre effetti sul rapporto contrattuale. Si tratta di ipotesi accomunate da una considerazione particolarmente intensa dell'interesse della controparte *in bonis* alla prosecuzione contrattuale, che impedisce o subordina a stringenti condizioni l'eventuale scioglimento del contratto.

Contratti di locazione di immobili

In questa categoria sono compresi i contratti di locazione di immobili (art. 185). L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del locatore non scioglie il contratto di locazione di immobili ed il curatore subentra nel contratto. Qualora, però, alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale, la residua durata del contratto sia superiore a quattro anni, il curatore, entro un anno dall'apertura della procedura, può, previa autorizzazione del comitato dei creditori, recedere dal contratto corri-

spondendo al conduttore un equo indennizzo, da insinuare al passivo come credito concorsuale, per l'anticipato recesso, che, nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati; il recesso ha effetto decorsi quattro anni dall'apertura della procedura. In caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del conduttore, invece, il curatore può in qualunque tempo, previa autorizzazione del comitato dei creditori, recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un equo indennizzo, da insinuare al passivo come credito concorsuale, per l'anticipato recesso, che, nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati.

Contratto di affitto di azienda ante-procedura

Una regola in larga parte simile è dettata per il contratto di affitto di azienda ante-procedura (art. 184).

In caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del concedente, il contratto di affitto di azienda non si scioglie, ma il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che è determinato dal giudice delegato nel caso di disaccordo tra le parti e che va insinuato al passivo come credito concorsuale. Per tutelare le ragioni della massa dei creditori, è previsto espressamente che la retrocessione alla liquidazione giudiziale dell'azienda per effetto del recesso o comunque alla scadenza originaria del contratto non comporta la responsabilità solidale della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c. (art. 212, comma 6).

In caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'affittuario, invece, il curatore può in qualunque tempo, previa autorizzazione del comitato dei creditori, recedere dal contratto, corrispondendo al concedente un equo indennizzo, determinato con le medesime modalità sopra descritte.

La prosecuzione automatica si applica anche al contratto di locazione finanziaria in caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della concedente. L'utilizzatore conserva la facoltà di acquistare, alla scadenza del contratto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e del prezzo pattuito (art. 177, comma 3).

4. (*Segue*) Gli effetti sui rapporti di lavoro subordinato

Interessi da tutelare

L'apertura della procedura di liquidazione giudiziale determina effetti anche sui rapporti di lavoro subordinato in corso. Qui si presenta in modo accentuata l'esigenza di armonizzare l'interesse dei creditori e le regole della procedura che ne sono espressione, con la tutela dell'occupazione e dei diritti dei lavoratori. Questa sintesi viene attuata con l'applicazione della regola generale sui contratti pendenti, ma calibrata per tenere conto della presenza dei concorrenti interessi dei lavoratori, che hanno un rilievo anche costituzionale (art. 189).

Sospensione

L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento ed i rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso.

L'effetto automatico dell'apertura della liquidazione giudiziale è, quindi, la sospensione dei rapporti dei lavori; per effetto di questa sospensione, il curatore-datore di lavoro non è tenuto alla retribuzione ed il lavoratore non è tenuto a svolgere la sua prestazione lavorativa.

Facoltà di scelta del curatore

Al curatore è attribuita la facoltà di scelta tra il subentro nei contratti o il recesso. A differenza che nella regola generale, la scelta del curatore non deve essere autorizzata dal comitato dei creditori, essendo solo previsto che questo organo venga "sentito", ma è invece richiesta l'autorizzazione del giudice delegato.

Subentro

Il subentro del curatore nei rapporti di lavoro subordinato sospesi decorre dalla comunicazione dal medesimo effettuata ai lavoratori e, pertanto, soltanto a partire da questo momento le parti sono obbligate nuovamente a eseguire le rispettive prestazioni (retribuzione/prestazione lavorativa).

Recesso

Il recesso ha, invece, effetto retroattivo dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, così evitando alla massa dei creditori di dover sopportare oneri prededucibili in ragione della sospensione dei contratti di lavoro. In ragione dei suoi impatti sul diritto alla conservazione del posto di lavoro dei dipendenti, il recesso va comunicato per iscritto e con specificazione del motivo, che può essere l'impossibilità della continuazione o del trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o comunque la sussistenza di manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro (art. 189, comma 3). È necessario, quindi, che vi sia un giustificato motivo oggettivo, che può anche essere legato alle ragioni economiche inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione economica.

Limite temporale per la scelta

Poiché, come detto, durante il periodo di sospensione il lavoratore non percepisce la retribuzione, è posto uno stringente limite temporale entro il quale deve terminare questa fase. Decorso il termine di quattro mesi dalla data di apertura della liquidazione giudiziale senza che il curatore abbia comunicato il subentro, i rapporti di lavoro subordinato che non siano già cessati si intendono risolti di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale (art. 189, comma 3).

Proroga del termine

Per evitare che questo termine di quattro mesi possa risolversi in un pregiudizio per la massa dei creditori o per gli stessi lavoratori, è però consentito al curatore o al direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro del luogo ove è stata aperta la liquidazione giudiziale, qualora ritengano

sussistenti possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell'azienda o di un suo ramo, di chiedere al giudice delegato una proroga del medesimo termine; analoga istanza può essere presentata anche dai singoli lavoratori, ma in tal caso la proroga ha effetto solo nei confronti dei lavoratori istanti (art. 189, comma 4). Il giudice delegato può assegnare al curatore un termine non superiore a otto mesi, decorrenti dal provvedimento di proroga, per assumere la propria scelta.

Effetti della mancata scelta del curatore

Qualora nel termine così prorogato il curatore non proceda al subentro o al recesso, i rapporti di lavoro subordinato che non siano già cessati si intendono risolti di diritto, con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale. In tale ipotesi, stante il permanere della situazione di sospensione, a favore di ciascun lavoratore nei cui confronti è stata disposta la proroga è riconosciuta un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a otto mensilità, che è ammessa al passivo come credito prededucibile.

Dimissioni del lavoratore

In ogni caso, ad evitare che l'inerzia del curatore possa pregiudicare il lavoratore interessato a cessare il rapporto di lavoro (perché, ad esempio, ha trovato altra collocazione lavorativa), salvi i casi di ammissione alle misure di ammortizzatori sociali o ad altre prestazioni di sostegno al reddito, le eventuali dimissioni del lavoratore nel periodo di sospensione si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., con effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale (art. 189, comma 5), con conseguente diritto del lavoratore a tempo indeterminato a conseguire l'indennità di mancato preavviso. Questa indennità spetta al lavoratore a tempo indeterminato anche in caso di recesso del curatore, di licenziamento o risoluzione di diritto ed è considerata, ai fini dell'ammissione al passivo, unitamente al trattamento di fine rapporto, come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale (privilegiato, non prededucibile).

NASpI

Inoltre, sempre a tutela del lavoratore, la cessazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 189 viene parificata alla perdita involontaria dell'occupazione e consente al lavoratore di beneficiare del trattamento NASpI (Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego), introdotta dal d.lgs. 22/2015, nella ricorrenza dei requisiti e nel rispetto delle disposizioni in esso previsti (art. 190).

Licenziamento collettivo

Regole peculiari sono, poi, poste nel caso in cui il curatore intenda procedere ad un licenziamento collettivo (art. 189, comma 6).

Esercizio dell'impresa

Resta ferma, inoltre, la diversa regola operante nel caso di esercizio dell'impresa del debitore in liquidazione giudiziale da parte del curatore: in questa ipotesi, al fine di salvaguardare la continuità produttiva, i rapporti di lavoro subordinato in essere proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderli (con applicazione delle regole sopra descritte) o esercitare la facoltà di recesso ai sensi della disciplina lavoristica vigente (art. 189, comma 9).

Sezione 7

Custodia e amministrazione dei beni compresi nella liquidazione giudiziale

1. Premessa

Dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale vanno compiute, con immediatezza, una serie di attività materiali e giuridiche che consentono di dare concreta attuazione agli effetti della procedura, *in primis* nei confronti del debitore e dei creditori. Queste attività sono di competenza del curatore, nell'ambito dei compiti di amministrazione e gestione del patrimonio della procedura che gli sono attribuiti.

Accanto ed in parallelo rispetto a queste preliminari attività, vi sono poi ulteriori attività rimesse allo stesso curatore ed alla cancelleria del tribunale, funzionali alla definizione di un primo quadro informativo sull'attivo e sul passivo della procedura, nonché alla ordinata raccolta e catalogazione degli atti e provvedimenti che attengono alla stessa.

2. Sigilli, inventario e prime attività del curatore

Dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, il curatore deve procedere all'immediata ricognizione dei beni e, se necessario, all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore (art. 193, comma 1).

Si tratta della prima attività cui è tenuto il curatore dopo l'accettazione della nomina e va compiuta "con immediatezza", ossia con la tempistica più ristretta consentita dalle circostanze in fatto. Così, ad esempio, l'attività di ricognizione va tendenzialmente compiuta (o quantomeno avviata) nel corso della stessa giornata in cui avviene l'accettazione dell'incarico per i beni che si trovano in comuni che rientrano nel circondario del tribunale che ha dichiarato la procedura, ma richiede necessariamente qualche giorno di tempo per i beni siti in località più distanti o meno agevolmente raggiungibili. Proprio in ragione di ciò, si prevede che se i beni o le cose si trovano in più luoghi e non è agevole l'imme-

diato completamento delle operazioni, il giudice delegato può autorizzare il curatore ad avvalersi di uno o più coadiutori (art. 193, comma 3).

Ricognizione dei beni e apposizione dei sigilli

L'attività di ricognizione consiste nell'accesso ai luoghi in cui si trovano i beni del debitore al fine di valutare l'esistenza di rischi di una loro dispersione o deterioramento. Se necessario per evitarne la dispersione nelle more della loro apprensione materiale, il curatore procede inoltre all'apposizione dei sigilli sui beni del debitore o su parte di essi, secondo le norme del codice di procedura civile (artt. 752 ss. c.p.c.). Nel caso in cui incontri ostacoli o comunque lo ritenga opportuno in ragione delle circostanze, il curatore può richiedere l'assistenza della forza pubblica (art. 193, comma 2).

Per i beni e le cose sulle quali non è possibile apporre i sigilli se ne fa descrizione nel verbale (art. 758 c.p.c., richiamato dall'art. 193, comma 4). In particolare, non sono soggetti all'apposizione dei sigilli, ma devono essere consegnati al curatore: a) il denaro contante; b) le cambiali e gli altri titoli, compresi quelli scaduti; c) le scritture contabili e ogni altra documentazione dal medesimo richiesta, se non ancora depositate in cancelleria. Il denaro è depositato dal curatore sul conto corrente della procedura, mentre i titoli e gli altri documenti sono custoditi personalmente dal curatore o, con autorizzazione del giudice delegato, affidati in custodia a terzi (art. 194). Nemmeno i beni del debitore sottratti allo spossessamento *ex* art. 146 sono soggetti alla sigillazione, rimanendo essi nella disponibilità del debitore stesso.

Inventario

Dopo la ricognizione e l'eventuale apposizione dei sigilli, il curatore redige l'inventario nel più breve termine possibile secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, presenti o avvisati il debitore e il comitato dei creditori, se nominato, formando un verbale delle attività compiute, al quale allega la documentazione fotografica dei beni inventariati; all'attività di inventario possono intervenire i creditori (art. 195).

La funzione dell'inventario è duplice. In primo luogo, consente di acquisire una prima elencazione e sommaria valutazione dei beni materiali che rientrano nell'attivo della procedura, in vista della programmazione delle successive attività di liquidazione. In secondo luogo, con l'inventario il curatore prende in consegna e si fa carico della custodia dei beni, delle scritture contabili e dei documenti del debitore (art. 197).

Sono compresi nell'inventario tutti i beni del debitore, compresi quelli per i quali non è opportuno o non è possibile procedere all'apposizione dei sigilli. Sono inventariati anche i beni di proprietà del debitore dei quali il terzo detentore ha diritto di rimanere nel godimento in virtù di un titolo opponibile al curatore (art. 196, comma 2) e, a maggior ragione, i beni del debitore nel godimento di terzi che non hanno titolo opponibile.

Di contro, il giudice delegato, su istanza della parte interessata, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, se già costituito, può disporre che non siano inclusi nell'inventario o siano restituiti agli aventi diritto i beni

mobili presenti presso la sede dell'impresa o in altri luoghi nella disponibilità del debitore, ma sui quali terzi vantano diritti reali o personali chiaramente e immediatamente riconoscibili (art. 196, comma 1). Si pensi, per fare un esempio, ad un'autovettura di proprietà di un terzo che sia parcheggiata nel piazzale della sede del debitore nel momento in cui il curatore giunga per la redazione dell'inventario. In tale ipotesi, per ragioni di economia processuale, si provvede alla restituzione immediata del bene, senza imporre al terzo di presentare domanda di rivendicazione o di restituzione di cose mobili.

Nel corso dell'inventario, il curatore, quando occorre, nomina uno stimatore al fine di una prima stima di alcuni beni e, prima di chiuderlo, invita il debitore o, se si tratta di società, gli amministratori a dichiarare se hanno notizia di altri beni da comprendere nell'inventario, avvertendoli delle pene stabilite in caso di falsa o omessa dichiarazione. L'inventario è redatto in doppio originale e sottoscritto da tutti gli intervenuti; uno degli originali deve essere depositato nella cancelleria del tribunale.

Notifica della sentenza nei pubblici registri

Per i beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri di proprietà del debitore, il curatore deve procedere a notificare un estratto della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale ai competenti uffici, perché sia trascritto nei pubblici registri (art. 197, comma 2).

Elenchi

Nella fase iniziale sono richieste al curatore anche attività funzionali ad un primo quadro del passivo della procedura. In particolare, il curatore, in base alle scritture contabili del debitore (ove ritenute attendibili) e alle altre notizie che può raccogliere (es.: allegati ad un precedente ricorso di concordato preventivo non andato a buon fine), compila l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione, nonché l'elenco di coloro che appaiono titolari di diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su beni in possesso o nella disponibilità del debitore, con l'indicazione dei titoli relativi, e li deposita in cancelleria (art. 198, comma 1). Questi elenchi non rappresentano in alcun modo un riconoscimento del debito da parte della procedura: per l'ammissione al passivo è sempre necessaria la domanda di parte e può verificarsi che siano ammessi creditori non inclusi negli elenchi (o ammessi per un importo diverso) o, al contrario, che vengano esclusi creditori inclusi negli stessi. Questi elenchi servono solo come ausilio per la successiva verifica giudiziale dello stato passivo, a partire dall'avviso ai creditori ed agli altri interessati *ex* art. 200, e possono altresì aiutare il curatore nella individuazione dei componenti del comitato dei creditori o nella individuazione dei creditori legittimati al voto nel caso di proposta di concordato presentata prima dell'esecutività dello stato passivo.

Bilancio dell'ultimo esercizio

Il curatore deve inoltre redigere il bilancio dell'ultimo esercizio, se non è stato presentato dal debitore nel termine stabilito, ed apportare le rettifiche necessarie ai bilanci e agli elenchi presentati dal debitore in

cancelleria (art. 198, comma 2). Nel corso della procedura, invece, il curatore non è tenuto alla predisposizione dei bilanci di esercizio, in quanto le esigenze informative sono assolte da altri documenti (relazioni periodiche, progetti di ripartizione dell'attivo, conto di gestione).

3. Il fascicolo della procedura

Domicilio digitale

Con la pubblicazione della sentenza di liquidazione giudiziale viene assegnato alla procedura il domicilio digitale (art. 199, comma 1), inteso come indirizzo di posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato, valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale.

Fascicolo della procedura

Immediatamente dopo la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale viene formato, a cura del cancelliere, il fascicolo della procedura, nel quale devono essere contenuti tutti gli atti, i provvedimenti e i ricorsi attinenti al procedimento, opportunamente suddivisi in sezioni, esclusi quelli che, per ragioni di riservatezza, debbono essere custoditi nel fascicolo riservato (art. 199, comma 1). In coerenza con le esigenze di dematerializzazione e di informatizzazione, il fascicolo è formato in modalità telematica.

Accesso al fascicolo della procedura

I componenti del comitato dei creditori e il debitore possono prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti inseriti nel fascicolo, fatta eccezione per quelli di cui il giudice delegato ha ordinato la secretazione per la presenza di specifiche esigenze di riservatezza (art. 199, comma 2).

Il diritto di prendere visione e di estrarre copia degli atti e dei documenti inseriti nel fascicolo è attribuito anche agli altri creditori (diversi da quelli che compongono il comitato dei creditori) ed ai terzi, ma è soggetto a stringenti limiti. Gli interessati devono dimostrare di avere uno specifico ed attuale interesse che giustifichi la richiesta ed il giudice delegato, sentito il curatore, deve autorizzare la richiesta, dopo aver valutato l'effettiva esistenza del richiesto interesse (art. 190, comma 3).

Nella valutazione dei presupposti, il giudice delegato è chiamato ad una comparazione tra l'interesse alla riservatezza della procedura e l'interesse all'informazione del richiedente, dovendo comunque privilegiare il primo in caso di incompatibilità. Ad esempio, può essere accolta la richiesta di un terzo interessato a presentare un concordato di liquidazione, avente ad oggetto notizie sull'attivo realizzato, sul passivo accertato, sulle eventuali impugnazioni pendenti, sulle azioni avviate; di contro, non può essere accolta la richiesta di un controparte della procedura in un'azione giudiziaria, avente ad oggetto l'esame della relazione con la quale il curatore è stato autorizzato all'azione, perché permetterebbe alla controparte di apprendere notizie utilizzabili nel giudizio contro la stessa procedura.

Accesso ad atti, documenti e provvedimenti dello stato passivo

I creditori possono, altresì, prendere visione ed estrarre copia, a proprie spese, anche degli atti, dei documenti e dei provvedimenti del procedimento di accertamento del passivo e dei diritti dei terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale (art. 199, comma 4). In relazione a questi documenti, il diritto di accesso dei creditori non è subordinato alla prova del concreto e attuale interesse, essendo in *re ipsa* l'interesse dei creditori a conoscere ammontare e rango degli altri crediti ammessi con i quali concorrerà nella fase di ripartizione, nonché delle pretese di terzi che possono ridurre l'ammontare dell'attivo da distribuire.

Sezione 8

L'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi

1. L'accertamento del passivo

Funzione

La liquidazione giudiziale ha la finalità primaria di soddisfare i creditori con il ricavato della liquidazione dei beni compresi nella procedura. Per poter compiutamente assolvere questo fine è, però, necessario verificare preliminarmente quali creditori vanno soddisfatti nell'ambito della procedura. Questa funzione è assolta dalla fase di accertamento del passivo, che ha lo scopo di individuare quali creditori possono partecipare al riparto, per quale importo e con quale rango.

L'accertamento del passivo rappresenta l'attuazione concreta delle connesse e fondamentali regole del concorso sostanziale e del concorso formale, in forza delle quali salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura (art. 150) ed ogni credito deve essere accertato secondo le norme stabilite per l'accertamento del passivo (art. 151). Il procedimento di accertamento del passivo è, infatti, la fase in cui avviene la verifica di ogni credito nei confronti del debitore, con riferimento alla sua esistenza, al suo ammontare ed al suo rango. Questo accertamento, come già detto (vedi sez. 4, par. 3 in questo capitolo), avviene con caratteri di esclusività, nel senso che solo ed unicamente i crediti che siano stati riconosciuti in questa fase possono partecipare al concorso ed essere soddisfatti nell'ambito della procedura. Attraverso l'accertamento del passivo, quindi, i creditori concorsuali, intesi come titolari di crediti nei confronti del

debitore, diventano creditori concorrenti, nel senso di aventi diritto ad essere soddisfatti nell'ambito della procedura.

Delineata la funzione del procedimento e prima di procedere all'esame analitico delle sue regole di svolgimento, ne va definita la struttura e la natura giuridica.

Struttura

Per quanto riguarda la struttura, il procedimento si snoda in due fasi. Vi è una prima fase necessaria, che si svolge innanzi al giudice delegato e si conclude con il decreto di esecutività dello stato passivo. Vi può essere poi una successiva fase eventuale, che si svolge innanzi al tribunale nel solo caso in cui vengano proposte impugnazioni avverso il decreto del giudice delegato.

Natura

Per quanto riguarda la natura, si tratta di un procedimento di giurisdizione contenziosa, sia pure di tipo sommario e con regole processuali speciali, governato dalle regole della domanda e del contraddittorio. Il creditore che presenta la domanda di ammissione al passivo è la parte attiva del giudizio, il curatore (o eventuali altri creditori) è la parte passiva, il giudice delegato (o il tribunale in sede di impugnazione) è il giudice terzo e imparziale che decide.

Efficacia solo endoconcorsuale

Anche se si tratta di un procedimento di natura giurisdizionale, va però precisato che le decisioni prese dal giudice delegato o dal tribunale nell'ambito dello stesso, limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui, hanno efficacia solo endoconcorsuale, nel senso che producono effetti soltanto ai fini del concorso (art. 204, comma 5). Questo significa che il decreto del giudice delegato che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito degli eventuali giudizi di impugnazione non danno luogo ad un giudicato esterno *erga omnes* e non hanno alcuna efficacia al di fuori della procedura di liquidazione giudiziale.

2. La fase necessaria

La sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale contiene le prime disposizioni relative allo svolgimento della fase di accertamento dello stato passivo. Con la sentenza, infatti, il tribunale stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'udienza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza, ovvero centocinquanta giorni in caso di particolare complessità della procedura (art. 49, comma 3, lett. d), e assegna ai creditori (nonché ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del debitore) il termine perentorio di trenta giorni prima dell'udienza per la presentazione delle domande di insinuazione (art. 49, comma 3, lett. e).

Avviso ai creditori

La partecipazione al concorso è rimessa ad una scelta individuale del singolo creditore, che è libero di decidere se presentare la domanda di ammissione al passivo oppure no. Se la domanda di ammissione non viene presentata, il creditore non parteciperà al concorso, in quanto il curatore non può procedere d'ufficio al suo inserimento dello stato passivo. Proprio perché in mancanza della presentazione della domanda di ammissione al passivo il creditore non partecipa al concorso, si cerca di favorire e rendere più agevole la presentazione delle domande di ammissione al passivo da parte dei creditori, i quali, soprattutto nel caso in cui non siano operatori economici, potrebbero non essere a conoscenza dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale a carico del loro debitore o non conoscere le modalità di presentazione della domanda. Pertanto, il curatore, sulla base della documentazione in suo possesso o delle informazioni raccolte, comunica senza indugio a coloro che risultano creditori che possono partecipare al concorso trasmettendo la domanda di ammissione, anche senza l'assistenza di un difensore, indicando anche il termine entro cui vanno presentate le domande, nonché la data, l'ora e il luogo fissati per l'esame dello stato passivo, e rappresentando ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda, compreso il domicilio digitale assegnato alla procedura (art. 200, comma 1).

Domanda di ammissione al passivo

La domanda di ammissione al passivo si propone nella forma del ricorso, che può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte, e va trasmessa all'indirizzo di posta elettronica certificata del curatore indicato nell'avviso da questi inviato, unitamente agli eventuali documenti allegati; solo nel caso in cui tra gli allegati vi sia un titolo di credito, l'originale dello stesso va depositato presso la cancelleria del tribunale (art. 201).

Il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione della procedura cui si intende partecipare, le generalità del creditore, le coordinate bancarie dell'istante o la dichiarazione di voler essere pagato con modalità diversa dall'accredito in conto corrente bancario, la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo e la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda. Quando il creditore intende chiedere l'ammissione del credito in privilegio, deve indicare il titolo di prelazione, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale; se queste indicazioni sono omesse o assolutamente incerte, il credito è considerato chirografario. Per agevolare le successive comunicazioni da parte del curatore, nel ricorso va indicato anche l'indirizzo di posta elettronica certificata al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni è onere comunicare al curatore; se è omessa questa indicazione, le successive comunicazioni sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Al ricorso vanno, ovviamente, allegati i documenti dimostrativi del diritto fatto valere.

Legittimazione

La legittimazione a presentare la domanda di ammissione al passivo spetta, come detto, ai creditori.

È, però, legittimato a presentare la domanda anche il titolare di diritto di ipoteca su beni compresi nella procedura e già costituiti a garanzia per crediti vantati verso soggetti diversi dal debitore assoggettato a liquidazione giudiziale (art. 201, comma 1) (es.: la banca concede un finanziamento alla società Alfa, garantito da ipoteca prestata dal debitore Tizio su un immobile di sua proprietà; successivamente, Tizio viene assoggettato a liquidazione giudiziale e la Banca chiede di partecipare al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione dell'immobile ipotecato). In tal caso, evidentemente, il titolare del diritto di ipoteca presenta la domanda non già per ottenere l'ammissione al passivo di un proprio credito verso il debitore, ma per partecipare al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione del bene immobile incluso nella procedura ed ipotecato a garanzia; deve, pertanto, indicare non la somma che intende insinuare al passivo, bensì l'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto (art. 204).

Effetti della domanda di ammissione al passivo

La domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso della liquidazione giudiziale e fino all'esaurimento dei giudizi e delle operazioni che proseguono dopo il decreto di chiusura (art. 202). Per l'effetto, è sospeso il decorso della prescrizione per tutto l'arco temporale considerato, così come è impedito il verificarsi di decadenze.

Termini

Il ricorso va trasmesso almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo (art. 201, comma 1). Il calcolo per il rispetto del termine va, quindi, compiuto a ritroso, partendo dalla data dell'udienza e "andando indietro" per trenta giorni. Eventuali domande presentate successivamente alla scadenza del termine sono considerate tardive e soggette ad una specifica disciplina (vedi sez. 8, par. 4 di questo capitolo).

Progetto di stato passivo

Scaduto il termine per la presentazione delle domande, il curatore procede all'esame delle stesse e redige il progetto di stato passivo (art. 203), contenente l'elenco dei creditori, e rassegna per ciascun creditore le sue motivate conclusioni, indicando quali domande sono da ammettere, quali sono da dichiarare inammissibili o rigettare, quali sono le motivazioni alla base di ogni proposta. Il curatore può anche eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione (ad esempio, il curatore può eccepire la revocatoria concorsuale della garanzia, proponendo pertanto l'ammissione al passivo del credito in chirografo e non in privilegio).

Osservazioni dei creditori

Il curatore deposita il progetto di stato passivo corredato dalle relative domande nella cancelleria del tribunale almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo. Nello stesso termine, il curatore lo trasmette ai creditori, i quali possono esaminare il progetto e presentare al curatore, mediante trasmissione all'indirizzo di posta elettronica certificata, osservazioni scritte e documenti integrativi fino al termine (da considerarsi non perentorio) di cinque giorni prima dell'udienza (art. 203, comma 2).

Udienza di verifica dello stato passivo

Il progetto di stato passivo, eventualmente integrato dal curatore per tenere conto delle osservazioni dei creditori, viene esaminato dal giudice delegato nell'udienza a ciò dedicata (cd. "udienza di verifica"), a cui possono intervenire i creditori e lo stesso debitore. L'udienza si svolge in presenza innanzi al giudice delegato, ma, in relazione al numero dei creditori ed alla entità del passivo, questi può stabilire che l'udienza sia svolta in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione della procedura da soggetti terzi (art. 203, comma 3). Se le operazioni non possono esaurirsi in una sola udienza, il giudice ne rinvia la prosecuzione a non più di otto giorni, senza altro avviso per gli intervenuti e per gli assenti (art. 204, comma 3).

Decisioni del giudice delegato

All'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, il giudice delegato, anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate e avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati (art. 203, comma 3). Poiché, come si è detto, il procedimento di stato passivo è basato sul principio della domanda, il giudice delegato può solo decidere sulle domande o le eccezioni formulate dalle parti (il creditore e il curatore). Non può, pertanto, il giudice delegato ammettere il credito per un importo o per un rango superiore rispetto a quello richiesto dal creditore, né sollevare eccezioni diverse da quelle formulate dalle parti, salvo che si tratti di eccezioni rilevabili di ufficio. Allo stesso modo, il giudice delegato può procedere ad atti di istruzione (es.: prova testimoniale) solo su richiesta delle parti, purché compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento.

Il giudice delegato provvede su ciascuna domanda con decreto succintamente motivato (art. 204, comma 1). I possibili provvedimenti che il giudice delegato può assumere in relazione alle singole domande sono: a) inammissibilità; b) rigetto integrale; c) ammissione in tutto o in parte; d) ammissione con riserva.

Inammissibilità

La domanda è inammissibile quando presenta vizi formali, come l'omissione o l'assoluta incertezza nell'indicazione della procedura cui si intende partecipare, nelle generalità del creditore, nella determinazione della somma che si intende insinuare al passivo e nella esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda (art. 201, comma 4), oppure quando è stata trasmessa con modalità diverse dall'invio a mezzo posta elettronica certificata. La dichiarazione di inam-

missibilità della domanda, proprio perché basata su carenze formali e non su una valutazione nel merito, non ne preclude la successiva riproposizione nel corso della medesima procedura (art. 204, comma 1).

Rigetto

Il rigetto integrale della domanda avviene quando il giudice delegato valuta la pretesa infondata o inopponibile alla procedura. Ciò può avvenire per la mancanza di prova del credito, per l'inopponibilità del titolo su cui si fonda (es.: per mancanza di data certa o per l'eccezione revocatoria proposta dal curatore e ritenuta fondata) o per la non condivisione delle ragioni giuridiche che sorreggono la domanda.

Ammissione

L'ammissione del credito può essere totale, quando il giudice delegato ammette il credito come da domanda, oppure parziale, quando lo ammette per un importo inferiore o con un rango diverso rispetto a quello richiesto (es.: il creditore chiede l'insinuazione al passivo per € 1.000 ed il giudice delegato lo ammette per € 500; il creditore chiede di essere ammesso in privilegio ed il giudice delegato lo ammette in chirografo). In ogni caso, l'ammissione, anche se parziale, consente di trasformare il creditore concorsuale in creditore concorrente, avente titolo per partecipare alla ripartizione dell'attivo.

Ammissione con riserva

L'ammissione al passivo può anche avvenire con riserva (art. 204, comma 2). Oltre che nei casi stabiliti dalla legge, sono ammessi al passivo con riserva: a) i crediti sottoposti a condizione (sospensiva o risolutiva) ed i crediti che non possono essere fatti valere contro il debitore il cui patrimonio è sottoposto alla liquidazione giudiziale se non previsa escussione di un obbligato principale; b) i crediti per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, a condizione che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice; c) i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunziata prima della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, potendo in tal caso il curatore proporre o proseguire il giudizio di impugnazione. Al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, non sono ammesse riserve cd. atipiche, che ove apposte si considerano non scritte.

L'ammissione con riserva determina una situazione di "sospensione" nella posizione del creditore, che da un lato impone di non pregiudicarlo in attesa che sia chiarita la sua posizione, dall'altro lato richiede che al più presto sia sciolta la riserva e deciso se il credito vada ammesso o rigettato. Per rispondere alla prima esigenza, è previsto che, nel caso di riparti parziali, le somme spettanti ai creditori ammessi con riserva siano accantonate, con attribuzione una volta che sia stata sciolta in senso positivo la riserva (art. 227, comma 1). Per rispondere alla seconda esigenza, è disposto che, quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva (es.: la condizione), il giudice delegato, su istanza del curatore o della parte interessata, modifica lo stato passivo con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente (art. 228).

Esecutività dello stato passivo

Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria (art. 204, comma 5).

Immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, il curatore ne dà comunicazione, trasmettendo una copia a tutti i ricorrenti, informandoli del diritto di proporre opposizione in caso di mancato accoglimento della domanda. Poiché l'eventuale opposizione espone il creditore a costi e spese, la comunicazione del curatore contiene anche la sintetica esposizione delle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali (art. 205); in tal modo, il creditore può ponderare se, in ragione delle effettive possibilità di pagamento, è economicamente razionale proporre opposizione o se, invece, la proposizione dell'opposizione rischia di presentare costi maggiori rispetto all'effettivo beneficio derivante dall'accoglimento della domanda.

3. Le impugnazioni

Contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo può essere proposta impugnazione innanzi al tribunale (art. 206). Tre sono gli strumenti di impugnazione: opposizione, impugnazione dei crediti ammessi e revocazione.

Opposizione

Con l'opposizione il creditore contesta che la propria domanda sia stata accolta in parte o sia stata respinta. Questo strumento può essere utilizzato sia dal creditore la cui domanda sia stata rigettata, sia dal creditore la cui domanda sia stata ammessa solo in parte. Anche il creditore la cui domanda sia stata dichiarata inammissibile può proporre opposizione, anche se potrebbe limitarsi a riproporre la domanda stessa.

Impugnazione dei crediti ammessi

Con l'impugnazione dei crediti ammessi il curatore o il creditore contestano che la domanda di un creditore sia stato ammesso. L'impugnazione è rivolta nei confronti del creditore concorrente la cui domanda sia stata accolta ed al procedimento partecipa anche il curatore. Si tratta, quindi, di uno strumento volto non già a contestare la decisione sulla propria domanda, ma la decisione sulla domanda di un concorrente.

Revocazione

Con la revocazione il curatore o il creditore, decorsi i termini per la proposizione della opposizione o della impugnazione, possono chiedere che il provvedimento di accoglimento o di rigetto venga revocato se si scopre che essi sono stati determinati da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile all'istante. La revocazione è proposta nei confronti del creditore concorrente, la cui do-

manda è stata accolta, ovvero nei confronti del curatore quando la domanda è stata respinta; nel primo caso al procedimento partecipa anche il curatore. Si tratta di un mezzo di impugnazione straordinario, proponibile quando sono ormai spirati i termini per la proposizione degli altri due strumenti di impugnazione e con il quale possono farsi valere solo i motivi espressamente indicati dalla legge.

Correzione di errori materiali

Se nello stato passivo sono contenuti errori materiali (es.: è stato erroneamente indicato l'importo del credito ammesso, omettendo uno zero), non è necessario proporre impugnazione innanzi al tribunale, ma provvede direttamente il giudice delegato, su istanza del creditore o del curatore, sentito il curatore stesso o la parte interessata (art. 206, comma 6).

Procedimento

Il procedimento di impugnazione è molto simile, quale che sia lo specifico mezzo utilizzato (art. 207).

Le impugnazioni si propongono con ricorso, entro il termine perentorio (ma soggetto a sospensione feriale) di trenta giorni, decorrente, per l'opposizione e l'impugnazione, dalla comunicazione di esecutività dello stato passivo, e, per la revocazione, dalla scoperta della falsità, del dolo, dell'errore o del documento. Il ricorso deve contenere, tra l'altro, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni, nonché, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

Nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, il presidente del tribunale designa il relatore, al quale può delegare la trattazione del procedimento, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del ricorrente, al curatore e all'eventuale controinteressato entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto; tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni.

Le parti resistenti devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, mediante deposito di una memoria difensiva, contenente, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti contestualmente prodotti.

Nel caso di opposizione o impugnazione dei crediti ammessi, la parte contro cui l'impugnazione è proposta, nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento del passivo, può proporre impugnazione incidentale (art. 206, comma 4), con la quale chiede a sua volta di riformare il decreto di esecutività dello stato passivo (es.: il curatore contro il quale è proposta opposizione da parte di un creditore ammesso solo parzialmente chiede al tribunale di escludere del tutto dallo stato passivo il credito dell'opponente). L'impugnazione incidentale tardiva, che può essere proposta anche se è decorso il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di esecutività dello stato passivo da parte del curatore, si propone, a pena di decadenza, nella memoria di costituzione. Se è proposta impugnazione incidentale tardiva, il tribunale adotta i provvedimenti necessari ad assicurare il contraddittorio, consentendo alla controparte di poter esporre le proprie difese avverso la suddetta impugnazione.

Nel procedimento possono intervenire anche eventuali interessati, ma la costituzione deve comunque avvenire il termine di dieci giorni prima dell'udienza.

All'udienza compaiono il ricorrente e le eventuali altre parti costituite. Se nessuna parte compare, il giudice fissa un'udienza successiva e se nessuno compare alla nuova udienza il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo, dichiarando l'estinzione del processo. Anche il curatore deve partecipare all'udienza di comparizione, per informare le altre parti ed il giudice in ordine allo stato della procedura e alle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali; è da ritenersi, tuttavia, che la comparizione personale del curatore non eviti le conseguenze della mancata comparizione delle altre parti, avendo una funzione meramente informativa.

Il procedimento di impugnazione ha natura giurisdizionale e deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio, innanzi ad un giudice terzo ed imparziale. Per questo motivo, il giudice delegato che ha reso esecutivo lo stato passivo non può far parte del collegio chiamato a decidere sull'impugnazione avverso lo stato passivo stesso. Eventuale attività istruttoria può essere disposta dal tribunale solo se ne è stata fatta richiesta dalle parti nel ricorso o nella comparsa di costituzione.

Decreto che decide l'impugnazione

In coerenza con il principio di celerità che caratterizza la procedura di liquidazione giudiziale, anche il procedimento di impugnazione deve procedere in modo veloce e concludersi, salvo diverse esigenze, in una sola udienza. Il collegio provvede sull'opposizione, impugnazione o revocazione con decreto motivato, entro sessanta giorni dall'udienza o dalla scadenza del termine eventualmente assegnato per il deposito di memorie. Il provvedimento conclusivo può accogliere in tutto o in parte l'impugnazione o può rigettarla, così come può accogliere in tutto o in parte oppure rigettare l'eventuale impugnazione incidentale.

Il decreto che decide l'impugnazione è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione.

4. Le domande tardive

Domande tempestive

Si è visto sopra che le domande di ammissione al passivo vanno presentate almeno trenta giorni prima dell'udienza per la verifica dello stato passivo. Le domande che sono presentate nel rispetto del termine iniziale sono definite come domande "tempestive" e sono le prime ad essere esaminate.

Domande tardive

È, tuttavia, possibile presentare le domande di ammissione al passivo anche successivamente rispetto al termine dei trenta giorni prima dell'udienza. Le domande che sono presentate in un momento successivo rispetto al termine iniziale sono definite come domande "tardive" e sono soggette ad una specifica disciplina (art. 208).

Procedimento

Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di quello delle domande tempestive. Quando vengono presentate domande tardive, il giudice delegato fissa per l'esame delle stesse un'udienza entro i successivi quattro mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza, ed il curatore dà avviso della data dell'udienza a coloro che hanno presentato la domanda e ai creditori già ammessi al passivo. Successivamente, proprio come avviene per le domande tempestive, il curatore forma il progetto di stato passivo, i creditori possono presentare osservazioni, all'udienza di verifica il giudice delegato esamina le singole domande e dichiara esecutivo lo stato passivo delle domande tardive, avverso il quale sono proponibili le impugnazioni.

Effetti della tardività

La tardività della domanda non può, tuttavia, rimanere del tutto priva di effetti e i creditori ammessi in via tardiva non possono essere del tutto equiparati ai creditori ammessi in via tempestiva, perché altrimenti il termine per l'invio delle domande sarebbe del tutto inutile e da nessuno rispettato, così da vanificare le esigenze di celerità nello svolgimento della procedura. Le domande tardive sono, pertanto, sottoposte ad un regime diverso e meno favorevole rispetto alle domande tardive nella ripartizione dell'attivo: i creditori ammessi in via tardiva concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da causa ad essi non imputabili (art. 225).

Limite temporale

Le richiamate esigenze di celerità della procedura impongono, inoltre, un limite temporale alla presentazione delle domande tardive, che possono essere presentate sino al termine massimo di sei mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo; solo in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, può prorogare quest'ultimo termine fino a dodici mesi.

Domande ultratardive

Le domande presentate successivamente rispetto a questo termine di sei mesi dal deposito del decreto di esecutività e quelle presentate dopo che si siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo della liquidazione giudiziale (le cd. domande "ultratardive") sono inammissibili. Il creditore può, però, provare che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile (es.: il credito è sorto a seguito dell'accoglimento di un'azione revocatoria, che legittima il terzo ad essere ammesso al passivo per quanto ha restituito alla procedura), a condizione che trasmetta la domanda al curatore non oltre sessanta giorni dal momento in cui è cessata la causa che ne ha impedito il deposito tempestivo. Quando la domanda risulta manifestamente inammissibile perché il creditore non ha indicato le circostanze da cui è dipeso il ritardo o non ne ha offerto prova documentale o non ha indicato i mezzi di prova di cui intende valersi per dimostrarne la non imputabilità, il giudice delegato dichiara con decreto l'inammissibilità della domanda ultratardiva.

5. Le domande di rivendica e di restituzione

Funzione

Anche le pretese dei titolari di diritti reali o personali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del debitore compresi nella liquidazione giudiziale devono essere accertate nell'ambito dello stesso procedimento previsto per la formazione dello stato passivo. L'esclusività del procedimento di accertamento del passivo per ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare risponde ad una precisa esigenza, che è quella di individuare compiutamente quale sia l'attivo della procedura da liquidare, escludendo dallo stesso i beni ed i diritti di titolarità di terzi.

Domande di rivendicazione e di restituzione

Le pretese dei titolari di diritti reali o personali possono farsi valere attraverso la domanda di rivendicazione, che è proposta da chi assume di essere proprietario o titolare di un diritto reale (es.: usufrutto) su un bene compreso nella liquidazione giudiziale, o la domanda di restituzione, avanzata da colui che vanti un diritto personale (es.: locazione, deposito) sul bene in possesso del debitore. Ambedue le azioni tendono a far recuperare il possesso della cosa al ricorrente, sottraendolo all'attivo della procedura, ma la natura, i presupposti ed il regime probatorio sono diversi, in quanto nelle azioni di rivendicazione il ricorrente assume di essere proprietario o titolare di un diritto reale e chiede di ottenerne la proprietà ed il possesso, mentre nelle azioni di restituzione il ricorrente intende solo ottenere la riconsegna del bene, provando l'avvenuta consegna al debitore in forza di un titolo poi venuto meno.

Procedimento

Il procedimento avente ad oggetto le domande di rivendicazione e restituzione è soggetto alla stessa disciplina di quello relativo alle domande

di ammissione al passivo, alla quale si può integralmente rinviare (art. 210). Vi sono, però, alcune differenze, che vanno esaminate.

Una prima importante differenza riguarda l'efficacia delle decisioni prese dal giudice delegato nell'ambito dello stesso. A differenza di quanto avviene per i crediti e per il diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui, le decisioni prese in sede di accertamento sulle domande di rivendica o restituzione di beni mobili o immobili hanno efficacia di giudicato con effetto esterno (arg. *ex* art. 204, comma 5). Questa efficacia esterna (sulla cui legittimità costituzionale pare lecito interrogarsi) è funzionale a garantire la stabilità delle vendite concorsuali, per cui, se è stata rigettata la domanda di rivendica di un bene ed il curatore provvede alla vendita concorsuale dello stesso, l'aggiudicatario non sarà più soggetto ad eventuale azione di rivendicazione da parte del terzo.

Una seconda differenza è conseguenza diretta dello specifico oggetto della domanda di rivendicazione e restituzione, che deve tenere conto della possibilità che il bene oggetto di domanda non sia stato acquisito all'attivo o che dello stesso ne sia perduto il possesso. Se il bene non è stato acquisito all'attivo della procedura, il titolare del diritto, anche nel corso dell'udienza di verifica, può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso. Se il curatore perde il possesso della cosa dopo averla acquisita, il titolare del diritto può chiedere che il controvalore del bene sia corrisposto in prededuzione.

Una terza differenza attiene ai profili pubblicitari. Il decreto che accoglie la domanda di rivendica di beni o diritti il cui trasferimento è soggetto a forme di pubblicità legale deve essere reso opponibile ai terzi con le medesime forme.

6. La previsione di insufficiente realizzo

Finalità

Il procedimento di accertamento del passivo è finalizzato, come detto, ad individuare i creditori che hanno diritto di essere soddisfatti nell'ambito della procedura. Se, però, attivo da distribuire ai creditori non esiste e presumibilmente non esisterà in futuro, è inutile svolgere un procedimento che comunque richiede tempo e costi.

Procedimento

Pertanto, il tribunale, con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, su istanza del curatore depositata almeno venti giorni prima dell'udienza stessa, corredata da una relazione sulle prospettive della liquidazione, e dal parere del comitato dei creditori, sentito il debitore, dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura (art. 209).

Il curatore comunica il decreto del tribunale e ne trasmette copia ai creditori che abbiano presentato domanda di ammissione al passivo, i quali, nei quindici giorni successivi, possono presentare reclamo alla corte di appello, che provvede sentiti il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori e il debitore.

Le stesse previsioni si applicano, in quanto compatibili, anche quando la condizione di insufficiente realizzo emerge successivamente alla verifica dello stato passivo, con riferimento evidentemente alla verifica delle domande tardive.

Sezione 9

La liquidazione dell'attivo

1. Premessa

Funzione

La liquidazione dell'attivo è la fase in cui si procede alla conversione in danaro dei beni compresi nella procedura, al fine della successiva soddisfazione dei creditori concorrenti. Questa "monetizzazione" del patrimonio può avvenire nelle forme più varie, attraverso la vendita di beni singolarmente o in forma unitaria, il recupero di crediti, l'esercizio di azioni risarcitorie o recuperatorie e così via. Rientrano in questa fase anche le attività che assumono carattere strumentale rispetto alla vera e propria liquidazione, come l'esercizio dell'impresa e l'affitto dell'azienda, che consentono di acquisire risorse monetarie attraverso i risultati dell'attività o l'incasso dei canoni e, allo stesso tempo, di preservare il valore dei complessi aziendali in vista di una loro più proficua liquidazione successiva.

Bilanciamento tra interessi

Anche la liquidazione dell'attivo, come l'intera procedura di liquidazione giudiziale, è funzionale all'interesse dei creditori concorrenti, perché maggiore è il ricavato che si ottiene, maggiore sarà poi il riparto in favore degli stessi. Questo interesse dei creditori deve però essere bilanciato con altri interessi di rilievo costituzionale (l'interesse dei lavoratori; l'interesse alla conservazione dei complessi produttivi; l'interesse al mantenimento di un regime concorrenziale sul mercato, ecc.) che convivono e vengono coinvolti da questa fase. Le concrete modalità di liquidazione dell'attivo, per quanto tendenzialmente modellate sul fine del miglior soddisfacimento dei creditori, non possono prescindere da

una considerazione di questi interessi, secondo un parametro di bilanciamento che consente legittimamente (anzi, in taluni casi impone) di deviare dall'obiettivo del massimo realizzo possibile dell'attivo, nella misura strettamente necessaria al soddisfacimento degli altri interessi e sempre nel rispetto di un contenuto minimo garantito dell'interesse dei creditori, individuato nella soddisfazione che otterrebbero in caso di liquidazione o esecuzione individuale. Volendo semplificare, allora, si può dire che la liquidazione dell'attivo non deve necessariamente essere diretta ad assicurare la "massima soddisfazione possibile", ma la "migliore soddisfazione" dei creditori, al fine di garantire ai creditori un soddisfacimento comunque superiore rispetto a quello dell'esecuzione individuale, ma non tale da determinare il pregiudizio anche di tutti gli altri interessi coinvolti.

2. L'esercizio dell'impresa

L'apertura della liquidazione giudiziale non determina necessariamente l'interruzione dell'attività d'impresa, perché, in presenza di condizioni che la giustifichino, il tribunale o il giudice delegato possono autorizzare la prosecuzione dell'attività da parte del curatore (art. 211).

Autorizzazione a proseguire l'esercizio dell'impresa

In particolare, già con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale può autorizzare il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori.

Quando esiste ancora un complesso aziendale in esercizio, l'autorizzazione del tribunale alla prosecuzione dell'attività dovrebbe rappresentare la regola, al fine di evitare la dissoluzione dei complessi aziendali che normalmente consegue alla brusca interruzione dell'attività. Pertanto, l'autorizzazione all'esercizio dell'imprese dovrebbe essere negata solo quando la prosecuzione possa arrecare un pregiudizio ai creditori. Situazione questa che è configurabile quando i presumibili ricavi non appaiono sufficienti a coprire i costi e le diseconomie non sarebbero compensate nemmeno da un ipotetico maggior valore di liquidazione dei complessi aziendali in attività.

Assenza di pregiudizio per i creditori

Il sopra richiamato principio di contemperamento tra interessi diversi consente, tuttavia, di declinare in termini più flessibili il requisito della "assenza di pregiudizio" per i creditori, che rappresenta il limite esterno alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Una valutazione adeguata alla responsabilità sociale dell'impresa legittima un limitato pregiudizio dell'interesse dei creditori derivante da una prosecuzione dell'attività, se ciò è necessario per tutelare interessi collettivi (es.: l'interesse degli utenti a non subire l'interruzione di un servizio di trasporto che in una determinata zona è assicurato solo dall'impresa sottoposta a liquidazione giudiziale). In ogni caso, comunque, non va compromesso il contenuto minimo garantito del diritto di credito e va assicurato un ragionevole contemperamento tra il danno subìto dai terzi per l'interruzione dell'attività e la minore soddisfazione dei creditori.

Autorizzazione successiva

Spesso è difficile per il tribunale compiere già in sede di sentenza di apertura le delicate valutazioni in ordine alle condizioni per l'autorizzazione alla prosecuzione dell'impresa, non avendo a disposizione i dati e le informazioni necessarie per una decisione consapevole. Se con la sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale il tribunale non autorizza la prosecuzione dell'attività, l'esercizio dell'impresa si interrompe con l'apertura della procedura. Non si tratta, tuttavia, di una scelta irreversibile, perché successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, può autorizzare l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata. Le condizioni che giustificano l'autorizzazione da parte del giudice delegato alla ripresa dell'esercizio dell'impresa sono le stesse che governano la precedente decisione del tribunale, dovendo il giudice delegato autorizzare salvo che ciò arrechi pregiudizio ai creditori.

Cautele

La prosecuzione dell'attività, sia disposta dal tribunale con la sentenza di apertura, sia disposta successivamente dal giudice delegato, è accompagnata da una serie di cautele, che garantiscono una costante verifica ed una pronta reazione laddove emergano criticità.

Durante il periodo di esercizio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio; se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio, il giudice delegato ne ordina la cessazione, senza la possibilità di adottare provvedimenti di tipo diverso o di superare la contraria volontà del comitato dei creditori.

Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio, il curatore deve anche depositare un rendiconto dell'attività. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio.

In qualsiasi momento, inoltre, il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il curatore e il comitato dei creditori.

Norme agevolative

L'esercizio dell'impresa è svolto dal curatore, che utilizza la struttura aziendale dell'impresa in procedura. Per agevolare l'effettiva possibilità di prosecuzione, è previsto che, in deroga alla disciplina generale, durante l'esercizio i contratti pendenti proseguano, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. Nella stessa prospettiva, al fine di

superare il presumibile timore dei terzi ad avviare o proseguire rapporti commerciali con una procedura concorsuale, è riconosciuto il rango prededucibile ai crediti sorti nel corso dell'esercizio dell'impresa.

3. L'affitto dell'azienda

Nozione

Altro possibile strumento per consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa dopo l'apertura della procedura è rappresentato dall'affitto dell'azienda o di suoi rami (art. 212). Attraverso l'affitto, l'attività viene proseguita dall'affittuario, che gestisce a titolo provvisorio il complesso aziendale del debitore in procedura e, al termine del periodo contrattuale, lo restituisce al curatore, che potrà procederne alla vendita.

Funzione

La funzione dell'affitto di azienda è, quindi, simile a quella dell'esercizio dell'impresa da parte del curatore, perché ambedue ambiscono ad evitare la dissoluzione del complesso aziendale per effetto della brusca interruzione dell'attività, in vista di una migliore liquidazione unitaria dello stesso. A differenza dell'esercizio dell'impresa, tuttavia, nel caso di affitto di azienda la prosecuzione dell'attività avviene da parte di un soggetto diverso dal curatore (l'affittuario), il quale percepirà i ricavi e sopporterà i costi dell'attività, pagando un canone alla curatela. Proprio perché il rischio della prosecuzione dell'attività (nel caso in cui i costi eccedano i ricavi) cade a carico dell'affittuario e non della curatela, l'affitto d'azienda è molto più frequente nella prassi rispetto all'esercizio dell'impresa da parte del curatore.

Autorizzazione

Il curatore, quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa, può chiedere, anche prima della presentazione del programma di liquidazione, di poter affittare l'intera azienda o suoi singoli rami, anche in modo separato e distinto. L'autorizzazione è concessa dal giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, che è non solo obbligatorio, ma anche vincolante, nel senso che in caso di parere contrario non si potrà procedere all'affitto.

Scelta dell'affittuario

La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Vi deve essere una procedura competitiva, alla quale tutti i potenziali interessati possono partecipare, fermo restando che, in relazione alla circostanze del caso concreto, il curatore potrà limitare la facoltà di presentare offerte ai soli interessati che presentino determinati requisiti soggettivi (es.: livelli di fatturato raggiunti negli esercizi precedenti; certificazioni di qualità; possesso di adeguati strutture aziendali, ecc.), al fine di assicurarsi che l'affittuario sia effettivamente in grado di gestire l'azienda e di restituirla integra alla curatela al termine del contratto.

Il profilo più delicato è, però, quello della definizione dei criteri di selezione dell'affittuario, perché è testualmente previsto che la scelta dell'affittuario debba tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali (art. 212, comma 2). La presenza di parametri non omogenei pone l'esigenza di individuare i criteri di risoluzione dei conflitti o di ponderazione nel caso in cui vengano presentate offerte che si presentino ciascuna preferibile in relazione ad un parametro e non agli altri (es.: Tizio offre un canone di € 10mila mensili e la conservazione di tutti i 50 dipendenti; Caio offre un canone di € 20mila mensili e la conservazione di soli 30 dipendenti; Sempronio offre un canone di € 7mila mensili e la conservazione di soli 25 dipendenti, ma presenta il piano di prosecuzione delle attività più attendibile e ambizioso, impegnandosi a rinnovare gli impianti e ad effettuare ingenti investimenti).

La non chiara formulazione della lettera della norma apre spazio a diverse interpretazioni.

Sarebbe possibile una lettura che, in coerenza con la tradizionale affermazione della supremazia dell'interesse dei creditori, confini il riferimento all'attendibilità del piano di prosecuzione ed alla conservazione dei livelli occupazionali a criteri residuali, da utilizzarsi solo ed esclusivamente nel caso di parità dell'ammontare del canone offerto.

Ponderazione tra i diversi parametri di scelta

Pare però preferibile un'interpretazione diversa, che, valorizzando il riconoscimento del pieno rilievo giuridico di interessi diversi da quelli dei creditori anche nella fase della liquidazione dell'attivo, consente di attribuire al parametro dall'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali ed a quello della conservazione dei livelli occupazionali un ruolo autonomo e non meramente ancillare rispetto a quello dell'ammontare del canone offerto. Il curatore dovrà così procedere ad una ponderazione tra i diversi interessi rilevanti e, di conseguenza, tra i diversi parametri, assegnando a ciascuno un "peso" nell'ambito della valutazione delle offerte, e questo potrà condurre anche a privilegiare offerte che prevedano un canone inferiore e che, quindi, siano sub-ottimali per i creditori in relazione all'attivo da realizzare. Restano, però, fermi due limiti che dovranno sempre essere rispettati: in primo luogo, il rilievo comunque centrale dell'interesse dei creditori nell'ambito della procedura impone di attribuire un rilievo non marginale al parametro del canone offerto, per non pregiudicare eccessivamente i diritti degli stessi; in secondo luogo, i rispettivi "pesi" attribuiti ai diversi parametri dovranno essere predeterminati in modo oggettivo e trasparente già in sede di bando, al fine di ridurre al minimo la discrezionalità degli organi della procedura in sede di valutazione delle offerte pervenute. Discrezionalità che, ad ogni modo, non potrà essere eliminata con riferimento al parametro

dell'attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività, che mal si presta ad una riduzione meramente numerica e quantitativa.

Stipula del contratto di affitto di azienda

Una volta individuata l'offerta ritenuta migliore, il curatore procederà alla stipula del contratto di affitto con l'aggiudicatario. Al fine di tutelare l'interesse della procedura, il contenuto del contratto di affitto è in parte predeterminato dalla legge, in quanto deve obbligatoriamente prevedere il diritto del curatore di procedere alla ispezione della azienda, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto, che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere in prededuzione (art. 212, comma 3). La durata dell'affitto, inoltre, deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni (art. 212, comma 4), nel senso che non si potrà prevedere una durata così lunga da ritardare eccessivamente i tempi di vendita dell'azienda.

Spesso la volontà del curatore di affittare l'azienda si scontra con la mancanza di potenziali interessati all'affitto. Dal lato dell'affittuario, infatti, il contratto impone il pagamento del canone, il rispetto degli obblighi occupazionali assunti con l'offerta e l'esecuzione del piano di prosecuzione indicato, il tutto con la prospettiva che, alla scadenza del contratto, l'azienda dovrà essere restituita alla curatela. Se a questo si aggiunge che i complessi aziendali dell'impresa in procedura e che dovrebbero essere oggetto dell'affitto presentano presumibilmente delle carenze e delle criticità, il quadro è abbastanza fosco da disincentivare sovente gli interessati.

Diritto di prelazione dell'affittuario

Per superare queste criticità e rendere più attrattivo l'affitto dell'azienda, si può prevedere l'attribuzione all'affittuario del diritto di prelazione da esercitare nella successiva vendita: in tal caso, esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita dell'azienda o del singolo ramo, il curatore, entro dieci giorni, lo comunica all'affittuario, il quale può esercitare il diritto di prelazione entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione. L'attribuzione del diritto di prelazione è un vantaggio per l'affittuario, il quale potrà prevalere sugli altri partecipanti alla procedura competitiva di vendita offrendo lo stesso prezzo (e le stesse altre condizioni ed impegni previsti nell'offerta) del migliore offerente, ma allo stesso tempo può ridurre l'appetibilità dell'azienda in vendita, perché i terzi interessati sanno che saranno soggetti al diritto di prelazione dell'affittuario. Pertanto, la scelta se prevedere o meno l'attribuzione del diritto di prelazione all'affittuario (attribuzione che dovrà essere prevista espressamente già nel bando di gara per l'affitto) è delicata, dovendosi contemperare esigenze potenzialmente contrapposte: in ragione di questa delicatezza, la concessione del diritto di prelazione deve essere autorizzata dal giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori (art. 212, comma 5).

Obblighi dell'affittuario

Stipulato il contrato di affitto, l'affittuario deve gestire l'azienda o il ramo senza modificarne la destinazione e in modo da conservarne l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni delle scorte.

Restituzione dell'azienda al termine dell'affitto

Al termine dell'affitto, l'azienda o il ramo dovranno essere restituiti alla procedura nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano. Questa restituzione dell'azienda o dei rami nello stato in cui si trovano al momento della retrocessione rischierebbe, però, di determinare un pregiudizio alla procedura nel caso in cui durante l'affitto siano maturati dei debiti non ancora pagati.

Per evitare di esporre la procedura al rischio di dover pagare debiti contratti dall'affittuario durante l'affitto, è pertanto previsto espressamente che la retrocessione alla liquidazione giudiziale di aziende, o rami di aziende, non comporti la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c. (art. 212, comma 6); non vi è, quindi, una responsabilità solidale della procedura per i debiti sorti durante l'affitto, nemmeno se relativi a rapporti di lavoro o se risultanti dalle scritture contabili.

Altro profilo problematico è quello relativo ai contratti pendenti al momento della retrocessione, stipulati dall'affittuario o già esistenti al tempo dell'affitto: sempre a protezione degli interessi della procedura, a questi contratti si applicano le disposizioni previste per gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti, con la regola generale della sospensione e la facoltà del curatore di sciogliersi o subentrare negli stessi, salve le regole speciali per singoli tipi contrattuali.

Comodato di azienda

La prosecuzione temporanea dell'attività d'impresa può essere assicurata anche attraverso un comodato di azienda o di suoi rami, che si differenzia dall'affitto soprattutto per la gratuità che lo caratterizza e per l'assenza dell'obbligo di pagamento di un canone da parte del comodatario. Pur in mancanza di espressa previsione di legge, non vi sono ostacoli all'ammissibilità del comodato di azienda, se si guarda alla sua funzione di strumento di conservazione dei complessi aziendali in vista di una più proficua vendita successiva, anche se il comodato rimane una soluzione tendenzialmente "subordinata" rispetto a quella dell'affitto.

4. Il programma di liquidazione

Funzione

L'attività di liquidazione è compito del curatore, che vi deve provvedere attraverso un'adeguata pianificazione. Lo strumento per garantire questa pianificazione è il programma di liquidazione (art. 213), che il curatore deve predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e in ogni caso non oltre centocinquanta giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura della liquidazione giudiziale. Termini di predisposi-

zione il cui mancato rispetto senza giustificato motivo costituisce giusta causa di revoca del curatore.

Contenuto

Il programma di liquidazione è suddiviso in sezioni in cui sono indicati separatamente criteri e modalità della liquidazione dei beni immobili, della liquidazione degli altri beni e della riscossione dei crediti, con indicazione dei costi e dei presumibili tempi di realizzo. Nel programma sono, inoltre, indicate le azioni giudiziali di qualunque natura e il subentro nelle liti pendenti, con i costi per il primo grado di giudizio. Anche gli atti necessari per la conservazione dell'impresa, quali l'esercizio dell'impresa del debitore e l'affitto di azienda, ancorché relativi a singoli rami dell'azienda, nonché le modalità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco, vanno indicati nel programma.

Tempestività nelle attività di liquidazione

La tempistica di esecuzione dell'attività di liquidazione è considerata un valore primario. Pertanto, nel programma va indicato il termine entro il quale avrà inizio l'attività di liquidazione dell'attivo ed il termine del suo presumibile completamento, che non può eccedere cinque anni dal deposito della sentenza di apertura della procedura, salva la possibilità che il giudice delegato, in casi di eccezionale complessità, lo differisca a sette anni. Il mancato rispetto dei termini previsti dal programma di liquidazione senza giustificato motivo è espressamente qualificato quale causa di revoca del curatore, ma si tratta di una valutazione che va comunque compiuta in concreto e senza alcun automatismo, perché, soprattutto nel caso dei termini di completamento, il ritardo non sempre è riconducibile a inerzia del curatore (si pensi alla durata delle azioni giudiziarie, che dipendono dai tempi della giustizia, oppure all'ipotesi in cui la liquidazione di un opificio industriale deve necessariamente essere preceduta dalla bonifica ambientale). Per garantire almeno in teoria l'effettivo rispetto di questi termini, è prescritto che entro otto mesi dall'apertura della procedura debba avere luogo il primo esperimento di vendita dei beni e debbano iniziare le attività di recupero dei crediti, salvo che il giudice delegato, con decreto motivato, non ne autorizzi il differimento.

Supplemento del programma di liquidazione

Quando sopravvengano esigenze che rendono necessario o anche solo opportuno modificare le previsioni contenute nel programma di liquidazione, il curatore può presentare un supplemento del programma.

Approvazione

Il programma di liquidazione, così come l'eventuale supplemento, viene trasmessi dal curatore al giudice delegato, che, valutate le previsioni ivi contenute, ne autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l'approvazione. È, infatti, il comitato dei creditori a decidere se approvare il programma di liquidazione o se rigettarlo, dovendo in quest'ultimo caso il curatore modificarlo e nuovamente sottoporlo al giudice delegato e poi al comitato dei creditori. Successivamente all'approvazione da parte del comitato dei creditori, il programma è nuovamente sottoposto al giudice

delegato, che autorizza i singoli atti liquidatori conformi al programma approvato.

Diverso è l'ambito di valutazione che compete al giudice delegato ed al comitato dei creditori. Mentre il giudice delegato è tenuto a valutare solo la legittimità del programma e degli atti conformi, il comitato dei creditori può valutare anche il merito e l'opportunità delle previsioni del programma. In questa valutazione i componenti del comitato dei creditori prenderanno in considerazione, ovviamente, l'interesse dei creditori, di cui il comitato è l'organo rappresentativo, ma questo potere di approvazione va esercitato nel rispetto delle regole di esercizio che identificano gli obiettivi della procedura concorsuale, che tutela anche interessi altri rispetto a quello dei soli creditori. Ne consegue, che l'eventuale diniego opposto dal comitato dei creditori all'approvazione del programma di liquidazione, laddove questa mancata approvazione sia dipesa solo dalla non condivisione da parte del comitato dei creditori della scelta del curatore di prendere in considerazione nella liquidazione dell'attivo anche gli altri interessi rilevanti, così discostandosi dall'obiettivo del massimo realizzo possibile, potrebbe in ipotesi configurare una "violazione di legge", in quanto espressione di un esercizio illegittimo del potere, potenzialmente oggetto di reclamo innanzi al giudice delegato.

Vendita dei beni prima dell'approvazione del programma

Si è detto che il programma di liquidazione è lo strumento di pianificazione; pertanto, di norma la predisposizione e l'approvazione del programma deve precedere l'avvito dell'attività di liquidazione. Vi possono essere, però, situazioni nelle quali l'attività di liquidazione non può attendere i tempi del programma di liquidazione (es.: necessità di vendere beni deteriorabili). Per tale ragione, quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori, il curatore può procedere alla liquidazione dei beni anche prima dell'approvazione del programma, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori se già nominato.

5. La vendita dei beni

Modalità della liquidazione

Le modalità della liquidazione sono decise dal curatore ed indicate nel programma approvato dal comitato dei creditori. Sarà il curatore a valutare, sulla base delle caratteristiche dell'attivo e delle circostanze del caso concreto, come procedere alla liquidazione e con quale tempistica, al fine di realizzare il migliore soddisfacimento dei creditori nel rispetto degli altri interessi rilevanti.

Vincoli

Anche con riferimento specifico alla vendita dei beni il curatore non è vincolato a forme di liquidazione predeterminate, potendo procedere con

le modalità che ritiene più efficaci ed efficienti. Vi sono, però, alcuni vincoli imperativi che il curatore deve obbligatoriamente rispettare e che definiscono il perimetro invalicabile entro il quale si può esercitare la sua autonomia. Alcuni di questi vincoli operano con riferimento a tutti i beni, altri soltanto con riferimento a specifiche categorie di beni, altri ancora riguardano non la modalità di vendita, ma l'oggetto della stessa.

I vincoli che operano con riferimento a tutti i beni sono: a) l'obbligo di preventiva stima; b) la competitività; c) la pubblicità.

Stima dei beni

I beni acquisiti all'attivo della procedura devono essere stimati da esperti nominati dal curatore previa autorizzazione del comitato dei creditori (art. 216, comma 1). La stima deve precedere l'avvio delle procedure di vendita ed è funzionale ad evitare che i beni vengano venduti ad un prezzo inferiore rispetto a quello che si potrebbe ragionevolmente conseguire, potendosi omettere solo per i beni di modesto valore nei quali il costo della stima rischierebbe di essere superiore al valore dei beni stimati.

Procedure competitive

Tutte le vendite, così come gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione, sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive (art. 216, comma 2). Questo obbligo, che assume carattere centrale, opera anche per eventuali delegati alle vendite, così come laddove si decida di avvalersi di soggetti specializzati (es.: una casa d'aste per vendere un quadro di valore).

Competitività significa che si deve consentire a tutti i potenziali interessati di partecipare alla procedura di vendita o liquidazione in condizione di parità e che la selezione dell'aggiudicatario deve avvenire sulla base di criteri definiti in anticipo e conoscibili da parte degli interessati. Il principale criterio di selezione è certamente rappresentato dal prezzo offerto, ma, in relazione a talune tipologie di beni come le aziende o rami di aziende, è possibile dare ingresso anche a criteri diversi rispetto al prezzo (es.: impegno alla prosecuzione attività per un periodo minimo di tempo; impegno alla conservazione dei livelli occupazionali; impegno ad adeguare la produzione secondo *standard* più rispettosi dell'ambiente; impegno a mantenere la sede operativa nel territorio italiano per un dato periodo di tempo), a condizione, però, che il parametro del prezzo mantenga comunque un rilievo non secondario e che non sia pregiudicata la possibilità di un'effettiva comparazione tra le diverse offerte mediante la predeterminazione dei "pesi" attribuiti ai vari criteri.

La declinazione in concreto della competitività è rimessa alle circostanze del caso concreto, potendo il curatore, di volta in volta, fissare un termine entro il quale gli interessati devono presentare offerte irrevocabili di acquisto, disciplinando poi la successiva gara tra gli offerenti, oppure invitare i potenziali interessati a presentare manifestazioni di interesse non vincolanti, poi limitando la gara solo a costoro o ampliandola a tutti, e così via. Se alla data di apertura della liquidazione

sono pendenti procedure esecutive, il curatore potrebbe anche decidere di subentrarvi e, in tale caso, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile; altrimenti, su istanza del curatore, il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, fermi restando gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento in favore dei creditori.

Pubblicità

Funzionale all'effettiva realizzazione della competitività è la pubblicità della procedura di vendita, che deve consentire la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Le vendite sono effettuate con modalità telematiche tramite il portale delle vendite pubbliche (sito web istituito dal Ministero della giustizia, consultabile liberamente, su cui sono pubblicate tutte le vendite dei beni delle procedure esecutive e concorsuali), salvo che tali modalità siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura (art. 216, comma 4). Il curatore effettua la pubblicità, sul portale delle vendite pubbliche, della ordinanza di vendita e di ogni altro atto o documento ritenuto utile e può disporre anche ulteriori forme di pubblicità idonee ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati, da effettuarsi almeno trenta giorni prima della vendita, salva la possibilità di una riduzione, da autorizzarsi da parte del giudice delegato, nei casi di assoluta urgenza (art. 216, comma 5).

Offerta di acquisto

A seguito dell'esperimento della pubblicità, gli interessati a presentare l'offerta di acquisto formulano tramite il portale delle vendite pubbliche la richiesta di esaminare i beni in vendita ed hanno diritto di esaminare gli stessi entro quindici giorni dalla richiesta o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato; l'esame dei beni si svolge con modalità idonee a garantire la riservatezza dell'identità degli interessati e ad impedire che essi abbiano contatti tra loro (art. 216, comma 6). L'offerta non è efficace se perviene oltre il termine stabilito nell'avviso di vendita o se l'offerente non presta cauzione nella misura indicata. Le offerte di acquisto sono efficaci anche se inferiori di non oltre un quarto al prezzo stabilito nell'avviso di vendita o nell'ordinanza di vendita e sono presentate tramite il portale delle vendite pubbliche (art. 216, comma 7).

In funzione di favorire la massima partecipazione degli interessati, le vendite e gli atti di liquidazione possono anche prevedere che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente da parte dell'aggiudicatario, alle condizioni e nei limiti previsti dal codice di procedura civile (art. 216, comma 8).

Vendite effettuate dal giudice delegato

Le operazioni di liquidazione e di vendita sono effettuate dal curatore, ma sempre sotto la vigilanza e il controllo degli altri organi. Il curatore, tuttavia, può proporre nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato

secondo le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili (art. 216, comma 3).

Sospensione delle operazioni di vendita

In ogni caso, il giudice delegato, su istanza del debitore, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi (art. 217, comma 1).

Divieto di perfezionamento della vendita

Inoltre, il curatore deve informare il giudice delegato e il comitato dei creditori dell'esito della procedura di vendita o liquidazione di ciascun bene entro cinque giorni dalla sua conclusione, mediante deposito nel fascicolo informatico della documentazione relativa alla vendita (art. 216, comma 9). Il giudice delegato, su istanza presentata dal debitore, dal comitato dei creditori o di altri interessati entro dieci giorni dal deposito della relazione del curatore, può impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello ritenuto congruo. Se il prezzo offerto è inferiore, rispetto a quello indicato nell'ordinanza di vendita, in misura non superiore ad un quarto, il giudice delegato può impedire il perfezionamento della vendita in presenza di concreti elementi idonei a dimostrare che un nuovo esperimento di vendita possa consentire, con elevato grado di probabilità, il conseguimento di un prezzo perlomeno pari a quello stabilito (art. 217, comma 1).

Accanto alle regole "generali" applicabili a tutte le procedure di liquidazione e di vendita, vi sono poi regole "particolari" operanti con riferimento a specifici beni o diritti oggetto di liquidazione.

Vendita di beni immobili

Per i beni immobili, l'esperienza pratica restituisce spesso un quadro di "frustrante" lentezza nella liquidazione, a volte causata dalla scarsa tempestività del curatore, a volte della volontà dei terzi di attendere successivi ribassi del prezzo di vendita, a volte ancora dalla difficoltà di liberare gli immobili illegittimamente occupati dal debitore o da terzi. Per superare questi ostacoli e velocizzare le vendite, sono introdotte due distinte forme di cautele (art. 216, comma 2): da un lato, il curatore deve porre in essere almeno tre esperimenti di vendita all'anno, evidentemente con progressivi ribassi del prezzo in ogni esperimento e, con la facoltà, dopo il terzo esperimento andato deserto, di ribassare il prezzo fino al limite della metà rispetto a quello dell'ultimo esperimento; dall'altro lato, il giudice delegato può ordinare la liberazione dei beni immobili occupati dal debitore o da terzi in forza di titolo non opponibile alla procedura e l'ordine di liberazione può essere attuato dal curatore anche avvalendosi della forza pubblica.

Altro profilo specifico relativo alla vendita dei beni immobili, nonché di beni mobili registrati (es.: navi, autoveicoli), è la presenza sugli stessi di precedenti trascrizioni di formalità pregiudizievoli (pignoramento, ipoteca) o di privilegi speciali, il che pone un'esigenza di tutela sia dei creditori ipotecari e privilegiati, sia dei terzi acquirenti.

Notificazione ai creditori ipotecari e privilegiati

Con riferimento al primo aspetto, per i beni immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri, prima del completamento delle operazioni di vendita, è data notizia mediante notificazione, da parte del curatore, a ciascuno dei creditori ipotecari o i cui crediti siano assistiti da privilegio sul bene, in modo da consentire loro una compiuta informazione ai fini dell'eventuale presentazione di istanza per impedire il perfezionamento della vendita (art. 216, comma 2).

Effetto purgativo della vendita

Con riferimento al secondo profilo, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo. Si verifica così il cd. "effetto purgativo" e si permette all'acquirente di diventare titolare di un immobile libero da precedenti formalità pregiudizievoli e non soggetto a vincoli (art. 217, comma 2).

Vendita di azienda, rami di azienda, beni o rapporti giuridici in blocco

Per i complessi aziendali, suoi rami, oppure beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, il primo tema da dipanare è quella della scelta tra liquidazione unitaria o liquidazione "atomistica" dei singoli beni che li compongono. La strada maestra è la liquidazione unitaria: infatti, la liquidazione dei singoli beni può essere disposta solo quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori (art. 214, comma 1).

Se si decide per la vendita unitaria dell'azienda o di suoi rami, trovano applicazione norme specifiche, che derogano sia alla disciplina del trasferimento di azienda al di fuori delle procedure concorsuali, sia alla disciplina delle vendite concorsuali prevista per altre tipologie di beni.

Esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti pregressi

Anzitutto, per rendere appetibile l'azienda per i potenziali interessati si assicura l'effetto purgativo rispetto ai debiti anteriori: salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute sorti prima del trasferimento (art. 214, comma 3). Questo effetto purgativo segna una sensibile differenza rispetto alla disciplina di diritto comune, dove l'acquirente dell'azienda risponde in solido con l'alienante dei debiti risultanti dalle scritture contabili (art. 2560 c.c.), e rappresenta un decisivo incentivo per agevolare il più efficace trasferimento dei complessi aziendali nella procedura di liquidazione, altrimenti penalizzato dal "timore" dei potenziali acquirenti di dover rispondere dei debiti pregressi.

Pagamento del prezzo mediante accollo

Sempre in un'ottica di agevolazione, il bando di vendita può prevedere che il pagamento del prezzo possa essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente, a condizione che non venga alterata la graduazione dei crediti (art. 214, comma 8). Attraverso l'accollo di debiti non ancora scaduti (es.: il TFR dei lavoratori inclusi nell'azienda), l'acquirente evita l'immediato esborso finanziario e può così utilizzare le risorse per eventuali investimenti sull'azienda acquistata.

Crediti relativi alle aziende cedute

Per quanto riguarda i crediti relativi alle aziende cedute, la cessione, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese; tuttavia, il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede al cedente (art. 214, comma 5). Rimanendo sul lato attivo del complesso aziendale trasferito, i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestate o comunque esistenti a favore del cedente, conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario (art. 214, comma 6).

Tutela dei lavoratori

Una particolare attenzione è riservata alla posizione dei lavoratori, sotto il profilo tanto della conservazione del rapporto di lavoro a seguito del trasferimento, quanto della possibilità di far valere i loro crediti pregressi nei confronti dell'acquirente (art. 191). Nella prospettiva di agevolare la conservazione dei livelli occupazionali, è inoltre previsto che, nel caso di affitto o di vendita di aziende, rami d'azienda o complessi di beni e contratti di imprese sottoposte a procedura di liquidazione giudiziale, abbiano diritto di prelazione per l'affitto o per l'acquisto le società cooperative costituite da lavoratori dipendenti dell'impresa sottoposta alla procedura.

Conferimento in società

In alternativa alla vendita, il curatore può eventualmente procedere alla liquidazione unitaria dell'azienda, di suoi rami, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, attraverso il conferimento in una o più società (art. 214, comma 7). A seguito del conferimento, al quale si applicano le norme inderogabili dettate per la vendita concorsuale (compreso l'effetto purgativo per i debiti pregressi), la procedura diventa titolare delle azioni o quote della società conferitaria, che potrà poi vendere oppure anche attribuire, nel rispetto delle cause di prelazione, a singoli creditori che vi consentono.

Cessione di crediti e azioni revocatorie

Per alcune tipologie di beni o diritti, la liquidazione potrebbe richiedere tempi anche molto lunghi: si pensi alle presumibili tempistiche per l'incasso di crediti nei confronti di terzi (soprattutto se non ancora riconosciuti o contestati dai debitori), oppure ai potenziali esiti delle azioni revocatorie intraprese. Al fine di velocizzare il procedimento, è allora consentito procedere alla cessione a terzi dei crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione, così come delle azioni revocatorie concorsuali (per queste ultime, a condizione che i relativi giudizi sono già pendenti) (art. 215, comma 1). Il prezzo di cessione dei crediti e delle azioni revocatorie sarà ovviamente inferiore, ed anche sensibilmente, rispetto al valore nominale dei crediti ceduti o al potenziale incasso derivante dalle revocatorie, perché l'acquirente "sconterà" il rischio del mancato incasso dei crediti o del mancato accoglimento delle azioni revocatorie, nonché il fattore "tempo". Nella scelta tra il procedere nella liquidazione, che consente incassi presumibilmente maggiori ma in un tempo più lungo, e la cessione immediata, che garantisce incassi inferiori ma in tempi ristretti, tocca al curatore, sotto la vigilanza ed il controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori, assicurare un ragionevole equilibrio tra le contrapposte esigenze.

Mandato per la riscossione dei crediti

Diversa dalla vendita immediata dei crediti è la stipula di contratti di mandato per la riscossione dei crediti (art. 215, comma 3). Con questa modalità, l'incarico di gestire tutte le attività funzionali alla riscossione dei crediti viene affidata ad un mandatario, che riceve un corrispettivo fisso o parametrato all'effettivo incasso. La finalità non è tanto quella di velocizzare i tempi della procedura, in quanto i crediti rimangono comunque nel patrimonio della liquidazione giudiziale fino al loro incasso o al loro abbandono, ma piuttosto quella di utilizzare le capacità del mandatario (in genere, società specializzate nel recupero crediti, dotate di collaudate strutture organizzative) per una più efficiente gestione delle attività di recupero, soprattutto nel caso di posizioni creditorie numerose e di limitato importo nominale.

6. La mancata acquisizione dei beni

L'autonomia del curatore nella liquidazione si manifesta anche nella facoltà di decidere quali beni comprendere nella procedura, assoggettandoli alla successiva monetizzazione in danaro, e quali beni non comprendere nella procedura.

Nozione

Il curatore, infatti, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente (art. 213, comma 2). Ad ogni modo, si presume manifestamente non conveniente la prosecuzione dell'attività di liquidazione dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che il giudice delegato non autorizzi il curatore a continuare l'attività liquidatoria, in presenza di giustificati motivi.

La convenienza è una nozione che per sua natura va valutata con riferimento principalmente alle prospettive di realizzo dei creditori: in questa prospettiva, ad esempio, il curatore potrebbe non acquisire all'attivo un sito inquinato che richiede costi di bonifica superiori al presumibile ricavo della liquidazione, anche se ciò rischia di determinare un pregiudizio l'interesse della collettività. Questa soluzione si presenta, però, distonica rispetto ad un sistema che, come più volte visto, considera rilevanti anche interessi diversi da quelli dei creditori, così da non potersi escludere un'interpretazione evolutiva, che consenta di includere nella valutazione di convenienza la considerazione di tutti i soggetti su cui si riflette la scelta del curatore o che, comunque, valorizzi la nozione di giustificati motivi per li-

mitare la possibile scelta di abbandono dei beni da parte del curatore, quando ciò determini un grave pregiudizio per gli interessi della collettività (es.: tutela dell'ambiente).

Effetti

Se il curatore, debitamente autorizzato, non acquisisce all'attivo o rinuncia a liquidare uno o più beni, notifica l'istanza e la relativa autorizzazione ai competenti uffici per l'annotazione nei pubblici registri e ne dà comunicazione ai creditori, i quali, in deroga al principio del concorso sostanziale, possono autonomamente iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

Sezione 10

La ripartizione dell'attivo

1. Premessa

Finalità

La ripartizione dell'attivo è la fase in cui le somme ricavate dalla liquidazione vengono ripartite tra i creditori ammessi allo stato passivo. Si tratta della fase che realizza la finalità primaria della procedura di liquidazione giudiziale, rappresentata dalla soddisfazione dei creditori concorrenti, la quale deve avvenire nel rispetto delle regole del concorso, che disciplinano l'ordine con il quale le somme vanno ripartite tra i vari creditori concorrenti ed il procedimento da seguire per procedere concretamente alla distribuzione.

L'avvio della fase di ripartizione dell'attivo presuppone, ovviamente, che la fase dell'accertamento del passivo si sia già svolta (quantomeno con riferimento alle domande tempestive di ammissione al passivo), perché solo dopo aver identificato i creditori concorrenti e quantificato importo e rango dei loro crediti si può procedere ai pagamenti in loro favore. Inoltre, la ripartizione richiede che un attivo da distribuire si sia già realizzato e che, quindi, la fase della liquidazione sia già stata avviata, pur potendo poi le due fasi procedere in modo parallelo, provvedendo alla distribuzione delle somme mano a mano che vengono ottenute attraverso il procedere della liquidazione.

2. L'ordine di distribuzione delle somme

Quando viene dichiarata la liquidazione giudiziale di un debitore, è largamente probabile che il suo patrimonio non sia sufficiente per soddisfare in modo integrale tutti i creditori. Si presenta, pertanto, la necessità di individuare un criterio che disciplini le pretese dei vari creditori, stabilendo in quale ordine debbano essere soddisfatte ed in quale modo venga ripartita la presumibile perdita conseguente alla incapienza del patrimonio del debitore.

Ordine di distribuzione delle somme

Questo criterio è rappresentato dall'ordine di distribuzione delle somme, in forza del quale le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo (art. 221) sono erogate nel seguente ordine:

(i) prima, per il pagamento dei crediti prededucibili;

(ii) poi, per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge (crediti privilegiati);

(iii) a seguire, per il pagamento dei crediti chirografari;

(iv) infine, per il pagamento dei crediti postergati.

Il criterio per la distribuzione delle somme è, quindi, basato sul rango dei crediti, che distingue gli stessi in categorie differenti, da soddisfare in sequenza. L'ordine di distribuzione delle somme tra le distinte categorie di crediti è rigido (tranne le eccezioni che vedremo nel rapporto tra creditori prededucibili e privilegiati), nel senso che prima vanno pagati integralmente i crediti prededucibili e solo con le risorse che residuano si può procedere al successivo pagamento dei crediti privilegiati, i quali a loro volta devono essere integralmente soddisfatti (nei limiti di seguito descritti) prima che si possa procedere al pagamento dei crediti chirografari e così via. Non si può, quindi, provvedere al pagamento dei crediti di rango successivo qualora non siano stati integralmente soddisfatti quello di rango precedente.

Par condicio creditorum

All'interno delle singole categorie di crediti torna tendenzialmente ad operare il principio della *par condicio creditorum*, in applicazione del quale i crediti vanno soddisfatti in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi è stato ammesso rispetto al totale dei crediti della categoria.

Crediti prededucibili

La prima categoria è rappresentata dai crediti prededucibili. Sono prededucibili i crediti che sono sorti in funzione o durante le procedure concorsuali (art. 6), oppure i crediti così espressamente qualificati dalla legge.

Per quanto riguarda il primo gruppo (crediti sorti in funzione o durante le procedure concorsuali), sono prededucibili:

a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento;

b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e per la richiesta delle misure protettive (es.: il compenso dell'avvocato e dell'*advisor* finanziario che assistono il debitore), ma nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che

gli accordi o il piano siano omologati; il che significa che il residuo 25% del credito è da considerarsi meramente privilegiato o chirografario, a seconda della natura dello stesso, e che nell'ipotesi di mancata omologazione l'intero credito perde il suo rango prededucibile;

c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, sempre nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta;

d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi (es.: il compenso del commissario giudiziale di un concordato preventivo; il credito del professionista che sia stato incaricato dal curatore di assistere la procedura in un giudizio).

Per quanto riguarda il secondo gruppo (crediti così espressamente qualificati dalla legge), sono diverse ed eterogenee le situazioni in cui la legge qualifica espressamente come prededucibili taluni crediti. Al riguardo, si può fare l'esempio dei finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 99) o del credito dell'assicuratore per i premi scaduti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale quando il curatore subentra nel contratto pendente (art. 187, comma 2).

Disciplina dei crediti prededucibili

I crediti prededucibili sono soggetti ad una specifica e differenziale disciplina rispetto alle altre categorie di crediti, in relazione all'accertamento del passivo ed alle modalità di pagamento.

In riferimento all'accertamento del passivo, anche i crediti prededucibili, prima di poter essere soddisfatti, devono normalmente essere stati accertati attraverso il procedimento di verifica dello stato passivo. Vi è, però, un'eccezione per i crediti prededucibili non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio dell'impresa del debitore, e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati dal giudice delegato: in relazione a questi crediti, non è richiesta la domanda di ammissione al passivo e la partecipazione al procedimento di verifica, così operandosi una semplificazione procedurale (art. 222, comma 1).

In riferimento alle modalità di pagamento, i crediti prededucibili sorti nel corso della procedura di liquidazione giudiziale che siano liquidi, esigibili e non contestati per collocazione e per ammontare possono essere soddisfatti al di fuori del procedimento di riparto, se l'attivo è presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti; in tal caso, il pagamento deve essere autorizzato dal comitato dei creditori ovvero dal giudice delegato (art. 222, comma 3).

I crediti prededucibili sono i primi a dover essere soddisfatti (salvo quanto si dirà a proposito dei crediti ipotecari e pignoratizi), ma questo non vuol dire che essi abbiano la certezza di essere pagati integralmente. Vi possono essere procedure (e la situazione non è infrequente) in cui l'attivo disponibile non è sufficiente nemmeno per il pagamento dei crediti prededucibili, i quali, peraltro, continuano a maturare interessi sino al pagamento (art. 222, comma 2). Se l'attivo è insufficiente, la distribuzione tra gli stessi crediti prededucibili deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge (art. 222, comma 4). Per l'effetto, all'interno della categoria dei prededucibili va distinta la sotto-categoria dei crediti assistiti da privilegio (i cd. prededucibili privilegiati), rispetto a quella dei crediti non assistiti da privilegio (i cd. prededucibili chirografari), dovendosi procedere al pagamento integrale dei primi per poter passare a pagare i secondi, il tutto rispettando la proporzionalità anche all'interno delle sotto-categorie.

Crediti privilegiati

La seconda categoria è rappresentata dai crediti privilegiati, costituita dai crediti che vantano cause legittime di prelazione: privilegi in senso stretto, pegno o ipoteca.

Il privilegio in senso stretto, che può essere generale (se opera sull'intera massa mobiliare del debitore) o speciale (se opera con riferimento a singoli beni), è riconosciuto dalla legge in ragione della particolare natura del credito o del creditore (es.: i crediti per retribuzioni dei lavoratori subordinati, i crediti dei professionisti, i crediti dello Stato). I crediti muniti di privilegio in senso stretto vanno soddisfatti secondo l'ordine di preferenza loro assegnato dalla legge (artt. 2777 ss. c.c.), nel senso che non sono tutti uguali, ma suddivisi anch'essi in sotto-categorie differenti e da soddisfare in sequenza (es.: i crediti dei lavoratori subordinati vengono prima dei crediti dei professionisti). I crediti pignoratizi sono garantiti da pegno su beni mobili, mentre i crediti ipotecari sono assistiti da ipoteca su beni immobili, navi o aeromobili.

Disciplina dei crediti privilegiati

In ogni caso, il privilegio opera nei limiti del valore del bene oggetto di garanzia. Ciò significa che il credito è effettivamente privilegiato se il bene oggetto di privilegio esiste nel patrimonio della procedura di liquidazione giudiziale e sino a concorrenza del valore del bene stesso. Con riferimento ai crediti pignoratizi e ipotecari, questa prevalenza opera anche nei confronti dei creditori prededucibili, nel senso che sul ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca i creditori privilegiati hanno preferenza anche rispetto ai crediti prededucibili (art. 222, comma 2). Si è in presenza, in questo caso, di una deroga rispetto all'ordine delle cause di prelazione, perché i creditori pignoratizi e ipotecari possono soddisfarsi prima dei prededucibili sul ricavato della liquidazione dei beni garantiti.

Massa immobiliare e massa mobiliare

Per assicurare il rispetto della regola per cui il privilegio opera nei limiti del valore del bene oggetto di garanzia, è posto a carico del curatore l'obbligo di differenziare l'attivo in due distinte masse: quella immobiliare e quella mobiliare (art. 223). La massa liquida attiva immobiliare è costituita dalle somme ricavate dalla liquidazione dei beni immobili e dei loro frutti e pertinenze, nonché dalla quota proporzionale di interessi attivi liquidati sui depositi delle relative somme, mentre la massa liquida attiva mobiliare è costituita da tutte le altre entrate.

Conti speciali

Il curatore, inoltre, deve istituire i cd. conti speciali, ossia un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca e dei singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale, con analitica indicazione delle entrate e delle uscite di carattere specifico e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppo di beni secondo un criterio proporzionale. Al creditore privilegiato spetta, infatti, il ricavato netto della liquidazione dei beni oggetto di prelazione, dovendo detrarre dal prezzo le spese sostenute con riferimento specifico ai beni (es.: le spese di custodia dell'immobile sino alla vendita) ed anche una quota parte delle spese generali della procedura (es.: il compenso del curatore).

Crediti chirografari

La terza categoria è rappresentata dai crediti chirografari, che sono i crediti non prededucibili e non assistiti da cause di prelazione. Rientrano in questa categoria anche i crediti privilegiati, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui essi siano rimasti non soddisfatti dal relativo realizzo. Se, ad esempio, il credito ipotecario è pari ad € 100mila ed il ricavato netto della liquidazione del bene oggetto di garanzia è pari ad 80mila, per il residuo non soddisfatto di € 20mila è considerato credito chirografario. Per questa categoria opera, senza eccezioni, la regola della *par condicio creditorum*, dovendo essere soddisfatti in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi sia stato ammesso e, quindi, nella medesima percentuale.

Crediti postergati

La quarta e ultima categoria è costituita dai crediti postergati. La postergazione, che può essere legale (es.: i finanziamenti soci *ex* art. 2467 c.c.; i finanziamenti nell'attività di direzione e coordinamento *ex* art. 2497-*quinquies* c.c.) o anche convenzionale (quando il creditore acconsente in via negoziale ad essere pagato dopo tutti gli altri creditori), determina che il credito postergato possa essere soddisfatto solo dopo l'integrale soddisfazione di tutti gli altri crediti, ma non toglie che si tratti comunque di crediti concorrenti, assistiti dagli ordinari poteri e diritti che sono riconosciuti agli altri crediti nell'ambito della procedura (es.: diritto a chiedere la sostituzione del curatore o del comitato dei creditori).

3. Il procedimento di ripartizione

La ripartizione dell'attivo tra i creditori in conformità all'ordine di distribuzione delle somme compete al curatore, che vi deve provvedere in modo sollecito durante la procedura, mano a mano che si realizzino somme disponibili in misura tale da giustificare una distribuzione.

Progetto di ripartizione

Ogni quattro mesi a partire dalla data di esecutività dello stato passivo, o nel diverso termine stabilito dal giudice delegato, il curatore deve trasmettere a tutti i creditori, compresi quelli per i quali è in corso uno dei giudizi di impugnazione, un prospetto delle somme disponibili, nonché, qualora l'entità del passivo accertato consenta una ripartizione in misura apprezzabile, un progetto di ripartizione delle medesime, riservate quelle occorrenti per la procedura (art. 220, comma 1). Si tratta di un obbligo specifico a carico del curatore, la cui violazione costituisce giusta causa di revoca laddove vi siano somme disponibili per la ripartizione (art. 220, comma 6).

Nel progetto di distribuzione sono collocati anche i crediti per i quali non si applica il divieto di azioni esecutive e cautelari. Nel caso in cui siano in corso giudizi di impugnazione *ex* art. 206, il curatore indica nel progetto di ripartizione, per ciascun creditore, le somme immediatamente ripartibili nonché le somme ripartibili soltanto previa consegna di una fideiussione autonoma, irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata in favore della procedura, idonea a garantire la restituzione alla procedura delle somme che risultino ripartite in eccesso, anche in forza di provvedimenti provvisoriamente esecutivi, a decorrere dal pagamento e sino all'effettiva restituzione (art. 220, comma 2).

I creditori, entro il termine perentorio di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione, possono proporre reclamo al giudice delegato contro il progetto di riparto (art. 220, comma 2).

Esecutività del progetto di ripartizione

Decorso tale termine, il giudice delegato, su richiesta del curatore, corredata dal progetto di riparto e dai documenti comprovanti l'avvenuta trasmissione, dichiara esecutivo il progetto di ripartizione (art. 220, comma 3). Anche se non previsto espressamente dalla norma, è da riconoscere al giudice delegato un potere di valutare la correttezza, intesa come conformità alle previsioni legali, del progetto di ripartizione e del procedimento di ripartizione. Pertanto, il giudice delegato dichiara esecutivo il progetto di ripartizione se ritiene legittimi progetto e procedimento; nel caso contrario, inviterà il curatore ad apportare le necessarie integrazioni e/o modifiche, che determineranno, evidentemente, la rinnovata comunicazione ai creditori del progetto modificato o l'integrazione della comunicazione ai creditori eventualmente non destinatari del primo progetto.

Se sono proposti reclami, il progetto di ripartizione è dichiarato esecutivo con accantonamento delle somme corrispondenti ai crediti oggetto

di contestazione. Non si fa luogo ad accantonamento qualora sia presentata in favore della procedura una fideiussione idonea a garantire la restituzione di somme che, in forza del provvedimento che decide il reclamo, risultino ripartite in eccesso, oltre agli interessi. Il provvedimento che decide sul reclamo disporrà poi in ordine alla destinazione delle somme accantonate (art. 220, comma 5).

Pagamenti

Per effetto della dichiarazione di esecutività del progetto di ripartizione da parte del giudice delegato, il curatore può (anzi, deve) provvedere al pagamento delle somme assegnate ai creditori nei modi stabiliti dal giudice delegato, idonei ad assicurare la prova del pagamento stesso (art. 230, comma 1). Se il creditore, in sede di domanda di ammissione al passivo, ha indicato le coordinate bancarie, il pagamento dovrà essere effettuato mediante bonifico bancario su questo conto, salva successiva comunicazione di rettifica da parte dello stesso creditore.

Cessione del credito ammesso

Il progetto di riparto viene redatto sulla base delle risultanze dello stato passivo esecutivo, per come eventualmente emendato per effetto delle risultanze delle domande tardive e dei giudizi di impugnazione. A volte succede però che, al momento del progetto di riparto o del successivo pagamento, le risultanze dello stato passivo non siano più attuali, in quanto il creditore ammesso ha ceduto ad un terzo il proprio credito ammesso allo stato passivo. La cessione del credito è efficace ed opponibile alla procedura, ma a condizione che sia stata tempestivamente comunicata, unitamente alla documentazione che attesti, con atto recante le sottoscrizioni autenticate di cedente e cessionario, l'intervenuta cessione (art. 230, comma 2).

Surrogazione nel credito ammesso

La stessa disciplina si applica nel caso di surrogazione del creditore nel credito ammesso, ossia nel caso in cui un terzo abbia pagato direttamente il creditore, surrogandosi nella sua posizione creditoria ammessa al passivo (es.: l'INPS paga al lavoratore, ai sensi dell'art. 2 l. 297/1982, l'importo del trattamento di fine rapporto e delle ultime tre mensilità nella misura in cui questi crediti sono ammessi al passivo, surrogandosi nel credito).

Per evitare che, in caso di cessione o di surrogazione, l'originario creditore possa ricevere due volte il pagamento (prima dal cessionario/terzo, poi dalla procedura), è previsto che il curatore, verificata l'osservanza delle prescrizioni di legge, provveda alla rettifica formale dello stato passivo ed attribuisca le quote di riparto ai cessionari o al soggetto che si è surrogato.

Irripetibilità dei pagamenti

I pagamenti effettuati ai creditori in esecuzione dei piani di riparto non possono essere ripetuti (ossia, restituiti), salvo il caso dell'accoglimento di domande di revocazione. In quest'ultimo caso, i creditori che hanno percepito pagamenti non dovuti devono restituire le somme riscosse, oltre agli interessi legali dal momento del pagamento effettuato a loro favore (art. 229).

Riparti parziali

Questo procedimento (predisposizione da parte del curatore del prospetto delle somme disponibili e del progetto di ripartizione; trasmissione ai creditori; eventuale reclamo; dichiarazione di esecutività del progetto di ripartizione da parte del giudice delegato; pagamento ai creditori) si applica sia ai riparti parziali che avvengono durante la procedura, sia al riparto finale che avviene al termine della stessa. Tra ripartizioni parziali e riparto finale vi è, però, un'importante differenza: mentre nel riparto finale tutte le somme devono essere distribuite ai creditori o depositate nei modi di legge, nei riparti parziali una parte delle somme giacenti sui conti della procedura non può essere distribuita e va accantonata per fare fronte a possibili esigenze future.

Accantonamenti

Gli accantonamenti possono essere "generici" o "specifici".

L'accantonamento generico risponde ad una generale esigenza di prudenza, essendo funzionale a garantire il pagamento di spese future (tra cui il compenso al curatore ed i debiti prededucibili) il cui ammontare, ed a volte la stessa effettiva esistenza, non è ancora possibile determinare. L'importo dell'accantonamento generico è pari al 20% delle somme disponibili, per cui le ripartizioni parziali non possono superare l'80% delle somme da ripartire (art. 227, comma 1). Proprio perché l'accantonamento generico è di tipo prudenziale, è previsto che lo stesso possa essere ampliato, e di conseguenza l'ammontare della quota da ripartire debba essere ridotta, se l'importo del 20% appare insufficiente (es.: il curatore ha proposto un numero elevato di cause che, teoricamente, potrebbero determinare costi prededucibili per spese legali molto ingenti) (art. 227, comma 2).

Gli accantonamenti specifici sono diretti, invece, a riservare le quote teoricamente di spettanza di taluni creditori il cui titolo sia ancora incerto (creditori ammessi con riserva, creditori opponenti a favore dei quali siano state disposte misure cautelari; creditori opponenti la cui domanda è stata accolta ma la sentenza non è passata in giudicato; creditori nei cui confronti siano stati proposti giudizi di impugnazione e di revocazione) (art. 227, comma 1, nn. 1-4).

Accantonamenti "generici" e "specifici" si differenziano anche in relazione agli effetti, perché i primi sono espressione di una doverosa cautela nell'astenersi dal distribuire attivo per fronteggiare eventuali incognite future della procedura, mentre con gli accantonamenti specifici si impone sulla somma accantonata, sia pure condizionatamente, uno specifico vincolo di destinazione in favore di specifici creditori.

Una disciplina specifica è posta, poi, per le somme ricevute dalla procedura per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato. Queste somme non possono essere ripartite fino al momento del passaggio in giudicato dei provvedimenti e devono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato (art. 227, comma 3). Se ciò non avvenisse, infatti, sarebbe pregiudicata la posizio-

ne della controparte che, nell'ipotesi di esito vittorioso del giudizio, subirebbe il rischio di non ottenere dalla procedura la restituzione delle somme dovute. È come se queste somme costituissero una sorta "patrimonio separato" all'interno del patrimonio della procedura, per cui le stesse non si considerano nemmeno all'interno delle somme disponibili su cui calcolare la percentuale degli accantonamenti generici.

Riparto finale

Compiuta la liquidazione dell'attivo, approvato il conto e liquidato il compenso del curatore, il giudice delegato, sentite le proposte del curatore, ordina il riparto finale, secondo lo stesso procedimento previsto per i riparti parziali (art. 232, comma 1).

Nel riparto finale vengono distribuiti anche gli accantonamenti precedentemente fatti. Tuttavia, se la condizione non si è ancora verificata ovvero se il provvedimento non è ancora passato in giudicato, la somma è depositata nei modi stabiliti dal giudice delegato, perché, verificatisi gli eventi indicati, possa essere versata ai creditori cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori secondo l'ordine di distribuzione delle somme (art. 232, comma 2).

I riparti in favore dei creditori sono solitamente effettuati attraverso pagamenti in danaro. In sede di riparto finale, tuttavia, il giudice delegato, nel rispetto delle cause di prelazione, può disporre che a singoli creditori, sempre che questi vi consentono, siano assegnati, in luogo delle somme agli stessi spettanti, crediti di imposta del debitore non ancora rimborsati (art. 232, comma 3).

Creditori irreperibili

Poiché il riparto finale può intervenire a distanza anche di diversi anni dall'esecutività dello stato passivo, può verificarsi (e spesso avviene) che alcuni creditori non si presentino a riscuotere le somme o non siano più reperibili. Le cause possono essere le più varie: il legale presso il quale hanno eletto domicilio per le comunicazioni ha cessato l'attività, oppure è morto; il creditore è una società cancellata dal registro delle imprese; il creditore è una persona fisica deceduta e non sono rintracciabili gli eredi, ecc. In tutti questi casi, le somme spettanti in sede di riparto finale sono nuovamente depositate sul conto della procedura e restano a disposizione dell'avente diritto per cinque anni. Decorso questo termine, le somme non ritirate vengono distribuite tra i creditori insoddisfatti che ne abbiano fatto espressa richiesta; se nessun creditore ha presentato richiesta, le somme vengono devolute allo Stato (art. 232, commi 4 e 5).

4. Il rendiconto del curatore

Compiuta la liquidazione dell'attivo e prima del riparto finale, nonché in ogni caso in cui cessa dalle funzioni, il curatore deve presentare il rendiconto (art. 231).

Funzione

Il rendiconto, anche detto "conto di gestione", è un documento nel quale il curatore descrive in modo sintetico il contenuto dell'attività svolta ed i risultati raggiunti. La funzione del rendiconto, che è comune a tutte le ipotesi in cui un soggetto gestisca un patrimonio altrui, è quella di consentire a tutti i soggetti coinvolti nella procedura di liquidazione giudiziale di valutare compiutamente, anche sulla base della documentazione depositata, la conformità dell'agire del curatore ai doveri di legge.

Momento in cui va presentato il rendiconto

Per quanto riguarda il momento in cui il rendiconto deve essere presentato, si distingue l'ipotesi ordinaria e l'ipotesi speciale.

L'ipotesi ordinaria è quella in cui il curatore rimanga in carica sino al compimento della liquidazione dell'attivo. In questo caso, il rendiconto deve essere presentato dopo che sia stato liquidato tutto l'attivo, ma inderogabilmente prima del riparto finale.

L'ipotesi speciale è quella in cui il curatore cessi dall'incarico prima della intervenuta liquidazione dell'attivo (es.: revoca dall'incarico, sostituzione, dimissioni, decesso, revoca della sentenza di liquidazione giudiziale; omologazione di un concordato): in tali ipotesi, il rendiconto va presentato subito dopo la cessazione dall'incarico. Nel caso di decesso del curatore, non potendo ovviamente a ciò provvedere il curatore deceduto, sarà il nuovo curatore (e non gli eredi del defunto) a presentare il rendiconto relativo all'attività del suo predecessore, sulla base della documentazione in atti.

Contenuto del rendiconto

Per quanto riguarda il contenuto, il rendiconto deve contenere l'esposizione analitica delle operazioni contabili, dell'attività di gestione della procedura, delle modalità con cui ha attuato il programma di liquidazione e il relativo esito (art. 231, comma 1). Pur nella sua unitarietà formale, quindi, il rendiconto si compone da un punto di vista sostanziale di due parti distinte: a) l'esposizione analitica delle operazioni contabili; b) l'esposizione analitica delle attività di gestione della procedura.

Procedimento

Il rendiconto va presentato al giudice delegato, al quale in questa fase spetta solo un potere di controllo meramente formale sul conto, potendo verificare unicamente l'assenza di irregolarità o errori meramente formali nel rendiconto, inteso come documento. Verificata la correttezza formale del rendiconto, il giudice delegato ne ordina il deposito in cancelleria e fissa l'udienza, che non può essere tenuta prima che siano decorsi quindici giorni dalla comunicazione del rendiconto a tutti i creditori (art. 231, comma 2).

Dell'avvenuto deposito e della fissazione dell'udienza il curatore dà immediata comunicazione al debitore, ai creditori ammessi al passivo, a coloro che hanno proposto opposizione ed ai creditori in prededuzione non soddisfatti, inviando loro copia del rendiconto e avvisandoli che possono presentare eventuali osservazioni o contestazioni fino a cinque giorni prima dell'udienza mediante una memoria trasmessa all'indirizzo di posta elettronica certificata della procedura (art. 231, comma 3). Tutti gli

interessati, anche se non destinatari della comunicazione, possono presentare osservazioni e contestazioni, nonché partecipare all'udienza.

Le osservazioni sono richieste di chiarimento su singoli punti del rendiconto, dirette ad ottenere maggiori informazioni da parte del curatore. Le contestazioni, invece, sono censure rivolte a singole azioni od omissioni del curatore.

Approvazione del rendiconto in mancanza di contestazioni

Se non vengono presentate contestazioni nel termine previsto o se le stesse sono considerate inammissibili, il giudice delegato, che non può muovere d'ufficio le contestazioni, approva il conto con decreto (art. 231, comma 4). Parificata all'assenza di contestazione è la situazione che si verifica quando sulle stesse viene raggiunto un accordo. È possibile, infatti, che, a seguito degli ulteriori chiarimenti o risposte fornite dal curatore, oppure dello svolgimento di un'attività di tipo conciliativa del giudice delegato, il soggetto contestante "rinunci" alla contestazione.

Eventuale fase contenziosa

Se le contestazioni permangono, il giudice delegato non può approvare il conto, ma deve dare inizio alla cd. fase contenziosa del giudizio di rendiconto, fissando l'udienza innanzi al collegio. Il procedimento si svolge in camera di consiglio ed il provvedimento conclusivo ha la forma del decreto, reclamabile innanzi alla corte di appello; atteso il carattere definitivo e decisorio del provvedimento che conclude il giudizio di rendiconto, avverso il decreto pronunciato dalla corte di appello in fase di reclamo resta ammissibile il ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111 Cost.

Effetti della mancata approvazione del rendiconto

L'eventuale mancata approvazione del rendiconto incide sul diritto al compenso, potendo operare come elemento ostativo alla liquidazione dello stesso, o quantomeno, come causa che potrebbe legittimare la liquidazione in misura anche inferiore ai minimi di tariffa.

Sezione 11

La chiusura

1. Premessa

Cessazione della procedura

La procedura di liquidazione giudiziale, al pari di ogni altro procedimento, ha un momento in cui si apre ed un momento in cui si conclude. I casi di cessazione della liquidazione giudiziale sono tre: a) revoca; b) chiusura; c) concordato nella liquidazione giudiziale. Questi tre casi si identificano per il loro effetto principale, che consiste nella cessata pendenza della procedura, ma si differenziano in modo significativo per i presupposti ed anche per le conseguenze della cessazione.

Revoca

La revoca della liquidazione giudiziale (art. 53) si basa sull'accertamento della illegittimità della sentenza che ha dichiarato la liquidazione giudiziale, in ragione della mancanza dei presupposti o delle condizioni in rito o in merito.

Chiusura

La chiusura (artt. 233 ss.) interviene quando si accerta l'avvenuto raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla procedura o l'impossibilità di raggiungerli.

Concordato

Il concordato nella liquidazione giudiziale (artt. 240 ss.) consente la cessazione della procedura per effetto di un accordo tra il proponente ed i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti, sottoposto al controllo del tribunale.

Chiare sono, quindi, le differenze: la revoca è la conseguenza di un'accertata illegittimità; la chiusura è il portato di un'accertata inidoneità funzionale; il concordato nella liquidazione giudiziale è il risultato di un accordo con i creditori. Questa differenza sul piano della causa e della natura si riflette sulle modalità di operatività della cessazione ed anche, sia pure in modo attenuato, sugli effetti della stessa per il debitore e per i creditori, così da impedirne ogni possibilità di assimilazione o trattazione unitaria.

In questo capitolo sarà esaminata la chiusura. La revoca è già stata esaminata in precedenza (sez. 1, par. 7 di questo capitolo) ed il concordato nella liquidazione giudiziale sarà esaminato successivamente (sez. 12 di questo capitolo).

2. I casi di chiusura

Chiusura satisfattiva e chiusura non satisfattiva

La chiusura, come detto, viene disposta quando la procedura ha conseguito gli scopi ad essa assegnati dalla legge o quando, al contrario, non è più in grado di realizzarli. Nel primo caso (raggiungimento obiettivi) si parla di chiusura satisfattiva, in quanto sono stati realizzati gli interessi dei creditori; nel secondo caso (inidoneità al raggiungimento obiettivi) si parla di chiusura non satisfattiva, in quando non sono stati realizzati in pieno gli interessi dei creditori.

Casi di chiusura

In particolare, la procedura di liquidazione giudiziale si chiude: a) se nel termine stabilito nella sentenza con cui è stata dichiarata aperta la procedura non sono state proposte domande di ammissione al passivo; b) quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione; c) quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo; d) quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura (art. 233,

comma 1). I casi *sub* a) e b) danno luogo a chiusura satisfattiva, mentre i casi *sub* c) e d) danno luogo a chiusura non satisfattiva.

Chiusura disciplinata dal Codice antimafia

Una particolare e ulteriore causa di chiusura è contenuta nel cd. Codice antimafia (d.lgs. 159/2011). Se la massa attiva della liquidazione giudiziale comprende esclusivamente beni sottoposti a sequestro o confisca di prevenzione, il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara chiusa la procedura (artt. 63, comma 6; 64, comma 7, d.lgs. 159/2011).

Mancata presentazione di domande di ammissione al passivo

Il primo caso di chiusura è rappresentato dalla mancata presentazione di domande di ammissione al passivo nel termine stabilito dalla sentenza che ha dichiarato aperta la procedura.

La ragione alla base è semplice: se lo scopo principale della procedura è la soddisfazione dei creditori e se ogni creditore può essere soddisfatto solo se ha presentato domanda di ammissione al passivo e nei limiti dell'importo ammesso, è chiaro che non vi è ragione per mantenere aperta una procedura quando nessun creditore ha chiesto di partecipare al concorso e, quindi, al riparto dell'attivo. Né si può aspettare a tempo indefinito che i creditori si decidano a presentare una domanda di ammissione al passivo, lasciando la procedura aperta in uno stato di incertezza; per questo è fissato un termine, corrispondente a quello di presentazione delle domande di ammissione al passivo tempestive, decorso il quale la procedura si chiude. Eventuali domande tardive di ammissione al passivo non consentono, pertanto, di evitare la chiusura della procedura in mancanza di domande tempestive. Di contro, però, è sufficiente che sia presentata anche solo una domanda tempestiva di ammissione al passivo per impedire l'operare di questa causa di chiusura.

Sono irrilevanti le ragioni che hanno indotto i creditori a non presentare domande di ammissione al passivo; anche se questa scelta (come avviene talvolta nella pratica) è conseguenza di un accordo con parti correlate al debitore che effettuano o promettono pagamenti "fuori dal concorso", ciò non impedisce la chiusura. Alla mancata presentazione di domande tempestive è parificata, inoltre, la rinuncia di tutte le domande eventualmente presentate prima che su di esse abbia provveduto il giudice delegato in fase di accertamento del passivo.

Solo le domande di ammissione al passivo di crediti sono rilevanti ai fini dell'operatività di questa causa di chiusura. Non rilevano, e non impediscono la chiusura, eventuali domande di rivendica o di restituzione *ex* art. 210.

Avvenuta soddisfazione o estinzione di tutti i crediti ammessi

Il secondo caso di chiusura è rappresentato dall'avvenuta soddisfazione o estinzione in altro modo di tutti i crediti ammessi, dei debiti e delle spese da soddisfare in prededuzione. Anche la *ratio* di questo caso è di agevole individuazione: se tutti i crediti e le spese sono stati soddisfatti o in altro modo estinti, l'eventuale prosecuzione della procedura non avrebbe più alcuna funzione, perché non è necessario procedere ad altre liquidazioni dell'attivo e nemmeno ad altre ripartizioni.

Questa causa di chiusura opera sia quando i crediti vengono soddisfatti all'interno della procedura, sia quando l'estinzione avviene al di fuori della procedura, per effetto di pagamenti da parte di terzi soggetti, accordi stragiudiziali e successive rinunce ai crediti ammessi, ecc.

Ai fini dell'operatività di questa causa di chiusura è sufficiente la soddisfazione o l'estinzione dei crediti ammessi al passivo. Per gli altri crediti ancora *sub judice* (es.: crediti non ammessi, ma oggetto di opposizione; crediti ammessi ma oggetto di impugnazione o revocazione; crediti tardivi non ancora esaminati), non è necessaria la soddisfazione o l'estinzione, ma si dovrà comunque procedere agli accantonamenti nei casi e nei limiti previsti.

Ripartizione finale dell'attivo

Il terzo caso di chiusura è rappresentato dalla ripartizione finale dell'attivo. Quando tutto l'attivo è stato liquidato e ripartito, l'eventuale prosecuzione della procedura non arrecherebbe alcun ulteriore beneficio ai creditori, che nient'altro potrebbero conseguire.

Per poter chiudere la liquidazione in forza di questo caso di chiusura, non è sufficiente che il riparto finale sia stato predisposto o che sia stato dichiarato esecutivo, ma è necessario che il curatore abbia provveduto all'effettuazione dei pagamenti o delle assegnazioni ivi previste in favore dei creditori. Nell'ipotesi in cui il riparto finale sia stato oggetto di reclamo, la procedura potrà essere chiusa solo quando il giudizio sia stato definito con pronuncia irrevocabile e le somme accantonate in forza del reclamo siano state versate in conformità alla destinazione di esse decisa dal provvedimento che decide il reclamo.

Chiusura anticipata in pendenza di giudizi

Questo caso di chiusura non è impedito dalla eventuale pendenza di giudizi o procedimenti (art. 234, comma 1). È prevista, infatti, la cd. "chiusura anticipata in pendenza di giudizi", che consente di chiudere la procedura anche quando siano ancora in corso giudizi o procedimenti esecutivi diretti a recuperare somme, crediti o beni da destinare ai creditori nei successivi riparti. Poiché i tempi di definizione dei giudizi possono essere molto lunghi e poiché, in queste ipotesi, la procedura rimarrebbe aperta al solo fine di attendere la fine dei suddetti giudizi, se ne consente la chiusura, ma il curatore conserva la legittimazione attiva in relazione agli stessi. È una sorta di "finzione" di chiusura, in quanto formalmente la procedura cessa, si determinano gli effetti tipici della chiusura (non tutti), ma una parte del patrimonio, rappresentato dai giudizi e dalle azioni in corso, rimane ancora attribuito al curatore. Di conseguenza, se i giudizi pendenti in corso hanno anche solo in parte esito positivo per la curatela, il ricavato sarà distribuito tra i creditori attraverso un riparto supplementare. Il che significa che, malgrado la chiusura formale, non è escluso che i creditori concorrenti possano ri-

cevere successivamente ulteriori pagamenti da parte del curatore, sulla base di un nuovo riparto.

Problematiche nella chiusura anticipata in pendenza di giudizi

Chiara nella sua finalità, la chiusura "anticipata" presenta, tuttavia, non banali problemi applicativi. Prima di esaminare alcuni di questi problemi, va però chiarito che la richiesta di chiusura "anticipata" è una facoltà rimessa al curatore, che dovrà valutare se ne ricorrono le condizioni e se la stessa possa essere funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Un primo punto delicato riguarda la quantificazione delle spese future e degli eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti. Poiché la pendenza di giudizi espone la curatela a possibili spese ed oneri (es.: compensi legali; compensi eventuali consulenti tecnici; rischio di soccombenza e di condanna alle spese in favore di controparte), il curatore dovrà procedere ad una stima prognostica degli stessi, provvedendo al relativo accantonamento in sede di riparto finale.

Per quanto riguarda l'ampiezza della legittimazione processuale del curatore dopo la chiusura, essa comprende i giudizi o procedimenti esecutivi, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, nonché i procedimenti, compresi quelli cautelari e esecutivi, strumentali all'attuazione delle decisioni favorevoli alla liquidazione giudiziale, anche se instaurati dopo la chiusura della procedura (art. 234, comma 2). Se, ad esempio, al momento della chiusura è pendente in primo grado un'azione risarcitoria, il curatore è legittimato a proseguire questa azione anche eventualmente in appello e cassazione, oltre a poter avviare le successive azioni esecutive se il giudizio abbia avuto esito positivo per la procedura e la controparte non abbia spontaneamente provveduto al pagamento.

Altro profilo delicato attiene alle scelte che possono essere compiute durante i giudizi in relazione all'andamento degli stessi, alla condotta delle controparti e ad ogni altra possibile circostanza. Al riguardo, è previsto che le rinunzie alle liti e le transazioni siano autorizzate dal giudice delegato (art. 234, comma 2).

Se i giudizi hanno esito positivo per la curatela, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal tribunale con il decreto di chiusura (art. 234, comma 4).

Poiché dopo la chiusura anticipata il curatore conserva una sua legittimazione, permangono anche le esigenze informative in ordine alla sua condotta e, pertanto, sarà tenuto, secondo le disposizioni del tribunale, a rendere i rapporti riepilogativi periodici. Quando i giudizi e le relative azioni esecutive saranno terminate, il curatore dovrà, altresì, depositare il supplemento di rendiconto ed il rapporto riepilogativo finale (art. 234, comma 6).

Eseguito l'ultimo progetto di ripartizione (se è stato acquisito nuovo attivo) o comunque definiti i giudizi e procedimenti pendenti, il curatore chiede, infine, al tribunale di archiviare la procedura di liquidazione giudiziale (art. 234, comma 7) ed a questo punto la procedura può dirsi davvero chiusa sotto tutti i profili ed effetti.

Mancanza di attivo

Il quarto caso di chiusura è rappresentato dalla cd. "mancanza di attivo", che si verifica quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura. Se la prosecuzione della procedura non apporta alcuna utilità per i creditori, che nessuna soddisfazione ulteriore riceveranno, e tantomeno consente di soddisfare i crediti prededucibili e le spese di procedura, viene meno la sua funzione e se ne dispone la cessazione.

Questa situazione può verificarsi tanto nell'ipotesi in cui non vi sia e non sia realizzabile alcun attivo (nemmeno attraverso azioni risarcitorie e/o recuperatorie), quanto nell'ipotesi in cui delle risorse ve ne siano ma le spese necessarie per la loro eventuale conservazione, acquisizione e liquidazione siano presumibilmente superiori rispetto al valore di realizzo (si pensi, ad esempio, ad una possibile azione recuperatoria da proporre contro un debitore che non ha un patrimonio aggredibile, così che l'eventuale esercizio dell'azione espone la procedura al rischio di pagare le spese legali e l'imposta di registro senza recuperare alcun attivo).

La sussistenza della mancanza di attivo può essere accertata dal curatore con la relazione o con i successivi rapporti riepilogativi, ma la chiusura è poi sempre disposta dal tribunale.

3. Il procedimento

Richiesta di chiusura

La chiusura della procedura di liquidazione giudiziale è dichiarata dal tribunale, che vi provvede d'ufficio, oppure su istanza del curatore o del debitore; quando la richiesta è presentata dal curatore, egli deve depositare un rapporto riepilogativo finale delle attività svolte (art. 235, comma 1). I creditori ed i terzi non sono legittimati a chiedere direttamente la chiusura della procedura, ma possono sollecitare il curatore o lo stesso tribunale ad attivare i rispettivi poteri.

Decreto di chiusura

Il tribunale, accertata la sussistenza di uno dei casi previsti, dichiara chiusa la procedura con decreto motivato, con il quale sono impartite anche le disposizioni esecutive volte ad attuare gli effetti della decisione; il decreto di chiusura va iscritto nel registro delle imprese nelle stesse forme prescritte per la sentenza di apertura. Quando la chiusura è dichiarata per mancanza di attivo prima dell'approvazione del programma di liquidazione, il tribunale, prima di adottare il decreto, deve sentire il curatore,

il comitato dei creditori e il debitore (art. 235, comma 2), evidentemente al fine di meglio valutare l'effettiva impossibilità di ogni possibilità di recupero dell'attivo in caso di prosieguo della procedura.

Impugnazione del decreto di chiusura

Contro il decreto che dichiara la chiusura o ne respinge la richiesta è ammesso reclamo a norma dell'art. 124 innanzi alla corte di appello nel termine perentorio di dieci giorni, che decorre dalla comunicazione o dalla notificazione per il curatore, per il debitore e per il comitato dei creditori, mentre decorre dalla iscrizione nel registro delle imprese per gli altri interessati. Contro il decreto della corte di appello, è proponibile il ricorso per cassazione nel termine perentorio di trenta giorni, che decorre dalla notificazione o comunicazione del provvedimento per il curatore, per il debitore, per il comitato dei creditori e per chi ha proposto il reclamo o è intervenuto nel procedimento, mentre decorre dall'iscrizione nel registro delle imprese per ogni altro interessato (art. 235, comma 3).

Il decreto di chiusura acquista efficacia quando è decorso il termine per il reclamo, senza che questo sia stato proposto, ovvero quando il reclamo è definitivamente rigettato (art. 235, comma 4). Fino al momento del vano decorso del termine del reclamo o del definitivo rigetto dello stesso, quindi, la procedura di liquidazione giudiziale resta aperta.

4. Gli effetti della chiusura

La chiusura della procedura di liquidazione giudiziale produce effetti nei confronti del debitore, dei creditori e degli organi. Si tratta, in larga parte, degli stessi effetti conseguenti all'apertura della procedura, ma che operano in senso speculare ed opposto, dovendosi comunque tenere conto delle modificazioni prodotte dalla gestione della procedura.

Effetti nei confronti del debitore

Per quanto riguarda il debitore, con la chiusura cessano gli effetti della procedura di liquidazione giudiziale sul patrimonio e le incapacità personali (art. 236, comma 1).

Pertanto, nei confronti del debitore uscito dalla procedura (cd. debitore "tornato *in bonis*"), viene meno lo spossessamento ed egli ha diritto alla restituzione del suo patrimonio residuo, sul quale riacquista la piena disponibilità ed amministrazione. Ovviamente, restano fermi gli atti compiuti dagli organi della procedura, per cui il debitore ritorna nella piena disponibilità ed amministrazione del patrimonio nello stato in cui si trova al momento della chiusura, tenendo conto delle liquidazioni (vendite, ecc.) effettuate dal curatore e dei riparti effettuati in favore dei creditori. Il debitore riacquista anche la piena legittimazione processuale e vengono meno le incapacità personali conseguenti all'apertura della procedura.

... quando è una società

Più articolata è la disciplina degli effetti quando il debitore sia una società. Fermo quanto detto in ordine al venir meno dello spossessamento, si deve distinguere tra casi di chiusura satisfattivi (mancata presentazione domande di ammissione al passivo; avvenuta soddisfazione o estinzione di tutti i crediti) e casi di chiusura non satisfattivi (ripartizione finale dell'attivo; mancanza di attivo).

In caso di chiusura "satisfattiva" della procedura di liquidazione giudiziale di società di capitali, il curatore convoca l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione, oppure per la trattazione di argomenti sollecitati, con richiesta scritta, da un numero di soci che rappresenti il 20% del capitale sociale (art. 233, comma 2). La società "sopravvive", quindi, alla chiusura "satisfattiva" della procedura e saranno i soci ad assumere le scelte successive. La chiusura "satisfattiva" della procedura di liquidazione giudiziale della società determina anche la chiusura della procedura estesa ai soci illimitatamente responsabili, salvo che nei confronti del socio non sia stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale come imprenditore individuale.

In caso di chiusura non "satisfattiva" della procedura di liquidazione giudiziale di società (sia di persone che di capitali), invece, il curatore ne chiede la cancellazione dal registro delle imprese (art. 233, comma 2). La società non "sopravvive", quindi, alla chiusura non "satisfattiva" della procedura. Se, però, si tratta della "chiusura anticipata in pendenza di giudizi", il decreto di chiusura non comporta la cancellazione della società dal registro delle imprese sino alla conclusione dei giudizi in corso e alla effettuazione dei riparti supplementari (art. 234, comma 6). Solo all'esito del decreto di archiviazione della procedura il curatore dovrà procedere alla richiesta di cancellazione e se, per ipotesi, la prosecuzione dei giudizi consentisse di recuperare somme tali da soddisfare integralmente tutti i crediti ammessi e le spese di procedure, il curatore non dovrà chiedere la cancellazione, ma convocare l'assemblea dei soci come nei casi di chiusura "satisfattiva". Tuttavia, se la società abbia ottenuto l'esdebitazione durante la procedura o al termine della stessa, il curatore non dovrà chiedere la cancellazione nemmeno nel caso di chiusura non satisfattiva.

Effetti nei confronti dei creditori

Per quanto riguarda i creditori, essi riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto previsto per il caso di esdebitazione del debitore (art. 236, comma 3).

Di conseguenza, i creditori: a) mantengono il loro credito nei confronti del debitore tornato *in bonis*, nei limiti della parte non soddisfatta nella procedura, salvo l'eventuale operare della esdebitazione; b) a tutela dei propri crediti, sia quelli anteriori all'apertura della procedura, sia quelli maturati nel corso della stessa, sia quelli che sorgeranno successivamente, possono esercitare tutte le azioni nei confronti del debitore, di cognizione, esecutive e cautelari; al riguardo, anzi, il decreto o la sentenza con la quale il credito è stato ammesso al passivo costituiscono prova scritta

a fini della concessione nei confronti del debitore di un decreto ingiuntivo (art. 236, comma 4).

Effetti nei confronti degli organi

Per quanto riguarda gli organi della procedura, essi decadono per effetto della chiusura (art. 236, comma 1).

Questa regola subisce, però, alcune eccezioni, in quanto vi sono alcune ipotesi nelle quali gli organi mantengono doveri e poteri anche dopo la chiusura della procedura. La più rilevante tra queste ipotesi è quella, già esaminata, della cd. "chiusura anticipata in pendenza di giudizi" (art. 234), nella quale curatore, giudice delegato ed anche tribunale restano in carica ai fini di quanto previsto.

5. La riapertura

Casi di riapertura

In alcuni casi la procedura di liquidazione giudiziale può essere riaperta dopo la sua chiusura (art. 237). È possibile la riapertura quando ricorrono tutte le seguenti condizioni: a) la chiusura sia avvenuta per ripartizione finale dell'attivo o mancanza di attivo e, quindi, non sia stata interamente satisfattiva per i creditori; b) non sia stata pronunciata l'esdebitazione del debitore; c) risulta che nel patrimonio del debitore esistano attività in misura tali da rende utile il provvedimento nell'interesse dei creditori rimasti in tutto o in parte insoddisfatti; d) non siano decorsi più di cinque anni dal decreto di chiusura.

Funzione

In sintesi, se i creditori hanno ancora crediti insoddisfatti, se non è avvenuta l'esdebitazione (che comporta l'inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti) e se sopravviene attivo nel patrimonio del debitore, il legislatore consente di riaprire il concorso per ripartire questo attivo nel rispetto della *par condicio creditorum* e per evitare che i singoli creditori avviino o proseguano azioni individuali. Le stesse ragioni alla base dell'apertura della liquidazione giudiziale (la tutela collettiva si sostituisce alla tutela individuale) sono alla base della riapertura.

Procedimento

In presenza di queste condizioni, il tribunale, su istanza del debitore o di qualunque creditore, può ordinare che la liquidazione giudiziale già chiusa sia riaperta. Con la sentenza di riapertura, soggetta alla stessa pubblicità ed impugnazioni di quella di apertura, il tribunale richiama in ufficio il giudice delegato e il curatore o li nomina di nuovo e stabilisce i termini per le domande di ammissione al passivo, eventualmente abbreviandoli non oltre la metà. Il giudice delegato nomina poi il comitato dei creditori, tenendo conto nella scelta anche dei nuovi creditori.

Svolgimento della procedura riaperta

Alla procedura riaperta si applicano le norme previste per ogni procedura di liquidazione giudiziale, ma con alcune specificità.

Partecipano alla procedura riaperta sia i "vecchi" creditori, intesi come creditori che erano stati ammessi al passivo nella procedura chiusa, sia i "nuovi" creditori, intesi come creditori sopravvenuti alla chiusura o che comunque non avevano presentato domanda di ammissione nella procedura chiusa. I "vecchi" creditori possono chiedere la conferma del provvedimento di ammissione, senza necessità di insinuarsi *ex novo*, salvo che intendano insinuare al passivo ulteriori interessi (art. 237, comma 2), e partecipano alle nuove ripartizioni nella procedura riaperta, dedotto quanto hanno percepito nelle precedenti ripartizioni nella procedura chiusa (art. 238, comma 1). I "nuovi" creditori devono presentare domanda di ammissione al passivo nelle forme ordinarie e, solo se ottengono l'ammissione e nei limiti della stessa, possono partecipare alle ripartizioni nella procedura riaperta.

Norme specifiche sono poste anche con riferimento alle azioni revocatorie e di inefficacia (art. 239). In caso di riapertura della procedura di liquidazione giudiziale, per le azioni revocatorie relative agli atti del debitore compiuti dopo la chiusura della procedura i termini stabiliti dagli artt. 164, 166 e 167 sono computati dalla data della sentenza di riapertura. Sono, inoltre, privi di effetto nei confronti dei creditori gli atti a titolo gratuito e quelli di cui all'art. 169, posteriori alla chiusura e anteriori alla riapertura della procedura.

Sezione 12

Il concordato nella liquidazione giudiziale

1. Natura e funzione

Il concordato nella liquidazione giudiziale rappresenta una forma di cessazione della procedura.

Nozione

Si tratta di un procedimento, inserito nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale, che prende avvio da una proposta, con la quale il proponente offre di provvedere al soddisfacimento, totale o parziale, dei crediti verso il debitore, ottenendo quale corrispettivo il trasferimento in suo favore dei beni costituenti l'attivo della procedura o la liberazione degli stessi beni dal vincolo concorsuale. Nel caso di approvazione della proposta da parte dei creditori e di successiva omologazione da parte del tribunale, la procedura di liquidazione giudiziale si chiude ed i creditori ricevono la propria soddisfazione non già attraverso la ripartizione dell'attivo ottenuto dal curatore all'esito della liquidazione del patrimonio della procedura, ma direttamente attraverso l'adempimento degli obblighi concordatari contenuti nella proposta di concordato.

Natura

La natura giuridica del concordato di liquidazione è dibattuta. La compresenza di un elemento negoziale (la proposta) e di un elemento processuale (l'omologazione da parte del tribunale) consente di qualificarlo come strumento avente natura mista e finalizzato alla cessazione della procedura di liquidazione giudiziale.

2. I soggetti legittimati

Legittimazione

La proposta di concordato può essere presentata dai creditori, dai terzi o dal debitore (art. 240, comma 1).

Vantaggi normativi per i creditori ed i terzi

I creditori ed i terzi (da un lato) ed il debitore (dall'altro lato) non sono, però, su un piano di parità nella presentazione della proposta di concordato, perché, come meglio si vedrà di seguito, la proposta dei primi beneficia di alcuni vantaggi normativi, sia in relazione al profilo temporale, sia in relazione al contenuto della proposta. Tali agevolazioni sono dirette a compensare i vantaggi informativi di cui gode il debitore rispetto ai creditori ed ai terzi, che gli potrebbero consentire di presentare una proposta prima degli altri, nonché ad incentivare lo stesso debitore a perseguire soluzioni negoziate della crisi d'impresa alternative alla liquidazione giudiziale.

3. Forma e tempi della proposta

La proposta è presentata con ricorso al giudice delegato (art. 241, comma 1).

Proposta presentata da una società

Quando la proposta è presentata dal debitore e questi abbia la forma societaria, vanno rispettate alcune prescrizioni in ordine al riparto di competenze interne ed alla forma della decisione. Salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, infatti, la proposta e le condizioni del concordato: a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori, con deliberazione risultante da verbale redatto da notaio ed iscritta nel registro delle imprese (art. 265). Questi obblighi operano solo quando la proposta è depositata dal debitore, inteso come società sottoposta alla procedura di liquidazione giudiziale; non trovano, invece, applicazione quando la proposta è presentata da una società diversa da quella sottoposta a liquidazione giudiziale.

Termine iniziale di presentazione

Il termine iniziale per la presentazione della proposta è fissato, per il debitore ed i soggetti ad esso correlati, a partire dall'anno successivo alla sentenza che ha dichiarato l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 240, comma 1), mentre per il terzo (di seguito, per semplicità, si userà la locuzione "terzo" per indicare sia i creditori, sia i terzi in senso stretto) è collocato a partire dal momento successivo alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

È, quindi, possibile per il terzo proporre un concordato anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché sia stata tenuta dal debitore la contabilità e i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori da sottoporre all'approvazione del giudice delegato. Questo elenco provvisorio, che ha struttura simile a quello dello stato passivo, permette al proponente di poter formulare la proposta ed agli organi della procedura di poterne valutare la legittimità e la fattibilità, nonché di poter procedere all'individuazione dei creditori ammessi al voto ed al calcolo delle maggioranze.

Termine finale di presentazione

Anche il termine finale di presentazione della proposta è disomogeneo per il debitore, da un lato, e per il terzo dall'altro lato. Il debitore può presentare la proposta solo finché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo (art. 240, comma 1). Il terzo può presentare la proposta sino al decreto di chiusura della liquidazione giudiziale, fermo restando che, in concreto, l'esecuzione del riparto finale costituisce di fatto il momento ultimo in cui utilmente potrà prospettarsi ai creditori una definizione concordataria.

4. Il contenuto della proposta

Il proponente ha un'ampia autonomia nella definizione del contenuto della proposta, fermo il rispetto di alcuni limiti inderogabili.

Modalità di soddisfazione dei crediti

La proposta può prevedere la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma: con il pagamento in danaro, nella percentuale e con la tempistica offerta, oppure con modalità diverse, quale, a titolo esemplificativo, cessione dei beni, accollo o 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 (art. 240, comma 2, lett. c).

Assuntore

È ammessa anche la presentazione da parte del debitore di un concordato con assunzione, nel quale il cd. assuntore si obbliga ad adempiere agli obblighi concordatari, ricevendo quale corrispettivo la cessione in suo favore dei beni e diritti compresi nella procedura.

Garanzie

L'offerta del proponente può essere accompagnata (e solitamente ciò avviene) dalla prestazione di garanzie (tipiche o atipiche), ma non si tratta di un obbligo inderogabile, potendo i creditori accettare anche una proposta non garantita, assumendosene il rischio.

Suddivisione dei creditori in classi

La proposta può anche prevedere la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei e trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi (art. 240, comma 2, lett. a e b). Sulla nozione di posizione giuridica e interessi economici, si rinvia a quanto esposto con riferimento alla proposta di concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 4).

La suddivisione in classi non costituisce una mera facoltà, ma si pone come un cogente obbligo giuridico, o comunque un onere, in due situazioni normativamente previste. L'obbligo giuridico è imposto quando la società in liquidazione giudiziale abbia emesso obbligazioni o strumenti finanziari oggetto della proposta di concordato, perché in tale ipotesi i portatori dei titoli devono essere costituiti in classe separata (art. 240, comma 3). L'onere è posto dall'art. 243, comma 6, secondo cui "il creditore che propone il concordato ovvero le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo, ai sensi del primo comma dell'articolo 2359 del codice civile possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe". In ambedue i casi, l'inserimento in classe separata è funzionale al diverso calcolo delle maggioranze (vedi, in questa sezione, il successivo par. 7), ma non impone di offrire trattamenti differenziati ai creditori inseriti nelle diverse classi, ben potendo la proposta prevedere trattamenti eguali anche a creditori appartenenti a classi diverse.

Trattamento dei creditori privilegiati

La proposta può prevedere anche 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, indicato nella relazione giurata di un professionista indipendente, iscritto nell'albo dei revisori legali, in possesso dei requisiti di cui all'art. 358 e designato dal tribunale (art. 240, comma 5). La parte di credito corrispondente al presumibile valore dei beni oggetto di privilegio rappresenta la parte "capiente" del credito e va soddisfatta integralmente, mentre la parte di credito che eccede il valore della garanzia rappresenta la cd. parte "incapiente" e viene parificata ai crediti chirografari.

Si è detto che la libertà del proponente nella determinazione del contenuto della proposta può esprimersi all'interno di alcuni limiti inderogabili.

Ordine delle cause di prelazione

Il primo limite è il divieto di alterare l'ordine delle cause di prelazione (art. 240, comma 4). È ragionevole ritenere che nel concordato di liquidazione operi la versione forte della regola, in forza della quale non è consentita la soddisfazione del creditore di rango successivo qualora non sia stato integralmente soddisfatto quello di rango precedente, salvo che siano utilizzate risorse finanziarie non provenienti dal patrimonio assoggettato al concorso e che costituiscano apporti "neutri" di terzi estranei (la cd. finanza esterna).

Par condicio creditorum

Un secondo limite è quello, già esaminato, del rispetto della regola della *par condicio creditorum* tra creditori della stessa classe, non potendosi offrire trattamenti diversi a creditori della stessa classe.

Apporto di risorse esterne

Un terzo limite, dettato per la sola proposta del debitore, di società cui egli partecipi o di società sottoposte a comune controllo, è quello in forza del quale la proposta è ammissibile solo se prevede l'apporto di risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il 10% (art. 240, comma 1). Trattandosi di risorse aggiunte rispetto all'attivo della procedura, le stesse, come detto, sono liberamente distribuibili tra i creditori, senza soggiacere al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Divieto di concordati "espropriativi"

Un quarto limite, non indicato espressamente ma desumibile dal sistema, è rappresentato dal divieto di presentare proposte di concordato cd. "espropriative". Questa fattispecie si realizza quando la proposta del terzo è avanzata nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale che presenti una prevalenza dell'attivo sul passivo, tale che l'eventuale omologazione del concordato ed il trasferimento dell'attivo al proponente (o ad un terzo soggetto) possa pregiudicare l'interesse del debitore a mantenere la proprietà del residuo attivo al termine della liquidazione.

5. (*Segue*) La cessione delle azioni di pertinenza della massa e la limitazione di responsabilità

Esclusivamente quando è presentata da un terzo, la proposta può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo della liquidazione giudiziale, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa (art. 240, comma 5).

Azioni di pertinenza della massa

Le azioni di pertinenza della massa che possono essere oggetto di cessione in favore del proponente comprendono sia le azioni esercitabili solo se la liquidazione giudiziale è aperta, in quanto traggono il loro fondamento o il loro momento genetico nella procedura (es.: azioni revocatorie concorsuali), sia le azioni che, pur preesistenti, non sono riconducibili alla titolarità del debitore, ma scaturiscono dalla titolarità di altri soggetti, che, dopo la dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, vedono assorbita la loro legittimazione in quella del curatore (es.: azione di responsabilità dei creditori sociali *ex* art. 2394 c.c.).

La cessione delle azioni revocatorie, pur consentita alle condizioni descritte, non può tradursi in un pregiudizio per il terzo convenuto, al

quale, in caso di accoglimento dell'azione, va pertanto riconosciuto il diritto *ex* art. 171 ad essere soddisfatto dal proponente nella stessa misura prevista per gli altri creditori del suo rango (vedi sez. 5, par. 8 di questo capitolo). Nel caso in cui si preveda la suddivisione in classi, la proposta dovrà anche indicare espressamente in quale classe sarà inserito il terzo convenuto in revocatoria per l'eventuale diritto di credito.

Limitazione degli impegni assunti con il concordato

Altra facoltà concessa esclusivamente alla proposta del terzo è quella di 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 domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta; in tal caso verso gli altri creditori continua a rispondere il debitore, fermo quanto disposto in caso di esdebitazione.

La *ratio* della limitazione alla sola proposta del terzo di questa facoltà risiede nella maggiore incertezza informativa in cui si trovano i terzi rispetto al debitore, che giustifica la possibilità di ridurre il rischio di far fronte a pretese ulteriori rispetto a quelle già manifestate dalle domande di ammissione al passivo.

6. Il procedimento

Il procedimento di concordato prende avvìo, come visto, con la proposta di concordato, che viene presentata con ricorso al giudice delegato.

Valutazione iniziale del giudice delegato

A differenza di quanto disposto nel concordato preventivo, non è prevista espressamente una iniziale delibazione sull'ammissibilità della proposta da parte del tribunale o del giudice delegato. Una implicita valutazione sull'ammissibilità della proposta deve comunque essere incidentalmente compiuta dal giudice delegato, perché ragioni di economia processuale impongono di non dare corso ai vari adempimenti procedurali richiesti in presenza di proposte inammissibili. Pertanto, fermo restando il potere-dovere di chiedere chiarimenti e integrazioni, nel caso in cui, anche a seguito degli eventuali chiarimenti e integrazioni, continui a ritenere illegittima la proposta, il giudice delegato arresterà già in questa fase preliminare il procedimento di concordato. In ambedue le ipotesi, tanto quanto implicitamente ritenga legittima la proposta, quanto laddove la ritenga illegittima, il decreto del giudice delegato sarà reclamabile ai sensi dell'art. 124.

Richiesta di sospensione delle attività di liquidazione

Solitamente il deposito della proposta è accompagnato dalla richiesta di sospensione delle attività di liquidazione, al fine di evitare che la vendita di taluni beni nelle more del procedimento concordatario possa determinare il venir meno delle condizioni sulla cui base è stata avanzata la proposta. Su questa istanza provvede, previo parere del curatore e del comitato dei creditori, il giudice delegato, il quale può disporre la sospensione della liquidazione quando valuta, quanto meno *prima facie*, la proposta legittima, fattibile e conveniente per i creditori e non ravvisa elementi di pregiudizio irreversibile derivanti dalla sospensione.

Se il giudice delegato ritiene ammissibile la proposta, la trasmette al curatore ed al comitato dei creditori perché rendano il loro parere (art. 241, comma 1).

Parere del curatore

Il parere del curatore, che ha carattere meramente consultivo, ha ad oggetto i profili di legittimità, di fattibilità e di convenienza della proposta, con una comparazione delle modalità di soddisfacimento offerte rispetto ai presumibili risultati e tempi della liquidazione, oltre che le garanzie offerte. Si tratta di un supporto fornito ai creditori, i quali potranno valutare la proposta anche alla luce delle considerazioni espresse dal curatore, che meglio di ogni altro conosce l'attivo attuale ed il presumibile attivo futuro della procedura.

Parere del comitato dei creditori

Il successivo passaggio procedimentale è rappresentato dal parere del comitato dei creditori, che, a differenza di quello del curatore, è vincolante nel caso di valutazione negativa, nel senso che l'eventuale parere contrario blocca definitivamente il procedimento e ne impedisce la sua prosecuzione (art. 241, comma 2). Di contro, il parere favorevole non è vincolante, perché non impone al giudice delegato di dare avvio al procedimento. Considerata la natura e le funzioni del comitato dei creditori, il parere richiesto ad esso richiesto ha ad oggetto i soli profili della convenienza della proposta e le garanzie offerte, non la legittimità della stessa, dovendo in ogni caso essere motivato, sia pure succintamente.

Verifica del tribunale sulla corretta formazione delle classi

Quando la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori è richiesta un'ulteriore verifica. La proposta, prima di essere comunicata ai creditori, deve essere sottoposta, con i pareri del curatore e del comitato dei creditori, al giudizio del tribunale che verifica il corretto utilizzo dei criteri di suddivisione dei creditori in classi e dei trattamenti offerti alle diverse classi, tenendo conto dell'eventuale relazione giurata dell'esperto indipendente nel caso di soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati (art. 241, comma 3). Anche il giudizio del tribunale sulla corretta formazione delle classi, avverso il quale è proponibile reclamo *ex* art. 124, è, ovviamente, vincolante, precludendosi la prosecuzione del procedimento nel caso in cui la valutazione del tribunale sia negativa.

Valutazione di "ritualità" della proposta da parte del giudice delegato

Acquisito il parere del curatore, il parere favorevole del comitato dei creditori e il "giudizio" favorevole del tribunale (ove necessario), al giudice delegato compete una nuova valutazione sulla "ritualità" della proposta, che ha ad oggetto esclusivamente la legittimità, non il merito o la convenienza della stessa. Anche se non espressamente previsto dalla norma, pare coerente con il sistema attribuire al giudice delegato anche il potere di valutare la fattibilità della proposta, che, a differenza che nel

concordato preventivo, sarà basata non tanto sulla valutazione del piano (che potrebbe anche mancare), quando sull'affidabilità di chi assume le obbligazioni concordatarie e sulle garanzie offerte.

Comunicazione ai creditori

Se la valutazione (soggetta a reclamo) ha esito positivo, il giudice delegato ordina che la proposta, unitamente al parere del comitato dei creditori e del curatore, venga comunicata a cura di quest'ultimo ai creditori a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e informandoli che la mancata risposta sarà considerata come voto favorevole; nel medesimo provvedimento il giudice delegato fissa un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a trenta entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso (art. 241, comma 2).

Proposte concorrenti

Può accadere che vengano presentate più proposte di concordato da parte di soggetti diversi. In tal caso, ogni proposta deve essere sottoposta al vaglio preliminare di ammissibilità del giudice delegato, al parere del curatore e del comitato dei creditori, nonché, ove necessario, al giudizio del tribunale sulla corretta formazione delle classi.

Quando, all'esito di queste verifiche, vi siano più proposte "ammissibili", va stabilito quale tra le stesse deve essere sottoposta al voto dei creditori. In tal caso, è il comitato dei creditori a scegliere quella da sottoporre all'approvazione dei creditori; tuttavia, su richiesta del curatore, il giudice delegato può comunque ordinare la comunicazione ai creditori di una o di altre proposte, tra quelle non scelte, ritenute parimenti convenienti (art. 141, comma 2). La regola di base è, quindi, rappresentata dalla sottoposizione ai creditori di un'unica proposta, preventivamente selezionata dal comitato dei creditori, mentre l'eccezione è rappresentata dalla votazione su una pluralità di proposte, se così ordinato dal giudice delegato su richiesta del curatore. Si tratta, comunque, di un'eccezione suscettibile di trovare applicazione con una certa larghezza, perché funzionale all'attribuzione ai creditori della facoltà di scelta sulla definizione concordataria della procedura.

7. Il voto

Legittimazione al voto

La legittimazione al voto sulla proposta di concordato compete ai creditori indicati nello stato passivo esecutivo, compresi i creditori ammessi provvisoriamente e con riserva. Non spetta, invece, il diritto di voto ai creditori tardivi la cui domanda non sia stata ancora esaminata dal giudice delegato ed ai creditori non ammessi allo stato passivo e che abbiano presentato opposizione non ancora accolta; ambedue queste categorie di creditori sono destinatarie della proposta di concordato, nel senso che saranno soddisfatti se e nella misura in cui le loro domande verranno ammesse, ma non sono legittimati al voto.

Se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, invece, hanno diritto al voto i creditori che risultano dall'elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato.

Non tutti i creditori indicati nello stato passivo esecutivo o risultati dall'elenco provvisorio hanno, tuttavia, diritto di voto.

Creditori chirografari

Anche nel concordato di liquidazione, così come nel concordato preventivo, la legittimazione al voto spetta ai creditori chirografari.

Creditori privilegiati

I creditori privilegiati (e, anche se non espressamente previsto dalla norma, anche i creditori prededucibili) possono, invece, partecipare al voto solo al ricorrere, in via alternativa, di una di queste due condizioni: a) il creditore rinuncia in tutto o in parte al diritto di prelazione (art. 243, commi 3 e 4); b) la proposta non ne prevede l'integrale pagamento (art. 243, commi 2 e 4).

Per quanto riguarda la prima condizione, la rinuncia può essere totale oppure parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale e accessori, ed in questa ipotesi potrà avere ad oggetto una qualsiasi percentuale del credito. Nel caso di rinuncia totale, il creditore privilegiato sarà legittimato a votare per l'intero importo del proprio credito; nel caso di rinuncia parziale, la legittimazione sarà limitata alla sola parte di credito oggetto di rinuncia. In ogni caso, la rinuncia, totale o parziale, alla prelazione ha effetto tanto per quanto riguarda il diritto di voto, quanto per quanto riguarda il trattamento economico: per ambedue i profili, la parte di credito oggetto di rinuncia alla prelazione è parificata ad un credito chirografario. Al di fuori del concordato, invece, la rinuncia è invece priva di effetti.

Per quanto riguarda la seconda condizione, essa è rappresentata dalla soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati. Pur non essendo pacifico, pare preferibile la tesi secondo cui il diritto di voto può essere escluso solo in caso di pagamento integrale, in danaro e senza dilazioni del creditore privilegiato, con la conseguente legittimazione al voto per il creditore privilegiato per il quale la proposta prevede il soddisfacimento integrale con modalità diverse dal pagamento in danaro, oppure il pagamento in danaro integrale, ma dilazionato, nonché, ovviamente, il pagamento parziale in danaro.

Conflitto d'interessi dei creditori

Tema particolarmente delicato è quello del conflitto d'interessi dei creditori e della legittimazione al voto dei creditori in conflitto.

Sono 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 (art. 243, comma 5). Si tratta di ipotesi espresse di esclusioni dal voto, basate su una presunzione di conflitto di interessi in cui verserebbero questi creditori in ragione dei rapporti con il debitore.

Accanto a queste esclusioni "tipizzate", è poi prevista la regola per cui sono inoltre esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto d'interessi (art. 243, comma 5). Un creditore è in conflitto d'interessi quando è portatore di un interesse personale e non derivante dalla sua posizione creditizia in relazione alla proposta concordataria. Si pensi all'ipotesi di un creditore che sia stato convenuto in un'azione revocatoria da parte del curatore, nel caso in cui la proposta preveda la rinuncia a tutte le azioni revocatorie a seguito dell'eventuale omologazione; qui è evidente l'interesse personale del creditore a votare favorevolmente alla proposta, conseguenza della propria posizione di convenuto nell'azione revocatoria.

Una peculiare disciplina del conflitto d'interessi è posta con riferimento al voto del creditore che propone il concordato, ovvero alle società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo. Questi creditori sono in palese conflitto d'interessi, essendo proprio la controparte negoziale della massa dei creditori. È evidente che il creditore che sia anche proponente voterà sempre a favore della proposta di concordato presentata da sé stesso, e in modo analogo voteranno gli altri creditori a lui collegati. In tal caso, però, è loro consentito il voto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe (art. 243, comma 6). Mentre tutti i creditori in conflitto sono esclusi dal voto, proprio il creditore rispetto al quale il conflitto è in *re ipsa*, essendo egli allo stesso tempo creditore e proponente, può votare se inserito in classe separata. Si tratta di una soluzione irragionevole e che attribuisce un ingiustificato vantaggio al creditore proponente, soprattutto nelle ipotesi in cui si trovino a concorrere proposte del debitore e proposte del creditore o di soggetti "collegati" al creditore.

Voto mediante comunicazione

La votazione non avviene in una riunione o in un'adunanza. I creditori esprimono il proprio eventuale voto contrario o dissenso mediante comunicazione depositata nella cancelleria del tribunale.

Silenzio-assenso

Il voto dei creditori si basa sulla regola del cd. silenzio-assenso: i creditori che non fano pervenire il loro dissenso nel termine perentorio fissato dal giudice delegato si ritengono consenzienti (art. 244, comma 2). Una espressa manifestazione di volontà è, quindi, necessaria nel solo caso in cui il creditore voglia esprimere il proprio dissenso rispetto alla proposta di concordato, mentre invece il silenzio serbato è parificato ai voti favorevoli. Si tratta, evidentemente, di una regola dettata con l'intento di favorire il raggiungimento delle maggioranze, ricomprendendo i creditori "apatici" e "disinteressati" tra i favorevoli, a conferma del *favor* del legislatore verso il concordato di liquidazione.

Maggioranza

Per quanto riguarda il calcolo delle maggioranze, il concordato è approvato se ottiene il voto favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto (art. 244, comma 1).

Il principio di maggioranza è basato sull'ammontare dei crediti ammessi al voto, non sul numero dei creditori.

Nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori, è richiesta una doppia maggioranza (art. 244, comma 1). La proposta deve sempre essere approvata dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma tale maggioranza deve verificarsi anche nel maggior numero delle classi, all'interno delle quali, ovviamente, va calcolata in base all'ammontare dei crediti ammessi al voto nella classe stessa.

Regole nel caso di voto su più proposte

Regole specifiche sono adottate nell'ipotesi in cui vengano sottoposte al voto più proposte di concordato. In questo caso, si considera approvata quella che ha conseguito il maggior numero di consensi e, in caso di parità, quella presentata per prima (art. 244, comma 4). Il procedimento di calcolo delle votazioni in presenza di proposte concorrenti si basa su due distinti e successivi passaggi: prima si dovrà calcolare il numero di voti favorevoli complessivamente riportati da ciascuna proposta e identificare la proposta "prevalente", ossia la proposta che ha ricevuto il maggior numero di voti favorevoli; a seguire, si dovrà valutare se la proposta "prevalente" sia anche stata approvata dai creditori e se, quindi, abbia raggiunto la maggioranza prevista.

8. Il giudizio di omologazione

Decorso il termine stabilito per le votazioni, il curatore procede al conteggio e presenta al giudice delegato una relazione sul loro esito (art. 245, comma 1).

Mancata approvazione del concordato

Se la proposta non è stata approvata, il giudice delegato dispone con decreto la "chiusura" del procedimento o, comunque, la improcedibilità del ricorso del proponente. Avverso questo decreto sarà proponibile da parte del proponente reclamo *ex* art. 124, con il quale far valere eventuali vizi relativi al conteggio dei voti (come, ad esempio, nel caso in cui il mancato raggiungimento delle maggioranze sia stato conseguenza di un voto illegittimamente espresso), essendo il reclamo l'unico strumento di tutela in mancanza della possibilità di proporre opposizione all'omologazione proprio per effetto della mancata apertura di questa fase.

Apertura del giudizio di omologazione

Se, al contrario, la proposta è stata approvata, si apre la fase del giudizio di omologazione. Il giudice delegato dispone che il curatore dia immediata comunicazione dell'avvenuta approvazione al proponente, affinché richieda l'omologazione del concordato, e ai creditori dissenzienti (art. 245, comma 2).

Modifica e rinuncia alla domanda

L'approvazione da parte dei creditori costituisce anche il momento finale dopo il quale la proposta non è più modificabile. La matrice negoziale che caratterizza (accanto a quella processuale) il concordato fa argine, infatti, rispetto a modifiche che siano successive all'accettazione della proposta di concordato manifestata dai creditori attraverso l'approvazione. Diversamente, anche dopo l'approvazione il creditore può rinunciare di fatto alla proposta, semplicemente omettendo di chiedere l'omologazione, così bloccando il procedimento. Ovviamente, la mancata richiesta di omologazione apre la strada a possibili azioni risarcitorie da parte degli organi della procedura per i possibili danni alla massa derivanti dall'inutile protrarsi del procedimento di concordato (ad esempio, nel caso in cui il proponente abbia chiesto ed ottenuto la sospensione delle attività di liquidazione).

Con il medesimo decreto con il quale dispone la comunicazione al curatore, il giudice delegato fissa un termine non inferiore a quindici giorni e non superiore a trenta giorni per il deposito da parte del comitato dei creditori di una relazione motivata col suo parere definitivo e per la proposizione di eventuali opposizioni, anche da parte di qualsiasi altro interessato. Questo decreto va pubblicato mediante trasmissione di un estratto da cura del cancelliere all'ufficio del registro ai fini della sua iscrizione.

Parere definitivo del comitato dei creditori

Il parere definitivo del comitato dei creditori nell'ambito del giudizio di omologazione, che deve riguardare la convenienza e la fattibilità della proposta, non è vincolante, a differenza di quello richiesto nella fase iniziale del procedimento, avendo la sola funzione di mettere a disposizione degli altri organi della procedura elementi valutativi utili ai fini dell'adempimento dei rispettivi compiti. Se il comitato dei creditori non provvede alla redazione del parere nel termine richiesto, la relazione conclusiva è predisposta dal curatore nei sette giorni successivi.

Opposizioni

La legittimazione all'opposizione spetta ai creditori dissenzienti ed a "qualsiasi altro interessato". Tra i possibili interessati possono, tra gli altri, annoverarsi il debitore, titolare di un interesse funzionale alla tutela del proprio diritto di proprietà sui beni dell'attivo di liquidazione che potrebbero residuare al termine della procedura ed i creditori non ammessi al passivo perché la loro domanda non è ancora stata esaminata, oppure perché sono stati esclusi ed hanno proposto opposizione.

L'opposizione, che al pari della richiesta di omologazione si propone con ricorso, va notificata, unitamente al decreto di fissazione di udienza, al curatore ed al proponente (art. 245, comma 3).

Il giudizio di omologazione procede secondo due binari differenti a seconda che siano state proposte o meno opposizioni.

Omologazione in mancanza di opposizioni

Se nel termine fissato non vengono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato (art. 245, comma 4). Il controllo sulla regolarità della procedura comprende una verifica sia della legittimità della proposta, sia della correttezza del procedimento, senza però alcuna valutazione sul merito o sulla convenienza della proposta. Il decreto è espressamente qualificato come non soggetto a reclamo, ma si ritiene che sia proponibile da qualunque interessato ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111 Cost.

Omologazione in presenza di opposizioni

Se, invece, sono state proposte opposizioni, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. La proposizione dell'opposizione non muta, però, l'oggetto della cognizione del tribunale, sempre limitato al solo profilo della legittimità della proposta e del procedimento.

Nella sola ipotesi in cui venga presentata opposizione in presenza di una proposta che preveda la suddivisione in classi, al tribunale è richiesto di procedere anche ad una valutazione di convenienza della proposta, sia pure entro limiti e condizioni stringenti: se, infatti, un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale deve verificare se il credito dell'opponente possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, potendo procedere all'omologazione solo quando tale verifica abbia esito positivo (art. 245, comma 5). Si tratta, quindi, di una valutazione di convenienza limitata solo alla comparazione tra il trattamento offerto al creditore opponente in sede di concordato ed il trattamento che quel medesimo creditore potrebbe conseguire nelle alternative concretamente praticabili, ossia attraverso la prosecuzione della liquidazione, non già di una valutazione di convenienza estesa al complessivo soddisfacimento offerto a tutti i creditori concordatari.

Il provvedimento conclusivo del tribunale all'esito del giudizio in cui siano state proposte opposizioni, sia in caso di omologa, sia in caso di diniego di omologa, ha la forma del decreto, reclamabile dinanzi alla corte di appello con ricorso da depositarsi nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto fatta dalla cancelleria del tribunale (art. 247). La legittimazione al reclamo spetta alle sole parti che abbiano partecipato al giudizio di omologazione (proponente e opponenti), non essendo legittimato a proporre il reclamo chi non abbia presentato opposizione. La corte d'appello provvede a sua volta con decreto motivato, impugnabile con ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla notificazione.

9. Gli effetti del concordato

L'efficacia della proposta di concordato si realizza in momenti diversi a seconda che siano state presentate o meno opposizioni all'omologazione.

Efficacia della proposta in mancanza di opposizioni

Se non sono state presentate opposizioni, la proposta diventa efficace del momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione (art. 246), sempre che, ovviamente, il tribunale provveda poi effettivamente all'omologazione all'esito della valutazione d'ufficio da compiersi sulla regolarità della procedura.

Efficacia della proposta in presenza di opposizioni

Se sono state presentate opposizioni, la proposta diventa efficace dal momento in cui si esauriscono le possibili impugnazioni avverso il decreto di omologazione (reclamo e ricorso per cassazione).

Gli effetti dell'omologazione del concordato sono molteplici e si producono nei confronti dei creditori, degli organi della procedura, del debitore, dei giudizi pendenti e del proponente (ove diverso dal debitore).

Effetti nei confronti dei creditori

Con riferimento ai creditori, per effetto dell'omologazione del concordato di liquidazione la loro pretesa creditoria viene conformata secondo i termini e le condizioni previsti nella proposta, sostituendosi alla obbligazione originaria l'obbligazione concordataria, diversa per natura, importo, tempistica di adempimento o anche solo per il soggetto passivo (nel caso in cui il proponente o, comunque, il soggetto che assume gli obblighi concordatari sia diverso dal debitore). I creditori rinunciano ad ottenere la soddisfazione del loro credito attraverso i riparti nella liquidazione giudiziale e, quale corrispettivo, diventano titolari della obbligazione oggetto della proposta concordataria loro rivolta ed accettata.

La sostituzione dell'obbligazione originaria con la nuova obbligazione concordataria opera con riferimento a tutti i creditori concorrenti, sia che abbiano votato a favore della proposta di concordato, sia che abbiano votato in senso contrario. Ciò in applicazione del principio di maggioranza che presiede alla procedura concordataria, in forza del quale la volontà della maggioranza dei creditori (espressa sulla base dell'ammontare dei crediti) vincola anche la minoranza.

Anche i creditori anteriori alla sentenza che dichiara l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo sono soggetti agli effetti dell'omologazione, ma ad essi non si estendono però le garanzie date nel concordato da terzi (art. 248).

Malgrado il descritto effetto novativo/modificativo del concordato, i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso (art. 248, comma 2).

Effetti nei confronti degli organi della procedura

Con riferimento agli organi della procedura, gli effetti sono il riflesso della cessazione della procedura di liquidazione giudiziale. Quando il decreto di omologazione diventa definitivo, infatti, il tribunale dichiara chiusa la procedura di liquidazione giudiziale (art. 246, comma 2). In conseguenza della chiusura della procedura, il curatore deve rendere il conto della gestione e gli organi della procedura (giudice delegato, curatore e comitato dei creditori) restano in carica al fine di sorvegliare l'adempimento del concordato.

Effetti nei confronti del debitore

Nei confronti del debitore, l'omologa del concordato produce un duplice effetto.

In primo luogo, l'omologazione determina a beneficio del debitore il cd. effetto esdebitatorio, per cui egli è liberato dai debiti nei confronti di tutti i creditori anteriori, con sostituzione del suo originario debito con la nuova obbligazione concordataria assunta dal proponente. Nel caso in cui la proposta sia presentata dal debitore, ovviamente, l'esdebitazione opera con riferimento alla differenza tra l'ammontare di tutti i suoi debiti e la percentuale offerta in sede concordataria. Vi è, però, una possibile limitazione a questo effetto esdebitatorio quando la proposta proviene dal terzo e preveda la limitazione della responsabilità del proponente ai creditori ammessi al passivo e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda tardiva al tempo della proposta; in tal caso, il debitore continua a rispondere, sia pure nei limiti della misura concordataria, nei confronti degli altri creditori anteriori, ferme le regole in tema di esdebitazione.

In secondo luogo, la chiusura della procedura in conseguenza dell'omologa determina la cessazione degli effetti patrimoniali e personali della procedura di liquidazione giudiziale. Il debitore torna così *in bonis* e viene esdebitato (salvo eccezioni per i crediti non insinuati), anche se, in caso di omologa di proposta del terzo, viene privato della proprietà del suo patrimonio, che viene interamente "trasferito" al proponente o al soggetto da questi indicato.

Effetti nei confronti dei soci illimitatamente responsabili

Nell'ipotesi di società con soci illimitatamente responsabili, il concordato della società, salvo patto contrario, ha effetto anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e fa cessare la procedura di liquidazione giudiziale aperta nei loro confronti (art. 266, comma 1). Si produce così l'effetto di esdebitare il socio per le obbligazioni sociali, ma restano ovviamente intatti i debiti personali del socio, che non sono trattati nel concordato della società.

Effetti nei confronti dei giudizi pendenti

Nei confronti dei giudizi pendenti, va distinto tra cause sul passivo e cause attive. Per quanto riguarda le prime, i giudizi di opposizione a stato passivo si interrompono e possono essere riassunti contro il proponente, che subentra nella posizione processuale del curatore. Analoga regola vale per i giudizi di impugnazione, dove l'interesse alla riassunzione può esistere anche in capo al proponente. Per quanto riguarda le cause attive, i giudizi si interrompono e possono proseguire da parte del proponente, determinandosi una successione a titolo particolare del proponente nel diritto controverso *ex* art. 111 c.p.c.

Effetti nei confronti del proponente

Con riferimento al proponente (se diverso dal debitore), gli effetti consistono nel sorgere degli obblighi concordatari verso i creditori e nel diritto al trasferimento in suo favore (o in favore di altro soggetto da esso

eventualmente indicato) dell'intero patrimonio oggetto della procedura di liquidazione giudiziale. Ma di questo ne parliamo nel paragrafo che segue, trattandosi di vicende che attengono propriamente alla fase esecutiva del concordato omologato.

10. Esecuzione, risoluzione e annullamento

Esecuzione

Quando l'omologa diventa definitiva, il tribunale dichiara chiusa la procedura di liquidazione giudiziale e si avvia la fase dell'esecuzione del concordato, nella quale il proponente deve provvedere all'adempimento delle obbligazioni concordatarie, ottenendo quale corrispettivo il trasferimento dell'intero attivo della procedura (se il proponente è un terzo) o la liberazione del patrimonio dal vincolo concorsuale (se il proponente è il debitore). Sia per quanto l'adempimento delle obbligazioni concordatarie, sia per quanto riguarda il trasferimento (o liberazione) dell'attivo, si dovrà procedere conformemente alle modalità ed alle tempistiche previste nella proposta, come eventualmente precisate nel decreto di omologazione, che può specificare, ma non modificare il contenuto della proposta approvata dai creditori.

Adempimento degli obblighi concordatari

Con riferimento all'adempimento degli obblighi concordatari, vi deve normalmente provvedere il proponente, ma si deve tenere conto di quanto previsto nella proposta e dello specifico contenuto dell'obbligazione concordataria. Così, nel caso di pagamento in danaro, è frequente l'inserimento nella proposta di una previsione per cui il proponente si impegna a versare al curatore la provvista finanziaria prevista e poi sarà il curatore a provvedere al materiale pagamento ai creditori sulla base delle risultanze dello stato passivo. Nell'ipotesi di creditori contestati (es.: credito non ammesso al passivo e oggetto di opposizione) o condizionali (la cui ammissione è sottoposta a condizione), le somme sono depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato (art. 249) e verranno poi versate al creditore se e nei limiti in cui il credito sarà accertato o la condizione verificatasi. Analogo obbligo di deposito è previsto per i creditori cd. "irreperibili", ossia per i creditori che non sono rintracciabili (perché, ad esempio, non risulta più conosciuto l'indirizzo o perché non hanno fornito l'indirizzo PEC, oppure perché, trattandosi di società, sono state cancellate dal registro delle imprese) dal curatore ai fini del pagamento.

Trasferimento dell'attivo

Con riferimento al trasferimento dell'attivo, il decreto di omologazione può essere già titolo per il trasferimento della proprietà (suscettibile anche di essere iscritto e/o trascritto e/o annotato nei pubblici registri ai fini dell'opponibilità ai terzi), ma è diffusa la prassi di rimettere a successivi atti ricognitivi o negozi di accertamento stipulati dal curatore il trasferimento dei singoli beni. Ciò per un duplice motivo: in primo luogo, consente di stipulare atti di trasferimento per singoli beni che abbiano una maggiore

specificazione e identificazione rispetto a quella consentita dal decreto di omologazione (si pensi, ad esempio, al trasferimento degli immobili); in secondo luogo, si subordina prudenzialmente il trasferimento alla verifica dell'effettivo adempimento degli obblighi da parte del proponente. Questa seconda esigenza può essere assolta anche prevedendo che il decreto di omologazione sia titolo per il trasferimento della proprietà degli elementi facenti parte dell'attivo della procedura, ma che tale effetto traslativo sia sospensivamente condizionato all'esatto adempimento da parte della proponente delle obbligazioni concordatarie.

Il trasferimento dell'attivo in sede concordataria avviene con il medesimo effetto purgativo che caratterizza le vendite nella liquidazione giudiziale, così che il decreto di omologazione o un successivo decreto del giudice delegato dovrà disporre la cancellazione di tutte le formalità pregiudizievoli e, nel caso di trasferimento dell'azienda, è esclusa la responsabilità del proponente (o del terzo designato) per i debiti sorti prima del trasferimento.

L'esecuzione del concordato può avvenire in modo completo, oppure può interrompersi per il verificarsi di una patologia.

Completa esecuzione

Nel primo caso (completa esecuzione), il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori sorvegliano l'adempimento del concordato e, una volta accertata la completa esecuzione, il giudice delegato ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia e adotta ogni misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato (art. 249, comma 3).

Nel secondo caso (non completa esecuzione), può essere disposta la risoluzione (art. 250) o l'annullamento del concordato (art. 251). I due strumenti si differenziano per la diversa natura dei fatti che ne legittimano la richiesta: la risoluzione può essere richiesta per il verificarsi di fatti sopravvenuti rispetto all'omologazione, mentre l'annullamento può essere richiesto per la scoperta di fatti precedenti rispetto all'omologazione che erano stati dolosamente occultati.

Risoluzione

La risoluzione del concordato può essere chiesta da ciascun creditore se le garanzie promesse non vengono costituite o se il proponente non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dal concordato. Il presupposto della risoluzione è, quindi, l'inadempimento che, conformemente alle regole negoziali, non deve essere di "scarsa importanza", avuto riguardo agli interessi dei creditori. A differenza che nella ordinaria disciplina dei contratti, tuttavia, non è richiesta l'imputabilità dell'inadempimento, essendo rilevante il solo fatto oggettivo del mancato adempimento degli obblighi. La risoluzione non può essere chiesta, inoltre, quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti dal proponente o da uno o più creditori con liberazione immediata del debitore.

Il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro un anno dalla

scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato ed apre un procedimento che si svolge con l'osservanza delle medesime regole che presiedono quello per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, con in più la previsione della partecipazione dell'eventuale garante. La sentenza che risolve il concordato riapre la procedura di liquidazione giudiziale ed è provvisoriamente esecutiva, anche se reclamabile innanzi alla corte di appello e, poi, innanzi alla cassazione con le stesse modalità previste per le impugnazioni avverso la sentenza che pronuncia l'apertura della liquidazione giudiziale.

Annullamento

L'annullamento del concordato può essere disposto dal tribunale, su istanza del curatore o di qualunque creditore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo o che è stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Considerando la gravità delle conseguenze dell'annullamento, per addivenire allo stesso è richiesto però non solo il requisito del dolo da parte del proponente nella rappresentazione del passivo o nella sottrazione dell'attivo, ma anche l'ulteriore requisito della prova della rilevanza della falsa rappresentazione nella determinazione dei creditori e del tribunale. I motivi di annullamento sono tassativi, non essendo ammessa alcuna altra azione di nullità.

Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato. Depositato il ricorso per annullamento, il procedimento si svolge con le stesse modalità disposte per quello volto alla risoluzione. Analogamente, anche la sentenza che annulla il concordato riapre la procedura di liquidazione giudiziale ed è provvisoriamente esecutiva, anche se reclamabile innanzi alla corte di appello e, poi, innanzi alla cassazione.

Effetti della risoluzione e dell'annullamento

Nei casi di risoluzione o annullamento del concordato, vengono meno gli effetti prodotti dall'omologazione nei confronti dei creditori, degli organi della procedura, del debitore e dello stesso proponente/assuntore, sia pure con alcuni temperamenti.

Per i creditori anteriori "rivive" l'originario credito, ma, per attenuare il pregiudizio subìto, si prevede che essi conservino le garanzie per le somme ancora ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato e che non siano tenuti a restituire quanto hanno già riscosso, concorrendo nelle nuove ripartizioni per l'importo dell'originario credito, detratta la parte riscossa in parziale esecuzione del concordato.

Per gli organi della procedura, la riapertura della liquidazione giudiziale conseguente alla risoluzione o all'annullamento determina che gli stessi tornino in carica nella pienezza dei loro compiti. Nella procedura riaperta concorreranno i creditori vecchi e nuovi, e le azioni revocatorie già iniziate e interrotte per effetto del concordato potranno essere riproposte (art. 252, comma 2).

Per il debitore viene meno l'effetto esdebitatorio e si riapriranno gli effetti patrimoniali e personali della procedura di liquidazione giudiziale.

Per il proponente o assuntore, viene meno il titolo giustificativo del trasferimento in suo favore dei beni, che devono quindi essere trasferiti alla massa dei creditori. Se i beni sono stati nelle more alienati, la tutela del terzo acquirente è affidata alle regole generali in tema di risoluzione e annullamento.

Sezione 13

La liquidazione giudiziale delle società e delle imprese collettive non societarie

1. Premessa

L'attività d'impresa a carattere medio-grande è solitamente esercitata in forma collettiva, tipicamente nella forma dell'impresa societaria; di conseguenza, anche il debitore sottoposto a liquidazione giudiziale è di solito una società, non un imprenditore individuale.

Coordinamento tra diritto societario e diritto della crisi e dell'insolvenza

Quando viene aperta la liquidazione giudiziale nei confronti di una società si contrappongono due distinti blocchi normativi: da un lato, le norme di diritto societario, che disciplinano l'ordinamento interno della società ed i rapporti tra società e terzi, dall'altro lato, le norme di diritto della crisi e dell'insolvenza, che disciplinano lo svolgimento e gli effetti della procedura di liquidazione giudiziale. Per assicurare il doveroso coordinamento ed equilibrio tra le due normative, il legislatore detta alcune norme che trovano applicazione solo ed esclusivamente quando il debitore sottoposto a liquidazione giudiziale sia una società e che non si applicano quando il soggetto passivo della procedura sia un imprenditore individuale.

Disciplina comune e disciplina speciale

Di seguito si procederà all'esame di queste norme specificamente destinate alla liquidazione giudiziale delle società, avendo cura di precisare un dato di fondamentale importanza. Per tutti i profili non regolati espressamente dalle norme specificamente destinate alle società, le norme dettate in termini generali per la procedura di liquidazione giudiziale trovano applicazione anche per le società. Pertanto, la disciplina della liquidazione giudiziale delle società si compone di una parte "comune", rappresentata dalle norme previste per tutte le procedure di liquidazione giudiziale indipendentemente dal soggetto passivo, e da una parte "speciale", rappresentata dalle norme che trovano applicazione solo quando la procedura si apre a carico di una società.

Resta fermo, ovviamente, che anche le norme che compongono la parte "comune" devono essere interpretate tenendo conto delle specificità del fenomeno societario e che eventuali lacune vanno colmate tenendo conto non solo dei princìpi generali del diritto della crisi e dell'insolvenza, ma anche dei princìpi generali che disciplinano il diritto societario. Questo non vuol dire che possa configurarsi, come talvolta si afferma, l'esistenza di un "diritto societario della crisi", quale sistema tendenzialmente autonomo e dotato di propri princìpi generali rispetto al diritto sostanziale, perché le ordinarie norme sostanziali, sia concorsuali che societarie, continuano comunque a trovare applicazione, salva la necessità di un loro adattamento, in via interpretativa, in ragione del peculiare contesto di riferimento.

2. Gli effetti della liquidazione giudiziale sul contratto di società

L'apertura della liquidazione giudiziale non produce l'estinzione della società, che continua ad esistere durante l'intera procedura, ma determina rilevanti effetti sul contratto (o atto unilaterale) di società e sull'organizzazione societaria.

Effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale sul contratto di società

Con riferimento al contratto di società, l'apertura della liquidazione giudiziale costituisce causa di scioglimento sia delle società di persone (art. 2308 c.c.), sia delle società di capitali (art. 2484, comma 1, lett. 7-*bis*, c.c.). Il reale significato applicativo della individuazione della liquidazione giudiziale quale causa di scioglimento non è chiaro, perché può fondatamente dubitarsi che essa operi allo stesso modo, e con gli stessi effetti, delle altre cause di scioglimento. Pare preferibile l'opinione di quanti ritengono che l'apertura della liquidazione determini solo una sorta di blocco provvisorio alla possibilità di realizzare l'oggetto sociale, in conseguenza dell'intervenuto spossessamento che priva la società della disponibilità e dell'amministrazione del suo patrimonio, come confermato anche dalla circostanza che, per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale, non devono essere nominati i liquidatori (a differenza di quanto avviene nelle ordinarie cause di scioglimento), rimanendo in carica gli amministratori (art. 254); ovviamente, se la società era già in stato di liquidazione al momento dell'apertura della procedura, restano in carica i liquidatori già in precedenza nominati.

Effetti della chiusura della liquidazione giudiziale sul contratto di società

Anche la chiusura della procedura di liquidazione giudiziale determina effetti sul contratto di società, che si distinguono a seconda che si tratti di un caso di chiusura cd. satisfattivo (mancata proposizione di domande di ammissione al passivo o pagamento/estinzione integrale di tutti i crediti ammessi e delle spese in prededuzione) o non satisfattivo (ripartizione finale dell'attivo o insufficienza dell'attivo). Sul punto, si

rinvia alla trattazione già svolta in precedenza (sez. 11, par. 4 in questo capitolo).

3. Gli effetti della liquidazione giudiziale sull'organizzazione societaria

Organi sociali

Con riferimento all'organizzazione societaria, durante la procedura gli organi sociali rimangono in carica. Conferma diretta di questo si rinviene nella previsione per cui gli amministratori e i liquidatori della società in liquidazione giudiziale sono sentiti e rendono le informazioni richieste dal curatore e del comitato dei creditori (art. 254), nonché nelle norme che disciplinano le rispettive competenze degli amministratori, dell'assemblea e dei soci nella fase della eventuale presentazione della proposta di concordato di liquidazione (art. 265).

Gli organi sociali restano in carica durante la procedura e conservano integri i propri poteri, fermo restando la necessaria compressione che deriva dallo spossessamento e, più in generale, dalla particolare situazione giuridica in cui viene a trovarsi la società dal momento dell'apertura della liquidazione giudiziale. Durante la procedura, i poteri di disposizione ed amministrazione del patrimonio sociale sono attribuiti al curatore, mentre gli organi sociali conservano i propri poteri in ordine all'organizzazione societaria (rappresentanza legale, delibere o decisioni dei soci, ecc.), salve le limitazioni derivanti dall'attribuzione al curatore anche dei poteri relativi all'organizzazione societaria.

Amministratori

Per quanto riguarda gli amministratori (o i liquidatori, nel caso in cui la società sia già in liquidazione al momento dell'apertura della procedura), in particolare, restano titolari del potere di gestione e di rappresentanza sociale, spettando ad essi di esercitare i diritti di cui la società è titolare e di manifestare all'esterno la volontà sociale durante la procedura. Il perdurante rilievo della figura degli amministratori e dei liquidatori durante la procedura, i quali devono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il debitore e sono tenuti a fornire le informazioni o i chiarimenti necessari per la gestione della procedura richiesti dal curatore o dal comitato dei creditori (art. 254), spiega perché gli stessi siano tenuti a comunicare al curatore la propria residenza ovvero il proprio domicilio e ogni loro cambiamento (art. 149).

Proprio in ragione di questi perduranti poteri ed obblighi, gli amministratori (così come i liquidatori ed i sindaci) continuano a maturare un compenso durante la procedura di liquidazione giudiziale. Si tratta, tuttavia, di un credito non opponibile alla massa dei creditori e non efficace rispetto alla procedura; una volta chiusa la procedura senza cancellazione dal registro delle imprese, tale compenso potrà essere fatto valere nei con-

fronti della società tornata *in bonis*, ferma l'evidente necessità di una corretta quantificazione dello stesso alla luce dei concreti compiti assolti durante la procedura.

Se amministratori ed i liquidatori restano in carica ed esercitano le loro funzioni, pur nei limiti connessi alla mutata situazione giuridica, gli stessi possono anche essere sostituiti durante la procedura. Non vi sono ostacoli, infatti, ad un eventuale mutamento soggettivo dell'organo amministrativo, liquidatorio o di controllo, da esercitarsi nelle forme previste per ciascun tipo sociale e nel rispetto dei limiti di legge, perché trattasi di modifica che incide sull'organizzazione sociale e non già sul patrimonio sociale.

Assemblea

L'assemblea dei soci può assumere anche delibere diverse e ulteriori rispetto a quelle attinenti alla sostituzione degli organi sociali. In ipotesi, potrebbe essere deliberata anche una modifica statutaria, compresa un'eventuale delibera di aumento del capitale sociale, che non si pone in contrasto con la struttura e la finalità della procedura. È, inoltre, prevista espressamente la possibilità, anche in pendenza di procedura concorsuale, della trasformazione (art. 2499 c.c.), della fusione (art. 2501, comma 2, c.c.) e della scissione (art. 2506, u.c., c.c.). Resta fermo che queste delibere rimangono irrilevanti rispetto al patrimonio sociale oggetto di spossessamento e devono ora coordinarsi con i prevalenti poteri attribuiti al curatore anche in materia di organizzazione societaria, che adesso andiamo ad esaminare.

4. (*Segue*) L'attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea

Anche se gli organi sociali restano in carica, l'apertura della liquidazione giudiziale impatta in modo significativo sui poteri e le regole organizzative interne della società debitrice. Al curatore è attribuito, infatti, non solo il potere di disporre ed amministrare il patrimonio della società debitrice, ma anche il potere di compiere gli atti e le operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società o, per determinati atti od operazioni, i poteri dell'assemblea dei soci. In tal modo, i poteri degli organi sociali non sono più limitati solo sul piano esterno, per effetto dello spossessamento, ma possono essere limitati anche sul piano interno, per effetto dell'eventuale esercizio delle facoltà spettanti al curatore.

Poteri del curatore riguardanti l'organizzazione societaria

In particolare, il curatore può compiere gli atti e le operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione, dandone adeguata e tempestiva informazione ai soci ed ai creditori della società (art. 264, comma 1). Il programma di liquidazione può altresì prevedere l'attribuzione al curatore, per determinati atti od operazioni, dei poteri dell'assemblea dei soci (art. 264, comma 2).

Finalità

Le finalità di questa previsione sono evidenti: vi sono casi in cui la liquidazione dei beni, sia unitaria che "atomistica", potrebbe risolversi in un pregiudizio patrimoniale, per il rischio della revoca di autorizzazioni o concessioni strumentali all'attività d'impresa. In queste ipotesi, la soddisfazione dei creditori concorsuali può essere più efficacemente perseguita attraverso l'ingresso di terzi nel capitale sociale della società debitrice e l'utilizzo delle risorse per i riparti in favore dei creditori concorrenti. Per fare ciò, si deve consentire al curatore di poter agire sulla organizzazione e sulla struttura finanziaria, anche contro la volontà dei soci.

Perimetro applicativo

Il perimetro applicativo degli atti che il curatore può compiere è ampio. Vi rientrano, ad esempio, l'aumento di capitale sociale, anche con esclusione o limitazione del diritto di opzione dei soci, la predisposizione di progetti di fusione o scissione, l'approvazione degli stessi e la stipula dei relativi atti, l'emissione di strumenti finanziaria partecipativi e così via. È evidente che al curatore sarà poi attribuito anche il potere di dare attuazione alle operazioni organizzative, compiendone gli atti esecutivi.

Modalità di esercizio

Delineato il perimetro applicativo, passiamo adesso alla definizione delle modalità di esercizio dei poteri del curatore. Le operazioni organizzative del curatore vanno attuate senza una preventiva deliberazione assembleare, ma a mezzo di atti compiuti dal curatore, suscettibili di produrre direttamente effetti giuridici sul piano esterno e sul piano organizzativo interno. Pertanto, sia nel caso di atti e operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società, sia nel caso di esercizio dei poteri dell'assemblea, l'atto produttivo di effetti sarà quello del curatore, del quale si dovrà eventualmente procedere all'iscrizione nel registro delle imprese.

Tutela dei soci, dei creditori e dei terzi

L'attribuzione dei poteri organizzativi al curatore pone, evidentemente, un'esigenza di tutela dei soci, dei creditori e dei terzi.

Per quanto riguarda i soci, in particolare, gli stessi, anche durante la procedura di liquidazione giudiziale, sono portatori di un interesse alla conservazione del valore della partecipazione sociale di cui essi sono titolari nell'ambito della società debitrice, potendo in astratto esservi all'esito della chiusura un residuo attivo da restituire alla società e sul quale possono vantare, indirettamente, le proprie pretese dopo il ritorno *in bonis*. Ne consegue che, ad esempio, la loro estromissione dalla compagine sociale attraverso un aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione potrebbe risolversi in un pregiudizio patrimoniale per i soci, nella misura in cui li priva del valore delle partecipazioni sociali di cui sono ancora titolari, sempre che le suddette partecipazioni sociali abbiano ancora un perdurante ed effettivo valore economico.

Un primo strumento di tutela è assicurato dalla necessità che gli atti e le operazioni siano previste nel programma di liquidazione, che viene appro-

vato dal comitato dei creditori, ma solo dopo che il giudice delegato ne abbia autorizzato la sottoposizione al comitato stesso (art. 214, comma 7).

Altra forma di tutela è rappresentata dall'obbligo di adeguata e tempestiva informazione che deve essere garantita ai creditori ed ai soci per il compimento di atti e operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria (art. 264, comma 1).

La principale tutela è, comunque, successiva al compimento dell'atto o operazione ed è assicurata attraverso l'espressa attribuzione del potere per i soci, i creditori ed i terzi interessati di proporre reclamo al giudice delegato avverso gli atti del curatore (art. 264, comma 1). Il reclamo al giudice delegato va considerato lo strumento esclusivo di impugnazione concesso ai soci, creditori e terzi interessati, in coerenza con il principio di concentrazione in ambito concorsuale degli strumenti di tutela avverso le operazioni societarie, e ciò significa che non sono ammissibili impugnazioni delle eventuali delibere o atti con gli ordinari strumenti societari. Resta fermo che attraverso il reclamo potranno farsi valere non solo le azioni di nullità o annullabilità delle deliberazioni, ma anche tutte le possibilità di opposizione dei creditori previste dal diritto societario.

5. Le azioni di responsabilità

La procedura di liquidazione giudiziale costituisce, nella prassi, il campo di elezione privilegiato nel quale vengono esercitate le azioni di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali delle società in procedura. Il curatore ha, infatti, il compito specifico di compiere accertamenti sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo della società (art. 130) ed è frequente che, all'esito di questi accertamenti, ritenga che emergano violazioni delle regole di condotta che disciplinano l'agire dei componenti degli organi sociali, con conseguente responsabilità degli stessi nei confronti della società in procedura.

Disciplina sostanziale delle azioni di responsabilità

Sul piano della disciplina sostanziale, la circostanza che l'azione di responsabilità sia esercitata dal curatore non determina alcuna modifica o eccezione. In punto di fatti costitutivi della responsabilità, trovano applicazione le stesse e identiche regole che disciplinano le azioni di responsabilità nelle società *in bonis*.

Disciplina processuale delle azioni di responsabilità

Diverso è il discorso per quanto riguarda il piano processuale. Quando l'azione di responsabilità è esercitata dal curatore, si applicano regole speciali e derogatorie in punto di legittimazione e di regime autorizzatorio. In questa sede, pertanto, saranno trattati solo questi profili derogatori delle azioni di responsabilità esercitate dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale a carico della società.

Con riferimento alla legittimazione, il curatore può promuovere o proseguire: a) l'azione sociale di responsabilità; b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 (nelle s.p.a.) e dall'art. 2476, comma 6, c.c. (nelle s.r.l.); c) l'azione nei confronti dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi prevista dall'art. 2476, comma 8, c.c.; d) l'azione dei creditori sociali per abuso di direzione e coordinamento prevista dall'art. 2497, comma 4, c.c.; e) tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge (art. 255).

Azione sociale

Per quanto riguarda l'azione sociale di responsabilità, con la quale il curatore agisce a carico degli amministratori, dei sindaci, dei liquidatori e del direttore generale per ottenere il risarcimento del danno prodotto al patrimonio sociale da un atto, colposo o doloso, commesso in violazione dei doveri imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, l'attribuzione al curatore della legittimazione esclusiva è coerente con le regole in tema di spossessamento (art. 142), sostituzione del curatore nella gestione del patrimonio del debitore (art. 128) e sua legittimazione nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale (art. 143). Per tale motivo, anche l'azione sociale di responsabilità esercitata dai soci di minoranza ai sensi dell'art. 2393-*bis* c.c. viene attribuita al curatore nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una società per azioni: il positivo esperimento dell'azione esercitata dai soci di minoranza va comunque a vantaggio del patrimonio della società, così spettando la legittimazione al curatore, unico legittimato a far valere la tutela risarcitoria per ottenere il ristoro di un pregiudizio subìto dal patrimonio della società in procedura.

Azione dei creditori sociali

Per quanto riguarda l'azione dei creditori sociali, con la quale il curatore agisce per ottenere il risarcimento del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, nella misura in cui sia stato reso insufficiente alla integrale soddisfazione dei creditori della società da un atto commesso, con dolo o colpa, in violazione degli obblighi funzionali alla conservazione della sua integrità, l'attribuzione della legittimazione al curatore è coerente con il riconoscimento allo stesso del potere esclusivo di esercitare tutte le azioni di massa dirette alla ricostituzione della garanzia patrimoniale del debitore.

Azione nei confronti dei soci

Per quanto riguarda l'azione nei confronti dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi prevista dall'art. 2476, comma 8, c.c., si tratta nient'altro che dell'estensione anche a questa peculiare azione della regola della legittimazione esclusiva del curatore alle azioni di responsabilità.

Azione per abuso di direzione e coordinamento

Per quanto riguarda l'azione che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., può essere esercitata contro le società o gli enti che abbiano "abusato" dell'attività di direzione e coordinamento, al curatore è attribuita solo la legittimazione all'azione dei creditori sociali, mentre la legittimazione all'esercizio dell'azione spettante ai soci della società in procedura rimane in

capo a questi ultimi. Se, inoltre, si condivide la tesi che riconosce alla stessa società "eterodiretta" danneggiata la legittimazione all'azione nei confronti della capogruppo, al curatore spetterà anche la legittimazione all'azione della società, trattandosi di un diritto risarcitorio che entra nell'attivo della procedura.

Azione individuale dei soci e dei terzi

Il curatore non è, invece, legittimato ad esercitare l'azione individuale *ex* artt. 2395 e 2476, comma 8, c.c., volta al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori e degli altri componenti degli organi sociali. In tal caso, il pregiudizio non si determina nel patrimonio sociale, ma solo nel patrimonio del socio o del terzo, così che il curatore non ha titolo per chiedere un risarcimento di un danno causato a terzi soggetti.

Legittimazione esclusiva

La legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità sopra descritte è esclusiva. Ciò significa che, durante la procedura di liquidazione giudiziale, l'azione di responsabilità può essere esercitata unicamente dal curatore. Solo quando la procedura si chiude, nel caso in cui il curatore non abbia esercitato l'azione o abbia solo rinunciato agli atti, rivive la legittimazione dei soggetti legittimati (società, soci di minoranza, creditori sociali, a seconda del tipo di azione), i quali potranno esercitare nuovamente le rispettive azioni; ovviamente, nel caso in cui l'azione del curatore si sia conclusa con una sentenza passata in giudicato, oppure il curatore abbia transatto o rinunciato all'azione, non rivive, dopo la chiusura della procedura, la legittimazione della società, dei soci di minoranza e dei creditori sociali, perché il diritto risarcitorio si è ormai "consumato".

Autorizzazione del giudice delegato

Con riferimento, infine, al regime di autorizzazione, il curatore deve essere autorizzato dal giudice delegato (artt. 255, comma 1; 128, comma 2), al pari di quanto avviene solitamente in ogni altro giudizio. Il giudice delegato provvede con decreto motivato e l'autorizzazione deve essere rilasciata per ogni grado di giudizio (art. 123, comma 1, lett. f). Trattandosi di una condizione dell'azione e non di un presupposto processuale, l'autorizzazione, che solitamente viene rilasciata in un momento anteriore rispetto all'introduzione del giudizio, può essere concessa anche nel corso del giudizio, con effetti sananti *ex tunc*, salvo eventuali decadenze già maturate. In mancanza di autorizzazione, anteriore o sopravvenuta, l'azione viene invece dichiarata, anche d'ufficio, inammissibile.

Transazione o rinuncia

Anche l'eventuale transazione o rinuncia all'azione devono essere autorizzate, ma, determinandosi in questo caso un effetto estintivo del diritto sostanziale sottostante, l'autorizzazione compete al comitato dei creditori (art. 132). Proprio per questa estinzione del diritto risarcitorio, successivamente alla transazione o alla rinunzia all'azione è precluso ad ogni soggetto astrattamente legittimato, come già si è detto, l'esercizio dell'azione, anche dopo la chiusura della procedura.

6. Le altre norme in tema di liquidazione giudiziale delle società con soci a responsabilità limitata

Accanto a quelle finora esaminate (effetti apertura e chiusura procedura, attribuzione poteri al curatore, legittimazione del curatore per le azioni di responsabilità) l'apertura della liquidazione giudiziale di società con soci a responsabilità limitata determina altri limitati effetti sui soci e sull'operare delle regole del diritto societario.

Versamenti ancora dovuti

Nel caso in cui i soci o i precedenti titolari di azioni o quote non abbiano ancora assolto l'obbligo di conferimento, il giudice delegato può, su proposta del curatore, ingiungere i versamenti ancora dovuti, quantunque non sia scaduto il termine stabilito per il pagamento (art. 260). Il decreto del giudice delegato rappresenta nient'altro che un decreto ingiuntivo, emesso pur in mancanza di prova scritta *ex* art. 633 c.p.c., come confermato dal fatto che avverso di esso è proponibile opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c.

Patrimoni destinati

Regole particolari sono previste quando viene aperta la procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società per azioni nella quale siano stati costituiti uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447-*bis* c.c. I patrimoni destinati sono, in sintesi, dei patrimoni separati dal restante patrimonio della società e dagli altri patrimoni destinati: i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato, salvo che sulla parte dei frutti e proventi spettanti alla società, ed i creditori del patrimonio destinati possono di regola far valere i loro diritti solo sul patrimonio destinato e non sul residuo patrimonio sociale, salvo che la società non abbia disposto diversamente nel costituire il patrimonio separato. La disciplina concorsuale (artt. 176, 262-263) è differente nelle due figure di patrimonio destinato previste dall'art. 2447-*bis* c.c., ossia quella del patrimonio costituito dalla società con destinazione esclusiva ad un singolo affare (2447-*bis*, comma 1, lett. a) e quella del finanziamento di uno specifico affare con destinazione dei proventi o di parte di essi al rimborso totale o parziale del finanziamento stesso (art. 2447-*bis*, comma 1, lett. b).

Se è stato costituito un patrimonio destinato (*ex* art. 2447-*bis*, comma 1, lett. a), in caso di apertura della liquidazione giudiziale della società l'amministrazione del patrimonio destinato è attribuita al curatore, che vi provvede con gestione separata rispetto alla residua gestione della massa attiva della procedura; in ragione della separazione patrimoniale, i creditori del patrimonio separato hanno diritto di soddisfarsi con priorità sul patrimonio stesso e solo l'eventuale residuo attivo entra nella massa attiva della procedura a disposizione di tutti i creditori. Quando, a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della società o nel corso della gestione, il curatore rileva, invece, che il patrimonio de-

stinato (*ex* art. 2447-*bis*, comma 1, lett. a) è incapiente, provvede, previa autorizzazione del giudice delegato, alla sua liquidazione secondo le regole della liquidazione della società in quanto compatibili, e la regola della separazione patrimoniale continua ad operare anche in questo ambito. Pertanto, i creditori del patrimonio separato hanno un diritto preferenziale di soddisfarsi sul corrispettivo della cessione o sul residuo attivo della liquidazione del patrimonio separato, ma non possono presentare domanda di insinuazione al passivo della procedura di liquidazione giudiziale aperta nei confronti della società, salvo che nei casi di responsabilità sussidiaria o illimitata della società previsti dall'art. 2447-*quinquies*, commi 3 e 4, c.c.

Per quanto riguarda, invece, gli effetti dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale della società sul contratto di finanziamento di uno specifico affare ai sensi *ex* art. 2447-*bis*, comma 1, lett. b, c.c., si rinvia a quanto sopra esposto (sez. 6, par. 3 in questo capitolo).

7. La liquidazione giudiziale di società con soci a responsabilità illimitata

La sentenza che dichiara l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società in nome collettivo, una società in accomandita semplice o una società in accomandita per azioni produce l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale anche nei confronti dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili (art. 256, comma 1).

Nozione

È questa l'importante regola dell'assoggettamento dei soci illimitatamente responsabili alla procedura in estensione della procedura aperta a carico della società. Si tratta di una estensione che opera automaticamente, per il solo fatto che sia aperta la procedura a carico di uno dei tipi sociali indicati dalla norma e che il socio sia illimitatamente responsabile, indipendentemente dalla sussistenza del presupposto soggettivo e oggettivo in capo al socio. Anche se il socio illimitatamente responsabile non è un imprenditore commerciale ed anche se non versa personalmente in stato di insolvenza, si apre nei suoi confronti la procedura di liquidazione giudiziale per effetto dell'assoggettamento a liquidazione giudiziale della società.

Funzione

Questa regola dell'automatica apertura della procedura nei confronti del socio illimitatamente responsabile, il cui fondamento è tradizionalmente dibattuto, costituisce un'eccezione rispetto alle regole ordinarie sui presupposti della liquidazione giudiziale e rappresenta nient'altro che uno strumento tecnico per meglio disciplinare i conflitti tra i creditori sociali ed i creditori personali del socio quando si sia aperta la procedura a carico della società. In teoria il coordinamento tra le due contrapposte

categorie di creditori (sociali e personali) potrebbe essere attuato senza prevedere l'estensione della procedura, come avviene in molti altri ordinamenti stranieri, ma il nostro legislatore ha scelto questa "drastica" soluzione, di cui si devono tracciare con attenzione i confini di applicazione, le condizioni di operatività, le regole procedimentali e gli effetti.

Ambito di applicazione

Per quanto riguarda i confini applicativi, sono soggetti alla procedura in estensione, per espressa previsione normativa, i soci che abbiano assunto responsabilità illimitata in ragione del tipo di società cui partecipano. In sintesi, l'estensione automatica della procedura di liquidazione giudiziale opera nei confronti di: a) soci di società di fatto; b) tutti i soci della società in nome collettivo; c) i soci accomandatari nelle società in accomandita semplice e in accomandita per azioni; d) i soci accomandanti nelle società in accomandita semplice ed in accomandita per azioni che si siano ingeriti nella gestione e che siano divenuti per l'effetto illimitatamente responsabili (art. 2320 c.c.). In questo ambito, l'estensione opera sia quando il socio illimitatamente responsabile sia una persona fisica, sia quando non lo sia (società, associazioni, ecc.).

Non sono, invece, soggetti a questa regola i soci di società di persone che mantengono una responsabilità limitata (gli accomandanti), così come i soci di società per azioni o a responsabilità limitata, per i quali l'assunzione di responsabilità illimitata è solo eventuale e conseguenza di eventi meramente accidentali e che, anche in caso di responsabilità illimitata, non sono comunque soggetti alla liquidazione giudiziale in estensione della procedura della società (socio unico che non rispetti le prescrizioni in tema di conferimenti e pubblicità: artt. 2325, comma 2; 2462, comma 2, c.c.).

Condizioni di operatività

Per quanto riguarda le condizioni di operatività, l'estensione coinvolge il socio illimitatamente responsabile che rivesta tale qualità al momento dell'apertura della procedura di liquidazione della società e, entro stretti limiti, anche chi non sia più socio illimitatamente responsabile, vuoi perché abbia perso la qualità di socio (recesso, esclusione, morte), vuoi perché abbia mantenuto la qualità di socio, ma perso la responsabilità illimitata (socio accomandatario divenuto accomandante, socio illimitatamente responsabile di società di persone o in accomandita per azioni trasformata in, o incorporata da, una società per azioni o a responsabilità limitata).

Socio non più illimitatamente responsabile

Nei confronti di chi non sia più socio illimitatamente responsabile, l'estensione della procedura è, però, possibile solo se ricorrono congiuntamente due condizioni: a) la liquidazione giudiziale a carico del soggetto che abbia perduto la responsabilità illimitata deve essere aperta entro un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per renderle note ai terzi; b) l'in-

solvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata (art. 256, comma 2). In questo modo, si attua una sintesi tra l'esigenza di evitare che il soggetto non più illimitatamente responsabile possa sottrarsi all'estensione della procedura attraverso facili manovre elusive (es.: trasformando la società in prossimità dell'apertura della procedura) e l'esigenza di non protrarre a tempo indefinito situazioni di incertezza giuridica.

Diritto di difesa dei soci

Per quanto riguarda le regole procedimentali per l'estensione della procedura, va garantito in modo pieno il diritto di difesa dei soci. Pertanto, il tribunale, prima di disporre la liquidazione giudiziale nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ne ordina la convocazione nelle stesse forme previste per l'apertura della procedura a carico di qualunque debitore (art. 256, comma 2). I soci hanno, quindi, la facoltà di depositare memorie e spiegare le proprie difese, potendo contestare tanto la sussistenza del presupposto soggettivo ed oggettivo per l'apertura della procedura a carico della società, quanto la sussistenza delle condizioni per l'estensione della procedura nei loro confronti.

Reclamo

Contro la sentenza del tribunale che dichiara l'apertura della procedura a carico della società e, in estensione, a carico dei soci illimitatamente responsabili, è ammesso reclamo innanzi alla corte di appello; al giudizio di reclamo deve partecipare il curatore, il creditore, il socio o il pubblico ministero che proposto la domanda di estensione, nonché il creditore che ha proposto il ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (art. 256, comma 6). Il socio potrà proporre reclamo avverso la sentenza pronunciata nei confronti della società, ed in tal caso potrà far valere l'eventuale insussistenza dei presupposti e delle condizioni per l'apertura della procedura della società, oppure proporre reclamo solo avverso la sentenza di estensione pronunciata nei suoi confronti, ed in tale ipotesi prospettare solo l'assenza delle condizioni per l'estensione. Qualora venga accolto il reclamo nei confronti della sentenza di apertura della procedura della società, vengono revocate sia la liquidazione giudiziale della società, sia le liquidazioni giudiziali in estensione dei soci, che seguono automaticamente la sorte della procedura "sociale"; qualora, invece, venga accolto solo il reclamo nei confronti della sentenza di estensione nei confronti del socio, viene revocata unicamente la procedura del socio, ma resta ferma la procedura della società, così come le procedure degli altri soci che non abbiano proposto reclamo o il cui reclamo non sia stato accolto.

In caso di rigetto della domanda di estensione della procedura, l'istante può proporre reclamo alla corte di appello e si applicherà la disciplina generale prevista per i reclami avverso i decreti di rigetto delle istanze di apertura della liquidazione giudiziale (art. 256, comma 7).

Vi sono, poi, regole particolari per l'estensione della procedura a carico dei cd. soci occulti e della cd. società occulta.

Soci occulti

Se dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili (i cd. soci occulti), il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio nei confronti del quale la procedura è già stata aperta, di un altro socio nei confronti del quale la procedura non è stata aperta, dei loro creditori personali o del pubblico ministero, dispone l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti dei medesimi (art. 256, comma 4). In tal caso non vi è un limite temporale all'estensione della procedura, che può intervenire anche a distanza di anni dall'apertura della procedura della società, proprio perché il socio occulto ha celato tale sua qualità all'esterno e, di conseguenza, non può dimostrare di aver osservato le formalità per rendere noto ai terzi tale fatto. Resta fermo che, anche in questo caso, va assicurato il diritto di difesa del socio occulto, mediante la convocazione per l'audizione da parte del tribunale.

Società occulta

Fattispecie simile, ma differente rispetto a quella del socio occulto è rappresentata dalla cd. società occulta. Quando, dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di un imprenditore individuale o di una società, risulta che l'impresa è riferibile ad una società di cui l'imprenditore o la società è socio illimitatamente responsabile, il tribunale dispone l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti della società occulta (art. 256, comma 5). Per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale a carico della società occulta, verrà poi, a cascata, aperta in estensione la procedura di liquidazione giudiziale a carico di tutti i soci della stessa, in quanto la società occulta è necessariamente una società in nome collettivo non iscritta nel registro delle imprese, con conseguente responsabilità illimitata di tutti i soci della stessa. Anche l'estensione della procedura alla società occulta non è soggetta al limite temporale dell'anno, in quanto non sono state rispettate le formalità per rendere nota ai terzi l'esistenza del legame societario. La società occulta, ad ogni modo, ha diritto di difesa nel procedimento volto all'estensione nei suoi confronti della procedura, dovendo procedersi alla convocazione innanzi al tribunale dei suoi amministratori, che, trattandosi di società in nome collettivo irregolare, sono tutti i soci (art. 2297 c.c.).

Supersocietà di fatto

Soci della società occulta possono essere anche altre. In tal caso, tutte le società socie sono oggetto della procedura di liquidazione giudiziale in estensione a seguito dell'apertura della procedura a carico della cd. supersocietà di fatto.

Sia nel caso di estensione della procedura a carico del socio occulto, sia nel caso di estensione a carico della società occulta, è ammesso reclamo innanzi alla corte di appello. Trattandosi, tuttavia, di estensione "successiva" e non contestuale rispetto alla sentenza di apertura della procedura iniziale da cui parte l'estensione, l'opponente può contestare solo le condizioni e le ragioni alla base dell'estensione della procedura

nei suoi confronti, ma non più i presupposti e le condizioni dell'apertura della procedura iniziale, che potevano essere impugnate solo nei trenta giorni dalla sentenza della procedura iniziale.

Apertura della liquidazione giudiziale a carico del singolo socio

Prima di guardare ai rapporti tra la procedura della società e la procedura dei soci, è bene operare una precisazione. Può succedere che un socio illimitatamente responsabile svolga anche un'attività d'impresa commerciale in proprio e che, in ragione di questa attività, o per altra ragione venga dichiarata l'apertura della liquidazione giudiziale nei suoi confronti. In tale ipotesi, la liquidazione giudiziale aperta nei confronti di uno o più soci illimitatamente responsabili non determina l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della società (art. 258). La regola dell'estensione della procedura non è, quindi, speculare: se viene dichiarata la procedura a carico della società, si estende automaticamente al socio illimitatamente responsabile; se, invece, viene dichiarata la procedura a carico del socio illimitatamente responsabile, non si estende alla società. È questa un'applicazione del principio di autonomia patrimoniale delle società, in forza del quale il patrimonio sociale è insensibile alle obbligazioni personali dei soci ed intangibile da parte dei creditori di questi.

8. (*Segue*) I rapporti tra la liquidazione giudiziale della società e le liquidazioni giudiziali dei soci

Procedure autonome e collegate

La procedura di liquidazione giudiziale della società e le procedure di liquidazione giudiziale in estensione dei soci illimitatamente responsabili sono autonome, anche se collegate tra di loro. Si tratta di procedure tra di loro autonome, perché ciascuna dotata di una propria massa attiva e passiva, di una propria fase di liquidazione, di ripartizione e di cause di cessazione. Allo stesso tempo, si tratta di procedure collegate, sia perché nella fase genetica la procedura dei soci è una conseguenza automatica della procedura sociale, sia perché sono nominati organi sociali tendenzialmente coincidenti, sia perché alcune cause di cessazione della procedura sociale hanno effetto sulle procedure dei soci. Ovviamente, le procedure aperte a carico di ciascun socio illimitatamente responsabili sono autonome anche tra di loro, oltre che nei confronti della procedura sociale, pur esistendo collegamenti.

Procediamo con ordine e partiamo dagli elementi di differenza tra le diverse procedure.

Il primo e più importante elemento di differenza è rappresentato dalla presenza di distinte masse attive e passive: il patrimonio della società e quello dei singoli soci sono tenuti distinti (art. 257, comma 2).

Masse attive

Per quanto riguarda le masse attive, quella della procedura sociale è formata dai beni e diritti di titolarità della società, mentre quella della procedura di ciascun socio è formata dai beni e diritti di titolarità di ciascun socio.

Masse passive

Per quanto riguarda le masse passive, i creditori che possono essere ammessi al passivo nella procedura sociale ed i creditori che possono essere ammessi al passivo nelle procedure in estensione dei singoli soci non coincidono.

Il credito dichiarato dai creditori sociali nella liquidazione giudiziale della società si intende dichiarato per l'intero e con il medesimo eventuale privilegio generale anche nella liquidazione giudiziale aperta nei confronti dei singoli soci (art. 257, comma 3). In applicazione della regola della responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, infatti, la domanda di ammissione al passivo della procedura sociale vale anche come domanda di ammissione al passivo nella procedura dei singoli soci.

Al contrario, i creditori particolari dei singoli soci partecipano soltanto alla liquidazione giudiziale nei confronti dei soci loro debitori (art. 257, comma 4). Anche questa è un'applicazione in ambito concorsuale di una regola di diritto societario: poiché, nelle società *in bonis*, il patrimonio sociale è insensibile alle obbligazioni personali dei soci, potendo i creditori particolari dei soci far valere le loro pretese solo sul patrimonio personale dei singoli soci loro debitori e non sul patrimonio della società, ne consegue che, in ambito concorsuale, i creditori personali possono essere ammessi solo al passivo della procedura del singolo socio verso cui vantino la pretesa.

È evidente, quindi, la diversità nelle rispettive masse passive della procedura della società e delle procedure personali dei soci, nonché delle procedure personali tra di loro: la massa passiva della procedura della società comprende i soli creditori della società; la massa passiva delle procedure dei singoli soci comprende i creditori della società ed i creditori personali del singolo socio debitore. Questo potenziale conflitto tra i creditori sociali ed i creditori particolari del socio, che concorrono sulla medesima massa della procedura particolare del socio, impone un criterio di coordinamento delle eventuali impugnazioni dei crediti, assicurato mediante la regola per cui ciascun creditore può contestare i crediti dei creditori con i quali si trova in concorso (art. 257, comma 5).

Liquidazione dell'attivo

Anche la fase della liquidazione dell'attivo è distinta nella procedura sociale e nelle procedure particolari dei soci. Il curatore di ciascuna procedura deve compiere tutti gli atti di liquidazione relativi ad ogni singola procedura, senza peraltro che possa ritenersi applicabile in ambito concorsuale il beneficio della preventiva escussione che opera per la società *in bonis*, potendo avviare la liquidazione nelle procedure particolari anche senza attendere la liquidazione e la ripartizione dell'attivo nella procedura sociale. Nell'ambito delle procedure in estensione nei confronti dei soci, il curatore potrà, tra l'altro, esercitare le azioni revocatorie con-

tro gli atti compiuti dal socio illimitatamente responsabile sul proprio patrimonio durante il periodo sospetto, dovendosi in tal caso intendere la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore come riferito all'insolvenza della società e non del socio al momento del compimento dell'atto, e l'eventuale ricavato andrà a beneficio esclusivo della massa attiva della procedura del singolo socio.

Ripartizione dell'attivo

La ripartizione dell'attivo avverrà in conformità all'ordine di distribuzione dell'attivo ed alle regole procedimentali previste in generale per tutte le procedure di liquidazione giudiziale, ma con una particolarità. Il creditore sociale ha diritto di partecipare a tutte le ripartizioni fino all'integrale pagamento, salvo il regresso fra le procedure di liquidazione nei confronti dei soci per la parte pagata in più della quota rispettiva (art. 257, comma 3). Anche questa è una trasposizione in ambito concorsuale di una regola societaria: i soci sono responsabili illimitatamente in solido tra di loro, ma nei rapporti interni la responsabilità si ripartisce secondo la misura della partecipazione di ciascuno nelle perdite, per cui, se ha pagato in più rispetto alla propria quota di partecipazione, il socio può esercitare l'azione di regresso nei confronti degli altri soci. Quando si aprono le procedure di liquidazione giudiziale in estensione, evidentemente, l'azione di regresso viene esercitata tra le procedure ed opera in sede di riparto.

Nella fase della cessazione della procedura, si deve distinguere tra chiusura e concordato di liquidazione.

Chiusura

La chiusura produce effetti diversi a seconda che si tratti di casi di chiusura satisfattivi (mancata presentazione domande di ammissione; pagamento integrale) o non satisfattivi (ripartizione finale, insufficienza attivo): la chiusura satisfattiva della procedura di liquidazione giudiziale della società determina anche la chiusura delle procedure estese ai soci (salvo che nei confronti del socio non sia stata aperta la procedura di liquidazione giudiziale come imprenditore individuale o per altro motivo); la chiusura non satisfattiva della procedura di liquidazione della società non determina la chiusura delle procedure estese ai soci (art. 233, comma 3). La *ratio* è chiara: se i creditori sociali sono stati soddisfatti, non hanno più ragion d'essere le procedure particolari dei singoli soci, che sono state aperte solo come conseguenza automatica dell'apertura della procedura sociale.

Concordato di liquidazione

Nel caso di cessazione della procedura della società in conseguenza dell'omologazione di un concordato di liquidazione, cessano anche le procedure di liquidazione giudiziale aperte nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, in quanto, salvo patto contrario, il concordato della società ha effetto anche con riguardo ai soci illimitatamente responsabili (art. 266, comma 1). Resta ferma, tuttavia, la facoltà da parte dei creditori particolari del socio di opporsi alla chiusura della liquidazione giudiziale nei confronti del socio, chiedendo che la procedura prosegua a loro esclusivo vantaggio (art. 266, comma 2).

A ulteriore conferma della diversità delle varie procedure, è consentito anche proporre un concordato limitato solo alla liquidazione giudiziale nei confronti del singolo socio, formulando una proposta ai creditori sociali e particolari concorrenti nella procedura particolare (art. 267). In tal caso, l'eventuale omologazione del concordato particolare del socio determina la cessazione di questa procedura in estensione, pur proseguendo la procedura sociale e le eventuali procedure particolari degli altri soci illimitatamente responsabili.

Elementi di collegamento tra procedura della società e procedure dei soci

Passiamo adesso agli elementi di collegamento tra le varie procedure. Alcuni li abbiamo già incontrati e riguardano l'apertura (la procedura particolare dei soci illimitatamente responsabili è conseguenza automatica dell'apertura della procedura nei confronti della società), la ripartizione (eventuali azioni di regresso tra procedure dei soci), e la cessazione (effetti cessazione procedura società sulle procedure in estensione).

Altro fondamentale momento di connessione attiene alla nomina degli organi. Il tribunale nomina, sia per la liquidazione giudiziale della società, sia per quella nei confronti dei soci, un solo giudice delegato e un solo curatore (art. 257, comma 1). Ciò, evidentemente, al fine di assicurare il doveroso coordinamento nell'attività di direzione e amministrazione delle varie procedure, con particolare riguardo all'ammissione al passivo ed alla liquidazione dell'attivo. Possono, invece, essere nominati diversi comitati dei creditori nelle varie procedure, perché rappresentativi della differente composizione della platea dei creditori nelle stesse.

9. La liquidazione giudiziale di enti e imprenditori collettivi non societari

Imprese collettive non societarie

L'impresa collettiva può assumere anche forme giuridiche diverse da quella societaria. È, infatti, consentito agli enti collettivi non societari (es.: associazioni, fondazioni, comitati, onlus, imprese sociali) l'esercizio di attività d'impresa, anche commerciale, con la conseguenza che anche questi enti possono assumere la qualità di imprenditore commerciale, nel caso in cui alla propria attività tipica affianchino o sostituiscano l'esercizio di un'attività commerciale. Per l'effetto, anche gli enti collettivi, riqualificati quali imprese collettive non societarie, possono essere assoggettati alla procedura di liquidazione giudiziale quando versano in stato di insolvenza, sempre che si provi l'intervenuto acquisto della qualità di imprenditori commerciali in conseguenza dell'effettivo svolgimento dell'attività d'impresa commerciale; altrimenti, saranno soggetti alle procedure di sovraindebitamento, al pari di tutti i soggetti diversi dagli imprenditori commerciali.

Applicazione norme dettate per le società

Nel caso di assoggettamento degli enti ed imprenditori collettivi non societari a liquidazione giudiziale, trovano applicazione, in quanto compatibili, alcune delle norme dettate per le società, con riferimento alle azioni di responsabilità ed all'assoggettamento alla procedura anche dei componenti illimitatamente responsabili per le obbligazioni dell'ente (art. 259).

Azioni di responsabilità

Per quanto riguarda le azioni di responsabilità, si applica la disposizione prevista per le società (art. 255). È il curatore, quindi, ad esercitare in via esclusiva le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali di enti ed imprese collettive non societarie assoggettate a liquidazione giudiziale, con l'osservanza delle stesse regole procedurali applicabili anche nella liquidazione giudiziale delle società. L'applicazione delle disposizioni previste per le società e la conseguente attribuzione al curatore della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali di enti ed imprese collettive non societarie opera, ovviamente, solo sul piano della legittimazione, ma non modifica in alcun modo l'identificazione degli obblighi dei componenti degli organi sociali ai fini della valutazione della loro eventuale responsabilità, che rimangono differenziati rispetto a quelli nelle società e rimessi alla specifica disciplina sostanziale prevista dal legislatore per ciascuna tipologia di ente ed impresa.

Effetti nei confronti dei componenti illimitatamente responsabili

Per quanto riguarda i componenti illimitatamente responsabili per le obbligazioni dell'ente, sono richiamate le norme sugli effetti della procedura della società sui soci illimitatamente responsabili. Ciò significa che l'apertura della liquidazione giudiziale a carico dell'ente o impresa collettiva non societaria produce l'apertura della procedura anche a carico dei suoi componenti illimitatamente responsabili. Al riguardo, il problema principale è quello della identificazione dei soggetti "illimitatamente responsabili" e il discorso va, ovviamente, differenziato in base alla diversa tipologia di impresa collettiva non societaria, essendo differenti i regimi normativi che governano la responsabilità dei componenti. Di seguito, a titolo di esempio, si limiterà l'esame alle fattispecie più ricorrenti di imprese collettive non societarie, rappresentate dalle associazioni non riconosciute e dai consorzi con attività esterna.

Associazioni non riconosciute

Nelle associazioni non riconosciute, le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni dell'associazione (art. 38 c.c.). La responsabilità dei soggetti che hanno agito in nome e per conto delle associazioni non riconosciute ha, però, natura, carattere ed estensione differente da quella prevista per i soci illimitatamente responsabili delle società di persone: non si tratta, infatti, di una responsabilità illimitata per tutti i debiti dell'ente, ma limitata a specifici debiti derivanti dagli atti compiuti in nome e per conto. Malgrado alcune opinioni contrarie, appare preferibile, pertanto, la tesi secondo cui i componenti che abbiano agito in nome e per conto della società non possono configurarsi come "illimitatamente responsabili". Da ciò la conseguenza per cui l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'ente non determinerà il loro assoggettamento in estensione alla procedura, fermo restando la loro responsabilità per le singole obbligazioni sorte in forza di atti compiuti in nome e per conto.

Consorzi con attività esterna

Considerazioni analoghe vanno svolte per i consorzi con attività esterna, nei quali per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile (art. 2615, comma 2, c.c.). In questo caso, non sono i consorziati ad assumere una responsabilità illimitata per debiti del consorzio, ma, al contrario, è il consorzio a rispondere per un debito altrui, in quanto il debito principale è del consorziato per cui conto è stata assunta l'obbligazione. Anche per i consorziati va così esclusa la possibilità di estendere la procedura di liquidazione giudiziale a carico del consorzio, non trattandosi di componenti illimitatamente responsabili per le obbligazioni dell'ente.

Sezione 14

L'esdebitazione nella liquidazione giudiziale

1. Premessa

Con la chiusura della procedura, come visto, i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte dei loro crediti rimasta insoddisfatta nell'ambito della liquidazione giudiziale. Questa perdurante responsabilità per i propri crediti anteriori impedisce, di fatto, al debitore di avviare una nuova iniziativa imprenditoriale, anche dopo la chiusura della procedura, essendo improbabile che possa conseguire le risorse per soddisfare i debiti pregressi e rimanendo esposto *sine die* alle azioni esecutive e cautelari dei creditori concorsuali fino alla loro integrale soddisfazione. Il peso dei debiti pregressi produce così effetti negativi a livello macroeconomico, rappresentando un deterrente rispetto al reinserimento dell'imprenditore nel tessuto economico.

Finalità

Per assicurare un ragionevole equilibrio tra l'interesse dei creditori concorsuali, da un lato, e l'interesse del debitore e del sistema economico generale, dall'altro lato, è consentito al debitore sottoposto a liquidazione giudiziale di conseguire, a determinate condizioni ed entro limiti ben definiti, la liberazione dai debiti anteriori non soddisfatti nella procedura. Questa è la funzione svolta dall'istituto della esdebitazione, che

consiste appunto nella liberazione dai debiti e nella conseguente inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale (art. 278, comma 1).

2. L'oggetto e l'ambito di applicazione

Oggetto

L'esdebitazione opera con riferimento a tutti i crediti concorsuali, ossia per fatto o causa anteriori all'apertura della procedura. Vi è, però, una differenza a seconda che il creditore abbia o meno partecipato al concorso: nel primo caso, per effetto dell'esdebitazione null'altro può pretendere dal debitore oltre a quello che riceve in sede di procedura; nel secondo caso, l'esdebitazione opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado (art. 278, comma 2).

Alcuni crediti restano, tuttavia, esclusi dall'esdebitazione, in ragione della particolare natura degli stessi o delle specifiche esigenze di tutela del creditore. In particolare, non sono soggetti ad esdebitazione: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale, nonché le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti (art. 278, comma 7).

Inesigibilità dei crediti

L'effetto esdebitatorio determina l'inesigibilità nei confronti del debitore dei crediti rimasti insoddisfatti, con la conseguenza per cui i creditori rimasti insoddisfatti non potranno agire giudizialmente nei confronti del debitore stesso per ottenerne il pagamento. Si tratta di inesigibilità e non di estinzione, il che nei confronti del debitore non determina significative differenze pratiche, mentre la distinzione si coglie nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso. Resta, infatti, salva la possibilità per i creditori anteriori di poter agire nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso del debitore per ottenere il pagamento della parte rimasta insoddisfatta dal loro credito nell'ambito della procedura cui è stato sottoposto il patrimonio del debitore.

Con l'esdebitazione vengono anche meno le cause di ineleggibilità e di decadenza collegate all'apertura della liquidazione giudiziale (art. 278, comma 1).

Ad essere beneficiari dell'esdebitazione possono essere sia persone fisiche, sia società (di persone o di capitali), sia altri enti.

Esdebitazione delle persone fisiche

L'utilità della esdebitazione si apprezza particolarmente quando a beneficiarne sono le persone fisiche già sottoposte a liquidazione giudiziale. Esse, per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale, subiscono lo spossessamento e la successiva liquidazione di tutti i loro beni (tranne quelli personalissimi), ma al contempo si liberano dei debiti concorsuali non soddisfatti nella procedura, potendo riprendere eventualmente una nuova attività imprenditoriale "da zero", senza patrimonio pregresso, ma anche senza debiti pregressi.

Esdebitazione delle società di capitali

Più difficile è cogliere il significato della esdebitazione nelle società di capitali, in quanto i soci potrebbero più agevolmente costituire una nuova società invece di proseguire con la società precedente, presumibilmente priva di patrimonio dopo l'assoggettamento alla liquidazione giudiziale. Al più, si può individuare un (del tutto teorico) valore della struttura organizzativa in quanto tale, che giustificherebbe la scelta dei soci di proseguire l'attività con la società esdebitata, pur se priva di patrimonio.

Esdebitazione nelle società con soci illimitatamente responsabili

Ben maggiore è, invece, l'utilità nelle società con soci illimitatamente responsabili, perché l'esdebitazione della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (art. 278, comma 5). Per effetto di ciò, i soci illimitatamente responsabili non sono tenuti a (e nemmeno possono) presentare autonomamente domanda di esdebitazione, potendo automaticamente beneficiare dell'effetto esdebitatorio prodottosi nei confronti della società.

In ogni caso, se si tratta di una società o altro ente, le condizioni per l'esdebitazione devono sussistere nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti (art. 278, comma 4). Previsione questa che limita in modo significativo l'effettiva possibilità di ottenere l'esdebitazione, in quanto la mancanza delle condizioni con riferimento anche ad un solo dei soci o amministratori preclude il beneficio per la società e, di riflesso, per tutti gli altri soci.

3. Le condizioni per l'esdebitazione

L'esdebitazione è subordinata alla esistenza di alcune condizioni, sia temporali, sia oggettive. Non si tratta, infatti, di una conseguenza automatica e generale della liquidazione giudiziale, potendo operare solo e unicamente quando sono presenti tutte le condizioni di legge previste e nel rispetto del procedimento delineato.

Condizioni temporali

Per quanto riguarda le condizioni temporali, il debitore ha diritto (sempre che sussistano le condizioni oggettive) a conseguire l'esdebitazione decorsi tre anni dall'apertura della procedura di liquidazione o al momento della chiusura della procedura, se antecedente (art. 279, comma 1). Si tratta di termini alquanto brevi, che testimoniano la chiara volontà legislativa di favorire il pronto ritorno nel mercato del debitore sottoposto a procedura.

Meritevolezza del debitore

Per quanto riguarda le condizioni oggettive, l'esdebitazione è concessa solo al debitore meritevole. La nozione di meritevolezza è basata sulla condotta del debitore, sia antecedente rispetto alla procedura, sia tenuta nel corso della stessa, e la valutazione è ancorata alla presenza di alcune

condizioni positive (che devono sussistere) e negative (che non devono sussistere).

In particolare, il debitore è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti a condizione che (art. 280):

a) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per essi sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati o vi è stata applicazione di una delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il beneficio può essere riconosciuto solo all'esito del relativo procedimento;

b) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;

c) non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura e abbia fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari per il suo buon andamento;

d) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti la scadenza del termine per l'esdebitazione;

e) non abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte.

Soddisfacimento almeno parziale dei creditori anteriori: esclusione

Non rappresenta, invece, condizione per l'esdebitazione il soddisfacimento almeno parziale dei creditori anteriori nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale. Il testo normativo non richiama questo requisito e gli indici testuali che, in relazione a specifici profili dell'istituto, fanno riferimento alla soddisfazione dei creditori (es.: artt. 278, comma 2; 281, comma 4) non sono idonei a configurare in modo saldo e univoco una diversa soluzione. D'altra parte, non richiedere il soddisfacimento almeno parziale dei creditori quale condizione dell'esdebitazione appare la soluzione interpretativa più coerente con l'attuale funzione dell'istituto, che consente ad ogni imprenditore meritevole, indipendentemente dall'entità del suo patrimonio sottoposto a procedura, di poter conseguire la liberazione dai propri debiti anteriori.

4. Il procedimento

Si può conseguire l'esdebitazione alla chiusura della liquidazione giudiziale o anche durante lo svolgimento della procedura.

Esdebitazione con la chiusura della procedura

Nel primo caso, il tribunale, contestualmente alla pronuncia del decreto di chiusura della procedura, sentiti gli organi della stessa e verificata la sussistenza delle condizioni, dichiara inesigibili nei confronti del debitore i

debiti concorsuali non soddisfatti (art. 281, comma 1). È da ritenersi che sia comunque necessaria la presentazione di una specifica istanza con la quale il debitore chiede di poter beneficiare della esdebitazione, non essendo prevista nella liquidazione giudiziale (a differenza di quanto avviene nella liquidazione controllata) una esdebitazione di diritto.

Esdebitazione durante la procedura

Nel secondo caso, quando siano decorsi almeno tre anni dalla data della sentenza di apertura ed anche se la procedura non è ancora chiusa, su istanza del debitore, il tribunale provvede comunque a dichiarare inesigibili nei confronti del debitore i debiti concorsuali non soddisfatti, sempre che sussistano le condizioni (art. 281, comma 2). Questa possibilità di ottenere l'esdebitazione anche prima della chiusura è importante, in quanto introduce un elemento di certezza in ordine ai tempi di ottenimento del beneficio, che non risentono dei tempi lunghi di definizione della procedura di liquidazione giudiziale.

Relazione del curatore

Per poter "agevolare" il tribunale nella valutazione della sussistenza delle condizioni (sia quando provvede in sede di chiusura, sia quando provvede durante la procedura), il curatore dà atto, nei rapporti riepilogativi, dei fatti rilevanti per la concessione o il diniego del beneficio (art. 281, comma 3). La relazione è una fonte privilegiata di informazione per il tribunale, che resta però libero nella propria valutazione, potendosi basare anche su elementi documentali diversi o ulteriori, e potendo altresì valutare in modo diverso le circostanze allegate dal curatore, quando si tratti di elementi connotati da un grado di discrezionalità (es.: l'aver rallentato lo svolgimento della procedura).

Reclamo

In ambedue i casi, comunque, il decreto del tribunale è comunicato agli organi della procedura, al pubblico ministero, al debitore e ai creditori ammessi al passivo non integralmente soddisfatti, i quali possono proporre reclamo innanzi alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla comunicazione (art. 283, comma 4). Evidentemente, se l'istanza di esdebitazione è rigettata, sarà il debitore a proporre eventualmente reclamo, mentre se è accolta, l'eventuale reclamo potrebbe essere proposto dai creditori ammessi al passivo non integralmente soddisfatti, oltre che dagli organi della procedura e dal pubblico ministero. Il decreto è, inoltre, iscritto nel registro delle imprese per consentire anche ai terzi non destinatari della comunicazione di poterne avere conoscenza.

Prosecuzione delle operazioni liquidatorie

Il decreto di esdebitazione non può pregiudicare i diritti dei creditori concorrenti rispetto al patrimonio sottoposto a liquidazione giudiziale. Pertanto, l'esdebitazione non ha effetti sulle operazioni liquidatorie e sui giudizi in corso, che devono regolarmente proseguire, e questo vale anche per i giudizi ed i procedimenti esecutivi che proseguono dopo la chiusura per ripartizione finale dell'attivo (art. 234). Quando, come auspicabile, dall'esito dei predetti giudizi e operazioni deriva un maggior riparto a favore dei creditori concorrenti, l'esdebitazione ha effetto solo per la

parte definitivamente non soddisfatta. Ad esempio, se al momento della esdebitazione i creditori chirografari sono soddisfatti nella misura del 20% e, successivamente, la percentuale di soddisfazione si incrementa fino al 25%, l'esdebitazione opera solo per la parte eccedente questo 25% e questo vale anche per i creditori concorsuali non concorrenti, che, pur dopo l'esdebitazione, mantengono il diritto di soddisfarsi nella percentuale pari a quella attribuita nel concorso ai creditori di pari rango.

Capitolo X

LA CRISI E L'INSOLVENZA NEI GRUPPI DI IMPRESE

1. Premessa

I gruppi di imprese

I gruppi di imprese sono insiemi di imprese formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma tutte assoggettate alla direzione e coordinamento del soggetto capogruppo che le controlla. Pur permanendo l'autonomia delle imprese sotto il profilo giuridico-formale, l'attività di direzione e coordinamento determina un coordinamento delle varie imprese sotto un profilo economico-sostanziale, funzionale ad una razionalizzazione e maggiore efficienza dell'attività economica. Si tratta di un fenomeno largamente ricorrente nella pratica e che trova pieno riconoscimento nel nostro ordinamento, anche a livello di diritto societario (artt. 2497 ss. c.c.).

Da un punto di vista economico, è un dato ormai acquisito e condiviso quello dell'utilità di valorizzare l'integrazione economica e finanziaria esistente tra le imprese del gruppo in tutte le fasi della vita imprenditoriale; il che si traduce nell'opportunità di trattare la crisi o l'insolvenza delle varie imprese appartenenti al gruppo in modo quanto più unitario e coordinato possibile, e ciò tanto nelle procedure liquidatorie (al fine di ottenere un plusvalore dalla vendita unitaria dell'unica azienda dislocata solo formalmente nelle varie imprese, o quantomeno di ridurre i costi complessivi delle procedure in forza di economie di scala), quanto in quelle in continuità, per conservare le sinergie imprenditoriali che regolano l'agire comune.

Criticità nella trattazione unitaria della crisi di gruppo

Quando, però, dal piano economico si passa al piano giuridico, la trattazione unitaria della crisi e dell'insolvenza delle imprese del gruppo pone numerose criticità, di non poco momento.

Un primo profilo problematico ha ad oggetto la possibilità, a determinate condizioni ed entro certi limiti, di una valutazione unitaria dei presupposti soggettivi e oggettivi di accesso alla procedura a livello complessivo di gruppo, invece che con riferimento alle singole imprese.

Altro tema di rilievo riguarda l'individuazione del tribunale territorialmente competente nel caso in cui la richiesta di accesso alla procedura sia presentata da (o a carico di) imprese del gruppo aventi sedi in circondari diversi. Sempre in materia di procedimento di accesso, si pone, per le procedure di tipo coattivo (liquidazione giudiziale), l'esigenza di individuare il soggetto legittimato eventualmente a chiedere la trattazione unitaria di gruppo della crisi o dell'insolvenza. Ancora, e questa volta nel caso di concordati preventivi, si pone il problema specifico di stabilire se le varie imprese del gruppo possano proporre un unico ricorso o un unico piano o un'unica proposta, oppure se ciascuna impresa debba procedere a presentare il proprio ricorso, piano e proposta di concordato.

Accanto ai temi processuali o procedimentali sopra individuati, si pone poi il tema "sostanziale" (ancora più complesso) della possibilità di procedere ad un consolidamento o confusione delle varie masse attive o passive delle diverse imprese del gruppo in procedura; consolidamento, che, nella forma più intensa, può tradursi nella formazione di un unico attivo e di un unico passivo di gruppo, con trattamento omogeneo dei creditori indipendentemente dalla specifica impresa verso cui vantino ragioni di credito.

Possibili risposte normative

A fronte di queste esigenze economiche e di queste problematiche giuridiche, la risposta normativa può essere di diversi tipi, partendo dall'estremo dell'assoluta irrilevanza giuridica del fenomeno di gruppo nella fase della crisi o dell'insolvenza e arrivando fino all'estremo opposto del consolidamento sostanziale con unificazione delle masse attive e passive. Il nostro ordinamento ha scelto una strada mediana, prevedendo possibili forme di concentrazione o consolidamento "processuali" delle procedure cui siano eventualmente sottoposte le varie imprese del gruppo.

Definizione di gruppo di imprese

Prima di esaminare il contenuto della disciplina, occorre perimetrarne il campo di applicazione soggettiva. Ai fini della normativa prevista dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, per gruppo di imprese si intende "l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto" (art. 2, comma 1, lett. h).

2. Il concordato preventivo di gruppo

La disciplina più articolata è dettata per il concordato preventivo di gruppo. Da questa occorre, pertanto, partire, perché rappresenta il modello normativo per tutte le procedure negoziali di gruppo.

Nozione

È consentito a più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali in Italia di proporre con un unico ricorso la domanda di accesso, con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti (art. 284, comma 1). In tale ipotesi, si è in presenza di un concordato preventivo di gruppo, sottoposto a specifiche regole, in parte derogatorie rispetto a quelle dei concordati "autonomi" o "atomistici" (ossia, non di gruppo).

In questa sede si esamineranno le sole norme derogatorie dettate per i concordati di gruppo, rinviando per tutto il resto alla trattazione generale sul concordato preventivo (cap. VI).

Presupposto soggettivo ed oggettivo

Il presupposto soggettivo per l'accesso al concordato di gruppo è limitato alle "imprese appartenenti al medesimo gruppo" ed il presupposto oggettivo è rappresentato dallo stato di crisi o di insolvenza delle stesse. Ciò significa, per un verso, che l'assoggettamento alla procedura concorsuale riguarda sempre le singole imprese e non il gruppo in quanto tale, e, per altro verso, che l'appartenenza al gruppo non determina alcuna deroga rispetto all'applicazione delle regole ordinarie in tema di presupposti.

Piano unitario o piani reciprocamente collegati e interferenti

Sussistendo i presupposti soggettivi ed oggettivi in capo a tutte le imprese richiedenti, è concessa alle imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti allo stesso gruppo la possibilità di presentare un ricorso unitario per l'accesso al concordato preventivo ed un piano unitario o piani reciprocamente collegati e interferenti. Il collegamento o l'interferenza dei piani si realizza, evidentemente, quando i piani delle diverse imprese sono tutti parte di un'operazione economica unitaria, nel senso che le sorti di un piano influenzano quelle degli altri, in modo più intenso (collegamento) o meno intenso (interferenza), ma comunque tale che l'attuazione del fine unitario è possibile solo attraverso la corretta attuazione delle misure previste nei singoli piani collegati o interferenti.

La presentazione di un concordato di gruppo non è un obbligo a carico delle imprese, né tantomeno un loro diritto potestativo.

Non è un obbligo perché le imprese del gruppo, o anche una parte di esse, potrebbero liberamente decidere di non presentare un concordato di gruppo, ma di presentare autonomi ricorsi e piani di concordato.

Migliore soddisfacimento dei creditori

Non è nemmeno un diritto potestativo, perché l'ammissibilità di un concordato di gruppo è subordinata, tra l'altro, alla presenza di una specifica condizione, rappresentata dalla prova delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani recipro-

camente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa (art. 284, comma 4). È significativo notare come il termine di comparazione sia rappresentato non solo dalla eventuale liquidazione giudiziale, seppure di gruppo, ma dalla soluzione concordataria sulla base di un piano autonomo per ciascuna impresa, a conferma che il concordato di gruppo, con le sue numerose deroghe alle regole procedimentali comuni, deve offrire uno specifico plusvalore rispetto al concordato autonomo.

La clausola del migliore soddisfacimento dei creditori, se calata nel contesto della crisi o insolvenza di gruppo, assume però un maggiore livello di complessità, e ciò quantomeno sotto due profili. In primo luogo, si deve verificare se il migliore soddisfacimento vada assicurato solo a livello generale e complessivo dei creditori di tutte le imprese del gruppo in concordato, oppure se debba essere garantito con riferimento ai creditori di ciascuna impresa. In secondo luogo, va ricercata l'esistenza, ed il contenuto, di una possibile regola distributiva del plusvalore realizzato dal concordato di gruppo tra le diverse imprese del gruppo, o meglio tra i creditori delle diverse imprese. In altri termini, va verificato se è necessario che i creditori di tutte le imprese del gruppo debbano ricevere un migliore soddisfacimento (prima domanda) e se l'eventuale efficienza consentita dal concordato di gruppo debba essere distribuita in modo eguale e proporzionale tra gli stessi (seconda domanda).

La risposta alla prima domanda è agevole, potendosi serenamente affermare che il miglior soddisfacimento debba essere assicurato con riferimento ai creditori di ciascuna impresa. In tal senso depone sia la lettera della norma, che fa riferimento ai "creditori delle singole imprese", sia, a livello di sistema, l'espressa regola della perdurante autonomia delle rispettive masse attive e passive (art. 284, comma 3), che impedisce ogni soluzione concordataria che si traduca in un pregiudizio patrimoniale per le singole imprese del gruppo e, di riflesso, per i creditori delle stesse. Non è, quindi, integrata la condizione di ammissibilità se il piano unitario (o i piani collegati o interferenti), pur massimizzando l'interesse complessivo dei creditori, assicuri ai creditori della singola impresa un trattamento deteriore rispetto a quello che conseguirebbero senza lo stesso.

Anche la risposta alla seconda domanda si presenta sufficientemente piana. In mancanza di qualsivoglia regola o criterio distributivo del cd. "plusvalore" del concordato di gruppo, non può affermarsi l'esistenza di un presunto obbligo di distribuire l'incremento di valore determinato dal piano unitario o coordinato tra le varie imprese secondo una regola di parità di trattamento o di proporzionalità ai vantaggi. La condizione di ammissibilità del concordato di gruppo sarà così integrata quando, per effetto della gestione unitaria della procedura, la massa attiva si incrementerà anche solo per alcune delle imprese (e, quindi, per i creditori delle stesse), sempre che, beninteso, non si riduca per alcuna.

Autonomia delle masse attive e passive

Il concordato di gruppo si basa su un unico ricorso e su un piano unitario o piani reciprocamente collegati o interferenti, ma la proposta, intesa come offerta e impegno che il debitore prende nei confronti dei creditori, deve essere necessariamente distinta e autonoma per i creditori di ciascuna impresa del gruppo. La già richiamata regola dell'autonomia delle rispettive masse attive e passive impedisce una proposta unitaria che sia rivolta ai creditori senza differenziare tra gli stessi sulla base delle imprese nei cui confronti vantino pretese, perché questo si risolverebbe in una confusione tanto delle masse attive, quanto delle masse passive; al contrario, ogni impresa del gruppo deve formulare un'autonoma proposta, rivolta in modo esclusivo ai propri creditori (autonomia massa passiva) e basata sul proprio attivo (autonomia massa attiva), salva eventuale finanza esterna e la possibilità di trasferimenti di risorse infragruppo.

Tipologie di concordato preventivo di gruppo

Anche il concordato di gruppo, al pari del concordato presentato da società "atomisticamente" considerata, può essere in continuità, quando è prevista la continuazione dell'attività di tutte le imprese coinvolte, oppure liquidatorio, quando è prevista la liquidazione di tutte le imprese. È, inoltre, consentito anche il concordato di gruppo misto, nel quale per alcune imprese è prevista la continuità aziendale e per altre imprese è prevista la liquidazione del patrimonio (art. 285, comma 1). Trova applicazione in questo caso il criterio della prevalenza, così che il piano di gruppo sarà considerato in continuità aziendale quando il ricavato complessivamente prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta delle imprese in concordato sarà superiore rispetto al ricavato complessivamente prodotto dalla liquidazione. Si tratta di una scelta normativa poco comprensibile, considerato che i concordati preventivi "atomistici" misti, invece, si considerano in continuità anche quando i creditori vengono soddisfatti in misura non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità. La differente disciplina sul punto tra concordati di gruppo e concordati atomistici pare il frutto di un difetto di coordinamento normativo, ma è difficile da superare in via interpretativa.

3. (*Segue*) Il procedimento di concordato di gruppo

Competenza territoriale

Il tribunale competente sul concordato di gruppo è quello nel cui circondario le imprese del gruppo hanno il proprio centro principale degli interessi. Poiché il tribunale deve essere unico, se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, è competente il tribunale nel cui circondario ha il centro degli interessi principale la società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497-*bis* c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che pre-

senta la maggiore esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato (art. 286, comma 1).

Organi

L'individuazione di un unico tribunale competente a trattare il concordato di gruppo è il presupposto necessario per procedere alla nomina di organi unitari: il tribunale nomina, infatti, un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo (art. 286, comma 2). Nel caso in cui il concordato di più imprese del gruppo sia di tipo liquidatorio, il tribunale, con il decreto di omologazione, dovrà nominare anche un unico liquidatore giudiziale *ex* art. 114, sussistendo anche per esso le medesime esigenze di coordinamento e di contenimento dei costi. Diversamente, la composizione dell'eventuale comitato dei creditori dovrà essere differenziata tra le diverse imprese, dovendo rappresentare per ciascuna impresa quantità e qualità dei rispettivi creditori in misura equilibrata (art. 286, comma 7).

Costi della procedura

I costi della procedura, sia nella fase iniziale che nel successivo svolgimento ed esecuzione della procedura, sono ripartiti tra le imprese del gruppo in proporzione delle rispettive masse attive (art. 286, commi 2 e 3). Il criterio di ripartizione dei costi in proporzione delle rispettive masse attive risponde a basilari esigenze di giustizia distributiva, imponendo alle imprese, ed ai rispettivi creditori, di rispondere *pro quota* rispetto al presumibile valore delle risorse destinate al soddisfacimento della massa dei creditori. Nella sua applicazione concreta, tuttavia, il criterio apre numerosi dubbi interpretativi, conseguenza della pluralità di possibili tipologie di concordato e della grande flessibilità delle proposte e dei piani. Ad esempio, è da chiedersi se la "massa attiva" cui fare riferimento sia quella indicata in sede di piano, ed oggetto di asseverazione, oppure se si debba fare riferimento a quella effettivamente realizzata in conseguenza dell'attività di liquidazione dei beni e della eventuale prosecuzione dell'attività. Al fine di ridurre i problemi applicativi e semplificare le fasi di riparto, pare preferibile ancorare la nozione di massa attiva ad un dato predeterminato *ex ante*, sia pure in via probabilistica, rappresentato dall'ammontare dell'attivo che, secondo piano e proposta di concordato, ogni impresa del gruppo mette a disposizione dei propri creditori, senza tenere conto degli effettivi risultati in concreto.

Unica procedura

Il concordato preventivo di gruppo dà luogo non già ad un collegamento tra un fascio di procedure diverse, ma determina l'apertura e lo svolgimento di un'unica procedura. Anche se i dati testuali non sono netti, vari indici (in particolare, le norme in tema di votazione e di risoluzione) depongono in questo senso.

Apertura

Poiché la procedura è unica, l'apertura avviene, o viene rigettata, necessariamente ed in modo contemporaneo per tutte le imprese del gruppo che hanno presentato con unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo. Pertanto, o il tribunale apre la procedura per tutte le imprese, oppure rigetta la domanda con riferimento a tutte, senza la possibilità di un'apertura selettiva.

La stessa unitarietà caratterizza l'operare di eventuali patologie nel corso della procedura, come nell'ipotesi di revoca per il compimento di atti di frode *ex* art. 106, che, anche se attiene a fatti relativi ad una singola impresa, coinvolge tutta la procedura e tutte le imprese.

Votazione

Con riferimento alla fase della votazione, la regola è più complessa. I creditori di ciascuna delle imprese che hanno proposto la domanda di accesso al concordato di gruppo, suddivisi per classi qualora tale suddivisione sia prevista dalla legge o dal piano, votano in maniera contestuale e separata sulla proposta presentata dalla società loro debitrice e il concordato di gruppo è approvato quando le proposte delle singole imprese del gruppo sono approvate dalla maggioranza prevista (art. 286, comma 5). Non vi è un'unica votazione, ma distinte e separate – seppure contestuali – votazioni da parte dei creditori di ciascuna impresa sull'autonoma proposta loro sottoposta dalla impresa loro debitrice. Ai fini dell'approvazione del concordato di gruppo sarà però necessaria l'approvazione di tutte le proposte delle singole imprese del gruppo, non essendo prevista alcuna regola che consenta di superare l'eventuale voto contrario dei creditori di un'impresa. Se, quindi, i creditori anche di una sola delle imprese non approvano la proposta loro sottoposta, si considera non approvato l'intero concordato di gruppo. L'alternativa è secca: il concordato di gruppo può essere approvato o non approvato in modo unitario, senza la possibilità di approvazioni parziali.

Omologazione

Anche nella fase di omologazione, l'unitarietà della procedura impedisce provvedimenti differenziati con riferimento alle diverse imprese, potendo il tribunale solo procedere all'omologazione o al rigetto dell'omologazione con riferimento all'unica procedura ed a tutte le imprese. Al giudizio di omologazione si applicheranno le regole dettate per il concordato preventivo "atomistico" liquidatorio, se il concordato di gruppo è qualificato come liquidatorio, e le diverse regole dettate per il concordato preventivo "atomistico" in continuità, se il concordato di gruppo è qualificato come in continuità.

Esecuzione

Regola analoga opera nella fase esecutiva, dove la risoluzione o l'annullamento colpiscono necessariamente l'unitaria procedura di concordato di gruppo (art. 286, comma 8). Se i presupposti per la risoluzione o l'annullamento si verificano rispetto a tutte le imprese del gruppo, la conseguenza inevitabile è la dichiarazione di risoluzione o annullamento dell'intera procedura. Se, invece, i presupposti si verificano soltanto rispetto ad una o ad alcune imprese del gruppo, si deve accertare se ne risulti o meno significativamente compromessa l'attuazione del piano, o dei piani reciprocamente collegati e interferenti, anche nei confronti delle altre imprese: in caso affermativo, viene dichiarata la risoluzione o l'annullamento

dell'intera procedura, che coinvolge unitariamente tutte le imprese del gruppo; in caso negativo, non può essere dichiarata la risoluzione o l'annullamento dell'intera procedura, la cui esecuzione procede quindi anche con riferimento all'impresa o imprese nei cui confronti si era verificato il presupposto.

4. (*Segue*) I trasferimenti di risorse infragruppo

La disciplina del concordato di gruppo attua un consolidamento procedurale (unica procedura), ma non determina alcuna forma consolidamento sostanziale, perché resta ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive (art. 284, comma 3). Ogni impresa di gruppo dovrà soddisfare i propri creditori con il proprio attivo ed i creditori di ciascuna impresa potranno soddisfarsi solo sul patrimonio messo a loro disposizione dall'impresa nei confronti della quale vantino ragioni creditorie.

I trasferimenti di risorse infragruppo

Il piano o i piani concordatari possono, tuttavia, prevedere trasferimenti di risorse infragruppo, a condizione che queste operazioni siano necessarie ai fini della continuità aziendale e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo, tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese e, comunque, nel rispetto delle condizioni di apertura e di omologazione previste per tutti i concordati preventivi (art. 285, comma 2). È così consentito che, in esecuzione del concordato, parte dell'attivo di un'impresa sia trasferito a favore di un'altra impresa del gruppo.

A prima vista, sembrerebbe esservi contraddizione tra la regola che riafferma il principio dell'autonomia patrimoniale tra le diverse imprese del gruppo e quella che apre la strada ad un possibile utilizzo dell'attivo di alcune imprese del gruppo per soddisfare creditori di altre imprese. A ben vedere, tuttavia, le due regole possono essere ricondotte a sistema, operando su piani diversi. Dal lato passivo, si mantiene ferma e intangibile la separazione delle masse, per cui i creditori di ciascuna impresa restano separati e votano anche in modo separato. Dal lato attivo, la regola dell'autonomia delle masse attive trova un contemperamento, potendo essere derogata attraverso i trasferimenti infragruppo.

Specifica attestazione

La legittimità delle operazioni di trasferimento di risorse infragruppo è però subordinata alla presenza di una specifica attestazione da parte di un professionista indipendente, che attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo, tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese (art. 285, comma 2). Due sono, quindi, le condizioni che legittimano i trasferimenti infragruppo: a) la

necessità delle operazioni ai fini della continuità aziendale; b) il miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo.

Per quanto riguarda la prima condizione, è consentita una lettura estensiva, che consente i trasferimenti anche in favore di imprese per le quali sia prevista la liquidazione, purché si dimostri che ciò sia necessario a consentire la continuità aziendale di altre imprese del gruppo (ed eventualmente anche della stessa impresa "trasferente").

Per quanto riguarda la seconda condizione, è rappresentata "dal miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo", evidentemente reso possibile dalla continuità aziendale di alcune imprese, consentita dal trasferimento, e che va a beneficio anche delle altre imprese, stanti i reciproci collegamenti di natura economica e/o produttiva, e tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese da eventuali altre operazioni o dai legami di gruppo. Al riguardo, sarà sufficiente che l'operazione migliori il soddisfacimento dei creditori di una o più imprese senza pregiudicare quello dei creditori delle altre imprese.

Opposizione all'omologazione

Gli eventuali effetti pregiudizievoli conseguenti alle operazioni di trasferimento infragruppo possono essere contestati dai creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, dai creditori dissenzienti che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto con riguardo ad una singola impresa, attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo (art. 285, comma 3). Laddove venga proposta opposizione per contestare le operazioni infragruppo, il tribunale omologa il concordato solo qualora ritenga, sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati e tenuto conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole imprese del gruppo, che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola impresa (art. 285, comma 4).

L'opposizione per contestare le operazioni infragruppo è consentita, però, nel solo caso di concordato preventivo di gruppo liquidatorio, non anche nel caso di concordato preventivo di gruppo in continuità. In questa seconda ipotesi, ovviamente, i creditori e ogni altro interessato non sono certo privati della possibilità di proporre opposizione, ma con questa potranno far valere solo i generali motivi di opposizione dei concordati preventivi "atomistici" (ivi compresa la contestazione sulla convenienza), non lo specifico motivo di opposizione fondato sulle operazioni infragruppo, ed il tribunale omologherà applicando gli ordinari criteri dei concordati preventivi atomistici in continuità (art. 285, comma 4-*bis*).

Opposizione dei soci

Anche i soci possono subire pregiudizio dalla scelta di presentare un piano di gruppo o dalle operazioni di trasferimento di risorse infragruppo, nella misura in cui viene diminuita la redditività e il valore della partecipazione sociale. La tutela della loro posizione è affidata, in modo esclu-

sivo, all'opposizione all'omologazione: in tal caso, il tribunale può omologare solo se accerta che il socio non subisce un trattamento deteriore, in termini di redditività e valore della quota di partecipazione, rispetto a quello che conseguirebbe nel caso di liquidazione giudiziale della singola società, anche tenendo conto dei vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano di gruppo (art. 285, comma 5).

5. I piani attestati e gli accordi di ristrutturazione di gruppo

Le imprese appartenenti allo stesso gruppo possono predisporre anche piani attestati o accordi di ristrutturazione unitari.

Piano attestato di gruppo

Per quanto riguarda i piani attestati di gruppo (art. 284, comma 5), più imprese in stato di crisi o insolvenza possono presentare un piano unitario o piani reciprocamente collegati e interferenti rivolti ai rispettivi creditori, aventi il contenuto minimo previsto dall'art. 56 per tutti i piani attestati.

Il piano unitario o i piani reciprocamente collegati devono essere idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa e ad assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ciascuna. Sarà il professionista indipendente, unico per tutte le imprese, a dover attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano o dei piani con riferimento a tutte le imprese. Ferme queste particolarità, per tutto il resto si applica la disciplina ordinaria dei piani attestati di risanamento, alla quale si rinvia (cap. V, par. 2).

Più complessa è la disciplina per gli accordi di ristrutturazione di gruppo.

Accordi di ristrutturazione di gruppo

Viene consentito a più imprese del gruppo in stato di crisi o di insolvenza di presentare con un unico ricorso la domanda di accesso alla procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione e questo ricorso deve basarsi su un unico piano o su più piani reciprocamente collegati e interferenti (art. 284, comma 2).

Migliore soddisfacimento dei creditori

La domanda unitaria deve contenere, come nel concordato di gruppo, l'illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario o piani reciprocamente collegati invece di un piano autonomo per ciascuna impresa (art. 284, comma 4). Il riferimento al miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese appare, però, del tutto improprio negli accordi di ristrutturazione di gruppo, dove, come in ogni accordo di ristrutturazione, modalità e termini di pagamento dei creditori aderenti sono stati oggetto di specifico accordo ed i creditori estranei devono, invece, essere pagati integralmente nei centoventi giorni. Nessuna valutazione di convenienza può compiere, pertanto, il tribunale, né con riferimento ai creditori aderenti, in quanto il tribunale non può ingerirsi nel merito negli accordi raggiunti tra debitore e singoli creditori, né con riferimento ai creditori estranei, in quanto essi ottengono il pagamento integrale, che per definizione è conveniente rispetto all'alternativa liquidatorio. Questo riferimento al miglior soddisfacimento conserva una sua utilità solo nel caso di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, con riguardo al trattamento dei creditori di categoria nei cui confronti si chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

Percentuale dei crediti

Anche quando viene presentato un unico ricorso da parte di più imprese, resta necessario assicurare in relazione a ciascuna impresa la condizione dell'intervenuto accordo con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Questa percentuale del 60% dei crediti, quindi, non va calcolata con riferimento all'ammontare complessivo dei crediti di tutte le imprese del gruppo che presentano la domanda unitaria, ma va calcolata, e deve sussistere, in relazione a ciascuna impresa.

Trattamento dei creditori estranei

Analogamente, con riferimento a ciascuna impresa deve essere puntualmente assicurata l'idoneità degli accordi al pagamento dei creditori estranei entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti scaduti a quella data, oppure entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non scaduti.

Attestazione

La veridicità dei dati aziendali, l'idoneità dell'accordo e del piano al pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge e la fattibilità del piano saranno, poi, oggetto di attestazione del professionista indipendente, che sarà unica, ma con un contenuto specifico di valutazione con riferimento alle singole imprese.

Procedimento

Il procedimento per addivenire all'omologazione è unitario. Il tribunale competente è, ovviamente, unico e viene individuato sulla base degli stessi criteri previsti per il concordato di gruppo (art. 286, comma 1). Gli accordi vanno iscritti nel registro delle imprese ed il termine per proporre opposizione decorre, per i creditori di ciascuna impresa, dalla data di iscrizione del decreto per la propria debitrice. Tutte le opposizioni vengono trattate nell'unitario procedimento di omologazione, che termina con un provvedimento di rigetto o di omologazione necessariamente unico per tutte le imprese del gruppo che abbiano presentato la domanda unitaria. La mancanza dei requisiti con riferimento anche ad una sola impresa (per esempio, in termini di inidoneità al pagamento dei creditori estranei) conduce, quindi, al rigetto dell'omologazione dell'intera e unitaria domanda presentata dalle varie imprese del gruppo.

Fase esecutiva

Questa unitarietà permane anche nella fase esecutiva, così che le eventuali modifiche sostanziali del piano dovranno sempre riguardare tutte le imprese del gruppo e tutti i creditori delle stesse, seguendo il procedimento delineato dal legislatore per gli accordi di impresa singola (art. 58, comma 2).

Domanda di omologazione di accordi con disciplina diversa

Ancora più delicato diventa il procedimento quando si vogliano convogliare nella stessa domanda più accordi di ristrutturazione dei debiti, basati sullo stesso piano o su piani collegati e interferenti, ma aventi caratteristiche e regime disciplinare diverso. Ad esempio, l'impresa Alfa stipula un accordo di ristrutturazione dei debiti cd. ordinario (art. 57), l'impresa Beta stipula un accordo di ristrutturazione agevolato (art. 59) e l'impresa Gamma stipula un accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 60).

In linea teorica non deve ritenersi vietato includere nella stessa procedura di omologazione accordi con caratteristiche diverse, a condizione, beninteso, che siano integrate le specifiche condizioni richieste per ciascuna tipologia di accordo. Vanno, però, ben calibrati gli effetti di questa scelta sul procedimento di omologazione, con particolare riferimento alle eventuali richieste di misure cautelari e protettive che possono essere formulate nel procedimento di omologazione (artt. 54 e 55). Poiché si può far ricorso alla disciplina di favore degli accordi di ristrutturazione agevolati solo quando il debitore, tra l'altro, non abbia richiesto o rinunci a richiedere misure protettive temporanee (art. 60), nel procedimento di omologazione di gruppo non potranno chiedersi misure protettive con riferimento alla specifica impresa che abbia stipulato un accordo di ristrutturazione agevolata, fermo restando la possibilità di chiedere le misure protettive per le altre imprese.

Piano di ristrutturazione di gruppo: esclusione

Non è previsto dalla normativa la possibilità di presentare un piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione di gruppo. Si tratta, probabilmente, di un difetto di coordinamento legislativo, ma non sembra che la lacuna sia superabile in via interpretativa.

6. La liquidazione giudiziale di gruppo

Le imprese appartenenti al medesimo gruppo possono essere assoggettate anche ad una procedura di liquidazione giudiziale unitaria (art. 287).

Anche in questo caso, si limiterà l'esame alle sole disposizioni derogatorie previste per la liquidazione giudiziale unitaria, rinviando per il resto alla trattazione generale sulla liquidazione giudiziale (cap. IX).

Presupposto soggettivo ed oggettivo

I presupposti soggettivi ed oggettivi per l'apertura della liquidazione giudiziale di gruppo non mutano rispetto a quelli della liquidazione giudiziale singola. Ogni impresa del gruppo può essere assoggettata alla liquidazione di gruppo solo se autonomamente in possesso del presupposto soggettivo ed oggettivo, che deve appunto essere verificato a livello di singola impresa, non già di gruppo in generale.

La richiesta di apertura di una liquidazione giudiziale di gruppo a carico di più imprese, invece che di una procedura singola, può essere presentata dalle stesse imprese debitrici o dai creditori o dal pubblico ministero.

Competenza territoriale

Il tribunale competente è quello nel cui circondario le varie imprese del gruppo hanno il proprio centro principale degli interessi. Se le imprese del gruppo hanno il proprio centro principale degli interessi in circondari diversi, si distingue a seconda che la domanda sia presentata unitariamente dalle stesse imprese del gruppo, oppure siano presentate, dalle stesse imprese oppure dai creditori o dal pubblico ministero, domande separate.

Quando la domanda di accesso alla procedura è presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, è competente il tribunale nel cui circondario è collocato il centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497-*bis* c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato. Quando, invece, vengono presentate domande autonome di accesso, il tribunale competente è quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale.

Migliore soddisfacimento dei creditori

L'apertura della procedura unitaria non è automatica, ma subordinata alla verifica di uno specifico requisito. Il tribunale dispone, infatti, la procedura di gruppo solo quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo; a tal fine, tiene conto dei preesistenti reciproci collegamenti di natura economica o produttiva, della composizione dei patrimoni delle diverse imprese e della presenza dei medesimi amministratori. Anche in questo caso, è l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori a costituire il criterio che deve guidare il tribunale nella scelta tra procedura singola e procedura di gruppo: se l'interesse dei creditori è meglio tutelato dalla procedura di gruppo, si dispone in tal senso, altrimenti, anche se vi sono legami di gruppo, verranno aperte procedure singole e differenziate per ogni impresa di gruppo.

Ai fini della valutazione dell'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori assume rilievo, in particolare, la composizione dell'attivo delle diverse imprese e l'opportunità di procedere a forme di coordinamento nella liquidazione degli stessi. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un'impresa svolga attività di produzione e l'altra impresa del gruppo svolga l'attività di commercializzazione del prodotto realizzato dalla prima; oppure, all'ipotesi in cui un'impresa è incaricata di una fase del ciclo produttivo al quale concorrono altre imprese del gruppo. Quando le attività imprenditoriali sono molto integrate e interdipendenti, la vendita unitaria o comunque coordinata dell'attivo di titolarità delle varie imprese consente, presumibilmente, di conseguire un realizzo più elevato di quanto conseguibile attraverso una liquidazione separata degli attivi di ciascuna, così da rendere più conveniente la procedura unitaria.

Autonomia delle masse attive e passive

Resta, comunque, ferma l'autonomia delle rispettive masse attive e passive delle diverse imprese del gruppo (art. 287, comma 1). Anche se viene aperta un'unica procedura, il ricavato della liquidazione dell'attivo deve essere distribuito tra le varie imprese in funzione della titolarità dello stesso ed i creditori potranno essere soddisfatti solo con l'attivo della singola impresa rispetto alla quale vantino ragioni di creditori. Tornando all'esempio precedente, se viene venduto unitariamente un complesso aziendale comprendente gli attivi di diverse imprese, il ricavato deve essere ripartito tra le varie imprese in base al rispettivo valore dei beni di ciascuna inclusi nel complesso aziendale. Pertanto, anche se la liquidazione è unica o coordinata, l'accertamento del passivo avverrà in modo distinto tra le varie imprese, così come la ripartizione dell'attivo, senza alcuna confusione patrimoniale.

Organi

L'unitarietà della procedura è favorita dalla nomina di organi unici. Il tribunale nomina, salvo che sussistano specifiche ragioni, un unico giudice delegato e un unico curatore (art. 287, comma 2). Il comitato dei creditori è, invece, differente per ciascuna impresa del gruppo, in quanto deve essere rappresentativo della specifica platea di creditori di ciascuna.

Programma di liquidazione

Il curatore unico procede alla redazione di un unitario programma di liquidazione, nel quale illustra le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese (art. 287, comma 3). Le spese generali della procedura sono imputate alle imprese del gruppo in proporzione delle rispettive masse attive, intendendosi come attivo quello effettivamente conseguito all'esito della liquidazione e non quello stimato all'inizio della procedura.

Chiusura

L'unitarietà della procedura opera anche al momento finale e la procedura di liquidazione giudiziale di gruppo si chiude in modo unitario, con un unico decreto e con effetti per tutte le imprese del gruppo. Le cause di chiusura devono sussistere con riferimento a tutte le imprese del gruppo, anche se non va esclusa la possibilità dell'operare di cause di chiusura diverse, pur se contestuali (es.: per un'impresa opera la causa di chiusura della mancata presentazione di domande di ammissione al passivo; per altra impresa opera la causa di chiusura della ripartizione finale dell'attivo).

La liquidazione giudiziale di gruppo potrà cessare anche per effetto dell'omologazione di un concordato di liquidazione di gruppo, al quale potranno applicarsi, in via analogica, le previsioni del concordato preventivo di gruppo. Il ricorso è unico, la proposta differenziata per i creditori delle diverse imprese, i creditori di ciascuna impresa votano in maniera contestuale e separata, l'omologazione è unica.

Unità e autonomia nella liquidazione di gruppo

In sintesi, la procedura di liquidazione giudiziale di gruppo rappresenta una procedura unitaria, ma nella quale convivono elementi di unità ed elementi di autonomia: l'apertura è unica; gli organi sono in parte unici, in parte diversi; l'accertamento del passivo è autonomo per ciascuna impresa; la liquidazione è tendenzialmente unica o quantomeno coordinata; il riparto dell'attivo è autonomo per ciascuna impresa; la chiusura è unica. Elementi di unità e autonomia che sono espressione, da un lato, della unitarietà della procedura in funzione della migliore soddisfazione dei creditori, dall'altro lato, della perdurante autonomia delle masse attive e passive delle diverse imprese del gruppo.

Cooperazione tra organi di procedure diverse

Quando il legame di gruppo esiste, ma mancano le ragioni di convenienza che giustificano la procedura unitaria, oppure quando un'impresa del gruppo è già sottoposta a liquidazione giudiziale e solo successivamente si apre la procedura per altre imprese, possono convivere separate procedure di liquidazione giudiziale per le diverse imprese, eventualmente dinanzi a tribunali diversi. In questi casi, viene comunque incentivata una qualche forma di collaborazione tra le diverse procedure, prevedendosi che gli organi di gestione delle diverse procedure cooperino per facilitare la gestione efficace (art. 288). La cooperazione potrà assumere forme e contenuti diverse, in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto, e potrà andare dal mero scambio di informazioni a più articolati coordinamenti in fase di liquidazione delle rispettive attività.

7. Le azioni di inefficacia e le azioni di responsabilità fra imprese di gruppo

La riconosciuta utilità ed efficienza economica dei gruppi di imprese non deve far dimenticare i problemi giuridici che l'esistenza di legami di gruppo può determinare. L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte del capogruppo, pur se in sé legittimo, può talvolta risolversi in un pregiudizio per le singole società che ne sono sottoposte, nella misura in cui il perseguimento dell'interesse di gruppo avvantaggia la capogruppo e/o alcune delle società controllate, ma danneggia altre società del gruppo medesimo e, quindi, i creditori di minoranza ed i creditori di queste ultime.

Responsabilità per abuso di direzione e coordinamento

Nel diritto societario la risposta diretta a queste problematiche è rappresentata dalla disciplina della responsabilità per cd. abuso di direzione e coordinamento, in forza della quale la capogruppo che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agisce nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei princìpi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, è direttamente responsabile nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società (art. 2497 c.c.).

Nella liquidazione giudiziale, queste esigenze di tutela dei soci di mi-

noranza e dei creditori delle società del gruppo eventualmente pregiudicate dall'abuso dell'attività di direzione e coordinamento sono particolarmente sentite. Pertanto, sono previste specifiche azioni e strumenti a disposizione del curatore della società del gruppo, funzionali ad eliminare, o comunque ridurre, l'eventuale danno causato dall'abuso della direzione e coordinamento nel periodo antecedente rispetto all'apertura della liquidazione giudiziale. Questi strumenti specifici sono di due tipi: azioni di inefficacia e azioni di responsabilità.

Azioni di inefficacia

Con riferimento alle prime, è attribuito al curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, il potere di esercitare nei confronti delle imprese appartenenti al medesimo gruppo azioni dirette a conseguire la dichiarazione di inefficacia di atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito dell'istanza di liquidazione giudiziale, che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori (art. 290, comma 1). Per una maggiore efficienza dell'azione, è prevista un'inversione dell'onere della prova, per cui spetta alla società beneficiaria provare di non essere stata a conoscenza del carattere pregiudizievole dell'atto o del contratto (art. 290, comma 2). Si tratta di un'azione che può essere definita una revocatoria concorsuale "rafforzata", in quanto presenta dei caratteri rafforzati rispetto alle azioni revocatorie concorsuali normalmente esercitabili dal curatore, in termini di durata del periodo sospetto (cinque anni) e di oneri probatori.

Sempre nella stessa ottica di agevolare gli strumenti recuperatori, è, inoltre, attribuito al curatore della procedura di liquidazione giudiziale aperta nei confronti di una società appartenente ad un gruppo il potere di esercitare, nei confronti delle altre società del gruppo, la "normale" azione revocatoria concorsuale *ex* art. 166 degli atti compiuti dopo il deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale. È, altresì, previsto che per le azioni revocatorie concorsuali *ex* art. 166 nei confronti di altre società del gruppo avverso i cd. atti e pagamenti "anormali" il periodo sospetto sia allungato rispettivamente ai due (per gli atti e pagamenti cd. "anormali" di cui all'art. 166, comma 1, lett. a e b) ed all'anno anteriore al deposito della domanda (per agli atti costitutivi di garanzie "anormali" di cui all'art. 166, comma 1, lett. c e d).

Azioni di responsabilità

In ogni caso, le azioni di inefficacia si aggiungono e non si sostituiscono alla possibilità per il curatore della società "eterodiretta" danneggiata di esercitare contro la capogruppo, nonché nei confronti di coloro che abbiano partecipato o preso parte al fatto lesivo, l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c. Sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure di liquidazione giudiziale, il curatore è, infatti, legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 c.c. (art. 291, comma 1).

Denuncia di gravi irregolarità

Il curatore è altresì legittimato a proporre, nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale, la denuncia al tribunale per gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. (art. 291, comma 2). Si tratta di una legittimazione "straordinaria" rispetto a quelle di diritto comune, essendo attribuita ad un organo (il curatore) che non è socio delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale e che si presenta funzionale ad impedire il protrarsi della grave irregolarità rappresentata dall'abuso di direzione e coordinamento.

Postergazione

Altro strumento di tutela dei creditori delle società del gruppo è la disciplina speciale della postergazione del rimborso dei crediti da finanziamento infragruppo (art. 292). I crediti che la capogruppo vanta, anche a seguito di escussione di garanzie, nei confronti delle imprese sottoposte a direzione e coordinamento, o che queste ultime vantano nei confronti della prima sulla base di rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore sono postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori; se tali crediti sono stati rimborsati nell'anno anteriore alla domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale, si applica la disciplina sui pagamenti di crediti scaduti e postergati, per cui tali pagamenti sono privi di effetto rispetto ai creditori e devono essere restituiti. Questa disciplina penalizzante non trova, però, applicazione per i finanziamenti infragruppo in funzione, occasione o esecuzione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di concordato preventivo (vedi cap. V, par. 5; cap. VI, sez. 3, par. 3).

Capitolo XI

LE PROCEDURE DI SOVRAINDEBITAMENTO

Sezione 1

Disposizioni comuni

1. Premessa

Anche i consumatori, i piccoli imprenditori, gli imprenditori agricoli e, in generale, i debitori che non esercitano attività d'impresa commerciale possono versare in stato di crisi o di insolvenza. A fronte di questa situazione, però, sembrerebbe inefficiente e antieconomico prevedere l'apertura di una procedura concorsuale, con tutti i rilevanti costi economici che lo svolgimento della procedura impone. La struttura ed i costi delle procedure concorsuali trovano, infatti, una giustificazione economica nella rilevanza degli interessi coinvolti nell'attività dell'impresa commerciale, la cui crisi o insolvenza si riflette sulla pluralità di soggetti che entrano in contatto con la stessa, dai creditori, ai lavoratori, dai fornitori, ai clienti. Diversamente, i costi diretti e indiretti delle procedure concorsuali non paiono giustificati quando la crisi o l'insolvenza coinvolge un debitore non imprenditore o un piccolo imprenditore o un imprenditore agricolo, il cui dissesto solitamente produce effetti più limitati e circoscritti.

Sistema previgente

Questa considerazione ha condotto, per lungo tempo, ad escludere tutti i debitori diversi dagli imprenditori commerciali medio-grandi dalla soggezione alle procedure concorsuali. Non essere soggetti a procedure concorsuali non equivaleva, ovviamente, a non essere chiamati a rispondere dei propri debiti, ma significava che i debitori erano soggetti alle procedure esecutive individuali (pignoramento). L'attuazione coattiva della responsabilità patrimoniale, in forza della quale ciascuno risponde dei debiti con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.), avveniva mediante gli strumenti dell'esecuzione individuale e non già

mediante l'operare della tutela collettiva che caratterizza le procedure concorsuali.

Importanza dell'esdebitazione

L'osservazione che precede è corretta, ma parziale, perché non tiene conto di altri e concorrenti considerazioni. Quando è soggetto ad una procedura concorsuale, il debitore può beneficiare della cd. esdebitazione, nel senso che, a determinate condizioni, esso può essere liberato dai debiti residui non soddisfatti. Quando, invece, è soggetto solo alle procedure esecutive individuali, il debitore non può mai beneficiare della esdebitazione, perché il proprio patrimonio continua, a tempo indefinito, ad essere esposto alle azioni dei creditori fino alla loro completa e integrale soddisfazione, interessi e spese incluse. È evidente, allora, che se il patrimonio attuale ed anche il presumibile patrimonio futuro del debitore è insufficiente al pagamento integrale dei propri debiti, egli non riuscirà mai a liberarsene e sarà sempre soggetto alle continue azioni esecutive dei creditori. Questa situazione determina gravi problemi, tanto da un punto di vista sociale, quanto da un punto vista economico. Da un punto di vista sociale, la concreta impossibilità, anche prospettica, di poter ottenere la liberazione dai propri debiti relega il debitore, spesso consumatore, e la sua famiglia in una situazione di grave disagio, non avendo alcun mezzo o soluzione per migliorare la propria situazione, né nell'immediato, né in futuro. Da un punto di vista economico, il debitore, anche e soprattutto quando si tratta di piccolo imprenditore o imprenditore agricolo, è impossibilitato a rientrare nel normale circuito del credito ed è disincentivato ad avviare una nuova attività imprenditoriale, professionale e lavorativa, perché sa che gli eventuali proventi futuri sarebbero destinati sempre e comunque al pagamento dei propri debiti pregressi.

Sistema attuale

Il rilievo di questi problemi sociali ed economici ha portato, pertanto, ad estendere a tutti i debitori la possibilità di avere accesso ad una procedura concorsuale, al fine di poter ottenere, nel rispetto di alcuni limiti, l'esdebitazione dai debiti pregressi entro un arco temporale certo e ragionevolmente definito. Si tratta, però, di procedure diverse e semplificate rispetto a quelle previste per gli imprenditori commerciali medio-grandi, in quanto tarate sulle dimensioni solitamente più ridotte dell'attivo e del passivo da regolamentare.

Procedure

Nel nostro ordinamento esistono tre diverse procedure specificamente destinate ad affrontare la crisi e l'insolvenza dei debitori che non esercitano attività d'impresa commerciale medio-grande: a) la ristrutturazione dei debiti del consumatore; b) il concordato minore; c) la liquidazione controllata del sovraindebitato. Queste tre procedure sono collettivamente indicate come "procedure di sovraindebitamento".

Si tratta di procedure concorsuali, in quanto ne presentano gli elementi caratterizzanti: vi è l'intervento di un'autorità pubblica, si pongono vincoli di varia natura sul patrimonio del debitore e si attua una regolamentazione coattiva dei diritti dei creditori nei confronti del debitore.

Le tre procedure presentano, tuttavia, caratteristiche tra loro differenti.

Ristrutturazione dei debiti

La ristrutturazione dei debiti del consumatore è una procedura a carattere volontario, basata su una proposta di soddisfacimento dei crediti formulata dal debitore, che viene rimessa alla valutazione del tribunale. Sotto molti diversi profili è una procedura che presenta natura e tratti simili al concordato preventivo, ma con una differenza fondamentale: la proposta del debitore non è sottoposta alla votazione dei creditori, ma unicamente soggetta alla valutazione ed al controllo del tribunale. La mancanza della votazione non ne elimina o attenua la natura concordataria, potendosi ricondurre questa procedura nell'ambito dei cd. concordati coattivi, così come il concordato semplificato (cap. VIII) ed i concordati nelle procedure amministrative (cap. XII, par. 10 e cap. XIII, sez. 1, par. 14), dove vi è la presenza di un piano e di una proposta di soddisfacimento dei crediti ed i creditori hanno comunque la possibilità di contestare la convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria. Indubbiamente, l'assenza della votazione dei creditori rappresenta un vantaggio per il debitore, giustificato dal fatto che la procedura è accessibile solo ai consumatori.

Concordato minore

Il concordato minore è una procedura a carattere volontario, basata anch'essa su una proposta di soddisfacimento dei crediti avanzata dal debitore, che viene sottoposta alla votazione dei creditori ed alla valutazione del tribunale. La struttura è sostanzialmente analoga a quella del concordato preventivo, come testimoniato anche dal rinvio operato alle norme sul concordato preventivo, in quanto compatibili. La presenza della votazione dei creditori, a differenza di quanto avviene nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, si giustifica in quanto la procedura non è accessibile ai consumatori, ma a tutte le altre categorie di debitori sovraindebitati.

Liquidazione controllata

La liquidazione controllata del sovraindebitato è una procedura a carattere coattivo, perché può essere disposta anche su domanda dei creditori, diretta alla liquidazione del patrimonio del debitore ed alla ripartizione dell'attivo tra i creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*. La struttura è simile a quella della liquidazione giudiziale, in quanto ne condivide il carattere esecutivo-satisfattivo, di mezzo per attuare una liquidazione collettiva del patrimonio del debitore in funzione della distribuzione dell'attivo.

Composizione negoziata e concordato semplificato

A queste tre procedure di sovraindebitamento, specificamente destinate ai debitori che non esercitano attività d'impresa commerciale medio-grande, si aggiungono altri due strumenti che sono a disposizione sia di (una parte di) questi debitori, sia anche degli imprenditori

commerciali medio-grandi. Si tratta della composizione negoziata della crisi e del concordato semplificato, che possono essere utilizzati da tutti gli imprenditori, e quindi anche dagli imprenditori agricoli e dagli imprenditori minori. In questo capitolo si tratterà solo delle procedure di sovraindebitamento, rinviando alle trattazioni già compiute nel cap. III e nel cap. VIII per quanto riguarda rispettivamente la composizione negoziata della crisi ed il concordato semplificato.

2. Il presupposto soggettivo

I presupposti delle tre procedure di sovraindebitamento sono in larga parte comuni, salvo alcune eccezioni, così da consigliarne una trattazione unitaria.

Per quanto riguarda il presupposto soggettivo, possono essere sottoposti alle procedure di sovraindebitamento il consumatore, il professionista, l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo, le *start-up* innovative. Accanto a questa indicazione analitica, vi è, poi, una formula di chiusura, in forza della quale può essere sottoposto alle procedure di sovraindebitamento ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza (art. 2, comma 1, lett. c).

Per individuare la sussistenza del presupposto soggettivo è, quindi, necessario procedere ad un duplice passaggio. In primo luogo, si deve verificare se il debitore rientri in una delle categorie previste espressamente (consumatore, professionista, imprenditore minore, imprenditore agricolo, *start-up* innovative). Se la risposta è affermativa, ricorre il presupposto soggettivo. Se la risposta è negativa, va compiuta un'ulteriore verifica ed accertarsi se il debitore, pur non rientrando tra quelle categorie, sia assoggettabile ad altra procedura prevista per il caso di crisi o insolvenza; nel caso in cui questa verifica conduca a ritenere che il debitore non sia assoggettabile ad altra procedura, sussiste il presupposto soggettivo per il sovraindebitamento.

Vediamo più da vicino quali debitori possono fare ricorso a queste procedure di sovraindebitamento.

Consumatore

Il consumatore è la persona fisica che agisce "per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente svolta" (art. 2, comma 2, lett. e). Si tratta di una nozione di consumatore basata sullo scopo consumeristico – da accertare e verificare in concreto – delle obbligazioni, che devono essere state contratte esclusivamente per far fronte ad esigenze personali o familiari. Ciò che rileva è lo scopo per cui sono state assunte le obbligazioni da soddisfare nella procedura, per cui può essere considerato consumatore anche il debitore che svolga o abbia svolto in passato attività imprenditoriale o professionale, purché non residuino obbligazioni di fonte imprenditoriale o professionale ancora da soddisfare.

Socio illimitatamente responsabile

Succede talvolta che il consumatore sia socio illimitatamente responsabile di una società di persone. In tale ipotesi, si potrebbe porre in dubbio la possibilità di accesso alle procedure di sovraindebitamento, in quanto quel consumatore, nella qualità di socio illimitatamente responsabile, potrebbe in ipotesi essere sottoposto a liquidazione giudiziale in estensione della liquidazione aperta a carico della società (art. 256) (vedi cap. IX, sez. 13, par. 7). Per superare ogni dubbio interpretativo al riguardo, è previsto espressamente che il consumatore rimane tale, e può far ricorso al sovraindebitamento, anche se socio illimitatamente responsabile (art. 2, comma 1, lett. e), con l'ovvia limitazione per cui la procedura di sovraindebitamento potrà riguardare i debiti personali, non certo i debiti della società di cui anche potrebbe essere chiamato a rispondere in via solidale e sussidiaria.

Professionista

Il professionista non è imprenditore, perché in esso prevale la personalità della prestazione, contrapponibile all'organizzazione dei fattori della produzione che caratterizza l'imprenditore. Ciò vale sicuramente per le cd. professioni "protette", ossia per le professioni per le quali la legge impone che il relativo esercizio sia subordinato all'iscrizione in albi o elenchi (es.: avvocati, dottori commercialisti, architetti, ecc.), mentre per le professioni non protette (es.: traduttore, organizzatore di eventi, ecc.) vale solo a condizione che il professionista eserciti personalmente l'attività intellettuale e che utilizzi prevalentemente lo schema contrattuale della prestazione d'opera intellettuale.

Imprenditore minore

L'imprenditore minore è l'imprenditore che non superi determinati requisiti dimensionali di tipo oggettivo-numerico, che trovano applicazione nell'ambito del diritto della crisi e dell'insolvenza in sostituzione della nozione di piccolo imprenditore delineata dall'art. 2083 c.c. (art. 2, comma 1, lett. d). Sulla nozione di imprenditore minore, si rinvia alla trattazione svolta con riferimento alla liquidazione giudiziale (cap. IX, sez. 1, par. 2).

Imprenditore agricolo

L'imprenditore agricolo è l'imprenditore che esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse (art. 2135, comma 1, c.c.). Rientrano tra le attività agricole anche quelle connesse, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi com-

prese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità (art. 2135, comma 3, c.c.). Non si è, però, imprenditori agricoli quando non sussiste di fatto il collegamento funzionale dell'attività di impresa con la terra, quale fattore produttivo, o quando le attività connesse assumono rilievo prevalente o sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, silvicoltura o allevamento. La valutazione sulla natura commerciale o agricola è, quindi, da compiersi caso per caso, sulla base dell'esame delle concrete caratteristiche dell'attività svolta, senza che acquisti un rilievo dirimente la qualificazione della propria attività che l'imprenditore propone o l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese riservata all'imprenditore agricolo.

Start-up innovative

Le *start-up* innovative, disciplinate dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, sono società di capitali aventi come oggetto sociale, esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico. In ragione della particolare rischiosità dell'attività svolta ed in funzione incentivante, il legislatore ne ha previsto l'esenzione dalle altre procedure concorsuali per un periodo di cinque anni, decorrente dalla loro costituzione (art. 31 d.l. 179/2012): in questo quinquennio, pertanto, le *start-up* innovative possono essere assoggettate solo alle procedure di sovraindebitamento.

Associazioni e fondazioni

La categoria "residuale", rappresentata dagli altri debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza, è ampia e di non agevole delimitazione. Vi rientrano, tra gli altri, gli enti non commerciali, le associazioni e le fondazioni non esercenti attività di impresa commerciale; resta fermo che, nel caso in cui questi enti esercitino attività di impresa commerciale, diventano imprenditori commerciali e sono soggetti alla liquidazione giudiziale (art. 259).

Enti pubblici economici

Dubbia è la possibilità di far ricorso alle procedure di sovraindebitamento per gli enti pubblici economici (es.: consorzi tra comuni *ex* l. 267/1990). Per un verso gli enti pubblici economici non possono far ricorso alla liquidazione giudiziale o al concordato preventivo e possono essere soggetti a liquidazione coatta amministrativa solo in presenza di una specifica norma di legge che espressamente lo preveda; il che porterebbe ad includerli nella categoria "residuale" sopra descritta. Per un altro verso, però, l'art. 1, comma 1, stabilisce che "il presente Codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore ... con esclusione dello Stato e degli enti pubblici"; ciò significa che nemmeno le procedure di sovraindebitamento, che sono disciplinate proprio dal Codice della crisi e dell'insolvenza, sarebbero applicabili agli enti pubblici economici. Probabilmente è da secondare una interpretazione sistematica e non letterale, che consenta di far ricorso alle procedure di sovraindebitamento anche agli enti pubblici economici non soggetti a liquidazione coatta amministrativa, i quali altrimenti non sarebbero soggetti ad alcuno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, ma rimarrebbero esposti solo alle esecuzioni individuali, con le inevitabili criticità, anzitutto in tema di mancato rispetto della *par condicio*, che questo determinerebbe.

Si è detto che il presupposto soggettivo è comune per le tre procedure di sovraindebitamento. Questa affermazione va precisata, perché incontra alcune deroghe.

Presupposto soggettivo della ristrutturazione dei debiti

Solo il consumatore può chiedere di accedere alla ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 67). Come la stessa definizione suggerisce, il presupposto soggettivo di questa procedura è ristretto al consumatore, con conseguente esclusione di tutte le altre categorie di debitori sopra individuate. La ragione di questa limitazione risiede nella presenza di norme di particolare favore per il debitore in questa procedura (principalmente, l'assenza di votazione dei creditori), che si giustificano quando si è in presenza di debiti sorti per far fronte ad esigenze personali o familiari. Gli imprenditori minori e agricoli possono, però, far ricorso al concordato semplificato, che parimenti non prevede la votazione dei creditori.

Specularmente, il concordato minore è riservato a tutte le altre categorie, ma con esclusione del consumatore.

La liquidazione controllata è, invece, estesa a tutti i debitori sopra individuati (consumatore, professionista, imprenditore minore, imprenditore agricolo, *start-up* innovativa, debitori non assoggettabili ad altre procedure), senza alcuna limitazione.

3. Il presupposto oggettivo

Sovraindebitamento

Il presupposto oggettivo delle tre procedure è rappresentato dal sovraindebitamento. Il legislatore non disciplina autonomamente e non descrive puntualmente il sovraindebitamento, ma si limita a definirlo come "lo stato di crisi o di insolvenza" (art. 2, comma 1, lett. c). Questa definizione ampia e *per relationem* significa, da un lato, che non esiste una nozione propria e autonoma del sovraindebitamento, che va invece rinvenuta in quella dettata per lo stato di crisi o di insolvenza, e dall'altro lato, che il sovraindebitamento è categoria omnicomprensiva, tale da ricomprendere due situazioni tra di loro diverse e non omogene, quale stato di crisi e stato di insolvenza.

Per la definizione di stato di crisi e di insolvenza, sul loro contenuto e sulle loro differenze, si rinvia alla trattazione già compiuta in precedenza (cap. VI, sez. 2, par. 1; cap. IX, sez. 1, par. 3), al fine di evitare inutili duplicazioni.

Proprio la netta differenza tra stato di crisi e di insolvenza impone, allora, di individuare con attenzione quale sia lo specifico presupposto oggettivo per ciascuna delle tre procedure di sovraindebitamento.

Presupposto oggettivo delle procedure volontarie

Per quanto riguarda la ristrutturazione dei debiti del consumatore ed il concordato minore, che rappresentano procedure cd. volontarie che possono essere aperte solo su istanza del debitore, il presupposto oggettivo può essere tanto lo stato di crisi, quanto lo stato di insolvenza, proprio come avviene nel concordato preventivo.

Presupposto oggettivo della liquidazione controllata

Per quanto riguarda, invece, la liquidazione controllata, il discorso è più complesso. La procedura, infatti, può essere aperta sia su domanda del debitore, sia anche su domanda di un creditore (art. 268) e, a seconda del soggetto che chiede l'apertura della procedura, cambia il presupposto oggettivo. Quando la domanda di apertura è presentata dal debitore, il presupposto oggettivo è lo stato di sovraindebitamento, che comprende, come visto, tanto lo stato di crisi, quanto lo stato di insolvenza. Quando, invece, la domanda è presentata da un creditore, il presupposto oggettivo è rappresentato solo dallo stato di insolvenza (art. 268, comma 2). Può apparire singolare che il presupposto oggettivo di una procedura si articoli in modo differente a seconda del soggetto che ne chieda l'apertura, ma questa diversità ha una sua razionalità. L'importante effetto che l'apertura della procedura determina per il debitore in termini di cd. spossessamento impone, infatti, di ancorare l'apertura della procedura, quando ciò avviene contro la volontà del debitore stesso, ad un dato di particolare gravità, costituito dallo stato di insolvenza.

In sintesi, quindi, il presupposto oggettivo delle procedure di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di concordato minore è lo stato di crisi o lo stato di insolvenza, mentre il presupposto oggettivo della liquidazione controllata è lo stato di crisi o di insolvenza quando la domanda di apertura è presentata dal debitore, mentre è solo lo stato di insolvenza quando la domanda è presentata da un creditore.

Sezione 2

La ristrutturazione dei debiti del consumatore

1. Natura e finalità

Natura

La ristrutturazione dei debiti del consumatore si fonda su una proposta di soddisfacimento dei crediti formulata dal debitore (che deve essere necessariamente un consumatore), che viene sottoposta alla valutazione del tribunale. Anche se la procedura è basata su una proposta di soddisfacimento dei crediti, non è prevista l'approvazione da parte dei creditori, ai quali non è consentito di votare o comunque di esprimere il proprio consenso sulla proposta. È solo il tribunale ad esercitare una funzione di etero-tutela dei creditori, provvedendo alla valutazione della legittimità, fattibilità e convenienza della proposta.

Finalità

La ristrutturazione dei debiti del consumatore consente il superamento della situazione di sovraindebitamento del debitore mediante un procedimento più agevole e semplificato rispetto alle altre procedure. Resta fermo che la procedura deve essere comunque funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, nel senso che, pur non essendo sottoposta all'approvazione di questi, la proposta di regolazione della crisi deve presentarsi più conveniente per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria, rappresentata dalle esecuzioni individuali o dalla liquidazione controllata. La procedura è, quindi, un beneficio concesso al consumatore meritevole, che gli garantisce significative agevolazioni, ma non è, e non può essere intesa, come un mezzo per pregiudicare i creditori.

2. Domanda, piano e proposta

Il consumatore sovraindebitato che intende accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti deve presentare una domanda di accesso, contenente un piano ed una proposta.

Piano

Il piano deve indicare "in modo specifico tempi e modalità per superare la crisi da sovraindebitamento" (art. 67, comma 1) e deve, quindi, descrivere le risorse necessarie all'adempimento, le fonti di approvvigionamento, la tempistica dei pagamenti, l'indicazione di eventuali garanzie offerte da terzi.

Proposta

La proposta rappresenta l'offerta rivolta ai creditori. Il contenuto dell'offerta è tendenzialmente libero, potendo prevedere "il soddisfacimento, anche parziale e differenziato, dei crediti in qualsiasi forma" (art. 67, comma 1). Sarà, pertanto, possibile proporre la soddisfazione in danaro, per l'intero o con uno stralcio, senza dover rispettare alcun limite minimo di pagamento, salva la necessità di offrire comunque un pagamento non meramente simbolico. Può essere, altresì, prevista una dilazione nel pagamento, indicandone la tempistica. È possibile anche offrire un soddisfacimento con modalità diverse dal danaro, come ad esempio l'attribuzione ai creditori di beni in luogo del pagamento, l'accollo del debito da parte di soggetti terzi, ecc.

Crediti privilegiati

Regole specifiche e più rigorose operano per il trattamento dei crediti privilegiati, ossia dei crediti assistiti da privilegio, pegno o ipoteca. Non è obbligatorio prevederne il pagamento integrale, ma è necessario

assicurare ad essi un "trattamento minimo garantito", almeno pari a quello che avrebbero conseguito in mancanza della procedura. Vi è, quindi, una soglia minima di soddisfacimento al di sotto della quale non si può scendere e questa soglia rappresenta una condizione di ammissibilità della proposta, il cui mancato rispetto ne determina l'inammissibilità. In particolare, è possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possano essere soddisfatti non integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento 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 ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dall'OCC (art. 67, comma 4). Vale a dire che l'OCC (sul quale vedi sez. 2, par. 3 in questo capitolo) deve stimare e attestare sotto la propria responsabilità quale sarebbe stato il pagamento spettante al creditore privilegiato nel caso di esecuzione individuale o di liquidazione controllata, tenuto conto del valore di mercato dei beni o diritti sui quali insiste la prelazione, e deve attestare che la proposta non offre al creditore privilegiato un soddisfacimento inferiore. Fermo questo trattamento minimo garantito, il debitore è poi libero di decidere se e quale trattamento ulteriore e migliorativo offrire al creditore privilegiato e stabilire la tempistica del pagamento offerto, che può articolarsi anche in un orizzonte temporale di più anni.

Ipoteca su abitazione principale

Una particolare applicazione delle regole per il pagamento dei crediti privilegiati è prevista per i crediti derivanti da mutui garantiti da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore. In questi casi, la proposta può prevedere il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo se il debitore, alla data del deposito della domanda di apertura della procedura, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data (art. 67, comma 5). In applicazione di questa regola, pertanto, il debitore può continuare ad adempiere al già convenuto piano di ammortamento delle rate di mutuo, che solitamente prevede una tempistica molto più lunga rispetto a quella consentita nei piani alla base della ristrutturazione dei debiti del consumatore. Si tratta, in altri termini, di un beneficio concesso al debitore, che avrà più tempo per poter pagare il mutuo rispetto ai tempi ordinari di adempimento del piano.

Cessione del quinto

La proposta può prevedere il pagamento parziale e dilazionato anche dei debiti da restituzione derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione e dalle operazioni di prestito su pegno (art. 67, comma 3).

Per meglio capire questa previsione, di rilevante importanza pratica, è necessario fare un passo indietro e comprendere il fenomeno, molto

frequente, dei finanziamenti concessi ai consumatori e garantiti da cessione di crediti futuri. Succede spesso, infatti, che il consumatore stipuli contratti di finanziamento, che prevedono, a garanzia del finanziatore, la cd. cessione del quinto dello stipendio o della pensione, ossia la cessione del credito futuro rappresentato dalla quinta parte degli stipendi futuri o delle pensioni future del consumatore. In esecuzione di questa cessione, il datore di lavoro o l'ente previdenziale provvede direttamente a versare al finanziatore il quinto dello stipendio o della pensione mano a mano che maturano (solitamente su base mensile) ed il finanziatore incassa questa somma a progressivo deconto del proprio credito. Talvolta, a ulteriore garanzia del finanziamento, è prevista, oltre alla cessione del quinto, anche la cessione del trattamento di fine rapporto, per cui, al momento in cui il trattamento di fine rapporto diviene esigibile (solitamente quando il rapporto di lavoro cessa), esso viene incassato direttamente dal finanziatore e non dal consumatore-lavoratore. Nel momento in cui il consumatore presenta la domanda di apertura della procedura di ristrutturazione dei debiti, egli potrebbe essere ancora debitore di una frazione del finanziamento ricevuto e, allo stesso tempo, parte dei suoi redditi futuri (quinto dello stipendio, quinto della pensione, trattamento di fine rapporto) potrebbe essere già stato ceduto al finanziatore stesso. Superando intensi dibattiti che vi erano stati in passato, il legislatore prevede adesso esplicitamente che la proposta possa prevedere il pagamento parziale e dilazionato anche dei debiti da restituzione derivanti da contratti di finanziamento con cessione. Questo vuol dire che il finanziatore può continuare ad incassare direttamente i futuri ratei del quinto dello stipendio o della pensione o il trattamento di fine rapporto, ma solo limitatamente all'importo del credito per come falcidiato e ridotto in sede di proposta. Se, ad esempio, il credito residuo da finanziamento è di € 10mila e la proposta prevede il pagamento di questo credito nella misura del 20% (e, quindi, per un ammontare di € 2mila), il finanziatore può continuare ad incassare i ratei futuri del quinto dello stipendio o della pensione (o il trattamento di fine rapporto), ma solo fino a concorrenza dell'importo massimo di € 2mila; raggiunto questo importo, non potrà più incassare il quinto dello stipendio o della pensione, che rientrerà nella disponibilità del consumatore e che sarà eventualmente destinato a beneficio degli altri creditori secondo le previsioni della proposta.

Classi di creditori

Anche nella ristrutturazione dei debiti del consumatore è consentita la suddivisione dei creditori in classi. Un indice testuale di questa possibilità è rappresentato dall'espressa possibilità di prevedere il soddisfacimento "differenziato" dei crediti, che sembrerebbe evocare, sia pure in modo non chiaro, proprio la possibilità di suddivisione in classi. Ad ogni modo, l'evidenziata natura concordataria della ristruttura-

zione dei debiti consente comunque l'applicazione analogica delle norme del concordato preventivo, tra cui quelle sulla possibile suddivisione in classi; questo approdo appare, peraltro, coerente tanto con la generale libertà di determinazione del contenuto della proposta, quanto con le regole dettate in tema di concordato minore, rispetto alle quali non si ravviserebbe la ragione di un diverso trattamento. Il debitore ha la facoltà di suddividere i creditori in classi, ma non è obbligato a ciò; non sono, infatti, applicabili analogicamente le previsioni di classamento obbligatorie previste nel concordato preventivo (art. 85, commi 2 e 3), che, in quanto poste a presidio del corretto esplicarsi del principio di maggioranza, sono chiaramente estranee alla ristrutturazione dei debiti, nella quale i creditori non votano. Nel caso in cui decida di procedere alla suddivisione dei creditori in classi, il debitore dovrà comunque rispettare la regola dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici, nel senso che le classi dovranno essere formate da creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei.

Ordine delle cause di prelazione

La proposta deve, in ogni caso, rispettare l'ordine delle cause di prelazione tra creditori. Malgrado il silenzio legislativo sul punto, l'applicazione di questa regola alla ristrutturazione dei debiti del consumatore si ricava dalla natura concorsuale della procedura, che porta con sé, salvo alcune eccezioni, l'applicazione delle regole che presiedono alla cd. distribuzione verticale del patrimonio del debitore in procedura. Ciò significa che si deve rispettare la graduazione tra crediti di rango diverso, offrendo ai creditori di rango superiore un trattamento necessariamente migliore rispetto a quelli di rango inferiore. Sulle possibili declinazioni che la regola dell'ordine delle cause di prelazione può assumere, si rinvia a quanto sopra esposto in tema di concordato preventivo (cap. VI, sez. 2, par. 4).

Tempistica

Spostandoci dal profilo della misura della soddisfazione dei creditori, a quello della tempistica della soddisfazione, non esiste una durata massima legale del piano ed un termine massimo per il compimento dei pagamenti in favore dei creditori. La durata del piano dovrà tenere conto della natura delle fonti di approvvigionamento economico, dovendo differenziarsi, ad esempio, l'ipotesi in cui il reddito messo a disposizione provenga da un contratto di lavoro a tempo determinato (nel qual caso la durata sarà presumibilmente legata alla scadenza di tale contratto) oppure da un contratto a tempo indeterminato, e così via. Vi è, però, un limite, implicito ma operante, riguardo la durata del piano dei pagamenti, rappresentato dalla convenienza per i creditori, nel senso che il tribunale dovrà valutare la sussistenza di questo requisito anche in ragione della tempistica dei pagamenti, potendo in ipotesi giudicare non conveniente per i creditori un piano che preveda percentuali di pagamento maggiori rispetto a quelle dell'alternativa liquidatoria, ma con tempi molto superiori. Ad ogni modo, non è facile per il tribunale valutare la convenienza, che è già nozione sfuggente e dai confini non tracciati in modo netto quando si tratta di misura o modalità del soddisfacimento, con riferimento anche al profilo temporale, tenendo anche conto che la valutazione di convenienza è diversa per ogni creditore in ragione della propria situazione economico, patrimoniale e finanziaria.

3. L'organismo di composizione delle crisi da sovraindebitamento

Il consumatore che intende presentare un piano di ristrutturazione dei debiti deve obbligatoriamente avvalersi dell'ausilio dell'organismo di composizione delle crisi da sovraindebitamento (art. 67, comma 1).

Nozione

Gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento (di seguito, OCC) sono organismi iscritti in un registro tenuto presso il Ministro della giustizia, ai quali sono attribuiti compiti delicati e multiformi nell'ambito della procedura. Da un lato, l'OCC è di ausilio per il debitore nella fase che precede la presentazione del piano, dall'altro lato, è un garante dell'attendibilità del piano stesso, dall'altro lato ancora, è di ausilio anche per il tribunale durante lo svolgimento della procedura. Si tratta, quindi, di una figura "bifronte", parte consulente del debitore, parte ausiliario del tribunale, chiamata a tutelare sia gli interessi del debitore, sia (e soprattutto) gli interessi della massa dei creditori.

Scelta dell'OCC

Il consumatore è libero di scegliere uno qualsiasi degli OCC costituiti nel circondario del tribunale competente per la procedura. Se nel circondario del tribunale competente non vi è un OCC, i compiti e le funzioni allo stesso attribuiti sono svolti da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti per svolgere le funzioni di curatore o commissario giudiziale, nominati dal presidente del tribunale competente o da un giudice da lui delegato e individuati, ove possibile, tra gli iscritti all'albo dei gestori della crisi (art. 68, comma 1).

Ricevuto l'incarico, l'OCC deve, entro sette giorni, darne notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche degli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del consumatore, i quali entro quindici giorni debbono comunicare il debito tributario accertato e gli eventuali accertamenti pendenti. Questo passaggio preliminare consente di avere contezza, in modo ufficiale, dell'ammontare dei debiti tributari e contributivi, in vista della predisposizione della proposta e del piano, oltre che degli adempimenti connessi.

Relazione

Ricevuta ed esaminata la documentazione fornita dal debitore o eventualmente richiesta allo stesso, nonché quella dell'agente della riscossione e degli uffici fiscali, l'OCC deve procedere alla redazione di una

relazione particolareggiata, da allegare alla domanda introduttiva, che consente al tribunale di meglio valutare la meritevolezza del debitore e l'attendibilità dei dati sui quali si fondano la proposta e il piano.

In particolare, la relazione dell'OCC comprende: a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; c) la valutazione sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda; d) l'indicazione presunta dei costi della procedura; e) l'indicazione se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del consumatore (art. 68, commi 2 e 3).

Questa relazione dell'OCC non è una vera e propria relazione di attestazione, sul modello di quanto previsto nel concordato preventivo. All'OCC è, infatti, richiesto di valutare la completezza ed attendibilità della documentazione, non di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, come nel concordato preventivo. Pur diversa da una attestazione, non vi è dubbio, comunque, che la relazione dell'OCC le si avvicini da un punto di vista contenutistico, perché per valutare completezza e attendibilità della documentazione l'OCC dovrà necessariamente valutare anche la sostanziale correttezza dei dati contabili di partenza (es.: ammontare attivo e passivo). Ad ogni modo, la relazione di attestazione, anche se non obbligatoria, è comunque possibile, potendo il debitore procedere facoltativamente alla nomina di un attestatore (art. 65, comma 3), che evidentemente sarà un professionista diverso dall'OCC e che si aggiungerà (non sostituirà) all'OCC.

Punto controverso è quello del rapporto tra debitore ed OCC in questa fase. Non è chiaro, infatti, se l'OCC debba limitarsi ad esaminare la proposta ed il piano predisposti dal debitore (e dai suoi consulenti) e redigere poi la relazione particolareggiata, oppure se all'OCC sia richiesto anche di procedere anche alla redazione della proposta e del piano, o quantomeno di contribuire alla redazione degli stessi. Pare preferibile la prima soluzione, che meglio consente di tracciare una linea di separazione netta tra OCC e debitore, a tutela dell'indipendenza del primo, senza giungere, però, a ravvisare profili di illegittimità del procedimento nelle ipotesi in cui vi sia una qualche forma di interlocuzione e collaborazione tra OCC e debitore nella fase di predisposizione di proposta e piano.

Altri compiti dell'OCC

Successivamente rispetto al deposito della domanda, all'OCC sono poi richiesti ulteriori compiti di ausilio al tribunale, anche in funzione informativa dei creditori. I compiti non si arrestano, inoltre, con l'eventuale omologa, perché all'OCC sono attribuiti compiti di vigilanza anche nella fase esecutiva post-omologa. Queste attività richieste all'OCC durante la procedura o nell'esecuzione della stessa, che sono per alcuni versi simili a quelle spettanti al commissario giudiziale nel concordato preventivo, saranno esposte nel prosieguo, in corrispondenza con l'esame delle varie fasi della procedura.

4. L'avvio del procedimento

Competenza territoriale

L'atto iniziale è rappresentato dalla domanda, che va presentata dal consumatore, con l'ausilio dell'OCC, presso il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro principale degli interessi. Dato che alla procedura possono accedere solo i consumatori, e quindi persone fisiche non esercenti attività d'impresa, il centro degli interessi principali si presume coincidente con la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora o, in mancanza, con il luogo di nascita; se questo non è in Italia, la competenza è del Tribunale di Roma (art. 36, comma 3, lett. b).

La domanda può essere presentata dal debitore anche personalmente, senza che sia necessaria l'assistenza di un difensore.

Alla domanda vanno allegati, oltre alla relazione dell'OCC, una serie di altri documenti che consentono di valutare sinteticamente il valore del passivo da soddisfare e dell'attivo da distribuire, oltre alla condotta pregressa del consumatore. Vanno, specificamente, allegati alla domanda: a) l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute e delle cause di prelazione; b) la descrizione della consistenza e della composizione del patrimonio; c) l'elenco degli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi cinque anni; d) le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni; e) l'indicazione degli stipendi, delle pensioni, dei salari e di tutte le altre entrate del debitore e del suo nucleo familiare, con l'indicazione di quanto occorre al mantenimento della sua famiglia (art. 67, comma 2).

Sospensione degli interessi

Il mero deposito della domanda produce già un limitato effetto, in quanto sospende, ai soli fini del concorso, il corso degli interessi per i crediti chirografari fino alla chiusura della procedura (art. 68, comma 5).

Ricevuta la domanda e gli allegati, il tribunale in composizione monocratica deve preliminarmente verificare l'assenza di motivi di inammissibilità. La domanda di ristrutturazione dei debiti del consumatore è inammissibile se mancano i documenti richiesti, se è assente il presupposto soggettivo o oggettivo, se la proposta e il piano sono privi del contenuto minimo o violano norme imperative, se il debitore è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda o ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte, oppure se ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode (art. 69).

Meritevolezza

Particolarmente importante è il controllo che il tribunale deve compiere sulla mancanza di colpa grave, malafede o frode del consumatore, che si identifica nel controllo della cd. "meritevolezza". Manca la meritevolezza quando il consumatore abbia determinato la situazione di sovraindebitamento con malafede, frode o colpa grave, quest'ultima identificata nella mancanza di diligenza *ex* art. 1176 c.c., sia pure con una agevolazione per il consumatore, perché la negligenza che fa venire meno la meritevolezza è solo quella determinata da colpa grave.

Non è, tuttavia, facile capire in concreto se il sovraindebitamento sia riconducibile o meno a colpa grave del consumatore. In linea generale, si può dire non è meritevole il consumatore che abbia contratto il proprio indebitamento con una condotta gravemente negligente, tenuto conto del motivo del debito, del suo reddito disponibile attuale e prospettico al momento del sorgere del debito e del suo patrimonio. Senza che sia possibile predeterminare le molteplici variabili, rilievo centrale assumono certamente le motivazioni per cui è stato contratto l'indebitamento, per cui ben diversa è la situazione del consumatore che abbia dovuto indebitarsi per soddisfare bisogni personalissimi propri o di propri familiari (es.: casa di abitazione, studi scolastici o universitari, spese mediche, ecc.) e quella del consumatore che stipuli più finanziamenti insostenibili per mantenere un tenore di vita particolarmente agiato (es.: viaggi in località esotiche, auto di lusso): pur in presenza di una medesima situazione economico-patrimoniale, nel primo caso vi è meritevolezza, mentre nel secondo caso non vi è meritevolezza. Rilevanti sono anche le cause del sovraindebitamento, dovendosi distinguere tra cause sopravvenute e non dipendenti dalla volontà del debitore (es.: licenziamento, separazione, malattia, inadempimento di conduttori morosi, ecc.) e cause prevedibili (es.: riduzione del reddito da lavoro autonomo; cessazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato): nel primo caso è certamente più facile accertare la meritevolezza del consumatore, che appare invece difficile rinvenire nel secondo caso.

Concessione irresponsabile di credito

Sempre con riferimento a questo requisito della meritevolezza, inoltre, la condotta del debitore va valutata non isolatamente, ma in rapporto con quella degli stessi creditori, potendosi considerare non grave la colpa del debitore quando vi sia stato il concorso del creditore che abbia colpevolmente determinato o aggravato la situazione di sovraindebitamento. Quando il creditore concede il finanziamento senza considerare il merito creditizio del consumatore, questa condotta potrebbe essere stata idonea a creare o rafforzare l'affidamento del consumatore sulla idoneità del proprio reddito a far fronte alle rate del finanziamento, così escludendosi la negligenza di quest'ultimo. In questo modo, la concessione "irresponsabile" di credito, da un lato espone il creditore stesso a sanzioni, rappresentate dal divieto di presentare opposizione o reclamo

in sede di omologa (art. 69, comma 2), dall'altro lato, assume rilevanza ai fini della valutazione della meritevolezza del debitore. Ciò, tuttavia, senza affermare alcun automatismo, nel senso che non sempre e non necessariamente la condotta negligente del finanziatore consente di affermare la meritevolezza del consumatore, potendosi in taluni casi esservi un consumatore immeritevole pur in presenza di un creditore non diligente.

Decreto

Se il tribunale ritiene ammissibile la domanda, dispone con decreto che proposta e piano siano pubblicati in apposita area del sito web del tribunale o del Ministero della giustizia e che a cura dell'OCC ne sia data comunicazione, entro trenta giorni, a tutti i creditori (art. 70, comma 1). Questo decreto può, sia pure in modo atecnico, essere equiparato ad un decreto di apertura della procedura, perché ad esso si ricollegano peculiari effetti per il debitore ed i creditori, come vedremo a breve.

Osservazioni

Nei venti giorni successivi alla comunicazione ogni creditore può presentare osservazioni, da trasmettere all'OCC (art. 70, comma 3). Si tratta di una mera facoltà, non di un obbligo per il creditore, ma rappresenta uno strumento importante messo a disposizione dei creditori, considerato che in questa procedura non vi è la fase della votazione. Il contenuto non è predeterminato e può essere il più disparato: ad esempio, il creditore può limitarsi ad indicare l'ammontare ed il rango del proprio credito, soprattutto nel caso in cui non condivida la quantificazione operata dal consumatore nell'elenco allegato alla domanda, oppure può contestare l'ammontare e il rango di altri creditori, oppure, ancora, può contestare l'ammissibilità della domanda. L'osservazione rappresenta anche lo strumento per veicolare nel giudizio di omologazione la contestazione sulla convenienza della proposta ed in tal caso il tribunale è chiamato a valutare se il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria.

Modifiche piano e proposta

Le osservazioni sono comunicate, come detto, all'OCC, che dovrà valutarle e, nei dieci giorni successivi alla scadenza per la formulazione delle osservazioni stesse, sentito il debitore, ne deve riferire al tribunale e proporre le eventuali modifiche al piano ed alla proposta che ritiene necessarie (art. 70, comma 6). Può verificarsi, infatti, che le osservazioni facciano emergere elementi non conosciuti dall'OCC o tali da modificarne precedenti valutazioni; in tal caso, l'OCC deve proporre al debitore le eventuali modifiche al piano ed alla proposta necessarie per superare le criticità emerse o per tenere conto dei nuovi elementi pervenuti, informandone anche il tribunale. Quello dell'OCC è, comunque, solo un invito, perché la decisione sulla modifica o meno del piano e della proposta compete unicamente al debitore. Ovviamente, nel caso in cui l'OCC inviti il debitore alla modifica e questi non aderisca all'invito, è molto probabile che poi il tribunale rigetti l'omologazione.

5. Gli effetti

Il decreto di "apertura" può determinare effetti nei confronti del debitore e dei creditori.

Effetti per il debitore

Per quanto riguarda il debitore, con il decreto di apertura, il giudice, su istanza del debitore, può disporre il divieto di compiere atti di straordinaria amministrazione se non preventivamente autorizzati (art. 70, comma 4). In tal caso, si produce il cd. "spossessamento" attenuato, in forza del quale il debitore può compiere liberamente i soli atti di ordinaria amministrazione, mentre è necessaria l'autorizzazione del giudice per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione. Eventuali atti di straordinaria amministrazione compiuti senza l'autorizzazione del tribunale sono inefficaci nei confronti dei creditori ed espongono il debitore anche al rischio di una revoca delle misure protettive (art. 70, comma 5) e, forse, di una revoca della stessa ammissione alla procedura, potendosi configurare il compimento dell'atto non autorizzato quale atto in frode.

Atto in frode

Se il debitore pone in essere un "atto in frode" ai creditori, nel senso di atto diretto ad arrecare pregiudizio alle prospettive di soddisfacimento dei creditori, il tribunale può disporre la revoca delle misure protettive del patrimonio del debitore (art. 70, comma 5) e, probabilmente, anche la revoca della stessa ammissione alla procedura di ristrutturazione dei debiti. In quest'ultima ipotesi, su istanza di un creditore o del pubblico ministero, il tribunale può altresì dichiarare l'apertura della liquidazione controllata (arg. *ex* art. 70, comma 11). Il riferimento alla legittimazione anche del pubblico ministero a chiedere l'apertura della liquidazione controllata in caso di atti in frode, però, è probabilmente frutto di un refuso e di un difetto di coordinamento, considerando che, in generale, la legittimazione del pubblico ministero a chiedere l'apertura della liquidazione controllata, prevista dal testo originario del Codice della crisi e dell'insolvenza, è stata poi abrogata, così che anche questa residua forma di legittimazione del pubblico ministero è da considerarsi implicitamente abrogata.

Effetti per i creditori

Per quanto riguarda i creditori, il tribunale, su istanza del debitore, può disporre la sospensione dei procedimenti di esecuzione forzata che potrebbero pregiudicare la fattibilità del piano e può altresì disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del consumatore, nonché le altre misure idonee a conservare l'integrità del patrimonio fino alla conclusione del procedimento (art. 70, comma 4). Non si tratta, tuttavia, di un divieto automatico, perché è subordinato alla richiesta del debitore ed all'espresso provvedimento del tribunale in sede di decreto di apertura.

Accanto al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali, il tribunale può, come visto, disporre anche le altre misure idonee a conservare l'integrità del patrimonio. Si tratta di una formulazione ampia, che consente al tribunale di adottare misure dal contenuto atipico, funzionali allo scopo di preservare il patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori. Tra queste misure possono, probabilmente, ricomprendersi il divieto di acquisto dei diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (es.: ipoteca legale o giudiziale), al fine di tutelare la *par condicio creditorum*.

Le misure protettive eventualmente concesse, sia quelle "tipiche" del divieto di azioni esecutive e cautelari, sia quelle "atipiche", durano fino alla "conclusione del procedimento", che interviene con l'omologa.

L'ulteriore effetto nei confronti dei creditori, rappresentato dalla sospensione, ai soli effetti del concorso, del corso degli interessi convenzionali o legali per i crediti chirografari fino alla chiusura della procedura, si produce già a partire dal deposito della domanda (art. 68, comma 5).

Contratti pendenti

Non è previsto alcun effetto per i contratti pendenti, che rimangono soggetti alla disciplina di diritto comune, salva la possibilità, ove ritenuta ammissibile, che le misure protettive del patrimonio del consumatore possano incidere anche sui rapporti contrattuali in corso, imponendo la prosecuzione o lo scioglimento di contratti pendenti.

Atti pregiudizievoli ai creditori

Anche nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori l'apertura della procedura non produce effetti. Va, tuttavia, considerato che eventuali atti compiuti dal consumatore in pregiudizio dei creditori prima della procedura potranno essere valutati dal tribunale come ostativi all'ammissione alla procedura per mancanza di meritevolezza, pur non potendo essere oggetto di azione revocatoria da parte degli organi della procedura.

6. L'omologazione

Nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, come detto, non vi è la fase dell'approvazione dei creditori, i quali possono solo inviare le loro osservazioni all'OCC. Dopo l'apertura e una volta che l'OCC abbia riferito al tribunale sulle osservazioni ricevute dai creditori, si apre direttamente la fase dell'omologazione.

Valutazione del tribunale

Nella fase di omologazione, il tribunale deve verificare la sussistenza del presupposto soggettivo e oggettivo, l'esistenza delle condizioni previste (es.: la meritevolezza del consumatore), la regolarità della procedura, intesa come avvenuto rispetto delle regole del procedimento di concordato, l'ammissibilità della proposta, intesa come rispetto dei vincoli imperativi nel contenuto della proposta, e la fattibilità del piano, in-

tesa come non manifesta inidoneità dello stesso al raggiungimento degli obiettivi previsti.

Contestazioni sulla convenienza

Quando uno dei creditori o qualunque altro interessato abbia contestato, con le osservazioni, la convenienza della proposta, il tribunale deve anche verificare se il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria (art. 70, comma 9). Ciascun creditore, indipendentemente dall'ammontare e dal rango del proprio credito, può, quindi, chiedere che la valutazione del tribunale si estenda anche alla convenienza della proposta, sia pure limitatamente al trattamento del creditore opponente.

Decreto di rigetto

Se la verifica ha esito negativo, nel senso che ritenga carente anche uno qualsiasi dei presupposti e delle condizioni prescritte, il tribunale rigetta con decreto, reclamabile innanzi alla corte di appello, l'omologazione e dichiara l'inefficacia delle misure protettive accordate (art. 70, comma 10). Su istanza del debitore, o, in caso di atti di frode, anche su istanza di un creditore, il tribunale, verificata la sussistenza dei presupposti di legge, può inoltre dichiarare aperta la procedura di liquidazione controllata (art. 70, comma 11).

Sentenza di omologazione

Se, invece, accerta l'esistenza dei presupposti e delle condizioni prescritte, il tribunale omologa il piano con sentenza, ne dispone, ove necessario, la trascrizione a cura dell'OCC e dichiara chiusa la procedura (art. 70, comma 7).

Reclamo

Avverso la sentenza di omologa è ammesso reclamo, da proporre in corte di appello nel termine di trenta giorni. Il reclamo può essere proposto da qualunque interessato, ma con una limitazione. Il legislatore, infatti, sanziona sul piano processuale la condotta del creditore che abbia colpevolmente determinato o aggravato la situazione di sovraindebitamento, anche omettendo, in qualità di finanziatore, di verificare correttamente il merito creditizio: tale creditore non può opporsi all'omologazione e nemmeno presentare reclamo avverso l'omologazione (art. 69, comma 2).

7. Gli effetti dell'omologazione

L'omologazione della ristrutturazione dei debiti del consumatore produce effetti nei confronti dei creditori e del debitore.

Con riferimento ai creditori, per effetto dell'omologazione la loro pretesa creditoria viene conformata secondo i termini e le condizioni previsti nella proposta, sostituendosi alla obbligazione originaria la nuova obbligazione oggetto della proposta omologata, diversa per natura, importo, tempistica di adempimento.

Esdebitazione

Nei confronti del debitore, l'omologa produce il cd. effetto esdebitatorio, per cui egli è liberato dai debiti nei confronti di tutti i creditori anteriori, con sostituzione del suo originario debito con la nuova obbligazione oggetto della proposta. Il debitore non è più obbligato per l'importo originario del debito, ma solo per il diverso (e presumibilmente inferiore) importo promesso con la proposta, il cui adempimento lo libera da tutti i debiti anteriori.

È questo effetto esdebitatorio l'obiettivo perseguito dal debitore nel proporre la ristrutturazione dei debiti. Un esempio può consentire di meglio cogliere il vantaggio per il debitore: immaginiamo un debitore che abbia un debito complessivo di € 400mila, un attivo attuale (rappresentato dalla proprietà di un immobile) di € 150mila ed un attivo prospettico, al netto delle somme necessarie ai bisogni essenziali propri e della propria famiglia, di € 50mila, conseguibili in venti anni. Mettendo a disposizione complessivamente € 200mila in venti anni, il debitore si libera di un debito complessivo attuale di € 400mila.

8. Esecuzione, revoca dell'omologazione e conversione della procedura

Con la sentenza di omologazione e di chiusura della procedura si avvia la fase di esecuzione, in cui si deve dare attuazione al piano omologato, provvedendo al compimento degli atti previsti nel piano ed ai pagamenti o alle altre forme di soddisfazione a favore dei creditori previste nella proposta (art. 71, comma 1).

Poteri del debitore

Il compito di dare esecuzione al piano omologato compete al debitore, sotto il controllo dell'OCC (art. 71, comma 1). È il debitore, quindi, a dover compiere ogni atto necessario a dare esecuzione al piano omologato (es.: vendita beni; pagamenti in favore dei creditori), mentre all'OCC compete solo un compito di vigilanza sull'esatto adempimento del concordato.

Vincoli

Anche se l'esecuzione del piano omologato compete al debitore, si tratta di un'attività compiuta nell'interesse dei creditori, ai quali spetta il ricavato utile di questa attività. Pertanto, il debitore deve osservare alcuni vincoli imperativi, a garanzia del corretto adempimento degli obblighi assunti. In particolare, le vendite e le cessioni, se previste dal piano, sono effettuate dal debitore tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sotto il controllo e con la collaborazione dell'OCC, sulla base di stime condivise con il predetto organismo, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati (art. 71, comma 1). Solo laddove la vendita o la cessione sia stata effettuata nel rispetto delle pre-

visioni di legge e di piano può beneficare del cd. effetto purgativo: infatti, solo dopo aver sentito l'OCC e verificata la conformità dell'atto dispositivo al piano, il giudice autorizza lo svincolo delle somme e ordina la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, della trascrizione dei pignoramenti, dei sequestri conservativi nonché di ogni altro vincolo, ivi compresa la trascrizione della sentenza di omologazione (art. 71, comma 2).

Sempre nella stessa ottica di tutela dell'interesse dei creditori, eventuali pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere dal debitore in violazione del piano sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità (art. 71, comma 3).

Compiti dell'OCC

Nell'ambito del compito di vigilanza, la legge attribuisce all'OCC anche il potere/dovere di risolvere le eventuali difficoltà e, se necessario, di sottoporle al tribunale (art. 71, comma 1). Queste difficoltà possono consistere in dubbi in ordine alla concreta attuazione delle previsioni del piano, oppure in contestazioni in ordine ai pagamenti da effettuare ai creditori, con riferimento all'ammontare o al rango da questi vantati. Il tribunale, da intendersi come tribunale innanzi al quale si è svolta la procedura, può valutare queste difficoltà ai fini degli eventuali provvedimenti di revoca, ma non ha poteri diretti di incidere su posizioni soggettive di terzi che vantino diritti o pretese nei confronti del debitore. Se, per ipotesi, un creditore anteriore ritenga di essere titolare di un credito di importo maggiore rispetto a quello indicato nella proposta, si dovrà procedere ad un giudizio ordinario di cognizione nel quale sarà un giudice ordinario, nel rispetto del contraddittorio, a stabilire ammontare e rango dei crediti.

La fase di esecuzione può procedere regolarmente e consentire l'esatto adempimento delle previsioni del piano omologato, oppure può interrompersi prematuramente per il verificarsi di qualche situazione patologica.

Relazione finale

Se l'esecuzione procede e termina regolarmente, l'OCC, sentito il debitore, presenta al giudice una relazione finale. Il giudice, se il piano è stato integralmente e correttamente eseguito, procede alla liquidazione del compenso all'OCC, tenuto conto di quanto eventualmente convenuto dall'organismo con il debitore, e ne autorizza il pagamento (art. 71, comma 4). Con questo provvedimento cessano i poteri di controllo dell'OCC ed il debitore non è più soggetto a vigilanza, avendo adempiuto i propri obblighi.

Revoca

Se, invece, il piano non è stato integralmente e correttamente eseguito, il giudice indica gli atti necessari per l'esecuzione del piano ed un termine per il loro compimento; se le prescrizioni non sono adempiute nel termine, anche prorogato, il giudice revoca l'omologazione (art. 71, comma 5). Inoltre, il tribunale revoca l'omologazione qualora

il piano sia divenuto inattuabile (es.: il consumatore è licenziato, così da non poter più assicurare i flussi finanziari previsti; oppure, il valore di mercato dell'immobile destinato alla vendita diminuisce sensibilmente per un "crollo" del mercato immobiliare) e non sia possibile modificarlo (art. 72, comma 2).

Indipendentemente dalla mancata esecuzione del piano, la revoca può essere disposta anche quando sia stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti o se risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori (art. 72, comma 1).

Il tribunale provvede sulla revoca dell'omologazione d'ufficio o su istanza di un creditore, del pubblico ministero o di qualsiasi altro interessato, in contraddittorio con il debitore. La domanda di revoca non può essere proposta e l'iniziativa da parte del tribunale non può essere assunta decorsi sei mesi dalla presentazione della relazione finale.

La sentenza di revoca, così come il decreto che ne rigetta la richiesta, sono reclamabili innanzi alla corte di appello (art. 72, comma 5).

Per effetto della revoca, viene meno l'effetto esdebitatorio di cui il consumatore beneficia in ragione dell'omologazione e rivivono le obbligazioni originarie che erano state stralciate, dilazionate o modificate con l'omologa.

Conversione in liquidazione controllata

Si ripresenta, così, la situazione di sovraindebitamento del debitore, con la conseguenza che questi può chiedere la conversione in liquidazione controllata. Se la revoca consegue ad atti di frode o ad inadempimento, la conversione può essere proposta anche dai creditori (art. 73); anche qui, il riferimento contenuto nella legge al pubblico ministero è da considerarsi implicitamente abrogato, stante l'intervenuta abrogazione della generale legittimazione del pubblico ministero a chiedere la liquidazione controllata del debitore.

In applicazione del principio di stabilità che caratterizza le procedure concorsuali ed al fine di tutelare l'affidamento dei terzi, restano però fermi gli atti compiuti in esecuzione del piano omologato e non sono pregiudicati i diritti acquistati in buona fede (art. 72, comma 6). Se, ad esempio, il piano omologato prevedeva la vendita di un immobile di proprietà del debitore e, nel corso dell'esecuzione, la vendita è stata effettuata in conformità delle previsioni del piano, la successiva revoca dell'omologazione non travolge la vendita. Del pari irripetibili sono i pagamenti effettuati in favore dei creditori durante l'esecuzione in conformità del piano, che non devono essere restituiti se percepiti in buona fede.

Sezione 3

Il concordato minore

1. Natura, finalità e tipologie

Natura

Il concordato minore si fonda su una proposta formulata dal debitore, che viene sottoposta prima all'approvazione dei creditori e, una volta approvata, all'omologazione da parte del tribunale. Tre sono, quindi, le fasi che scandiscono il procedimento: a) la proposta formulata dal debitore; b) l'approvazione da parte dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti; c) l'intervento del tribunale volto a verificare la regolarità nello svolgimento del procedimento ed il rispetto delle norme imperative.

Struttura

La struttura è molto simile a quella del concordato preventivo e, proprio in ragione di ciò, è prevista l'applicazione delle norme dettate per quest'ultima procedura, in quanto compatibili (art. 74, comma 4).

Funzione

Funzione del concordato minore è quella di consentire il superamento della situazione di sovraindebitamento del debitore sulla base di una proposta di sistemazione che assicuri ai creditori un soddisfacimento non inferiore rispetto all'alternativa liquidatoria. Da un lato, quindi, è un beneficio concesso al debitore, che in questo modo può cercare di evitare la liquidazione controllata o le procedure esecutive individuali, dall'altro lato, non deve arrecare un pregiudizio ai creditori.

Tipologie

Al pari di quanto avviene per il concordato preventivo, anche per il concordato minore sono previste due diverse tipologie: continuità e liquidatorio.

L'ipotesi prevalente, e incentivata dal legislatore, è quella del concordato minore in continuità, che prevede la prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale (art. 74, comma 1). Potrà trattarsi di una continuità diretta, in capo allo stesso debitore, oppure, quantomeno per gli imprenditori, di una continuità indiretta, attuata attraverso la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore, in forza di cessione, usufrutto, affitto o conferimento.

È consentito anche il concordato minore liquidatorio, nel quale non è prevista la prosecuzione dell'attività, ma la mera liquidazione dei beni. Il concordato liquidatorio è, tuttavia, visto con sfavore e "scoraggiato", perché si risolve spesso in un inutile appesantimento di costi e di tempi rispetto all'esecuzione individuale o alla liquidazione controllata, con conseguente pregiudizio per i creditori. Per questo motivo, il concordato minore liquidatorio è ammesso "esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori" (art. 74, comma 2). A differenza di quanto disposto nel concordato preventivo, non è indicata la misura minima di questa soddisfazione incrementale, così che tale valutazione di ammissibilità sarà rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Concordati misti

Non sempre è facile distinguere tra concordato minore in continuità e concordato minore liquidatorio, soprattutto quando la proposta prevede sia un segmento in continuità, sia un segmento liquidatorio. Pur in mancanza di un espresso dato normativo, pare ragionevole applicare, anche in forza della clausola generale di rinvio, il criterio dettato per il concordato preventivo (art. 85, comma 3), secondo cui nel caso di prosecuzione, diretta o indiretta dell'attività, il concordato è da qualificarsi in continuità anche laddove i creditori vengono soddisfatti in misura non prevalente dal ricavato della continuità aziendale diretta e indiretta.

2. Domanda, piano e proposta

Il debitore che vuole accedere al concordato minore deve presentare una domanda, alla quale vanno, allegati, tra l'altro, il piano e la proposta.

Piano

Il piano è il documento contenente l'indicazione dei tempi e delle modalità di adempimento. Il contenuto concreto del piano dipende, ovviamente, dalle circostanze del caso concreto, assumendo un maggior grado di complessità nel caso di concordati minori che prevedano la continuità aziendale. In questo caso il piano deve avere carattere non solo finanziario, ma anche industriale, dovendo contenere un esame dei costi e ricavi prospettici, nonché una serie di indicazioni sulle attività future che si andranno a svolgere, tenendo conto del mercato di riferimento e esplicitando le ragioni di discontinuità rispetto alla gestione pregressa.

Proposta

Sulla base delle previsioni del piano, il debitore formula la proposta, intesa come l'offerta rivolta ai creditori, con la quale indica cosa si offre agli stessi. Il contenuto della proposta è tendenzialmente libero, nel rispetto di vincoli imperativi. Valgono, al riguardo, le regole già viste in tema di proposta nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, alla cui trattazione si rinvia.

Vi sono, però, alcune significative differenze, che occorre esaminare da vicino.

Classi di creditori

Nel concordato minore è espressamente consentita la suddivisione dei creditori in classi, con la previsione di soddisfacimenti differenziati tra i creditori delle diverse in classi (artt. 74, comma 3; 76, comma 2). Le classi devono essere formate nel rispetto del requisito della doppia omogeneità di posizione giuridica e interessi economici omogenei, nel senso che in ogni classe devono essere inseriti creditori caratterizzati da omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici, ed all'interno di ogni classe i creditori devono ricevere lo stesso trattamento.

La suddivisione dei creditori in classi è solitamente una facoltà del debitore, che è libero di utilizzarla o meno. Diventa però un obbligo per il debitore in presenza di determinate condizioni. Per espressa previsione legislativa, la formazione delle classi è obbligatoria per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi (art. 74, comma 3). Ad esempio, se un creditore è garantito da una fideiussione prestata da un terzo, va obbligatoriamente inserito in classe separata rispetto agli altri creditori privi di garanzia, perché evidentemente la sua posizione economica è diversa, in ragione della garanzia che assiste il suo credito e che gli consente di ottenere dal garante quanto non otterrà dal debitore con il concordato minore (art. 79, comma 5).

Questa non è, però, l'unica ipotesi di classamento obbligatorio. In virtù del rinvio alle norme, in quanto compatibili, che disciplinano il concordato preventivo, deve ritenersi applicabile anche al concordato minore la previsione che rende sempre obbligatoria la formazione delle classi nei concordati in continuità, nonché, anche nei concordati liquidatori, se sono presenti creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, oppure se i creditori vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal pagamento in danaro (vedi, nel concordato preventivo, l'art. 85, commi 2 e 3).

Trattamento dei crediti privilegiati

I crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti non integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento 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 ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dall'OCC (art. 75, comma 2). È questa la regola del cd. trattamento minimo garantito dei creditori privilegiati, prevista anche nel concordato preventivo e nella ristrutturazione dei debiti del consumatore.

Una particolare declinazione delle regole sul trattamento dei crediti privilegiati è consentita nel caso di concordato minore con continuità. In questi casi, se il credito ipotecario o pignoratizio ha ad oggetto beni strumentali all'esercizio dell'impresa (es.: il capannone in cui è svolta l'attività), la proposta può prevedere il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. Ciò a condizione che l'OCC attesti anche che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori (art. 75, comma 3). In applicazione di questa regola, pertanto, il debitore può continuare ad adempiere al già convenuto piano di ammortamento delle rate di mutuo, che normalmente prevede una tempistica molto più lunga rispetto a quella consentita nei piani di concordato. Si tratta, in altri termini, di un beneficio concesso al debitore, che avrà più tempo per poter pagare il mutuo, concesso a condizione che la proposta preveda la continuazione dell'attività.

Crediti tributari e previdenziali

Tra i crediti privilegiati rientrano anche gran parte dei crediti tributari e previdenziali. A differenza di quanto previsto nel concordato preventivo, qui non vi è alcuna norma che detti una disciplina specifica del trattamento di questi crediti e questo silenzio legislativo lascia aperte diverse possibilità interpretative. Valorizzando la *ratio* delle previsioni in tema di trattamento dei crediti tributari e previdenziali nel concordato preventivo, che trovano applicazione in quanto compatibili, ma tenendo conto delle specificità del concordato minore, sembra ragionevole un'applicazione selettiva della disciplina posta in tema di concordato. In coerenza con questo criterio, deve affermarsi con sicurezza che anche i crediti tributari e previdenziali, se privilegiati, debbano ricevere il trattamento minimo garantito previsto per tutti i crediti privilegiati e che, nel caso di pagamento parziale, debbano essere obbligatoriamente inclusi in classe separata. Non sono applicabili le regole procedimentali dettate dall'art. 88 per il trattamento dei crediti tributari e previdenziali nel concordato preventivo, ma è, invece, applicabile la regola sostanziale dettata dal primo comma del richiamato art. 88, in forza della quale se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

Ordine delle cause di prelazione

Anche nel concordato minore opera il divieto di alterare l'ordine delle cause di prelazione, che si traduce nel dovere di rispettare la graduazione tra crediti di rango diverso, offrendo ai creditori di rango superiore un trattamento necessariamente migliore rispetto a quelli di rango inferiore. Sul punto, si rinvia a quanto esposto in sede di concordato preventivo, anche con riferimento alla diversa declinazione dell'ordine delle cause di prelazione nei concordati in continuità e nei concordati liquidatori (cap. VI, sez. 2, par. 4).

3. L'avvio del procedimento

Domanda

L'atto di impulso della procedura è rappresentato dalla domanda, che il debitore è tenuto a presentare presso il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali, individuato secondo i criteri dettati dall'art. 27.

Alla domanda di apertura della procedura devono essere obbligatoriamente allegati una serie di documenti: a) il piano con i bilanci, le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi, le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA concernenti i tre anni anteriori o gli ultimi esercizi precedenti se l'attività ha avuto minor durata; b) una relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria; c) l'elenco di tutti i creditori, con le rispettive cause di prelazione e l'indicazione delle somme dovute, e comprensivo dell'indicazione del domicilio digitale dei creditori che ne sono muniti; d) gli atti di straordinaria amministrazione compiuti negli ultimi cinque anni; e) la documentazione relativa a stipendi, pensioni, salari e altre entrate proprie e della famiglia, con l'indicazione di quanto occorra al mantenimento della stessa (art. 75, comma 1).

OCC

Il debitore deve essere assistito da un difensore tecnico (avvocato) e, come nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, deve obbligatoriamente essere assistito anche da un OCC costituito nel circondario del tribunale competente. Se nel circondario del tribunale competente non vi è un OCC, i compiti e le funzioni allo stesso attribuiti sono svolti da un professionista o da una società tra professionisti in possesso dei requisiti per essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore o di commissario giudiziale, nominati dal presidente del tribunale competente o da un giudice da lui delegato, individuati, ove possibile, tra gli iscritti all'albo dei gestori della crisi (art. 76, comma 1).

Compiti dell'OCC

Anche in questa procedura l'OCC ricopre un ruolo peculiare, per un verso consulente del debitore e per l'altro garante dell'attendibilità del piano, chiamato a svolgere contemporaneamente funzioni che nel concordato spetterebbero al professionista che assiste l'imprenditore nella redazione del piano, al professionista attestatore ed al commissario giudiziale. Come si vedrà meglio di seguito, con il decreto di apertura il tribunale può tuttavia nominare un commissario giudiziale, perché svolga, a partire da quel momento, le funzioni dell'OCC (art. 78, comma 2-*bis*).

Anzitutto, l'OCC, entro sette giorni dall'avvenuto conferimento dell'incarico da parte del debitore, deve darne notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche degli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale dell'istante, i quali entro quindici giorni debbono comunicare il debito tributario accertato e gli eventuali accertamenti pendenti.

Relazione

Dopo aver esaminato la documentazione fornita dal debitore, dall'agente della riscossione e dagli uffici fiscali, l'OCC deve procedere alla redazione di una relazione particolareggiata, da allegare alla domanda introduttiva, che comprende: a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; c) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; d) la valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda, nonché sulla convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria; e) l'indicazione presumibile dei costi della procedura; f) la percentuale, le modalità e i tempi di soddisfacimento dei creditori; g) l'indicazione dei criteri adottati nella formazione delle classi, ove previste dalla proposta; h) l'indicazione se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio (art. 76, commi 2 e 3).

Sulla diversità tra la relazione dell'OCC e la relazione di attestazione, nonché sul delicato rapporto tra debitore e OCC nella fase precedente rispetto al deposito della domanda si può rinviare a quanto esposto nella trattazione della ristrutturazione dei debiti del consumatore.

Inammissibilità

Ricevuta la domanda e gli allegati, il tribunale in composizione monocratica deve verificare l'assenza di motivi di inammissibilità. La domanda di concordato minore è inammissibile se mancano i documenti richiesti, se è assente il presupposto soggettivo o oggettivo, se la proposta e il piano sono privi del contenuto minimo o violano norme imperative, se il debitore è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda o ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte o se risultano commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori nel periodo antecedente il deposito della domanda (art. 77).

Decreto di apertura

Se il tribunale ritiene ammissibile la domanda, dichiara aperta la procedura con decreto non soggetto a reclamo, nel quale: a) dispone la pubblicazione del decreto mediante inserimento in apposita area del sito web del tribunale o del Ministero della giustizia e nel registro delle imprese se il debitore svolge attività d'impresa; b) ordina, ove il piano preveda la cessione o l'affidamento a terzi di beni immobili o beni mobili registrati, la trascrizione del decreto presso gli uffici competenti; c) assegna ai creditori un termine non superiore a trenta giorni entro il quale devono fare pervenire all'OCC, a mezzo posta elettronica certificata o di altro servizio elettronico di recapito certificato, la dichiarazione di adesione o di mancata adesione alla proposta di concordato e le eventuali contestazioni; d) dispone sull'eventuale istanza di sospensione delle azioni esecutive e cautelari (art. 78, comma 2).

Commissario giudiziale

Con il decreto di apertura, il giudice nomina il commissario giudiziale perché svolga, a partire da quel momento, le funzioni dell'OCC

se: a) è stata disposta la sospensione generale delle azioni esecutive individuali e la nomina appare necessaria per tutelare gli interessi delle parti; b) è proposta domanda di concordato in continuità aziendale; c) la nomina è richiesta dal debitore.

Il decreto, a cura dell'OCC, deve essere comunicato a tutti i creditori, unitamente alla proposta, per consentire di poter valutare il contenuto dell'offerta loro rivolta dal debitore e decidere se prestare o meno adesione.

4. Gli effetti

L'apertura della procedura determina effetti per il debitore e per i creditori.

Effetti per il debitore

Per quanto riguarda gli effetti nei confronti del debitore, l'apertura della procedura comporta il cd. spossessamento attenuato: il debitore può compiere liberamente i soli atti di ordinaria amministrazione, mentre è necessaria l'autorizzazione del giudice per gli atti di straordinaria amministrazione (art. 78, comma 5). Questi effetti si producono a partire dal momento della pubblicità del decreto di apertura, mentre il debitore resta senza vincoli nel periodo precedente, intercorrente tra il deposito della domanda ed il decreto di apertura, anche se, ovviamente, dovrà astenersi da condotte che siano incompatibili con le previsioni contenute nella proposta e nel piano di concordato o che possano, comunque, pregiudicare i creditori.

Dopo il decreto di apertura e durante la procedura di concordato minore, quindi, il debitore conserva la gestione della propria attività d'impresa o professionale, sia pure sotto la vigilanza dell'OCC o, se nominato, del commissario giudiziale, potendo compiere gli atti di ordinaria amministrazione senza necessità di autorizzazioni.

L'eventuale compimento di atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del giudice determina, invece, due conseguenze.

In primo luogo, l'atto è inefficace rispetto ai creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del decreto. Gli atti compiuti sono validi tra le parti che li hanno stipulati, ma non possono produrre effetti nei confronti dei creditori anteriori, rispetto ai quali è come se l'atto non fosse stato compiuto.

In secondo luogo, se il giudice ritiene che l'atto costituisca "atto in frode" ai creditori, può in ogni caso disporre la revoca dell'ammissione al concordato minore e, su istanza di un creditore, dichiarare l'apertura della liquidazione controllata. Questo potere di revoca dell'ammissione al concordato minore e di contestuale apertura della liquidazione controllata, anche se normativamente previsto solo nell'ipotesi di rigetto dell'omologazione dopo la votazione (art. 80, comma 5), può considerarsi esistente in ogni stato della procedura, anche in forza del richiamo alle

norme sul concordato preventivo, che prevedono la facoltà di revoca dell'ammissione (art. 106) in ogni momento della procedura.

Effetti per i creditori

Per quanto riguarda gli effetti nei confronti dei creditori, il giudice, su istanza del debitore, con il decreto di apertura, può vietare ai creditori per titolo o causa anteriore di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, di ottenere sequestri conservativi e di acquistare diritti di prelazione sul patrimonio del debitore, a pena di nullità e sino alla definitiva omologazione (art. 78, comma 2, lett. d).

L'operatività del divieto di azioni individuali dei creditori è rimessa alla sussistenza di due concorrenti condizioni: a) l'istanza del debitore; b) l'espressa statuizione del giudice in sede di decreto di apertura. Se il debitore non chiede la sospensione o se il giudice non la concede, i creditori anteriori potrebbero avviare o proseguire azioni individuali anche durante la procedura. Anche se appare poco probabile che ciò avvenga (il debitore tende a chiedere sempre la sospensione ed il giudice la concede), qualora non venga disposto il divieto di azioni individuali ben difficilmente la procedura potrebbe utilmente proseguire, perché il patrimonio del debitore sarebbe esposto alle singole azioni e perché verrebbe irrimediabilmente lesa la *par condicio creditorum*, potendo alcuni creditori anteriori soddisfarsi integralmente in forza dell'azione esecutiva avviata o proseguita in pendenza di procedura.

Nella situazione per così dire "ordinaria" di divieto di azioni individuali opera dal momento del decreto di apertura e fino a quando il provvedimento di omologazione diventa definitivo. Successivamente possono avviarsi azioni esecutive o cautelari, ma resta fermo che i creditori anteriori potranno agire solo nei limiti della percentuale concordataria ed a condizione che il debitore resti inadempiente rispetto alle nuove obbligazioni assunte con la proposta omologata.

Il divieto opera, negli stessi limiti, anche con riferimento all'acquisto dei diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (es.: ipoteca legale o giudiziale), perché anche i diritti di prelazione vengono a ledere la *par condicio creditorum*.

Il deposito della domanda sospende, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali o legali fino alla chiusura della procedura per i crediti chirografari, mentre i crediti privilegiati continuano a produrre interessi (art. 76, comma 5). I crediti pecuniari, inoltre, si considerano tutti scaduti, ai fini del concorso, alla data di apertura della procedura.

Contratti pendenti

Per quanto riguarda i contratti pendenti, non vi è alcuna normativa espressa e questo apre lo spazio a due possibili interpretazioni. Potrebbe ritenersi il silenzio legislativo come espressione della volontà legislativa di non attribuire al debitore alcun potere di chiedere la sospensione o lo scioglimento anticipato dei contratti pendenti, così applicandosi in pieno la disciplina di diritto comune. Oppure, può affermarsi che la la-

cuna sia superabile attraverso il rinvio generale alla disciplina del concordato preventivo, e quindi anche alle norme ivi dettate per i contratti pendenti (art. 97). Quest'ultima soluzione è preferibile, perché consente di meglio tutelare le ragioni della massa dei creditori ed anche le esigenze della prosecuzione dell'attività professionale e imprenditoriale, laddove si tratti di concordato minore in continuità. Se si condivide la tesi del rinvio alla disciplina del concordato, troveranno applicazione, nei limiti della compatibilità, le norme in tema di sospensione e scioglimento dei contratti pendenti, alla cui trattazione di rinvia (cap. VI, sez. 2, par. 5).

Atti pregiudizievoli ai creditori

Nessun effetto produce, invece, l'apertura della procedura di concordato minore sugli atti pregiudizievoli ai creditori.

5. L'approvazione

La proposta di concordato minore, dopo il controllo del tribunale in sede di apertura, è sottoposta ai creditori, che devono decidere se approvarlo o non approvarlo. Se i creditori decidono di approvarlo, la procedura prosegue e si passa all'ultimo controllo del tribunale in sede di omologazione; se, al contrario, i creditori non lo approvano, il procedimento di interrompe e la procedura si chiude senza l'omologazione.

Approvazione

Il concordato minore è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto (art. 79). La decisione della maggioranza, sia essa di approvazione o di rigetto, vincola tutta la massa dei creditori; anche i creditori dissenzienti subiscono gli effetti della decisione maggioritaria e sono vincolati dalla stessa.

Calcolo della maggioranza

La base di calcolo per il raggiungimento dell'accordo è, si badi, misurata esclusivamente sull'ammontare dei crediti aventi diritto di esprimersi sulla proposta, senza alcun riferimento al dato numerico del numero dei creditori.

Vi è però una deroga alla regola della maggioranza per crediti e non per testi. Quando un unico creditore è titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato minore è approvato se, oltre alla maggioranza per crediti, ha riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto (art. 79, comma 1). Questa deroga, conforme a quella prevista anche nel concordato preventivo, garantisce ai creditori di minoranza un'effettiva possibilità di influire sul processo deliberativo, in presenza di un unico creditore già in grado di raggiungere la maggioranza assoluta dei voti. Si tratta, comunque, di un'eccezione rispetto alla regola e, pertanto, non può essere applicata in via estensiva o analogica in fattispecie diverse rispetto a quella espressamente prevista.

Quando sono state formate diverse classi di creditori (e, come visto sopra, la formazione delle classi è obbligatoria sempre nel concordato minore in continuità e, in talune ipotesi, anche nel concordato minore liquidatorio), è necessaria la cd. doppia maggioranza: il concordato minore è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta anche nel maggior numero di classi (art. 79, comma 1). Nel caso di concordato minore in continuità, tuttavia, è richiesto il voto favorevole dell'unanimità delle classi, salva la possibilità di chiedere la ristrutturazione trasversale in presenza di una o più classi dissenzienti (vedi sez. 3, par. 6 in questo capitolo).

Legittimazione al voto

Passiamo, adesso, ad individuare i creditori ammessi al voto.

Sono certamente ammessi al voto i creditori chirografari. Deve trattarsi, beninteso, di creditori "anteriori", nel senso di creditori aventi titolo o causa anteriori alla pubblicità del decreto di apertura della procedura.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non sono computati ai fini del raggiungimento della maggioranza e non hanno diritto di esprimersi sulla proposta. Essi possono, però, essere computati ai fini del raggiungimento delle maggioranze ed hanno diritto di esprimersi sulla proposta al ricorrere, in via alternativa, di una di queste due condizioni: a) la proposta non ne preveda l'integrale pagamento; b) il creditore rinuncia in tutto o in parte al diritto di prelazione (art. 79).

Per quanto riguarda la prima condizione, il pagamento integrale che esclude la legittimazione al voto deve essere inteso come pagamento per intero, in danaro e senza dilazioni di pagamento. Se la proposta ne prevede il pagamento parziale o la soddisfazione con modalità diverse dal danaro o il pagamento, benché intero, ma con una dilazione di pagamento, non si è in presenza di un pagamento integrale ed il creditore privilegiato deve essere ammesso al voto. Nel caso di pagamento non integrale, il creditore privilegiato è equiparato al creditore chirografario per la parte residua e viene ammesso al voto unicamente per questa parte. Sulle difficoltà che questa regola, apparentemente semplice, determina nelle sue applicazioni pratiche, si può rinviare a quanto esposto, con riferimento ad analoga disposizione, in tema di concordato preventivo (cap. VI, sez. 4, par. 4).

Per quanto riguarda la seconda condizione, la rinuncia, totale o parziale, alla prelazione ha effetto tanto per quanto riguarda il calcolo delle maggioranze, quanto per quanto riguarda il trattamento economico: per ambedue i profili, la parte di credito oggetto di rinuncia alla prelazione è parificata ad un credito chirografario. Al di fuori della procedura, la rinuncia è invece priva di effetti: in caso di mancata approvazione dell'accordo, mancata omologazione o revoca, la rinuncia è priva di effetto ed il credito torna ad essere privilegiato.

Esclusioni dal voto

Oltre ai creditori privilegiati integralmente pagati, non sono ammessi al voto e non sono computati ai fini del raggiungimento della mag-

gioranza il coniuge, la parte dell'unione civile e il convivente di fatto del debitore, i parenti e affini del debitore entro il 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 (art. 79, comma 2). Questi creditori sono esclusi dal voto perché, in ragione dei legami familiare con il debitore, si presume che siano in conflitto d'interessi, ossia portatori di un interesse personale in potenziale conflitto con gli altri creditori.

Conflitto d'interessi

Accanto a queste esclusioni "tipizzate" dal voto, vi è poi una regola generale per cui sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze tutti i creditori in conflitto d'interessi (art. 79, comma 2) Come nel concordato preventivo, ricorre la situazione del conflitto d'interessi quando il singolo creditore sia portatore, per conto proprio o di terzi, di un interesse ad un vantaggio particolare da conseguirsi mediante il concordato, non condiviso dagli altri creditori e fondato non già sulla partecipazione al concorso, quanto su una situazione esterna del creditore. Nel concreto la verifica della sussistenza del conflitto d'interessi non è, tuttavia, agevole, sia perché non è facile accertare la situazione fattuale che la determina, sia perché non è netta la linea di demarcazione tra situazioni esterne che configurano un conflitto e situazioni esterne irrilevanti.

I creditori ammessi al voto possono far pervenire all'OCC, a mezzo posta elettronica certificata, la dichiarazione di adesione (voto favorevole) o non adesione (voto contrario) entro il termine fissato dal tribunale, che dovrebbe essere non superiore a trenta giorni dalla pubblicazione del decreto di apertura, eventualmente prorogato dal tribunale stesso in presenza di giustificati motivi.

Silenzio-assenso

In mancanza di comunicazione all'OCC, si intende che i creditori abbiano prestato consenso alla proposta (art. 79, comma 3). È questa la regola del cd. silenzio-assenso, che trasforma il silenzio del creditore in un voto favorevole, agevolando il raggiungimento della maggioranza di legge.

6. L'omologazione

Se la proposta non raggiunge la maggioranza di legge o non ricorrono le condizioni per la cd. ristrutturazione trasversale, l'OCC ne dà comunicazione al tribunale, che dispone la chiusura della procedura. Si tratta dell'esito patologico, in cui la procedura non giunge al suo termine, perché la proposta non è stata approvata dai creditori. Con il decreto di chiusura, reclamabile innanzi alla corte di appello, vengono meno gli effetti per il debitore e per i creditori derivanti dal decreto di apertura ed il debitore è libero eventualmente di riproporre una nuova domanda,

salvo che, su istanza del debitore stesso o di un creditore, venga dichiarata aperta la liquidazione controllata.

Se, invece, la proposta raggiunge la maggioranza di legge, l'OCC ne dà comunicazione al tribunale e si apre la fase di omologazione.

Cram down fiscale e previdenziale

L'omologazione deve essere avviata anche quando tra i crediti ammessi al voto vi sono crediti dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie (crediti tributari e previdenziali) e se la mancata adesione (voto contrario) dell'amministrazione (intendendo per amministrazione sia l'amministrazione finanziaria, sia gli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie) sia stata decisiva ai fini del mancato raggiungimento della maggioranza (art. 80, comma 3). È questo il cd. "*cram down*" fiscale e previdenziale, che consente, a determinate condizioni, di superare il voto contrario dei titoli di crediti fiscali e previdenziali. Come nel concordato preventivo, il carattere "decisivo" della mancata adesione dell'amministrazione finanziaria può intendersi in due modi diversi, tanto nel senso che, escludendo dal computo dei votanti l'amministrazione, la maggioranza sarebbe stata raggiunta, quanto nel senso più radicale per cui il credito dell'amministrazione va conteggiato e "riqualificato" come voto favorevole. Preferibile è la prima interpretazione, che evita eccessive distorsioni del principio di maggioranza, limitandosi ad escludere l'eventuale voto contrario dell'amministrazione dal computo dei votanti e, ovviamente, dei voti contrari.

Contestazioni

Nella fase di omologazione è consentito ai creditori dissenzienti ed a qualunque interessato di poter proporre contestazioni. La lettera della norma limita il contenuto delle contestazioni alla sola valutazione della "convenienza" della proposta (art. 80, comma 3), ma non si vede perché il creditore o qualunque interessato non possano contestare anche profili relativi alla regolarità della procedura, all'ammissibilità della proposta o alla fattibilità del piano. Anche in questa procedura, comunque, è sanzionata processualmente la condotta del creditore che abbia colpevolmente determinato o aggravato la situazione di indebitamento: quest'ultimo, infatti, non può presentare opposizione in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta (art. 80, comma 4).

In sede di omologazione e indipendentemente dalla presentazione o meno di contestazioni, il tribunale deve verificare la regolarità della procedura, l'ammissibilità della proposta, intesa come rispetto dei vincoli imperativi nel contenuto della proposta, e la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inadeguatezza del piano a raggiungere gli obiettivi previsti.

Assenza di pregiudizio per i creditori opponenti

Quando uno dei creditori o qualunque altro interessato abbiano contestato la convenienza della proposta, il tribunale deve compiere una verifica ulteriore. In questo caso, infatti, il tribunale omologa il concordato solo se ritiene che il credito dell'opponente possa essere soddisfat-

to dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria (art. 80, comma 3). Si tratta di una valutazione di merito che viene richiesta al tribunale, anche se limitata al solo trattamento offerto al creditore opponente e non esteso al trattamento complessivamente offerto dalla proposta a tutti i creditori. Il termine di comparazione di questo giudizio di assenza di pregiudizio è rappresentato dall'alternativa liquidatoria, che è integrata tanto dalla procedura di liquidazione controllata, quanto dalla eventuale esecuzione individuale al di fuori di ogni procedura di sovraindebitamento.

La valutazione sulla convenienza deve essere compiuta dal tribunale anche nel caso di *cram down* fiscale e contributivo, ossia quando sia stata avviata all'omologazione una proposta non approvata per il voto contrario decisivo dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie. In questa ipotesi il tribunale, in presenza delle altre condizioni (regolarità, ammissibilità, fattibilità) potrà eventualmente omologare il concordato quando, anche sulla base delle risultanze di una specifica relazione dell'OCC, ritenga che la proposta di soddisfacimento dell'amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie sia conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 80, comma 3).

Omologazione nel concordato minore in continuità

Il giudizio del tribunale in sede di omologazione assume tratti di ancora maggiore complessità nel caso di concordato minore in continuità aziendale. In tal caso, il giudizio di omologazione si svolge con l'osservanza delle specifiche regole dettate per il concordato in continuità aziendale, con specifico riferimento alla cd. ristrutturazione trasversale nel caso di mancata approvazione da parte di una o più classi (art. 78, comma 2-*bis*, lett. b, che richiama l'art. 112, comma 2). Sul punto si rinvia a quanto esposto in sede di concordato preventivo (cap. VI, sez. 5, par. 2).

Sentenza di omologazione

Se tutte le verifiche hanno esito positivo, il tribunale, omologa il concordato con sentenza, ordinando per il provvedimento le idonee forme di pubblicità, e con il medesimo provvedimento dichiara chiusa la procedura (art. 80, comma 1).

Avverso la sentenza di omologa è ammesso reclamo, da proporre in corte di appello nel termine di trenta giorni.

7. Gli effetti dell'omologazione

L'omologazione del concordato minore produce effetti nei confronti dei creditori e del debitore simili a quelli già visti con riferimento alla ristrutturazione dei debiti del consumatore.

Effetti per i creditori

Con riferimento ai creditori, per effetto dell'omologazione del concordato di liquidazione la loro pretesa creditoria viene conformata secondo i termini e le condizioni previsti nella proposta, sostituendosi alla obbligazione originaria l'obbligazione concordataria, diversa per natura, importo, tempistica di adempimento. Questo effetto opera con riferimento a tutti i creditori anteriori, sia che abbiano prestato adesione, sia che non l'abbiano prestata.

Coobbligati e fideiussori

L'omologa non pregiudica, tuttavia, i diritti dei creditori nei confronti di coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso del debitore principale. I creditori, anche dopo l'omologazione, possono chiedere ai coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso del debitore la differenza tra l'importo originario del credito vantato nei confronti del debitore principale e quanto ottenuto in sede di concordato minore (art. 79, comma 5).

Esdebitazione

Nei confronti del debitore, l'omologa del concordato minore produce il cd. effetto esdebitatorio, per cui egli è liberato dai debiti nei confronti di tutti i creditori anteriori, con sostituzione del suo originario debito con la nuova obbligazione concordataria.

Soci illimitatamente responsabili

Nell'ipotesi di società con soci illimitatamente responsabili, il concordato della società ha effetto anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (art. 79, comma 4). Anche il socio beneficia così della falcidia dei debiti sociali, ma restano ovviamente intatti i debiti personali del socio, che non sono trattati nel concordato della società. È, però, ammesso il "patto contrario", in forza del quale la proposta di concordato potrebbe escludere la falcidia per i soci illimitatamente responsabili, così rendendo la procedura più appetibile per i creditori sociali.

8. Esecuzione, revoca dell'omologazione e conversione della procedura

Dopo l'omologazione, al debitore spetta il compito di dare attuazione alla proposta omologata, sotto la vigilanza dell'OCC o, se nominato, del commissario giudiziale (art. 81, comma 1). I reciproci compiti, poteri e doveri del debitore e dell'OCC (o del commissario giudiziale) ricalcano sostanzialmente quelli della procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, alla cui trattazione si può rinviare.

Rinvio

Allo stesso modo, l'eventuale revoca (art. 81) dell'omologazione o conversione della procedura (art. 82) sono disciplinati in modo analogo a quanto previsto nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, potendosi così rinviare anche in relazione alla trattazione di questi profili.

Sezione 4

La liquidazione controllata del sovraindebitato

1. Natura e finalità

Natura e finalità

La liquidazione controllata del sovraindebitato è una procedura concorsuale a carattere non negoziale, ma esecutivo-satisfattivo. Funzione di questa procedura è quella di monetizzare l'intero patrimonio (o meglio: il complesso dei beni pignorabili) del debitore e di utilizzare il ricavato per soddisfare i creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Struttura

La procedura ha, come detto, una struttura molto simile a quella della liquidazione giudiziale, in quanto si basa sull'attività di un organo della procedura al quale è attribuito il potere di disposizione ed amministrazione del patrimonio del debitore, al fine della migliore liquidazione e del successivo riparto tra i creditori. Non vi è una proposta, a differenza di quanto avviene nelle altre procedure di sovraindebitamento, ma solo una liquidazione di tipo forzato del patrimonio.

2. L'apertura della procedura

Sono legittimati a domandare l'apertura della procedura: i) il debitore; ii) i creditori (art. 268).

Procedura coattiva

La legittimazione attribuita anche ai creditori, oltre che al debitore, riconduce la liquidazione controllata nella categoria delle procedure a carattere coattivo, intese come procedure che si aprono anche contro la volontà del debitore. In ciò si differenzia dalla ristrutturazione dei debiti del consumatore e dal concordato minore, che sono invece procedure a carattere volontario, la cui apertura presuppone sempre la volontà del debitore.

Domanda del debitore

Per quanto riguarda il debitore, nella scelta in ordine all'eventuale richiesta di apertura di liquidazione giudiziale egli dovrà valutare, da un lato, gli effetti di natura patrimoniale che essa determina (il cd. spossessamento), ma, dall'altro lato, la possibilità di beneficiare, sussistendone le condizioni, della esdebitazione.

Domanda dei creditori

Per quanto riguarda i creditori, la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale a carico del loro debitore è una facoltà, non un obbligo, da valutare in alternativa alle azioni esecutive individuali, soppesandone i vantaggi (la maggiore efficienza dell'esecuzione collettiva; l'assenza di costi diretti a carico del creditore procedente, a differenza di quanto avviene nelle esecuzioni individuali), ma anche gli svantaggi (la possibile esdebitazione del debitore con conseguente inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito della procedura).

In ordine alla concreta disciplina della legittimazione dei creditori, valgono gli stessi criteri operanti nella liquidazione giudiziale: anche il singolo creditore è legittimato e non è necessario che sia munito di titolo esecutivo, dovendo il tribunale procedere ad un accertamento incidentale sulla sussistenza del credito vantato dal ricorrente, e ciò soprattutto nel caso in cui il debitore contesti l'esistenza o l'ammontare del credito stesso.

Vi sono, però, alcune importanti limitazioni rispetto alla domanda di apertura presentata da uno o più creditori.

In primo luogo, come già visto prima, la domanda può essere presentata solo quando il debitore sia insolvente; non è, quindi, sufficiente che il debitore versi in stato di crisi, essendo richiesto, in caso di apertura contro la volontà del debitore, che questi si trovi nella più grave situazione di insolvenza.

In secondo luogo, non si fa luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è inferiore a euro cinquantamila (art. 268, comma 2). Quando la procedura di liquidazione controllata non è richiesta dal debitore per beneficiare dell'esdebitazione, ma domandata dal creditore per ottenere un migliore, paritario o più rapido soddisfacimento del proprio credito, si limita l'apertura ai soli casi in cui l'inadempimento abbia assunto comunque caratteri non minimali.

In terzo luogo, quando la domanda è proposta da un creditore nei confronti di un debitore persona fisica, non si fa luogo all'apertura della liquidazione controllata se l'OCC, su richiesta del debitore, attesta che non è possibile acquisire attivo da distribuire ai creditori neppure mediante l'esercizio di azioni giudiziarie (art. 268, comma 3). La mancanza di attivo da distribuire priva il creditore di interesse ad agire e conduce al rigetto o, meglio, alla improcedibilità della domanda.

Competenza territoriale

La domanda si propone, sia da parte del debitore che dei creditori, con ricorso, da depositare presso il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro principale degli interessi. L'apertura della procedura può essere disposta, come già visto, anche per effetto della conversione della ristrutturazione dei debiti del consumatore o del concordato minore, laddove tali procedure abbiano avuto esito patologico (artt. 73 e 83); in tali casi, evidentemente, l'istanza va presentata innanzi al tribunale innanzi alla quale pende già la procedura precedente.

OCC

Se l'iniziativa è assunta dal debitore, il ricorso può essere presentato anche senza patrocinio di un legale, in quanto l'assistenza è assicurata dall'intervento obbligatorio dell'OCC. Anche in questo caso all'OCC sono richiesti sia compiti di assistenza del debitore, sia compiti di ausilio del tribunale. Nella fase di apertura della procedura, l'OCC deve anzitutto redigere una relazione, da allegare al ricorso del debitore, che

esponga una valutazione sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda e che illustri la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore (art. 269, comma 2). Inoltre, l'OCC, entro sette giorni dal conferimento dell'incarico da parte del debitore, ne dà notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche degli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale dell'istante; ciò per consentire a questi enti di poter attivamente tutelare le proprie ragioni creditorie nell'ambito dell'instauranda procedura liquidatoria.

L'assistenza dell'OCC in questa fase non è, invece, necessaria quando il ricorso sia presentato da un creditore.

Valutazioni tribunale

Ricevuta l'istanza del debitore o dei creditori, il tribunale deve valutare l'esistenza dei presupposti e delle condizioni per l'apertura della procedura. Dovrà, quindi, valutare la propria competenza territoriale, l'esistenza del presupposto soggettivo ed oggettivo, la legittimazione dell'istante, la regolarità e completezza della documentazione presentata.

Trattazione unitaria

Al tribunale spetta anche il compito di verificare l'assenza di contestuali domande di accesso alle procedure negoziali di sovraindebitamento, ossia di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di concordato minore. Anche nel sovraindebitamento vige, infatti, il principio per cui, in caso di proposizione di domande di accesso a diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione, a condizione che la domanda non sia manifestamente inammissibile, il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati e nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato con continuità aziendale, le ragioni dell'assenza di pregiudizio per i creditori (art. 7). In forza di questo principio di trattazione unitaria, se la domanda di liquidazione controllata è proposta dai creditori, il debitore può chiedere l'accesso ad una procedura negoziale, chiedendo al tribunale di concedere un termine per poter presentare la domanda di ristrutturazione dei debiti o di concordato minore, completa di tutta la documentazione necessaria; se il tribunale concede il termine, in pendenza dello stesso non può essere dichiarata aperta la liquidazione controllata. Se, poi, il debitore presenta effettivamente nel termine la domanda di accesso alla procedura negoziale ed il tribunale la dichiara aperta, provvede contestualmente a dichiarare improcedibile la domanda di apertura della liquidazione controllata; se, al contrario, il debitore non presenta la domanda di accesso alla procedura negoziale nel termine, ovvero in ogni caso di mancata apertura o cessazione della suddetta procedura, il tribunale può provvedere sulla domanda di apertura della liquidazione controllata (art. 271). A questa fase di concorso tra domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza si applicano, in quanto compatibili, le norme che disciplinano il procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con particolare riferimento alle misure cautelari e protettive, alla cui trattazione specifica si rinvia (cap. VI, sez. 2, par. 6).

Sentenza di apertura

Il tribunale, in assenza di domande di accesso alle procedure negoziali e verificati i presupposti e le condizioni, dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione controllata (art. 270). Con la sentenza, il tribunale provvede, tra l'altro, alla nomina degli organi, all'assegnazione del termine entro il quale i terzi devono trasmettere la domanda di restituzione, di rivendicazione o di ammissione al passivo, all'ordine di consegna o rilascio dei beni facenti parte del patrimonio di liquidazione. La sentenza è trascritta presso gli uffici competenti quando vi sono beni immobili o mobili registrati, a cura del liquidatore.

Reclamo

Avverso la sentenza che dispone l'apertura della liquidazione controllata, così come avverso il decreto che rigetta la domanda di apertura, è ammesso reclamo innanzi alla corte di appello. Ai procedimenti di reclamo ed alle eventuali fasi successive si applicano, in quanto compatibili, le norme dettate con riferimento alla sentenza di apertura o al decreto di rigetto nella liquidazione giudiziale, alla cui trattazione si rinvia (cap. IX, sez. 1, par. 7).

Organi

Gli organi della liquidazione controllata sono: il tribunale, il giudice delegato ed il liquidatore. I rispettivi compiti e rapporti sono sostanzialmente simili a quelli dei corrispondenti organi nella liquidazione giudiziale (cap. IX, sez. 2), sostituendosi il liquidatore al curatore. Vi sono, però, due differenze importanti che vanno esaminate.

Liquidatore

Il liquidatore nella liquidazione controllata è di regola il medesimo OCC che, in caso di domanda presentata dal debitore, ha già prestato assistenza nella fase iniziale. In questa ipotesi l'OCC si trasforma da consulente del debitore ad organo della procedura, a conferma della eterogeneità dei compiti che il legislatore gli affida nella disciplina del sovraindebitamento. È, tuttavia, consentito al tribunale, per giustificati motivi, non confermare l'OCC come liquidatore ed in tal caso il liquidatore è scelto nell'elenco dei gestori (art. 270, comma 2, lett. b). Il giustificato motivo che giustifica la nomina di un liquidatore diverso dall'OCC può consistere, ad esempio, nella valutazione negativa del tribunale sulla relazione depositata dall'OCC nella fase introduttiva, ritenuta carente sotto qualche profilo.

Il secondo aspetto da considerare è l'assenza del comitato dei creditori nella liquidazione controllata. L'esigenza di semplificare lo svolgimento ed i costi di questa procedura, che solitamente riguarda dissesti di minore rilievo economico, giustifica la scelta della mancata previsione di questo organo.

3. Gli effetti

Gli effetti dell'apertura della liquidazione controllata si dipanano in tre direzioni: (i) nei confronti del debitore; (ii) nei confronti dei creditori; (iii) nei confronti dei contratti pendenti.

Effetti per il debitore

Nei confronti del debitore, l'apertura della procedura comporta lo spossessamento, ovvero la perdita del potere di amministrare e disporre del patrimonio liquidabile, che viene attribuito al liquidatore. Per dare attuazione concreta allo spossessamento, con la sentenza di apertura il tribunale ordina la consegna o il rilascio dei beni facenti parte del patrimonio di liquidazione, salvo che non ritenga, in presenza di gravi e specifiche ragioni, di autorizzare il debitore o il terzo a utilizzare alcuni di essi; il provvedimento è titolo esecutivo ed è posto in esecuzione a cura del liquidatore (art. 270, comma 2, lett. e). Su nozione ed effetti dello spossessamento, si rinvia a quanto esposto nella liquidazione giudiziale (cap. IX, sez. 3, par. 2).

Resta da identificare il perimetro del patrimonio assoggettato a spossessamento, che il legislatore definisce "patrimonio di liquidazione". Esso comprende tutti i beni e diritti che rientrano nel patrimonio del debitore, ad eccezione dei cd. seguenti beni personalissimi: a) i crediti impignorabili; b) i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività nei limiti, indicati dal giudice, di quanto occorre al mantenimento suo e della sua famiglia; c) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto disposto dall'art. 170 c.c.; d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge (art. 268, comma 4).

Dal momento dell'apertura della liquidazione controllata, il debitore perde anche la legittimazione processuale per quanto riguarda le controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale, con esclusione dei diritti personali e di quelli non compresi nella liquidazione (art. 270, comma 5); questa legittimazione processuale è attribuita al liquidatore.

Nel caso di società con soci illimitatamente responsabili, la sentenza di apertura della liquidazione controllata produce i suoi effetti anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (art. 270, comma 1). Per quanto riguarda l'ambito di applicazione e le modalità operative, sono applicabili, in quanto compatibili, le norme dettate con riferimento alla liquidazione giudiziale di società con soci a responsabilità illimitata, alla cui trattazione si può rinviare (cap. IX, sez. 13, parr. 7-8).

Concorso sostanziale e formale

Nei confronti dei creditori, il principale effetto è l'apertura del concorso sostanziale e formale. Concorso sostanziale significa che, salva diversa disposizione di legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione controllata nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura. Concorso formale significa che, salvo diverse disposizioni di legge, ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato nelle forme dell'accertamento del passivo. Sul punto, la disciplina della liquidazione controllata dichiara applicabili le norme in tema di liquidazione giudiziale (art. 270, comma 5), alla quale possiamo anche noi rinviare (cap. IX, sez. 4, parr. 2-3).

Sospensione interessi

Altro effetto nei confronti dei creditori è la sospensione del corso degli interessi per i crediti chirografari, che opera a partire dal momento della presentazione della domanda di apertura (art. 268, comma 5).

Altri effetti sui crediti

Non sono, invece, richiamati, né in via diretta, né in forza di rinvio, gli altri effetti nei confronti dei creditori previsti solitamente nelle procedure di liquidazione (scadenza dei crediti alla data di apertura; compensazione; trasformazione dei crediti non pecuniari in crediti pecuniari, norme sui coobbligati solidali). Pur in mancanza di espresso richiamo, queste regole devono comunque ritenersi operanti anche nella liquidazione controllata, attraverso il richiamo analogico alle corrispondenti norme della liquidazione giudiziale, perché si tratta di criteri funzionali al rispetto ed all'attuazione del concorso in atto sui beni del debitore.

Contratti pendenti

Nei confronti dei contratti pendenti, trova applicazione la regola generale della sospensione (art. 270, comma 6). Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione controllata, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il liquidatore, sentito il debitore, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del predetto debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Il contraente può mettere in mora il liquidatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. In caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura. In caso di scioglimento del contratto, invece, il contraente ha diritto di far valere nel passivo della liquidazione controllata il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

La sospensione è la regola generale, applicabile a tutti i contratti, e non sono previste regole particolari per singole tipologie contrattuali, a differenza di quanto avviene nella liquidazione giudiziale. È una scelta di semplificazione, che riduce le incertezze, ma che talvolta si presenta ina-

deguata rispetto ad alcuni contratti che richiederebbero una disciplina specifica. Tuttavia, in presenza di una disciplina espressa ed in mancanza di richiami, non pare consentito recuperare in via interpretativa le norme più diversificate previste nella liquidazione giudiziale.

Azioni revocatorie

L'apertura della liquidazione controllata non produce specifici effetti nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori compiuti dal debitore prima della procedura. La disciplina delle azioni revocatorie non è richiamata e non è applicabile via analogica. Vi è solo la possibilità per il liquidatore di avviare o, se pendenti, proseguire le azioni revocatorie ordinarie *ex* art. 2901 c.c. che prima della procedura i singoli creditori potevano esercitare contro gli atti del debitore.

4. L'accertamento del passivo

L'applicazione del principio del concorso formale impone la presenza di una fase di accertamento del passivo, nella quale stabilire quali creditori e titolari di diritti reali e personali hanno diritto di concorrere sul patrimonio di liquidazione (art. 273). Questa fase si svolge con tratti simili a quelli previsti nella liquidazione giudiziale, pur se sono previste alcune semplificazioni.

Domande di ammissione

I creditori ed i titolari di diritti personali o reali su beni mobili o immobili di proprietà o in possesso del debitore possono partecipare al passivo presentando apposita domanda nel termine assegnato con la sentenza di apertura.

Progetto di stato passivo

Scaduti i termini per la proposizione delle domande, il liquidatore predispone un progetto di stato passivo, comprendente anche un elenco dei titolari di diritti sui beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del debitore, e lo comunica agli interessati all'indirizzo di posta elettronica certificato indicato nella domanda.

Osservazioni

Entro quindici giorni possono essere proposte osservazioni da parte dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali. Con queste osservazioni, i creditori ed i titolari di diritti reali e personali contestano le conclusioni formulate dal liquidatore in ordine alla loro domanda, nel caso in cui il liquidatore non abbia riconosciuto in tutto o in parte il loro credito o diritto, oppure non abbia riconosciuto il diritto di prelazione richiesto. Le osservazioni possono essere formulate anche con riferimento alle domande di altri creditori o titolari di diritti reali, avendo ciascun creditore un interesse alla corretta ammissione (nell'*an*, nel *quantum* e nel rango) di tutti i crediti con i quali concorrerà nella fase della ripartizione dell'attivo, nonché delle pretese che i titolari di diritti vantino sul patrimonio di liquidazione e che possono ridurre l'attivo disponibile.

Fin qui il procedimento è sostanzialmente identico a quello della liquidazione giudiziale, ma i modelli divergono a partire da questo momento.

Assenza di osservazioni

In assenza di osservazioni, il liquidatore forma lo stato passivo, lo deposita in cancelleria e ne dispone l'inserimento nel sito web del tribunale o del Ministero della giustizia. In questo caso, la formazione dello stato passivo è atto esclusivo del liquidatore, senza intervento alcuno del giudice delegato.

Quando sono formulate osservazioni che il liquidatore ritiene fondate, predispone un nuovo progetto di stato passivo che comunica a coloro che hanno presentato domanda di ammissione al passivo. Avverso questo nuovo progetto di stato passivo, i creditori ed i titolari di diritti su beni mobili o immobili possono a loro volta presentare nuove osservazioni, ma solo con riferimento ai profili modificati dal liquidatore rispetto al precedente progetto.

In presenza di contestazioni non superabili, nel senso di contestazioni che il liquidatore non condivide, il liquidatore rimette gli atti al giudice delegato, il quale provvede alla definitiva formazione del passivo con decreto motivato.

Stato passivo

In sintesi, lo stato passivo definitivo può essere quello formato dal liquidatore (quando non vi sono osservazioni o le stesse siano ritenute fondate), oppure quello formato dal giudice delegato (quando vi sono osservazioni e le stesse sono ritenute non superabili dal liquidatore). In ogni caso, il contraddittorio è assicurato mediante lo scambio di scritti e documenti, ma non è prevista una udienza o adunanza alla quale possano partecipare i creditori.

Reclamo

Contro il decreto del giudice delegato può essere proposto reclamo innanzi al tribunale. Con il reclamo potranno farsi valere tutte le impugnazioni avverso lo stato passivo, e quindi: a) l'opposizione, con la quale il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contesta che la propria pretesa non sia stata in tutto o in parte ammessa; b) l'impugnazione, con la quale il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contesta che la pretesa di altro creditore o titolare di diritti sia stata accolta; c) la revocazione, con la quale il liquidatore, il creditore o i titolari di diritti su beni mobili o immobili, decorsi i termini per la proposizione della opposizione o impugnazione, chiedono che l'accoglimento o il rigetto vengano revocati se si scopre che essi sono stati determinati da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile all'istante.

Il procedimento di reclamo si svolge senza formalità, assicurando il rispetto del contraddittorio. Avverso il provvedimento sul reclamo è possibile proporre ricorso per cassazione, trattandosi di decreto avente natura decisoria.

Domande tardive

Eventuali domande tardive possono essere presentate solo entro ristretti limiti e condizioni. Decorso il termine indicato nella sentenza di apertura e, comunque, fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo della liquidazione, le domande sono ammissibili solo se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile e se trasmette la domanda al liquidatore non oltre sessanta giorni dal momento in cui è cessata la causa che ne ha impedito il deposito tempestivo. Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di quello delle tempestive. Quando la domanda risulta manifestamente inammissibile perché l'istante non ha indicato le circostanze da cui è dipeso il ritardo o non ne ha offerto prova documentale o non ha indicato i mezzi di prova di cui intende valersi per dimostrarne la non imputabilità, il giudice delegato dichiara con decreto l'inammissibilità della domanda. La disciplina delle domande tardive nella liquidazione controllata è, quindi, per molti versi simile a quella delle domande "ultratardive" nella liquidazione giudiziale, essendo ammissibili solo se il creditore prova che il ritardo non è a lui imputabile.

5. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo. La chiusura

Al liquidatore, come visto, compete l'amministrazione e la liquidazione dei beni che compongono il patrimonio di liquidazione, ai fini della loro monetizzazione in danaro.

Entro novanta giorni dall'apertura della liquidazione controllata, il liquidatore compie l'inventario dei beni del debitore e redige un programma in ordine a tempi e modalità della liquidazione, avente un contenuto corrispondente, in quanto compatibile, a quello previsto nella liquidazione giudiziale (art. 272, comma 2). Il programma è depositato in cancelleria ed approvato dal giudice delegato.

Liquidazione

Nell'esercizio dei propri compiti e in conformità alle previsioni del programma di liquidazione, il liquidatore dovrà vendere i beni e incassare i crediti. Il liquidatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, deve anche esercitare tutte le azioni risarcitorie e recuperatorie che rientravano già nel patrimonio del debitore o che prima della procedura spettavano ai singoli creditori e che, per effetto dell'apertura della liquidazione, sono attribuite al liquidatore.

Sempre con l'autorizzazione del giudice delegato, il liquidatore esercita o, se pendenti, prosegue le azioni revocatorie ordinarie dirette a far dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile (art. 274, comma 2).

Competitività

Per quanto concerne le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma, trovano applicazione le analoghe

disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale, in quanto compatibili (art. 275, comma 2), al fine di assicurare anche in tale contesto il rispetto del principio di competitività funzionale al miglior esito della liquidazione.

Effetto purgativo

È importante sottolineare che anche le vendite nella liquidazione controllata beneficiano del cd. effetto purgativo, per cui, eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice ordina la cancellazione delle iscrizioni relativi ai diritti di prelazione, delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi nonché di ogni altro vincolo (art. 275, comma 2). Chi acquista un bene da una procedura di liquidazione controllata lo acquista "pulito", privo di ogni formalità pregiudizievoli, e questo è un forte incentivo alle vendite concorsuali.

Rendiconto

Terminata l'esecuzione del programma di liquidazione e completata la liquidazione, il liquidatore presenta al giudice il rendiconto (art. 275, commi 3 e 4). Il giudice verifica la conformità degli atti dispositivi al programma di liquidazione e, se approva il rendiconto, procede alla liquidazione del compenso del liquidatore. Se, al contrario, non approva il rendiconto, indica gli atti necessari al completamento della liquidazione ovvero le opportune rettifiche ed integrazioni del rendiconto, nonché un termine per il loro compimento. Se le prescrizioni non sono adempiute nel termine, anche prorogato, il giudice provvede alla sostituzione del liquidatore e nella liquidazione del compenso tiene conto della diligenza prestata, con possibilità di escludere in tutto o in parte il compenso stesso.

Ripartizione attivo

Le risorse recuperate dalla liquidazione dei beni devono essere distribuite tra i creditori, rispettando in modo rigido e inderogabile l'ordine di prelazione risultante dallo stato passivo. Pertanto, le somme conseguite con la liquidazione vanno distribuite prima ai crediti prededucibili; solo dopo l'integrale pagamento dei crediti prededucibili possono essere distribuite ai creditori privilegiati, tenendo conto del diverso rango del privilegio e del valore dei beni sul quale grava l'ipoteca o il pegno; dopo l'integrale pagamento dei crediti privilegiati, possono essere pagati, sempre nel rispetto della *par condicio creditorum*, i creditori chirografari e, infine, i creditori postergati. Resta fermo che anche nella liquidazione controllata, sul ricavato netto della liquidazione dei beni garantiti da pegno e ipoteca i crediti pignoratizi e privilegiati prevalgono sui crediti prededucibili.

Alla distribuzione delle somme il liquidatore provvede sulla base di progetti di riparto, parziali o finale (art. 275). Il progetto di riparto va comunicato al debitore e ai creditori, con termine non superiore a quindici giorni per osservazioni. In assenza di contestazioni, il liquidatore comunica il progetto di riparto al giudice che, senza indugio, ne autorizza l'esecuzione. Se sorgono contestazioni sul progetto di riparto, il liquida-

tore verifica la possibilità di componimento e vi apporta le modifiche che ritiene opportune; altrimenti rimette gli atti al giudice delegato, il quale provvede con decreto motivato e reclamabile.

Chiusura

La procedura di liquidazione controllata si chiude con decreto del tribunale (art. 276). Per le cause di chiusura si applica la disciplina della liquidazione giudiziale (art. 233), alla cui trattazione si rinvia (cap. IX, sez. 11, par. 2).

La chiusura della procedura produce effetti per il debitore e per i creditori.

Nei confronti del debitore viene meno lo spossessamento. Il debitore riprende il potere di disposizione e di amministrazione di tutti i propri beni (ovviamente, solo di quelli eventualmente residuati dopo la liquidazione), nonché la legittimazione processuale.

Nei confronti dei creditori viene meno il divieto di azioni esecutive e cautelari. I creditori, sia quelli anteriori che quelli posteriori all'esecuzione delle formalità pubblicitarie del decreto di apertura, riprendono il libero esercizio dei loro diritti e delle loro azioni sui beni del debitore per la parte rimasta insoddisfatta dei loro crediti, fermo restando i possibili limiti derivanti dalla esdebitazione.

6. L'esdebitazione nella liquidazione controllata

Funzione

Anche la liquidazione controllata, al pari delle altre procedure di sovraindebitamento, consente tendenzialmente al debitore di potersi liberare dei propri debiti anche se non integralmente pagati, così potendo ambire ad una nuova ripartenza al riparo dalle azioni dei creditori anteriori insoddisfatti. La procedura di liquidazione controllata consente, infatti, al debitore di beneficiare, a determinate condizioni, della esdebitazione, che consiste nella liberazione dei debiti e nella inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito della procedura stessa.

Oggetto

L'oggetto dell'esdebitazione nella liquidazione controllata è ampio (art. 278). L'esdebitazione opera, infatti, nei confronti di tutti i creditori anteriori, intesi come creditori per fatto o causa anteriori rispetto all'apertura della procedura; nei confronti dei creditori anteriori che non hanno partecipato al concorso, però, l'esdebitazione opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari rango.

Anche se l'oggetto dell'esdebitazione è ampio, vi sono alcuni debiti che ne restano esclusi, e precisamente: a) gli obblighi di mantenimento e alimentari; b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale (es.: risarcimento per lesioni), nonché le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniario che non siano accessori a debiti estinti.

Effetti

L'esdebitazione non costituisce una causa di estinzione dell'obbligazione, ma determina solo l'effetto dell'inesigibilità del credito nei confronti del debitore. In ragione di ciò, sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso.

Soggetti

Tutti i debitori possono accedere all'esdebitazione, sia che si tratti di persone fisiche, sia che si tratti di società, sia che si tratti di altri enti. Se il debitore è una società o un altro ente, però, le condizioni per beneficiare dell'esdebitazione devono sussistere anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti, con riguardo agli ultimi tre anni anteriori alla domanda cui sia seguita l'apertura di una procedura liquidatoria (art. 278, comma 5). Se ne ricorrono le condizioni, l'esdebitazione della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ma ovviamente solo con riferimento ai debiti sociali, non certo con riferimento ai debiti personali di questi ultimi.

Poiché oggetto e ambito di applicazione nella liquidazione controllata sono gli stessi previsti nella liquidazione giudiziale, si può rinviare per un approfondimento alla trattazione svolta a proposito della esdebitazione nella liquidazione giudiziale (cap. IX, sez. 14).

Vi è, però, un'importante differenza tra l'esdebitazione nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata, che viene esposta di seguito.

Operatività di diritto

Nella liquidazione controllata l'esdebitazione opera di diritto (art. 282). Questo significa che non è necessaria una specifica istanza del debitore, dovendo il tribunale provvedere d'ufficio, così semplificandosi il procedimento. Il tribunale vi provvede con decreto, comunicato al pubblico ministero, ai creditori ed al debitore, i quali possono proporre entro trenta giorni reclamo innanzi alla corte di appello. Anche l'eventuale decreto con il quale il tribunale accerta le preclusioni di legge e non concede l'esdebitazione è comunicato al pubblico ministero, ai creditori ed al debitore, i quali possono proporre entro trenta giorni reclamo innanzi alla corte di appello.

Condizioni

L'esdebitazione, per quanto operi di diritto, può avvenire solo in presenza delle condizioni di legge.

Una prima condizione è quella temporale. Il debitore ha diritto a conseguire l'esdebitazione a seguito del provvedimento di chiusura o anteriormente, decorsi tre anni dalla sua apertura. Al maturare del primo dei due termini, si realizza la condizione temporale per l'esdebitazione.

La seconda condizione è quella oggettiva. Il debitore è ammesso al beneficio della esdebitazione a condizione che: a) non sia stato con-

dannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per essi sia intervenuta la riabilitazione; se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati o v'è stata applicazione di una delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il beneficio può essere riconosciuto solo all'esito del relativo procedimento; b) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito; c) non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura e abbia fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari per il suo buon andamento; d) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti la scadenza del termine per l'esdebitazione; e) non abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte. Il debitore, inoltre, non deve aver determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. Si tratta di un'elencazione variegata di situazioni, dirette, da un lato, ad escludere dall'esdebitazione il debitore che abbia tenuto una condotta non corretta, dall'altro lato, ad evitare che il debitore possa ripetutamente e costantemente beneficiare dell'esdebitazione.

Soddisfazione dei creditori

Non costituisce, invece, una condizione l'aver soddisfatto almeno in parte i creditori anteriori nell'ambito della procedura di liquidazione controllata. Questo requisito non è previsto dalla normativa ed il silenzio legislativo sul punto non può essere interpretato come frutto di una mera svista, da superare in via interpretativa. È vero che, laddove non si preveda la condizione del soddisfacimento almeno parziale dei creditori anteriori, appare difficile cogliere la *ratio* del diverso trattamento normativo della esdebitazione nella liquidazione controllata, che ha carattere tombale e definitivo, rispetto alla esdebitazione "fuori procedura" del debitore incapiente (art. 283), che invece non ha carattere definitivo. Tuttavia, si tratta di una scelta legislativa, coerente peraltro con la chiara volontà di favorire il pronto ritorno sul mercato del debitore "onesto, ma sfortunato", indipendentemente dall'esistenza di un suo patrimonio idoneo a soddisfare almeno in parte i suoi creditori.

Sezione 5

Le procedure familiari

1. La funzione

Spesso la situazione di sovraindebitamento che riguarda un componente della famiglia coinvolge anche gli altri componenti, vuoi perché il patrimonio (es.: la casa di abitazione) o la fonte di reddito (es.: lo stipendio) sono unici, vuoi perché i debiti sono stati contratti congiuntamente (es.: un mutuo cointestato o con garanzia prestata da altro componente). È difficile, pertanto, risolvere il sovraindebitamento di un familiare se, in modo contestuale e collegato, non si risolvono le probabili situazioni di sovraindebitamento degli altri familiari. Si pensi al caso in cui i coniugi abbiano acquistato in comproprietà la casa di abitazione, contraendo un mutuo cointestato, e successivamente, in ragione dell'avvenuto licenziamento dell'unico percettore di reddito, non riescano a rispettare le rate di ammortamento. In questi ipotesi, sostanzialmente unitario è il debito (il mutuo cointestato) e unico è l'attivo patrimoniale da destinare presumibilmente ai creditori, così da rendere più razionale una gestione unitaria del sovraindebitamento dei due coniugi.

Nozione

Per offrire una risposta a questa esigenza, è prevista una speciale disciplina delle "procedure familiari", intese come procedure di sovraindebitamento presentate in modo unitario da più membri della stessa famiglia (art. 66). È consentito, infatti, ai membri di una stessa famiglia di presentare un "unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento", nel senso di unica domanda di accesso; quando la domanda unitaria viene proposta e ve ne sono le condizioni, si apre un'unica procedura di sovraindebitamento, che coinvolge contestualmente tutti i membri della famiglia che ne abbiano fatto richiesta.

Vanno, però, compiute due precisazioni importanti.

Separazione delle masse attive e passive

Anche quando si apre un'unica procedura per i vari membri della stessa famiglia, l'unificazione avviene solo da un punto di vista procedimentale, senza in alcun modo superare la distinta soggettività giuridica dei vari membri della famiglia e la separazione delle rispettive masse attive e passive. In modo molto chiaro è previsto, infatti, che "le masse attive e passive rimangono distinte" (art. 66, comma 3): ogni membro della famiglia ammesso alla procedura unitaria dovrà, quindi, soddisfare i propri creditori con il proprio attivo ed i creditori di ciascun membro della famiglia potranno soddisfarsi solo sul patrimonio messo a loro disposizione dal debitore nei confronti del quale vantino ragioni creditori. La previsione di una procedura unitaria non consente di derogare

al principio della responsabilità patrimoniale *ex* art. 2740 c.c., per cui ciascuno risponde dei propri debiti con il proprio patrimonio, ma permette comunque una più efficace gestione della complessiva situazione di sovraindebitamento.

Limiti

La procedura familiare sembrerebbe consentita solo per la ristrutturazione dei debiti del consumatore ed il concordato minore. In questo senso parrebbe la volontà del legislatore, che parla di presentazione di un "unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento", riferendosi evidentemente alle sole procedure basata su un piano e su una proposta ed escludendo in tal modo la liquidazione controllata, che non ha carattere negoziale. È una scelta non condivisibile, perché anche nella liquidazione controllata possono esserci ragioni di opportunità nella previsione di una procedura unitaria, soprattutto nella fase di liquidazione dell'attivo, ma il dato normativo non è agevolmente superabile. Laddove non si ritenga possibile una liquidazione controllata familiare, può comunque adottarsi una forma di coordinamento tra le varie procedure di liquidazione controllata, sul modello di quanto avviene nel caso di procedure di concordato preventivo o di liquidazione giudiziale autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo (art. 288). Il coordinamento, che può consistere nella nomina degli stessi organi o in flussi informativi costanti tra gli organi stessi, opera con maggiore efficacia se tutte le procedure si svolgono innanzi allo stesso tribunale e per questo motivo si dispone che, in deroga alle norme ordinarie sulla competenza, se sono presentate più domande riguardanti membri della stessa famiglia, la competenza appartiene al tribunale adito per primo (art. 66, comma 4).

2. I presupposti e le condizioni per la procedura familiare

Presupposti

I presupposti soggettivi ed oggettivi per l'apertura della procedura familiare restano gli stessi previsti per le procedure "atomistiche", pur nei limiti della compatibilità. Per quanto riguarda il presupposto soggettivo, è ovvio che la procedura familiare non può essere proposta dalle *start-up* innovative, oppure da enti, associazioni o, in generale, da soggetti giuridici diversi da persone fisiche, potendo solo le persone fisiche essere membri di una famiglia. Fatta questa precisazione, è necessario che i singoli membri della famiglia che presentano la domanda integrino tutti – nessuno escluso – il presupposto soggettivo per accedere alle procedure di sovraindebitamento e che ciascuno di essi presenti il presupposto oggettivo, versando in situazione di sovraindebitamento.

Scelta della procedura

La scelta della procedura è conseguenza del presupposto soggettivo. Se tutti sono consumatori, devono necessariamente decidere di proporre la ristrutturazione dei debiti del consumatore. Se, al contrario, alcuni

membri sono consumatori ed altri no, non si può accedere alla ristrutturazione dei debiti del consumatore, ma solo al concordato minore (anche per i membri consumatori).

L'accesso ad una procedura familiare non è né un obbligo, né un diritto potestativo.

Facoltà

Non è un obbligo perché i membri della stessa famiglia in possesso del presupposto soggettivo ed oggettivo hanno la facoltà di presentare un unico progetto di risoluzione del sovraindebitamento, ma restano liberi di non utilizzare questa facoltà e di presentare eventualmente domande separate.

Condizioni

Non è un diritto potestativo perché l'ammissione ad una procedura familiare è subordinata alla presenza di almeno una di queste due condizioni: a) deve trattarsi di membri della stessa famiglia conviventi; b) se non conviventi, il sovraindebitamento deve avere origine comune. Per membri della stessa famiglia si intendono il coniuge, i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo, le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla l. 20 maggio 2016, n. 76 (art. 66, comma 2); questi membri devono essere, come detto, conviventi, ossia condividere lo stesso domicilio e/o residenza. In alternativa, se i membri della stessa famiglia non sono conviventi, è richiesto che il sovraindebitamento abbia un'origine comune, nel senso di essere causato dai medesimi debiti; l'esempio classico è quello del mutuo contratto dal figlio con la fideiussione prestata da uno dei genitori non convivente, oppure del debito derivante da una successione ereditaria dal comune dante causa sovraindebitato.

Non è richiesto, a differenza di quanto previsto nel concordato preventivo di gruppo, che la presentazione di un'unica domanda sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, né tantomeno questo requisito pare essere recuperabile in via interpretativa.

3. Il procedimento

Competenza territoriale

La procedura familiare si apre con il deposito della domanda di accesso innanzi al tribunale competente. Non sempre è facile individuare il tribunale competente, potendosi verificare situazioni diversificate.

Nel caso in cui tutti i membri della stessa famiglia siano conviventi e non esercitino attività d'impresa, il tribunale sarà necessariamente quello in cui tutti abbiano fissato la propria residenza o domicilio (art. 27, comma 3, lett. b).

Nel caso in cui tutti i membri della stessa famiglia siano conviventi, ma alcuni esercitino attività d'impresa, si pone un possibile conflitto tra la norma che, per le persone fisiche esercenti attività d'impresa, individua il tribunale competente in quello nel cui circondario è posta la sede

legale o sede effettiva dell'attività (art. 27, comma 3, lett. a) e la diversa norma che, per le persone fisiche non esercenti non attività d'impresa, individua il tribunale competente in quello nel cui circondario è posta la residenza o il domicilio (art. 27, comma 3, lett. b). Per risolvere questo conflitto ed in mancanza di altri possibili criteri di risoluzione, non resta che considerare competente territorialmente sia l'uno che l'altro, lasciando la scelta ai debitori.

La soluzione è analoga anche nel caso in cui tutti i membri della stessa famiglia non siano conviventi ed abbiano residenza o domicilio in circondari diversi di tribunale; anche qui, sarà rimessa ai debitori la scelta di uno tra i vari tribunali astrattamente competenti.

Domanda

Per quanto riguarda il procedimento, i membri della stessa famiglia che intendono accedere alla procedura familiare devono presentare un'unica domanda, corredata di tutta la documentazione prevista dalle rispettive procedure.

Proposte

Se la domanda è unica, differenziata rimane la proposta di ciascuno, intesa come offerta e impegno che il debitore propone ai propri creditori. La già richiamata regola dell'autonomia delle rispettive masse attive e passive impedisce una proposta unitaria che sia rivolta ai creditori senza differenziare tra gli stessi sulla base dei singoli debitori nei cui confronti vantino pretese, perché questo si risolverebbe in una confusione tanto delle masse attive, quanto delle masse passive; al contrario, ogni membro della famiglia deve formulare un'autonoma proposta, rivolta in modo esclusivo ai propri creditori (autonomia massa passiva) e basata sul proprio attivo (autonomia massa attiva). Così, ad esempio, se la procedura familiare viene avanzata da marito, moglie e figlio maggiorenne, unica sarà la domanda introduttiva e la documentazione allegata, ma differenziata sarà la proposta di ciascuno: il marito potrà proporre la soddisfazione dei creditori nella misura del 20%; la moglie nella misura del 30% ed il figlio maggiorenne nella misura del 50%, tenendo conto ciascuno del proprio attivo e del proprio passivo.

L'unificazione comporta che l'apertura della procedura (formula "atecnica" per la ristrutturazione dei debiti, ma che fa riferimento riassuntivo ai provvedimenti del tribunale prima dell'omologa) avviene necessariamente per tutti i membri della famiglia o per nessuno e che eventuali elementi ostativi per un singolo membro determinino l'inammissibilità del ricorso con riferimento all'intera procedura e, quindi, per tutti i membri della famiglia.

Votazioni

Nel caso del concordato minore, dove è prevista la votazione dei creditori, l'unificazione della procedura non può spingersi sino a prevedere una votazione unica e indifferenziata di tutti i creditori dei diversi membri della famiglia, perché questo urta con il principio della separazione delle masse attive e passive, in applicazione del quale i creditori di ciascun membro devono votare separatamente dagli altri sulla specifica proposta loro rivolta. Non vi è, quindi, un'unica votazione, ma distinte e separate – seppure contestuali – votazioni. Ai fini dell'approvazione del concordato minore "familiare" sarà però necessaria l'approvazione di tutte le proposte dei singoli membri della famiglia, non essendo prevista alcuna regola che consenta di superare l'eventuale voto contrario dei creditori di un membro. Se, quindi, i creditori anche di un solo membro della famiglia rigettano la proposta loro sottoposta, si considera non approvato l'intero concordato minore "familiare".

Omologazione

L'unitarietà della procedura riacquista, poi, pieno vigore in fase di omologazione e revoca, nel senso che i provvedimenti del tribunale avranno necessariamente ad oggetto l'unica procedura e, quindi, tutti i membri della famiglia che hanno fatto ricorso alla procedura familiare.

Considerando l'unitarietà delle procedure, sarà sempre nominato un unico OCC, il cui compenso dovrà poi essere ripartito tra i membri della famiglia in modo proporzionale all'entità dei debiti di ciascuno.

Per tutto quanto non specificamente previsto, trova applicazione nelle procedure familiari la disciplina dettata per le procedure di sovraindebitamento "singole".

Sezione 6

L'esdebitazione del sovraindebitato incapiente

1. L'esdebitazione nel sovraindebitamento e l'esdebitazione fuori dalle procedure

Esdebitazione nel sovraindebitamento

Si è visto sopra che tutte e tre le procedure di sovraindebitamento consentono, in forme e con modalità diverse, la esdebitazione del debitore a seguito della procedura. Nella ristrutturazione dei debiti del consumatore e nel concordato minore, l'esdebitazione è l'effetto dell'omologazione, che sostituisce alle obbligazioni originarie le nuove (e presumibilmente ridotte) obbligazioni prevista dalla proposta, così consentendo al debitore di beneficiare della cd. falcidia. Nella liquidazione controllata, l'esdebitazione opera di diritto, in assenza delle preclusioni di legge, a seguito del provvedimento di chiusura o anteriormente, decorsi tre anni dalla sua apertura.

Esdebitazione senza procedure

In aggiunta a queste previsioni, vi è poi un ulteriore strumento, di carattere eccezionale, che consente al debitore persona fisica meritevole di ottenere l'esdebitazione anche al di fuori ed in assenza di una

procedura concorsuale. Quando il debitore sia totalmente privo di attivo liquidabile, sia attuale che futuro, e, quindi, non sia in grado di offrire ai propri creditori alcuna soddisfazione, nemmeno in prospettiva futura, non avrebbe alcuna utilità l'apertura di una procedura concorsuale, che, per quanto semplificata come nelle procedure di sovraindebitamento, porta sempre con sé costi e attività non irrilevanti. Per evitare, quindi, l'apertura di procedure di sovraindebitamento inutili e, allo stesso tempo, concedere anche al debitore totalmente privo di mezzi la possibilità di poter beneficiare dell'esdebitazione, si consente, a determinate condizioni, di ottenere questo beneficio anche al di fuori di una procedura concorsuale: è questa la esdebitazione del debitore incapiente (art. 283).

2. I presupposti e le condizioni

Presupposto soggettivo

Possono accedere a questo beneficio solo i debitori sovraindebitati che siano persone fisiche e che non siano assoggettabili a liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa o altra procedura liquidativa. Ne restano esclusi tanto i debitori diversi dalle persone fisiche (società, associazioni, enti, ecc.), quanto le persone fisiche che svolgono attività imprenditoriale di dimensioni e oggetto tali da consentire l'accesso alle procedure concorsuali "maggiori". Questa limitazione soggettiva si spiega in ragione della eccezionalità di questo istituto, che consente al debitore di liberarsi dei propri debiti anteriori senza offrire alcuna utilità ai creditori e, per di più, al di fuori di una procedura concorsuale, e quindi all'esito di un procedimento molto snello e con minori controlli e tutele.

Meritevolezza

Specifico requisito richiesto per la concessione dell'esdebitazione è costituito dalla meritevolezza del debitore, intesa come assenza di colpa grave, malafede o frode nella formazione dell'indebitamento. Si tratta dello stesso requisito che abbiamo esaminato con riferimento alle condizioni di apertura della procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, alla cui trattazione si rinvia (sez. 2, par. 4 in questo capitolo).

Incapienza

Il presupposto per ottenere l'esdebitazione è la situazione di incapienza del debitore sovraindebitato, nel senso che il debitore non è in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura. La nozione di utilità è ampia, comprendendo tanto la possibilità di pagamento in danaro, quanto l'eventuale soddisfazione dei creditori in forme alternative come la cessione dei beni, e ciò sia nell'attualità, sia nel futuro. Impossibilità di attribuire utilità nel futuro che è rimessa inevitabilmente ad una stima prognostica, basata sulle ragionevoli previsioni in ordine all'evoluzione delle condizioni economiche e patrimoniali del debitore negli anni che seguono.

In questa valutazione di impossibilità di offrire un'utilità ai creditori si deve tenere ovviamente conto della prevalente necessità di assicurare al debitore i mezzi per lavorare e, soprattutto, quanto occorrente per il mantenimento suo e della sua famiglia. Pertanto, se il debitore è percettore di un reddito e questo è sufficiente solo al mantenimento sua e della sua famiglia, nessuna utilità potrà essere offerta ai creditori, che possono soddisfarsi solo su ciò che eventualmente eccede quanto necessario ai bisogni familiari. In altri termini, il reddito ed il patrimonio del debitore devono essere anzitutto destinati a garantire al mantenimento del debitore e della sua famiglia, intesa come soddisfazione dei bisogni fondamentali della vita quotidiana, quali il vitto, l'abitazione, i canoni per forniture, i medicinali, le spese per l'istruzione ed il vestiario, e solo l'eventuale parte che eccede va destinata ai creditori. Le spese necessarie per il mantenimento non sono fissate dal giudice, ma predeterminate secondo un criterio oggettivo fissato dalla legge e fissato in misura pari all'assegno sociale aumentato della metà moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE (art. 283, comma 2).

Condizioni

Il già evidenziato carattere eccezionale della misura spiega le ulteriori limitazioni e condizioni poste dalla legge. Alla esdebitazione si può ricorrere "solo per una volta" (art. 283, comma 1), per evitare che il debitore utilizzi questo strumento per liberarsi periodicamente dei propri debiti. Questa limitazione opera, però, con riferimento specifico alla speciale esdebitazione del debitore incapiente di cui all'art. 283, non con riferimento alle altre e diverse forme di esdebitazione conseguenti alle procedure di sovraindebitamento. Nulla esclude, pertanto, che un debitore che abbia già beneficiato dell'esdebitazione a seguito di una procedura di sovraindebitamento possa poi ottenere l'esdebitazione *ex* art. 283 per i nuovi debiti contratti, così come non è vietato al debitore che abbia ottenuto l'esdebitazione *ex* art 283 accedere successivamente ad una procedura di sovraindebitamento e beneficiare dell'esdebitazione ad essa conseguente, beninteso se ne ricorrono le condizioni. Quando il debitore fa ricorso nel tempo a forme diverse di esdebitazione, la valutazione del tribunale sul requisito della meritevolezza dovrà però essere più intensa, per indagare le ragioni che hanno condotto alla nuova situazione di incapienza malgrado il debitore abbia potuto già beneficiare di una prima esdebitazione.

Utilità sopravvenute

L'esdebitazione diventa definitiva solo dopo quattro anni. Se, infatti, nei quattro anni successivi sopravvengono utilità rilevanti, diverse dai finanziamenti ricevuti, e tali da consentire il soddisfacimento dei creditori in misura complessivamente non inferiore al 10%, il debitore è obbligato ad utilizzare queste utilità per il pagamento dei propri creditori. Questo pagamento deve avvenire in favore tanto dei creditori anteriori

al decreto di esdebitazione, quanto dei creditori posteriori, secondo un tendenziale principio di proporzionalità, che opera anche al di fuori delle procedure concorsuali (art. 2741 c.c.), tenendo conto delle legittime cause di prelazione, sulla base delle modalità e dei criteri che presumibilmente il tribunale detterà con il decreto di esdebitazione. Il sopraggiungere di utilità rilevanti e inaspettate (es.: il debitore riceve un'eredità, oppure ottiene un nuovo e più remunerativo lavoro) opera, quindi, quale condizione risolutiva alla inesigibilità dei crediti conseguente alla esdebitazione, sia pure limitata al periodo di quattro anni dalla esdebitazione.

Definitività

L'obbligo di utilizzare le utilità sopravvenuta per il pagamento dei creditori permane per i quattro anni successivi all'omologazione, dopo di che l'esdebitazione diventa definitiva: in questo modo si realizza un compromesso tra l'esigenza del debitore di potere conseguire la "serenità" di una liberazione dai propri debiti e l'altrettanto legittima esigenza dei creditori a non vedersi irragionevolmente privati del proprio diritto di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, soprattutto quando la prognosi iniziale sulla impossibilità di offrire alcuna utilità anche in prospettiva futura si riveli *ex post* errata.

3. Il procedimento

Il procedimento per ottenere l'esdebitazione presenta, pur all'interno di una cornice molto semplificata, alcuni tratti simili a quelli delle procedure di sovraindebitamento, a partire dalla necessaria presenza dell'OCC.

Domanda

La domanda di esdebitazione è presentata tramite l'OCC al giudice competente, unitamente alla documentazione rilevante ai fini della valutazione dell'attivo, del passivo e delle condotte pregresse del debitore. Alla domanda va, inoltre, allegata una relazione particolareggiata dell'OCC in ordine, tra l'altro, alle cause dell'indebitamento ed alla diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni.

Decreto

Il tribunale, valutata la sussistenza delle condizioni e dei presupposti, con particolare riferimento alla meritevolezza del debitore, concede con decreto l'esdebitazione, indicando le modalità e il termine entro il quale il debitore deve presentare, a pena di revoca del beneficio, ove positiva, la dichiarazione annuale relativa alle sopravvenienze rilevanti che, come visto, fanno rivivere le obbligazioni precedenti.

Opposizioni

Il decreto del tribunale è provvisorio ed è comunicato al debitore ed ai creditori, i quali possono proporre opposizione nel termine di trenta giorni. Le eventuali opposizioni dei creditori potranno fondarsi sull'assenza delle condizioni e dei presupposti, soprattutto in punto di meritevolezza e di prognosi circa la possibilità di conseguire utilità in futuro.

Altra possibile contestazione potrà riguardare la determinazione dell'importo del reddito e del patrimonio riservati al debitore al fine del soddisfacimento dei bisogni primari suoi e della famiglia, nel senso che il creditore potrà ritenere non corretta tale quantificazione e, quindi, lesiva dei propri diritti.

Decorsi trenta giorni dall'ultima delle comunicazioni, il tribunale, instaurato nelle forme ritenute più opportune il contraddittorio tra i creditori opponenti ed il debitore, conferma o revoca il decreto, con provvedimento soggetto a reclamo innanzi alla corte di appello.

Vigilanza dell'OCC

Nei quattro anni successivi al deposito del decreto che concede l'esdebitazione, l'OCC è tenuto a vigilare sulla tempestività del deposito della dichiarazione del debitore in ordine alle eventuali sopravvenienze rilevanti che determinano l'obbligo di pagamento dei debiti anteriori e, se il tribunale ne fa richiesta, compie le verifiche necessarie per accertare l'esistenza delle stesse. In questo periodo, la revoca del beneficio dell'esdebitazione può avvenire solo nel caso di mancato deposito della relazione annuale da parte del debitore. Non sono previste altre cause di revoca, nemmeno laddove l'OCC o uno dei creditori scopra che il debitore abbia in precedenza compiuto atti di frode che avrebbero impedito la concessione dell'esdebitazione se tempestivamente rilevati; questa lacuna legislativa, che difficilmente appare colmabile in via interpretativa, è ingiustificata e lesiva dell'interesse dei creditori, che vengono privati di strumenti di reazione a fronte di condotte non corrette del debitore scoperte solo successivamente rispetto all'esdebitazione.

Decorsi quattro anni, viene anche meno anche questo obbligo di deposito della relazione annuale e l'esdebitazione assume carattere definitivo, rimanendo ferma e intangibile anche nel caso in cui sopravvengano nel patrimonio del debitore nuove e rilevanti utilità.

Capitolo XII

LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

1. Natura e finalità

La liquidazione coatta amministrativa (di seguito, la "l.c.a.") è una procedura di tipo amministrativo, riservata a determinate imprese individuate sulla base del tipo di attività esercitata e degli interessi pubblici ad essa connessi.

Natura

Si tratta di una procedura concorsuale, caratterizzata dalla universalità, comprendendo tutti i beni e i rapporti dell'impresa esistenti al momento in cui si apre, e dalla generalità, coinvolgendo tutti i creditori. A differenza delle procedure di tipo giudiziario, non viene aperta e gestita dall'autorità giudiziaria, ma si apre per effetto di un provvedimento amministrativo e viene gestita sotto il controllo e la direzione dell'autorità amministrativa di volta in volta individuata dalla singola legge speciale.

Finalità

La finalità primaria della l.c.a. è quella di eliminare dal mercato le imprese che presentino patologie rilevanti, rappresentate dall'insolvenza o da gravi irregolarità di gestione. Anche se il fine perseguito è diverso rispetto a quello della liquidazione giudiziale, gli effetti dell'apertura della l.c.a. sul patrimonio del debitore e dei creditori sono simili a quelli della liquidazione giudiziale, così come lo svolgimento della procedura, che si dipana prima attraverso la liquidazione dei beni e poi il riparto dell'attivo tra i creditori in proporzione al rango ed all'ammontare dei loro rispettivi crediti.

Disciplina

La disciplina della l.c.a. è peculiare: vi è una parte generale, contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che è però integrata o modificata dalle singole leggi speciali regolanti la specifica procedura di determinate categorie di imprese (come, ad esempio, quella contenuta nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia). Di seguito si illustrerà esclusivamente la disciplina generale contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 293-316).

2. I presupposti soggettivi ed oggettivi

Tassatività

La l.c.a. è una procedura che si applica nei soli casi espressamente previsti dalla legge. È questo il cd. principio di "tassatività", in forza del quale è la legge a determinare le imprese soggette a l.c.a., i casi per i quali può essere disposta e l'autorità competente a disporla. Questo significa che sono le singole leggi speciali a stabilire quali imprese assoggettare a l.c.a., a stabilire per ciascuna di esse gli specifici presupposti oggettivi, ad individuare l'autorità amministrativa che ne dispone l'apertura e ne gestisce il procedimento. La differenza con quanto avviene per la liquidazione giudiziale è netta: per la liquidazione giudiziale, è il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a fissare il presupposto soggettivo ed il presupposto oggettivo, nonché a disciplinare in modo unitario la procedura applicabile per tutte le imprese ad essa soggette; per la l.c.a., al contrario, non esiste un testo unitario, né il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, né altro, nel quale ricercare l'indicazione del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo, o la disciplina della procedura, ma sono le singole leggi speciali a fissare, in modo differenziato, questi profili.

Presupposto soggettivo

In applicazione di questo principio, per quanto riguarda il presupposto soggettivo sono le leggi speciali a stabilire quali imprese sono soggette a l.c.a. Da ciò consegue, in modo speculare, che, in mancanza di un'espressa e specifica previsione di legge speciale in tal senso, un'impresa non può essere soggetta a l.c.a.

L'elenco delle imprese soggette a l.c.a. è ampio ed in continuo divenire. A titolo di esempio e limitandoci soltanto alle previsioni più significative, possiamo ricordare: a) le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario, nonché le succursali di banche extracomunitarie (d.lgs. 385/1993); b) gli intermediari finanziari di cui all'albo indicato dall'art. 106 del d.lgs. 385/1993; c) le imprese di assicurazione e di riassicurazione, le succursali e le sedi secondarie italiane di assicurazioni estere, le società capogruppo e le società facenti parte del gruppo assicurativo, le mutue assicuratrici (d.lgs. 209/2005); d) le SIM, le SGR ed i Fondi comuni di investimento da esse gestiti, le SICAV e le SICAF, i depositari centrali e le succursali italiane di imprese d'investimento e SGR estere, le società capogruppo o componenti il gruppo di SIM (d.lgs. 58/1998); le fondazioni bancarie (d.lgs. 153/1999); e) la Cassa depositi e prestiti (l. 326/2003); f) le società fiduciarie e fiduciarie di revisione (l. 430/1986); g) le imprese sociali (d.lgs. 155/2006); h) le società cooperative (art. 2545-*terdecies* c.c.).

Presupposto oggettivo

Anche per quanto riguarda il presupposto oggettivo, si deve far riferimento alle previsioni delle singole leggi speciali, che prevedono presupposti di apertura differenti in relazione alle diverse categorie di imprese ed alla diversa configurazione dell'interesse pubblico alla cui tutela è posta la specifica disciplina. Senza volere presentare una rassegna analitica dei vari presupposti, si può dire, in termini generali, che non sempre è richiesto il manifestarsi di uno stato di insolvenza o di uno stato di crisi, essendo spesso previsto che, anche in mancanza di uno stato di crisi o di insolvenza, la procedura possa essere avviata nel caso in cui vi siano gravi irregolarità nella gestione (violazioni di disposizioni di legge, amministrative o statutarie). La possibilità di disporre l'apertura di una procedura concorsuale pur in mancanza di una crisi di tipo finanziario e/o patrimoniale e/o economico può sorprendere, ma è coerente con la evidenziata finalità della l.c.a. di impedire la prosecuzione dell'attività da parte di imprese che presentino patologie potenzialmente lesive per l'interesse pubblico; patologie che non sempre sono di carattere economico, ma che possono essere anche di diverso tipo.

3. I rapporti con le altre procedure concorsuali

Tema connesso alla identificazione dei presupposti è quello del rapporto tra la l.c.a. e le altre procedure concorsuali presenti nell'ordinamento. È da verificare, infatti, se la sottoposizione di un'impresa a l.c.a. in forza di una previsione di legge speciale ne impedisca l'assoggettamento ad una diversa procedura concorsuale, in presenza dei relativi presupposti ed in vista di diverse finalità.

L.c.a. e liquidazione giudiziale

Per quanto riguarda il rapporto tra l.c.a. e liquidazione giudiziale, è previsto che le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa non siano soggette a liquidazione giudiziale, salvo che la legge diversamente disponga (art. 295, comma 1). La regola è, quindi, l'esclusività della lc.a., mentre l'eccezione è la possibilità che un'impresa possa essere soggetta in alternativa alla l.c.a. o alla liquidazione giudiziale (ciò avviene, ad esempio, per le cooperative). Pertanto, nel silenzio della legge, la mera previsione dell'assoggettamento di un'impresa a l.c.a. determina di per sé l'esclusione dalla liquidazione giudiziale; affinché un'impresa sottoposta a l.c.a. sia assoggettabile anche a liquidazione giudiziale è richiesta una statuizione espressa della legge speciale.

Principio di prevenzione

Ovviamente, anche quando è astrattamente possibile la soggezione sia a liquidazione giudiziale che a l.c.a., un'impresa non può essere assoggettata contemporaneamente a due procedure concorsuali, così che opererà il principio della prevenzione: quando la legge ammette la procedura di l.c.a. e quella di liquidazione giudiziale, la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale preclude la l.c.a. e, specularmente, il provvedimento che ordina la l.c.a. preclude l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 295, comma 2).

L.c.a. e concordato preventivo

Il rapporto tra l.c.a. e concordato preventivo è, invece, nel senso della tendenziale compatibilità, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 296). La regola è, quindi, la possibilità per un'impresa soggetta a l.c.a. di far ricorso al concordato preventivo, mentre l'eccezione è l'esclusione di questa facoltà (come avviene, ad esempio, per le banche *ex* art. 80 d.lgs. 385/1993).

Pur nella tendenziale compatibilità tra l.c.a. e concordato preventivo, salva diversa disposizione di legge, resta escluso che le due procedure possano coesistere nello stesso tempo e resta così da verificare quale possa essere la successione cronologica tra le stesse.

È indubbio che l'impresa possa essere ammessa al concordato preventivo solo prima dell'apertura della l.c.a. e non anche quando la procedura amministrativa sia stata già aperta.

Più complesso è il tema dell'eventuale effetto preclusivo dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo rispetto alla successiva apertura della liquidazione coatta amministrativa. Il problema non può essere risolto in via generale e omnicomprensivo, attesa la pluralità dei possibili presupposti oggettivi alla base dell'apertura della procedura di l.c.a., alcuni dei quali coincidono con quelli alla base del concordato preventivo, mentre altri se ne differenziano in modo radicale.

L'ammissione al concordato preventivo non preclude certamente l'apertura della l.c.a. disposta dall'autorità amministrativa per motivi diversi rispetto all'insolvenza o all'insufficienza di attivo. Se, infatti, si attribuisse effetto preclusivo al concordato preventivo in questi casi, si priverebbe l'autorità amministrativa del proprio dovere-potere di eliminare dal mercato le imprese che, pur non essendo in crisi economica, svolgono la propria attività in modo irregolare o possono comunque pregiudicare gli interessi pubblici. L'ammissione al concordato preventivo preclude, invece, l'eventuale apertura della l.c.a. basata sull'insolvenza o sull'insufficienza dell'attivo. Se è vero che in questo modo la gestione della crisi è sottratta all'autorità amministrativa, è la stessa compatibilità delle due procedure a rendere possibile questo esito, evidentemente consentito dal legislatore.

Discorso analogo a quello del concordato preventivo vale anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il piano di ristrutturazione ed il concordato semplificato, ai quali può far ricorso anche l'impresa per la quale la legge speciale prevede l'assoggettamento alla l.c.a., salvo diversa previsione legislativa.

L.c.a. e amministrazione straordinaria

Per quanto riguarda i rapporti tra l.c.a. e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, possono richiamarsi le considerazioni svolte con riferimento alla liquidazione giudiziale, atteso che l'ammissione all'amministrazione straordinaria è riservata alle imprese soggette a liquidazione giudiziale che presentino determinati requisiti dimensionali.

4. L'apertura

Provvedimento di apertura

La procedura di l.c.a. si apre con provvedimento dell'autorità amministrativa individuata dalla legge per le singole categorie di imprese. Si tratta di un provvedimento che viene disposto d'ufficio; i creditori e la stessa impresa non sono legittimati a chiedere l'apertura della procedura, potendo soltanto segnalare all'autorità competente l'esistenza di fatti rilevanti ai fini della valutazione che l'autorità potrà compiere.

Il provvedimento di apertura deve essere pubblicato integralmente, a cura dell'autorità che lo ha emanato, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ed è comunicato per l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese, salve le altre forme di pubblicità disposte nel provvedimento (art. 300). Poiché si tratta di un atto amministrativo, il provvedimento di apertura può essere impugnato dai soggetti interessati (es.: impresa; creditori) solo innanzi al giudice amministrativo e solo facendo valere i vizi tipici degli atti amministrativi. In ogni caso, l'impugnazione non sospende la procedura, salvo che il giudice amministrativo non accolga un'eventuale domanda di sospensione cautelare del provvedimento.

Accertamento dello stato di insolvenza

Si è visto sopra che la l.c.a. può essere disposta sia in presenza di uno stato di insolvenza, sia anche in assenza dello stesso, quando ricorrano gli altri presupposti previsti dalla legge. La presenza o meno dell'insolvenza non è, tuttavia, irrilevante, tanto ai fini dell'apertura della procedura, quanto ai fini della disciplina applicabile dopo l'apertura. Pertanto, è previsto che, accanto al provvedimento amministrativo di apertura della l.c.a., possa anche esservi eventualmente un distinto provvedimento che accerti lo stato di insolvenza dell'impresa.

L'accertamento dell'eventuale stato di insolvenza in capo alle imprese soggette a l.c.a. non è però rimesso all'autorità amministrativa, ma all'autorità giudiziaria e può intervenire sia anteriormente, sia successivamente rispetto al decreto di apertura. Si innesta in questo modo una parentesi giudiziale nell'ambito di una procedura amministrativa, giustificata dai rilevanti effetti che questo accertamento determina per le parti e per i terzi, il cui verificarsi presuppone una previa valutazione dei presupposti da parte dell'autorità giudiziaria, nel rispetto del contraddittorio e con le garanzie previste per i procedimenti giudiziari.

Accertamento dello stato di insolvenza anteriore alla l.c.a.

Partiamo dell'ipotesi in cui l'accertamento dello stato di insolvenza sia anteriore rispetto all'apertura della procedura. In tal caso, se un'impresa soggetta a l.c.a. con esclusione della liquidazione giudiziale si trova in stato di insolvenza, il tribunale del luogo in cui essa ha il centro degli interessi principali dichiara tale stato con sentenza (art. 297).

L'iniziativa per l'accertamento dello stato di insolvenza è attribuita

ai creditori, all'autorità che ha la vigilanza sull'impresa o all'impresa stessa. Vi è, inoltre, la legittimazione del commissario giudiziale quando, nel corso della procedura di concordato preventivo di un'impresa soggetta a l.c.a., con esclusione della liquidazione giudiziale, si verifica la cessazione della procedura. Non è, invece, prevista la legittimazione del pubblico ministero, a differenza di quanto avviene nella liquidazione giudiziale.

Il procedimento per addivenire alla sentenza di accertamento dello stato di insolvenza si svolge nelle forme dei procedimenti camerali e, prima di provvedere, il tribunale deve sentire il debitore, nonché l'autorità che ha la vigilanza sull'impresa, che potrebbe anche dissentire rispetto alla sussistenza dello stato di insolvenza.

Il tribunale provvede con sentenza, se accerta l'insolvenza, o con decreto, se rigetta il ricorso per la dichiarazione di insolvenza. In ambedue i casi è ammesso il reclamo innanzi alla corte di appello. Con la stessa sentenza o con successivo decreto, inoltre, il tribunale adotta i provvedimenti conservativi che ritenga opportuni nell'interesse dei creditori fino all'inizio della procedura di liquidazione. Si può trattare di provvedimenti di contenuto vario, tutti funzionali ad evitare che nel periodo di tempo intercorrente tra l'accertamento dell'insolvenza e l'apertura della l.c.a. con la nomina degli organi possono verificarsi pregiudizi per i creditori: si pensi, ad esempio, alla nomina di un amministratore giudiziario della società, di un custode dell'azienda o ad un provvedimento protettivo del patrimonio.

La sentenza che accerta lo stato di insolvenza è comunicata, entro tre giorni, all'autorità competente perché disponga la liquidazione. Per effetto dell'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, infatti, il provvedimento amministrativo di apertura della l.c.a. diventa un atto dovuto e consequenziale, senza alcun margine di discrezionalità per l'autorità amministrativa. Tanto è vero che, in caso di inosservanza, i soggetti interessati potrebbero finanche agire con un giudizio di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo. Questo collegamento tra sentenza di insolvenza e decreto di apertura opera anche in senso inverso, nel senso che laddove la sentenza che accerti lo stato di insolvenza venga revocata dalla corte di appello, anche il provvedimento di apertura della l.c.a. deve essere revocato, salvo che si basi anche su presupposti ulteriori rispetto allo stato di insolvenza.

Accertamento dello stato di insolvenza successivo alla l.c.a.

L'accertamento dello stato di insolvenza può essere pronunciato anche dopo l'apertura della l.c.a. Se successivamente, durante la procedura, emerge che l'impresa, al tempo in cui è stata ordinata la liquidazione, si trovava in stato d'insolvenza, il tribunale del luogo in cui essa ha il centro degli interessi principali, su ricorso del commissario liquidatore o del pubblico ministero, accerta tale stato con sentenza, all'esito di un procedimento che si svolge nelle stesse forme di quello che precede la sentenza di accertamento anteriore rispetto alla l.c.a.

Effetti accertamento stato di insolvenza

Gli effetti dell'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza sono sempre gli stessi, sia che intervenga anteriormente, sia che intervenga successivamente rispetto all'apertura della l.c.a. Accertato giudizialmente lo stato di insolvenza, sono applicabili alla l.c.a. le norme sugli atti pregiudizievoli ai creditori (art. 299) e si applicano le disposizioni penali per i reati commessi dall'imprenditore in procedura (art. 343).

5. Gli organi

Gli organi della l.c.a. sono: l'autorità di vigilanza; il commissario liquidatore; il comitato di sorveglianza.

Autorità di vigilanza

L'autorità di vigilanza è l'autorità amministrativa alla quale la legge attribuisce il potere di vigilanza sulla procedura di l.c.a. Non esiste un'unica autorità di vigilanza, perché, in coerenza con le caratteristiche tipiche della procedura, sono le singole leggi speciali ad individuare quale sia l'autorità competente in relazione a ciascuna categoria di imprese. In molti casi l'autorità di vigilanza coincide con l'autorità amministrativa alla quale spetta il potere di decidere l'apertura, ma in alcuni casi può anche essere differente. Ad esempio, per le banche, l'autorità che dispone l'apertura è il Ministero dell'economia e delle finanze, mentre l'autorità di vigilanza è la Banca d'Italia.

Compiti dell'autorità vigilanza

All'autorità di vigilanza spetta il compito di autorizzare le scelte fondamentali nella gestione della procedura, soprattutto nella fase della liquidazione e della ripartizione dell'attivo. Salva diversa disposizione delle singole leggi speciali, l'autorità di vigilanza deve individuare i limiti entro i quali può svolgersi l'attività di liquidazione del commissario liquidatore (art. 311, comma 1) e deve, altresì, autorizzare specificamente: a) l'azione di responsabilità nei confronti del commissario liquidatore revocato (art. 302, comma 2); b) l'esercizio dell'azione di responsabilità sociale o dei creditori sociali nei confronti degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo dell'impresa o ente in liquidazione, nonché dell'azione da abuso di direzione e coordinamento (art. 307, comma, 1); c) il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del commissario liquidatore (art. 307, comma 2); d) la vendita di immobili o di mobili in blocco (art. 311, comma 1); e) la distribuzione di acconti parziali (art. 312, comma 2); f) la presentazione di una proposta di concordato (art. 314, comma 1).

Commissario liquidatore

Il commissario liquidatore è l'organo incaricato della gestione e dell'amministrazione del patrimonio dell'impresa sottoposta a procedura, in funzione della sua liquidazione e successivo riparto dell'attivo tra i creditori. Ricopre un ruolo centrale nell'ambito della procedura, per

molti aspetti simile a quello del curatore nella liquidazione giudiziale, ma con alcune peculiarità e differenze.

La nomina del commissario liquidatore avviene con il decreto di apertura della procedura. Viene di solito nominato un unico commissario liquidatore, ma, qualora l'importanza dell'impresa lo consigli, possono essere nominati tre commissari liquidatori; in tal caso essi deliberano a maggioranza e la rappresentanza è esercitata congiuntamente da due di essi (art. 301, comma 2).

Durante la procedura, il commissario liquidatore può, in ogni tempo, essere revocato dall'autorità di vigilanza, su richiesta del comitato di sorveglianza o d'ufficio (art. 302, comma 3). La revoca, al pari di quanto avviene per il curatore nella liquidazione giudiziale, può essere disposta in presenza di inadempimenti del commissario liquidatore agli obblighi derivanti dall'incarico o anche solo per il venir meno del rapporto fiduciario con l'autorità di vigilanza.

Al fine di evitare conflitti di interessi, il debitore e i creditori ammessi possono chiedere la sostituzione del commissario liquidatore, indicandone all'autorità di vigilanza le ragioni; l'autorità di vigilanza, valutate le ragioni della richiesta e verificata l'assenza di conflitto di interessi in capo ai creditori istanti, provvede alla nomina del nuovo commissario liquidatore (art. 302, comma 3).

Nell'esercizio delle sue funzioni il commissario liquidatore è un pubblico ufficiale e deve adempiere ai doveri del proprio ufficio con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Se il commissario liquidatore è inadempiente ai propri obblighi e questo inadempimento causa un pregiudizio patrimoniale alla massa dei creditori, può essere chiamato a risarcire il danno, oltre ad essere revocato. Durante la procedura, l'azione di responsabilità contro il commissario liquidatore è proposta dal nuovo liquidatore con l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza.

Compiti del commissario liquidatore

I compiti attribuiti al commissario liquidatore, come detto, sono molto ampi, perché gli è attribuito in generale il potere di procedere "a tutte le operazioni della liquidazione secondo le direttive dell'autorità che vigila sulla liquidazione e sotto il controllo del comitato di sorveglianza" (art. 305, comma 1).

Volendo fornire una esemplificazione, comunque parziale, degli specifici compiti del commissario liquidatore, essi si concretano in:

a) attività nella fase immediatamente successiva all'apertura della procedura: presa in consegna dei beni compresi nella liquidazione, delle scritture contabili e degli altri documenti dell'impresa o dell'ente e formazione dell'inventario (art. 305);

b) attività informative: con periodicità semestrale, il commissario liquidatore deve presentare una relazione sulla situazione patrimoniale e sulla gestione (art. 306, comma 2); destinatari della relazione sono l'autorità di vigilanza, il comitato di sorveglianza ed i creditori;

c) attività volte alla formazione dello stato passivo (art. 310);

d) attività di liquidazione dell'attivo (art. 311);

e) attività di ripartizione dell'attivo (art. 312).

Comitato di sorveglianza

Il comitato di sorveglianza esercita compiti di controllo dell'operato del commissario liquidatore e di "consulenza" in favore dell'autorità di vigilanza. Il ruolo è, per alcuni aspetti, simile a quello del comitato dei creditori, ma l'ampiezza dei poteri è decisamente inferiore, in quanto nella l.c.a. l'interesse prevalente è quello pubblico, non quello dei creditori, di cui è espressione il comitato di sorveglianza.

È il decreto di apertura a nominare un comitato di sorveglianza di tre o cinque membri, scelti fra persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitato dall'impresa, possibilmente fra i creditori (art. 301, comma 1). Già il fatto che la scelta dei componenti debba avvenire "possibilmente", ma non "necessariamente", tra i creditori esprime quella gerarchia tra interesse pubblico e interesse dei creditori di cui si parlava sopra. Trattandosi di un organo collegiale pluripersonale, si pone l'esigenza di disciplinarne il funzionamento e le regole di formazione della volontà, per le quali, in mancanza di specifica normativa, possono richiamarsi le norme dettate in tema di comitato dei creditori.

Compiti del comitato di sorveglianza

I compiti di controllo del comitato di sorveglianza hanno ad oggetto l'intero operato del commissario liquidatore. Questo è previsto espressamente per le attività di liquidazione (art. 305, comma 1), ma deve ritenersi doveroso con riferimento anche alle attività del commissario diverse dalla liquidazione.

I compiti "consulenziali" sono svolti in favore dell'autorità di vigilanza, soprattutto quando l'autorità è chiamata ad autorizzare atti del commissario liquidatore, e si spiegano con la circostanza che i componenti del comitato sono scelti fra persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitato dall'impresa. Essi si esprimono nella formulazione di pareri, che sono richiesti al comitato in molteplici momenti della procedura, come nel caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del commissario liquidatore (art. 307, comma 2), di distribuzione di acconti parziali (art. 312, comma 1), di redazione del progetto del bilancio finale di liquidazione (art. 313, comma 1) e di presentazione di proposte di concordato (art. 314).

6. Gli effetti

L'apertura della procedura di l.c.a. produce effetti nei confronti dell'impresa in procedura, dei creditori e dei rapporti giuridici preesistenti; nel solo caso in cui vi sia anche l'accertamento, preventivo o successivo, dello stato insolvenza si producono anche gli effetti nei confronti

degli atti pregiudizievoli ai creditori. Questo ampio catalogo di effetti testimonia la natura concorsuale della procedura, che, indipendentemente dalla natura degli interessi perseguiti e dei presupposti alla base, una volta aperta attua il concorso dei creditori nelle forme tipiche delle procedure concorsuali.

Nei confronti dell'impresa in procedura, gli effetti patrimoniali sono simili a quelli che si determinano a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale (art. 303, che rinvia agli artt. 142, 144, 145, 146 e 147) (vedi cap. IX, sez. 3, par. 2).

Spossessamento

Dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si determina il cd. spossessamento: l'impresa, e specificamente il suo organo amministrativo, è privata dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni e questi poteri sono attribuiti al commissario liquidatore. Lo spossessamento si estende anche ai beni che pervengono al debitore durante la procedura, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi, ma resta comunque salva la facoltà del commissario liquidatore, previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza, di rinunziare ad acquisire i beni dell'impresa, compresi quelli che gli pervengono durante la procedura, qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiore al presumibile valore di realizzo degli stessi.

Per effetto dello spossessamento, gli atti compiuti dall'impresa ed i pagamenti da essa eseguiti o ricevuti dopo l'apertura della procedura sono inefficaci, rispetto ai creditori, pur restando validi nei rapporti tra le parti, e le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo l'apertura della procedura, sono senza effetto rispetto ai creditori.

Trovano applicazione nella l.c.a., in forza di un espresso richiamo di legge, le norme sui beni non compresi nella liquidazione (art. 146) e sugli alimenti ed abitazione del debitore (art. 147), ma è puramente teorica la loro applicazione, tenuto conto che queste disposizioni trovano il proprio campo di applicazione naturale nel caso di imprenditore individuale e che tale possibilità, pur non essendo astrattamente impossibile, non trova riscontro concreto nella l.c.a.

L'impresa in procedura perde anche la capacità processuale, per cui nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale sta in giudizio il commissario liquidatore. Questa capacità processuale attribuita al commissario liquidatore determina, necessariamente, anche l'operare della regola dell'interruzione automatica dei giudizi in corso al momento dell'apertura della procedura, con facoltà di riassunzione degli stessi (art. 303, comma 2).

Effetti sull'organizzazione

Quando l'impresa in procedura è una persona giuridica, si determinano effetti anche sul piano dell'organizzazione. Al riguardo, è posta la regola espressa secondo cui cessano le funzioni dell'assemblea e degli organi di amministrazione e di controllo, salvo quanto previsto per il concordato (art. 303, comma 1). Malgrado la non chiara formulazione della norma, pare ragionevole ritenere che non si tratti di una vera e propria cessazione, che peraltro non riuscirebbe a spiegare poi la possibilità per gli organi dell'impresa di esercitare talune funzioni in caso di concordato, ma solo di una limitazione *ex lege* dei loro poteri, conseguenza dell'attribuzione al commissario liquidatore del potere di gestione e amministrazione del patrimonio. Pertanto, l'assemblea e gli organi amministrativi e di controllo restano in carica ed operativi, sia pure nei limiti segnalati, potendo l'assemblea assumere delibere (es.: la revoca degli amministratori) e gli amministratori rappresentare la società nel procedimento (es.: impugnare il provvedimento di apertura).

Non si producono, invece, gli effetti di natura personale nei confronti dell'impresa in procedura. Le corrispondenti norme della liquidazione giudiziale non sono richiamate e ne va esclusa un'applicazione analogica.

Concorso sostanziale e formale

Nei confronti dei creditori, l'apertura della liquidazione giudiziale determina gli stessi effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale (art. 304, comma 2). Si realizza, quindi, il concorso sostanziale, in forza del quale, salvo diversa disposizione di legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della l.c.a. nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la procedura può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura, ed il concorso formale, in forza del quale ogni credito, anche se munito di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato nelle forme dell'accertamento del passivo. Si applicano, inoltre, tutte le altre norme sui creditori e sui crediti previsti nella liquidazione giudiziale, dalla sospensione degli interessi per i crediti chirografari, alla scadenza di tutti i crediti, dalla compensazione al calcolo dei crediti pecuniari (vedi cap. IX, sez. 4, par. 4).

Rapporti giuridici preesistenti

Anche nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti trovano applicazione le norme dettate per la liquidazione giudiziale (art. 304, comma 2) (vedi cap. IX, sez. 6). La regola generale è quella della sospensione dei contratti pendenti, salvo l'operare di regole peculiari per singoli tipi contrattuali.

Atti pregiudizievoli ai creditori

Gli effetti nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori si producono, come detto, nel solo caso in cui vi sia stato l'accertamento giudiziario, preventivo o successivo, dello stato di insolvenza. Accertato giudizialmente lo stato d'insolvenza, sono applicabili, con effetto dalla data del provvedimento che ha accertato lo stato di insolvenza, le disposizioni previste nella liquidazione giudiziale per gli atti pregiudizievoli ai creditori (vedi cap. IX, sez. 5), con i necessari adattamenti

per tenere conto delle specificità della l.c.a. (art. 399). In particolare, ai fini del calcolo a ritroso del periodo sospetto, si fa riferimento al deposito della domanda per l'accertamento dello stato di insolvenza ed il termine di decadenza di cui all'art. 170 (tre anni dall'apertura della procedura) decorre dalla data del provvedimento di nomina del commissario liquidatore, se successivo al provvedimento che accerta lo stato di insolvenza. L'esercizio delle azioni di revoca degli atti compiuti in frode dei creditori compete, ovviamente, al commissario liquidatore, quale organo incaricato del compimento di tutte le attività funzionali alla reintegrazione e successiva liquidazione del patrimonio dell'impresa in procedura.

7. La formazione dello stato passivo

Nella l.c.a., come sopra visto, opera la regola del concorso formale, che impone a ciascun creditore e titolare di diritti di ottenere l'accertamento del proprio diritto nella procedura. La fase della formazione dello stato passivo si svolge secondo modalità in parte differenti rispetto alla liquidazione giudiziale e si dipana in due fasi: una prima fase necessaria, di tipo amministrativo ed a carattere officioso, nella quale il commissario liquidatore forma l'elenco dei crediti ammessi anche indipendentemente dalle domande dei creditori; una seconda fase eventuale, di natura giurisdizionale, nella quale l'autorità giudiziaria provvede sulle eventuali impugnazioni o domande tardive.

Procediamo con ordine e partiamo dalla prima fase.

Elenco dei crediti

Entro il termine (meramente ordinatorio) di un mese dalla nomina, il commissario liquidatore, sulla base delle scritture contabili e dei documenti dell'impresa in procedura, nonché eventualmente anche sulla base di altre fonti esterne, procede d'ufficio a redigere un elenco dei crediti di terzi e dei diritti di rivendicazione, restituzione e separazione su cose mobili e immobili posseduti dall'impresa. Una volta redatto l'elenco, il commissario liquidatore comunica a ciascun creditore, a mezzo posta elettronica certificata o lettera raccomandata, le somme risultanti a credito di ciascuno; analoga comunicazione è fatta a coloro che possono far valere domande di rivendicazione, restituzione e separazione su cose mobili e immobili posseduti dall'impresa (art. 308). È da precisare che queste comunicazioni non equivalgono a riconoscimenti di debito e, quindi, restano salve eventuali contestazioni da parte dello stesso commissario liquidatore, qualora, prima della formazione dello stato passivo, dovessero emergere nuovi elementi o anche semplicemente il commissario liquidatore ritenesse di modificare la propria posizione.

Osservazioni e istanze

I destinatari della comunicazione, entro quindici giorni successivi, possono far pervenire al commissario liquidatore le loro osservazioni o istanze. Queste osservazioni o istanze possono avere il contenuto più vario, ma tendenzialmente sono dirette a dimostrare l'esistenza di un credito (o di un diritto) di un'entità maggiore o con un rango diverso rispetto a quello indicato dal commissario liquidatore.

Domande dei creditori

I creditori ed i titolari di diritti reali o personali che non hanno ricevuto la comunicazione del commissario liquidatore possono chiedere il riconoscimento dei propri crediti e la restituzione dei loro beni (art. 309). Questa domanda dei creditori e dei terzi si propone con raccomandata inviata al commissario liquidatore (anche se è da ritenersi ammissibile una posta elettronica certificata), entro sessanta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di liquidazione nella Gazzetta Ufficiale. Il termine di sessanta giorni non è previsto a pena di decadenza, potendo essere inviata la comunicazione anche in un termine successivo, purché entro la data del deposito dell'elenco in cancelleria da parte del commissario liquidatore.

Stato passivo

Entro il termine (sempre ordinatorio) di novanta giorni dalla data del provvedimento di liquidazione, il commissario liquidatore forma l'elenco dei crediti ammessi o respinti e delle domande di rivendicazione, restituzione e separazione accolte o respinte, e lo deposita nella cancelleria del tribunale dove ha il centro degli interessi principali l'impresa in procedura; con il deposito in cancelleria l'elenco diventa esecutivo (art. 310). È questo lo stato passivo, che viene redatto sulla base delle risultanze dell'elenco iniziale, delle osservazioni e istanze dei destinatari della comunicazione, nonché delle eventuali domande dei creditori e terzi non inclusi nell'elenco. Il commissario trasmette, poi, l'elenco dei crediti ammessi o respinti a coloro la cui pretesa non sia in tutto o in parte ammessa. Con il deposito in cancelleria e la comunicazione dell'elenco, si chiude la prima fase.

La seconda fase si apre solo nel caso di impugnazioni, oppure di domande tardive.

Impugnazioni

Avverso l'elenco dei crediti e delle domande ammesse o respinte sono proponibili le impugnazioni previste nella liquidazione giudiziale contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo (art. 310, comma 2). Sono così consentite: a) l'opposizione, con la quale il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contesta che la propria pretesa non sia stata in tutto in parte ammessa; b) l'impugnazione, con la quale il creditore o il titolare di diritti su beni mobili o immobili contesta che la pretesa di altro creditore o titolare di diritti sia stata accolta; c) la revocazione, con la quale il commissario liquidatore, il creditore o i titolari di diritti su beni mobili o immobili, decorsi i termini per la proposizione della opposizione o impugnazione, chiedono che l'acco-

glimento o il rigetto vengano revocati se si scopre che essi sono stati determinati da falsità, dolo, errore essenziale di fatto o dalla mancata conoscenza di documenti decisivi che non sono stati prodotti tempestivamente per causa non imputabile all'istante. Il procedimento di impugnazione si svolge con l'osservanza delle norme dettate per la liquidazione giudiziale, in quanto compatibili, sostituiti al giudice delegato il giudice incaricato per la trattazione dal presidente del tribunale ed al curatore il commissario liquidatore (vedi cap. IX, sez. 8, par. 3).

Domande tardive

Sono ammesse anche le domande tardive, che sono le domande proposte dai creditori o dai titolari di diritti reali o personali dopo il deposito dell'elenco in cancelleria da parte del commissario liquidatore. Le domande tardive nella l.c.a. sono soggette alla stessa disciplina prevista nella liquidazione giudiziale (art. 310), ma con gli inevitabili e significativi adattamenti. La domanda va proposta non al commissario liquidatore, ma direttamente al giudice incaricato per la trattazione dal presidente del tribunale, che provvederà sulla stessa, all'esito del contraddittorio instaurato con il commissario liquidatore, con decreto soggetto alle stesse impugnazioni consentite avverso l'elenco esecutivo dei crediti. Non è previsto dalla legge il termine entro il quale vanno presentate le domande tardive nella l.c.a. e nemmeno è ammessa espressamente la facoltà di presentare domande ultratardive. Anche se il punto non è pacifico, appare preferibile, perché più rispettosa dei diritti dei creditori e dei titolari dei diritti, la tesi secondo cui, in applicazione di quanto disposto nella liquidazione giudiziale, le domande tardive possono presentarsi, senza necessità di giustificare il ritardo, entro sei mesi dall'esecutività dell'elenco depositato dal commissario liquidatore; decorso questo termine e comunque fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo, sono ammesse le domande cd. ultratardive, se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile e se trasmette la domanda non oltre sessanta giorni dal momento in cui è cessata la causa che ne ha impedito il deposito tempestivo.

8. La liquidazione e la ripartizione dell'attivo

Poteri del commissario liquidatore

La liquidazione dell'attivo, intesa come fase in cui si procede alla vendita dei beni, all'incasso dei crediti ed all'esercizio delle azioni facenti parte dell'attivo dell'impresa in procedura, è attribuita al commissario liquidatore, che ha tutti i poteri necessari, salve le limitazioni stabilite dall'autorità che vigila sulla liquidazione. In ogni caso per la vendita degli immobili e per la vendita dei mobili in blocco occorrono l'autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione e il parere del comitato di sorveglianza (art. 311).

Modalità della liquidazione

Nell'ambito dei limiti tracciati dall'autorità di vigilanza, e ferma la necessità di autorizzazione per la vendita degli immobili e dei mobili in blocco, il commissario liquidatore può procedere nel modo e nelle forme che ritiene più opportune alla liquidazione. Nelle vendite, in particolare, il commissario liquidatore non è vincolato al rispetto delle norme del codice di rito, né tantomeno è obbligatoriamente tenuto allo svolgimento di procedure competitive, potendo in ipotesi procedere anche a trattativa privata. Tenuto conto, però, che il commissario liquidatore deve comunque esercitare le sue funzioni con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, potrà discostarsi dal criterio della competitività solo in presenza di specifiche ragioni che questo giustifichino. Ragioni che, ad esempio, potrebbero essere rappresentate dall'interesse pubblico alla base della procedura e la cui tutela potrebbe richiedere anche modalità di vendita che deroghino alla competitività.

Natura delle vendite

Tema discusso è quello della natura, coattiva o negoziale, delle vendite operate dal commissario liquidatore e della possibilità delle stesse di beneficiare del cd. effetto purgativo tipico delle vendite in materia concorsuale. Pur in mancanza di un'espressa previsione, pare preferibile riconoscere all'autorità di vigilanza il potere di cancellare le formalità pregiudizievoli, perché la soluzione alternativa, rappresentata dalla cancellazione all'esito di un processo di cognizione ordinaria, ai sensi dell'art. 2884 c.c., renderebbe poco appetibili le vendite in sede di l.c.a., con pregiudizio dell'interesse pubblico ed anche dell'interesse dei creditori.

Ordine di distribuzione delle somme

Le somme ottenute dalla liquidazione vanno ripartite tra i creditori secondo lo stesso ordine di distribuzione delle somme previsto nella liquidazione giudiziale (art. 312) e, pertanto, nel modo seguente: a) per il pagamento dei crediti prededucibili; b) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge; c) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi sia stato ammesso, compresi i creditori privilegiati, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui essi siano rimasti non soddisfatti dal relativo realizzo; d) per il pagamento dei crediti postergati. L'ordine di distribuzione delle somme è rigido anche nella l.c.a., nel senso che solo dopo l'integrale pagamento dei creditori di rango superiore si può procedere al pagamento dei creditori di rango superiore. Trova applicazione, in via analogica, alla l.c.a. la regola per cui sul ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca i creditori garantiti prevalgono anche rispetto ai creditori prededucibili, salvo l'obbligo di sopportare le spese specifiche e la quota di quelle generali.

Par condicio creditorum

Fermo il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione (che disciplina il rapporto tra creditori di rango diverso), opera anche il principio della *par*

condicio creditorum tra creditori dello stesso rango, i quali devono essere soddisfatti in proporzione all'ammontare del credito tra loro vantato.

Si applicano le disposizioni sui cd. conti speciali (art. 223) e, pur se non espressamente richiamate, trovano applicazione, in quanto compatibili, anche tutte le altre regole dettate in tema di ripartizione dell'attivo nella liquidazione giudiziale, che sono comuni a tutte le ipotesi di riparto coattivo non su base negoziale (vedi cap. IX, sez. 10).

Piani di riparto

I pagamenti sono effettuati dal commissario liquidatore sulla base di piani di riparto, che possono essere parziali nel corso della procedura e finale al momento della chiusura. I piani di riparto parziale devono avvenire nel rispetto delle regole dettate in tema di liquidazione giudiziale, prevedendo sia gli accantonamenti generali, trattenendo le somme ritenute necessarie per spese future, per soddisfare il compenso del commissario liquidatore e di ogni altro debito prededucibile, sia gli accantonamenti cd. speciali, dovendo trattenere e depositare le quote assegnate ai creditori ammessi con riserva, ai creditori opponenti a favore dei quali siano state disposte misure cautelari, ai creditori opponenti la cui domanda è stata accolta ma la sentenza non è passata in giudicato ed ai creditori nei cui confronti sono stati proposti i giudizi di impugnazione e di revocazione.

Acconti parziali

Il commissario liquidatore può, altresì, previo parere del comitato di sorveglianza, e con l'autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione, distribuire acconti parziali a tutti i creditori o ad alcune categorie di essi, anche prima che siano realizzate tutte le attività e accertate tutte le passività (art. 312, comma 2). Gli acconti parziali vanno distinti dai riparti parziali: gli acconti parziali sono a titolo provvisorio, nel senso che il creditore è tenuto a restituirli, in tutto o in parte, se non trovano giustificazione e capienza nei successivi riparti, e possono avvenire anche in deroga all'ordine di distribuzione delle somme; al contrario, i pagamenti in esecuzione dei riparti parziali non possono essere ripetuti, salvo il caso di accoglimento di domande di revocazione, e devono sempre avvenire nel rispetto dell'ordine di distribuzione delle somme. Funzione degli acconti parziali, da usare con prudenza, è quella di venire incontro ad esigenze di carattere sociale (es.: acconti versati ai lavoratori ancora prima della formazione dello stato passivo), così come quella di favorire la prosecuzione dell'eventuale attività dell'impresa in procedura (es.: acconti versati a creditori che siano anche fornitori dell'impresa). Resta fermo, però, che gli acconti vanno corrisposti a categorie di creditori, caratterizzate da omogeneità di posizione giuridica e di interesse economico, non a singoli creditori.

9. La chiusura

La l.c.a. si chiude con il riparto finale dell'attivo o con il concordato.

Riparto finale

Il riparto finale dell'attivo è l'unica causa di chiusura della procedura (art. 313). Non vi è spazio per l'operatività nella l.c.a. delle altre cause di chiusura previste nella liquidazione giudiziale, perché sarebbero incompatibili con la struttura del procedimento (si pensi alla mancanza di domande di ammissione, atteso che nella l.c.a. lo stato passivo è formato in via officiosa dal commissario liquidatore) o con la finalità della procedura (si pensi all'integrale soddisfazione dei creditori o all'insufficienza dell'attivo, atteso che la l.c.a. ha la funzione primaria di eliminare l'impresa dal mercato, non di soddisfare i creditori e, quindi, l'esigenza della procedura potrebbe persistere pur dopo che i creditori siano stati soddisfatti o che si accerti l'assenza di prospettive di soddisfacimento).

Procedimento

Il procedimento di chiusura della l.c.a. è peculiare, più simile a quello che nelle società conduce alla cancellazione dal registro delle imprese piuttosto che a quello delle altre procedure concorsuali.

Il commissario liquidatore, prima dell'ultimo riparto ai creditori, predispone il bilancio finale della liquidazione, con il conto della gestione e il piano di riparto tra i creditori, lo sottopone al comitato di sorveglianza e poi, unitamente alla relazione del comitato, lo sottopone all'autorità di vigilanza, che, nel caso in cui non ravvisi irregolarità o carenze, ne autorizza il deposito presso la cancelleria del tribunale competente e liquida il compenso al commissario.

Dell'avvenuto deposito, a cura del commissario liquidatore, è data comunicazione ai creditori ammessi al passivo e ai creditori prededucibili ed è data notizia mediante inserzione nella Gazzetta Ufficiale e nei giornali designati dall'autorità che vigila sulla liquidazione. Gli interessati possono proporre le loro contestazioni con ricorso al tribunale nel termine perentorio di venti giorni, decorrente dalla comunicazione fatta dal commissario per i creditori e dall'inserzione nella Gazzetta Ufficiale per ogni altro interessato. Le contestazioni sono comunicate all'autorità che vigila sulla liquidazione, al commissario liquidatore e al comitato di sorveglianza, che nel termine di venti giorni possono presentare nella cancelleria del tribunale le loro osservazioni. Il tribunale provvede sulle contestazioni con decreto in camera di consiglio, osservando, in quanto compatibili, le disposizioni che regolano i reclami avverso i decreti del giudice delegato.

Se non vengono presentate contestazioni nel termine di legge, il bilancio, il conto di gestione e il piano di riparto si intendono approvati, e il commissario provvede alle ripartizioni finali tra i creditori.

Cancellazione dal registro delle imprese

Se l'impresa in procedura è una società di capitali, il commissario liquidatore, dopo la ripartizione finale, deve chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese (art. 2495, richiamato dall'art. 313, comma 4). Se però, al momento della chiusura e dopo che i creditori siano stati integralmente soddisfatti, residua ancora un attivo, è ragionevole ritenere che il commissario liquidatore, al pari di un liquidatore sociale, debba prima ripartire l'eventuale attivo residuo tra i soci e solo dopo chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

10. Il concordato

Altra modalità di chiusura della l.c.a. è rappresentata dal concordato (art. 314).

Natura

Il concordato nella l.c.a. presenta diversi punti di affinità con il concordato nella liquidazione giudiziale, ma se ne differenzia sotto alcuni profili non secondari. Il contenuto della proposta e l'effetto dell'eventuale omologazione sono gli stessi, ma è diverso il procedimento, perché nella l.c.a. la proposta non è sottoposta all'approvazione dei creditori. Si tratta di una differenza di non poco momento, che trova spiegazione nelle finalità, più volte richiamate, della l.c.a., che non si identificano nella migliore soddisfazione dei creditori, ma nel perseguimento dell'interesse pubblico, che non può essere condizionato o sottoposto al potere di veto dei creditori votanti.

Legittimazione

La proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori, da un terzo o dalla stessa impresa in liquidazione. Per quest'ultima, non sono richiamati e non si applicano, nemmeno analogicamente, i limiti temporali dettati in tema di concordato nella liquidazione giudiziale, per cui l'impresa in liquidazione potrà, al pari degli altri legittimati, presentare la proposta anche prima che sia decorso un anno dall'apertura della procedura o decorsi due anni dalla formazione dello stato passivo.

Tutti i legittimati possono presentare la proposta anche prima della formazione dello stato passivo e, in tal caso, il commissario liquidatore dovrà redigere un elenco provvisorio dei crediti. Discussa è la possibilità di prevedere nella proposta la cessione delle azioni di pertinenza della massa e la limitazione degli impegni assunti dal proponente ai soli creditori ammessi o che abbiano presentato opposizione o domanda tardiva al momento del deposito della proposta; quantomeno con riferimento alla proposta dei creditori o del terzo non si ravvisano motivi ostativi alla possibile inclusione di queste previsioni nella proposta, che ovviamente non potranno essere incluse nella proposta dell'impresa in liquidazione.

Autorizzazione dell'autorità di vigilanza

Il deposito della proposta di concordato deve essere preventivamente autorizzato dall'autorità di vigilanza, su parere del commissario liquidatore e sentito il comitato di sorveglianza. In mancanza dell'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, quindi, la proposta di concordato non può essere legittimamente depositata ed il procedimento concordatario non prende avvio. È l'interesse pubblico alla base della l.c.a. a giustificare l'autorizzazione preventiva dell'autorità di vigilanza, che nella propria valutazione dovrà valutare se il contenuto della proposta di concordato possa pregiudicare gli interessi perseguiti dalla procedura, segnatamente (ma non solo) quando la procedura è stata aperta sulla base di presupposti diversi dall'insolvenza o dall'insufficienza dell'attivo. Pertanto, anche se per ipotesi la proposta di concordato fosse conveniente per i creditori, l'autorità di vigilanza dovrebbe negare l'autorizzazione laddove la ritenga incompatibile con l'interesse pubblico.

Contenuto della proposta

Per quanto riguarda il possibile contenuto della proposta, è richiamato l'art. 240 in tema di concordato nella liquidazione giudiziale. Ciò significa che la proposta può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma (pagamento in danaro con stralcio e/o dilazione; cessione dei beni, accollo, ecc.), la suddivisione dei creditori in classi diverse, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, trattamenti differenziati tra creditori di classi diverse. Potrà essere altresì prevista la soddisfazione parziale dei creditori privilegiati, purché 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 prelazione, per come indicato nella relazione giurata di un professionista designato dal tribunale.

Il richiamo alle norme sulla liquidazione giudiziale non apre solo le porte all'ampia flessibilità nella definizione del contenuto della proposta, ma introduce anche i limiti inderogabili che non possono essere oltrepassati dal proponente. Ne consegue che la proposta di concordato nella l.c.a. non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause di prelazione e, se presentata dall'impresa in liquidazione, deve prevedere obbligatoriamente l'apporto di risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il 10%.

La proposta di concordato, unitamente al parere del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, è depositata nella cancelleria del tribunale dove l'impresa ha il centro dei suoi interessi principali. Essa va comunicata dal commissario a tutti i creditori ammessi al passivo, pubblicata mediante inserzione nella Gazzetta Ufficiale e depositata presso l'ufficio del registro delle imprese.

Opposizioni

Non è prevista l'approvazione da parte dei creditori, che non sono chiamati a votare sulla proposta. I creditori, così come gli altri interes-

sati, possono solo presentare nella cancelleria le loro opposizioni nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione fatta dal commissario per i creditori e dall'esecuzione delle altre formalità pubblicitarie per ogni altro interessato.

Omologazione

Il tribunale, sentito il parere non vincolante dell'autorità che vigila sulla liquidazione, decide con sentenza sulle eventuali opposizioni e sulla proposta di concordato. Nella propria valutazione il tribunale deve valutare la legittimità della proposta e la regolarità della procedura anche indipendentemente da eventuali opposizioni dei creditori o di altri interessati. Al giudizio di omologazione ed all'eventuale fase di reclamo si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni in materia di liquidazione giudiziale (vedi cap. IX, sez. 12, par. 8).

Effetti

Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, ma costoro conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

Esecuzione

Dopo l'omologazione si apre la fase dell'esecuzione, che si svolge sotto la sorveglianza del commissario liquidatore.

Durante l'esecuzione, il concordato può essere risolto o annullato. Si applicano le norme dettate in tema di liquidazione giudiziale, sostituendosi il commissario liquidatore al curatore (vedi cap. IX, sez. 12, par. 10). Risolto o annullato il concordato, si riapre la liquidazione coatta amministrativa e l'autorità che vigila sulla liquidazione adotta i provvedimenti che ritiene necessari.

Capitolo XIII

LE AMMINISTRAZIONI STRAORDINARIE DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA

Sezione 1

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza

1. Natura e finalità

L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza è una procedura riservata alle grandi imprese commerciali, con finalità conservative dei complessi produttivi.

Natura mista

Si tratta di una procedura a carattere misto, perché si svolge sotto la direzione ed il controllo dell'autorità amministrativa, ma con importanti fasi affidate all'autorità giudiziaria. Vi è, infatti, una compresenza dell'autorità amministrativa, alla quale sono attribuiti alcuni compiti, soprattutto funzionali alla gestione del programma di recupero dell'equilibrio economico dell'impresa, e dell'autorità giudiziaria, alla quale sono attribuiti altri compiti, soprattutto in punto di accertamento dei presupposti e di formazione del passivo.

Finalità

La finalità della procedura di amministrazione straordinaria è quella di conservazione dell'impresa, quale organizzazione degli strumenti produttivi, mediante la prosecuzione, la riattivazione o la riconversione delle attività imprenditoriali. Si tratta di una finalità peculiare, diversa da quelle sinora individuate nelle altre procedure concorsuali, e che richiede un'adeguata spiegazione delle ragioni che la sorreggono.

Quando la crisi coinvolge una grande impresa, si determinano effetti negativi per una platea molto ampia di soggetti, che vanno ben oltre la sola categoria dei creditori: si pensi all'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro, all'interesse dell'economia nazionale a

non perdere un'impresa significativa nel tessuto produttivo, all'interesse dei clienti e dei fornitori a mantenere la continuità dei rapporti economici. La tutela dei vari interessi coinvolti nella crisi della grande impresa, ed in particolare di quello alla salvaguardia dei livelli occupazionali, richiede, per quanto possibile, la conservazione dei complessi produttivi malgrado l'insolvenza dell'imprenditore che ne sia titolare. Questo obiettivo è perseguito attraverso una procedura che blocca le azioni esecutive e cautelari dei creditori e che attribuisce i poteri di amministrazione e disposizione sul patrimonio dell'imprenditore ad un organo pubblico, in vista del risanamento dell'impresa o della cessione unitaria dei complessi aziendali ad altri imprenditori in grado di riprendere o proseguire l'attività economica. Solo nel caso in cui si accerti che non vi siano effettive prospettive di recupero dell'equilibrio economico, nel senso che la conservazione del patrimonio produttivo non è possibile, si apre la liquidazione giudiziale anche per le grandi imprese.

Interessi tutelati

Nell'amministrazione straordinaria, pertanto, l'interesse prevalente è quello della continuazione dell'attività economica, a sua volta strumentale alla tutela di tutti gli interessi che potrebbero essere lesi dalla interruzione dell'attività e dalla dissoluzione dei complessi aziendali. Rispetto a questo interesse, quello dei creditori ha un rilievo inferiore, pur se non del tutto assente. Anche l'interesse dei creditori è tutelato dalla procedura di amministrazione straordinaria, ma nel caso in cui vi sia incompatibilità tra l'interesse alla prosecuzione dell'attività d'impresa e l'interesse dei creditori, prevale il primo, in quanto primario e prevalente rispetto agli altri. E lo stesso vale nel caso di possibile contrasto tra l'interesse alla conservazione dei livelli occupazionali nella misura massima possibile e l'interesse dei creditori alla soddisfazione massima possibile; contrasto che nell'amministrazione straordinaria si risolve a vantaggio del primo.

Concorsualità

L'amministrazione straordinaria è una procedura concorsuale. Ferma la evidenziata finalità, trovano, pertanto, applicazione il principio della universalità, comprendendo tutti i beni e i rapporti dell'impresa esistenti al momento in cui si apre, e quello della generalità, nel senso che sono coinvolti tutti i creditori.

Struttura bifasica

Oltre che per la finalità, l'amministrazione straordinaria si caratterizza anche per la struttura, che prevede due fasi distinte e successive. Vi è una prima fase, definita preliminare o iniziale, che parte con l'accertamento giudiziario dei requisiti dimensionali e dello stato di insolvenza, durante la quale si valuta la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. Vi è, poi, una seconda fase, che è quella della vera propria amministrazione straordinaria, che viene disposta solo se la valutazione sulle prospettive di recupero dell'equilibrio economico ha avuto esito positivo; in caso di esito negativo, invece, viene dichiarata aperta la liquidazione giudiziale. In sintesi, la prima fase preliminare di osservazione è comune a tutte le imprese che presentino il presupposto soggettivo ed oggettivo; a seguire, si possono aprire due strade: l'amministrazione straordinaria, se vi sono concrete prospettive di recupero; la liquidazione giudiziale, se mancano queste prospettive.

2. La fonte normativa della disciplina dell'amministrazione straordinaria

Prima ancora di avviare l'esame delle norme dedicate all'amministrazione straordinaria occorre individuarne correttamente la fonte normativa.

Legge Prodi-*bis*

La disciplina dell'amministrazione straordinaria non si rinviene nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ma in un testo normativo separato, il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (cd. legge Prodi-*bis*), che disciplina in modo autonomo presupposti e modalità di svolgimento della procedura.

Rinvii al CCII ed alla legge fallimentare

Va, però, tenuto presente che, in relazione a diversi profili, il d.lgs. 270/1999 rinvia alle norme della liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, in relazione ad altri profili il d.lgs. 270/1999 rinvia talvolta al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e talvolta alla legge fallimentare, applicabile all'epoca della pubblicazione del suddetto d.lgs. 270/1999. In virtù dell'intervenuta abrogazione della legge fallimentare, sostituita dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che disciplina *ex novo* la liquidazione giudiziale (corrispondente alla procedura di fallimento nella legge fallimentare) e la stessa liquidazione coatta amministrativa, è però da ritenersi che, anche laddove sia richiamata ancora la legge fallimentare, il rinvio deve adesso ritenersi operato al nuovo testo normativo contenuto nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e non più alla legge fallimentare. Si tratta di soluzione confortata da plurimi indici normativi (es.: artt. 1, comma 2, lett. a; 349) e che consente di continuare a garantire una omogeneità in alcuni tratti della disciplina delle tre procedure (liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria).

Pertanto, nel prosieguo, quando il d.lgs. 270/1999 fa riferimento al fallimento e agli articoli della legge fallimentare, oppure fa rinvio alla liquidazione coatta amministrativa, si intende il richiamo come rinvio alla liquidazione giudiziale ed agli articoli che disciplinano quegli istituti nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e analogamente si intende il rinvio come operato all'attuale disciplina della liquidazione coatta amministrativa.

3. Il presupposto soggettivo ed oggettivo

Presupposto soggettivo

Per quanto riguarda il presupposto soggettivo, l'accesso alla procedura è limitato alle imprese, anche individuali, che presentino congiuntamente i seguenti requisiti (art. 2 d.lgs. 270/1999):

i) per loro natura siano assoggettabili alla liquidazione giudiziale;

ii) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno;

iii) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio.

Assoggettabilità a liquidazione giudiziale

In ordine al primo requisito (essere assoggettabili alla liquidazione giudiziale), deve farsi riferimento a quanto disposto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per l'assoggettamento a liquidazione giudiziale (vedi cap. IX, sez. 1, par. 2). Vi rientrano, quindi, gli imprenditori commerciali, con esclusione degli imprenditori minori e degli enti pubblici. Sono incluse le imprese soggette sia alla liquidazione giudiziale che alla liquidazione coatta amministrativa (come le società cooperative), ma ne sono escluse le imprese soggette esclusivamente alla l.c.a. (come, ad esempio, le imprese bancarie e assicurative).

Duecento lavoratori subordinati

In ordine al secondo requisito (duecento lavoratori subordinati), il numero delle duecento unità lavorative va conservato per tutto l'anno che precede l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza. È, tuttavia, sufficiente riferirsi anche alla sola media dei lavoratori durante il periodo di riferimento, che consente di ritenere integrato il requisito pur se, in un periodo limitato, il numero sia sceso al di sotto della soglia. L'espresso riferimento ai lavoratori "subordinati" impone di far riferimento ai soli dipendenti che abbiano un impiego stabile presso l'imprenditore, escludendo di conseguenza gli agenti ed i lavoratori cd. atipici (es.: lavoratori interinali; apprendisti, ecc.).

Ammontare dell'indebitamento

In ordine al terzo requisito (ammontare dell'indebitamento), si deve procedere ad un raffronto tra l'indebitamento e due parametri, l'uno di tipo patrimoniale (l'attivo), l'altro di tipo economico (i ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni). Trattandosi di una proporzione, essa, a ben vedere, rappresenta più un indice della gravità della crisi, che un indizio della dimensione dell'impresa. Ad ogni modo, il calcolo va compiuto sulla base dei dati risultanti dal bilancio dell'ultimo esercizio, ma resta ferma la possibilità, per il debitore o i terzi, di dimostrare che i dati effettivi sono diversi da quelli risultanti in bilancio (es.: prova che un debito, pur esistente, non è stato iscritto in bilancio; oppure, prova che un credito iscritto in bilancio va svalutato e, quindi, considerato per un importo inferiore).

Imprese confiscate

Vi è una deroga a questi requisiti, con riferimento ad una determinata categoria di imprese. Le imprese confiscate ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575 possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria anche in mancanza dei requisiti del numero di dipendenti e dell'indebitamento, essendo sufficiente che si tratti di imprese assoggettabili a liquidazione giudiziale. Si tratta di una previsione eccezionale, volte a garantire la continuità produttiva di imprese che, in quanto oggetto di confisca, incontrano maggiori difficoltà ad operare sul mercato (art. 2, comma 2, d.lgs. 270/1999).

Presupposto oggettivo

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, si tratta dello stato di insolvenza (art. 3 d.lgs. 270/1999). La nozione di insolvenza quale presupposto dell'amministrazione straordinaria coincide con quella che costituisce il presupposto della liquidazione giudiziale e che consiste, come visto, nello stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 2, comma 1, lett. b) (vedi cap. IX, sez. 1, par. 3). Non deve sorprendere che il presupposto oggettivo di una procedura finalizzata alla conservazione dell'impresa sia lo stesso di quello di una procedura di tipo esecutivo-satisfattiva come la liquidazione giudiziale. Nell'amministrazione straordinaria, la prosecuzione dell'attività può essere perseguita non solo attraverso il risanamento soggettivo in capo allo stesso imprenditore, ma anche mediante la cessione unitaria dei complessi aziendali, così che non vi è incompatibilità di questa finalità con la nozione di insolvenza.

Esaminati i presupposti, si possono verificare i rapporti tra l'amministrazione straordinaria e le altre procedure concorsuali.

Amministrazione straordinaria e liquidazione giudiziale

In presenza del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo, l'impresa va ammessa ad amministrazione straordinaria e non a liquidazione giudiziale. Anche se, per ipotesi, i creditori o lo stesso imprenditore chiedono l'accesso alla liquidazione giudiziale, il tribunale, d'ufficio, assoggetta l'impresa all'amministrazione straordinaria se ne accerta la sussistenza dei presupposti. La diversa finalità dell'amministrazione straordinaria rispetto a quella della liquidazione giudiziale esclude ogni facoltà di scelta delle parti ed ogni disponibilità della procedura concorsuale da "utilizzare".

La finalità di conservazione dei complessi produttivi rappresenta la ragione della prevalenza dell'amministrazione straordinaria rispetto alla liquidazione giudiziale, ma segna, allo stesso tempo, i limiti di questo rapporto. Se, infatti, durante la procedura di amministrazione straordinaria emerge che la stessa non possa essere utilmente proseguita, il tribunale può dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale. Si tratta dei casi di conversione dell'amministrazione straordinaria in liquidazione giudiziale, che saranno meglio esaminati nel prosieguo.

Amministrazione straordinaria e strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza

La grande impresa in stato di insolvenza può, invece, far ricorso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che hanno l'obiettivo di consentire, su base negoziale, il superamento della crisi o dell'insolvenza (piano attestato di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di ristrutturazione, concordato preventivo e concordato semplificato). Vi è, però, una limitazione, non prevista espressamente dalla legge, ma desumibile dal sistema. Poiché l'amministrazione straordinaria è funzionale alla conservazione dei complessi produttivi, l'imprenditore in stato di insolvenza che presenti i requisiti dimensionali per essere sottoposto all'amministrazione straordinaria non può far ricorso a strumenti puramente liquidatori (concordato preventivo liquidatorio; piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione di tipo liquidatorio; concordato semplificato), che sono incompatibili con le finalità dell'amministrazione straordinaria, a meno che non dimostri sin da subito la concreta impossibilità di ogni possibilità di prosecuzione dell'attività anche in quest'ultima, inevitabilmente destinata a convertirsi in liquidazione giudiziale se aperta.

4. La dichiarazione dello stato di insolvenza

La procedura si apre con la dichiarazione dello stato di insolvenza, con la quale il tribunale competente accerta l'esistenza del presupposto soggettivo e del presupposto oggettivo.

Legittimazione

La legittimazione a chiedere l'accertamento dello stato di insolvenza compete all'imprenditore, ad uno o più creditori, al pubblico ministero, oppure l'accertamento può essere dichiarato d'ufficio dal tribunale (art. 3 d.lgs. 270/1999).

Imprenditore

Per l'imprenditore che versi in stato di insolvenza e che integri il presupposto soggettivo, la presentazione della richiesta è un obbligo, non una mera facoltà, al pari di quanto previsto nella liquidazione giudiziale, incorrendo in responsabilità penali e civili nel caso in cui aggravi il dissesto per aver ritardato l'accesso alla procedura. Se, come solitamente avviene, l'imprenditore ha forma societaria, la legittimazione alla richiesta, ed i relativi obblighi e responsabilità, competono all'organo amministrativo.

L'imprenditore che chiede la dichiarazione del proprio stato di insolvenza deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili, i bilanci relativi agli ultimi due esercizi, ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, una situazione patrimoniale aggiornata a non più di trenta giorni anteriori alla data di presentazione del ricorso, l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione e l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali mobiliari su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui deriva il diritto. Inoltre, l'imprenditore deve esporre, nel ricorso, le cause che hanno determinato l'insolvenza, segnalando ogni elemento utile ai fini della valutazione dell'esistenza dei requisiti dimensionali e delle concrete prospettive di recupero (art. 5 d.lgs. 270/1999).

Creditori e pubblico ministero

La legittimazione dei creditori e del pubblico ministero presenta profili identici a quelli già esaminati con riferimento alla liquidazione giudiziale (vedi cap. IX, sez. 1, par. 4). Con particolare riferimento ai creditori, è sufficiente che l'istanza sia presentata anche da un solo creditore, che non necessariamente deve già essere munito di un titolo esecutivo.

Dichiarazione d'ufficio

La dichiarazione d'ufficio da parte del tribunale costituisce espressione delle finalità attribuite alla procedura e della rilevanza degli interessi collettivi alla cui tutela è preordinata, che giustificano l'apertura della stessa pur in mancanza di una richiesta da parte di uno degli altri soggetti legittimati. È discusso, tuttavia, se al tribunale sia attribuito un potere generalizzato di dichiarare d'ufficio lo stato di insolvenza ogni qualvolta acquisisca notizia della sussistenza dei presupposti in capo ad un'impresa, oppure se, come appare preferibile, possa procedere solo quando sia pendente altro procedimento concorsuale innanzi a sé. Ad esempio, se sia stato proposto un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di un'impresa, il tribunale, valutati i presupposti, può dichiarare d'ufficio l'insolvenza; oppure, se vi è stato un esito negativo di un concordato preventivo, il tribunale può, ricorrendone le condizioni, procedere d'ufficio alla dichiarazione di insolvenza.

Competenza territoriale

Il tribunale competente è quello sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'art. 1 del d.lgs. 168/2003, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro principale degli interessi (art. 3 d.lgs. 270/1999, che richiama l'art. 27 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza). La competenza è attribuita, quindi, ai soli tribunali aventi sede in capoluoghi di regione, con l'aggiunta di Bolzano, Brescia e Catania e con l'esclusione di Aosta (per la quale è competente Torino). Si tratta di una disposizione volta a concentrare la trattazione delle procedure di amministrazione straordinaria in pochi grandi tribunali, al cui interno sono presenti sezioni dedicate alle procedure concorsuali con un congruo numero di magistrati. È evidente, infatti, che le procedure di amministrazione straordinaria presentano problematiche complesse e numerose, in ragione delle grandi dimensioni delle imprese coinvolte, che richiedono un impegno di risorse difficilmente reperibile nei tribunali di piccole dimensioni.

Procedimento

Il procedimento per la dichiarazione dello stato di insolvenza si svolge in camera di consiglio ed è retto dai princìpi della sommarietà e dell'inquisitorietà, nel senso che il tribunale è dotato di propri poteri d'indagine, al di là delle richieste istruttorie delle parti.

Prima di provvedere, il tribunale convoca l'imprenditore, il ricorrente

e il Ministro dello sviluppo economico, il quale può designare un delegato per la comparizione o far pervenire un parere scritto.

In questa fase, il Ministro deve indicare i nominativi (da uno a tre) di possibili commissari giudiziali, da nominare nel caso di dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 7, comma 3, d.lgs. 270/1999). Il tribunale è vincolato alla designazione dei potenziali commissari giudiziali operata dal Ministro, potendo solo stabilire il numero dei componenti dell'organo commissariale; se però il Ministero rimane inerte e non provvede alla indicazione, il tribunale può nominare in autonomia i commissari giudiziali. Al Ministro, come visto, è richiesto anche di comparire o di far pervenire un parere scritto, che evidentemente dovrà avere ad oggetto la valutazione sulla sussistenza dei presupposti e, probabilmente, anche una prima prognosi sulle concrete prospettive di recupero. Le deduzioni del Ministro su questi profili, sia se formulate in udienza, sia se contenute nel parere scritto, non sono però vincolanti per il tribunale, che deve procedere ad un'autonoma valutazione dei presupposti per la dichiarazione dello stato di insolvenza.

All'esito dell'istruttoria, il tribunale può: a) dichiarare con sentenza lo stato di insolvenza; b) rigettare il ricorso con decreto; c) dichiarare con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale.

Sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza

Se accerta la sussistenza dei presupposti soggettivo ed oggettivo, il tribunale dichiara con sentenza lo stato di insolvenza (art. 8 d.lgs. 270/1999). La sentenza dichiarativa di insolvenza ha un contenuto complesso, perché dichiara l'apertura del concorso dei creditori e, allo stesso tempo, adotta le misure relative allo svolgimento della procedura ed alla gestione del patrimonio dell'imprenditore insolvente.

Con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, il tribunale:

a) nomina il giudice delegato per la procedura;

b) nomina uno o tre commissari giudiziali, in conformità dell'indicazione del Ministro, ovvero autonomamente e osservate le regole in tema di requisiti per la nomina agli incarichi nelle procedure se l'indicazione non è pervenuta nel termine;

c) ordina all'imprenditore di depositare entro due giorni in cancelleria le scritture contabili e i bilanci, se non vi si è provveduto;

d) assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali mobiliari su beni in possesso dell'imprenditore, un termine non inferiore a novanta giorni e non superiore a centoventi giorni dalla data dell'ammissione della sentenza per la presentazione in cancelleria delle domande;

e) stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza per l'esame dello stato passivo davanti al giudice delegato;

f) stabilisce se la gestione dell'impresa, fino a quando non finisca il periodo di osservazione per la valutazione delle concrete prospettive di recupero, è lasciata all'imprenditore insolvente o è affidata al commissario giudiziale.

La sentenza va iscritta per estratto nel registro delle imprese entro il giorno successivo e va comunicata al Ministero entro tre giorni.

Opposizione

Contro la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza può essere proposta opposizione da qualunque interessato nel termine di trenta giorni, decorrente, per l'imprenditore, dalla data della comunicazione e, per ogni altro interessato, dalla data dell'affissione (art. 9 d.lgs. 270/1999).

L'opposizione, che si propone con atto di citazione notificato al commissario giudiziale ed a chi ha richiesto la dichiarazione dell'insolvenza, nonché all'imprenditore, non sospende l'esecuzione della sentenza.

Accoglimento dell'opposizione

In caso di accoglimento dell'opposizione, si deve distinguere a seconda dei motivi di accoglimento.

Se l'opposizione è accolta per la mancanza della qualità di imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale o per mancanza dello stato di insolvenza, viene revocata la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza e l'impresa ritorna *in bonis*, pur con salvezza degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura prima della revoca.

Se, invece, l'opposizione viene accolta per la mancanza dei requisiti dimensionali che identificano la grande impresa, non si provvede alla revoca, bensì alla conversione in liquidazione giudiziale. Quando è passata in giudicato la sentenza che accoglie l'opposizione per tale motivo, il tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza dispone, con decreto, la conversione della procedura in liquidazione giudiziale, sempre che questa non sia stata già dichiarata per altri motivi, provvedendo alla nomina dei relativi organi (art. 11 d.lgs. 270/1999).

Decreto di rigetto

L'esito dell'istruttoria può concludersi, come detto, anche con l'accertamento della insussistenza del presupposto soggettivo o oggettivo e, in tal caso, il tribunale rigetta il ricorso con decreto motivato (art. 12 d.lgs. 270/1999). Si tratta di un provvedimento non suscettibile di passare in giudicato e che non preclude la successiva riproposizione da parte dei soggetti legittimati di un nuovo ricorso. Contro il decreto, il ricorrente può, entro quindici giorni dalla comunicazione, proporre reclamo alla corte di appello, la quale provvede in camera di consiglio, sentiti il reclamante e l'imprenditore.

Sentenza di apertura della liquidazione giudiziale

Può anche succedere che il tribunale accerti la qualità di imprenditore commerciale assoggettabile a liquidazione giudiziale e lo stato di insolvenza, ma non ritenga sussistere i requisiti dimensionali della grande impresa: in questo caso, il tribunale dichiara direttamente l'apertura della liquidazione giudiziale. Può procedere in tal senso solo se l'istanza per la dichiarazione dello stato di insolvenza sia stata proposta dall'imprenditore, dai creditori o dal pubblico ministero, ma non può procedere d'ufficio all'apertura della liquidazione giudiziale.

Reclamo

Avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale è ammesso reclamo innanzi alla corte di appello. L'eventuale accoglimento

del reclamo produce effetti diversi a seconda del motivo di accoglimento. Se viene accertata l'assenza del presupposto soggettivo o oggettivo della liquidazione giudiziale, si dispone la revoca della sentenza. Se, invece, il reclamo viene accolto solo perché si accerta l'esistenza dei requisiti dimensionali della grande impresa, non si ha revoca, ma conversione in amministrazione straordinaria (art. 35 d.lgs. 270/1999). Quando è passata in giudicato la sentenza che accoglie il reclamo per tale motivo, il tribunale, ove non sia esaurita la liquidazione dell'attivo, invita con decreto il curatore a depositare in cancelleria ed a trasmettere al Ministro una relazione contenente una valutazione motivata circa l'esistenza delle condizioni previste ai fini dell'ammissione dell'impresa alla procedura di amministrazione straordinaria, ossia le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico. Il tribunale, entro trenta giorni dal deposito della relazione, con decreto motivato dispone la conversione della liquidazione giudiziale in amministrazione straordinaria, ovvero dichiara che non sussistono le condizioni per farvi luogo; in questo secondo caso, prosegue la procedura di liquidazione giudiziale.

5. La fase iniziale

La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza apre la cd. fase iniziale o preliminare, nella quale si pongono dei limiti alla gestione dell'impresa e si verifica la sussistenza delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico. Questa fase può concludersi o con l'apertura dell'amministrazione straordinaria o con l'apertura della liquidazione giudiziale.

Gli organi della procedura nella fase iniziale sono: il tribunale, il giudice delegato ed il commissario giudiziale.

Tribunale

Il tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore, fatta eccezione per le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza (art. 13 d.lgs. 270/1999). La competenza del tribunale, che è funzionale ed inderogabile, sussiste per tutte le cause che traggono origine dalla dichiarazione di apertura della procedura, nel senso che non sarebbero state esperibili in mancanza della procedura o che ne sono comunque influenzate sul piano disciplinare. Anche se non espressamente previsto, al tribunale deve riconoscersi anche la competenza a decidere sulle impugnazioni avverso i decreti del giudice delegato.

Giudice delegato

Il giudice delegato è investito del compito di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione, sia che si tratti di atti eventualmente compiuti dall'imprenditore in procedura, sia che si tratti di atti del commissario giudiziale, nonché i pagamenti di debiti anteriori alla dichiarazione di insolvenza. Al giudice delegato spetta, inoltre, il potere di decidere sui reclami contro gli atti del commissario giudiziale (art. 17 d.lgs. 270/1999).

Commissario giudiziale

Il commissario giudiziale ha il compito di accertare le cause dello stato di insolvenza e di valutare l'esistenza delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. A tal fine, entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, il commissario giudiziale deposita in cancelleria una relazione contenente la descrizione particolareggiata delle cause dello stato di insolvenza e una valutazione motivata circa l'esistenza delle condizioni previste ai fini dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, allegando lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione (art. 28 d.lgs. 270/1999).

Accanto a questa funzione di diagnosi di cause e prospettive della situazione, al commissario giudiziale può essere attribuita anche la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni, se ciò è disposto dal tribunale con la sentenza dichiarativa o con successivo decreto. In tal caso, al commissario giudiziale spettano compiti e funzioni molto simili a quelle del curatore che sia chiamato alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale (art. 19 d.lgs. 270/1999).

La nomina del commissario giudiziale avviene, come visto, con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza. In caso di nomina di tre commissari giudiziali, gli stessi deliberano a maggioranza e la rappresentanza è esercitata da almeno due di essi (art. 15, comma 2, d.lgs. 270/1999).

Il commissario giudiziale può essere revocato dal tribunale e può anche essere sostituito, su richiesta dei creditori e con decreto del tribunale, al fine evitare possibili conflitti d'interessi (art. 15, comma 3, d.lgs. 270/1999). Per la disciplina della revoca e della sostituzione sono espressamente richiamate le corrispondenti previsioni previste per la liquidazione giudiziale, alla cui trattazione si può rinviare (cap. IX, sez. 2, par. 4).

Se occorre procedere alla sostituzione del commissario giudiziale (per revoca, sostituzione dimissioni, morte), il tribunale richiede al Ministro di indicare il nuovo commissario, stabilendo il termine entro il quale l'indicazione deve pervenire e provvede poi alla nomina del nuovo commissario in conformità dell'indicazione del Ministro, ovvero autonomamente, se l'indicazione stessa non è pervenuta nel termine (art. 16 d.lgs. 270/1999).

La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza produce effetti nei confronti del debitore e dei creditori.

Spossessamento attenuato

Nei confronti del debitore, si realizza il cd. spossessamento attenuato, per cui egli mantiene l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio

dell'impresa, ma sotto la vigilanza del commissario giudiziale, potendo compiere gli atti di straordinaria amministrazione solo se autorizzato dal giudice delegato (art. 18 d.lgs. 270/1999, che richiama l'art. 167 l. fall., oggi abrogato, e corrispondente all'attuale art. 94). È una forma di spossessamento simile a quella che si verifica nel concordato preventivo dopo l'ammissione e che si discosta dallo spossessamento pieno che caratterizza invece la liquidazione giudiziale.

Affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale

È, però, possibile che già in questa fase il tribunale decida di sottrarre la gestione dell'impresa all'imprenditore e di affidarla al commissario giudiziale. In questa valutazione, il tribunale potrà tenere conto delle cause del dissesto, della condotta pregressa o attuale dell'imprenditore o di qualsiasi altro elemento che renda opportuno imporre questa forma di cautela. L'affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale, ove non stabilito con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, può essere disposto dal tribunale con successivo decreto (art. 19 d.lgs. 270/1999). Nel caso di affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale, che assume in tal caso compiti, poteri e doveri simili a quelli del curatore, si determina lo spossessamento pieno, con ampiezza ed effetti identici a quelli previsti nella liquidazione giudiziale. Si verifica così la perdita da parte del debitore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, esclusi quelli cd. personalissimi, la perdita della legittimazione processuale, l'inefficacia degli atti compiuti dal debitore e dei pagamenti ricevuti.

Prededuzione

I crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza e durante la fase iniziale sono prededucibili (art. 20 d.lgs. 270/1999). Il riconoscimento della prededuzione, che opera sia nel caso in cui la gestione rimanga al debitore, sia nel caso in cui sia attribuita al commissario giudiziale, è funzionale a consentire l'effettiva prosecuzione dell'attività d'impresa, che potrebbe essere penalizzata o, addirittura, impedita laddove i terzi rifiutassero di continuare ad operare con un'impresa in procedura, per il timore di non essere soddisfatti nel caso di eventuale liquidazione giudiziale successiva dell'impresa.

Provvedimenti conservativi

Il tribunale, con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza o con successivo decreto, può adottare i provvedimenti conservativi opportuni nell'interesse della procedura (art. 21 d.lgs. 270/1999). Non è chiaro quale possa essere il contenuto di questi provvedimenti conservativi, atteso che il patrimonio dell'imprenditore è già tutelato dall'operare dello spossessamento (attenuato o pieno) e dai limiti alle azioni dei creditori.

Effetti per i creditori

Nei confronti dei creditori, opera il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari individuali sul patrimonio dell'imprenditore, nonché il divieto di acquistare diritti di prelazione, salvo che vi sia autorizzazione del giudice delegato (art. 18 d.lgs. 270/1999).

Divieto di pagamento dei debiti anteriori

Al divieto di azioni esecutive e cautelari si accompagna lo speculare divieto per l'imprenditore di procedere al pagamento di debiti anteriori alla dichiarazione di insolvenza, salvo che vi sia autorizzazione del giudice delegato (art. 18, comma 2, d.lgs. 270/1999). La possibilità di autorizzare il pagamento di debiti anteriori è, come quella sulla prededuzione, funzionale ad agevolare la prosecuzione dell'attività d'impresa, potendo incentivare la prosecuzione dei rapporti con l'impresa da parte dei cd. fornitori strategici che vantino crediti pregressi.

Domande di ammissione al passivo

I creditori non possono avviare o proseguire azioni esecutive, ma possono presentare domanda di ammissione al passivo per partecipare al riparto dell'attivo. A tal fine il commissario giudiziale comunica ai creditori e ai terzi che vantano diritti reali mobiliari sui beni in possesso dell'imprenditore insolvente il termine entro il quale devono trasmettergli le loro domande, nonché le disposizioni della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza che riguardano l'accertamento del passivo (art. 12 d.lgs. 270/1999).

Soci illimitatamente responsabili

Quando l'impresa per la quale sia stata dichiarato lo stato di insolvenza è una società con soci illimitatamente responsabili, gli effetti della dichiarazione giudiziale si estendono ai soci illimitatamente responsabili (art. 23 d.lgs. 270/1999). L'estensione degli effetti, che è automatica, opera per le sole società in cui il tipo sociale prescelto preveda la responsabilità illimitata dei soci (società in nome collettivo; società in accomandita semplice; società in accomandita per azioni), non per quelle in cui la responsabilità illimitata è solo eventuale per il verificarsi di situazioni patologiche (società per azioni; società a responsabilità limitata).

Nei confronti del socio receduto, escluso o defunto l'estensione ha luogo se la dichiarazione dello stato di insolvenza è pronunciata entro l'anno successivo, rispettivamente, alla data in cui il recesso o l'esclusione sono divenuti opponibili ai terzi ed a quella della morte, sempre che l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti contratti anteriormente a tale data.

In ragione degli effetti dell'estensione, anche il socio illimitatamente responsabile deve essere preventivamente convocato dal tribunale, insieme alla società, per consentirgli di esercitare il proprio diritto di difesa, e può proporre opposizione avverso la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza.

Se l'esistenza di un socio illimitatamente responsabile risulta dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza della società o di una impresa individuale, il tribunale estende i relativi effetti anche nei suoi confronti, su ricorso dei creditori, del pubblico ministero o d'ufficio (art. 24 d.lgs. 270/1999).

6. La scelta della procedura

Si è già detto sopra che la fase iniziale, avviata con la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza, si può concludere in due modi: o si apre la vera e propria amministrazione straordinaria, o si apre la liquidazione giudiziale.

Prospettive di recupero dell'equilibrio economico

La scelta compete al tribunale ed è basata sull'accertamento delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali (art. 27, comma 1, d.lgs. 270/1999). Se il tribunale accerta la sussistenza delle concrete prospettive, dichiara aperta l'amministrazione straordinaria; se accerta l'insussistenza di queste prospettive, dichiara aperta la liquidazione giudiziale.

Due indirizzi

Il recupero dell'equilibrio economico si potrà realizzare, in via alternativa, secondo uno dei due indirizzi indicati dalla legge (art. 27, comma 2, d.lgs. 270/1999):

a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno (cd. "programma di cessione dei complessi aziendali"); nelle società operanti nel settore dei servizi pubblici, la cessione può riguardare complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno;

b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni (cd. "programma di ristrutturazione").

Tutti e due gli indirizzi si accomunano per la medesima finalità di conservazione dei complessi produttivi, ma si differenziano per le modalità.

Programma di cessione dei complessi aziendali

Il programma di cessione dei complessi aziendali comporta il trasferimento dell'azienda, o del complesso di beni e contratti, ad un acquirente, che proseguirà l'attività d'impresa. L'azienda viene così separata dall'imprenditore in procedura e ricollocata ad un terzo per garantirne la sopravvivenza, attuandosi una sostituzione del titolare dell'azienda, dall'imprenditore insolvente in procedura all'acquirente dei complessi aziendali.

Programma di ristrutturazione

Il programma di ristrutturazione tende a conseguire il risanamento dell'imprenditore ed il suo ritorno *in bonis*, senza separazione tra l'imprenditore e la sua azienda. Il risanamento consiste nel pieno recupero dell'equilibrio economico e finanziario dell'imprenditore, favorito dalla protezione rispetto alle azioni esecutive offerta dalla procedura e perseguito attraverso idonee misure di razionalizzazione e riorganizzazione dell'attività aziendale.

Diverse sono anche le fonti di soddisfazione dei creditori nei due casi: nel programma di cessione dei complessi aziendali, i creditori vengono soddisfatti con il prezzo pagato dal terzo acquirente; nel programma di ristrutturazione, i creditori vengono soddisfatti con i flussi di cassa generati dalla continuità in capo allo stesso imprenditore in procedura.

Va detto che, nella prassi, la quasi totalità delle procedure di amministrazione straordinaria si basa sul programma di cessione dei complessi aziendali, perché è estremamente difficile che un imprenditore insolvente possa conseguire il risanamento nel breve arco di tempo previsto dalla legge (due anni).

Nella scelta in ordine a quale procedura aprire al termine della fase iniziale, il tribunale si avvale della relazione del commissario giudiziale (art. 28 d.lgs. 270/1999) e del parere del Ministero (art. 29 d.lgs. 270/1999).

Relazione del commissario giudiziale

Il commissario giudiziale, entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza, deposita in cancelleria una relazione contenente la descrizione particolareggiata delle cause dello stato di insolvenza e una valutazione motivata circa l'esistenza delle condizioni previste ai fini dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria. Si tratta, evidentemente, di una valutazione prognostica, basata sulle cause del dissesto, sull'attuale situazione economico-patrimoniale-finanziaria dell'impresa, sulle condizioni del mercato. Il commissario giudiziale può indicare quale tra i due programmi sia prospetticamente percorribile, ma può anche ritenere astrattamente perseguibili ambedue, oppure, al contrario, escludere ogni prospettiva di recupero. In ogni caso, la relazione, per quanto costituisca una base informativa fondamentale, non è vincolante per il tribunale. La relazione va affissa e va trasmessa anche al Ministro ed a tutti i creditori e terzi titolari; l'imprenditore insolvente e ogni altro interessato hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia.

Parere del Ministero

Il Ministero, nei dieci giorni successivi alla ricezione della relazione del commissario giudiziale, deposita in cancelleria il proprio parere in ordine all'ammissione dell'impresa dichiarata insolvente alla procedura di amministrazione straordinaria. Il parere del Ministro non è né vincolante, perché il tribunale potrebbe provvedere in modo difforme rispetto alle conclusioni contenute nello stesso, né necessario, perché il tribunale provvede anche in mancanza del parere, se lo stesso non è depositato nel termine.

Decisione del tribunale

Il tribunale, entro trenta giorni dal deposito della relazione del commissario giudiziale, tenuto conto del parere e delle eventuali osservazioni depositati, nonché degli ulteriori accertamenti eventualmente disposti, assume la propria decisione, che può essere di due tipi: a) dichiara con decreto motivato l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, se sussistono le concrete prospettive di recupero; b) dichiara con decreto motivato l'apertura della liquidazione giudiziale, se non sussistono le concrete prospettive di recupero (art. 30 d.lgs. 270/1999).

Decreto di apertura

Con il decreto che dichiara aperta la procedura di amministrazione straordinaria, il tribunale adotta o conferma i provvedimenti opportuni ai fini della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, sotto la gestione del commissario giudiziale, sino alla nomina del commissario straordinario (art. 32 d.lgs. 270/1999). Anche se nella fase iniziale la gestione dell'impresa fosse stata lasciata all'imprenditore insolvente, con il decreto che apre l'amministrazione straordinaria la gestione deve ora necessariamente essere affidata al commissario giudiziale. Si tratta di una misura provvisoria, che dura soltanto il breve periodo tra il decreto e la nomina del commissario straordinario, che costituisce l'organo di gestione nell'amministrazione straordinaria e che si sostituisce al commissario giudiziale. Nomina del commissario straordinario che deve essere effettuata dal Ministro dello sviluppo economico entro cinque giorni dal decreto che dichiara l'apertura della procedura.

Con il decreto che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, invece, il tribunale nomina il giudice delegato per la procedura e il curatore. A seguito di esso cessano le funzioni degli organi nominati con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, che vengono sostituiti dagli organi della liquidazione giudiziale. Con il decreto si producono, inoltre, tutti gli ulteriori effetti che conseguono normalmente alla procedura di liquidazione giudiziale nei confronti del debitore, dei creditori, degli atti pregiudizievoli ai creditori e dei rapporti giuridici preesistenti.

Reclamo

Contro i decreti di apertura dell'amministrazione straordinaria o di apertura della liquidazione giudiziale, chiunque vi abbia interesse può proporre reclamo alla corte di appello nel termine di quindici giorni, decorrente, per il Ministro, per l'imprenditore insolvente e per il creditore che ha richiesto la dichiarazione dello stato di insolvenza, dalla data della comunicazione, e per ogni altro interessato dalla data dell'affissione (art. 33 d.lgs. 270/1999).

Con il reclamo non possono dedursi motivi che avrebbero potuto o che possono farsi valere con l'opposizione alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza. Questo significa che gli unici motivi di reclamo proponibili sono quelli relativi alla esistenza o non esistenza delle specifiche condizioni per l'ammissione all'amministrazione straordinaria, rappresentate – lo si ripete ancora – dalle concrete prospettive di recupero.

La corte di appello provvede in camera di consiglio, sentiti il Ministro, l'imprenditore insolvente, il creditore che ha richiesto la dichiarazione dello stato di insolvenza e il reclamante, se diverso da uno di questi. Prima di provvedere, la corte sente altresì il commissario giudiziale, anche se cessato dalle funzioni, nonché il commissario straordinario o il curatore, a seconda che il reclamo sia proposto avverso il decreto di apertura della procedura di amministrazione straordinaria o il decreto che apre la liquidazione giudiziale.

Se la corte accoglie il reclamo, rimette d'ufficio gli atti al tribunale affinché adotti i provvedimenti dovuti, in conformità della decisione della corte stessa. Pertanto, se viene accolto il reclamo avverso il decreto che dichiara aperta l'amministrazione straordinaria, il tribunale deve dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale; se, al contrario, viene accolto il reclamo avverso il decreto che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale deve dichiarare l'apertura dell'amministrazione straordinaria. Restano in ogni caso salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

7. Gli organi dell'amministrazione straordinaria

Alla procedura di amministrazione straordinaria si applicano, per le parti non disciplinate dal d.lgs. 270/1999, le disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, in quanto compatibili (art. 36 d.lgs. 270/1999). Vi sono, però, anche delle marcate differenze nella disciplina delle due procedure, conseguenza delle diverse finalità perseguite. È, quindi, opportuno procedere ad un esame analitico dello svolgimento dell'amministrazione straordinaria nelle sue varie fasi.

Gli organi della procedura di amministrazione straordinaria sono: il Ministro dello sviluppo economico, il tribunale, il giudice delegato, il commissario straordinario, il comitato di sorveglianza.

Ministro dello sviluppo economico

Il Ministro dello sviluppo economico esercita la vigilanza della procedura, salve le competenze specifiche del tribunale e del giudice delegato (art. 37 d.lgs. 270/1999). Il generale potere di vigilanza si esprime anzitutto nelle autorizzazioni che deve rilasciare nel corso della procedura in ordine agli snodi fondamentali della stessa, tra cui: l'autorizzazione all'esecuzione del programma predisposto dal commissario straordinario (artt. 57-58 d.lgs. 270/1999) ed alla sua eventuale modifica o sostituzione (art. 69 d.lgs. 279/1999); l'autorizzazione per gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende, nonché per gli altri atti di maggior rilievo (art. 42 d.lgs. 270/1999); l'autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e sindaci dell'imprenditore insolvente avente forma societaria. Al Ministero compete, poi, l'importante compito di nominare e revocare il commissario o i commissari straordinari (artt. 38 e 43 d.lgs. 270/1999) ed i componenti del comitato di sorveglianza (art. 45 d.lgs. 270/1999), liquidandone i compensi.

Tribunale

Il tribunale è investito di compiti che attengono all'apertura ed alla cessazione della procedura: dispone l'apertura, la conversione dell'amministrazione straordinaria in liquidazione giudiziale, la chiusura e l'eventuale riapertura della procedura. Spetta al tribunale anche la compe-

tenza a conoscere e decidere tutte le azioni che derivano dalla dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza; competenza questa che è prevista espressamente nella fase iniziale (art. 13 d.lgs. 270/1999), ma che trova applicazione anche nell'amministrazione straordinaria. Al tribunale è, attribuito, inoltre, il compito di decidere sulle impugnazioni degli atti di liquidazione (art. 65 d.lgs. 270/1999) nelle quali si deducano diritti soggettivi. Competenze sono attribuite al tribunale anche nel concordato, sulle quali si tornerà di seguito.

Giudice delegato

Il giudice delegato ha competenze nella fase di accertamento del passivo ed in quella della ripartizione dell'attivo, che si svolgono secondo modalità corrispondenti a quelli della liquidazione giudiziale.

Commissario straordinario

Il commissario straordinario ha la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente e degli eventuali soci illimitatamente responsabili ammessi alla procedura (art. 40 d.lgs. 270/1999).

La nomina del commissario straordinario compete, come detto, al Ministro, che vi provvede entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto di apertura della procedura. Può essere nominato un unico commissario straordinario o, in casi di eccezionale rilevanza e complessità della procedura, tre commissari straordinari; in quest'ultimo caso, i commissari deliberano a maggioranza e la rappresentanza è esercitata congiuntamente da almeno due di essi. Per quanto riguarda i requisiti di nomina, è previsto che, con regolamento del Ministro, siano stabiliti i requisiti di professionalità e di onorabilità dei commissari straordinari. Sono, al contempo, previste alcune cause di incompatibilità per la carica di commissario, legate a condizioni soggettive dello stesso oppure a pregressi rapporti con l'imprenditore insolvente (art. 38 d.lgs. 270/1999).

Durante la procedura, il Ministro può in ogni tempo, su proposta del comitato di sorveglianza o d'ufficio, previa comunicazione dei motivi di revoca o contestazione degli eventuali addebiti e dopo aver invitato il commissario ad esporre le proprie deduzioni, revocare il commissario straordinario (art. 43, comma 1, d.lgs. 270/1999). La revoca può essere disposta in presenza di inadempimenti del commissario straordinario agli obblighi derivanti dall'incarico o anche solo per il venir meno del rapporto fiduciario con l'organo che lo ha nominato.

Il debitore e i creditori ammessi possono chiedere la sostituzione del commissario straordinario per conflitto di interessi, indicandone nella richiesta le specifiche ragioni. Il Ministro dello sviluppo economico, sentito il comitato di sorveglianza, se ritiene fondata la richiesta, provvede alla nomina del nuovo commissario straordinario (art. 43, comma 1-*bis*, d.lgs. 270/1999).

Nell'esercizio delle sue funzioni il commissario straordinario è un pubblico ufficiale e deve esercitare personalmente le attribuzioni del proprio ufficio, con facoltà di delegare ad altri, sotto la propria responsabilità, le funzioni inerenti alla gestione corrente dell'impresa (art. 41 d.lgs. 270/1999). Negli altri casi, la delega può essere conferita soltanto per singole operazioni e con l'autorizzazione del Ministro; l'onere per il compenso del delegato è detratto dal compenso del commissario. Il commissario può, altresì, essere autorizzato dal comitato di sorveglianza a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite sotto la propria responsabilità e ad attribuire a professionisti ed esperti incarichi di consulenza e collaborazione tecnica e professionale limitatamente ai casi di effettiva necessità e previa verifica circa la insussistenza di adeguate professionalità tra i dipendenti dell'impresa.

I compiti del commissario straordinario sono vasti. Le attività che deve compiere possono sinteticamente individuarsi in:

a) attività di gestione dell'impresa e amministrazione dei beni dell'imprenditore;

b) attività volte nella fase della formazione del passivo;

c) attività di liquidazione dell'attivo;

d) attività di ripartizione dell'attivo;

e) attività informative per il Ministro ed i creditori.

La disciplina della responsabilità del commissario straordinario è individuata per rinvio a quella della liquidazione coatta amministrativa. Egli deve adempiere ai doveri del proprio ufficio con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e, in caso di inadempienza, può essere chiamato a risarcire il danno, oltre ad essere revocato. Durante la procedura, l'azione di responsabilità contro il commissario straordinario è proposta dal nuovo commissario con l'autorizzazione del Ministro.

Al commissario straordinario spetta un compenso, che viene liquidato dal Ministro, sulla base di un regolamento che determina i criteri di liquidazione, dopo l'autorizzazione al deposito del bilancio finale della procedura e del conto della gestione (art. 47 d.lgs. 270/1999).

Comitato di sorveglianza

Il comitato di sorveglianza ha funzioni consultive e funzioni di controllo sull'operato del commissario straordinario.

Il potere di nomina del comitato di sorveglianza compete al Ministro, che vi provvede entro quindici giorni dalla nomina del commissario straordinario (art. 45 d.lgs. 270/1999). Il comitato di sorveglianza può essere composto da tre o cinque membri: uno o due di essi, a seconda che il comitato sia composto da tre o cinque membri, sono scelti tra i creditori chirografari; i membri residui tra persone particolarmente esperte nel ramo di attività esercitata dall'impresa o nella materia concorsuale. La differenza tra membri nominati in qualità di creditori e membri nominati in qualità di esperti si apprezza anche sul piano del compenso: ai primi spetta solo il rimborso delle spese, perché la loro funzione è svolta nel proprio interesse di creditori; ai secondi spetta anche il compenso. Il Ministro nomina, altresì, il presidente del comitato di sorveglianza.

I compiti del comitato di sorveglianza sono, come detto, consultivi e di controllo.

Il comitato di sorveglianza esprime il parere sugli atti del commissario nei casi previsti dalla legge e in ogni altro caso in cui il Ministero lo ritiene opportuno. Gli esempi di pareri richiesti al comitato di sorveglianza sono vari e, tra i più significativi, si possono ricordare quelli in ordine agli atti di straordinaria amministrazione (art. 42 d.lgs. 270/1999) ed all'autorizzazione all'esecuzione del programma (art. 57 d.lgs. 270/1999). Le deliberazioni del comitato sono prese a maggioranza di voti dei suoi componenti ed il comitato deve esprimere il parere entro dieci giorni dalla richiesta, salvo che, per ragioni di urgenza, non sia invitato a pronunciarsi entro un termine più breve, comunque non inferiore a tre giorni.

Al comitato di sorveglianza spetta anche il potere di sorveglianza sull'operato del commissario straordinario. In funzione di questo potere, il comitato ed ogni suo membro possono in qualunque momento ispezionare le scritture contabili e i documenti della procedura e possono chiedere chiarimenti al commissario straordinario e all'imprenditore insolvente (art. 46, comma 4, d.lgs. 270/1999).

8. Gli effetti dell'apertura dell'amministrazione straordinaria

Il decreto di apertura della procedura di amministrazione straordinaria produce effetti nei confronti del debitore, dei creditori, degli atti pregiudizievoli ai creditori e dei rapporti giuridici preesistenti.

Rinvio alle norme della liquidazione coatta amministrativa e della liquidazione giudiziale

La disciplina degli effetti della procedura si rinviene solo in parte nel d.lgs. 270/1999, mentre per la gran parte si ricava delle norme della liquidazione coatta amministrativa, applicabili a questa procedura in forza del richiamo operato dall'art. 36 del d.lgs. 270/1999. Va considerato, inoltre, che anche la disciplina degli effetti della liquidazione coatta amministrativa è in buona parte basata su un rinvio alle norme della liquidazione giudiziale, le quali, in forza di questo doppio rinvio, vengono così a disciplinare anche l'amministrazione straordinaria. Di seguito, pertanto, si richiameranno solo i tratti generali della disciplina degli effetti e, soprattutto, le specifiche regole dettate per l'amministrazione straordinaria, rinviando per il resto alla trattazione già compiuta nell'ambito della liquidazione giudiziale e della liquidazione coatta amministrativa.

Spossessamento

Nei confronti del debitore, l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria determina lo spossessamento pieno: l'imprenditore insolvente perde l'amministrazione e la disponibilità del suo patrimonio, che vengono attribuiti al commissario straordinario. Trovano, di conseguenza, applicazione tutte le regole che accompagnano e definiscono lo

spossessamento, in termini, ad esempio, di legittimazione processuale, inefficacia atti successivi, beni sopravvenuti, ecc.

Concorso sostanziale e formale

Nei confronti dei creditori, si realizza il concorso sostanziale, in forza del quale sui beni dei soggetti ammessi alla procedura di amministrazione straordinaria non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive e cautelari individuali, ed il concorso formale, in forza del quale ogni diritto o pretesa deve essere fatto valere mediante la domanda di ammissione al passivo. Per quanto riguarda il concorso sostanziale, l'art. 48 del d.lgs. 270/1999 estende il divieto anche alle azioni "speciali", per cui non è ammessa nell'amministrazione alcuna deroga al cd. concorso sostanziale, nemmeno per quei crediti che ne sono esclusi nella liquidazione giudiziale (es.: i crediti fondiari). È bene ricordare che il divieto di azioni esecutive e cautelari, così come la facoltà di presentare domanda di ammissione al passivo, è operante già a partire dal momento della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza e che, pertanto, questi effetti proseguono, senza soluzione di continuità, durante la procedura di amministrazione straordinaria.

Altri effetti sui crediti

Si applicano, inoltre, tutte le altre norme sui creditori e sui crediti previsti nella liquidazione giudiziale e liquidazione coatta amministrativa, dalla sospensione degli interessi per i crediti chirografari, alla scadenza di tutti i crediti, dalla compensazione al calcolo dei crediti pecuniari.

Atti pregiudizievoli ai creditori

Nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori, si producono gli stessi effetti che conseguono all'apertura della liquidazione giudiziale, potendosi esercitare negli stessi termini e con gli stessi limiti le azioni di inefficacia e di revocatoria ivi previste, sostituendosi ovviamente il commissario straordinario al curatore. Vi sono, però, due importanti differenze.

I termini a ritroso per il calcolo del periodo sospetto (art. 163) e per il calcolo dei limiti temporali (art. 170) si computano a decorrere dalla dichiarazione dello stato di insolvenza; tale disposizione si applica anche in tutti i casi in cui alla dichiarazione dello stato di insolvenza segua l'apertura della liquidazione giudiziale. In questo modo si evita che il decorso del periodo di osservazione, che va dalla dichiarazione dello stato di insolvenza al decreto di apertura della vera e propria amministrazione straordinaria (o della liquidazione giudiziale), possa recare pregiudizio alla massa dei creditori, collocando atti o pagamenti al di fuori del periodo sospetto.

La seconda differenza è rappresentata dalla previsione per cui le azioni di inefficacia o di revocatoria nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori possono essere proposte dal commissario straordinario soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, non quando è stata autorizzata l'esecuzione del programma di ristrutturazione (art. 49, comma 1, d.lgs. 270/1999). La ragione di questa limitazione risiede nel fatto che, quando sia autorizzato il programma di ristrutturazione, l'eventuale esito positivo delle azioni di inefficacia o di

revocatoria potrebbe andare a vantaggio, oltre che dei creditori, anche dello stesso imprenditore insolvente, che mantiene la titolarità della propria azienda. Poiché le azioni di inefficacia e di revocatoria sono destinate esclusivamente alla ricostituzione del patrimonio del debitore al fine del soddisfacimento dei creditori, l'esercizio delle azioni è limitato, così, al solo caso in cui sia prevista la cessione dei complessi aziendali, nella quale l'imprenditore insolvente viene privato della titolarità dell'azienda.

Rapporti giuridici preesistenti

Nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti, è prevista la regola generale della prosecuzione (art. 50 d.lgs. 270/1999). I contratti pendenti, anche ad esecuzione continuata o periodica, continuano ad avere regolare esecuzione, salvo che il commissario straordinario decida di sciogliersi. Dopo che è stata autorizzata l'esecuzione del programma, l'altro contraente può intimare per iscritto al commissario straordinario di far conoscere le proprie determinazioni nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'intimazione, decorso il quale il contratto si intende sciolto. Si tratta, all'evidenza, di una regola funzionale alla conservazione della continuità produttiva, che richiede la regolare prosecuzione dei contratti in corso e non certo la sospensione, come invece previsto nella liquidazione giudiziale. Nell'interesse della procedura, è, comunque, riconosciuta al commissario straordinario la facoltà di sciogliersi da contratti ritenuti non convenienti.

La regola generale della prosecuzione, salvo scioglimento deciso dal commissario straordinario, non si applica per soli due contratti: a) i contratti di lavoro subordinato, per i quali restano ferme le disposizioni vigenti; b) i contratti di locazione di immobili, se sottoposto ad amministrazione straordinaria è il locatore, nei quali il commissario straordinario subentra, salvo patto contrario. La specialità di queste previsioni si spiega in ragione della particolare intensità della tutela riconosciuta, rispettivamente, ai lavoratori subordinati ed ai conduttori di immobili, che viene ritenuta prevalente anche rispetto a quella concessa alla massa dei creditori.

9. L'accertamento del passivo

Domanda di ammissione

L'accertamento del passivo, che si avvia già con la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza e poi prosegue con il decreto di apertura dell'amministrazione straordinaria, si svolge secondo le stesse regole previste per la liquidazione giudiziale, sostituito al curatore il commissario giudiziale (art. 53 d.lgs. 270/1999). È, quindi, onere dei creditori e dei titolari di diritti presentare domanda di ammissione al passivo e domanda di rivendicazione e restituzione nel rispetto dei termini fissati dalla sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o in via tardiva. Il commissario straordinario è tenuto alla predisposizione del progetto di stato passivo ed il giudice delegato forma e rende esecutivo lo stato passivo, avverso il quale sono proponibili le impugnazioni. Sul punto, si rinvia alla trattazione contenuta nel capitolo dedicato alla liquidazione giudiziale (cap. IX, sez. 8).

Sono, però, utili due considerazioni.

Ruolo dell'autorità giudiziaria

Anche se l'amministrazione straordinaria è una procedura con una forte componente amministrativa, l'accertamento del passivo avviene da parte dell'autorità giudiziaria (giudice delegato e, in caso di impugnazioni, il tribunale). È questa una delle fasi giurisdizionali e si spiega con la necessità di garantire una piena tutela dei diritti soggettivi delle parti coinvolte nell'insolvenza dell'imprenditore, che meglio può avvenire in un ambito giurisdizionale.

La formazione e l'accertamento del passivo avviene anche nel caso in cui venga autorizzato il programma di ristrutturazione, nel quale, a rigore, potrebbe non essere necessario, perché tutti i creditori devono essere pagati integralmente al termine del programma, per effetto dell'intervenuto risanamento dell'imprenditore. Anche in questa ipotesi, tuttavia, l'accertamento del passivo può avere una sua utilità "fattuale", nella misura in cui consente di avere una migliore percezione del reale passivo da ristrutturare e nella misura in cui consente di "anticipare i tempi" laddove l'esito della ristrutturazione fosse non positivo e si dovesse poi convertire la procedura in liquidazione giudiziale.

10. Il programma

Le concrete prospettive di recupero che giustificano l'apertura della procedura possono realizzarsi, come detto, secondo uno dei due programmi alternativi previsti dall'art. 27 del d.lgs. 270/1999. La scelta in ordine a quale dei due programmi perseguire non avviene, però, con il decreto di apertura, ma successivamente, dopo che il commissario straordinario abbia avuto la possibilità di verificare l'effettiva situazione dell'impresa e le sue prospettive.

Programma

Nei sessanta giorni successivi al decreto di apertura (termine prorogabile per una sola volta e per non più di sessanta giorni), il commissario straordinario presenta al Ministero un programma redatto secondo uno degli indirizzi alternativi: a) cessione dei complessi aziendali o cessione dei beni e contratti in blocco; b) ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa (art. 54 d.lgs. 270/1999).

Obiettivi

Il programma è redatto sotto la vigilanza del Ministro ed in conformità degli indirizzi di politica industriale dal medesimo adottati, in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali (obiettivo primario), tenuto conto degli interessi dei creditori (obiettivo secondario); il programma può anche prevedere il ricorso alla garanzia

dello Stato o ad altre agevolazioni pubbliche, ma in tal caso deve conformarsi alle disposizioni ed agli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà. Eventuali agevolazioni statali concesse ad imprese che, pur insolventi, continuano ad operare in forza proprio della procedura di amministrazione straordinaria potrebbero infatti alterare il gioco della libera concorrenza sul mercato.

Contenuto

Il contenuto del programma è in gran parte predeterminato, essendo previsto che esso debba obbligatoriamente indicare, tra l'altro, le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, i modi della copertura del fabbisogno finanziario, con specificazione dei finanziamenti o delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l'utilizzazione, nonché i costi complessivamente stimati per l'attuazione della procedura (art. 56 d.lgs. 270/1999).

Autorizzazione del Ministero

L'esecuzione del programma è autorizzata dal Ministero, che può anche chiedere al commissario straordinario chiarimenti, modifiche o integrazioni del programma, alle quali questi provvede entro trenta giorni dalla richiesta, a pena di revoca dall'incarico (art. 57 d.lgs. 270/1999). Il programma autorizzato, con segretazione delle parti eventualmente riservate, viene poi depositato in tribunale e trasmesso all'imprenditore insolvente ed a tutti i creditori.

Durata

Il programma ha un preciso termine di durata: un anno per la cessione dei complessi aziendali; due anni per la ristrutturazione. Questo vuol dire che entro un anno deve essere perfezionata la cessione dei complessi aziendali o entro due anni deve essere raggiunto il risanamento dell'impresa.

Se alla scadenza del programma di cessione dei complessi aziendali la cessione non è ancora avvenuta, in tutto o in parte, ma risultano in corso iniziative di imminente definizione, il commissario straordinario può chiedere al tribunale, con l'autorizzazione del Ministro, sentito il comitato di sorveglianza, la proroga del termine di scadenza del programma (art. 66 d.lgs. 270/1999). La proroga può essere concessa una sola volta e per un periodo non superiore a tre mesi.

Modifica

Nel corso dell'esecuzione, il commissario straordinario può chiedere al Ministro, indicandone le ragioni, di essere autorizzato alla modifica del programma autorizzato o la sua sostituzione con un programma che adotti l'indirizzo alternativo (dalla cessione dei complessi aziendali alla ristrutturazione o viceversa). La modifica o la sostituzione non può essere uno strumento per eludere gli stringenti vincoli temporali, perché è espressamente previsto che il termine di durata del programma modificativo o sostitutivo si computa in ogni caso a decorrere dalla data di autorizzazione del primo programma (art. 60 d.lgs. 270/1999).

Esecuzione

L'esecuzione del programma autorizzato compete al commissario straordinario, che compie tutte le attività necessarie. Nell'ambito di quanto

previsto dal programma, il commissario gode di una vasta autonomia e libertà, potendo decidere in autonomia le scelte ritenute più funzionali al raggiungimento degli obiettivi indicati.

Vi sono, però, alcuni vincoli alla libertà di azione del commissario.

Anche se previsti nel programma, gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende, gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili e di costituzione di diritti reali sui medesimi, gli atti di alienazione di beni mobili in blocco, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a € 206.582,76, devono essere specificamente autorizzati dal Ministro (art. 42 d.lgs. 270/1999).

Per quanto riguarda le vendite di beni, esse devono avvenire in conformità delle previsioni del programma autorizzato, con forme adeguate alla natura dei beni e finalizzate al migliore realizzo. Non vi sono, quindi, forme vincolate per la vendita, ma il tutto deve avvenire in conformità dei criteri generali stabiliti dal Ministro e sempre sulla base di preventive perizie di stima (art. 62 d.lgs. 270/1999). Per le vendite più significative (beni immobili, azienda, rami di azienda di valore superiore ad € 51.645,69), è inoltre prescritto il previo esperimento di idonee forme di pubblicità, per garantire la competitività e la parità di trattamento tra tutti gli interessati.

Vendita di aziende o di rami di aziende

Particolari e specifiche cautele sono disposte per la vendita di aziende in esercizio (art. 63 d.lgs. 270/1999). In questi casi: a) la valutazione di stima tiene conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo; b) l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita; c) la scelta dell'acquirente è effettuata tenendo conto, oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali. Il richiamo espresso all'affidabilità dell'offerente ed al piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, oltre che al mantenimento dei livelli occupazionali, esprime in modo netto le finalità peculiari dell'amministrazione straordinaria, che ha come obiettivo primario la prosecuzione dell'attività d'impresa e la conservazione dei livelli occupazionali, anche laddove il perseguimento di questi obiettivi possa pregiudicare l'interesse dei creditori al conseguimento del maggiore valore di realizzo dell'attivo.

In ogni caso, la vendita dell'azienda o dei rami di azienda determina l'effetto purgativo, per cui, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento. Inoltre, nell'ambito delle consultazioni sindacali, il commissario straordinario, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori

alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia.

Cessazione dell'esercizio dell'impresa

Nei casi in cui sia stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, se nel termine di scadenza del programma, originario o prorogato, è avvenuta la integrale cessione dei complessi stessi, il tribunale, su richiesta del commissario straordinario o d'ufficio, dichiara con decreto la cessazione dell'esercizio dell'impresa e l'amministrazione straordinaria è considerata, ad ogni effetto, come procedura concorsuale liquidatoria (art. 73 d.lgs. 270/1999). Una volta venduta l'azienda in esercizio, la finalità conservativa è realizzata e, quindi, si sostituisce ad essa la mera finalità liquidatoria, nella quale l'interesse dei creditori torna a guidare le scelte del commissario nella fase di realizzazione del residuo attivo rimasto.

Informazione

Durante l'esecuzione del programma (sia di cessione dei complessi aziendale, sia di ristrutturazione), il commissario straordinario è tenuto alla doverosa informazione, presentando ogni tre mesi al Ministro una relazione sull'andamento dell'esercizio dell'impresa e sulla esecuzione del programma (art. 61, comma 2, d.lgs. 270/1999). Nei dieci giorni successivi al termine di scadenza del programma, il commissario presenta inoltre una relazione finale, con la quale illustra analiticamente gli esiti della sua esecuzione, specificando se gli obiettivi siano stati o meno conseguiti (art. 61, comma 3, d.lgs. 270/1999). Le relazioni periodiche e finale sono sottoposte al parere del comitato di sorveglianza, depositate in cancelleria e trasmesse a tutti i creditori.

11. La ripartizione dell'attivo

Ambito di applicazione

Nel solo caso in cui sia autorizzato il programma di cessione dei complessi aziendali, si ha la fase della ripartizione dell'attivo, nella quale il commissario straordinario distribuisce tra i creditori le somme ottenute dalle vendite e dagli altri atti di liquidazione. Non si dà luogo, invece, a ripartizione dell'attivo nel caso di programma di ristrutturazione. Qui i creditori dovranno tutti essere pagati integralmente dall'imprenditore dopo l'esecuzione del programma, per effetto del conseguito risanamento dell'imprenditore, inteso appunto come recupero della capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

Progetti di riparto

Ogni quattro mesi a partire dalla data di scadenza del programma di cessione dei complessi aziendali, ovvero dalla data di deposito del decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo, se successiva, il commissario straordinario presenta al giudice delegato un prospetto delle somme disponibili ed un progetto di ripartizione delle medesime, corredato dal parere del comitato di sorveglianza. Alle ripartizioni si applicano, in forza di espresso rinvio, le disposizioni previste per la liquidazione giudiziale (art. 67 d.lgs. 270/1999) (vedi cap. IX, sez. 10, par. 3).

Acconti parziali

In qualunque momento nel corso della procedura, tenuto conto delle esigenze connesse all'esercizio dell'impresa, il commissario straordinario, sentito il parere del comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione del giudice delegato, può, inoltre, distribuire acconti parziali ai creditori, o ad alcune categorie di essi, sulle somme che saranno prevedibilmente attribuite in via definitiva nel rispetto delle cause legittime di prelazione. Gli acconti parziali possono essere distribuiti indipendentemente dal tipo di programma adottato, e quindi anche nell'ipotesi di programma di ristrutturazione. Nella distribuzione degli acconti è data preferenza ai crediti dei lavoratori subordinati ed ai crediti degli imprenditori per le vendite e somministrazioni di beni e per le prestazioni di servizi effettuate a favore dell'impresa insolvente nei sei mesi precedenti la dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 68 d.lgs. 270/1999). Su natura e disciplina degli acconti parziali, si può rinviare a quanto esposto con riguardo all'analoga disciplina nella l.c.a. (cap. XII, par. 8).

12. La conversione della procedura

La procedura di amministrazione straordinaria cessa al verificarsi di una di queste tre ipotesi: a) conversione; b) chiusura; c) concordato.

Partiamo con l'esame della conversione, con la quale avviene il passaggio, senza soluzione di continuità, dall'amministrazione straordinaria alla liquidazione giudiziale.

La conversione può essere disposta in corso di procedura (art. 69 d.lgs. 270/1999) o al termine della procedura (art. 70 d.lgs. 70/1999).

Conversione in corso di procedura

La prima fattispecie (conversione in corso di procedura) si verifica qualora, in qualsiasi momento nel corso della procedura di amministrazione straordinaria, risulti che la stessa non possa essere utilmente proseguita, nel senso di impossibilità di raggiungere nei tempi prescritti gli obiettivi del programma autorizzato.

Conversione al termine della procedura

La seconda fattispecie (conversione al termine della procedura) si verifica quando, essendo stato autorizzato un programma di cessione dei complessi aziendali, tale cessione non sia ancora avvenuta, in tutto o in parte, alla scadenza del programma annuale (eventualmente prorogato) o quando, essendo stato autorizzato un programma di ristrutturazione, l'imprenditore non abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni alla scadenza del programma biennale.

Procedimento

In ambedue i casi, la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in liquidazione giudiziale è disposta dal tribunale, su richiesta del commissario straordinario o d'ufficio, con decreto motivato, sentiti il

Ministro, il commissario straordinario e l'imprenditore dichiarato insolvente. Con il decreto, il tribunale nomina il giudice delegato ed il curatore; a seguito di esso cessano le funzioni del commissario straordinario (che deve pertanto presentare il conto della gestione) e del comitato di sorveglianza. Per esigenze di economia processuale, l'accertamento dello stato passivo, se non esaurito, prosegue sulla base delle disposizioni della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, così evitandosi di dover "ripartire da zero" per questa fase.

Contro il decreto che dispone la conversione o rigetta la richiesta del commissario straordinario chiunque vi abbia interesse può proporre reclamo alla corte di appello nel termine di quindici giorni, decorrenti, per l'imprenditore insolvente ed il commissario straordinario, dalla comunicazione del decreto e, per ogni altro interessato, dalla sua affissione. La corte di appello provvede in camera di consiglio, sentiti il commissario straordinario, l'imprenditore ed il reclamante.

Effetti

Con la conversione si attua il passaggio dalla procedura di amministrazione straordinaria alla diversa procedura della liquidazione giudiziale. Questo passaggio senza soluzione di continuità tra due procedure consente di mantenere le misure protettive del patrimonio dell'imprenditore (spossessamento e divieto di azioni esecutive) e, allo stesso tempo, di considerare legittimi gli atti compiuti dal commissario straordinario e gli effetti prodotti dall'apertura della prima procedura.

13. La chiusura

Le cause di chiusura dell'amministrazione straordinaria si distinguono in cause cd. "generali", operanti qualunque sia il programma autorizzato, e cause cd. "speciali", operanti solo in presenza di un programma di cessione dei complessi aziendali (art. 74 d.lgs. 270/1999).

Cause generali

Cause generali di chiusura sono: a) la mancata presentazione, nei termini previsti dalla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, di domande di ammissione al passivo; b) il recupero da parte dell'imprenditore insolvente, anche prima del termine di scadenza del programma, della capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; c) il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato.

Cause speciali

Cause speciali di chiusura sono: a) ripartizioni ai creditori che, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o estinzione in altro modo dei crediti ammessi e pagamento dei compensi agli organi della procedura e le relative spese; b) ripartizione finale dell'attivo. Si tratta di cause limitate alla sola ipotesi di programma di cessione perché, come già ricordato, quando è autorizzato il programma di ristrutturazione non si dà luogo a riparto dell'attivo (che presuppone una liquidazione di beni che in questa ipotesi non c'è), ma i creditori devono essere pagati integralmente dall'imprenditore risanato al termine del programma stesso.

Procedimento

Prima della chiusura della procedura, il commissario straordinario sottopone al Ministro il bilancio finale della procedura con il conto della gestione, accompagnati da una relazione del comitato di sorveglianza (art. 75 d.lgs. 270/1999). Il Ministero, se ritiene di non muovere contestazioni o richieste di integrazioni, ne autorizza il deposito presso la cancelleria del tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza e liquida il compenso al commissario. Un avviso dell'avvenuto deposito è comunicato all'imprenditore insolvente, affisso entro tre giorni e comunicato a tutti i creditori.

Gli interessati possono proporre le loro contestazioni con ricorso al tribunale nel termine di venti giorni; decorso il termine indicato senza che siano proposte osservazioni, il bilancio e il conto della gestione si intendono approvati. Se, invece, sono proposte contestazioni, è il tribunale a dover decidere sulle stesse: se le ritiene infondate, approva il bilancio ed il conto della gestione; se le ritiene anche solo in parte fondate, rigetta la richiesta di approvazione.

Decreto di chiusura

Terminata la fase relativa all'approvazione del bilancio e del conto di gestione, la chiusura della procedura di amministrazione straordinaria è dichiarata con decreto motivato dal tribunale, su istanza del commissario straordinario o dell'imprenditore dichiarato insolvente, ovvero d'ufficio (art. 76 d.lgs. 270/1999).

Riapertura

Nel solo caso in cui la procedura si sia chiusa per ripartizione finale dell'attivo (e, quindi, senza soddisfazione integrale dei creditori), il tribunale, entro cinque anni dal decreto di chiusura, su istanza dell'imprenditore dichiarato insolvente o di qualunque creditore, può ordinare la riapertura della procedura di amministrazione straordinaria, convertendola in liquidazione giudiziale, quando risulta che nel patrimonio dell'imprenditore esistono attività in misura tale da rendere utile il provvedimento o quando l'imprenditore offre garanzia di pagare almeno il 10% ai creditori vecchi e nuovi (art. 77 d.lgs. 270/1999). La riapertura è, quindi, funzionale solo alla contestuale conversione in liquidazione giudiziale, avendo l'unico obiettivo di procedere alla spedita liquidazione dei beni residui, senza alcuna finalità di tipo conservativo.

14. Il concordato

La procedura di amministrazione straordinaria può chiudersi anche per effetto di un concordato (art. 78 d.lgs. 270/1999).

Natura

Il concordato nell'amministrazione straordinaria è modellato, anche sulla base di espliciti rinvii, sul concordato nella liquidazione coatta am-

ministrativa, che a sua volta presenta affinità con quello nella liquidazione giudiziale, pur con alcune significative differenze. In tutti e tre i casi, si tratta di una forma di cessazione della procedura basata su una proposta presentata da un proponente, il quale offre ai creditori la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma, in cambio del trasferimento in suo favore (o in favore di altro soggetto da esso designato) di tutto l'attivo della procedura.

Assenza della fase dell'approvazione dei creditori

La grande differenza tra il concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria, da un lato, ed il concordato nella liquidazione giudiziale, dall'altro lato, risiede nel fatto che nei primi la proposta non è sottoposta all'approvazione dei creditori, mentre nell'ultimo deve essere votata a maggioranza dai creditori legittimati. Anche sotto questo profilo si apprezza il diverso rilievo dell'interesse e del ruolo dei creditori, che è centrale nella liquidazione giudiziale (dove ad essi è attribuito un potere di veto rispetto alla proposta di concordato, che non può essere omologata senza la loro approvazione), diventando invece non determinante nelle altre.

Autorizzazione del Ministro

A ulteriore conferma di ciò depongono i criteri legali che il Ministro deve seguire per concedere la sua autorizzazione alla presentazione della proposta, essendo testualmente disposto che "l'autorizzazione è concessa tenuto conto della convenienza del concordato e della sua compatibilità con il fine conservativo della procedura" (art. 78, comma 2, d.lgs. 270/1999). Il requisito della convenienza per i creditori è presente, ma accanto ad esso si pone, in posizione quantomeno di parità, anche il requisito della compatibilità con il fine conservativo della procedura, che costituisce limite invalicabile. Questo significa che, ad esempio, un'eventuale proposta di soddisfazione che sia ritenuta molto conveniente per i creditori, in termini di misura e tempi di soddisfacimento, rispetto alla prosecuzione della procedura, potrebbe non essere autorizzata dal Ministro se considerata incompatibile con il fine conservativo della procedura.

Procedimento

In sintesi, il procedimento di concordato si snoda attraverso varie fasi: a) la predisposizione della proposta di concordato da parte dell'imprenditore insolvente o di terzi; b) la sua autorizzazione da parte del Ministro; c) in caso di autorizzazione, il deposito in cancelleria e la comunicazione ai creditori; d) eventuali opposizioni da parte dei creditori o di qualunque altro interessato; e) l'eventuale omologazione da parte del tribunale.

Rinvio

Al procedimento di concordato si applicano, per espresso rinvio, le norme dettate per la liquidazione coatta amministrativa, sostituito al commissario liquidatore il commissario straordinario (art. 78, comma 3, d.lgs. 270/1999). Si può, quindi, rinviare alla trattazione già esposta nel capitolo sulla liquidazione coatta amministrativa per un esame più approfondito (cap. XII, par. 10).

15. Il gruppo di imprese

La disciplina dell'amministrazione straordinaria prende espressamente in considerazione l'ipotesi che una grande impresa insolvente sia parte di un gruppo.

Volontà del legislatore è quella di attribuire una rilevanza giuridica, sia pure limitata, al legame di gruppo in questa fase patologica, consentendo per quanto possibile una gestione coordinata dell'insolvenza delle varie imprese del gruppo. Ciò sulla base della consapevolezza che, in ragione della stretta interdipendenza economica tra le imprese del gruppo, i tentativi di risanamento o, comunque, di conservazione dei complessi produttivi hanno maggiori possibilità di successo se attuati a livello di gruppo e non se attuati a livello di singola impresa.

In primo luogo, vengono fornite alcune definizioni ai fini della perimetrazione della speciale disciplina applicabile (art. 80 d.lgs. 270/1999).

Procedura madre

Viene definita "procedura madre", la procedura di amministrazione straordinaria che riguardi un'impresa facente parte di un gruppo. Vengono definite "imprese del gruppo": a) le imprese che controllano direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre; b) le società direttamente o indirettamente controllate dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla; c) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre.

Ammissione delle altre imprese del gruppo

Quando un'impresa del gruppo, in stato di insolvenza e avente i requisiti dimensionali richiesti, è stata sottoposta ad amministrazione straordinaria, così aprendosi la procedura madre, le altre imprese del gruppo che si trovano in stato di insolvenza possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti dimensionali della grande impresa. In questo modo, possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria anche imprese che, singolarmente considerate, non presentino i requisiti dimensionali sufficienti e che non siano grandi imprese.

Presupposti e condizioni

L'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria non è, però, automatica o generalizzata, ma è limitata alle sole imprese del gruppo che, pur non essendo grandi imprese, abbiano quantomeno il presupposto soggettivo per poter essere assoggettati a liquidazione giudiziale (imprenditore commerciale non piccolo) e versino in stato di insolvenza. È, inoltre, richiesta un'altra specifica condizione: le imprese del gruppo sono ammesse all'amministrazione straordinaria in mancanza dei requisiti dimensionali solo qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, oppure quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del

gruppo, in quanto idonea ad agevolare, per i collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese, il raggiungimento degli obiettivi della procedura.

Procedimento

L'accertamento dei presupposti e delle condizioni per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria dell'impresa del gruppo priva dei requisiti dimensionali è effettuato dal tribunale, su ricorso della stessa impresa, di uno o più creditori, del pubblico ministero, del commissario straordinario della procedura madre o d'ufficio (art. 81 d.lgs. 270/1999).

Nel caso in cui l'impresa del gruppo sia stata sottoposta a liquidazione giudiziale prima dell'apertura della procedura madre, il tribunale che ha dichiarato aperta la liquidazione giudiziale, su istanza di chiunque ne abbia interesse o d'ufficio, ne dispone la conversione in amministrazione straordinaria, qualora sussistano i presupposti e le condizioni già viste, e sempre che non sia già esaurita la liquidazione dell'attivo (art. 82 d.lgs. 270/1999).

Se dopo la procedura madre si aprono altre procedure di amministrazione straordinaria per una o più delle imprese del gruppo, le varie procedure sono autonome. Non si dà luogo, quindi, ad alcuna forma di unificazione della procedura, ma sono, tuttavia, previste alcune forme di coordinamento tra le varie procedure.

Coordinamento

Il coordinamento passa, anzitutto, per la nomina degli stessi organi nominati per la procedura madre, salva l'eventuale integrazione del comitato di sorveglianza, anche in eccedenza rispetto al numero massimo dei componenti, al fine di assicurare la presenza in ciascun comitato di creditori chirografari di quella specifica impresa e di membri particolarmente esperti nel ramo di attività esercitata dalla stessa. Le spese generali della procedura, intese come spese dell'ufficio del commissario e dei componenti del consiglio di sorveglianza, sono imputate alle singole imprese del gruppo in proporzione delle rispettive masse attive.

Altra forma di coordinamento riguarda la predisposizione del programma (art. 86 d.lgs. 270/1999). Se l'impresa del gruppo priva dei requisiti dimensionali è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria in presenza delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico, il commissario straordinario predispone un programma autonomo secondo uno degli indirizzi alternativi (cessione complessi aziendali o ristrutturazione). Se, invece, l'impresa del gruppo priva dei requisiti dimensionali è stata ammessa alla procedura solo in considerazione della opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo, il commissario straordinario si limita a predisporre solo un programma integrativo di quello approvato nell'ambito della procedura madre o in relazione ad altra impresa del gruppo ammessa alla procedura.

Cessazione

Anche nella fase di cessazione le vicende della procedura madre rifluiscono su quelle delle altre procedure di imprese del gruppo. La conversione in liquidazione giudiziale e la chiusura per mancata presentazione di domande di ammissione al passivo della procedura madre determinano la conversione in liquidazione giudiziale della procedura di amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo per le quali non sussistono le concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico. Non vi sarebbe, infatti, ragione di proseguire l'amministrazione straordinaria se sono venute meno le esigenze relative al trattamento coordinato dell'insolvenza delle imprese del gruppo (perché la procedura madre è stata convertita o è stata chiusa) e se non vi sono le prospettive di recupero. Quando, al contrario, sussistono queste prospettive di recupero in relazione alla singola impresa del gruppo pur priva dei requisiti dimensionali, la procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di questa prosegue anche a seguito di conversione o chiusura della procedura madre.

Strumenti di tutela

La disciplina del gruppo si compone anche di alcune norme volte a consentire di eliminare, o quantomeno ridurre, l'eventuale danno subìto dalle imprese del gruppo per effetto di un abuso di direzione unitaria perpetrato dalla capogruppo nel periodo precedente rispetto all'apertura delle procedure (art. 88 ss.). Si tratta di strumenti variegati e derogatori rispetto a quelli di diritto comune, che vengono attribuiti agli organi delle procedure di gruppo.

Denunzia al tribunale ex art. 2409 c.c.

Il primo strumento è rappresentato dalla denunzia al tribunale *ex* art. 2409 c.c., per la quale è prevista una legittimazione rafforzata (art. 89 d.lgs. 270/1999). Il commissario giudiziale, il commissario straordinario e il curatore dell'impresa dichiarata insolvente possono proporre la denuncia prevista dall'art. 2409 c.c. contro gli amministratori e i sindaci delle società del gruppo, anche indipendentemente dal possesso della quota di partecipazione sociale prevista in via ordinaria e finanche in mancanza della qualità di soci nella società oggetto di denunzia. Nel caso di accertamento delle gravi irregolarità denunciate, il commissario o il curatore denunciante può essere nominato amministratore giudiziario della società del gruppo.

Azione di responsabilità

Il secondo strumento è l'azione di responsabilità "rafforzata" (art. 90 d.lgs. 270/1999). Nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite.

Azione revocatoria infragruppo

Il terzo strumento è l'azione revocatoria infragruppo "rafforzata" (art. 91 d.lgs. 270/1999). Il commissario straordinario ed il curatore dell'impresa dichiarata insolvente possono proporre nei confronti delle imprese

del gruppo l'azione revocatoria prevista dalla liquidazione giudiziale per gli atti cd. "anormali" nei cinque anni anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza, o tre anni se trattasi di garanzie per debiti scaduti.

Sezione 2

La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza

1. Natura, finalità e presupposti

La ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza è una "variante" della procedura di amministrazione straordinaria, riservata ai dissesti di dimensioni maggiori. È stata introdotta con il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni in l. 18 febbraio 2004, n. 39 (cd. "legge Marzano"), poi integrata e modificata da una lunga serie di successivi interventi normativi.

Disciplina

La disciplina della ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza (di seguito, "ristrutturazione industriale") si rinviene solo in parte nel d.l. 347/2003, che si limita a prevedere unicamente i profili differenziali rispetto all'amministrazione straordinaria. Per tutto quanto non previsto nel d.l. 347/2003, si applicano le norme di cui al d.lgs. 270/1999, in quanto compatibili.

Finalità e natura

Trattandosi di una variante dell'amministrazione straordinaria, la ristrutturazione industriale ne condivide la finalità, che è quella di conservazione dei complessi produttivi, e la natura, che è mista, comprensiva di fasi di natura amministrativa e fasi di natura giurisdizionale.

Struttura

La maggiore divergenza tra le due procedure è di tipo strutturale: nella ristrutturazione industriale manca la fase iniziale o preliminare di osservazione. In presenza delle condizioni di legge, l'impresa viene direttamente ammessa alla procedura di ristrutturazione industriale con un provvedimento amministrativo e solo successivamente interviene il provvedimento giudiziale che accerta lo stato di insolvenza.

Di seguito si esamineranno le differenze nella disciplina della ristrutturazione industriale rispetto all'amministrazione straordinaria. Per tutti i profili non trattati, si applicano le norme dell'amministrazione straordinaria, cui si rinvia.

2. L'apertura

Una prima differenza si incontra a livello di presupposto soggettivo.

Presupposto soggettivo

La procedura di ristrutturazione industriale si applica alle imprese che presentino congiuntamente i seguenti requisiti (art. 1 d.l. 347/2003):

i) per loro natura siano assoggettabili alla liquidazione giudiziale;

ii) lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiori a cinquecento da almeno un anno;

iii) debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro.

I requisiti dimensionali sub (ii) e (iii) servono a differenziare le imprese "grandissime", soggette alla ristrutturazione industriale, da quelle solo "grandi", soggette all'amministrazione straordinarie. La scelta di parametri oggettivi ha il pregio della chiarezza nella selezione delle imprese assoggettabili a questa procedura, ma lascia perplessi l'utilizzo del criterio basato sull'ammontare dell'indebitamento (comprensivo delle garanzie rilasciate), che rischia di determinare il paradossale effetto di consentire l'ammissione ad imprese che, a parità di numero di lavoratori o di fatturato, presentino un livello di debiti maggiore e che, quindi, avranno più problemi nel realizzare il risanamento, escludendo imprese con minore indebitamento.

Presupposto soggettivo nelle imprese di gruppo

Questi requisiti dimensionali possono essere posseduti "singolarmente o, come gruppo di imprese costituito da almeno un anno". In questo modo, è possibile sommare, ai fini del calcolo, il numero dei dipendenti e l'indebitamento di tutte le imprese del gruppo, ovviamente evitando le duplicazioni a livello di indebitamento (es.: se un'impresa ha un debito verso una banca ed un'altra impresa ha prestato garanzia per lo stesso debito, non si sommano debito e garanzia). Vi è, però, un limite, non posto espressamente dalla norma, ma ricavabile dal sistema: possono essere sommati i requisiti delle sole imprese del gruppo che versino in stato di insolvenza e che presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività produttive o che presentino caratteristiche tali da far ritenere opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo.

Il presupposto oggettivo è sempre lo stato di insolvenza.

Procedura volontaria

La legittimazione a chiedere l'apertura della procedura compete in via esclusiva all'impresa insolvente. La ristrutturazione industriale rientra, quindi, tra le procedure di tipo volontario, la cui iniziativa è rimessa alla volontà del solo debitore. Resta fermo, ovviamente, che se l'impresa insolvente non presenta la richiesta di accesso alla ristrutturazione industriale, potrà essere sottoposta a liquidazione giudiziale o ad amministrazione straordinaria, laddove ne sussistano i presupposti e le condizioni.

L'impresa che presenti i presupposti di legge e che intenda avvalersi della procedura di ristrutturazione industriale può richiedere al Ministro delle attività produttive, con istanza motivata e corredata di adeguata documentazione, l'ammissione alla stessa (art. 2, comma 1, d.l. 347/2003).

Decreto di ammissione

Il Ministro, valutata l'esistenza del presupposto soggettivo e la non manifesta irrealizzabilità delle ipotesi di ristrutturazione o cessione indicate dall'impresa, provvede con decreto all'ammissione immediata dell'impresa alla procedura ed alla nomina del commissario straordinario.

Contestualmente alla istanza di ammissione al Ministro, l'impresa insolvente deve presentare al tribunale territorialmente competente ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza. Il tribunale, al quale è comunicato il decreto di apertura della procedura pronunciato dal Ministero, è chiamato a verificare l'esistenza del presupposto soggettivo, del presupposto oggettivo e delle altre condizioni per l'ammissione alla procedura. Vi è, quindi, un doppio accertamento, prima da parte dell'autorità amministrativa in via di urgenza e poi da parte dell'autorità giudiziaria.

Sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza

Se ritiene sussistenti i presupposti e le condizioni per l'ammissione, il tribunale, con sentenza pubblicata entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto di apertura, dichiara lo stato di insolvenza dell'impresa (art. 4, comma 1, d.l. 347/2003). Con la sentenza dichiarativa, il tribunale nomina il giudice delegato, assegna ai creditori il termine per la presentazione delle domande di ammissione al passivo e stabilisce la data dell'adunanza per la verifica dello stato passivo.

Decreto di rigetto

Se, al contrario, ritiene insussistenti i presupposti o le condizioni di ammissione, il tribunale rigetta con decreto l'istanza e cessano gli effetti del decreto ministeriale di apertura (art. 4, comma 2, d.l. 347/2003). Si chiude in tal modo la procedura di ristrutturazione industriale, anche se restano salvi gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

In sintesi, quindi, la procedura di ristrutturazione si apre con il decreto del Ministro, ma si chiude se, successivamente, il tribunale non conferma la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per l'ammissione.

3. Il procedimento

Effetti

Il decreto ministeriale di apertura della ristrutturazione industriale produce gli stessi effetti del decreto di ammissione all'amministrazione straordinaria nei confronti del debitore, dei creditori e dei rapporti giuridici preesistenti (art. 2, comma 2-*bis*, d.l. 347/2003). Pertanto:

... per il debitore

a) nei confronti del debitore si verifica lo spossessamento "pieno" e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente, con tutti i corollari che ne conseguono in punto di legittimazione processuale, inefficacia atti successivi, ecc.;

... per i creditori

b) nei confronti dei creditori opera il divieto di azioni esecutive individuali e cautelari sui beni compresi nel patrimonio del debitore in procedura, oltre alle altre regole sui crediti (sospensione corso interessi chirografari, scadenza immediata, compensazione, ecc.);

... per i rapporti giuridici preesistenti

c) nei confronti dei rapporti giuridici preesistenti opera la regola generale della prosecuzione con facoltà di scioglimento da parte del commissario straordinario, salve le discipline speciali per i contratti di lavoro e di locazione.

... per gli atti pregiudizievoli ai creditori

Per quanto riguarda, invece, gli atti pregiudizievoli ai creditori, si producono gli stessi effetti del decreto di ammissione all'amministrazione straordinaria, ma con una differenza. Le azioni revocatorie sono proponibili anche nel caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di ristrutturazione, purché si traducano in un vantaggio per i creditori (art. 6 d.l. 347/2013). Non vi è, quindi, la limitazione al solo caso di autorizzazione all'esecuzione del programma di cessione dei complessi aziendali che caratterizza l'amministrazione straordinaria, ma permane il limite per cui il ricavato deve andare a vantaggio dei creditori, non del debitore. In ogni caso, e coerentemente con la struttura propria di questa procedura, i termini si computano a decorrere dalla data del provvedimento che dispone l'ammissione.

Programma

Anche nella ristrutturazione industriale, la fase centrale è rappresentata dalla predisposizione e poi dall'esecuzione del programma. Il commissario straordinario, entro centottanta giorni dalla data del decreto di nomina (prorogabile per non più di novanta giorni), presenta al Ministro il programma redatto secondo uno dei due indirizzi (ristrutturazione o cessione dei complessi aziendali), considerando specificamente la posizione dei piccoli risparmiatori persone fisiche, che abbiano investito in obbligazioni, emesse o garantite dall'impresa in amministrazione straordinaria (art. 4, comma 2, d.l. 347/2003). Se il commissario ha presentato un programma di ristrutturazione ed il Ministro non lo approva, il commissario straordinario, nei sessanta giorni successivi, può presentare un programma di cessione dei complessi aziendali.

La durata ordinaria di ambedue i programmi è fissata in due anni, ma è possibile, in ragione della particolare complessità delle operazioni e delle difficoltà connesse alla definizione dei problemi occupazionali, concedere due proroghe, ciascuna per un massimo di dodici mesi (art. 4, comma 3, d.l. 347/2003). Per effetto delle proroghe, quindi, il programma può avere una durata sino a quattro anni.

Attività di liquidazione

L'attività di liquidazione, che è devoluta al commissario straordinario, si svolge secondo le regole dettate nell'amministrazione straordinaria, ma con la previsione di alcune deroghe, finalizzate ad evitare che i

tempi necessari per la redazione ed autorizzazione del programma possano pregiudicare la continuità produttiva o le prospettive di liquidazione. Le operazioni di cessione e di utilizzo di beni, di aziende o di rami di aziende richieste dal commissario straordinario, qualora siano finalizzate alla ristrutturazione dell'impresa o alla salvaguardia del valore economico e produttivo totale o parziale o del gruppo, possono essere autorizzate dal Ministro, dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza ma prima dell'approvazione del programma, o, in caso di urgenza, anche prima della dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 5, comma 1, d.l. 347/2003). Inoltre, il commissario straordinario può chiedere al Ministro l'autorizzazione al compimento delle operazioni o delle categorie di operazioni necessarie per la salvaguardia della continuità dell'attività aziendale delle imprese del gruppo prima dell'autorizzazione del programma (art. 5, comma 2, d.l. 347/2003).

Ripartizione dell'attivo

Anche la ripartizione dell'attivo è governata dalle medesime regole dell'amministrazione straordinaria, con una specificità. Il giudice delegato, prima dell'autorizzazione del programma, può autorizzare il commissario straordinario al pagamento di creditori anteriori, quando ciò sia necessario per evitare un grave pregiudizio alla continuazione dell'attività d'impresa o alla consistenza patrimoniale dell'impresa stessa (art. 3, comma 1-*bis*, d.l. 347/2003).

Cessazione

Per la cessazione della procedura, trova applicazione quanto previsto per l'amministrazione straordinaria, ma con due differenze.

In relazione alla conversione, sono previste due specifiche ipotesi, che si aggiungono alle altre. La prima si può verificare già in sede di predisposizione del programma: qualora il commissario straordinario ritenga che non sia possibile adottare alcun programma, oppure il Ministro non autorizzi né il programma di ristrutturazione, né quello di cessione, il tribunale, sentito il commissario straordinario, dispone la conversione della procedura in liquidazione giudiziale (art. 4, comma 4, d.l. 347/2003).

La seconda si verifica quando il tribunale respinga il concordato e non sia presentato o non sia autorizzato dal Ministro un programma di cessione (art. 4-*bis*, comma 11-*bis*, d.l. 347/2003).

Proprio il concordato rappresenta una delle maggiori differenze tra ristrutturazione industriale ed amministrazione straordinaria, tanto da giustificarne una trattazione autonoma.

4. Il concordato

Il concordato nella ristrutturazione industriale condivide con quello dell'amministrazione straordinaria (a sua volta modellato su quello della liquidazione coatta amministrativa) la funzione di strumento di cessazione della procedura, ma è retto da regole procedimentali del tutto autonome e diverse (art. 4-*bis* d.l. 347/2003).

Legittimazione

La legittimazione a presentare il concordato è attribuita in via esclusiva al commissario straordinario. Non vi è, quindi, legittimazione né dell'imprenditore insolvente, né dei creditori, né dei terzi.

Proposta

L'eventuale proposta di concordato da parte del commissario straordinario va prevista nel programma (sia di ristrutturazione, sia di cessione) e, ove prevista, ne costituisce parte integrante. Non è richiesta un'autorizzazione specifica del Ministro per la presentazione della proposta, perché questo controllo è sostituito e, in qualche modo, incorporato nell'autorizzazione del programma da parte del Ministro stesso.

Entro tre giorni dall'autorizzazione del Ministro all'esecuzione del programma, il commissario straordinario trasmette alla cancelleria del tribunale copia del programma autorizzato, depositando presso il giudice delegato istanza di concordato.

Effetti della presentazione della proposta

La presentazione della proposta di concordato comporta l'interruzione delle operazioni di accertamento del passivo. Anche prima della presentazione, il commissario straordinario può chiedere al giudice delegato di disporre la sospensione delle operazioni di verifica dello stato passivo, quando vi siano concrete possibilità di proporre il concordato.

Contenuto della proposta

La proposta, le cui condizioni devono essere dettagliate nel programma unitamente alle eventuali garanzie, deve consentire la soddisfazione dei creditori e può prevedere:

a) la suddivisione dei creditori in classi secondo la posizione giuridica ed interessi economici omogenei;

b) trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse;

c) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma tecnica o giuridica, anche mediante accollo, fusione o altra operazione societaria;

d) l'attribuzione ad un assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato. Potranno costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o società, costituite dal commissario straordinario, le cui azioni siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato. Come patto di concordato, potranno essere trasferite all'assuntore le azioni revocatorie promosse dal commissario straordinario fino alla data di pubblicazione della sentenza di approvazione del concordato.

Concordato nella procedura di gruppo

La proposta (o meglio, il ricorso) di concordato può essere unica per più società del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive (art. 4-*bis*, comma 2, d.l. 347/2003). Proprio perché il ricorso è unico, ma i patrimoni attivi e passivi delle varie società del gruppo rimangono

separati senza alcuna confusione patrimoniale, la proposta può prevedere trattamenti differenziati tra i creditori delle diverse imprese, pur all'interno della stessa classe di creditori, a seconda delle condizioni patrimoniali di ogni singola società cui la proposta di concordato si riferisce. Ad esempio, se nel ricorso unitario, che coinvolge le imprese Alfa, Beta e Gamma, la proposta prevede la suddivisione dei creditori chirografari nelle due classi dei creditori finanziari e dei creditori non finanziari, all'interno di queste classi la proposta potrà prevedere, in ragione delle condizioni patrimoniali di ciascuna impresa, che i creditori di Alfa ricevano una percentuale di pagamento, i creditori di Beta ricevano una percentuale di pagamento inferiore ed i creditori di Gamma ricevano una percentuale di pagamento ancora inferiore.

Votazione

I creditori sono chiamati a votare sulla proposta di concordato, a differenza di quanto avviene nell'amministrazione straordinaria e nella liquidazione coatta amministrativa.

Possono votare i creditori che risultano dagli elenchi predisposti all'esito di un procedimento molto simile a quello dell'accertamento del passivo (che, ricordiamo, è sospeso per effetto della presentazione della proposta). Il commissario straordinario forma un elenco provvisorio, contenente l'indicazione analitica di ciascun creditore ammesso, dell'ammontare e del rango di ciascun credito. Questo elenco, unitamente alla proposta di concordato, viene comunicato a tutti i creditori; entro il termine fissato dal giudice delegato, l'imprenditore insolvente, i creditori ed ogni altro interessato possono depositare presso la cancelleria del tribunale documenti e memorie scritte contenenti le proprie osservazioni sull'elenco dei creditori, sugli importi indicati e sulle relative cause di prelazione. Nel medesimo termine i soggetti che non figurano nell'elenco dei creditori possono depositare istanza di ammissione dei propri crediti, corredata dai documenti giustificativi.

Nei successivi sessanta giorni il giudice delegato, con la collaborazione del commissario straordinario, forma gli elenchi dei creditori ammessi o ammessi con riserva e di quelli esclusi, con indicazione dei relativi importi e delle cause di prelazione; nel caso di ammissione di strumenti finanziari che non consentano l'individuazione nominativa dei soggetti legittimati, saranno ammessi nell'elenco i crediti relativi all'importo complessivo di ogni singola categoria di strumenti finanziari. Gli elenchi dei creditori ammessi o ammessi con riserva e di quelli esclusi sono quindi depositati presso la cancelleria del tribunale e dichiarati esecutivi con decreto del giudice delegato. Il commissario straordinario comunica senza ritardo ai creditori l'avvenuta pubblicazione degli elenchi; avverso questi elenchi, i creditori e l'imprenditore insolvente possono proporre le impugnazioni che sarebbero state proponibili avverso il decreto di esecutività dello stato passivo.

Legittimazione al voto

La legittimazione al voto è attribuita a tutti i creditori risultati dall'elenco e, quindi, non solo ai creditori chirografari, ma anche ai creditori privilegiati. In tal senso è da interpretare il silenzio della legge, che non prevede alcuna esclusione dal voto dei creditori privilegiati o limitazione alla sola ipotesi di soddisfazione parziale. In questo vi è una grande differenza (la cui *ratio* è di difficile comprensione) rispetto alle altre tipologie di concordato, nelle quali, ove ammesso il voto, i creditori privilegiati possono votare solo se non integralmente soddisfatti.

Silenzio-assenso

Per quanto riguarda l'esercizio del voto, non è prevista un'adunanza e si applica la regola del silenzio-assenso: i creditori che non fanno pervenire il proprio voto entro il termine fissato dal giudice delegato si ritengono favorevoli all'approvazione del concordato (art. 4-*bis*, comma 8, d.l. 347/2003).

Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto in ogni classe.

Sentenza di approvazione del concordato

Se le maggioranze sono raggiunte, si passa alla fase finale del controllo del tribunale, che ha ad oggetto anzitutto la legittimità della proposta e la regolarità della procedura. Qualora il tribunale accerti la legittimità della proposta, la regolarità della procedura ed il raggiungimento delle maggioranze prescritte, approva il concordato con sentenza.

Nel caso in cui la proposta preveda classi diverse ed una o più di queste classi ha votato in senso contrario (nel senso che all'interno della classe i voti contrari sono stati superiori ai voti favorevoli, sempre rapportati all'ammontare dei crediti), il tribunale può approvare malgrado il dissenso di queste classi se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia stata raggiunta la maggioranza complessiva dei crediti ammessi al voto; b) la maggioranza sia stata raggiunta nel maggior numero delle classi; c) i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle altre alternative concretamente praticabili.

Impugnazione

Avverso la sentenza, sia di approvazione che di rigetto, può essere proposta impugnazione dall'imprenditore insolvente, dai creditori e dal commissario straordinario, innanzi alla corte di appello; l'impugnazione non sospende, però, l'efficacia esecutiva della sentenza.

Effetti dell'approvazione

La sentenza che approva il concordato produce effetti nei confronti di tutti i creditori per titolo, fatto, ragione o causa anteriore all'apertura della procedura. In caso di concordato con assunzione, la sentenza determina l'immediato trasferimento all'assuntore dei beni cui si riferisce la proposta di concordato compresi nell'attivo delle società. Il commissario straordinario o, nel caso di concordato per assunzione, l'assuntore, prov-

vedono, anche in pendenza di impugnazione, all'esecuzione del concordato sotto la vigilanza ed il controllo del comitato di sorveglianza e del Ministro delle attività produttive.

La procedura di amministrazione straordinaria si chiude con il passaggio in giudicato della sentenza che approva il concordato.

Sentenza di rigetto

Nel caso di sentenza di rigetto, prosegue la procedura e prosegue l'attività d'impresa, ma, entro sessanta giorni, il commissario straordinario può presentare al Ministro un programma di cessione dei complessi aziendali che può avere una durata non superiore a due anni, decorrenti dalla data di autorizzazione del programma di cessione. Se il programma di cessione non è tempestivamente presentato al Ministro, ovvero non è autorizzato, il tribunale, sentito il commissario straordinario, dispone la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento.

5. La ristrutturazione industriale delle grandi imprese esercenti servizi pubblici essenziali

Finalità

Nell'ambito della disciplina della ristrutturazione industriale, sono dettate alcune norme specifiche per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, oppure che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale. Si tratta di una serie di previsioni dal contenuto variegato, ma tutte accomunate dalla volontà di velocizzare ulteriormente i tempi di accesso e di svolgimento della procedura, al fine di garantire al massimo le esigenze di continuità dell'attività produttiva, la cui interruzione potrebbe determinare pregiudizi irreversibili per l'impresa stessa, gli utenti, l'ambiente e la collettività in generale.

Decreto di ammissione

Per queste imprese, l'ammissione immediata alla procedura e la nomina del commissario straordinario sono disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro dello sviluppo economico; tale decreto può prescrivere il compimento di atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura (art. 2, comma 2, d.l. 347/2003).

Deroghe

In fase di affitto o cessione dei complessi aziendali sono previste regole derogatorie, sia per quanto riguarda le forme, sia per quanto riguarda i criteri di individuazione dell'affittuario o acquirente. Fermo restando il rispetto dei princìpi di trasparenza e non discriminazione, il commissario straordinario individua l'affittuario o l'acquirente, a trattativa privata, tra i soggetti che garantiscono, a seconda dei casi, la continuità nel medio periodo del relativo servizio pubblico essenziale ovvero la continuità produttiva dello stabilimento industriale di interesse strategico nazionale anche con riferimento alla garanzia di adeguati livelli occupazionali, nonché la rapidità ed efficienza dell'intervento, anche con riferimento ai profili di tutela ambientale e il rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione nazionale e dai Trattati sottoscritti dall'Italia (art. 4, comma 4-*quater*, d.l. 347/2003). Come si vede, il carattere subordinato dell'interesse dei creditori è qui ancora più accentuato, perché il criterio del massimo realizzo non è nemmeno indicato, dovendosi guardare in modo prevalente alla tutela di altri interessi.

Sempre per garantire la continuità produttiva, è previsto che l'ammissione alla procedura e lo stato di insolvenza di queste imprese non comportano, per un periodo di diciotto mesi dalla data di ammissione, il venir meno dei requisiti per il mantenimento, in capo alle stesse, delle eventuali autorizzazioni, certificazioni, licenze, concessioni o altri atti o titoli per l'esercizio e la conduzione delle relative attività svolte; in caso di affitto o cessione di aziende e rami di aziende, le autorizzazioni, certificazioni, licenze, concessioni o altri atti o titoli sono rispettivamente trasferiti all'affittuario o all'acquirente (art. 4, comma 4-*sexies*, d.l. 347/2003).

Altra deroga è relativa alla disciplina in materia di concorrenza per le operazioni di concentrazione previste nel programma o comunque autorizzate (art. 4, comma 4-*quinquies*, d.l. 347/2003).

Ripartizione dell'attivo

In fase di ripartizione dell'attivo, inoltre, per le sole imprese che gestiscono almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale, i crediti anteriori all'ammissione alla procedura, vantati da piccole e medie imprese, relativi a prestazioni necessarie al risanamento ambientale, alla sicurezza e alla continuità dell'attività degli impianti produttivi essenziali, nonché i crediti anteriori relativi al risanamento ambientale, alla sicurezza e all'attuazione degli interventi in materia di tutela dell'ambiente e della salute, sono prededucibili e le distribuzioni di acconti parziali ai creditori prededucibili sono effettuate dal commissario straordinario dando preferenza al pagamento dei crediti delle imprese fornitrici (art. 3, comma 1-*ter*, d.l. 347/2003).

INDICE ANALITICO

I numeri romani indicano il capitolo, i numeri arabi indicano la sezione (ove presente) ed il paragrafo

A

Accantonamenti
(v. *Ripartizione dell'attivo*)
Accertamento del passivo
- nel concordato preventivo: VI, 4, 2
- nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 9
- nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 7
- nella liquidazione controllata: XI, 4, 4
- nella liquidazione giudiziale: IX, 8
- - ammissione con riserva: IX, 8, 2
- - domanda di ammissione al passivo: IX, 8, 2
- - domanda di rivendica e restituzione: IX, 8, 5
- - domanda tardiva: IX, 8, 4
- - domanda ultratardiva: IX, 8, 4
- - impugnazioni: IX, 8, 3
- nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 6

Accertamento giudiziario dello stato di insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 4
Accordi di ristrutturazione dei debiti:
- accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa: V, 8
- accordi di ristrutturazione agevolati: V, 7
- attestazione: V, 3
- effetti: V, 5
- omologazione: V, 4
- piano: V, 3
- rinegoziazione: V, 6

Adeguatezza delle misure e degli assetti: II, 2
Amministratori:
- azione di responsabilità nel concordato preventivo: VI, 7, 4
- azione di responsabilità nella liquidazione giudiziale: IX, 13, 5
- effetti della liquidazione coatta amministrativa sul rapporto di amministrazione: XII, 6
- effetti della liquidazione giudiziale sul rapporto di amministrazione: IX, 13, 3
- obblighi nella fase esecutiva del concordato preventivo: VI, 7, 5
- obblighi nella liquidazione giudiziale: IX, 3, 3; IX, 13, 3

Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza:
- accertamento del passivo: XIII, 1, 9
- chiusura: XIII, 1, 13
- concordato: XIII, 1, 14
- conversione: XIII, 1, 12
- dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza: XIII, 1, 4
- effetti del decreto di apertura: XIII, 1, 8
- effetti della dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza: XIII, 1, 5
- fase iniziale: XIII, 1, 5
- gruppo di imprese: XIII, 1, 15
- liquidazione dell'attivo: XIII, 1, 10
- organi: XIII, 1, 7
- presupposto oggettivo: XIII, 1, 3
- presupposto soggettivo: XIII, 1, 3
- programma: XIII, 1, 10
- ripartizione dell'attivo: XIII, 1, 11

Annullamento:
- del concordato omologato nella liquidazione giudiziale: IX, 12, 10
- del concordato preventivo omologato: VI, 6, 2

– del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 8
Apertura:
– del concordato minore: XI, 3, 2; XI, 3, 4
– del concordato preventivo: VI, 2, 7
– del concordato semplificato: VIII, 5
– dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 4; XIII, 1, 6
– della liquidazione coatta amministrativa: XII, 4
– della liquidazione controllata: XI, 4, 2
– della liquidazione giudiziale: IX, 1, 1-7
– della ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 4
– della ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 2
– del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 5
Archiviazione: III, 5; III, 7
Assetti organizzativi adeguati: II, 2
Assuntore:
– nel concordato nella liquidazione giudiziale: IX, 12, 4
– nel concordato preventivo: VI, 2, 4
Attestazione:
(v. *Piano*)
(v. *Professionista Indipendente*)
Atti a titolo gratuito:
(v. *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*)
Atti di frode:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 5
– nel concordato minore: XI, 3, 4; XI, 3, 8
– nel concordato preventivo: VI, 2, 5; VI, 2, 6; VI, 3, 5
– nel concordato semplificato: VIII, 4
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 5; XI, 2, 8
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 4; VII, 5
Ausiliario: VIII, 5
Autorità di vigilanza:
– domanda di apertura della liquidazione giudiziale: IX, 1, 4
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 5
Azienda:
– affitto nella liquidazione giudiziale: IX, 9, 3
– effetti della liquidazione giudiziale sul contratto: IX, 6, 3
– vendita nel concordato preventivo: VI, 1, 3; VI, 6, 1
– vendita nel concordato semplificato: VIII, 6
– vendita nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 10
– vendita nella composizione negoziata: III, 6
– vendita nella liquidazione giudiziale: XI, 9, 5

B

Bancarotta: V, 2; V, 5; VI, 3, 2; VI, 14, 3; XII, 4
Beni:
– compresi nello spossessamento: IX, 3, 2
– non inclusi nell'inventario: IX, 7, 2
– sopravvenuti: IX, 3, 2
– strettamente personali: IX, 3, 2
Buona fede: I, 5; III, 5

C

Cancelliere: IX, 7, 2; IX, 7, 3
Celerità delle procedure: I, 5
Cessazione dell'attività del debitore: IV, 5
Chiusura:
– dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 13
– della liquidazione coatta amministrativa: XII, 10
– della liquidazione controllata: XI, 4, 5
– della liquidazione giudiziale: IX, 11, 1-4
Classi di creditori:
– nel concordato minore: XI, 3, 2
– nel concordato nella liquidazione giudiziale: IX, 12, 4
– nel concordato nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 4
– nel concordato preventivo: VI, 2, 4; VI, 4, 5
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 2

– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 3
Classi di soci: VI, 7, 2
Codice Antimafia: IX, 11, 2
Comitato dei creditori:
– nel concordato preventivo: VI, 3, 1
– nella liquidazione giudiziale: IX, 2, 6
Comitato di sorveglianza:
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 7
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 5
Commissario giudiziale:
– nel concordato preventivo: VI, 3, 1
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 5
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 5
Commissario liquidatore: XII, 5
Commissario straordinario: XIII, 1, 7
Compensazione:
(v. *Effetti per i creditori*)
Competenza: IV, 4
Composizione negoziata della crisi:
– archiviazione dell'istanza di: III, 5; III, 7
– autorizzazioni del tribunale: III, 6
– conclusione delle trattative: III, 7
– conduzione delle trattative: III, 4
– domanda: III, 3
– esperto: III, 3
– gruppi di imprese: III, 8
– legittimazione: III, 2
– misure protettive: III, 5
– presupposto oggettivo: III, 2
– presupposto soggettivo: III, 2
Concordato minore:
– approvazione: XI, 3, 5
– avvio: XI, 3, 3
– domanda: XI, 3, 2
– effetti dell'apertura: XI, 3, 4
– effetti dell'omologazione: XI, 3, 7
– esecuzione: XI, 3, 8
– natura: XI, 3, 1
– omologazione: XI, 3, 6
– piano: XI, 3, 2
– presupposto oggettivo: XI, 1, 3
– presupposto soggettivo: XI, 1, 2
– proposta: XI, 3, 2
– revoca: XI, 3, 8
– tipologie: XI, 3, 1
Concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 14
Concordato nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 10
Concordato nella liquidazione giudiziale:
– annullamento del: IX, 12, 10
– effetti del: IX, 12, 9
– esecuzione: IX, 12, 10
– legittimazione alla presentazione della proposta: IX, 12, 2
– omologazione: IX, 12, 8
– procedimento: IX, 12, 6
– proposta di: IX, 12, 3; IX, 12, 4; IX, 12, 5
– risoluzione del: IX, 12, 10
– voto: IX, 12, 7
Concordato nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 4
Concordato preventivo:
– annullamento del: VI, 6, 2
– apertura: VI, 2, 7
– approvazione: VI, 4, 5
– delle società: VI, 7, 1-5
– domanda con riserva: VI, 2, 6
– domanda di accesso: VI, 2, 2
– effetti dell'apertura: VI, 3, 2
– effetti della domanda di accesso: VI, 2, 5
– esecuzione del: VI, 6, 1
– finanziamenti in funzione o in esecuzione del: VI, 3, 3
– in continuità aziendale: VI, 1, 3
– legittimazione: VI, 2, 1
– liquidatorio: VI, 1, 3
– offerte concorrenti: VI, 3, 4
– omologazione: VI, 5, 1; VI, 5, 2
– organi: VI, 3, 1
– piano: VI, 2, 3
– presupposto oggettivo: VI, 2, 1
– presupposto soggettivo: VI, 2, 1
– proposta: VI, 2, 4
– proposte concorrenti: VI, 3, 4
– risoluzione del: VI, 6, 2
– voto: VI, 4, 1-5
Concordato semplificato:
– apertura: VIII, 4
– domanda di accesso: VIII, 3
– effetti dell'apertura: VIII, 4

– effetti della domanda di accesso: VIII, 4
– esecuzione del: VIII, 7
– legittimazione: VIII, 2
– omologazione: VIII, 5
– organi: VIII, 4
– piano: VIII, 3
– presupposto oggettivo: VIII, 2
– presupposto soggettivo: VIII, 2
– proposta: VIII, 3
– risoluzione del: VIII, 7
Concorso formale:
(v. *Effetti per i creditori*)
Concorso sostanziale:
(v. *Effetti per i creditori*)
Conflitto d'interessi dei creditori:
(v. *Voto*)
Consumatore: XI, 1, 2
Contratti di garanzia finanziaria: IX, 4, 3
Contratti pendenti:
(v. *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*)
Convenzione di moratoria: V, 9
Conversione:
– del concordato minore: XI, 3, 8
– dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 12
– della ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 8
– del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 7
Coobbligati in solido con il debitore il cui patrimonio è sottoposto a liquidazione giudiziale:
(v. *Effetti per i creditori*)
Correttezza: I, 5; III, 5
Cram down fiscale e contributivo: V, 4; VI, 4, 5; VI, 5, 3
Crediti:
– disciplina dei: v. *Effetti per i creditori*
– rango: I, 6
Credito fondiario: IX, 4, 2
Creditori:
(v. *Effetti per i creditori*)
(v. *Ordine di distribuzione delle somme*)
(v. *Ripartizione dell'attivo*)
Creditori estranei: V, 3; V, 8
Creditori pubblici qualificati: II, 3
Crisi: VI, 2, 1
Curatore: IX, 2, 4; IX, 2, 5

D

Data certa: IX, 3, 2
Dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza:
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 4
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 2
Disposizioni comuni agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza:
– cessazione attività del debitore: IV, 5
– competenza: IV, 4
– definizione: IV, 1
– giurisdizione: IV, 2
– procedimento unitario: IV, 6
Domanda di ammissione al passivo:
(v. *Accertamento del passivo*)
Domanda di rivendica e restituzione:
(v. *Accertamento del passivo*)
Domanda tardiva di ammissione al passivo:
(v. *Accertamento del passivo*)
Domanda ultratardiva di ammissione
(v. *Accertamento del passivo*)

E

Effetti per i creditori:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 5
– negli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento: V, 2
– nel concordato minore: XI, 3, 4
– nel concordato preventivo: VI, 2, 5; VI, 2, 6; VI, 3, 2; VI, 5, 4
– nel concordato semplificato: VIII, 4
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 5; XIII, 1, 8
– nella composizione negoziata: III, 5
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 6
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 3
– nella liquidazione giudiziale: IX, 4, 1; IX, 4, 2; IX, 4, 3
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 4
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 1
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 4

Effetti per il debitore:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 5
– nel concordato minore: XI, 3, 4
– nel concordato preventivo: VI, 2, 5; VI, 2, 6; VI, 3, 2; VI, 5, 4
– nel concordato semplificato: VIII, 4; VIII, 5
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 5; XIII, 1, 8
– nella composizione negoziata: III, 4
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 6
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 3
– nella liquidazione giudiziale: IX, 3, 1; IX, 3, 2; IX, 3, 3
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 4
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 3
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 4; VII, 8
Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori:
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 8
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 6
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 3
– nella liquidazione giudiziale: IX, 5
– – atti "anormali": IX, 5, 3
– – atti a titolo gratuito: IX, 5, 2
– – atti "normali": IX, 5, 4
– – azione revocatoria ordinaria: IX, 5, 9
– – effetti della revoca: IX, 5, 8
– – esenzioni da revocatoria: IX, 5, 5
– – limiti temporali: IX, 5, 7
– – pagamenti anticipati: IX, 5, 2
– – regimi revocatori speciali: IX, 5, 6
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 3
Effetti sui rapporti giuridici preesistenti:
– nel concordato minore: XI, 3, 4
– nel concordato preventivo: VI, 2, 6; VI, 3, 2
– nel concordato semplificato: VIII, 4
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 5; XI, 1, 8
– nella composizione negoziata: III, 4
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 6
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 3
– nella liquidazione giudiziale: IX, 6, 1; IX, 6, 2; IX, 6, 3; IX, 6, 4
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XIII, 2, 4
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 3
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 4
Effetto purgativo:
(v. *Liquidazione dell'attivo*)
Enti collettivi non societari: IX, 13, 9
Enti pubblici: IX, 1, 2
Esdebitazione:
– del sovraindebitato incapiente: XI, 6, 1; XI, 6, 2; IX, 6, 3
– nel concordato di liquidazione: IX, 12, 9
– nel concordato minore: XI, 3, 7
– nel concordato preventivo: VI, 5, 2
– nel concordato semplificato: VIII, 6
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 6
– nella liquidazione giudiziale: IX, 14, 1; IX, 14, 2; IX, 14, 3; IX, 14, 4
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 7
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 8
Esercizio dell'impresa nella liquidazione giudiziale: IX, 9, 2
Esperto: III, 3

F

Fascicolo della procedura: IX, 7, 3
Finanziamenti prededucibili:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 5
– nel concordato preventivo: VI, 3, 3
– nella composizione negoziata: III, 4
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 4
Formazione dello stato passivo
(v. *Accertamento del passivo*)

G

Giudice delegato:
– nel concordato preventivo: VI, 3, 1
– nel concordato semplificato: VIII, 4

– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 5; XI, 1, 7
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 5
– nella liquidazione giudiziale: IX, 2, 3
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 5
Giurisdizione: IV, 2
Giurisdizione amministrativa: IX, 4, 3
Giurisdizione contabile: IX, 4, 3
Giurisdizione tributaria: IX; 4, 3
Globalità: I, 4
Gruppi di imprese:
– accordi di ristrutturazione di gruppo: X, 5
– azioni di inefficacia tra imprese del gruppo: X, 7
– azioni di responsabilità tra società del gruppo: X, 7
– composizione negoziata di gruppo: III,8
– concordato di gruppo: X, 2; X, 3
– liquidazione giudiziale di gruppo: X, 6
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 15
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 4
– piani attestati di risanamento di gruppo: X, 5

I

Imprenditore:
– agricolo: XI, 1, 2
– cessato: IV, 5
– collettivo non societario: IX, 13, 9
– commerciale: IX, 1, 2
– defunto: IV, 5
– minore: IX, 1, 2
Impugnazione dei crediti ammessi:
(v. *Accertamento del passivo*)
Incapienza del credito privilegiato:
(v. *Ordine delle cause di prelazione*)
(v. *Ordine di distribuzione delle somme*)
(v. *Proposta*)
Iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale: IX, 1, 4
Insolvenza: IX, 1, 3
Insolvenza transfrontaliera: IV, 3
Interessi:
(v. *Effetti per i creditori*)
Inventario: IX, 7, 2

L

Liquidazione coatta amministrativa:
– accertamento giudiziario dello stato di insolvenza: XII, 4
– apertura: XII, 4
– chiusura: XII, 9
– concordato: XII, 10
– effetti dell'apertura: XII, 6
– finalità: XII, 1
– formazione dello stato passivo: XII, 7
– liquidazione dell'attivo: XII, 8
– organi: XII, 5
– presupposto oggettivo: XII, 2
– presupposto soggettivo: XII, 2
– rapporti con le altre procedure: XII, 3
– ripartizione dell'attivo: XII, 8
Liquidazione controllata del sovraindebitato:
– accertamento del passivo: XI, 4, 4
– apertura: XI, 4, 2
– chiusura: XI, 4, 5
– effetti dell'apertura: XI, 4, 3
– esdebitazione: XI, 4, 6
– funzione: XI, 4, 1
– liquidazione dell'attivo: XI, 4, 5
– natura: XI, 4, 1
– ripartizione dell'attivo: XI, 4, 5
Liquidazione dell'attivo:
– nel concordato minore: XI, 3, 8
– nel concordato preventivo: VI, 3, 4; VI, 6, 1
– nel concordato semplificato: VIII, 6
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 10
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 8
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 5
– nella liquidazione giudiziale: IX, 9, 1; IX, 9, 2; IX, 9, 3; IX, 9, 4; IX, 9, 5
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 8
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 8
Liquidazione giudiziale:
– accertamento del passivo e dei diritti dei terzi: IX, 8, 1-6
– apertura: IX, 1, 1-7
– chiusura: IX, 11, 1-5
– concordato: IX, 12, 1-10
– custodia e amministrazione dei beni compresi nella: IX, 7, 1-3

– delle società e delle imprese collettive non societarie: IX, 13, 1-9
– effetti dell'apertura per i creditori: IX, 4, 1-3
– effetti dell'apertura per il debitore: IX, 3, 1-3
– effetti dell'apertura sugli atti pregiudizievoli ai creditori: IX, 5, 1-9
– effetti dell'apertura sui rapporti giuridici preesistenti: IX, 6, 1-4
– esdebitazione: IX, 14, 1-4
– finalità: IX, 1, 1
– liquidazione dell'attivo: IX, 9, 1-6
– organi: IX, 2, 1-7
– presupposto oggettivo: IX, 1, 3
– presupposto soggettivo: IX,1, 2
– ripartizione dell'attivo: IX, 10, 1-4

M

Mancata acquisizione dei beni: IX, 9, 6
Meritevolezza del consumatore: XI, 2, 4
Ministro dello sviluppo economico: XIII, 1, 7
Misure cautelari penali: IX, 4, 2
Misure premiali: III, 6
Misure protettive: III, 5; V, 5; VI, 2, 5; VI, 2, 6; VII, 4; VIII, 4

O

Officiosità: I, 3
Omologazione:
– del concordato minore: XI, 3, 6
– del concordato nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 14
– del concordato nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 10
– del concordato nella liquidazione giudiziale: IX, 12, 8
– del concordato nella ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 4
– del concordato preventivo: VI, 5, 1
– del concordato semplificato: VIII, 6
– della ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 7
– del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 8
Opposizione stato passivo
(v. *Accertamento del passivo*)
Ordinaria e straordinaria amministrazione
(v. *Effetti per il debitore*)
Ordine delle cause di prelazione:
– nel concordato minore: XI, 3, 2
– nel concordato nella liquidazione giudiziale: IX, 12, 4
– nel concordato preventivo: VI, 2, 4
– nel concordato semplificato: VIII, 3
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 2
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 3
Ordine di distribuzione delle somme:
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 11
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 8
– nella liquidazione controllata: IX, 4, 5
– nella liquidazione giudiziale: IX, 10, 2
– nelle procedure concorsuali in generale: I. 6
(v. anche *Ripartizione dell'attivo*)
Organi di controllo societari: II, 3; IX, 1, 4
Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC): XI, 2, 3

P

Pagamenti:
(v. *Effetti per il debitore*)
(v. *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*)
(v. *Ripartizione dell'attivo*)
Par condicio creditorum: I, 6
Patrimoni destinati: IX, 6, 3; IX, 13, 6
Piano:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 3
– nei piani attestato di risanamento: V, 2
– nel concordato minore: XI, 3, 2
– nel concordato preventivo: VI, 2, 3
– nel concordato semplificato: VIII, 3
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 3, 2
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 3
Piano attestato di risanamento: V, 2
Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione:
– annullamento del: VII, 8

– apertura: VII, 5
– conversione in concordato preventivo: VII, 7
– domanda di accesso: VII, 5
– effetti dell'apertura: VII, 5
– effetti della domanda di accesso: VII, 4
– esecuzione del: VII, 8
– legittimazione: VII, 2
– omologazione: VII, 8
– organi: VII, 5
– piano: VII, 3
– presupposto oggettivo: VII, 2
– presupposto soggettivo: VII, 2
– proposta: VII, 3
– risoluzione del: VII, 8
– voto: VII, 6
Portale delle vendite pubbliche: IX, 9, 5
Prededuzione
(v. *Effetti per i creditori*)
(v. *Ordine delle cause di prelazione*)
(v. *Ordine di distribuzione delle somme*)
(v. *Ripartizione dell'attivo*)
Presupposto oggettivo:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 3
– nei piani attestati di risanamento: V, 2
– nel concordato minore: XI, 1, 3
– nel concordato preventivo: VI, 2, 1
– nel concordato semplificato: VIII, 2
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 3
– nella composizione negoziata: III, 2
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 2
– nella liquidazione controllata: XI, 1, 3
– nella liquidazione giudiziale: IX, 1, 3
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 1, 3
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 1
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 2
Presupposto soggettivo:
– negli accordi di ristrutturazione dei debiti: V, 3
– negli accordi in esecuzione di un piano attestato di risanamento: V, 2
– nel concordato minore: XI, 1, 2
– nel concordato preventivo: VI, 2, 1
– nel concordato semplificato: VIII, 2
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 3
– nella composizione negoziata: III, 2
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 2
– nella liquidazione controllata: XI, 1, 2
– nella liquidazione giudiziale: IX, 1, 2
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 1, 2
– nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 1
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 2
Previsione di insufficiente realizzo: IX, 8, 6
Principi generali: I, 5; I, 6
Procedimento unitario: IV, 5
Procedure competitive:
(v. *Liquidazione dell'attivo*)
Procedure concorsuali: I, 3
Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento: XI
Procedure familiari di sovraindebitamento:
– ambito di applicazione: XI, 5, 1
– condizione: XI, 5, 2
– presupposti: XI, 5, 2
– procedimento: XI, 5, 3
Professionista indipendente: V, 2; V, 3; VI, 2, 3: VII, 3
Professionisti intellettuali: XI, 1, 2
Programma di liquidazione: IX, 9, 4
Proposta:
– nel concordato minore: XI, 3, 2
– nel concordato preventivo: VI, 2, 4
– nel concordato semplificato: VIII, 3
– nella ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 3, 2
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 3
Pubblico ministero: VII, 1, 5; VII, 2, 5

R

Rapporti di lavoro subordinato:
(v. *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*)
Reclamo:
– contro il decreto di apertura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 6

– contro il decreto di omologazione del concordato preventivo: VI, 5, 3
– contro il decreto di rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale: IX, 1, 7
– contro i provvedimenti, gli atti e le omissioni degli organi della liquidazione giudiziale: IX, 2, 7
– contro la sentenza di accertamento dello stato di insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 4
– contro la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale: IX, 1, 7
Rendiconto: IX, 10, 4
Restituzione (domande di):
(v. *Accertamento del passivo*)
Revisore contabile: VII, 1, 4
Revoca:
– dell'omologazione del concordato minore: XI, 3, 8
– dell'omologazione del concordato preventivo: VI, 5, 3
– dell'omologazione della ristrutturazione dei debiti del consumatore: XI, 2, 8
– della liquidazione giudiziale: IX, 1, 7
Revocatoria concorsuale:
(v. *Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori*)
Revocazione dei crediti ammessi:
(v. *Accertamento del passivo*)
Riapertura della liquidazione giudiziale: IX, 11, 5
Ripartizione dell'attivo:
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 11
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 8
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 5
– nella liquidazione giudiziale: IX, 10, 1; IX, 10, 2; VII, 10, 3
(v. anche *Ordine di distribuzione delle somme*)
Risoluzione:
– azione di: IX, 6, 1
– del concordato nella liquidazione giudiziale omologato: IX, 12, 10
– del concordato preventivo omologato: VI, 6, 2
– del concordato semplificato omologato: VIII, 6
– del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione omologato: VII, 8
Ristrutturazione dei debiti del consumatore:
– avvio: XI, 2, 4
– domanda: XI, 2, 2
– effetti dell'apertura: XI, 2, 5
– effetti dell'omologazione: XI, 2, 7
– esecuzione: XI, 2, 8
– natura: XI, 2, 1
– omologazione: XI, 2, 6
– piano: XI, 2, 2
– presupposto oggettivo: XI, 1, 3
– presupposto soggettivo: XI, 1, 2
– proposta: XI, 2, 2
– revoca: XI, 2, 8
Ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza:
– apertura: XIII, 2, 2
– concordato: XIII, 2, 4
– funzione: XIII, 2, 1
– natura: XIII, 2, 1
– presupposto oggettivo: XIII, 2, 1
– presupposto soggettivo: XIII, 2, 1
– procedimento: XIII, 2, 3
Rivendica (domanda di):
(v. *Accertamento del passivo*)

S

Segnalazioni per la anticipata emersione della crisi: II, 3
Sentenza di apertura della liquidazione giudiziale: IX, 1, 7
Sigilli: IX, 7, 2
Sindaci:
– azione di responsabilità nel concordato preventivo: VI, 7, 4
– azione di responsabilità nella liquidazione giudiziale: IX, 13, 5
– effetti della liquidazione giudiziale sui sindaci di società in procedura: IX, 13, 3
– legittimazione a presentare domanda di apertura della liquidazione giudiziale: IX, 1, 4
– segnalazione per la tempestiva emersione della crisi: II, 3
Soci:
– nei concordati di gruppo: X, 3
– nel concordato preventivo: VI, 7, 2: VI, 7, 3
– nella liquidazione controllata: XI, 4, 3

– nella liquidazione giudiziale: IX, 13, 1-8
Società:
– nel concordato preventivo: VI, 7, 1-5
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 6
– nella liquidazione giudiziale: IX, 13, 1-8
Sovraindebitamento:
(v. *Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*)
Spossessamento:
(v. *Effetti per il debitore*)
Start-up innovative: XI, 1, 2
Stato di crisi: VI, 2, 1
Stato passivo
(v. *Accertamento del passivo*)
Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: I, 4

T

Tempestiva emersione della crisi: II, 1-5
Transazione su crediti tributari e contributivi: V, 10
Tribunale:
– nel concordato preventivo: VI, 3, 1
– nel concordato semplificato: VIII, 4
– nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 1, 5; XIII, 1, 7
– nella composizione negoziata: III, 5
– nella liquidazione coatta amministrativa: XII, 5
– nella liquidazione giudiziale: IX, 2, 2
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 5

U

Universalità: I, 3

V

Vendita:
(v. *Liquidazione dell'attivo*)
Voto:
– nel concordato minore: XI, 3, 5
– nel concordato nella liquidazione: IX, 12, 7
– nel concordato nella ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza: XIII, 2, 4
– nel concordato preventivo: VI, 4, 1-5
– nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione: VII, 6