Euroconference Editoria

CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Diritto

Novità del decreto correttivo al Codice della crisi

di Nicla Corvacchiola 3

La nuova definizione di *default* in vigore dal 1° gennaio 2021 alla luce delle linee guida EBA

di Alessandro Solidoro 15

Il concordato tra continuità, liquidazione programmata dei beni e moratoria ultrannuale

di Domenica Capezzera 24

Diritto di prelazione e vendite competitive, la natura coattiva del trasferimento ex articolo 163-*bis*, L.F.

di Ernestina De Medio 33

Note di variazione Iva nelle procedure concorsuali alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali

di Tiziana Corsi e Cesare Meroni e Gualtiero Terenghi 44

Per l'esdebitazione del socio, fallito in estensione, deve considerarsi anche la percentuale di soddisfazione dei creditori del fallimento principale

di Federico Colognato e Valeria Marocchio 54

L'articolo 70, L.F., il "rientro" nella revocatoria delle rimesse e la difficile convivenza con l'articolo 67, L.F.

di Maurizio Pocetti 64

Il compenso del gestore della crisi e il limite della piena soddisfazione del creditore prelatizio

di Giulio Pennisi 74

Operatività

Bancarotta fraudolenta: la logica del gruppo

di Gianfranco Antico 83

Nessuna compensazione tra credito Iva chiesto a rimborso e debiti tributari successivamente iscritti a ruolo

di Eleonora Cannizzo 92

Effetti della transazione fiscale ex articolo 182-ter ed eventuali azioni erariali

di Melo Martella 103

Il Codice della Crisi sulla scrivania

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

di Massimo Conigliaro e Nicla Corvacchiola 111

Osservatorio

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro 122

Novità del decreto correttivo al Codice della crisi

di Nicla Corvacchiola - dottore commercialista docente a contratto presso l'Università Carlo Cattaneo LIUC

Con l'emanazione del D.Lgs. 147/2020 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, il Legislatore ha introdotto importanti disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.Lgs. 14/2019 (nuovo Codice).
Il decreto correttivo si propone di emendare il testo del D.Lgs. 14/2019 da alcuni refusi, chiarire il contenuto delle disposizioni controverse e introdurre modifiche finalizzate a coordinare la disciplina dei differenti istituti.
Nel seguente intervento andremo ad analizzare le novità più significative in tema di competenza esclusiva in capo agli amministratori dell'istituzione degli assetti organizzativi dell'impresa, la nuova definizione di crisi d'impresa e dei suoi indicatori nonché l'innalzamento delle soglie rilevanti ai fini dell'attivazione della c.d. allerta esterna da parte dell'Agenzia delle entrate.

Introduzione

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è stato emanato con il D.Lgs. 14/2019 (nuovo Codice) il quale ne prevedeva inizialmente l'entrata in vigore il 15 agosto 2020, tranne che per la parte che ha novellato il codice civile che è entrata in vigore già dal 16 marzo 2019. A causa dell'emergenza sanitaria l'entrata in vigore è stata differita al1° settembre 2021 a opera del c.d. Decreto "Liquidità"[1].

Il decreto correttivo del Codice della crisi, pubblicato, nella Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, non si limita a effettuare mere modifiche formali ma incide in maniera ragguardevole sia sul c.d. diritto societario della crisi sia sulla definizione di crisi e i suoi indicatori, nonché su istituti quali la transazione fiscale.

Le nuove disposizioni intervengono, in primo luogo, a chiarire la portata delle disposizioni del Codice della crisi d'impresa, attraverso la precisazione della nozione di crisi, rispetto alla quale le parole *"difficoltà economico-finanziaria"* vengono sostituite con l'espressione *"squilibrio economico-finanziario"*[2].

[1] L. 40/2020 recante *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 8 aprile 2020, n.23"* pubblicato in G.U. n. 143 del 6 giugno 2020.
[2] Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività.

Viene inoltre precisata la nozione di gruppo di imprese, nella cui definizione vengono espressamente esclusi lo Stato e gli enti territoriali.

Vengono ridefinite le disposizioni sull'obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari e dei creditori pubblici qualificati e viene riscritta la previsione sull'iniziativa del Pubblico Ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale laddove abbia avuto notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.

Si prevede, peraltro, che il Pubblico Ministero possa intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il Decreto interviene anche riguardo la parte sulle procedure di allerta e composizione della crisi, le misure protettive, gli obblighi del debitore che chiede l'accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza, l'accesso al concordato preventivo e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione[3].

Introdotte anche alcune modifiche alle misure in tema di accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, di ristrutturazione dei debiti, di procedure di sovraindebitamento, di concordato preventivo e di liquidazione giudiziale.

Tra le novità di rilievo, il Decreto modifica l'articolo 356, D.Lgs. 14/2019, sull'Albo dei soggetti incaricati dall'Autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice.

In particolare, nell'ambito dei requisiti per l'iscrizione al detto Albo, si segnala la riduzione, da 4 a 2, del numero di procedure concorsuali negli ultimi 4 anni rispetto alle quali gli interessati dovranno documentare di avere ricoperto l'incarico di curatore fallimentare, commissario o liquidatore giudiziale.

Doveri degli amministratori

Il Decreto correttivo interviene in tema di amministrazione delle imprese chiarendo il contenuto del nuovo[4] comma 2, articolo 2086, cod. civ. rubricato "gestione dell'impresa". In particolare, viene chiarito che agli amministratori delle società di persone e a responsabilità limitata è affidata in via esclusiva soltanto l'istituzione degli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva percezione dei segnali di crisi e non già l'intera amministrazione societaria che potrà continuare a essere oggetto di condivisione con gli altri soci che non ricoprono cariche amministrative. In tal modo vengono riconosciuti ai soci delle Srl particolari diritti inerenti l'amministrazione dando un'interpretazione

[3] Il sistema delle procedure di allerta a causa dell'emergenza sanitaria è stato rinviato al 1° settembre 2021 in quanto il peggioramento delle condizioni di salute di un considerevole numero di aziende a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19, avrebbe reso inevitabili immediate segnalazioni già a partire dall'anno 2020. Il Legislatore, con il rinvio, ha voluto preservare il più possibile la continuità delle imprese in questo periodo economico totalmente anomalo.

[4] Introdotto dall'articolo 375, comma 2 del nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza in vigore dal 16 marzo 2019.

autentica degli articoli 2257 (amministrazione disgiuntiva) e 2475 (amministrazione delle società) del cod. civ..

Nozione di crisi

Il Decreto correttivo modifica la nozione di crisi contenuta nell'articolo 2 del Codice modificando la precedente definizione che identificava la crisi in uno stato di *"difficoltà economico-finanziaria"* dell'impresa.

Il concetto di crisi viene ora individuato come *"squilibrio economico–finanziario"* che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici per far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

L'indicatore della situazione di squilibrio è rappresentata dalla non sostenibilità dei debiti per i 6 mesi successivi e l'assenza di prospettiva di continuità aziendale per l'arco temporale di riferimento come specificato dall'articolo 13, D.Lgs. 14/2019.

Procedura di allerta

L'esigenza di limitare eccessi di segnalazione e i connessi rischi di falsi positivi ha indotto il Legislatore con il Decreto correttivo a innalzare le soglie rilevanti ai fini dell'attivazione esterna da parte dell'Agenzia delle entrate[5].

L'esposizione debitoria, a seguito delle modifiche apportate dal correttivo, è infatti considerata di importo rilevante quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato ai fini Iva, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche *ex* articolo 21-*bis*, D.L. 78/2010 convertito dalla L. 122/2010, è superiore ai seguenti valori di riferimento:

– 100.000 euro, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore a un milione di euro;

– 500.000 euro, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore a 10 milioni di euro;

– 1.000.000 di euro, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente è superiore a 10 milioni di euro.

[5] L'articolo 15, D.Lgs. 14/2019 dispone che l'Agenzia delle entrate ha l'obbligo di segnalare al debitore non solo che la sua esposizione debitoria ha superato un importo rilevante, ma anche che essa effettuerà la segnalazione all'OCRI qualora, entro 90 giorni dalla ricezione dell'avviso, non provveda a regolarizzare la situazione ovvero a presentare istanza di composizione assistita o domanda per l'accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

La novella ha altresì fissato in 60 giorni dalla comunicazione di irregolarità *ex* articolo 54-*bis*, D.P.R. 633/1972, il termine tassativo entro il quale l'Agenzia delle entrate deve trasmettere l'avviso al debitore.

In tema di allerta interna il Decreto è intervenuto estendendo anche ai revisori l'esonero[6], previsto dall'articolo 14 del Codice, dell'obbligo di riservatezza di cui all'articolo 9-*bis*, D.Lgs. 39/2010.

All'articolo 17 del Codice viene previsto che il referente presso la CCIAA dia notizia delle segnalazioni ricevute oltre cha all'organo di controllo anche al revisore.

OCRI (Organismo di composizione della crisi d'impresa)

Sono state altresì apportate modifiche alle disposizioni relative alle modalità di designazione dei componenti dell'OCRI, così come previsto dall'articolo 17 del nuovo Codice.

Il referente dell'organismo deve infatti procedere alla nomina di un collegio di 3 esperti tra quelli iscritti nell'Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice.

Il Decreto correttivo dispone che uno dei componenti dell'OCRI vada designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore scegliendo tra una rosa di 3 nominativi che quest'ultimo è tenuto a indicare.

Il referente è inoltre investito del compito di provvedere, sentito il debitore, alla designazione quando è impossibile individuare l'associazione rappresentativa del settore di riferimento.

È stata altresì introdotta una procedura per la sostituzione degli esperti che compongono il collegio in caso di inerzia o mancato adempimento dei compiti loro affidati così come riscontrata dal referente.

Il referente deve, in questo caso, segnalare la situazione al Presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale, al Presidente della Camera di commercio e al rappresentante dell'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore che debbono procedere, entro 3 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta, alla designazione di un nuovo esperto in sostituzione di quello inerte o inadempiente.

Nel collegio di esperti viene richiesta la presenza di almeno un componente che abbia i requisiti di legge per svolgere le funzioni di esperto attestatore, posto che in caso contrario rimarrebbe preclusa per il debitore di richiedere che il collegio attesti la veridicità dei dati aziendali su presentazione della domanda di concordato preventivo o di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

[6] Originariamente riferito solo all'organo di controllo in relazione al contenuto di cui all'articolo 2407, cod. civ..

Ruolo del Pubblico Ministero

Sono stati rafforzati i poteri del Pubblico Ministero, essendo stato introdotto il nuovo comma 3, articolo 38 del nuovo Codice che legittima il P.M. a intervenire su tutte le procedure.

È stato infatti specificatamente attribuito al Pubblico Ministero il potere di intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza (liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione).

È inoltre disposto che le relazioni del commissario giudiziale debbono essere trasmesse al Pubblico Ministero al fine di poter facilitare il potere di intervento nella procedura di concordato preventivo.

Misure protettive

Il Decreto correttivo è intervenuto anche sulle misure cautelari e protettive, descritte dall'articolo 20 del Codice, da leggersi contemporaneamente agli articoli 54 e 55, che possono essere richieste contestualmente al deposito della domanda per l'ammissione a una procedura di regolazione della crisi e che rivestono un ruolo essenziale nell'ambito del procedimento di allerta e composizione della crisi.

È evidente la necessità per il debitore ai fini di poter effettuare e di completare il percorso funzionale alla composizione assistita della crisi, di strumenti medio tempore cautelari e protettivi emanati dall'Autorità giudiziaria.

È stato così stabilito che le misure protettive conservano efficacia anche se il debitore, che aveva intenzione di presentare una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, si trovi invece a presentare una domanda di concordato preventivo e di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Sul piano temporale il Decreto correttivo ha inserito al comma 3, articolo 55 dopo le parole *"stabilendone la durata"* che esse non possono avere una durata superiore a 4 mesi, così come disposto dalla Direttiva UE 1023/2019.

Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento

Altre novità sono state introdotte con riguardo alla disciplina dei piani attestati di risanamento[7] regolata dall'articolo 56 e ss. del nuovo Codice.

L'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza può infatti predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria.

[7] Trattasi di uno strumento negoziale stragiudiziale non soggetto a omologazione.

Il piano deve avere data certa e deve indicare:

1. la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;

2. le principali cause della crisi;

3. le strategie d'intervento e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;

4. i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative;

5. gli apporti di finanza nuova;

6. 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.

L'articolo 9 del Decreto correttivo è intervenuto sul contenuto del piano introducendo 2 nuovi elementi:

– l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza, allo scopo di agevolare il controllo sul contenuto degli accordi e sulla ragionevolezza del piano da parte dei creditori aderenti e dell'autorità giudiziaria a cui competono eventuali azioni revocatorie;

– il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario, in modo da rendere più facilmente verificabile la ragionevolezza degli assunti posti al fondamento del piano e, con essi, dell'attestazione che lo accompagna.

È stato inoltre precisato che il debitore possa richiedere la pubblicazione nel Registro Imprese non solo del piano, ma anche dell'attestazione formulata dal professionista e degli accordi conclusi con i creditori.

Da evidenziare che neanche il Decreto correttivo ha previsto l'indicazione della durata del piano, limitandosi a stabilire che il piano deve indicare *"i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria"* i quali non coincidono necessariamente a quelli occorrenti per il risanamento dell'impresa.

Accordi di ristrutturazione a efficacia estesa

Con riferimento al tema degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa disciplinata dall'articolo 61 del nuovo Codice, le modifiche apportate dal Decreto correttivo hanno disposto che resta esclusa la possibilità di soddisfare i creditori in misura prevalente con il ricavato della continuità aziendale.

Rimane tuttavia fermo il fatto che l'accordo non può avere finalità liquidatorie a meno che non si tratti di una convenzione conclusa con banche e intermediari finanziari.

Esecuzione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore

Novità sono state introdotte anche per quanto concerne la disciplina dell'esecuzione del piano di ristrutturazione dei debiti contenuta nell'articolo 71 del nuovo Codice.

La norma precisa innanzitutto che il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione al piano omologato e l'Organismo di composizione della crisi ha il compito di vigilare sull'esatto adempimento del piano e risolvere le eventuali difficoltà sottoponendole al giudice ove necessario.

Il debitore è tenuto a provvedere alle vendite e alle cessioni, ove previste dal piano, attraverso il ricorso a procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sotto il controllo e la collaborazione dell'Organismo di composizione della crisi sulla base di stime condivise.

È necessario che siano assicurate adeguate forme di pubblicità e il procedimento deve essere improntato ai principi di massima informazione e partecipazione degli interessati.

L'OCC ogni 6 mesi ha l'obbligo di riferire al giudice per iscritto sullo stato dell'esecuzione.

Dopo aver sentito l'OCC e verificato la conformità dell'atto dispositivo al piano, il Giudice può autorizzare lo svincolo delle somme e ordinare 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 disposta ai sensi dell'articolo 70, comma 7, del nuovo Codice.

È inoltre specificato che sono inefficaci i pagamenti e gli atti dispositivi dei beni posti in essere in violazione del piano rispetto ai creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità di cui all'articolo 70, comma 1 del Codice.

Da un punto di vista procedurale, la norma dispone inoltre che l'OCC deve, sentito il debitore, presentare al giudice una relazione finale dopo che è terminata l'esecuzione del piano.

Il giudice deve:

– procedere alla liquidazione del compenso dell'OCC, autorizzandone il pagamento, quando il piano è stato integralmente e correttamente eseguito;

– indicare invece gli atti necessari per l'esecuzione del piano e un termine per il loro compimento, quando lo stesso non sia stato integralmente e correttamente eseguito.

Concordato preventivo

L'articolo 87 del nuovo Codice disciplina la procedura di concordato preventivo prevedendo, come noto, che il debitore debba presentare unitamente alla proposta di concordato anche un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Il Decreto correttivo è intervenuto nell'istituto del concordato in continuità prevedendo che il debitore debba presentare anche il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Sono state previste anche alcune novità per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, quali l'alienazione e l'affitto di azienda, di rami di azienda e di specifici beni autorizzati ai sensi dell'articolo 94, comma 2 del Codice.

Il Tribunale, in caso d'urgenza, sentito il commissario giudiziale, può infatti autorizzare l'esecuzione di questi atti senza dar luogo a pubblicità e a procedure competitive qualora possa essere compromesso irreparabilmente l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento.

Rimane tuttavia necessario che venga comunque data adeguata pubblicità e comunicazione ai creditori del provvedimento e del compimento dell'atto.

Sono state inoltre introdotte alcune novità anche con riferimento alla disciplina dei contratti pendenti prevista dall'articolo 97 del nuovo Codice.

È stata innanzitutto reintrodotta la disposizione che prevede l'inefficacia di patti che consentono il recesso dai contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti, nelle prestazioni principali da entrambe le parti, alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo.

Per quanto riguarda invece il caso della richiesta di sospensione o scioglimento dei contratti pendenti, il correttivo ha previsto che la controparte non possa esigere la prestazione dal debitore né invocare la risoluzione di diritto per il mancato adempimento di obbligazioni con scadenza successiva al deposito della domanda di concordato preventivo nel periodo compreso tra la data di notificazione dell'istanza di sospensione o di scioglimento e la data della notificazione del provvedimento autorizzativo.

Il Decreto mette dei punti fermi anche sul tema dei contratti di finanziamento bancario c.d. "autoliquidanti"[8] prevedendo un ulteriore comma all'articolo 97, il numero 14.

È stato chiarito, mettendo così fine a una serie di contrasti interpretativi, che il finanziatore può continuare a riscuotere i crediti anticipati anche successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo in quanto l'attività di riscossione da parte della banca costituisce "attività principale" così da far rientrare tali contratti tra quelli pendenti così come definiti dal comma 1, articolo 97 del nuovo Codice.

Il nuovo comma 14 disciplina anche lo scioglimento di tali contratti da parte del giudice delegato, prevedendo che il finanziatore conserva il diritto di riscuotere e trattenere le somme corrisposte dai terzi debitori fino al rimborso integrale delle anticipazioni effettuate nel periodo compreso tra i 120

[8] Si tratta dei contratti in cui una parte cede i propri crediti non ancora scaduti a un Istituto a fronte di un finanziamento erogato. Si pensi ai contratti di anticipazione bancaria in conto corrente contro cessione di credito o mandato all'incasso.

giorni antecedenti il deposito della domanda di accesso alla procedura di concordato e la notifica del provvedimento che dispone lo scioglimento.

Il limite temporale di 120 giorni è stato introdotto, come si legge nella relazione illustrativa, al fine di evitare il recupero di somme divenute ingenti (a scapito degli altri creditori) per effetto di un inadempimento del debitore in concordato protratto per lungo tempo.

Con riferimento alla procedura di voto nel concordato preventivo di cui all'articolo 107 del Codice, sono stati previsti termini leggermente più stringenti entro i quali il commissario giudiziale deve dare comunicazione[9] al debitore e agli altri interessati dell'avvenuto deposito della propria relazione definitiva.

È stato inoltre espressamente specificato che i provvedimenti del giudice delegato debbono essere comunicati al debitore, ai creditori, al commissario giudiziale e a tutti gli interessati almeno 2 giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

Un'ulteriore importante chiarimento riguarda le condizioni che consentono l'apertura della liquidazione giudiziale nel caso di risoluzione del concordato preventivo prevista dall'articolo 119 del nuovo Codice.

Il nuovo comma 7 prevede espressamente che il Tribunale può dichiarare aperta la liquidazione giudiziale, a meno che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di accesso al concordato preventivo.

Transazione fiscale

Il Decreto correttivo amplia, estendendola anche al concordato preventivo, la possibilità di approvazione della transazione fiscale da parte del Tribunale in assenza dell'adesione del Fisco e precisa che la stessa regola varrà anche per la transazione contributiva.

L'istituto della transazione fiscale ha sempre fatto emergere criticità applicative in quanto l'Agenzia delle entrate il più delle volte rigetta proposte di transazione, sebbene più convenienti per l'Erario rispetto ad altre soluzioni, solo perché prevedono il soddisfacimento dei crediti tributari in misura percentualmente limitata.

Il Decreto correttivo, modificando il comma 5, articolo 48 del Codice, ha stabilito che il Tribunale può omologare gli accordi di ristrutturazione anche senza l'adesione dell'Amministrazione finanziaria entro 90 giorni dalla proposta quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui agli articoli 57 e 60, relativamente all'accordo di ristrutturazione, e dell'articolo 109, comma 1,

[9] Almeno 7 giorni prima della data iniziale stabilita per il voto.

relativamente al concordato preventivo, e la proposta risulta conveniente per l'Erario anche sulla base delle risultanze dell'attestazione resa da un professionista indipendente.

In materia di transazione contributiva il Decreto correttivo interviene precisando che vengono meno le disposizioni previste dal decreto 4 agosto 2009 che l'Inps e l'Inail erroneamente continuavano ad applicare nonostante il loro contrasto con il vigente articolo 182-*ter*, L.F.. Conseguentemente potranno essere falcidiati anche i debiti relativi al mancato versamento dei contributi.

Accertamento del passivo

Il Decreto correttivo introduce una disposizione specifica per quanto concerne la comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo regolata dall'articolo 205 del nuovo Codice.

La disposizione normativa prevede che il curatore ha il dovere di dare immediata comunicazione ai ricorrenti della dichiarazione di esecutività dello stato passivo informando gli stessi del diritto di proporre opposizione in caso di mancato accoglimento della domanda, allegando anche una copia dello stato passivo reso esecutivo.

Le modifiche apportate dal Decreto prevedono che la comunicazione debba ora anche contenere una sintetica esposizione delle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali.

La disposizione è finalizzata a disincentivare la proposizione delle impugnazioni allo stato passivo da parte dei creditori che non avrebbero alcuna possibilità di veder soddisfatto il proprio credito a fronte della esiguità dell'attivo anche nel caso di accoglimento delle loro ragioni.

Sovraindebitamento

Il Decreto correttivo interviene anche sulle regole dell'accordo di ristrutturazione del debito del consumatore e della liquidazione controllata del patrimonio del debitore sovraindebitato.

In particolare viene confermato che l'accordo dovrà indicare tempi e modalità di soluzione della crisi da sovraindebitamento e introduce la possibilità di proporre ai creditori una soddisfazione non solo parziale ma anche differenziata, in modo da rendere "meno rigido" l'accordo.

Viene riscritto l'articolo 268 prevedendo che l'apertura della procedura di liquidazione controllata possa essere chiesta da un creditore o, nel caso di un imprenditore, dal P.M. solo in caso di insolvenza e non anche in stato di crisi.

È stata inoltre introdotta una soglia minima di indebitamento scaduto e non pagato, in linea con quanto previsto dall'articolo 49 del Codice per il caso della liquidazione giudiziale, che non può essere inferiore a 20.000.

Di rilievo è anche la nuova disposizione che prevede l'improcedibilità della domanda di liquidazione controllata proposta da un creditore nei confronti di un debitore persona fisica ove l'OCC attesti l'insussistenza di attivo da distribuire ai creditori.

La *ratio* della norma è quella di evitare per la collettività costi di una procedura palesemente infruttuosa.

All'articolo 270 del Codice il correttivo ha esteso gli effetti della liquidazione controllata ai soci illimitatamente responsabili.

Esdebitazione

Il Decreto correttivo ha apportato alcune modifiche anche alla disciplina dell'esdebitazione di diritto regolata dall'articolo 282 del nuovo Codice.

È stata prevista la pubblicazione in apposita area del sito *web* del Tribunale o del Ministero della giustizia del Decreto con il quale viene dichiarata l'esdebitazione del consumatore o del professionista.

È stato inoltre espressamente specificato che l'esdebitazione non opera sia nelle ipotesi previste dall'articolo 280 del nuovo Codice sia quando il debitore ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.

La norma dispone inoltre che il provvedimento con cui il Tribunale dichiara la sussistenza delle preclusioni per poter concedere l'esdebitazione va comunicato al Pubblico Ministero, ai creditori e al debitore, i quali possono proporre reclamo entro il termine di 30 giorni.

Albo dei gestori della crisi

Sono introdotte, da più parti sollecitate, novità anche per quanto riguarda i requisiti professionali, formativi e di onorabilità che i professionisti iscritti agli ordini professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti, degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro debbono possedere al fine di poter essere registrati all'interno dell'Albo dei gestori della crisi di cui all'articolo 356 del nuovo Codice.

I professionisti sono tenuti a dimostrare di aver frequentato corsi di formazione specifica della durata minima di 40 ore, fatti salvi gli obblighi di formazione più specifici declinati dall'articolo 4, comma 5, lettera c), D.M. 202/2014 per le attività che presentano maggiore complessità.

Ai fini del primo popolamento dell'Albo, la norma precisa altresì che possono ottenere l'iscrizione i soggetti, in possesso dei requisiti prescritti, a condizione che dimostrino di aver ricevuto incarichi in qualità di curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali in almeno 2 procedure negli ultimi 4 anni.

Il correttivo inoltre fa rientrare tra i soggetti autorizzati all'iscrizione anche gli attestatori, solo al fine di essere nominati negli organismi di composizione della crisi e non anche per ricoprire incarichi di curatore commissario e liquidatore.

È oltremodo precisato che il mantenimento dell'iscrizione all'albo è subordinato all'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale.

Crisi e risanamento n. 43/2020

La nuova definizione di *default* in vigore dal 1° gennaio 2021 alla luce delle linee guida EBA

di Alessandro Solidoro – dottore commercialista e revisore Legale

Il lungo cammino della normativa europea verso l'individuazione di una nuova definizione di default arriva a compimento con effetto dal 1° gennaio 2021: il concetto di default soggettivo e oggettivo; le soglie quantitative assolute e relative e i giorni di arretrato; il percorso delle imprese per evitare il default e la sfida organizzativa che attende il sistema bancario; i rischi collegati alla coincidenza dell'emergenza Covid con l'introduzione di una normativa prociclica.

Il quadro normativo di riferimento

L'articolo 178 del Regolamento UE 575/2013 disciplina la definizione di *default* prudenziale ai fini dei requisiti di capitale delle banche (*Capital Requirements Regulation* – CRR)[1].

> *"Default di un debitore*
>
> *1. Si considera intervenuto un default in relazione a un particolare debitore allorché si verificano entrambi gli eventi sotto indicati o uno di essi:*
>
> *a) l'ente giudica improbabile che, senza il ricorso ad azioni quale l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni creditizie verso l'ente stesso, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni;*
>
> *b) il debitore è in arretrato da oltre 90 giorni su una obbligazione creditizia rilevante verso l'ente, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni. Le autorità competenti possono sostituire il periodo di 90 giorni con uno di 180 giorni per le esposizioni garantite da immobili residenziali o da immobili non residenziali di pmi nella classe delle esposizioni al dettaglio, nonché per le esposizioni verso organismi del settore pubblico. Il periodo di 180 giorni non si applica ai fini dell'articolo 127.*
>
> *Nel caso delle esposizioni al dettaglio, gli enti possono applicare la definizione di default di cui al comma 1, lettere a) e b), al livello di una singola linea di credito anziché in relazione agli obblighi totali di un debitore.*

[1] www.eur-lex.europa.eu.

2. Ai fini del § 1, lettera b), si applica quanto segue:

a) per gli scoperti, il conteggio dei giorni di arretrato inizia dal momento in cui il debitore ha superato il limite concesso, ha ricevuto notifica di un limite inferiore al saldo negativo in essere o ha utilizzato credito senza autorizzazione e l'importo scoperto è considerevole;

b) ai fini della lettera a), il limite concesso comprende qualsiasi limite creditizio determinato dall'ente e in merito al quale il debitore è stato informato dall'ente;

c) il conteggio dei giorni di arretrato per le carte di credito inizia dalla data di addebito del pagamento minimo;

d) la rilevanza di un'obbligazione creditizia in arretrato è valutata rispetto a una soglia fissata dalle autorità competenti. Tale soglia riflette un livello di rischio che l'autorità competente ritiene ragionevole;

e) gli enti hanno politiche documentate in materia di conteggio dei giorni di arretrato, in particolare per quanto riguarda il riscadenzamento delle linee e la concessione di proroghe, modifiche, rinvii o rinnovi, nonché la compensazione dei conti esistenti. Queste politiche sono applicate in modo uniforme nel tempo e sono in linea con i processi interni di gestione del rischio e decisionali dell'ente;

3. Ai fini del § 1, lettera a), tra gli elementi da considerare come indicativi dell'improbabile adempimento figurano le seguenti circostanze:

a) l'ente include il credito tra le sofferenze o gli incagli;

b) l'ente riconosce una rettifica di valore su crediti specifica derivante da un significativo scadimento del merito di credito successivamente all'assunzione dell'esposizione;

c) l'ente cede il credito subendo una perdita economica significativa;

d) l'ente acconsente a una ristrutturazione onerosa del credito, che implica verosimilmente una ridotta obbligazione finanziaria dovuta a una remissione sostanziale del debito o al differimento dei pagamenti del capitale, degli interessi o, se del caso, delle commissioni. Sono comprese, nel caso delle esposizioni in strumenti di capitale valutate secondo il metodo PD/LGD, le ristrutturazioni onerose delle partecipazioni stesse;

e) l'ente ha presentato istanza di fallimento per il debitore o ha avviato una procedura analoga in relazione all'obbligazione del debitore verso l'ente, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni;

f) il debitore ha chiesto o è stato posto in stato di fallimento o situazione assimilabile, ove ciò impedisca o ritardi il rimborso dell'obbligazione nei confronti dell'ente, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni;

4. gli enti che utilizzano dati esterni di per sé non coerenti con la definizione delle situazioni di default di cui al § 1 adattano opportunamente i dati al fine di realizzare una sostanziale equivalenza con la definizione di default;

5. se l'ente giudica che un'esposizione precedentemente classificata come in stato di default è tale per cui per essa non ricorre più nessuna delle circostanze previste dalla definizione di default, esso classifica il debitore o l'operazione come se si trattasse di una esposizione regolare. Qualora in seguito si verificasse una delle circostanze suddette, si riterrebbe intervenuto un altro default;

6. l'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione per specificare le condizioni in base alle quali l'autorità competente fissa la soglia di cui al § 2, lettera d).

L'ABE presenta tali progetti di norme tecniche di regolamentazione alla Commissione entro il 31 dicembre 2014.

Alla Commissione è delegato il potere di adottare le norme tecniche di regolamentazione di cui al primo comma conformemente agli articoli da 10 a 14 del Regolamento (UE) 1093/2010;

7. l'ABE emana orientamenti sull'applicazione del presente articolo. Tali orientamenti sono adottati in conformità dell'articolo 16 del Regolamento (UE) 1093/2010.

All'EBA (Autorità Bancaria Europea) è stato dato mandato di elaborare sia le linee guida in materia di definizione di *default* sia le norme tecniche sulla cosiddetta soglia di rilevanza relativa alle esposizioni in arretrato. L'EBA ha pubblicato le linee guida in data 18 gennaio 2017[2]. Su questa base la Commissione Europea con Regolamento delegato UE 171/2018 ha specificato i criteri per le soglie di rilevanza a cui le Autorità vigilanti dovranno conformarsi[3]. Banca d'Italia ha rilasciato una comunicazione il 26 giugno 2019 con la quale ha informato delle modifiche introdotte alla definizione di *"esposizioni creditizie deteriorate"* e da ultimo ha emesso in data 14 agosto 2020[4] una nota di orientamento sulla soglia di rilevanza delle obbligazioni creditizie in arretrato e di chiarimento sulla applicazione della definizione di *default*[5]. Questo lungo percorso, del quale si sono enunciati solo i passaggi più rilevanti, arriverà a compimento il 1° gennaio 2021 quando tutti gli intermediari, bancari e non, dovranno adeguarsi obbligatoriamente[6] alla nuova normativa.

[2] www.eba.europa.eu; EBA/GL/2016/07.
[3] www.eur-lex.europe.eu.
[4] Aggiornata al 15 ottobre 2020.
[5] www.bancaditalia.it.
[6] Le banche soggette a vigilanza diretta da parte di ECB (quelle di rilevanza europea o appartenenti a gruppi di rilevanza europea) hanno notificato alla stessa prima del 1° giugno 2019, quando avrebbero iniziato ad applicare le nuove regole europee sulla soglia di rilevanza sulle esposizioni in arretrato.

Le nuove condizioni di *default*

Ai sensi dell'articolo 178, Regolamento 575/2013 si realizza una situazione di *default* se:

a) il debitore è in arretrato di oltre 90 giorni rispetto a una esposizione debitoria (per capitale, interessi e commissioni) nei confronti dell'intermediario (situazione che può essere definita "oggettiva"), ovvero

b) se la banca giudica improbabile il recupero del credito senza l'escussione delle garanzie (che può essere definito *default* "soggettivo", o *unlikely to pay* – UTP – o inadempimento probabile).

Sotto questo profilo non è da segnalarsi alcuna novità rispetto alla normativa pregressa.

Invece si modifica in maniera significativa la soglia di rilevanza quantitativa dell'arretrato, in quanto ora il superamento della soglia richiede che siano soddisfatte congiuntamente 2 condizioni:

1. una componente relativa, pari all'1% della esposizione complessiva del debitore valida per qualsiasi tipologia di controparte,

2. da una componente assoluta pari a 100 euro per le esposizioni al dettaglio e 500 euro per le altre esposizioni.

Deve essere precisato che se si tratta di esposizioni verso pmi di valore inferiore a 1 milione di euro, queste vengono equiparate alle esposizioni al dettaglio.

Il sistema appare oggi significativamente più rigido di quello preesistente che individuava le soglie di rilevanza nel 5% del maggiore dei seguenti valori:

a) media delle quote scadute o sconfinanti sulla intera esposizione rilevata su base giornaliera nell'ultimo trimestre precedente;

b) quota scaduta o sconfinante sulla intera esposizione riferita alla data della segnalazione.

Rimane invece discrezionale la categoria delle inadempienze probabili, che è costituita da attività finanziarie, come detto, caratterizzate dalla improbabilità che il debitore riesca ad adempiere senza ricorrere alle garanzie da lui presentate (se esistenti)[7].

La classificazione UTP è il risultato del giudizio della banca circa la improbabilità che il debitore adempia integralmente agli impegni pecuniari assunti per contratto. La valutazione va operata nel rispetto dei doveri di "diligenza e buona fede" e in maniera indipendente dalla presenza di eventuali importi scaduti e non pagati. Non è necessario attendere il sintomo esplicito di anomalia, ove sussistano elementi implicanti una situazione del rischio di inadempimento[8]. Fatta questa premessa, le linee guida EBA hanno comunque cercato di armonizzare la discrezionalità riconosciuta agli intermediari statuendo una serie di "fattori di innesco" per la classificazione di "*default*", quali ad esempio:

[7] Banca d'Italia, circolare n. 139/1991, aggiornamento giugno 2017; Banca d'Italia, circolare n. 272/2008, nono aggiornamento;
[8] Fondazione Nazionale Commercialisti, *non performing loans* - NPL; giugno 2019, www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

– la cessione della posizione creditizia con una perdita superiore al 5% *Gross Book Value* (GBV) fa sì che tutte le altre esposizioni verso il suddetto debitore debbano essere considerate in *default*;

– la concessione di dilazioni o sconti ai debitori in situazione di difficoltà attuale o prospettica in misura superiore al 1% del *"Net Present Value"* (NPV) del credito fanno sì che le esposizioni debbano essere considerate in *default*;

– il ricorso a procedure concorsuali, l'esistenza di accantonamenti specifici secondo il Principio contabile Ifrs9, la perdita di fonti di reddito, l'aumento della leva finanziaria, significativi ritardi nel pagamento di altri creditori, sono tutti indicatori di UTP.

Altro elemento di novità è rappresentato dalla circostanza che non sono più ammissibili compensazioni tra le diverse esposizioni del debitore nei confronti della banca. Questo significa che l'intermediario finanziario deve classificare il cliente come in *default* anche in presenza di disponibilità su altre linee di credito non utilizzate.

Resta valido invece il principio che il *default* di una singola posizione comporta il *default* di tutte le posizioni in essere della impresa nei confronti della stessa banca.

Nel caso in cui si tratti di pmi e l'esposizione complessiva sia inferiore a 1 milione di euro, l'estensione può non essere automatica e quindi la definizione di *default* può essere applicata a livello di singola linea di credito. Nuovo invece è il c.d. "*effetto contagio*", che consiste nella circostanza che le banche devono censire le connessioni economiche e giuridiche tra i propri clienti, in modo da verificare i casi in cui il *default* di una impresa può riflettersi negativamente sulla capacità di rimborso di un altro debitore a essa connesso, procedendo poi a verificare caso per caso la possibilità di estensione dell'insolvenza. Da ultimo è riconosciuta al debitore la possibilità di tornare "*in bonis*".

Ciò avviene quando sono trascorsi almeno 3 mesi da quando sono venute meno le condizioni di cui all'articolo 178 citato, ovvero un anno per i clienti sottoposti a ristrutturazione di debito che stiano mantenendo gli impegni assunti e per i quali la complessiva situazione finanziaria del debitore sia ritenuta stabile in modo permanente.

È da notare che per le banche sottoposte alla sua vigilanza, la Banca d'Italia può prevedere soglie di rilevanza diverse ai fini della automatica classificazione dell'esposizione in stato di *default*.

La Banca d'Italia, a tale scopo, ha avviato una consultazione pubblica ai fini dell'applicazione della normativa per le banche che non hanno rilevanza europea o che non appartengono a gruppi di rilevanza europea. La consultazione è stata aperta in data 10 giugno 2020, è stata chiusa in data 8 settembre e la relativa normativa non è stata ancora emanata. Secondo il documento "*Guida semplice alle nuove regole europee in materia di default*" elaborato dal Tavolo di Condivisione Interassociativo sulle Iniziative

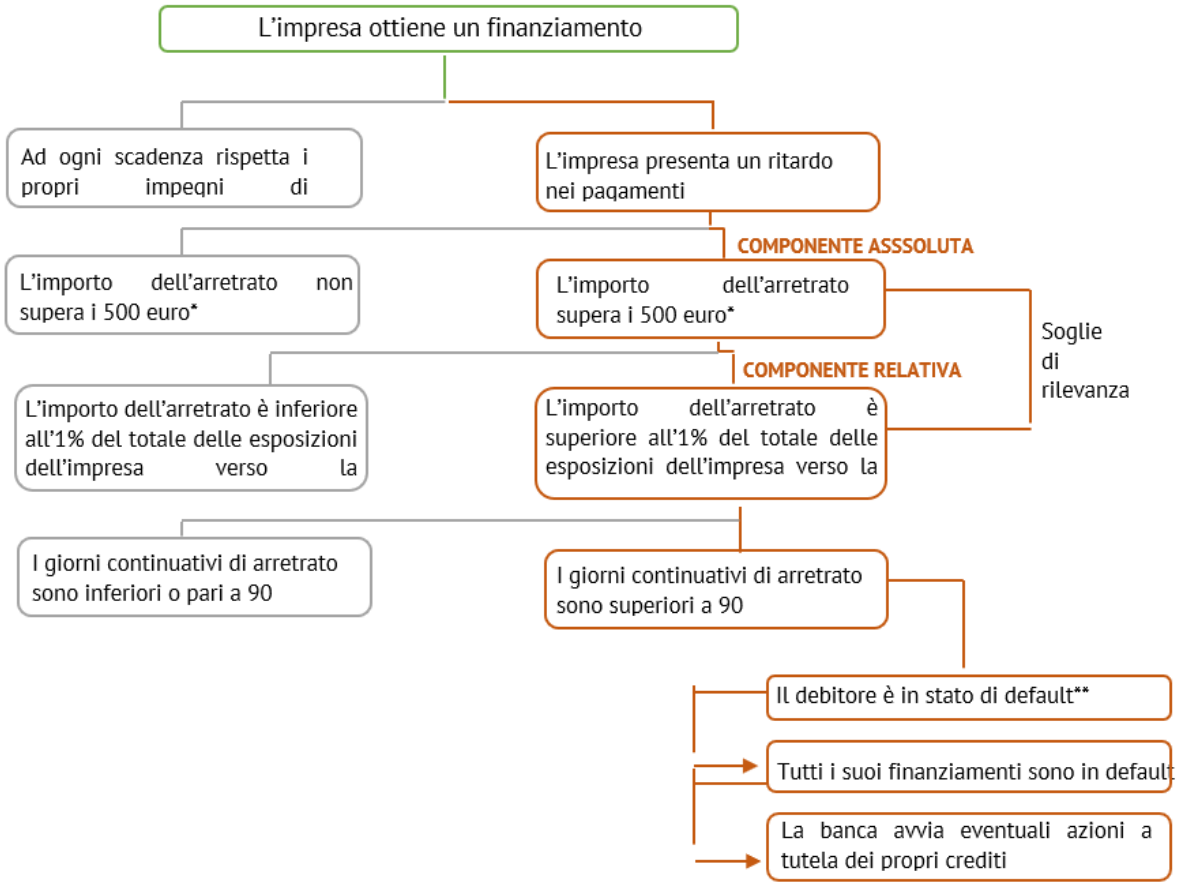
Regolamentari Internazionali (CIRI) costituito in attuazione dell'Accordo per il credito 2019[9], l'intervento di Banca d'Italia potrebbe così strutturarsi:

> *"In particolare, con riferimento alla componente relativa della soglia di rilevanza, pari all'1% dell'importo complessivo di tutte le esposizioni del debitore verso la banca, la Banca d'Italia potrebbe individuare una percentuale diversa, compresa nell'intervallo da 0 a 2,5%, qualora sulla base di robuste evidenze statistiche si possa sostenere che l'1% non corrisponda a un livello ragionevole di rischio in Italia".*

Cosa occorre fare per evitare il *default* con un intermediario finanziario?

Alla luce dell'analisi condotta nei paragrafi precedenti è utile comprendere l'albero decisionale che guida alla collocazione in una situazione di *default*.

Si riproduce di seguito un grafico di intuitiva comprensione tratto dal documento elaborato dal Tavolo di Condivisione Interassociativo, già citato:



[9] www.confindustria.it

* Le persone fisiche e le pmi, che hanno esposizioni verso la banca per un ammontare complessivamente inferiore a un milione di euro, sono considerate in *default* quando la somma di tutti gli importi in arretrato dovuti alla banca/gruppo è superiore a 100 euro.

** Nel caso in cui per le pmi la banca applichi la definizione di *default* a livello di singola linea di credito, l'eventuale *default* su una di queste si estende a tutte le altre esposizioni dell'impresa verso la banca qualora tale linea di credito rappresenti una quota significativa dell'esposizione complessiva.

La preoccupazione in ordine agli effetti concreti dell'applicazione della nuova norma è evidente e diffusa sia all'interno del mondo bancario sia imprenditoriale già alle prese con la sofferta entrata in vigore, rinviata al settembre 2021, del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza d'Impresa (Codice, D.Lgs. 14/2019 e successive modificazioni).

Ciò che si teme è la rigidità imposta dal sistema bancario nell'applicazione dei criteri, che se è vero rappresenta un passo importante verso l'armonizzazione dei comportamenti e il rafforzamento della struttura patrimoniale delle banche è altrettanto vero che può generare un effetto domino di insolvenze su clienti per i quali gli inadempimenti siano oggettivamente poco rilevanti.

È evidente che occorre riconsiderare i rischi degli effetti prociclici di tali norme, pensate in contesti completamente diversi da quelli attuali che rischiamo di far attribuire la qualifica di cattivi pagatori a una platea molto ampia di imprese, compromettendone l'accesso al credito e le prospettive di ripresa dopo l'emergenza pandemica.

Cosa attende il sistema bancario

È evidente che lo sforzo organizzativo richiesto al sistema bancario con l'entrata in vigore della nuova normativa è molto significativo sia che si tratti di enti di rilevanza sistemica (SII) sia di istituti che abbiano adottato propri parametri di rischio per il capitale (IRB) in maniera *standard* (SA) sia infine di banche che approccino il rischio per il capitale.

Per tutte il rischio è quello di avere a partire dal 2021 significative inefficienze in materia di gestione dei *Risk Weighted Assets* (RWA), con possibili impatti negativi sui coefficienti di solvibilità e in generale sull'adeguatezza del capitale regolamentare.

I passi comuni per tutti, rispetto ai quali lo stato di completamento oggi può essere fortemente variabile da banca a banca, sono:

1. la definizione della strategia, l'autorizzazione e la verifica della stessa per un approccio integrato al tema;

2. una valutazione d'impatto sui dati storici dell'insolvenza per adeguare i modelli e le conseguenze sulle strutture IT;

3. la decisione di "*policy*", specie con riguardo ai possibili spazi di discrezionalità lasciati dalla normativa nazionale. Tale decisione per essere pienamente fondata richiede che la definizione di impatto di cui al punto precedente sia conclusa ed esaustiva;

4. l'adeguamento del sistema informatico per consentire l'estrazione corretta dei dati necessari in base alle nuove procedure emanate;

5. mantenere una relazione continua nel corso del processo con gli enti vigilanti;

6. ipotizzare di tenere operativo in parallelo il funzionamento dei modelli di *default* pregressi e quelli nuovi, per consentire sia eventuali opzioni di *back up*, sia un controllo incrociato delle evidenze per evitare risultati incongruenti.

Conclusioni

Il Legislatore europeo, in momenti ben diversi da quello attuale, ha elaborato nuove regole di classificazione dei propri clienti in *default*. La finalità chiara è quella di incrementare la logica di prudenza e di effettiva consistenza del patrimonio degli istituti di credito.

L'effetto parallelo è certamente quello di incrementare e anticipare il numero delle insolvenze con effetti potenzialmente dirompenti non solo sugli intermediari, ma anche sui loro clienti.

Si è già citata la pericolosità in periodi economicamente emergenziali, come questo legato alla pandemia, delle normative "procicliche".

Non può neanche sottacersi come i cambiamenti organizzativi richiesti dagli intermediari siano molti, con poco tempo a disposizione e con entità di risorse economiche e organizzative profondamente diverse da istituto a istituto.

Come riportato dai rappresentanti di ABI[10] le preoccupazioni relative al "calendario dei deterioramenti" (*calendar provisioning*) sono condivise a livello europeo, probabilmente l'unico piano politico dal quale può attendersi un intervento su temi come i giorni d'arretrato rilevanti o le soglie quantitative che fanno scattare in automatico la collocazione in *default* di un debitore.

Non si può non concludere che, con l'abituale strabismo con il quale si guarda poco al Legislatore europeo, tanto si è concentrato il dibattito sulla opportunità di rinviare l'entrata in vigore del nuovo Codice per evitare l'effetto di un ricorso in massa alle procedure concorsuali anche per imprese in difficoltà solo momentanea e straordinaria, quanto poco gli operatori si sono avveduti della concreta

[10] www.abi.it.

entrata in vigore prossima di una norma che rischia di minare l'accesso al credito per una larga parte dei privati e, soprattutto, di piccole e medie imprese.

Per queste ultime non è superfluo ricordare che rappresentano il 50% del PIL europeo e circa i 2/3 degli occupati del nostro continente.

Il concordato tra continuità, liquidazione programmata dei beni e moratoria ultrannuale

di Domenica Capezzera - giudice delegato Tribunale di Pescara

Disamina sulle questioni più dibattute in giurisprudenza sul tema del concordato c.d. misto e sulla normativa in concreto applicabile laddove come spesso accade la proposta preveda sia la continuazione dell'attività diretta o indiretta sia la liquidazione di alcuni assets. Il tema intercetta l'ulteriore questione del computo voto dei creditori privilegiati in caso di liquidazione programmata dei beni che si protragga oltre l'anno dall'omologa.

La nozione di continuità

Sovente la proposta di concordato preventivo c.d. in continuità prevede che i flussi destinati al soddisfacimento dei creditori derivino, dal punto di vista quantitativo, prevalentemente dalla liquidazione dei beni della società e dall'incasso dei relativi crediti e soltanto una somma esigua dalla prosecuzione dell'attività d'impresa.

In siffatti casi di concordato, che deve essere qualificato come misto in continuità diretta o indiretta, la questione giuridica da affrontare è se possa ritenersi applicabile o meno la disciplina in materia di concordato in continuità aziendale, valorizzando le prospettive di soddisfacimento dei creditori mediante utilità diverse dal pagamento in denaro, quali, *in primis*, la prosecuzione dei rapporti contrattuali in essere e, in particolare, dei contratti di lavoro.

Una frangia consistente della giurisprudenza di merito, infatti, ritiene di poter adottare quale criterio interpretativo la disciplina (ancorché non ancora vigente) dettata dall'articolo 84, comma 3, del Codice della crisi e dell'insolvenza, il quale sancirebbe il criterio della c.d. **"***prevalenza quantitativa attenuata*", vale a dire della prevalenza del ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta rispetto a quello derivante dalla liquidazione dei beni che risultino essere non funzionali all'esercizio dell'impresa ma con il "correttivo" dell'inclusione, nella nozione di *"ricavo prodotto dalla continuità"*, anche di utilità diverse dal soddisfacimento monetario, purché specificamente individuate ed economicamente valutabili, quali, secondo quanto previsto dall'ultimo periodo della disposizione sopra

richiamata, la prosecuzione o la rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o (in caso di continuità indiretta) con il suo avente causa.

Sulla scorta di tale criterio interpretativo, alcuni Tribunali sono pervenuti nelle fattispecie sottoposte al loro esame, a qualificare il concordato proposto come concordato in continuità, ancorché lo stesso prevedesse un apporto assolutamente marginale dei flussi di cassa derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa rispetto a quelli attesi dalla liquidazione dei beni reputati come non funzionali all'esercizio dell'impresa e dall'incasso dei crediti.

Come noto, la distinzione tra concordato in continuità e concordato liquidatorio, sulla base dell'attuale disciplina della Legge Fallimentare, è foriera di importanti ricadute applicative, e ciò non solo sotto i profili relativi all'operatività, con riferimento al concordato liquidatorio, del limite di soddisfacimento da assicurare ai creditori chirografari *ex* articolo 160, comma 4, L.F., nonché della necessità di attestazione "rafforzata" ai sensi dell'articolo 186-*bis*, comma 2, L.F. e di nomina del liquidatore ex articolo 182, L.F., ma anche in relazione alla possibilità, prevista dall'articolo 186-*bis*, comma 2, lettera c), L.F. in materia di concordato in continuità, di differire di un anno dall'omologazione il pagamento dei creditori privilegiati.

È altrettanto noto che la disciplina maggiormente restrittiva prevista per il concordato liquidatorio ha aperto la strada a veri e propri abusi nel ricorso, da parte del debitore, allo strumento del concordato in continuità, anche in fattispecie caratterizzate da un apporto pressoché irrilevante dei flussi di cassa rivenienti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa rispetto a quelli ricavati dalla liquidazione degli *assests* non strategici.

Per altro verso, la normativa attualmente vigente in materia ha dato luogo a numerose incertezze interpretative, inevitabilmente sfociate nella formazione di orientamenti giurisprudenziali contrastanti tra loro, che hanno di volta in volta privilegiato un criterio di natura puramente "quantitativa", basato sul raffronto tra le risorse provenienti rispettivamente dalla prosecuzione dell'attività caratteristica e dalla liquidazione dei beni[1] oppure di tipo "qualitativo/funzionale", incentrato sulla conservazione dell'impresa ogniqualvolta ciò non rechi pregiudizio alle ragioni dei creditori[2], oppure ancora un criterio di tipo "misto", basato sulla coesistenza, nell'ambito della medesima procedura concordataria, della disciplina del concordato in continuità e di quella del concordato liquidatorio[3]; soluzione, quest'ultima, che viene decisamente respinta in questa sede.

[1] È il caso, ad esempio, di Tribunale Monza, 26 luglio 2016, in Fall., 2017, 4, 429.
[2] Cfr. Tribunale Massa, 29 settembre 2016, *ibidem*, nonché la recente Cassazione, 15 gennaio 2020.
[3] In questi termini, si vedano, tra le altre, Tribunale Torre Annunziata, 29 luglio 2016 e Tribunale Ravenna, 28 aprile 2015, pubblicate su ilcaso.it, entrambe citate nel provvedimento in esame, nonché Tribunale Siracusa, 23 dicembre 2015, in Fall., 2016, 572 e Tribunale Forlì, 24 dicembre 2014, in www.ilcaso.it.

Sennonché la nuova disciplina introdotta dall'articolo 84 del Codice non sembra destinata a sopire una volta per tutte i suaccennati contrasti giurisprudenziali, posto che, come si è visto, l'opzione di fondo per il criterio della prevalenza quantitativa, espressa dal comma 3, primo periodo (a norma del quale *"Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato della continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino"*), è significativamente attenuata dalla previsione contenuta nell'ultimo periodo del medesimo comma, secondo cui l'"utilità" da assicurarsi ai creditori, rilevante ai fini del giudizio circa la "prevalenza" delle risorse provenienti dalla continuità rispetto a quelle derivanti dalla liquidazione o viceversa, *"può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa"*; il che, evidentemente, lascia all'interprete un ampio margine di discrezionalità, al di fuori dell'ipotesi, espressamente contemplata dal secondo periodo del comma in esame, in cui i ricavi attesi dalla continuità per i primi 2 anni di attuazione del piano derivino *"da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei 2 esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso"*, nel qual caso la continuità si considera sempre sussistente.

Tuttavia proprio alla luce di quest'ultima previsione, assunta come criterio interpretativo ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie sottoposta al loro esame i giudici hanno ritenuto di riconoscere al concordato proposto la natura di concordato in continuità, posto che la normativa in esame sembrerebbe incentivare, anche per mezzo del temperamento della rigidità del criterio della prevalenza quantitativa di cui si è detto, il ricorso allo strumento del concordato in continuità, in un'ottica di salvaguardia dei valori produttivi e dei livelli occupazionali.

In tale contesto, peraltro, assume un rilievo crescente la specifica valorizzazione, ove possibile, dei rapporti contrattuali facenti capo all'impresa in crisi, che il debitore ha messo *"sul piatto della bilancia"* al fine di poter beneficiare della disciplina di maggior favore che anche il Codice, al pari della vigente Legge Fallimentare, riserva al concordato in continuità rispetto a quello liquidatorio, sotto il profilo della necessità di assicurare una percentuale minima di soddisfazione dei crediti chirografari, prevista unicamente per il concordato liquidatorio (articolo 84, ultimo comma), della previsione, in caso di concordato in continuità, di una moratoria fino a 2 anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione (articolo 86 del Codice).

Da ultimo, occorre dare atto che sulla materia qui in esame è recentemente intervenuta la Cassazione, la quale sembra essersi posta in controtendenza rispetto all'evoluzione legislativa, ripudiando *tout court* il criterio della prevalenza quantitativa (invece accolto – sia pure, come si è visto, in forma temperata

– dal Codice) e negando la stessa ammissibilità giuridica della figura del concordato "misto". Secondo i giudici di legittimità, infatti, la fattispecie così definita sarebbe sempre riconducibile a una delle ipotesi di concordato con continuità previste dall'articolo 186-*bis*, L.F., con conseguente applicazione della relativa disciplina al concordato nella sua interezza, a prescindere da qualsiasi valutazione comparativa tra i ricavi attesi rispettivamente dalla prosecuzione dell'attività di impresa e dalla liquidazione dei beni non strategici, fatti salvi solo i casi di abuso[4]; casi, questi ultimi, nei quali peraltro a essere in discussione è generalmente la stessa ammissibilità della proposta concordataria, prima ancora che la qualificabilità del concordato proposto come liquidatorio o in continuità.

La Suprema Corte, con la detta sentenza n. 734/2020, a composizione della diversità degli orientamenti registrati in materia, ha definitivamente precisato che il concordato preventivo nel quale alla liquidazione atomistica di una parte dei beni si accompagna la prosecuzione dell'attività aziendale è regolato dalla disciplina speciale di cui all'articolo 186-*bis*, L.F. chiarendo che:

> *"La regola prevista dalla norma non riguarda la quantità delle porzioni a cui sia affidato un diverso destino (e la conseguente prevalenza dell'una rispetto all'altra in funzione delle risorse da devolvere alla soddisfazione dei creditori), ma la funzionalità di una porzione dei beni alla continuazione dell'impresa in uno scenario concordatario. Si tratta di una clausola elastica, fondata su un criterio qualitativo piuttosto che quantitativo, che investe una parte dei beni aziendali, da apprezzarsi non nella loro mera materiale consistenza, ma in funzione, per la porzione non destinata alla vendita, della possibilità di poter essere organizzati, ex articolo 2555, cod. civ., per l'esercizio dell'impresa o di una sua parte. La norma dunque non pone una distinzione fra gruppi di beni, ma fra beni da liquidare e beni organizzabili e organizzati per la continuità dell'impresa. Il parametro della funzionalità impone perciò all'interprete di indagare l'effettivo persistere di una continuità d'impresa che, sia pur in misura limitata o ridotta a taluni rami o sedi, assuma una sua autonoma rilevanza in termini economici e a cui i beni sottratti alla liquidazione siano effettivamente strumentali".*

Né la predicata continuità, come sopra enucleata dalla giurisprudenza, può ritenersi esclusa dalla circostanza per la quale il piano prevede la liquidazione dei beni immobili che, in quanto strumentali, siano strategici per la continuità medesima.

Difatti, se, in astratto, gli immobili destinati alla attività termale e alberghiera sono strumentali all'esercizio delle anzidette attività (nell'accezione di "strumentalità" postulata dalla dottrina e dalla prassi aziendalistica) è indubbio che detta strumentalità non implica necessariamente la proprietà dei

[4] Cassazione n. 734/2020.

cespiti e che, anzi, in concreto, ovvero nell'ambito dell'attività termale-alberghiera svolta dalla ricorrente, la scissione tra proprietà immobiliare e gestione delle strutture è prassi consolidata a livello internazionale e auspicata anche a livello domestico ai fini del rafforzamento del relativo comparto.

Quanto sopra è documentato dall'analisi nel 2018 condotta da cassa depositi e prestiti sintetizzata in uno scritto redatto sul tema[5] ove si afferma:

> *"… il mercato sta inoltre risentendo positivamente della tendenza sempre più diffusa, soprattutto da parte di alcune grandi catene alberghiere, a operare secondo logiche di separazione tra proprietà immobiliare e gestione alberghiera: una strategia "asset light" che sembra premiare le società alberghiere in termini di risultati economici e reddituali e che rende più dinamico il mercato consentendo un aumento delle compravendite immobiliari …. Il sistema alberghiero italiano è ancora fortemente parcellizzato, gestito in maniera familiare … ma affrontare il nodo della separazione tra proprietà immobiliare e gestione manageriale delle strutture sarà determinante per accrescere l'interesse verso il settore da parte del mercato dei capitali e per favorirne ulteriormente lo sviluppo …. Da questo punto di vista, la tendenza sempre più marcata a separare la gestione dell'albergo dalla proprietà dell'immobile, rappresenta un elemento di forte impulso allo sviluppo delle transazioni immobiliari, consentendo di distinguere più chiaramente i rendimenti legati agli immobili da quelli attribuibili alla gestione dell'attività alberghiera".*

Peraltro, anche dalla *best practice* inerente, per fare un esempio pratico, alla valutazione degli immobili a destinazione turistico-alberghiera si evince che:

> *"In ambito ricettivo si riscontrano i seguenti stati occupazionali che danno origine a situazioni contrattuali diverse: l'immobile alberghiero è gestito da un conduttore attraverso un contratto di locazione/affitto d'azienda; l'immobile alberghiero è gestito da un operatore professionale attraverso un contratto di management; il proprietario è anche gestore, (c.d. gestione diretta: vacant possession)".*

Quanto sopra denota la capacità di valorizzazione degli *assets* da parte del gestore ma non il contrario con i conseguenti corollari:

a) la proprietà dei cespiti non è requisito indispensabile;

b) al contrario la proprietà degli *"asset turistico alberghieri"*, e non la loro gestione, costituisce *un "asset class"* di investimento specifica per gli investitori immobiliari;

c) la valorizzazione degli *assets* deriva dal loro stato di attività chiunque sia il relativo gestore (diretto o esterno);

[5] Il sistema alberghiero italiano - Quaderni CDP 2018.

d) la gestione può essere esercitata attraverso diverse modalità. Ad avvalorare ulteriormente quanto sopra e, in particolare, la sussistenza della continuità pur in assenza di proprietà degli *assets* strategici si aggiunge che l'ipotesi trova fondamento normativo nel comma 419, articolo 1, L. 145/2018 che prevede la possibilità per l'Inail di investire sui complessi immobiliari termali acquisendone la proprietà (senza, quindi, entrare nella gestione dell'attività).

La liquidazione dei beni oggetto di continuità indiretta e dei pagamenti dei privilegiati oltre l'anno (articolo 186-*bis*, L.F.)

Ciò chiarito va rilevato come nel concordato in continuità non sembra sia attuabile il programma liquidatorio degli immobili nei termini in cui spesso esso viene ipotizzato dalla proponente.

E in vero, nella proposta capita che si programmi una liquidazione graduale dei beni immobili sui quali siano tuttavia iscritte numerose ipoteche.

In sostanza, non sono rari i casi in cui il debitore intende soddisfare i creditori ipotecari attraverso la liquidazione di beni che, stando al piano concordatario, risultano però strumentali all'attività - tanto è vero che si stabilisce il prospetto della riduzione degli introiti a seguito di tale dismissione graduale. Quel che più rileva, nei tempi della detta liquidazione, ovvero i creditori ipotecari che, per la prospettazione di parte proponente, verrebbero pagati non già secondo i tempi necessari per liquidare i beni su cui insiste la garanzia (i c.d. tempi normali della liquidazione) bensì attraverso i tempi imposti dal programma concordatario per tutelare la continuità indiretta e dunque attraverso una moratoria ultrannuale.

Epperò va rilevato che l'articolo 186-*bis*, L.F., da un lato consente al proponente di pagare i privilegiati entro l'anno se non si intende liquidare i beni su cui insiste la prelazione (o se non si intenda liquidarli immediatamente, come di fatto avviene nel presente concordato), dall'altro, poi, precisa che i detti creditori potranno essere soddisfatti entro i tempi della liquidazione qualora quegli stessi beni non siano da ritenersi strumentali alla continuità: ma è ben chiaro che, in questo secondo caso, i beni dovranno essere messi in vendita immediatamente potendo gli stessi, al più, scontare i tempi che occorrono per la loro dismissione - sul presupposto che i creditori ipotecari vanno pagati immediatamente - e non già quelli del proposto programma concordatario.

Delle 2 l'una: o i beni sono da ritenersi strumentali (anche se trattasi di strumentalità graduale o temporanea in quanto i beni vengono liquidati gradualmente, anno per anno, generando nel frattempo utilità) e allora bisognerà ipotizzare il pagamento di tutti i creditori entro l'anno dall'omologa salvo il diritto di voto degli stessi qualora l'adempimento avvenga oltre l'anno, oppure i detti *assets* vanno

considerati non strumentali (nella struttura complessiva del piano) e in tal caso però essi andranno messi in liquidazione subito potendosi così prevedere una dilazione oltre l'anno.

Sul punto, occorre fornire continuità applicativa a quella giurisprudenza già espressa dalla Cassazione secondo la quale, in materia di concordato preventivo, la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione, in caso di concordato c.d. "liquidativo") equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi "normali", con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme a essi spettanti[6].

Occorre ricordare che, con la riforma dell'articolo 160, L.F. operata con il D.Lgs. 169/2007:

> *"la proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto 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 indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d)".*

Coerentemente, poi, la nuova formulazione dell'articolo 177, comma 3, L.F. prevede che, ai fini della legittimazione al voto:

> *"i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito".*

Va anche ricordato che, nel regime previgente, anche i creditori muniti di privilegio speciale su beni non più esistenti (o non rinvenuti) erano esclusi dalle operazioni di voto, salvo che avessero rinunciato alla prelazione[7]. Del resto, era stato correttamente osservato nel precedente arresto sopra ricordato come fosse perfettamente chiaro al Legislatore che la norma innanzi indicata aveva natura innovativa e, dunque, non interpretativa, posto che nella Relazione illustrativa del D.Lgs. c.d. "correttivo" è esplicitata la ragione dell'innovazione evidenziandosi altresì che:

> *"la normativa precedentemente in vigore non consentiva, in sede di concordato preventivo, e a differenza di quanto poteva invece accadere nell'ambito di un concordato fallimentare, di offrire un pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, neppure con riferimento a quella parte del loro*

[6] Cassazione, sentenza n. 10112/2014; sentenza n. 20388/2014 e ordinanza n. 2422/2020.
[7] Cfr. Cassazione n. 12632/1992 e n. 6901/2010.

> *credito destinata a rimanere comunque insoddisfatta avuto riguardo al presumibile valore di realizzo dei beni sui quali il privilegio cade"* (cfr. Cassazione n. 10112/2014).

Deve, dunque, ritenersi che il Legislatore abbia voluto incentivare ulteriormente il ricorso allo strumento concordatario della soluzione della crisi di impresa, eliminando così un'illogica diversità di disciplina rispetto al concordato fallimentare e prevedendo che anche la proposta di concordato preventivo possa contemplare il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, sempreché la misura del soddisfacimento proposta non sia inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita dei beni sui quali il privilegio cade.

La conferma della tesi favorevole all'ammissibilità della dilazione del pagamento dei crediti privilegiati trova, oggi, l'appiglio normativo previsto dall'articolo 186-*bis*, lettera c), L.F. (introdotto con D.L. 83/2012, convertito, con modificazioni, dalla L. 134/2012) secondo il quale, nel concordato con continuità aziendale, il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, comma 2, L.F. una moratoria sino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto. Qui l'esclusione del diritto di voto - con una sorta di "moratoria" coatta paragonabile a quella di cui all'abrogato istituto dell'amministrazione controllata - vale come conferma - a contrario, per i concordati senza continuità aziendale - del principio generale sancito dall'articolo 177, comma 3, L.F., secondo il quale:

> *"i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito"* (così, sempre Cassazione n. 10112/2014, *cit. supra*).

Deve, pertanto, concludersi nel senso che, anche alla luce delle finalità perseguite dal Legislatore con il Decreto c.d. correttivo, così come esplicitate anche nella Relazione illustrativa, se la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei crediti privilegiati, allora il pagamento dei crediti medesimi con dilazione superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della stessa liquidazione, in caso di concordato c.d. "liquidativo") equivale a soddisfazione non integrale di essi e ciò a causa della perdita economica conseguente al ritardo (rispetto ai tempi "normali") con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme a essi spettanti.

Deve, ora, essere affrontata la questione della determinazione in concreto della perdita relativa al mancato pagamento immediato del credito privilegiato, oggetto di dilazione nella previsione del piano, questione rilevante ai fini del computo del voto dei creditori privilegiati che, pur integrando un

accertamento in fatto rimesso al giudice del merito, richiede tuttavia la fissazione di regole applicative di carattere generale.

Sul punto, soccorre, in parte, il criterio dettato dal Legislatore nel nuovo *"Codice della crisi di impresa"*, per come regolato nell'articolo 86, D.Lgs. 14/2019, norma che può essere utilizzata anche per la regolamentazione della materia in esame in relazione ai concordati ricadenti sotto l'egida applicativa dell'attuale Legge Fallimentare, essendo identici i principi regolanti la materia dell'esercizio del diritto di voto da riconoscersi ai creditori privilegiati "dilazionati".

Deve, pertanto, ritenersi estraibile dalla norma da ultimo citata il principio di "attualizzazione" dei pagamenti previsti dal piano concordatario, calcolati sul valore alla data di presentazione della domanda di accesso alla procedura concorsuale (come deve risultare dall'attestazione del professionista incaricato), con l'esclusione, tuttavia, del riferimento al tasso di sconto di cui all'articolo 5, D.Lgs. 231/2002.

Per altra parte, occorre far riferimento, come principio regolatore, alla disciplina di cui all'articolo 2426, punto 8, cod. civ., come modificata dal D.Lgs. 139/2015, e ai corrispondenti Principi contabili Oic, secondo i criteri oramai normati del costo ammortizzato e dell'attualizzazione del valore dei crediti. Ne consegue che, sulla base del differenziale tra il valore del credito al momento della presentazione della domanda di concordato e quello al momento del termine della moratoria potrà essere calcolato il diritto di voto dei creditori privilegiati dilazionati, con la precisazione, tuttavia, che i criteri per tale determinazione dovranno essere contenuti nel piano concordatario e certificati nella loro effettività e veridicità dal professionista, a pena di inammissibilità della proposta.

Del resto, la soluzione qui prospettata deve ritenersi preferibile rispetto alla possibilità di attribuire il diritto di voto per l'intero ammontare del credito, alternativa quest'ultima che attribuirebbe un peso eccessivo al voto dei privilegi dilazionati e creerebbe, dunque, un rischio di inquinamento delle maggioranze, in favore di creditori, cioè, destinati a essere soddisfatti per intero, come peraltro già prospettato dalla giurisprudenza della Cassazione[8], ove era stato ritenuto determinante, ai fini del computo del voto, la perdita economica conseguente al ritardo nel conseguimento della disponibilità delle somme spettanti ai creditori.

[8] Così Cassazione n. 10112/2014, *cit.*.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Diritto di prelazione e vendite competitive, la natura coattiva del trasferimento *ex* articolo 163-*bis*, L.F.

di Ernestina De Medio – avvocato

Con l'introduzione dell'articolo 163-bis, L.F., a opera del D.L. 83/2015, convertito con modifiche nella L. 132/2015, si è posto fine alle proposte vincolate, aprendo il concordato alla concorrenza, massimizzando anche l'intervento officioso del Tribunale al fine, chiaramente dichiarato nella relazione accompagnatoria al disegno di legge di conversione, di "massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere loro a disposizione una terza possibilità, oltre a quella se accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore".

Le vendite competitive

La normativa non individua puntualmente le caratteristiche delle procedure competitive, ma pone come primaria esigenza quella di fornire idonei strumenti di qualificazione, valutando come competitivi solo quei meccanismi che sono finalizzati all'ottenimento del miglior risultato nel minor tempo possibile e con la maggior trasparenza.

Le *"vendite competitive"* possono dunque qualificarsi tali quando prevedano complessivamente:

– un sistema incrementale di offerte;

– un'adeguata pubblicità e assoluta trasparenza ottenuta con la comunicazione alle parti;

– regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente;

– completa e totale accessibilità a tutti gli operatori interessati.

L'elemento fondamentale nella realizzazione dell'attivo resta dunque la competitività che la legge chiede per ogni tipo di vendita che riguardi le procedure concorsuali, basata sul rispetto di una serie di regole sopra individuate.

Il curatore può derogare a tali principi nel caso in cui vi siano beni di modesto valore, oppure nel caso in cui egli preveda nel programma di liquidazione che la vendita di beni mobili, mobili registrati, e immobili sia effettuata direttamente dal giudice delegato secondo le disposizioni previste dal codice di procedura civile.

In questo caso la Legge Fallimentare permette di applicare la normativa relativa alle esecuzioni forzate in quanto compatibile.

Nel fallimento le vendite possono distinguersi in extra fallimentari ed endo fallimentari, le prime sono quelle realizzate dal giudice dell'esecuzione, in questo caso il curatore fallimentare può decidere se subentrare nella procedura esecutiva in corso oppure, su istanza del curatore, il giudice dell'esecuzione può dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione salvi i casi di cui all'articolo 51, cod. civ..

Nel caso in cui venga dichiarata l'improcedibilità dell'esecuzione, il curatore procederà a una vendita endo fallimentare.

Il Legislatore ha previsto che le vendite endo fallimentari possano essere eseguite nel seguente modo:

– nella forma di esecuzione forzata;

– direttamente dal curatore fallimentare, anche affidando le attività ad altri professionisti o soggetti specializzati.

In questo secondo caso il curatore dovrà motivare la propria scelta e specificare le ragioni per le quali la ritiene maggiormente utile e vantaggiosa.

Dunque, il curatore, nel programma di liquidazione, può scegliere se avviare la vendita degli immobili mediante la disciplina di cui al codice di procedura civile (per le esecuzioni immobiliari) oppure dare luogo alla vendita con modalità competitive.

A tal fine si pone l'attenzione sul D.L. 83/2015 che privilegia, tra le altre, le vendite senza incanto attribuendo delega ai soggetti individuati dall'articolo 591-*bis*, c.p.c..

In caso invece di vendita competitiva il curatore è libero di individuare le modalità con le quali procedere alla vendita, con o senza incanto, con l'intento tuttavia di garantire la trasparenza e competitività della vendita stessa.

La vincolatività della scelta del curatore e le conseguenze

Qualora il curatore ricorra, per la liquidazione dell'attivo fallimentare, alle modalità di vendita prefissate dal codice di procedura civile divengono applicabili le sole norme previste dal codice di rito, restando esclusa la possibilità di applicare tanto l'istituto della sospensione della vendita che l'articolo 107, comma 4, L.F. riconosce al curatore, quanto quello della sospensione delle operazioni di vendita che l'articolo 108, comma 1, L.F. riconosce al giudice delegato.

Nel momento in cui la vendita sia stata disposta in conformità con le modalità previste dal codice di rito e con delega delle operazioni a un professionista *ex* articolo 591-*bis,* c.p.c., si è implicitamente ritenuto che il rinvio contenuto nell'articolo 107, comma 2, L.F. comprendesse anche l'istituto delle

offerte in aumento dopo l'incanto disciplinato dall'articolo 584, c.p.c., secondo la cui disciplina in presenza di simili offerte è necessario soprassedere a dare corso al precedente e concluso incanto e procedere invece a un ulteriore fase del procedimento regolata nel suo svolgimento dalle modalità previste dalla norma in questione[1].

Va però evidenziato che le vendite fallimentari hanno sempre natura coattiva; e ciò indipendentemente dalla circostanza che il curatore opti per una vendita competitiva *ex* articolo 107, comma 1, L.F., ovvero preferisca – ai sensi del comma 2 della medesima disposizione – avvalersi delle forme del codice di procedura civile, ontologicamente «competitive».

Compatibilità del diritto di prelazione con la vendita coattiva

Se si muove dal presupposto che tutte le vendite regolate dall'articolo 107, L.F. sono attuate in forza del principio della responsabilità patrimoniale di cui all'articolo 2740, cod. civ. e tendono a ottenere la migliore soddisfazione dei creditori, è incontestabile che il diritto del titolare della prelazione prevalga sull'offerta del terzo soltanto a parità delle condizioni di acquisto.

Solo il principio della responsabilità patrimoniale di cui all'articolo 2740, cod. civ. giustifica, difatti, l'attribuzione del potere di disposizione a soggetto diverso dal debitore sottoposto alla procedura, in funzione della destinazione del ricavato della vendita alla soddisfazione dei creditori.

Nel caso in cui la procedura di vendita avvenga secondo le modalità stabilite dal codice di rito e dunque al di fuori di qualsiasi trattativa privata, bisogna precisare che il diritto di prelazione concesso all'affittuario ai sensi dell'articolo 104-*bis*, comma 5, L.F., pur attribuendogli un diritto di preferenza a parità di condizioni, deve però essere contemperato con la natura pubblicistica degli interessi sottesi alle vendite fallimentari, le quali debbono comunque garantire il massimo realizzo possibile tramite lo svolgimento di procedure competitive adeguatamente pubblicizzate.

Questo contemperamento, in caso di opzione del curatore *ex* articolo 107, comma 2, L.F., per la vendita forzata codicistica, viene realizzato tramite un sistema sostitutivo della persona del prelazionario con il soggetto individuato come aggiudicatario all'esito della procedura competitiva piuttosto che con una preferenza concessa al prelazionario di carattere assoluto, tale da renderlo immune dagli effetti sfavorevoli connaturati al consueto svolgimento delle operazioni di vendita.

Il perseguimento delle menzionate finalità pubblicistiche impone infatti che la preferenza a parità di condizioni debba essere accordata senza pregiudizio per il ceto creditorio, il cui interesse è assicurato

[1] Tribunale di Napoli, decreto 12 maggio 2016 poi reclamato e infine impugnato in Cassazione che ha deciso con sentenza n. 9017/2018.

dalla naturale e completa evoluzione della procedura di vendita, che non viene interrotta all'esito dell'esercizio del diritto di prelazione.

Il prelazionario – nel senso espressamente previsto dal secondo periodo dell'articolo 104-*bis*, comma 5, L.F. – una volta esaurito il procedimento di determinazione del prezzo di vendita (nel caso di specie tramite l'aggiudicazione) ha perciò diritto di ricevere la *denuntiatio* delle condizioni di vendita e di scegliere se aderire o meno alle stesse. Il positivo esercizio del diritto di prelazione comporta una sostituzione dell'aggiudicatario con il prelazionario nella medesima posizione nell'ambito dello schema della vendita forzata codicistica, senza che si possano scindere gli effetti favorevoli di tale sua posizione, quale l'aspettativa al trasferimento del bene, da quelli sfavorevoli, tra cui anche l'eventualità che un terzo presenti un'offerta in aumento (Cassazione n. 2316/2013).

Il prelazionario, conseguita la preferenza a parità di condizioni che gli era stata promessa, rimane poi esposto alla naturale evoluzione della procedura di vendita prescelta e dunque alla possibile apertura della fase dell'aumento a mezzo di offerte presentate secondo le modalità previste dall'articolo 584, c.p.c..

Ancorchè dunque la prelazione non costituisca un ostacolo al trasferimento del bene, bensì soltanto un vincolo nell'individuazione del soggetto acquirente, in caso di vendite fallimentari, la giurisprudenza ha comunque escluso la sussistenza della prelazione in ragione della natura coattiva del trasferimento, riconoscendo così la prevalenza dell'interesse al soddisfacimento delle pretese dei creditori concorsuali rispetto a quello del prelazionario.

In passato la problematica riguardante la compatibilità tra le vendite coattive e l'esercizio del diritto di prelazione è stata oggetto di pronuncia da parte della Suprema Corte, la quale ha concluso ritenendo che vi sia:

> *«una generale incompatibilità di principio del diritto di prelazione con le vendite coattive, e in particolare con quelle fallimentari, salvo esplicite deroghe in senso contrario. E questa incompatibilità, se vale per le prelazioni legali, a maggior ragione deve valere, … per le prelazioni di origine convenzionale»* (si veda Cassazione n. 17523/2003 e n. 17524/2004).

La Cassazione evidenziò, quindi, l'incompatibilità del diritto di prelazione con le vendite coattive e, in particolare, con quelle fallimentari.

Di diverso orientamento è il Tribunale di Bolzano che con decreto 9 maggio 2018, ha sostenuto che la prelazione non parrebbe essere, in linea di principio, incompatibile con il sistema delle vendite coattive, posto che si sostanzia in un diritto che il prelazionario eserciterà a parità di condizioni rispetto agli offerenti in competizione. Tale meccanismo salvaguarderebbe certamente il prelazionario, ma ciò

comunque nel pieno rispetto del meccanismo pubblicistico della vendita competitiva in una procedura concorsuale, che non pregiudica affatto l'opportunità di liquidare nel migliore dei modi il patrimonio fallimentare o concordatario, né attribuirebbe ingiustificati vantaggi al prelazionario in luogo di terzi o a terzi in luogo del prelazionario, né, infine, comprometterebbe il principio della *par condicio creditorum*. È giunto dunque a ritenere che il diritto di prelazione sia compatibile con la procedura di vendite competitiva concorsuale, laddove il bene oggetto del diritto di prelazione coincida pienamente con il bene oggetto di trasferimento.

Il diritto di prelazione nel concordato preventivo

Quanto al concordato preventivo, si riscontra un costante orientamento giurisprudenziale, il quale ritiene sussistente il diritto di prelazione, tanto legale, quanto convenzionale, in considerazione della natura negoziale delle vendite effettuate dal liquidatore.

Si è, a tal proposito, rilevato che:

> *«In relazione alla vendita effettuata dal liquidatore in esecuzione del concordato preventivo con cessione dei beni, è consentito l'esercizio del diritto di prelazione nell'acquisto, convenzionalmente attribuito a un terzo dal debitore prima dell'ammissione della procedura, atteso che: il rapporto di prelazione, come tutti i rapporti giuridici preesistenti, non si scioglie (mancando nella disciplina del concordato il richiamo alle disposizioni dettate dagli articoli 72-83, L.F.) a seguito dell'apertura del concordato o della sua omologazione; non è ricavabile dal sistema l'oggettiva incompatibilità della prelazione con la fase esecutiva del concordato (sia perché la forma e le modalità della liquidazione competono al debitore cedente, che può stabilire la vendita a trattativa privata e il Tribunale interviene, ai sensi dell'articolo 182, L.F., solamente se il concordato non dispone diversamente, sia perché, non rispondendo l'esclusione della prelazione nella vendita forzata a ragioni di principio, è irrilevante che il trasferimento venga attuato con atti di carattere negoziale ovvero coattivo); va escluso, infine, che la prelazione incida, di per sé, negativamente sugli interessi dei creditori, in quanto essa comporta il solo onere della "denuntiatio" e si colloca in un momento successivo all'individuazione dell'acquirente e alla definitiva determinazione del prezzo»* (Cassazione n. 14083/2004).

La natura coattiva della vendita *ex* articolo 163-*bis*, L.F. e la questione della *"compatibilità del diritto di prelazione"*

La vendita di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. ha natura coattiva, in quanto:

a) comporta gli effetti c.d. purgativi di una vendita forzata (articolo 108, L.F.), eseguita con decreto di trasferimento del giudice o con atto notarile previa autorizzazione del giudice ed è dunque attuata dall'Autorità giudiziaria o comunque da essa delegata;

b) è posta in essere indipendentemente dalla volontà del debitore, in quanto soggetta a procedura competitiva;

c) si svolge nell'interesse del ceto creditorio;

d) prevede la distribuzione del ricavato nel rispetto delle cause legittime di prelazione ai sensi dell'articolo 2741, cod. civ.;

e) quando ha a oggetto l'azienda, produce effetti liberatori dalla responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento e risultanti dai libri contabili obbligatori.

L'articolo 163-*bis*, L.F. impone lo svolgimento delle attività di ricerca di offerte migliorative e l'apertura della "competizione" già nelle preliminari fasi del concordato. La disciplina con cui si perviene all'aggiudicazione è ben dettagliata dalla norma: si tratta di una *sub procedura* interna al concordato, le cui concrete modalità di svolgimento sono di volta in volta rimesse alle disposizioni del Tribunale.

Il provvedimento che apre la procedura competitiva è dunque emesso dal Tribunale, in sede collegiale, mentre nulla osta a che le fasi successive possano essere svolte dal giudice delegato, cui sono normalmente rimesse tutte le attività da compiersi dopo l'ammissione e sino all'omologa.

Con la vendita o con l'aggiudicazione, se precedente, a soggetto diverso da colui che ha presentato l'offerta di cui al comma 1, articolo 163-*bis*, L.F., quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore.

Il Tribunale di Pescara, con decreto 22 ottobre 2020 emesso nell'ambito della procedura concordataria n. 7/2019, ritiene che i principi espressi dall'articolo 163-*bis,* L.F. sostanzino una estrinsecazione del più generale principio stabilito dall'articolo 182, L.F., ove al comma 5 dispone che *"alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda si applicano gli articoli da 105 a 108-ter. Le cancellazioni delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a queste successivi",* di conseguenza reputa necessario il coordinamento delle disposizioni contenute nell'articolo 163-*bis,* L.F. con quelle contenute nell'articolo 182, che rinvia agli articoli da 105 a 108-*ter,* L.F. e osserva che la disciplina derivante dal combinato disposto di cui agli articoli 182 e 105-108-*ter,* L.F. trova applicazione a tutte quelle vendite competitive che si rendono necessarie in qualsiasi fase della procedura, prima o dopo l'omologa, a tutte le procedure concordatarie, che siano liquidatorie o in continuità aziendale, diretta o indiretta.

Peraltro, nella fase antecedente all'ammissione, le concrete procedure competitive di vendita devono confrontarsi con i postulati specificamente indicati dal Legislatore all'articolo 163-*bis*, L.F..

Orbene, atteso che la procedura competitiva in parola viene aperta, in quel caso, contestualmente all'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, le stringenti regole di cui all'articolo 163-*bis,* L.F., seppure nell'ottica della massima *recovery* dei creditori concordatari e l'accelerazione delle vendite dei beni, va accordata con la snellezza e celerità delle regole richiamate dall'articolo 182, L.F..

Sulla base di queste premesse il Tribunale di Pescara ha ritenuto di poter affermare che, sotto il profilo degli effetti, la vendita competitiva di cui all'articolo 163-*bis,* L.F., ritenendo di compensare l'assenza di un esplicito richiamo agli articoli da 105 a 108-*ter*, L.F. attraverso l'articolo 182, L.F., comporti:

- gli effetti c.d. purgativi di una vendita forzata (articolo 108, L.F.), eseguita con decreto di trasferimento del giudice o con atto notarile previa autorizzazione del giudice, in quanto:
  - fatta dall'autorità giudiziaria;
  - indipendentemente dalla volontà del debitore, in quanto soggetta a procedura competitiva, oltretutto soggetta all'aumento minimo del prezzo base;
  - nell'interesse del ceto creditorio e
  - con distribuzione del ricavato nel rispetto delle cause legittime di prelazione ai sensi dell'articolo 2741, cod. civ.;
- gli effetti liberatori (salva diversa convenzione) dalla responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento dell'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori (articolo 105, L.F.);
- il pagamento del prezzo può essere effettuato mediante accollo di debiti da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei crediti[2];
- la possibilità di convenire, nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti (articolo 105, L.F.).

Le differenti procedure degli articoli 182 e 163-*bis*, L.F.

In coerenza con quanto istituito dall'introduzione del nuovo articolo 163-*bis,* L.F., l'articolo 182, L.F. è stato integrato al comma 5, prevedendo espressamente che la vendita concorsuale possa avvenire a

[2] In particolare, nel caso in cui l'aggiudicatario opti per l'accollo del Tfr dovuto ai dipendenti, con liberazione della procedura da ogni relativo onere, e relativa compensazione con quota parte del prezzo di vendita, l'aggiudicatario sarà tenuto a fornire alla procedura le dichiarazioni liberatorie rese dai dipendenti previa procedura sindacale *ex* articolo 411, c.p.c., ai sensi dell'articolo 2112, cod. civ..

seguito del deposito della domanda di concordato, e sempre con l'effetto tipico delle vendite di natura coattiva, quello purgativo delle eventuali iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sul bene venduto.

La novità, non di poco conto, consegue all'affidamento che il Legislatore nutre nella capacità del mercato di valorizzare al meglio l'oggetto della vendita: impone l'applicazione delle disposizioni degli articoli da 105 a 108-*ter*, L.F. per tutti i casi di cessione sia nella fase esecutiva sia in fase "preconcordataria".

Ciò posto, anche l'articolo 163-*bis*, L.F. dispone una particolare procedura il cui contenuto è rimesso sostanzialmente alle determinazioni del Tribunale, da applicarsi alle cessioni, all'affitto di aziende, ai contratti che prevedono la futura cessione di beni. Occorre dunque coordinare correttamente l'applicazione delle 2 norme.

Quanto alla disciplina, si rileva che entrambi gli articoli - il 163-*bis* e il 182, comma 5 - impongono regole competitive, ma le rispettive procedure sono diverse: infatti, l'articolo 163-*bis,* L.F. prevede l'obbligatorietà - a differenza del combinato disposto degli articoli 182 e 107, L.F. - a) dell'aumento (non rilancio) minimo dell'offerta originaria per consentire la presentazione di "offerte migliorative", come previsto dal comma 3, articolo 163-*bis,* L.F.[3]; b) della gara, con ciò imponendo una procedura competitiva più restrittiva e meno libera rispetto a quella prevista dall'articolo 107, L.F..

Quanto all'obbligo di pubblicità, l'articolo 163-*bis,* L.F. ricalca l'articolo 107, L.F., laddove prevede che:

> *"con il decreto è in ogni caso disposta la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490, c.p.c.".*

A differenza, però, dell'articolo 107, L.F., la disposizione in tema di offerte concorrenti non fa seguire alla predetta regola inderogabile l'obbligo di pubblicare la vendita almeno 30 giorni prima dell'inizio della procedura. Si ritiene che ancora una volta il Legislatore abbia voluto garantire elasticità, snellezza e rapidità alla procedura competitiva, laddove questa si svolga in una fase iniziale della procedura concordataria, fase in cui spesso deve essere ancora predisposto o perfezionato il piano, sulla cui impostazione andrà a incidere l'esito della gara stessa.

Laddove, peraltro, alla gara non dovesse partecipare alcuno, oppure le offerte depositate, compresa quella dell'originario offerente, si dovessero ritenere inefficaci in quanto non conformi al decreto del Tribunale oppure condizionate, il bene andrà comunque aggiudicato a colui il quale aveva fatto l'offerta originaria iniziale; ciò nonostante la formulazione poco chiara della prima parte del comma 2, articolo 163-*bis*, L.F. laddove parrebbe che l'offerta originaria *("L'offerta di cui al comma 1 diviene irrevocabile nel*

[3] Di conseguenza il Tribunale sarà obbligato a stabilire l'aumento minimo, andando così a incidere, limitandola, sulla libertà negoziale di offerente e imprenditore in concordato, per consentire la presentazione di "offerte migliorative".

momento …") divenga irrevocabile solamente se viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto del Tribunale.

La gara di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. (disciplina delle offerte concorrenti nel concordato preventivo) non può essere delegata al commissario giudiziale, e ciò in ossequio alle regole stabilite dagli articoli 107 e 182, L.F. per le vendite competitive, posto che la disposizione prevede che le offerte sono rese pubbliche all'udienza fissata per l'esame delle stesse; che, nel caso in cui vengano presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara fra gli offerenti, avendo la norma voluto introdurre un sistema di maggior garanzia per il debitore, non spossessato, il quale è sottoposto a una considerevole limitazione della sua autonomia negoziale e patrimoniale.

Alle vendite competitive di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. non è applicabile il potere di sospensione della vendita che l'articolo 107, L.F. riconosce al curatore per l'ipotesi della presentazione di offerte migliorative, in quanto tale disciplina è applicabile esclusivamente alle vendite effettuate direttamente dal curatore laddove, invece, nel concordato preventivo, le vendite competitive in tema di offerte concorrenti sono gestite dal giudice delegato. (cfr. Tribunale Bolzano, 17 Maggio 2016. Pres., est. Francesca Bortolotti).

Alle vendite competitive di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. è, però, applicabile il potere di sospensione della vendita da parte del giudice delegato di cui all'articolo 108, L.F., posto che l'articolo 182, comma 5, L.F. esprime una regola generale applicabile, in quanto compatibile, anche alla fase disciplinata dall'articolo 163-*bis*, L.F. si ritiene non esclusa l'applicazione della disciplina residuale di cui all'articolo 108, comma 1, L.F..

In base a una lettura congiunta delle 2 disposizioni, si ritiene di poter concludere che se la proposta di concordato contiene una vera e propria offerta di acquisto o affitto da parte di un soggetto specifico, dovrà applicarsi il regime dell'articolo 163-bis, L.F. mentre se il piano non si fonda su un'offerta specifica, la competitività sarà disposta ai sensi dell'articolo 182, comma 5, L.F..

L'attuazione dell'articolo 163-*bis*, L.F. durante la fase preconcordataria

La nuova disciplina dettata dall'articolo 163-*bis*, L.F. è applicabile a tutte le fattispecie in cui il debitore depositi un piano concordatario che comprenda un'offerta da parte di soggetto già individuato avente a oggetto il trasferimento, in suo favore, anche prima dell'omologazione dell'azienda, di un ramo di azienda o anche solo di beni specifici contro un corrispettivo in denaro o a titolo oneroso (ad esempio cessione di crediti, accollo Tfr).

L'attuazione della procedura competitiva di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. durante la fase preconcordataria, quando dunque il concordato non sia ancora stato dichiarato aperto ai sensi dell'articolo 163, L.F., costituisce atto urgente di straordinaria amministrazione che, come tale, richiede l'autorizzazione del Tribunale.

Lo svolgimento della procedura competitiva di cui all'articolo 163-*bis*, L.F., la quale trova applicazione nel caso di offerta formulata da soggetto già individuato e destinata al trasferimento di un bene, non richiede che sia prima effettuata la stima, in quanto il Legislatore pare avere ritenuto a tal fine sufficiente l'individuazione del prezzo da parte dell'offerente.

L'effettivo valore del bene oggetto della proposta sarà poi stabilito dal mercato, a condizione che sia garantito, mediante idonea pubblicità, l'accesso a tutti i dati necessari per una completa e analitica valutazione dell'*asset* oggetto di trasferimento; questo meccanismo risponde, infatti, anche alle esigenze di celerità e urgenza che spesso connotano le vendite di beni oggetto di offerte da parte di soggetto individuato.

L'applicazione della disciplina dettata dall'articolo 163-*bis*, L.F. non è dunque condizionata all'esistenza di un piano concordatario, essendo sufficiente l'apertura di una procedura concordataria a seguito di deposito di domanda di concordato "in bianco", sempre che via sia un'offerta d'acquisto di un bene concordatario o un contratto preliminare che tenda a tale scopo.

I principi espressi dall'articolo 163-*bis*, L.F. costituiscono l'applicazione, in fase di pre-ammissione, del più generale principio stabilito dall'articolo 182, L.F., ove al comma 5 dispone che:

> *"alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda si applicano gli articoli da 105 a 108-ter. Le cancellazioni delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo, sono effettuati su ordine del giudice salvo diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione per gli atti a queste successivi".*

Se è vero che la disciplina di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. trova applicazione nel caso di offerta formulata da soggetto già individuato destinata al trasferimento di un bene - la cui procedura deve comunque effettuarsi prima dell'udienza fissata per l'adunanza dei creditori anche nell'ipotesi in cui il piano preveda che il trasferimento del bene abbia luogo dopo l'omologazione -, è possibile affermare che la disciplina generale in tema di vendite nel concordato preventivo di cui agli articoli 107 e 182, L.F. troverà applicazione, come sopra accennato, nei casi in cui nel piano concordatario sia prevista la liquidazione di un bene che non sia stato oggetto di proposta di acquisto da parte di un soggetto certo e individuato.

Il diritto di prelazione è compatibile con la procedura di vendita competitiva delle procedure concorsuali quando il bene oggetto del diritto di prelazione coincide con quello oggetto di trasferimento; laddove, invece, tale coincidenza non vi sia, come nel caso della vendita di un complesso di beni costituenti ramo d'azienda, l'attività svolta dagli organi fallimentari, in quanto mirata alla salvaguardia di finalità pubblicistiche, non può soffrire impedimenti disposti da una regola interna a un rapporto di carattere privatistico del debitore.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Note di variazione Iva nelle procedure concorsuali alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali

di Tiziana Corsi – dottore commercialista

Cesare Meroni – dottore commercialista

Gualtiero Terenghi – dottore commercialista

Il tema dell'Iva concorsuale riguarda, per la sola Italia, crediti per un ammontare complessivamente stimato in circa 15 miliardi di euro: è dunque evidente come la recente giurisprudenza, sia italiana sia europea, impatti notevolmente sugli interessi economici dei soggetti creditori di procedure concorsuali, i quali, soprattutto alla luce dell'emergenza economica che investe il tessuto economico produttivo, potrebbero trarre sicuro beneficio da un più rapido – e giusto – meccanismo di detrazione dell'imposta. Il presente lavoro intende dare un quadro generale della normativa italiana e della prassi elaborata dall'Agenzia delle entrate, seguito da un commento sulla più rilevante e recente giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Inquadramento legislativo

La norma di legge di riferimento è l'articolo 26, D.P.R. 633/1972, che disciplina i casi di variazione dell'imponibile o dell'imposta. Il caso di maggiore interesse per il contribuente, esaminato dalle circolari e dalle sentenze appresso commentate, è quello delle note di credito con variazioni in diminuzione, che permettono il recupero dell'imposta, anche eventualmente in modo parziale, al contribuente che abbia emesso una fattura la cui base imponibile si sia ridotta successivamente all'operazione che ne ha determinato l'emissione.

Il comma 2, articolo 26, D.P.R. 633/1972 stabilisce infatti che:

> *"Se un'operazione per la quale sia stata emessa fattura, successivamente alla registrazione di cui agli articoli 23 e 24, viene meno in tutto o in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili o per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali o di procedure esecutive individuali rimaste infruttuose o a seguito di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi*

> *dell'articolo 182-bis, L.F., ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), L.F., pubblicato nel Registro Imprese o in conseguenza dell'applicazione di abbuoni o sconti previsti contrattualmente, il cedente del bene o prestatore del servizio ha diritto di portare in detrazione ai sensi dell'articolo 19 l'imposta corrispondente alla variazione, registrandola a norma dell'articolo 25".*

Il dettato normativo, in virtù del principio di neutralità che caratterizza tutto il sistema dell'Iva, permette all'imprenditore o al professionista rimasto insoddisfatto a causa del fallimento del suo debitore di recuperare tramite detrazione l'imposta impagata.

I documenti di prassi italiana

A chiarimento e interpretazione della disposizione di legge l'Agenzia delle entrate ha nel tempo emesso diverse circolari, a parere di chi scrive molto restrittive, sulle condizioni oggettive che permettono al contribuente di emettere una nota di accredito nei confronti delle procedure concorsuali, focalizzandosi in particolare su fallimenti e concordati preventivi. Il criterio che guida l'interpretazione dell'Agenzia è quello di subordinare l'emissione della nota di variazione all'*infruttuosità* della procedura, discostandosi quindi dal criterio applicativo seguito dalla Corte di Giustizia, nitidamente enunciato nella sentenza C-146/19 più avanti commentata.

Occorre innanzitutto partire dalla circolare n. 77/E/2000, in cui l'Agenzia delle entrate afferma che in caso di fallimento la variazione in diminuzione può essere eseguita solo dopo che il piano di riparto finale sia stato reso esecutivo, ovviamente senza che lo stesso preveda pagamenti in favore del contribuente.

Nel caso invece in cui il fallimento sia privo di attivo e dunque il curatore non rediga riparti finali per mancanza di liquidità, l'emissione della nota potrà essere effettuata alla scadenza del termine per il reclamo avverso il decreto di chiusura del fallimento; pertanto la nota di variazione potrà essere emessa successivamente alla comunicazione del curatore di avvenuta chiusura del fallimento e facendo decorrere il termine di 10 giorni che l'articolo 26, comma 3, L.F. assegna per l'eventuale reclamo.

Relativamente alla procedura di concordato preventivo, la circolare, che data l'epoca di emissione fa riferimento ai soli creditori chirografari, si limita genericamente a porre quale condizione per l'emissione della nota di variazione l'infruttuosità della procedura, elemento da accertarsi solo in seguito alla chiusura del concordato e alla definitività della sentenza di omologazione.

Il 18 marzo 2002 è stata emessa la risoluzione n. 89/E/2002 in cui, in maniera moderatamente meno restrittiva rispetto al precedente documento, l'Agenzia delle entrate afferma che, in caso di fallimento,

il termine cui riferirsi è quello di scadenza delle osservazioni al piano di riparto finale, dunque la nota di variazione può essere emessa decorsi 15 giorni dalla trasmissione da parte del curatore del piano di riparto finale. Rimane ferma la posizione dell'Agenzia delle entrate nel caso in cui la procedura non abbia attivo, per cui l'Agenzia delle entrate ribadisce che la nota di variazione può essere emessa decorso il citato termine per il reclamo avverso il decreto di chiusura.

Per quanto attiene il lasso temporale a disposizione del contribuente per emettere la nota di variazione in diminuzione, l'Agenzia delle entrate ha chiarito con la risoluzione n. 89/E/2002 che il diritto alla detrazione dell'imposta può essere esercitato al più tardi con la dichiarazione relativa al secondo anno successivo a quello in cui si verifica il presupposto per operare la variazione (e dunque, secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate, la nota può essere emessa entro il termine per la presentazione della dichiarazione relativa al secondo anno successivo all'esecutività del piano di riparto o alla definitività della sentenza di chiusura del fallimento).

La giurisprudenza della Corte di giustizia

La lettura restrittiva dell'Agenzia delle entrate appare difforme dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che base la sua interpretazione delle norme in tema di Iva, su 2 principi generali del diritto dell'unione, ovvero il principio di proporzionalità e il principio di neutralità.

Il principio di proporzionalità impone al singolo Stato membro di adottare vincoli della legislazione interna che siano idonei a conseguire gli obiettivi posti dalla normativa, senza eccederne i limiti ed evitando che la norma nazionale ponga restrizioni idonee a determinare incertezza nell'applicazione della norma: la legge nazionale non deve quindi esorbitare i vincoli minimi necessari per l'applicazione della normativa europea decisa a livello comunitario.

Il principio di neutralità l'Iva, da leggersi come diritto alla detrazione che vive nel regime delle detrazioni, ha l'obiettivo di sgravare interamente l'imprenditore dall'onere dell'Iva dovuta o pagata nell'ambito di tutte le sue attività economiche: è solo infatti attraverso un corretto ed equo meccanismo di detrazioni che il sistema comune dell'Iva garantisce la neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche soggette all'imposta.

Questi 2 principi di carattere generale trovano applicazione nelle sentenze C-246/16 e C-146/19, che danno un'interpretazione della norma più equa e certamente meno restrittiva di quella adottata dall'Agenzia delle entrate nelle circolari richiamate in premessa.

Causa C-246/16: mancato pagamento del prezzo e limiti temporali

Nella causa C-246/16 decisa il 23 novembre 2017, in cui era parte proprio l'amministrazione fiscale italiana, la CTP di Siracusa sollevava questione pregiudiziale vertente appunto sul termine per l'emissione della nota di variazione in diminuzione da parte del contribuente, che, nel caso di specie, aveva provveduto a emetterla e registrarla immediatamente dopo la pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'Agenzia delle entrate contestava la condotta del contribuente emettendo un avviso di accertamento in cui argomentava, in linea con le sue circolari, che il contribuente avrebbe potuto emettere la nota di variazione solo dopo aver avuto la certezza che la procedura concorsuale sarebbe stata infruttuosa, non essendo la semplice dichiarazione di fallimento circostanza idonea a permettere la detrazione dell'imposta non versata dal debitore fallito.

Il giudice italiano, nell'esaminare la questione, ha ritenuto il D.P.R. 633/1972 non conforme alla VI Direttiva e in particolare all'articolo 11, parte C, § 1 (trasfuso poi nell'articolo 90, Direttiva 2006/112/CE) secondo cui:

> *"In caso di annullamento, recesso, risoluzione, non pagamento totale o parziale o di riduzione di prezzo dopo che l'operazione è stata effettuata, la base imponibile viene debitamente ridotta alle condizioni stabilite dagli Stati membri".*

La VI Direttiva, infatti, subordina la possibilità di emettere la nota soltanto al mancato pagamento totale o parziale dell'imposta, mentre il D.P.R. italiano e l'interpretazione restrittiva che ne ha dato l'Agenzia delle entrate subordinano il diritto alla detrazione all'infruttuosità della procedura. Nel caso in commento il giudice del rinvio sottolinea, a parere di chi scrive in modo assolutamente condivisibile, che nel caso dei fallimenti dichiarati da Tribunali italiani l'intera procedura può arrivare a durare un decennio, dunque una quantità di tempo così ampia da risultare *ictu oculi* lesiva dei diritti del contribuente.

La questione posta dal giudice italiano alla Corte riguarda in particolare il caso del mancato pagamento del prezzo. A differenza dei casi di annullamento, recesso o risoluzione, anch'essi contemplati dall'articolo 90, Direttiva 2006/112/CE, in caso di mancato pagamento l'acquirente resta debitore del prezzo convenuto e il venditore resta sempre titolare di un credito, che permane astrattamente azionabile in sede giudiziaria. Ne consegue che, mentre risoluzione e annullamento riportano le parti alla situazione iniziale precontrattuale, il mancato pagamento del prezzo non riporta i contraenti nella situazione iniziale; in questo particolare caso il Legislatore comunitario lascia a ciascun Stato membro

la scelta di determinare le condizioni, anche temporali, che attribuiscono il diritto alla riduzione della base imponibile a causa del mancato pagamento del prezzo.

La difficoltà principale nel trattamento di questa fattispecie risiede nel problematico accertamento del mancato pagamento (prova negativa) e alla luce di ciò la Corte stabilisce che per tutelare gli obiettivi di armonizzazione fiscale della normativa UE la deroga al diritto generale di detrazione debba essere giustificata: la disciplina generale dell'Iva ne impone la neutralità e la deroga derivante dall'eventuale mancata riduzione della base imponibile costituisce eccezione da interpretarsi in maniera restrittiva. Il principio di neutralità è ribadito dalla Corte, che sottolinea come l'imprenditore sia *"un collettore d'imposta per conto dello Stato"* il quale *"deve quindi essere sgravato interamente dall'onere dell'imposta dovuta o pagata nell'ambito delle sue attività economiche a loro volta soggetta a Iva"*.

Afferma la Corte che una legislazione nazionale come quella italiana, in cui non di rado una procedura fallimentare arriva a durare 10 anni, fa sopportare agli imprenditori uno svantaggio in termini di liquidità rispetto ai loro concorrenti UE, svantaggio che *"è manifestamente in grado di compromettere l'obiettivo di armonizzazione fiscale della VI Direttiva"*, con l'importante conseguenza che uno Stato membro non può subordinare la riduzione della base imponibile al criterio di infruttuosità della procedura, che è unicamente legato alla conclusione del fallimento e che fa dunque ricadere sull'imprenditore, impedendogli una tempestiva detrazione, il costo economico dei lunghissimi tempi processuali connessi alla procedura.

Il giudice europeo stabilisce pertanto chiaramente, in contrasto con l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate, peraltro reiterata nel 2019 con la risposta a interpello n. 438/2019, che lo Stato membro non può subordinare la riduzione della base imponibile all'infruttuosità di una procedura concorsuale che può astrattamente durare più di 10 anni.

Causa C-146/19: mancata insinuazione al passivo e diritto alla detrazione

Successivamente all'importante pronuncia prima commentata, già in contrasto con i documenti di prassi italiani, è intervenuta la sentenza C-146/19, di sicuro rilievo per l'impatto economico che ha nei confronti degli imprenditori e dei contribuenti europei.

Il caso esaminato dalla Corte riguarda una società di diritto sloveno che ha operato rettifiche Iva su crediti rimasti insoluti vantati verso una società dichiarata fallita e il cui fallimento è stato definitivamente chiuso in data anteriore all'emissione dell'accertamento fiscale.

L'Agenzia slovena ha contestato la legittimità dell'operazione sostenendo che la mancata insinuazione al passivo fallimentare dei crediti non legittimava il contribuente a effettuare la detrazione. La Corte è

stata dunque chiamata a pronunciarsi sul seguente quesito, ovvero se possa essere portata in detrazione l'Iva assolta nel caso in cui il contribuente abbia omesso di insinuare il proprio credito nella procedura fallimentare, ma tuttavia dimostri che, indipendentemente da ciò, il credito non sarebbe mai stato riscosso.

In prima battuta la Corte richiama il principio di neutralità dell'Iva, ricordando che la base imponibile è costituita dalla controprestazione realmente percepita, circostanza da cui consegue che lo Stato membro impositore non può percepire a titolo di Iva un importo superiore a quello che il soggetto passivo aveva a sua volta percepito.

In caso di non pagamento totale o parziale lo Stato membro deve dunque consentire la riduzione della base imponibile, permettendo al soggetto passivo di dimostrare che il credito presenta un carattere di definitiva irrecuperabilità: condizione centrale della riduzione della base imponibile (quindi del connesso diritto alla detrazione) è dunque la definitiva irrecuperabilità del credito e non l'infruttuosità della procedura concorsuale invocata nei documenti di prassi italiana.

Nel caso esaminato in C-146/19, infatti, i crediti non sono stati insinuati al fallimento e tale omissione implica, secondo la legge slovena, l'impossibilità di un successivo recupero, circostanza che la Corte riconduce alla fattispecie del mancato pagamento di cui all'articolo 90, § 1, Direttiva 2006/112/CE, previsione non derogabile da parte degli Stati membri.

Ulteriormente la Corte attinge dall'articolo 273, Direttiva 2006/112/CE, che regola gli obblighi che gli Stati membri possono stabilire per assicurare l'esatta riscossione dell'Iva e ciò al fine di evitare 2 ordini di problemi intimamente connessi, ovvero le evasioni fiscali e il rischio di perdita di entrate fiscali.

Secondo i giudici europei l'articolo 90, Direttiva 2006/112/CE per la parte in cui prevede la riduzione della base imponibile in caso di mancato pagamento, e l'articolo 273, Direttiva 2006/112/CE che regola gli obblighi degli Stati membri in tema di armonizzazione e in applicazione del principio di proporzionalità, permettono di affermare la contrarietà della disciplina comunitaria Iva alla normativa che preveda l'obbligo di insinuazione al fallimento per consentire al contribuente di esercitare il diritto alla detrazione. Dal punto di vista della prevenzione delle frodi fiscali, infatti, la circostanza di negare la detrazione per mancanza di insinuazione al passivo riconducibile a comportamenti collusivi o fraudolenti verrebbe a creare una presunzione generale di frode e dunque contrasterebbe con il citato articolo 273 e il connesso principio di proporzionalità; un tale obbligo, inoltre, non contribuirebbe a eliminare il rischio di perdite di entrate fiscali in quanto, secondo la legge slovena, la mancata insinuazione del credito nella procedura fallimentare instaurata nei confronti del debitore implica che tale credito cessi di esistere, con la conseguenza che il soggetto passivo d'imposta perde la possibilità

di vedere il suo credito pagato, anche solo parzialmente, circostanza che determina, al più, un pregiudizio per lo Stato impositore.

Pertanto, e in conclusione, la Corte afferma che gli articoli 90 e 273, Direttiva 2006/112/CE ostano a una normativa dello Stato membro secondo cui un soggetto passivo può detrarre l'Iva solo previa ammissione al passivo fallimentare: il diritto alla detrazione deve quindi essere concesso anche senza previa ammissione purché il soggetto passivo dimostri che il credito non sarebbe comunque stato riscosso.

Il diritto alla detrazione non può dunque essere subordinato alla chiusura di una procedura fallimentare, né all'ammissione al passivo fallimentare: l'unica condizione che secondo la Corte di Giustizia permette la detraibilità è la definitiva irrecuperabilità del credito.

La lettura della giurisprudenza europea da parte della Cassazione

Anche la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata, con sentenza n. 25896/2020, sul controverso tema inerente le note di variazione Iva e la conseguente applicazione dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972 nell'ambito delle procedure concorsuali.

La Suprema Corte si è infatti espressa in merito al ricorso avanzato da una società cooperativa Arl, contro la decisione della CTR del Lazio che aveva respinto l'appello promosso dalla contribuente sancendo che quest'ultima avrebbe potuto – *recte* dovuto – emettere apposita nota di variazione Iva a seguito dell'intercorso decreto di chiusura del fallimento.

La genesi del giudizio è infatti rinvenibile nell'impugnazione, da parte della società cooperativa Arl, di una cartella di pagamento concernente Iva dichiarata per l'anno 1996 – e non versata – derivante da fatture emesse e regolarmente registrate che non erano state onorate dal soggetto committente (una Srl), poi dichiarato fallito.

Nelle more del giudizio, già in precedenza rinviato alla CTR del Lazio a seguito di primo ricorso per cassazione, il Tribunale di Napoli aveva poi disposto la chiusura del fallimento della Srl per insufficienza di attivo, con la conseguenza che il credito chirografario vantato dalla società cooperativa era rimasto integralmente insoddisfatto.

Con questa pronuncia la Suprema Corte, richiamando in via principale la già citata sentenza C-246/16 della Corte di Giustizia, enuncia 2 principi fondamentali in tema di Iva secondo cui ai fini della diritto alla riduzione della base imponibile:

> *"è sufficiente che il soggetto passivo evidenzi l'esistenza di una probabilità ragionevole che il debito non sia saldato"* ed è *"illegittima la pretesa del fisco di ottenere l'imposta del cedente o del prestatore*

> *che non abbia fatto ricorso al meccanismo previsto dall'articolo 26, D.P.R. 633/1972 per mancato pagamento a causa di procedure concorsuali rimaste infruttuose, qualora questo meccanismo sia stato utilizzato dal cessionario o committente, e sia stato eliminato in tempo utile il rischio di perdita di gettito per l'Erario".*

Riflessioni operative in ambito concorsuale

La Corte, nella formulazione della propria pronuncia, richiama anzitutto la disciplina europea con particolare riferimento ai dettami dei § 1 e 2 della Direttiva 2006/112, già in premessa opportunamente delineati.

Secondo la Cassazione, infatti, qualora in ambito concorsuale si applicasse una lettura dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972 in armonia con le Direttive europee, non vi sarebbe la necessità di attendere la definitiva irrecuperabilità del credito derivante dall'infruttuosità di una procedura fallimentare per l'emissione della nota di credito. Come infatti evidenziato anche dalla Corte di Giustizia (sentenza Di Maura), se si considera che in Italia la durata delle procedure concorsuali è mediamente pari a 10 anni, la riduzione della base imponibile dell'Iva non può essere subordinata alla certezza dell'infruttuosità della procedura, altrimenti si creerebbe un indebito svantaggio, in termini di liquidità, in capo agli imprenditori italiani rispetto ai *competitors* europei.

I giudici di legittimità rilevano infatti che, per accordare il diritto alla riduzione della base imponibile Iva, sarebbe sufficiente l'evidenza, da parte del cedente/prestatore, dell'esistenza di una "probabilità ragionevole" che il debito vantato non sia saldato da controparte, restando ovviamente inteso che, in caso di successivo intercorso pagamento, sarebbe poi necessario rialzare specularmente la base imponibile inizialmente ridotta.

In merito all'applicazione concreta della richiamata *"probabilità ragionevole"* che il debito non sia saldato, la Corte rinvia alle autorità nazionali il compito di stabilire quali siano le prove che il soggetto passivo dovrà fornire a comprova di detta "*probabile durata prolungata del mancato pagamento*" sulla base della specificità della vicenda di cui trattasi. Sarà quindi onere dell'Amministrazione finanziaria disciplinare le opportune modalità di comprova dell'esistenza di una ragionevole probabilità di mancato incasso.

Alla luce di questa pronuncia, pertanto, i soggetti passivi d'imposta che vantano un credito in favore di una procedura concorsuale potranno – facoltativamente – emettere nota di credito Iva *ex* articolo 26, D.P.R. 633/1972 in presenza di una ragionevole probabilità di mancato incasso (la cui modalità di prova, come detto, dovrà essere enucleata dall'Amministrazione finanziaria), senza pertanto necessariamente

attendere la definitiva infruttuosità della procedura fallimentare (ovvero la scadenza del termine per le osservazioni al piano di riparto finale o per il reclamo avverso il decreto di chiusura), come invece sino a ora avvenuto nella prassi operativa italiana che, come in precedenza rilevato, segue l'interpretazione fornita dall'Agenzia delle entrate sull'applicazione dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972.

Inoltre, sempre secondo quanto statuito nella sentenza in parola, l'eventualità che il soggetto passivo di imposta non abbia esercitato la facoltà di avvalersi dell'emissione della nota di variazione, né in corso di procedura né successivamente al decreto di chiusura della stessa, non assume alcun rilievo né produce effetti distorsivi sul gettito erariale. La Corte richiama, a tal fine, la *ratio* propria del meccanismo di rettifica che è sottesa a garantire il più volte richiamato principio di neutralità dell'imposta.

Infatti, come nel caso di specie, l'intervenuta annotazione della variazione Iva da parte del curatore della società cessionaria/committente dichiarata fallita (con conseguente evidenza di un debito pari alla detrazione in precedenza operata), oltre a garantire il principio di neutralità dell'Iva, risulta di per sé idonea a eliminare il rischio di perdita di gettito fiscale.

La condotta posta in essere dal cessionario/committente in sede di applicazione della procedura di variazione, infatti, si ripercuote inevitabilmente sulla controparte dell'operazione economica, trattandosi di 2 facce della stessa moneta che necessitano una valutazione congiunta e coerente.

Sul punto si richiama anche il disposto normativo dettato dall'articolo 26, D.P.R. 633/1972, il quale stabilisce che a fronte del diritto (da intendersi quale facoltà) del cedente/prestatore di portare in detrazione l'imposta corrispondente alla variazione vige, in contropartita, l'obbligo del cessionario/committente di registrare la variazione intercorsa.

La sentenza prosegue poi evidenziando che, al contempo, non occorre che il cedente/prestatore, a fronte della mancata emissione di una nota di variazione Iva, assolva il pagamento dell'Iva dovuta per le operazioni a suo tempo effettuate con controparte in seguito fallita per poi procedere alla relativa richiesta di rimborso. Questo comportamento, peculiare del meccanismo del *solve et repete*, risulterebbe, infatti, del tutto dissonante rispetto al diritto europeo in materia Iva, in quanto detta imposta, in realtà, non risulta dovuta proprio in ragione dell'infruttuosità della procedura concorsuale dimostrata dalla condotta posta in essere dal curatore (annotazione variazione Iva con rilevazione di un debito pari alla detrazione in precedenza operata).

In conclusione, pertanto, la Suprema Corte, accogliendo il ricorso avanzato dalla contribuente, ha statuito il principio di diritto, già in precedenza richiamato, secondo cui risulta:

> *"illegittima la pretesa del fisco di ottenere l'imposta del cedente o del prestatore che non abbia fatto ricorso al meccanismo previsto dall'articolo 26, D.P.R. 633/1972 per mancato pagamento a causa di*

> *procedure concorsuali rimaste infruttuose, qualora questo meccanismo sia stato utilizzato dal cessionario o committente, e sia stato eliminato in tempo utile il rischio di perdita di gettito per l'Erario".*

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte con la sentenza in parola si pone, come facilmente evincibile, in palese contrasto con le consolidate prassi dell'Agenzia delle entrate in materia di variazione Iva e applicabilità dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972 in ambito concorsuale.

Ci si domanda, pertanto, quali saranno gli effetti (e gli impatti) che la recente sentenza n. 25896/2020 produrrà, nel concreto, nella gestione effettiva delle note di variazioni Iva, tanto dal lato degli operatori economici attivi e passivi (cedenti/prestatori e curatori delle società cessionario/committente) quanto da quello dell'Amministrazione finanziaria che, oltre a esprimersi in merito ai nuovi principi stabiliti nella pronuncia, dovrà procedere a effettuare gli opportuni controlli in materia Iva.

Ci si riferisce, a mero titolo esemplificativo, a come il curatore dovrà concretamente operare, in ottemperanza ai principi statuiti dalla sentenza in commento, nel caso in cui – in corso di procedura – dovesse ricevere da parte dei creditori delle note di variazione ai fini Iva emessa a fronte della ragionevole probabilità di non veder soddisfatto il proprio credito da parte della procedura fallimentare (contrariamente all'interpretazione sin ora affermata dall'Agenzia delle entrate) e quali saranno le relative criticità a livello di gestione della relativa Iva da parte della curatela.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, a quali potrebbero essere gli impatti derivanti dalla recente pronuncia in termini di redazione degli adempimenti fiscali Iva da parte del Curatore fallimentare. Quest'ultimo, infatti, a fronte della ricezione in corso di procedura di note di variazione Iva emesse dai creditori dovrà procedere alla relativa annotazione sui registri Iva, con conseguente indicazione del relativo debito erariale. A parere di chi scrive è al proposito opportuno segnalare che l'eventuale variazione Iva annotata dalla Curatela in corso di procedura confluirebbe, in sede di presentazione delle dichiarazioni e comunicazioni fiscali ai fini Iva, certamente all'interno della cosiddetta Iva "endoconcorsuale" ma, al contempo, sulla scorta del principio della "causa genetica" dell'operazione (che la ricondurrebbe al periodo antecedente la dichiarazione di fallimento) non produrrebbe effetto alcuno in termini di versamento dell'imposta

Gli scriventi auspicano, pertanto, che l'Agenzia delle entrate esprima quanto prima il proprio orientamento in merito ai principi sanciti dalla Suprema Corte nella recente sentenza n. 25896/2020 (in netto contrasto con le attuali prassi operative dell'Agenzia) al fine di delineare nuove linee guida condivise tra gli operatori del settore e in linea con la normativa europea di riferimento.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Per l'esdebitazione del socio, fallito in estensione, deve considerarsi anche la percentuale di soddisfazione dei creditori del fallimento principale

di Federico Colognato – avvocato

Valeria Marocchio – dottoressa in giurisprudenza

La Cassazione con l'ordinanza n. 16263/2020 è tornata ad affrontare il tema dell'esdebitazione fallimentare ex articolo 142, L.F., precisando, in particolare, che l'ambito soggettivo dell'istituto per quanto testualmente circoscritto al fallito persona fisica, deve ritenersi comprensivo anche del socio illimitatamente responsabile, fallito in estensione.
Inoltre, al fine di valutare il presupposto di cui al comma 2, ossia l'avvenuto soddisfacimento almeno in parte dei creditori concorsuali, occorre considerare che tali sono, per il socio fallito in estensione, anche e necessariamente quelli del fallimento principale della società, in quanto, pur rimanendo distinte le 2 procedure, il credito dichiarato dai creditori nel fallimento della società si intende dichiarato per intero anche nel fallimento in estensione dei singoli soci illimitatamente responsabili.

L'esdebitazione in generale

L'articolo 128, D.Lgs. 5/2006, ha introdotto nel nostro sistema l'istituto dell'esdebitazione (c.d. *discharge*)[1]. Trattasi di un istituto di favore[2], testualmente applicabile alle sole persone fisiche[3], espressione della "nuova" concezione del fallimento portata dalla Riforma concorsuale: le procedure

[1] Dettato in attuazione dell'articolo 1, comma 6, lettera a), n. 13, L. 80/2005, ai sensi del quale il Governo era delegato a «*introdurre la disciplina dell'esdebitazione e disciplinare il relativo procedimento, prevedendo che essa consista nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti qualora: 13.1) abbia cooperato con gli organi della procedura fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e al proficuo svolgimento delle operazioni; 13.2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare la procedura; 13.3) non abbia violato le disposizioni di cui alla gestione della propria corrispondenza; 13.4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta; 13.5) 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; 13.6) non sia stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività di impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione*»

[2] Cfr. *ex multis*, R. Guidotti, "*L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali*", in Contratto e Impr., 2015, 4-5, pag. 1073 e ss.; S. Landini, "*Meritevolezza del debitore e esdebitazione*", in Giur. it., 2014, pag. 1516 ss.; M. Ferro, "*Il pagamento parziale di alcuni creditori non esclude il beneficio - il parziale soddisfacimento dei creditori nell'esdebitazione*", in Fallimento, 2012, 3, pag. 283 e ss..

[3] Beneficiari anche di altre procedure per far fronte all'adempimento e liberazione di debiti pregressi, come la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla L. 3/2012 (convertito con modificazioni dalla L. 221/2012).

concorsuali, in generale, non sono più viste come una sanzione da comminare al debitore insolvente, ma come uno strumento per incentivare la negoziazione dei rapporti del debitore con i relativi creditori, nel modo più condiviso e mediato possibile, avvantaggiando la posizione del debitore medesimo[4].

In particolare, come si evince dalla Relazione al D.Lgs. 5/2006, il Legislatore italiano ha aderito all'opinione espressa dal Gruppo di esperti, nominati dalla Commissione Europea nell'ambito del *Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start*, al fine di incentivare gli imprenditori dichiarati falliti a cominciare una nuova attività[5]. Si è così consentito il c.d. *fresh start* del fallito, la possibilità cioè di ripartire da zero iniziando una nuova attività commerciale, senza costringerlo a operare di nascosto tramite familiari o prestanomi compiacenti[6].

Il beneficio dell'esdebitazione, dunque, è stato riconosciuto nella consapevolezza che ben difficilmente, una volta chiuso il fallimento, il debitore-persona fisica potrebbe liberarsi dei debiti residui; tuttavia, al fine di disincentivare abusi o distorsioni in danno ai creditori, l'esdebitazione opera solo al ricorrere delle condizioni previste dalla legge.

Ai sensi dell'articolo 120, comma 3, L.F., infatti, la chiusura del fallimento non comporta, di regola, la liberazione del fallito dalle obbligazioni (in tutto o in parte) non fatte valere o non soddisfatte: da tale momento, infatti, i creditori riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi, salvo quanto previsto dagli articoli 142 e ss., L.F.. La chiusura del fallimento di per sé sola non produce mai, quindi, alcuna "purgazione" dei debiti che residuano dal fallimento.

L'esdebitazione, in particolare, opera con riferimento al fallimento chiusosi con una ripartizione finale dell'attivo, mentre non sembra dispiegare alcun effetto nel caso di:

- chiusura del fallimento per mancanza di tempestive domande di ammissione al passivo, in quanto non possono essere soddisfatti concorrenti che non abbiano fatto valere il loro credito;
- pagamento di tutte le passività ammesse (o di estinzione delle stesse in altro modo), dato che non vi sarebbe più alcun debito concorsuale residuo da dichiarare inesigibile;

[4] Si veda A. Nigro – D. Vattermoli, "*Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*", Bologna, 2014, pag. 275-276.

[5] L'esdebitazione, originariamente prevista come un effetto conseguente all'avvenuta esecuzione da parte del debitore degli obblighi assunti nell'ambito di un concordato preventivo o fallimentare, dopo la Riforma ha inteso sostituire il previgente strumento della riabilitazione civile, dal quale è però sostanzialmente differente: la riabilitazione aveva, infatti, la finalità di determinare la cancellazione del nome del fallito dal registro relativo (facendone venir meno le incapacità personali connesse); l'esdebitazione, invece, esplica i propri effetti sulla situazione patrimoniale del debitore-persona fisica, concedendo la cancellazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti integralmente.

[6] R. Guidotti, *ult.op.cit.*, *cit.*, al quale si rimanda anche per le disquisizioni in ordine al fondamento ed alla natura di tale istituto.

- chiusura anticipata della procedura qualora si accerti che la sua prosecuzione non consenta di soddisfare, neppure in parte, i crediti prededucibili, né i creditori concorsuali, né le spese di procedura (difettando in tal caso il requisito che impone il pagamento parziale dei creditori).

Per evitare la "falcidia" del proprio credito, il creditore, che intenda proseguire la soddisfazione dei propri interessi anche dopo la chiusura del fallimento, dovrà dimostrare al giudice l'insussistenza di uno dei presupposti richiesti dall'articolo 142, L.F.. Nell'esdebitazione, infatti, i creditori non sono chiamati, (come invece nel fallimento o nel concordato), a esprimere né direttamente, né indirettamente la loro volontà, perché il beneficio esdebitatorio costituisce l'effetto di un provvedimento di natura giurisdizionale, alla cui concessione i creditori restano del tutto estranei[7].

A tale beneficio, come accennato, può accedere il "*fallito*" persona fisica, per cui la relativa sentenza dichiarativa di fallimento deve essere già passata in giudicato[8].

Il concetto di "persona fisica", in tale ambito, deve ritenersi comprensivo:

- l'imprenditore commerciale individuale non piccolo[9];
- il socio illimitatamente responsabile di società di persone o di Sapa dichiarato fallito in estensione[10];
- l'erede dell'imprenditore fallito[11].

L'istituto non trova invece attuazione con riguardo a persone giuridiche, socie di società di persone, infatti: «*le società (e più in generale gli altri enti assoggettabili al fallimento) non sono ammessi al beneficio dell'esdebitazione in quanto, a seguito del fallimento e della liquidazione dell'intero patrimonio, non vi è più in concreto interesse a salvare la continuità dell'attività del soggetto collettivo, potendo le persone fisiche che ne fanno parte costituire una nuova società o un nuovo ente*»[12], inoltre, a seguito della chiusura del fallimento è lo stesso curatore che chiede la cancellazione della società dal Registro Imprese[13].

Ai sensi dell'articolo 142, comma 1, L.F. il beneficio dell'esdebitazione riguarda i "*debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti*", nel cui alveo si ritengono compresi:

a) i debiti insinuati al passivo dai creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento;

---

[7] Peraltro, detta configurazione del nostro Legislatore non sarebbe conforme alla Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014, la quale suggerisce la concessione automatica del beneficio, senza alcun accertamento giurisdizionale, al ricorrere di alcuni requisiti.

[8] È escluso dal beneficio colui nei cui confronti sia stata emessa sentenza dichiarativa di fallimento, quando il fallimento venga poi revocato *ex* articolo 18, L.F..

[9] Non possono godere del beneficio i soggetti non fallibili *ex* articolo 11, L.F. (persona fisica non imprenditore, l'imprenditore agricolo e il piccolo imprenditore). In passato, si è dubitato della legittimità costituzionale della disciplina con riferimento al principio di parità di trattamento, allorché da tale beneficio erano esclusi i soggetti più deboli, cioè gli imprenditori commerciali non piccoli. La questione potrebbe dirsi superata dall'introduzione della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

[10] Secondo la prevalente dottrina al beneficio non possono accedere il socio che sia divenuto illimitatamente responsabile per aver violato disposizioni di legge (come l'accomandante o il socio di società di capitali che ha compiuto atti di gestione, né il titolare di una impresa illegale fallita), né il titolare di una impresa immorale.

[11] Anche se ammesso alla procedura *ex* articolo 11, L.F..

[12] E. Norelli, "*L'esdebitazione del fallito*", in *Riv. esec. forz., 2006*, pag. 681 e ss..

[13] *Ex* articolo 118, comma 2, L.F.. Inoltre, le società possono conseguire il medesimo effetto esdebitatorio attraverso il ricorso a un concordato preventivo o fallimentare.

b) i debiti anteriori alla dichiarazione di fallimento che avrebbero potuto partecipare al concorso e tuttavia non vi hanno partecipato o per decisione propria (non insinuati), o perché esclusi (non ammessi);

c) i debiti, successivi alla dichiarazione di fallimento, che, *ex* articolo 70, comma 2, L.F., siano ammessi al passivo per effetto della restituzione di beni oggetto di atti revocati.

In considerazione del principio di solidarietà in ambito familiare[14], non godono di tale beneficio, invece, gli obblighi di mantenimento[15] e alimentari[16] e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa.

Analogamente sono esclusi dal beneficio i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale e le sanzioni penali e amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti, volendo con ciò assicurare la valenza afflittiva delle sanzioni civili, amministrative o penali.

Inoltre, la falcidia dei crediti in discorso non dispiega effetti per i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

L'esdebitazione, infine, non riguarda le somme accantonate a seguito del riparto finale, le quali, *ex* articolo 117, comma 5, L.F., sono successivamente versate, a cura del depositario, all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, ad apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero della giustizia.

Ai sensi dell'articolo 142, comma 1, n. 1, 2 e 3, L.F., il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che:

> *"1. abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;*
>
> *2. non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;*
>
> *3. non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48, L.F.* [cioè l'obbligo di fornire la corrispondenza di ogni genere, inclusa quella elettronica, riguardante i rapporti compresi nel fallimento];
>
> *4. non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei 10 anni precedenti la richiesta;*

[14] V. Santoro, "*sub art. 142 l. fall.*", in A. Nigro – M. Sandulli – V. Santoro (a cura di), "*La legge fallimentare dopo la riforma*", Torino, 2010, II, pag. 1872 e ss..

[15] *E.g.*, gli obblighi esistenti nei confronti del coniuge e dei figli, anche a seguito di separazione e divorzio.

[16] *E.g.*, le prestazioni a vantaggio dei soggetti che versano in stato di bisogno e non sono in grado di provvedere al proprio mantenimento, i soggetti di cui all'articolo 433, cod. civ. e a favore del donante.

> *5. 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;*
> *6. non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione[17]".*

La norma, sostanzialmente, vale a imporre al fallito un obbligo di collaborazione e trasparenza con gli organi fallimentari, permettendo così a questi ultimi di ricostruire un quadro dettagliato e veritiero della situazione patrimoniale[18].

La genericità complessiva delle condizioni[19] finisce per assegnare al Tribunale una ampia discrezionalità in merito alla valutazione del comportamento del fallito, la quale non potrà prescindere da un'analisi anche dal punto di vista soggettivo di tale soggetto. Il debitore, quindi, potrà essere sanzionato non solo allorché abbia causato o contribuito a causare il ritardo nello svolgimento della procedura, ma anche aver provocato tale pregiudizio (intenzionalmente o colposamente).

Le condizioni di procedibilità dell'azione descritte ai n. 4, 5, e 6 della norma citata, invece, non sono foriere di interpretazioni e devono considerarsi tassative.

La norma peraltro non delimita temporalmente gli atti distrattivi rilevanti, cosicché si deve ritenere che la valutazione del comportamento del fallito abbia riguardo agli atti compiuti sia prima sia dopo l'apertura della procedura.

---

[17] Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il Tribunale sospende il procedimento volto a ottenere la declaratoria di esdebitazione, fino all'esito di quello penale.

[18] Non è indispensabile invece che la contabilità sia stata tenuta in modo regolare, ma è necessario che dalla documentazione e dalle informazioni fornite sia possibile ricostruire la reale situazione debitoria. Se richiesto il fallito deve presenziare alle udienze di verifica per fornire chiarimenti. La cooperazione implica anche l'adempimento di specifiche prescrizioni di legge ovvero, senza pretesa di completezza: a) l'adempimento all'ordine contenuto nella sentenza dichiarativa di fallimento di provvedere al *"deposito dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché dell'elenco dei creditori entro 3 giorni"*; b) il riscontro alle richieste di *"notizie e chiarimenti"* da parte del comitato dei creditori o di un suo singolo componente; c) l'adempimento degli obblighi *"di comunicare al curatore ogni cambiamento della propria residenza o domicilio"*; quello di *"presentarsi personalmente al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori"* se sono necessarie *"informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura"*; d) l'adempimento degli obblighi di consegnare al curatore il denaro contante, le cambiali (e gli altri titoli compresi quelli scaduti), nonché ogni altra documentazione dal medesimo richiesta o acquisita se non ancora depositata in cancelleria; e) l'adempimento dell'obbligo di dichiarare al curatore se si ha notizia dell'esistenza di altre attività da comprendere nell'inventario; f) l'adempimento dell'obbligo di fornire al curatore tutte le notizie necessarie per *"compilare l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione, nonché l'elenco di tutti coloro che vantano diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su cose in possesso o nella disponibilità del fallito, con l'indicazione dei relativi titoli"*. La lettera della legge non dispone che il fallito fornisca informazioni anche sull'accertamento dell'attivo fallimentare; il requisito di adoperarsi per il proficuo svolgimento delle operazioni comporta, però, che il fallito collabori sia nell'attività di conservazione dei beni acquisiti all'attivo, sia nella ricerca di compratori; un comportamento semplicemente disinteressato può, quindi, costituire causa ostativa ove risulti dimostrato che ha inciso negativamente sulle possibilità di realizzo; ovviamente, perché venga soddisfatto il requisito in esame, è necessario che il fallito abbia messo a disposizione del curatore i beni compresi nel fallimento e che abbia fornito una puntuale, tempestiva ed esaustiva informazione circa le attività da recuperare e le azioni giudiziarie da intraprendere o proseguire (così R. Guidotti, "*L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali*", *op.cit.*).

[19] A eccezione delle condizioni sub 4) e 6) in quanto tassative e di stretta interpretazione. All'evidenza la *ratio* di tali condizioni è evitare che il fallimento sia ripetutamente utilizzato come mezzo per liberarsi delle proprie obbligazioni pregresse (punendo, quindi, una sorta di dolosa o colpevole "recidiva" fallimentare).

Il pagamento parziale dei creditori

L'ultima condizione richiesta dal Legislatore è prevista al comma 2, articolo 142, L.F.:

> *«l'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali».*

Il pagamento parziale dei creditori costituisce un presupposto oggettivo e "di risultato" dell'esdebitazione.

Preliminarmente è bene notare che, richiedendo la norma la soddisfazione, almeno in parte, dei creditori, il Legislatore non sembra ammettere l'ipotesi del fallito privo di patrimonio, beni, crediti e attività di qualsiasi natura, dovendosi allora ritenere che, in tal caso, a costui non spetti il beneficio in esame.

È bene precisare, ulteriormente, che, perché si possa procedere al pagamento, almeno parziale, dei creditori fallimentari (privilegiati o chirografari) è necessario che vi sia una massa attiva fallimentare tale da consentire l'adempimento per intero dei crediti prededucibili e delle spese di procedura.

Con riguardo al riparto dell'attivo, infatti, occorre aver riguardo all'ordine di soddisfazione e alla ripartizione per categorie di creditori prevista dall'articolo 11, L.F.:

> *«Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*
> *1. per il pagamento dei crediti prededucibili;*
> *2. per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;*
> *3. per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa».*

Ciò premesso, secondo una prima interpretazione restrittiva, la quale trova fondamento nella posizione ancor più intransigente emersa durante i lavori preparatori della Riforma[20], la clausola del soddisfacimento "almeno in parte" imporrebbe un requisito oggettivo attinente a tutti i creditori, a qualsiasi classe essi appartengano[21]. Tale conclusione sarebbe suffragata anche dall'articolo 143, comma 1, L.F. che si riferisce all'inesigibilità disposta per i debiti non soddisfatti integralmente (norma che non avrebbe senso se non nella prospettiva di abbracciare tutti i creditori). Anche la disposizione

[20] Durante i quali era stata ipotizzata una percentuale minima di soddisfazione di almeno il 25% dei creditori chirografari (adempiuti, quindi, i crediti prededucibili, le spese di procedura e i creditori privilegiati).
[21] Sicché, sostenere che *tutti* i creditori debbono ottenere almeno una parziale soddisfazione del loro credito, equivarrebbe a pretendere la soddisfazione di tutti i creditori privilegiati e di parte dei creditori chirografari.

dell'articolo 144, L.F., che regola il sacrificio per i creditori non insinuatisi al passivo, precisa che l'esdebitazione opera per la sola eccedenza rispetto a quanto tali creditori avrebbero avuto diritto a percepire nel concorso[22].

L'orientamento più permissivo, fatto proprio anche dalle Sezioni Unite della Cassazione[23], ritiene invece che la condizione di soddisfazione "almeno in parte" dei creditori si verifica anche se risultano parzialmente soddisfatti solo i creditori privilegiati essendo del tutto indifferente che siano rimasti totalmente insoddisfatti i creditori chirografari:

> *«il beneficio della inesigibilità verso il fallito persona fisica dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti richiede, ai sensi dell'articolo 142, comma 2, L.F. che vi sia stato il soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, dovendosi intendere realizzata tale condizione, in un'interpretazione costituzionalmente orientata e coerente con il favor per l'istituto già formulato dalla legge delegante (articolo 1, comma 6, lettera a, n. 13, L. 80/2005), anche quando taluni di essi non siano stati pagati affatto, essendo invero sufficiente che, con i riparti almeno per una parte dei debiti esistenti, oggettivamente intesi, sia consentita al giudice del merito, secondo il suo prudente apprezzamento, una valutazione comparativa di tale consistenza rispetto a quanto complessivamente dovuto»*[24].

Una diversa conclusione, volta ad assicurare il pagamento parziale di tutti i creditori, introdurrebbe invero una distinzione effettuale irragionevole tra fallimenti con creditori privilegiati di modesta entità e altri e non terrebbe conto del fatto che il meccanismo esdebitatorio, pur derogando all'articolo 2740, cod. civ., è già previsto nell'ordinamento concorsuale, all'esito del concordato preventivo[25] e fallimentare[26] e, nel fallimento, opera, di fatto, verso le società con la cancellazione dal Registro Imprese chiesta dal curatore[27].

In tal senso, quindi, deve intendersi rimesso al prudente apprezzamento del giudice accertare quando la consistenza dei riparti realizzati consenta di affermare che l'entità dei versamenti effettuati, valutati comparativamente rispetto a quanto complessivamente dovuto, soddisfi il requisito di parzialità dei pagamenti richiesta per il riconoscimento del beneficio.

Pertanto, integra i presupposti dell'esdebitazione anche il pagamento dei crediti in misura solo parziale, sia in senso oggettivo sia soggettivo, mentre l'unica esclusione deve essere data per i pagamenti in

[22] Sul punto si veda M. Ferro, "*Il pagamento parziale di alcuni creditori non esclude il beneficio - il parziale soddisfacimento dei creditori nell'esdebitazione*", in Fallimento, 2012, 3, pag. 283 e ss., *cit.*.
[23] Tribunale di Terni, 9 marzo 2011; Cassazione n. 24214/2011; n. 24215/2011 e n. 9767/2012, in Fallimento, 2012, 3, pag. 283 e ss..
[24] Così, Cassazione n. 24215/2011, *cit.*.
[25] Articolo 184, L.F..
[26] Articolo 135, L.F..
[27] Articolo 118, comma 2, L.F..

misura minima o irrilevante[28] al fine di evitare di riconoscere tale beneficio in situazioni marginali, inidonee a ridurre la rilevanza anche sistematica della novella legislativa.

L'ordinanza della Cassazione

Nel caso di specie, il Tribunale di Ferrara dichiarò il fallimento di una Sas e del socio accomandatario in proprio; chiuso il fallimento, quest'ultimo chiese di essere ammesso al beneficio dell'esdebitazione. La domanda fu rigettata dal giudice delegato in quanto le percentuali di soddisfacimento dei creditori non erano state ritenute sufficientemente satisfattive.

Reclamato il provvedimento innanzi alla Corte d'Appello di Bologna, anche in tale sede l'*ex* accomandatario non si vedeva concesso il beneficio dell'esdebitazione, venendo respinto il reclamo con decreto.

Ricorrendo quindi per Cassazione, la Sezione VI si pronuncia con l'ordinanza n. 16263/2020[29].

Il ricorrente, oltre a dedurre anche in tale sede violazione e falsa applicazione dell'articolo 142, L.F., e dell'articolo 2740, cod. civ. in punto di legittimità costituzionale della norma speciale (perché, a suo dire, introdotta nell'ordinamento in eccesso di delega, non contenendo la delega alcun riferimento a soglie di soddisfazione concorsuali[30]), il ricorrente censura, in particolare, la decisione precedente per aver affermato la mancata integrazione del presupposto del pagamento almeno parziale dei creditori concorsuali, all'esito di una valutazione comparativa falsata, tuttavia, dal riferimento non indispensabile

[28] Come sopra precisato alla nota 20, il progetto di riforma presentato dalla Commissione Trevisanato prevedeva come necessario il pagamento di almeno il 25% dei creditori chirografari, ma il Legislatore delegato ha infine lasciato la misura del pagamento alla valutazione del giudice. Si veda Cassazione n. 7550/2018 «*Ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione sono necessari la meritevolezza del debitore e la soddisfazione almeno parziale dei creditori. Con riferimento a quest'ultimo, non è prevista una soglia minima né la parziale soddisfazione di una categoria di creditori, essendo, invece, sufficiente, in generale, soddisfare una parte dei creditori ammessi al passivo*».
È bene comunque tener presente anche i precedenti giurisprudenziali in tema di esdebitazione nell'ambito del concordato preventivo (*ex multis*, Tribunale di Padova 6 marzo 2014, che ha dichiarato inammissibile la proposta che prevedeva il pagamento parziale dei creditori chirografari nella misura del 4,08% e 1%, senza tuttavia indicare una soglia minima; Tribunale di Modena 3 settembre 2014 che, nel dichiarare inammissibile una proposta con soddisfazione dei creditori chirografari nella misura del 3,1%, qualifica la soglia di soddisfazione minima nel 5%; Tribunale di Bergamo 4 dicembre 2014 ritiene apprezzabile ed effettivo il soddisfacimento dei creditori nella percentuale del 3%; la stessa soglia è sposata anche da Tribunale di Palermo 4 giugno 2014, il quale, tuttavia, ritiene di precisare che non dovrebbe valutarsi la proposta in senso assoluto, ma in senso relativo, cioè quale percentuale di soddisfazione che viene comunque garantita in alternativa alla possibile soddisfazione in sede di liquidazione fallimentare.
Per una panoramica in tema di esdebitazione del fallimento, cfr. infra nota 33.

[29] Il cui testo è rinvenibile presso il sito *"dejure.it."*

[30] La questione di costituzionalità viene ritenuta inammissibile dalla S.C. poichè ancorata a un presupposto - l'esistenza nella L.F., articolo 142, di soglie minime di soddisfazione concorsuale - che la norma, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della stessa Corte, non contiene affatto. L'esistenza di soglie postulerebbe una formulazione specifica, mentre quella di cui all'articolo 142, comma 2, corrisponde a una clausola generale rimessa al prudente apprezzamento del giudice (sul punto è richiamata Cassazione n. 24214/2011). Peraltro, la stessa Corte costituzionale, sebbene in relazione a distinte norme, ha già esaminato la questione dell'eccesso di delega eccepito in relazione alla L. 80/2005; e ne ha escluso il fondamento ritenendo che la norma delegata sia coerente con la *ratio* della delega (*ratio* da ricondurre nell'esigenza di consentire all'imprenditore fallito di avviare, nell'interesse generale del mercato, una nuova attività imprenditoriale al netto del peso dei debiti accumulati in passato, spesso riconducibili a situazioni contingenti ed esterne, senza che però possa dirsi irrilevante, in un ambito compartivo esso pure indotto dall'interesse del mercato, la concorrente esigenza di un soddisfacimento (almeno parziale) dei creditori anteriori (si veda Corte Costituzionale n. 490/2000; n. 213/2005; n. 426/2006; n. 340/2007 e n. 98/2008;.

ai crediti chirografari; al netto dei quali invece la percentuale di soddisfacimento era da considerare, rispetto ai privilegiati, pari al 19,82%.

A tale riguardo, la Cassazione ritiene fondata tale censura, in quanto, come già precisato in passato[31]:

> *«nell'esdebitazione la condizione di soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, prevista dalla L.F., articolo 142, comma 2, deve intendersi realizzata anche quando talune categorie di creditori (nella specie, i creditori chirografari) non abbiano ricevuto alcunchè in sede di riparto».*

Il che comporta che la valutazione comparativa del presupposto è rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, ma deve essere operata secondo un'interpretazione coerente col *favor debitoris* che ispira la norma, sicchè:

> *«ove ricorrano i presupposti elencati nel comma 1, il beneficio dell'esdebitazione deve essere concesso "a meno che i creditori siano rimasti totalmente insoddisfatti o siano stati soddisfatti in percentuale affatto irrisoria"»*[32].

Nel caso di specie, dal decreto reclamato, si evincono le seguenti percentuali di soddisfacimento: 9,60% dei creditori del fallimento sociale (percentuale interamente destinata ai privilegiati), riferita alla proporzione tra attivo e passivo; 19,82% dei creditori medesimi (sempre destinata ai soli privilegiati), riferita al solo attivo.

Quanto alla situazione della liquidazione nel fallimento personale, dalle risultanze del primo grado emerge come la liquidazione di tale attivo avesse consentito la soddisfazione dei soli creditori privilegiati nella percentuale dello 0,03% (pari allo 0,01% in termini assoluti).

Sul punto, tuttavia, la Cassazione ritiene manchevole di motivazione la decisione del grado d'Appello:

> *«poichè è eccentrico ipotizzare la decisività del dato attinente a quanto sia stato consentito soddisfare con la liquidazione dell'attivo del (solo) fallimento individuale; ciò non basta a escludere l'esdebitazione; infatti l'ambito soggettivo di applicazione della L.F., articolo 142, per quanto circoscritto al "fallito persona fisica", va sicuramente riferito anche al socio illimitatamente responsabile di una società fallita come tale, il quale socio sia a sua volta fallito in estensione; questo impone di coerentemente valutare il presupposto oggettivo rilevando che l'articolo 142, comma 2, è riferito ai "creditori concorsuali"; e tali sono, per il socio fallito in estensione, pure e necessariamente quelli della società».*

Si rimprovera, infatti, ai gradi precedenti di aver operato *"per compartimenti stagni"*, cioè avendo separato

[31] Cassazione, n. 24214/2011; n. 24215/2011; n. 9767/2012 e n. 16620/2016.
[32] Cfr. anche Cassazione, ordinanza n. 7550/2018.

le 2 procedure fallimentari (della Sas e del socio accomandatario) quanto all'individuazione del rispettivo patrimonio attivo e della percentuale di soddisfazione dei creditori.

I giudici del merito, al contrario, avrebbero dovuto considerare unitariamente la massa passiva:

> *«difatti (L.F., articolo 148), pur rimanendo distinte le diverse procedure, il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per l'intero e con il medesimo eventuale privilegio generale anche nel fallimento dei singoli soci, mentre i creditori particolari partecipano soltanto al fallimento dei soci loro debitori; il creditore sociale ha quindi diritto di partecipare a tutte le ripartizioni fino all'integrale pagamento, il che vuol dire però - e anche - che il previo soddisfacimento del creditore sociale non è irrilevante nel fallimento del socio, nel senso che può il creditore sociale pretendere di partecipare al riparto solo per la sorte residua»*[33].

Il giudice del merito, quindi, avrebbe dovuto esprimere (e motivare) un giudizio che avesse riguardo al collegamento complessivo delle 2 vicende fallimentari:

> *«avrebbe dovuto cioè, in altre parole, specificare la ragione per la quale la percentuale di soddisfacimento dei creditori concorsuali, per tali intendendosi, a fronte del fallimento del socio in estensione, quelli sociali e quelli particolari, dovesse esser ritenuta manifestamente irrisoria; il che non si evince affatto dalla differenziata e approssimativa esposizione che ha preceduto il dispositivo, nel quale l'irrisorietà è razionalmente motivata a fronte della sola ma incompleta sorte della liquidazione del fallimento personale».*

Il decreto è stato quindi cassato e rimesso alla medesima Corte d'Appello che, in diversa composizione, dovrà procedere a un nuovo esame della vicenda.

[33] In merito si segnalano, Tribunale di Como sentenza 12 ottobre 2016 (dove è stata negata la concessione del beneficio, in un caso in cui la soddisfazione dei creditori si fermava all'1,50% dell'intero passivo ammesso, laddove risultavano soddisfatti parte dei creditori privilegiati per il 15,13%); Corte d'Appello di Roma n. 2146/2012 (nel quale la percentuale di crediti soddisfatti si aggirava intorno all'1,46%); Corte d'Appello Brescia Decreto 28 aprile 2016 (ha concesso l'esdebitazione al fallito che con il fallimento ha pagato integralmente i creditori assistiti da privilegio ipotecario e quelli privilegiati *ex* articolo 2751-*bis*, n. 1, cod. civ. e, nella percentuale del 63%, i privilegiati *ex* articolo 2751-*bis*, n. 2, cod. civ. e così complessivamente il 27% del passivo); Tribunale di Milano n. 3659/2017 (che ha concesso il beneficio dell'esdebitazione a fronte della soddisfazione integrale dei crediti prededucibili, nonché la soddisfazione dei crediti privilegiati della massa sociale nella percentuale del 60%, nonché la soddisfazione di quelli privilegiati della massa del socio nella percentuale del 16%).

Crisi e risanamento n. 43/2020

L'articolo 70, L.F., il "rientro" nella revocatoria delle rimesse e la difficile convivenza con l'articolo 67, L.F.

di Maurizio Pocetti – dottore commercialista

L'articolo 70, L.F. al comma 3, apparentemente superando la differenza in termini giuridici tra apertura di credito e anticipazione fatture, nonché la differenza tra rimesse solutorie e ripristinatorie, individuando l'importo revocabile nel differenziale tra la massima esposizione nel periodo sospetto e il saldo al momento del fallimento, stabilisce che l'ammontare massimo restitutorio è pari alla differenza tra l'ammontare massimo del credito della banca nel periodo in cui è stata provata la conoscenza dello stato di insolvenza e l'ammontare residuo alla data di apertura del fallimento.

Introduzione

Con la riforma del diritto fallimentare del 2005, il dimezzamento del periodo di riferimento da un anno a 6 mesi e i nuovi incerti limiti quantitativi hanno comportato una riduzione molto più che proporzionale di quanto ora è revocabile rispetto al periodo *ante* riforma, ma non per questo l'azione revocatoria è stata abolita come nel periodo immediatamente successivo alla riforma si tendeva sostenere.

Nonostante la giurisprudenza prodotta in questi anni, i curatori fallimentari, come i CTU, hanno bisogno di trovare dei modelli pratici di riferimento e delle opzioni operative, per tradurre in pratica quanto la dottrina, e la giurisprudenza, stanno faticosamente via via elaborando. Illustreremo quindi prevalentemente gli aspetti pratici operativi della revocatoria delle rimesse bancarie, con riferimento ai principi teorici che stanno alla base di ogni analisi.

La nuova azione revocatoria

La nuova azione revocatoria delle rimesse bancarie è disciplinata da 2 articoli della Legge Fallimentare, l'articolo 67 e l'articolo 70, così come modificati dal D.L. 35/2005, dal D.Lgs. 5/2006 e dal correttivo D.Lgs. 169/2007.

La nuova norma interessa le procedure dichiarate dal 17 marzo 2005.

Il Decreto correttivo (D.Lgs. 169/2007), laddove ha modificato ulteriormente l'articolo 70, L.F. facendo espresso riferimento all'estinzione di posizioni passive delle banche, è stato considerato (Cassazione n. 20834/2010) come norma di interpretazione autentica, con efficacia differita al 1° gennaio 2008. Conseguentemente, per il periodo precedente, la norma modificativa non dovrebbe trovare applicazione, essendo appunto ad applicazione differita.

Ciò significa che la norma non può essere applicata precedentemente. Per questo breve periodo, quindi, (17 marzo 2005 – 31 dicembre 2007) resta applicabile il solo articolo 67, L.F., ovviamente sempreché le rimesse abbiano ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, e sia provata la conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca[1]. Nessun riferimento, quindi, al rientro previsto dall'articolo 70, L.F., applicabile solo dal 1° gennaio 2008.

Rispetto alla disciplina precedente, l'azione revocatoria è ora caratterizzata:

a) dal dimezzamento (da un anno a 6 mesi) del "periodo sospetto" (deve essere provata la conoscenza dello stato di insolvenza) (articolo 67, comma 2, L.F.);

b) dall'esenzione da revocatoria per quelle rimesse che non abbiano ridotto *"in modo consistente e durevole"* l'esposizione nei confronti della banca (articolo 67, comma 3, L.F.);

c) dalla previsione di un limite massimo all'importo revocabile (inteso come sommatoria delle rimesse) determinato nel c.d. rientro, pari alla differenza tra massimo scoperto e saldo finale (articolo 70, L.F.).

Condizione necessaria per la revocabilità delle rimesse è quindi il verificarsi di un rientro, nei 6 mesi anteriori la dichiarazione di fallimento, avendo l'articolo 70, comma 3, L.F. introdotto un limite all'obbligazione restitutoria dell'*accipiens*.

I concetti di consistenza e durevolezza.

Ai fini dell'esenzione *ex* articolo 67, comma 3, lettera b), L.F., il requisito della consistenza va accertato tenendo in considerazione diversi parametri, senza poter identificare un limite percentuale preciso, ma considerando il valore della rimessa rapportato al rientro complessivo nel periodo sospetto, tenendo conto dell'ammontare del debito nel momento in cui la singola rimessa è stata effettuata, l'entità massima dell'esposizione debitoria del conto corrente, l'entità media dei movimenti in entrata e in uscita dal conto.

La durevolezza va intesa invece come relazione che sussiste tra un accredito e i successivi addebiti, definendosi durevole una rimessa che non sia stata seguita, in un lasso di tempo breve, da movimenti in uscita dal conto tali da portare la rimessa al di sotto del limite di consistenza.

[1] Tribunale di Milano 25 maggio 2009.

Questi 2 concetti sono oggi il frutto di un'evoluzione giurisprudenziale, che vide gli albori con la sentenza del Tribunale di Milano del 27 marzo 2008 (giudice estensore dott. Mauro Vitiello), la quale affermò che *«- la consistenza del pagamento va individuata ricorrendo a un parametro espresso in termini percentuali»* che *«può essere individuato nel 10% … dell'importo massimo revocabile, individuato dall'articolo 70 … nella differenza tra la massima esposizione debitoria raggiunta dal fallito nel periodo c.d. sospetto e quella riscontrata al momento di apertura del concorso»*; - la durevolezza, invece, si ha quando *«il versamento … non venga compensato da successivi prelevamenti (non necessariamente di importo corrispondente, ma anche superiore, o inferiore ma non tale da ridurre il ripianamento al di sotto dell'individuata soglia di "consistenza")»*, per un periodo (in termini di giorni) *«dipendente dalla frequenza delle movimentazioni del conto»*.

Per essere revocabili, dunque, le rimesse avrebbero dovuto essere maggiori del 10% del rientro, e rimanere tali (anche al netto di successivi addebiti) per un numero di giorni congruo rispetto alla movimentazione del conto (nel caso specifico, 10 giorni).

Successivamente la sentenza del 21 luglio 2009, sempre del Tribunale meneghino, precisò, circa la durevolezza, che:

> *"Il requisito della "durevolezza" della riduzione dell'esposizione debitoria determinata dalla rimessa in conto corrente bancario consiste nell'apprezzabile stabilità nel tempo dell'effetto solutorio della rimessa stessa e tale effetto si realizza soltanto ove il versamento non sia seguito, per un determinato lasso di tempo, la cui entità dipenderà dalla maggiore o minore intensità di movimentazione del singolo conto corrente, da prelievi in grado di ridurre il ripianamento al di sotto della soglia di consistenza".*

Nel corso degli anni la giurisprudenza ha sempre confermato e ribadito che il significato dell'aggettivo "durevole", contenuto nell'articolo 67, comma 3, L.F. deve essere individuato nel concetto di stabilità nel tempo dell'effetto solutorio e si risolve nel ritenere che soltanto il versamento (con effetto retroattivo consistente) che non venga compensato da successivi prelevamenti (non necessariamente di importo corrispondente, ma anche superiore, o inferiore ma non tali da ridurre il ripianamento al di sotto della individuata soglia di consistenza), abbia l'effetto di determinare la durevole riduzione dell'esposizione debitoria.

Nella determinazione del periodo successivo rilevante ai detti fini, si deve far ricorso a un criterio relativo e non assoluto, dipendente dalla valutazione della frequenza delle movimentazioni del conto, per cui è innegabile che lo stesso periodo possa avere una rilevanza diversa se riferito a un conto caratterizzato da un'intensa movimentazione o piuttosto a un conto con movimentazioni occasionali.

Ne deriva che qualche giorno di stabilità sarà sufficiente solo in presenza di un conto con rimesse e prelevamenti infra giornalieri, non nell'ipotesi in cui il conto sia caratterizzato da movimentazioni più rarefatte. (cfr. Tribunale di Bergamo 28 aprile 2014).

Per stabilire quale sia la soglia oltre la quale la restituzione alla banca possa dirsi consistente, invece, deve escludersi che sia possibile riferirsi a un criterio quantitativo assoluto, che prescinda cioè dagli elementi caratterizzanti la fattispecie concreta. La revocabilità in concreto di un atto potenzialmente pregiudizievole per la massa dei creditori va necessariamente fatta dipendere dalla sua idoneità a ledere la *par condicio* in misura apprezzabile e non trascurabile.

Tuttavia deve ritenersi che il Legislatore abbia voluto tutelare la banca rispetto a obblighi restitutori eccessivi, e abbia espresso tale esigenza di contenimento sia con la previsione della necessaria consistenza (e durevolezza) della rimessa, sia con la norma di chiusura di cui all'articolo 70, comma 3, L.F., che limita l'obbligo restitutorio alla differenza tra la massima esposizione debitoria nel semestre sospetto e quella cristallizzata al momento di apertura del concorso dei creditori del correntista.

Per escludere la revocabilità della rimessa è pertanto necessario riferirsi esclusivamente a parametri interni al rapporto (di conto corrente) in essere tra banca e correntista poi dichiarato fallito. Ne consegue un inevitabile ampio spettro di criteri utilizzabili dal giudice, la cui discrezionalità si rivela inevitabilmente ampia.

Tali parametri possono essere integrati dall'entità massima dell'esposizione debitoria del conto corrente nel semestre antecedente al fallimento, dall'entità media delle rimesse (ed eventualmente anche dei prelevamenti) sul conto, nel periodo sospetto o nel periodo immediatamente antecedente al semestre, dall'ammontare dell'esposizione debitoria nel momento in cui la rimessa della cui consistenza si tratta è stata effettuata, infine dall'importo massimo di cui possa essere chiesta la restituzione, così come individuato applicando il principio di cui all'articolo 70, ultimo comma, L.F..

Possiamo affermare, dunque, che la nozione di consistenza e durevolezza della riduzione esprime un concetto economico dinamico sia quantitativo sia temporale la verifica del quale può essere fatta all'esito di un esame complessivo di tutti gli accrediti e degli addebiti, tenendo conto dell'importo medio delle rimesse dato dalla somma delle stesse divisa per il loro numero, rapportate all'importo medio del saldo debitore computato all'inizio e a fine del periodo di riferimento; la percentuale che ne emerge individua un criterio di valutazione della consistenza delle rimesse medesime che, rapportata alla loro durata può fornire elementi di valutazione sulla rilevanza delle stesse.

Il riferimento al c.d. limite differenziale di cui all'articolo 70, L.F. opera solo una volta accertata la sussistenza di rimesse consistenti e durevoli e non integra un criterio sostitutivo di tale indagine imprescindibile.

La natura solutoria della rimessa quale condizione per le revocabilità della stessa

Con riguardo alle revocatorie di rimesse bancarie instaurate secondo la nuova formulazione dell'articolo 67, comma 3, L.F. non opera più la distinzione tra conto scoperto e conto passivo e tra funzione ripristinatoria e solutoria dato che l'unico criterio è costituito dal rientro finalizzato a ridurre l'esposizione debitoria nei confronti della banca.

A carico della Curatela sussiste l'onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza della fallita da parte della banca nonché, sotto il profilo oggettivo, di provare la consistenza e durevolezza della riduzione, mentre è onere della banca eccepire tempestivamente il limite differenziale previsto dall'articolo 70, L.F..

Le fattispecie di esonero dall'azione revocatoria di cui all'articolo 67, comma 3, L.F. sono, però, pur sempre eccezioni al principio generale della revocabilità di pagamenti di debiti liquidi ed esigibili espresso dall'articolo 67, comma 2, L.F..

Pertanto, la distinzione tra rimesse ripristinatorie della provvista e rimesse solutorie, mantiene rilievo anche dopo la riforma del 2005 della disciplina delle azioni revocatorie, con la conseguenza che la natura solutoria della rimessa è e rimane un presupposto indispensabile per la sua potenziale revocabilità, ulteriormente condizionata dai requisiti della consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria.

Ecco perché, ai fini dell'azione revocatoria fallimentare, i versamenti corrispondenti ad anticipazioni dietro presentazione di ricevute bancarie o fatture su conto affidato non possono essere di per sé considerati atti solutori anormali, in quanto l'accreditamento eseguito dalla banca sul conto corrente costituisce un ordinario atto di ripristino della provvista assicurata dall'affidamento, secondo una dinamica che risponde alla fisiologia dei rapporti tra la banca e il suo cliente commerciale, ma soprattutto secondo lo schema contrattuale in essere tra banca e cliente affidato.

Le anticipazioni effettuate dalla banca in conto corrente sono prestiti a utilizzo ripetuto, in cui a una pluralità di finanziamenti consegue una pluralità di estinzioni, così che gli accrediti possono essere considerati atti di natura solutoria soltanto ove vengano effettuati a copertura di precedenti anticipazioni rimaste insolute.

L'anticipo dietro presentazione di ricevuta bancaria o fattura, accompagnato dalla cessione del credito o da un mandato all'incasso in *rem propriam* con patto di compensazione, non può rappresentare un mezzo di pagamento anormale perché interviene quale atto esecutivo di un contratto tra le parti, banca e cliente.

Sono, in realtà, le operazioni bancarie considerate nella loro globalità, comprensive quindi della contestuale cessione di credito, o dalla compensazione tra il credito della banca originato dall'anticipazione e il debito della banca dipendente dall'incasso del credito per conto del cliente che possono essere considerati atti di pagamento anomali, ma non l'anticipazione che li precede, salvo che quest'ultima vada a coprire eventuali precedenti anticipi seguiti da insoluti.

Sul punto la giurisprudenza si è costantemente espressa per ritenere che in tema di anticipazione su ricevute bancarie regolata in conto corrente, se le relative operazioni siano compiute in epoca antecedente rispetto all'ammissione del correntista alla procedura di amministrazione controllata, è necessario accertare, qualora il fallimento (successivamente dichiarato) del correntista agisca per la restituzione dell'importo delle ricevute incassate dalla banca, se la convenzione relativa all'anticipazione su ricevute regolata in conto contenga una clausola attributiva del diritto di "incamerare" le somme riscosse in favore della banca (c.d. "patto di compensazione" o, secondo altra definizione, patto di annotazione ed elisione nel conto di partite di segno opposto). Solo in tale ipotesi, difatti, la banca ha diritto a "compensare" il suo debito per il versamento al cliente delle somme riscosse con il proprio credito, verso lo stesso cliente, conseguente a operazioni regolate nel medesimo conto corrente, a nulla rilevando che detto credito sia anteriore alla ammissione alla procedura concorsuale e il correlativo debito, invece, posteriore, poichè in siffatta ipotesi non può ritenersi operante il principio della "cristallizzazione dei crediti", con la conseguenza che né l'imprenditore durante l'amministrazione controllata, né il curatore fallimentare - ove alla prima procedura sia conseguito il fallimento - hanno diritto a che la banca riversi in loro favore le somme riscosse (anziché porle in compensazione con il proprio credito)[2].

L'applicazione congiunta degli articoli 67 e 70, L.F.

L'importo revocabile si calcola andando quindi a individuare le rimesse consistenti e durevoli (*ex* articolo 67, L.F.), e limitando poi l'ammontare massimo al rientro (*ex* articolo 70, L.F.), di norma inferiore. Di fatto, dunque, si applica quasi sempre ed esclusivamente il risultato che deriva dall'attuazione dell'articolo 70, L.F. che, tra l'altro, non fa alcun esplicito riferimento ai 6 mesi per la conoscenza dello

[2] Cassazione n. 17999/2011, nonché n. 194/1997; n. 2539/1998; n. 17999/2011 e n. 8752/2011.

stato di insolvenza; si potrebbe quindi ritenere non esistere alcun limite temporale, determinando il rientro su periodi anche superiori a 6 mesi.

Provata, dunque, la conoscenza dello stato di insolvenza, sempre presupposto essenziale per l'esperimento della azione, l'articolo 67, L.F. prevede la revocatoria delle rimesse che hanno ridotto l'esposizione bancaria in maniera consistente e durevole. Il successivo articolo 70, L.F. quantifica l'importo revocabile, prevedendo che tale importo sia pari al differenziale tra il massimo scoperto del periodo e il saldo finale, al momento del fallimento. Come si è detto, alla fine l'importo revocabile è sempre, o quasi sempre, quello determinato dall'articolo 70, L.F. risultando così inutile quanto previsto dall'articolo 67, L.F..

È qui la difficile conciliabilità tra i 2 articoli e ci si auspica che con la riforma in auge possa essere chiarito questo aspetto come pure dettare regole per la determinazione concreta del saldo del conto corrente finale.

Infatti se da una parte il periodo di riferimento per la nuova revocatoria è stato ridotto da un anno a 6 mesi il rilievo principale è quello relativo all'entità di quanto revocabile che è ora determinata dall'articolo 70, L.F. nel differenziale tra il massimo importo a debito e il saldo al momento del fallimento, in definitiva nel c.d. "rientro", con un evidente accantonamento dell'articolo 67, L.F..

L'articolo 67, L.F. con l'indefinito riferimento che fa alle rimesse che hanno comportato una riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria, di fatto non troverà applicazione; sarà solo di supporto al prevalente criterio base stabilito dall'articolo 70, L.F..

Sarà da chiarire perché ci siano 2 disposizioni in parte confliggenti: l'articolo 67 e l'articolo 70, L.F..

Se si revoca il rientro (articolo 70, L.F.), tanto vale allora limitarsi a quello specifico semplice conteggio.

Pare inoltre pacifico che, salvo casi del tutto eccezionali (rientro costante di piccole rimesse), l'importo che deriva dall'applicazione dell'articolo 70, L.F. sarà sempre inferiore a qualsiasi importo derivante dai complessi conteggi previsti all'articolo 67, L.F. e allora tale articolo 67, L.F. si dimostra del tutto inutile.

Si assiste oggi tutti a situazioni al limite dell'assurdo dove si fanno conteggi minuziosi, si analizzano le rimesse che hanno ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, magari si fanno anche una serie di calcoli diversi per tener conto di tesi diverse, per poi ridurre l'importo al rientro di cui all'articolo 70, L.F..

Viene dunque disposta la regola generale dell'esonero delle rimesse dalla revocabilità con una eccezione, quella delle rimesse che abbiano ridotto l'esposizione debitoria del fallito verso la banca *"in maniera consistente e durevole"*.

In buona sostanza la norma vuole colpire i casi in cui la banca abbia conseguito un "rientro" a discapito degli altri creditori, passando dalla visione "atomistica" dello svolgimento del rapporto di conto corrente bancario, che l'interpretazione giurisprudenziale prevalente aveva adottato, a una visione "complessiva".

Il definitivo superamento di una valutazione "atomistica" di ogni rimessa non significa che non debba valutarsi autonomamente la valenza solutoria di ciascuna rimessa (da ultimo si veda Cassazione n. 16610/2013) e, anzi, ciascuna rimessa può risultare revocabile anche solo in parte in funzione della sua valenza solutoria (ad esempio, Cassazione n. 17268/2013 precisa che in caso di incassi operati dalla banca su contratti di anticipazione di crediti, può essere revocabile l'utilizzo della porzione non anticipata dei crediti a estinzione di passività diverse da quella generata dall'apertura di credito).

La riduzione positivamente rilevante viene intesa, da un lato, come progressiva e tendenzialmente unidirezionale e, dall'altro, di ammontare non trascurabile, avuto riguardo all'ammontare delle rimesse e all'interesse della massa fallimentare al recupero delle somme andate a beneficio di un solo creditore (banca) anziché di tutti (si veda Tribunale di Reggio Emilia 31 agosto 2017).

"Consistenza" e "durevolezza" vengono interpretati dalla giurisprudenza non già come valori assoluti ma come parametri elastici (sul punto si veda Tribunale di Treviso 23 marzo 2016), da rapportare all'operatività media del rapporto quale emergente dall'analisi andamentale del conto (Tribunale di Milano 27 marzo 2008).

Non vi è, tuttavia, univocità di indirizzo su quali debbano essere la soglia di rilevanza e la base di calcolo per la determinazione di tali grandezze.

La rilevanza del fido

Non è ancora pacifico se il fido debba essere considerato o meno nella determinazione degli importi revocabili. Tenuto conto di come è stata costruita la norma, il concetto di fido dovrebbe essere superato, ed è questa la tesi seguita dalla maggioranza degli interpreti. La già prima citata sentenza del Tribunale di Milano vi fa invece riferimento[3].

La norma prevede esplicitamente la revocatoria delle rimesse (ancorché la formulazione sia, come già detto, in negativo, esentando da revocatoria certe rimesse, assoggettandovi per esclusione le altre) e

[3] Assumendo una posizione «conservativa» il Tribunale di Milano riconosce ancora attuale l'attribuzione della natura solutoria alle rimesse, qualora esse incidano su un saldo scoperto e per ciò stesso costituente debito (liquido e) esigibile. Così ritenendo, l'applicazione del nuovo articolo 67, comma 3, L.F., nel prevedere la riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria, non può prescindere, secondo il giudice di Milano, dalla situazione di scopertura del conto, la semplice passività, infatti, a fronte dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente la somma di denaro prevista nel contratto di apertura di credito, è suscettibile di registrare solo versamenti ripristinatori della disponibilità e non riduzioni, cioè atti estintivi, di un credito esigibile

non più la revocatoria dei pagamenti (cui le rimesse, a determinate condizioni, sarebbero equiparate), almeno nell'articolo 67, comma 3, L.F.: revocabili sono ora le rimesse che riducono in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria.

Con riferimento all'«esposizione debitoria», l'applicazione diventa meno chiara quando dalla dimensione «quantitativa» si passa a quella «temporale», concentrandosi, cioè, sul concetto di durevolezza e sul suo contenuto.

Si tratta di concetti che, evidentemente mal si legano con i concetti di affidamento e di conto scoperto.

Ma il comma 2 dello stesso articolo 67, L.F. prevede, ancor oggi, la revocatoria dei *«pagamenti di debiti liquidi ed esigibili»* (connessi al conto scoperto).

Si tratta allora di cercare di conciliare le 2 previsioni dell'articolo 67, L.F.: la seconda (comma 3, lettera b), che non fa riferimento alcuno al conto scoperto, ma al solo debito; la prima (comma 2) che, invece, fa riferimento, di fatto, al conto scoperto.

In presenza di un saldo a debito in conto corrente, allora, l'eventuale rientro è dato dalla riduzione (effettiva) del debito, a nulla rilevando il dato (meramente formale) del fido concesso.

Ciò rileva sotto 2 aspetti:

1. qualsiasi annotazione a credito sul conto corrente può essere definita rimessa, e quindi non ci dovrebbero più essere i problemi di distinzione tra versamenti veri e propri e anticipi concessi dalla banca;

2. non dovrebbe più avere importanza il concetto del carattere solutorio. La norma utilizza la terminologia bancaria, per la quale alla parola rimessa non può essere associato il significato di pagamento, come precedentemente inteso. In ogni caso l'esposizione debitoria rappresenta il saldo debitore omnicomprensivo del conto corrente, perdendosi così la distinzione tra saldo debitore e saldo scoperto.

Gli importi revocabili sono quindi inscindibilmente legati al saldo alla chiusura del conto, per definizione determinabili solo *ex post*.

L'articolo 70, comma 3, L.F. si riferisce, infatti, all'«ammontare massimo raggiunto» dalle pretese del terzo (in sostanza ammontare massimo del debito), e anche questo concetto mal si coniuga con la distinzione tra saldo scoperto (ovvero fuori fido) e saldo passivo del conto corrente (nei limiti del fido); non parla di sconfinamento, ma di differenza di saldi, concetto nuovo e quindi del tutto staccato dalle «vecchie» delimitazioni giurisprudenziali (entro e fuori fido); e proprio a tale circostanza è anche collegata la ritenuta prevalenza dell'articolo 70, L.F. rispetto all'articolo 67, nella determinazione della somma revocabile, in quanto «rientro».

Questi i termini utilizzati dall'articolo 70, L.F.: — *«atti estintivi di rapporti»; — «ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese».*

Qui non si parla più di rimesse in generale, ma di atti estintivi e di pretese, concetti che potrebbero anche coesistere con la vecchia tesi del conto scoperto. Anzi, queste espressioni sono più vicine al concetto di conto scoperto piuttosto che al concetto di debito. Si potrebbe anche arrivare alla conclusione per cui, mentre l'articolo 67, L.F. non fa più alcun riferimento all'affidamento, questo è invece richiesto dall'articolo 70; però è subito da osservare che l'articolo 70, L.F., in realtà, revoca il rientro (e non le rimesse), e questo era revocabile anche in base alle norme precedenti, al di là di ogni affidamento.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Il compenso del gestore della crisi e il limite della piena soddisfazione del creditore prelatizio

di Giulio Pennisi –dottore commercialista e revisore legale

La L. 3/2012, che ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina del sovraindebitamento, un insieme di 3 distinte procedure per la ristrutturazione del debito in favore delle persone fisiche qualificabili come consumatori nonché per i soggetti che non possono essere sottoposti alle normali procedure concorsuali della Legge Fallimentare, individua nel binomio organismo di composizione-gestore della crisi, l'organo deputato allo svolgimento di tali procedure. La norma attribuisce al gestore della crisi il professionista che affianca i protagonisti della procedura specifici compiti: effettua la preliminare verifica dei requisiti di accesso, attesta la veridicità dei dati contenuti nel piano e la sua fattibilità nel tempo e, non da ultimo, ottenuta l'omologazione, sorveglia l'esecuzione dei pagamenti promessi per l'intera durata del piano. Stante la centralità di tale figura, ausiliario del giudice, garante dei creditori e, a tratti, anche consulente del debitore, la norma detta un limite al riconoscimento del suo compenso che, pur prededucibile, è postergato alla piena soddisfazione del creditore privilegiato nel caso di liquidazione dei beni ove insiste la causa di prelazione.

Premessa

La normativa sul sovraindebitamento prevede quale fulcro dell'intera procedura il gestore della crisi all'uopo nominato dall'Organismo di composizione territorialmente competente. L'attuale assetto normativo, fino alla completa introduzione del Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, D.Lgs. 14/2019, la cui entrata in vigore è posticipata al 1° settembre 2021, è definito dalla L. 3/2012, che ha introdotto gli istituti e le procedure volte a garantire una opportunità di risolvere la crisi per consumatori, imprese minori e per tutti coloro che, in forma individuale o collettiva, non siano assoggettabili alle procedure concorsuali della Legge Fallimentare. Un precipuo e successivo D.M. attuativo, 202/2014, ha disciplinato il sovraindebitamento sul piano del funzionamento degli organismi di composizione, stabilendo, tra l'altro, anche i requisiti di iscrizione dei professionisti al registro tenuto presso il Ministero della giustizia. Il Decreto, interviene, per quanto ci si occupa, anche nel determinare le modalità di calcolo e dei compensi da riconoscersi al professionista-gestore della crisi nell'ambito

delle 3 procedure previste dalla L. 3/2012. E infatti, le sezioni II e III del Regolamento, determinano rispettivamente i compensi da liquidare nei casi di piano del consumatore e accordo del debitore, e quelli invece applicabili ai soggetti che intervengono nell'ambito della liquidazione del patrimonio. La modalità di calcolo del compenso è determinata in base a valori percentuali applicati a distinti scaglioni, che, a loro volta, sono individuati in base all'ammontare dell'attivo e del passivo risultanti dall'accordo del debitore e dal piano del consumatore omologato ovvero, nel caso della liquidazione del patrimonio, sull'ammontare dell'attivo realizzato dalla liquidazione e del passivo accertato. Tali soglie, indicate all'articolo 16, D.M. 202/2014, come precisato da precedente indicazione individuabile al comma 4, articolo 14, D.M. 202/2014, "*non sono vincolanti per la liquidazione medesima*", lasciando di fatto aperta una opportunità di differente quantificazione in base alla peculiarità della specifica fattispecie. Tanto è vero che il comma 1 del medesimo articolo 14 sancisce che la determinazione secondo i parametri ministeriali, opera in difetto di accordo fra l'Occ e il debitore che lo ha incaricato (profilo privatistico del compenso) e che l'opera prestata, come pure i risultati ottenuti e i tempi di esecuzione, rappresentano tutti parametri per la sua determinazione giudiziale. Attesa la natura della fonte, essa non aggiunge ulteriori indicazioni sul piano giuridico limitandosi, pertanto, alla mera quantificazione del compenso individuato mediante i valori degli scaglioni di riferimento.

La quantificazione del compenso del gestore della crisi.

Il testé citato D.M. 202/2014 indica, come detto, le modalità di calcolo del compenso spettante all'organismo di composizione nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento in base alla tipologia di procedura: l'articolo 16 disciplina che laddove la procedura sia riconducibile a una di quelle di cui al capo II, sezione I, della Legge, e cioè il piano del consumatore e l'accordo del debitore, in cui sono previste forme di liquidazione dei beni, il compenso è determinato, di regola, sulla base di parametri afferenti a una percentuale sull'ammontare dell'attivo realizzato compresa tra quelle di cui all'articolo 1, comma 1, del Decreto del Ministro della giustizia 30/2012[1] e successivi adeguamenti, nonché secondo una percentuale sull'ammontare del passivo risultante dall'accordo o dal piano del consumatore omologato compresa tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del Decreto del Ministro

[1] Dal 27 marzo2012 è in vigore il decreto emanato dal Ministero della giustizia, 30/2012 – pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 72 del 26 marzo 2012 – che aggiorna i compensi (fermi ai criteri del 1992) riferiti ai curatori fallimentari e la determinazione dei pagamenti relativi alle procedure di concordato preventivo. Il Regolamento è stato emanato in attuazione dell'articolo 39, comma 1, L.F., sulla disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, il quale prevede che, mediante decreto del Ministro della giustizia, siano stabilite le norme per la liquidazione dei compensi ai curatori di fallimento. Esso si applica a tutti i compensi da liquidarsi successivamente all'entrata in vigore del decreto, ivi compresi quelli concernenti le procedure concorsuali ancora pendenti a tale data. Il nuovo provvedimento abroga i decreti del Ministero di grazia e giustizia 30 novembre 1930, 1° gennaio 1945, 4 giugno 1949, 16 luglio 1965, 27 novembre 1976, 17 aprile 1987 e del 28 luglio 1992, n. 570.

della giustizia di cui alla lettera a)[2]. Quando invece la procedura, pur in presenza di piano o accordo, non prevede alcuna forma di liquidazione di beni, all'organismo spetta un compenso anche per l'opera prestata successivamente all'omologazione, determinato con le medesime percentuali di cui al predetto comma, sull'ammontare dell'attivo e del passivo risultanti dall'accordo o dal piano del consumatore omologati. In buona sostanza, la determinazione del compenso è quindi riferita alle medesime modalità di calcolo previste per i curatori fallimentari e per i commissari giudiziari del concordato preventivo. Il regolamento, al successivo comma 3, limita la liquidazione del compenso in caso di gruppo di imprese, precisando che non possono essere considerati come elementi dell'attivo né del passivo, gli importi risultanti da finanziamenti e garanzie infragruppo o dal ribaltamento, attraverso insinuazioni, ripartizioni o compensazioni, di attivo e passivo da parte di altra società del gruppo.

Ciò che più è evidente è che la liquidazione operata sulla base degli scaglioni indicati dal Decreto Ministeriale vigente in materia fallimentare, sconta una riduzione automatica e determinata dai commi 4 e 5 del medesimo articolo in commento: il comma 4 impone che i compensi del gestore, una volta applicati i valori descritti ai commi 1, 2 e 3, siano infine ridotti in una misura compresa tra il 15% e il 40%; il successivo comma 5 stabilisce inoltre che, effettuata la riduzione, l'ammontare complessivo degli oneri della procedura e delle spese generali non può comunque essere superiore al 5% dell'ammontare complessivo di quanto è attribuito ai creditori per le procedure aventi un passivo superiore a 1.000.000 di euro, e al 10% sul medesimo ammontare per le procedure con passivo inferiore. Le disposizioni di cui al periodo precedente non si applicano quando l'ammontare complessivo di quanto è attribuito ai creditori è inferiore a 20.000 euro. Il compenso è altresì unico e determinato secondo proporzione laddove, nello stesso incarico, si siano succeduti più organismi.

Per quanto attiene invece ai compensi maturati per la gestione della liquidazione del patrimonio, l'articolo 18, D.M. 202/2014 rimanda ai medesimi scaglioni specificando che il compenso sarà determinato sulla base dell'attivo realizzato dalla procedura e del passivo accertato.

[2]Il compenso al curatore di fallimento è liquidato dal Tribunale a norma dell'articolo 39, L.F., tenendo conto dell'opera prestata, dei risultati ottenuti, dell'importanza del fallimento, nonché della sollecitudine con cui sono state condotte le relative operazioni, e deve consistere in una percentuale sull'ammontare dell'attivo realizzato non superiore alle misure seguenti:
a) dal 12 al 14% quando l'attivo non superi i 16.227,08 euro;
b) dal 10 al 12% sulle somme eccedenti i 16.227,08 euro fino a 24.340,62 euro;
c) dall'8,50 al 9,50% sulle somme eccedenti i 24.340,62 euro fino a 40.567,68 euro;
d) dal 7 all'8% sulle somme eccedenti i 40.567,68 euro fino a 81.135,38 euro;
e) dal 5,5 al 6,5% sulle somme eccedenti i 81.135,38 euro fino a 405.676,89 euro;
f) dal 4 al 5% sulle somme eccedenti i 405.676,89 euro fino a 811.353,79 euro;
g) dallo 0,90 all'1,80% sulle somme eccedenti i 811.353,79 euro fino a 2.434.061,37 euro;
h) dallo 0,45% allo 0,90% sulle somme che superano i 2.434.061,37 euro.
2. Al curatore è inoltre corrisposto, sull'ammontare del passivo accertato, un compenso supplementare dallo 0,19 allo 0,94% sui primi 81.131,38 euro e dallo 0,06 allo 0,46% sulle somme eccedenti tale cifra.

Fin qui appare evidente che sul piano regolamentare, il Legislatore, con il richiamo al precedente Decreto illustrativo dei compensi dei curatori fallimentari e dei commissari, pur implicitamente riconoscendo una sorta di equipollenza fra il compenso spettante al gestore della crisi e il curatore sul piano "*quantitativo*", ha inteso ridurre quello per le procedure da sovraindebitamento per motivazioni ignote che riposano probabilmente nel ritenere (erroneamente, non me ne vorrà il lettore) che l'esecuzione di tali incarichi sia più agevole delle curatele e dei concordati, che occorra garantire una maggiore soddisfazione del ceto creditorio limitando le spese di procedura, ovvero, secondo un approccio meno opinabile, la necessità di non aggravare ulteriormente lo stato di crisi del richiedente nei casi di mancata prosecuzione dell'incarico per volontà del debitore ovvero rigetto della domanda di omologazione. Ciò che è certo che la prevista riduzione impatta sulla diffusione delle procedure per ragioni di opportunità e responsabilità del professionista incaricato.

L'argomento di cui si occupa non è però riconducibile all'indagine dei motivi che hanno indotto l'esecutivo del 2014 a regolamentare i compensi con le riduzioni operate dal Decreto Ministeriale: ciò che interessa è verificare se esista, invece, nella norma originaria del sovraindebitamento, una chiara indicazione circa la natura del compenso e se esso, seppur ridotto, sia ritenuto prededucibile *ab origine* rispetto alla soddisfazione di tutti i creditori ammessi come nel caso, con limitazioni di cui si dirà, della Legge Fallimentare. Ebbene la L. 3/2012, che si ricorda, fino alla sua abrogazione in favore dell'ingresso del sovraindebitamento nel *corpus* del Codice della crisi, può essere considerata un *unicum* e ha natura speciale, non pare richiamare, come in effetti non richiama se non espressamente in alcuni momenti, alcuna previsione di quella fallimentare, spesso invece inopinatamente invocata per analogia per affrontare dispute derivanti dalle sue lacune. Anzi, essa è, e deve restare fino all'esaurimento delle procedure attivate in costanza di vigore, una normativa speciale tesa a regolare i rapporti giuridici di coloro che non possono trovare accoglimento nelle misure alternative al fallimento previste nella legge del 1942: orbene, se tale approccio è condiviso, l'illustrazione di quanto è previsto in tema di compenso nella Legge Fallimentare, risponde solo alla esigenze di capire se esistono o meno punti di contatto fra le 2 discipline anche in ragione delle modalità di liquidazione prima elencate.

La prededucibilità del compenso nella norma fallimentare.

Come è noto, l'articolo 111, comma 2, L.F., in ordine alla distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo fallimentare, dispone la preferenza delle spese di procedura rispetto al pagamento di tutti gli altri crediti eventualmente ammessi. La portata di tale disposizione nella procedura fallimentare è tale da includere nella postergazione al pagamento delle spese di procedura

anche quelle per i crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge. V'è però da aggiungere che una successiva formulazione, riportata all'articolo 111-*bis*, L.F. introdotto dal D.Lgs. 160/2006 "*Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), L. 150/2005 (G.U. Serie Generale n.99 del 29-04-2006 - Suppl. Ordinario n. 106)*", indica che le somme ammesse con prededucibilità, riconosciute per la quota iscritta a titolo di capitale, spese e interessi maturati, sono liquidate nel limite di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni mobiliari e immobiliari oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti e quindi nel caso di crediti iscritti in procedura con causa di prelazione. È evidente che tale previsione può generare conflitto, in caso di incapienza del riparto, fra i crediti individuati come prededucibili all'articolo 111, L.F. fra i quali il compenso del curatore, e quelli assisiti da causa di prelazione. Al fine di evitare il sacrificio delle spese di procedura, il successivo articolo 111-*ter*, L.F. stabilisce che in sede di ripartizione fallimentare delle somme ricavate dalla vendita di beni oggetto di ipoteca, i crediti ipotecari, di norma e in ossequio alla previsione appena citata, prevalgono sui crediti prededucibili, salvo che questi ultimi si ricolleghino ad attività direttamente e specificamente rivolte a incrementare, o ad amministrare, o a liquidare i medesimi beni ipotecati o rechino, comunque, ai titolari, specifiche utilità, e salvo il limite di un'aliquota delle spese generali, che deve, in ogni caso, gravare sui beni assoggettati a garanzia reale[3]. In base all'articolo 111-*ter*, L.F., quindi, il curatore con riferimento ai conti speciali, deve tenere un conto autonomo delle vendite dei singoli beni immobili oggetto di privilegio generale e di ipoteca, con analitica indicazione delle entrate e delle "*uscite di carattere specifico*" e della quota di quelle di carattere generale imputabili a ciascun bene o gruppi di beni secondo un criterio proporzionale. Orbene, secondo l'approccio citato, queste uscite di carattere specifico sono certamente quelle riconducibili alla conservazione e liquidazione del bene oggetto di privilegio mentre quelle generali, possono essere a loro volta ricondotte alla quota parte secondo criteri di proporzionalità delle attività svolte dal curatore per l'esecuzione della procedura.

In sintesi, il compenso del curatore, in sede di riparto fallimentare delle spese ricavate dalla vendita di beni oggetto di cause di prelazione, potrebbe subire una sorta di postergazione rispetto ai crediti ipotecari salvo che esso non si ricolleghi a una attività direttamente e specificamente rivolta a incrementare, o ad amministrare, o a liquidare i beni ipotecati o rechi, ai titolari specifiche utilità, e salvo il limite di un'aliquota delle spese generali che deve, in ogni caso, gravare sui beni assoggettati a

[3] Così decide il Tribunale di Milano, sentenza 1° aprile 2017, in favore del riconoscimento della prededuzione del compenso del curatore rispetto alla eccezione sollevata del creditore prelatizio non integralmente soddisfatto.

garanzia reale[4]. Sarà quindi necessario per il giudice verificare, di volta in volta, se il rapporto di proporzionalità di tali utilità sia congruo rispetto al compenso prededucibile del curatore sulla base di tali conti specifici e dalla incidenza delle spese a essi ammesse.

Il compenso del gestore nella L. 3/2012: prededucibilità e limite della soddisfazione del creditore prelatizio

Orbene, l'attuale assetto della legge sul sovraindebitamento non disciplina in modo così esaustivo il compenso spettante all'organismo e quindi al gestore né, atteso la sua specialità ormai nota, richiama tutte le disposizioni appena illustrate in tema di concordato o di fallimento del testo del 1942. Tanto è che essa si limita a riportare il principio generale di prededucibilità seppur limitando la soddisfazione del credito sorto in occasione della procedura, al soddisfacimento del creditore per quanto ricavato dalla vendita dei beni oggetto della prelazione. Il medesimo principio generale della prededucibilità di cui all'articolo 111, L.F. è qui richiamato all'articolo 13, comma 4-*bis* e all'articolo 14-*duodecies*, L. 3/2012. I compensi dell'organismo, attesa la sua centralità nella procedura che si estrinseca nelle funzioni a esso attribuite (*advisor*, attestatore e, perché no anche, commissario giudiziale), sorgono in occasione o in funzione della procedura e sono da considerarsi prededucibili. Tale naturale prededucibilità, si ribadisce, promana dalla analoga disposizione del fallimento che, alla stessa stregua, però, segna il medesimo limite alla completa e preliminare soddisfazione del creditore prelatizio di cui al comma 2, articolo 111-*bis*, L.F..

E invero, su tale aspetto, le 2 speculari norme appena citate della L. 3/2012, introducono la generale preferenza delle spese di procedura, ma, nel contempo, rappresentano una pericolosa insidia al riconoscimento del compenso del gestore nella misura in cui esse, pur enunciando quel limite, non riconoscono alcuna delle cautele introdotte dall'articolo 111-*ter* e articolo 111-*quater* del testo fallimentare.

In buona sostanza tanto l'articolo 13, comma 4-*bis* che l'articolo 14-*duodecies*, comma 2, dettano una chiara disposizione il cui limite non è né più né meno di quello appena illustrato in ambito fallimentare: il credito sorto in occasione della procedura, e tale è certamente il compenso del gestore pur essendo esso maturato in forza di un rapporto inizialmente privatistico che sorge prima dell'inizio della fase giudiziale a cui è invece data conoscenza[5], è soddisfatto con preferenza rispetto a tutti gli altri, ma è

[4] Sul punto Cassazione n. 9490/2002.

[5] Su tutti vedasi quanto previsto in tema di obbligo del preventivo scritto e informativa preliminare al cliente sovraindebitato sui costi del servizio professionale di gestione della crisi da sovraindebitamento:

subordinato alla integrale soddisfazione del credito ipotecario che prevale tanto che la norma prevede la "*esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti*"[6].

La lettura del testo non presta alcuna difficoltà di interpretazione: essa induce a ritenere vi sia una sorta di antergazione del credito ipotecario ai crediti sorti nella procedura, pur prededucibili quali i compensi dei soggetti che l'hanno svolta. L'approccio è talmente cogente da essere ribadito: la disposizione dell'articolo 13, comma 4-*bis*, intende applicare il limite alle procedure del piano del consumatore e all'accordo del debitore, mentre quella del successivo articolo 14-*duodecies*, conferma l'operatività del limite precisando che esso si riferisce ai "*crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione o di uno dei procedimenti di cui alla precedente sezione…*"., rammentando una sorta di *vis attractiva* del principio di postergazione anche nel caso di procedura liquidatoria aperta ai sensi della conversione dell'articolo 14-*quater* per quanto eventualmente già maturato. In buona sostanza, il Legislatore, nella formulazione in tema di liquidazione del patrimonio, sottolinea ulteriormente la portata del limite richiamato al precedente articolo, precisando non solo che esso opera nel caso della liquidazione del patrimonio, ma che la piena soddisfazione del creditore prelatizio non è sacrificabile in caso di vendita dei beni oggetto del pegno o dell'ipoteca anche nelle ipotesi di piano o di accordo convertito in liquidazione. In sintesi, la lettura induce a concludere che la *ratio* dell'impianto riposi nell'assunto che sia nel piano-accordo (articolo 13, comma 4-*bis*), che nella liquidazione del patrimonio (articolo 14-*duodecies*), laddove vi sia cessione (anche parziale) dei beni oggetto di pegno o ipoteca, le spese di procedura subiranno una sorta di postergazione rispetto all'integrale pagamento del creditore garantito.

Fin qui nessuna novità di rilievo rispetto alla analoga disposizione già citata della norma fallimentare. Ciononostante, come già anticipato, nella norma in commento non è dato leggere alcuno dei meccanismi di salvaguardia previsti dal Legislatore del 2006: la previsione del limite, nella vicenda

---

Articolo 10, D.M. 202/2014: l'Occ *"…deve comunicare al debitore il grado di complessità dell'opera, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa di cui all'articolo 4, comma 3, lettera c). La misura del compenso è previamente resa nota al debitore con un preventivo, indicando per le singole attività tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi…"*.

L'obbligo del preventivo disciplinato dal citato articolo si coniuga con quanto previsto dall'articolo 1, comma 150, L. 124/2017 (legge annuale per il mercato e la concorrenza) che ha modificato l'articolo 9, comma 4, D.L. 1/2017, convertito nella L. 27/2012, stabilendo che: *"Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto obbligatoriamente, in 11 forma scritta o digitale, al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è preventivamente resa nota al cliente obbligatoriamente, in forma scritta o digitale, con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi"*. Pertanto, sulla base delle informazioni che verranno fornite dal soggetto sovraindebitato dovrà essere redatto un preventivo che dovrà essere reso noto allo stesso debitore nonché, ai sensi dell'articolo 10, comma 4, D.M. 202/2014, ai creditori (Cfr. La liquidazione dei compensi nelle procedure di composizione da sovraindebitamento e nella liquidazione del patrimonio, Fondazione Nazionale Commercialisti Cndcec, settembre 2018).

[6] Così descritto sia nella parte conclusiva dell'articolo 13, comma 4-*bis* che nell'articolo 14-*duodecies*, comma 2.

fallimentare, incontra una salvaguardia nei noti "conti autonomi" del curatore tesi a evidenziare le uscite di carattere specifico e generale atte a imputare, proporzionalmente, il proprio compenso. Se tale dato è condiviso, allora esso induce a 2 ulteriori riflessioni.

La prima, immediata e a tratti - si perdoni la franchezza - spiacevole: la previsione di un limite del compenso alla sola soddisfazione del creditore garantito senza il "*paracadute*" del richiamo all'articolo 111-*ter*, L.F., implica che, soprattutto nella ipotesi di liquidazione del patrimonio, la procedura potrebbe genericamente non garantire alcuna "*utilità*" per le attività svolte sia dal gestore della crisi redigente la relazione particolareggiata introduttiva di cui all'articolo 14-*ter*, sia dal liquidatore all'uopo nominato in sede di decreto di apertura della procedura. La seconda riflessione, invece, squisitamente semantica, sul senso della terminologia utilizzata dal Legislatore, riguarda l'articolo 13, comma 4-*bis* e cosa si intenda come limite con la "*esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti*". In tale caso, infatti, il limite parrebbe operare solo in circostanza di cessione, *id est* liquidazione, dei beni oggetto della causa di prelazione. In tal caso, il compenso potrebbe beneficiare della piena prededucibilità solo quando il piano o l'accordo proposto siano orientati a una mera ristrutturazione del debito con nuova o futura finanza senza la liquidazione dei beni oggetto di pegno o ipoteca. Laddove invece i beni dovessero essere ceduti nella esecuzione del piano, anche parzialmente, le somme ricavate dalla vendita, dovranno dapprima garantire la integrale soddisfazione del creditore prelatizio, senza alcuna possibilità di invocare, proprio perché contrario all'applicazione analogica e ai principi generali dell'ordinamento, le previsioni degli articoli 111-*bis*, comma 2 e 111-*ter*, L.F..

La questione è alquanto sdrucciolevole. In assenza di chiara previsione di legge, la fattispecie è produttiva di una contrazione, se non addirittura di una mancata partecipazione al riparto, del credito del professionista sorto per la funzione di Occ. La liquidazione dei beni su cui grava una prelazione non integralmente soddisfatta, implica l'applicazione del disposto di legge[7] senza alcun appello alle utilità richiamate nella norma fallimentare e confermate dalla giurisprudenza di legittimità.

Invero, di senso opposto, si è sovente assistito a un intervento della giurisprudenza di merito in senso diametralmente opposto. Tali decisioni, sul piano giuridico, accolgono il *favor* della estensione analogica nella interpretazione delle norme del sovraindebitamento con quelle fallimentari pur in assenza di un esplicito riferimento che ne autorizzi l'attuazione. Questi casi hanno ritenuto che, come osservato dalla Corte di Cassazione (n. 1182/2018; n. 1896/2018 e n. 9087/2018;):

[7] Tribunale di Prato, R.G. 2/2018, Est. Brogi del 23 settembre 2020 sul mancato riconoscimento della prededucibilità rispetto alla soddisfazione del creditore ipotecario, del compenso del professionista con compiti di OCC nella fase precedente alla liquidazione del patrimonio.

> *"la disciplina generale espressa dalla legge fallimentare, anche in merito alla graduazione dei crediti muniti di diritti di poziorità, in relazione alle spese prededucibili, non possa essere trascurata, alla luce di una lettura sistematica di tutta la disciplina che regola la concorsualità, al cui genere anche la procedura di liquidazione del patrimonio appartiene"*[8].

L'assunto implica quindi che la liquidazione del patrimonio sia qualificabile come "fallimento del soggetto non fallibile", stante la medesima finalità di liquidazione dei beni nell'interesse della massa dei creditori, e pertanto possa ritenersi applicabile l'articolo 111-*ter*, L.F. e la sua declinazione giurisprudenziale, anche alle procedure disciplinate dalla legge sul sovraindebitamento. L'approccio è certamente condivisibile sul piano del merito ma non riposa su una disposizione di legge chiara e inequivocabile.

La vicenda pertanto non pare risolta ed è certamente atta a divisioni ideologiche: il limite di cui si è ampiamente detto opera nel sovraindebitamento senza la salvaguardia delle clausole presenti nella norma fallimentare e ciò mostra, se ancora ve ne fosse bisogno, una sostanziale lacuna dell'impianto normativo della legge che ne implica la difficoltà operativa. Difficoltà che è acuita dall'improvvido rinvio dell'introduzione del codice della crisi di cui si è detto che comporterà una sopravvivenza delle procedure della L. 3/2012 per alcuni anni ancora. Di contro, l'auspicata introduzione della riforma, che include la disposizione generale della prededucibilità del compenso riportata all'articolo 6, D.Lgs. 14/2019, consentirà una risposta definitiva sulla natura di tali crediti seppur nei limiti riportati nel testo e oggi ulteriormente modificati dal decreto correttivo[9].

[8] Tribunale di Como, Est. Petronzi 18 dicembre 2019 sul riconoscimento integrale della prededucibilità del compenso dell'Occ anche in caso di incapienza rispetto alle somme del creditore prelatizio in ossequio al disposto articolo 111-*ter*, L.F..

[9] Con l'emanazione del D.Lgs. 147/2020 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, il nostro Legislatore ha introdotto importanti disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.Lgs. 14/2019. In tema di compensi per le procedure di sovraindebitamento, il decreto correttivo ha integralmente sostituito il testo dell'articolo 71 sulla esecuzione del piano per la ristrutturazione dei debiti del consumatore, eliminando la facoltà per il giudice di escludere l'OCC dal compenso se non approva il rendiconto (articolo 71, comma 4, precedente versione) in luogo della liquidazione in esatta esecuzione del piano per la somma convenuta fra organismo e debitore in sede di affidamento dell'incarico.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Bancarotta fraudolenta: la logica del gruppo

di Gianfranco Antico – pubblicista

La natura distrattiva di un'operazione di trasferimento di somme da una società a un'altra, appartenenti al medesimo gruppo, è posta sotto la lente della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 15660/2020. Verifichiamo, quindi, l'interpretazione giurisprudenziale espressa, esaminando anche il tema dei vantaggi compensativi nelle operazioni infragruppo.

La sentenza della Cassazione n. 15660/2020

In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, per escludere la natura distrattiva di un'operazione di trasferimento di somme da una società a un'altra non è sufficiente allegare la partecipazione della società depauperata e di quella beneficiaria a un medesimo "*gruppo*", dovendo, invece, l'interessato dimostrare, in maniera specifica, il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse di un gruppo ovvero la concreta e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi, *ex* articolo 2634, cod. civ., per la società apparentemente danneggiata. Sono queste sinteticamente le conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 15660/2020.

L'operazione contestata

L'operazione sotto osservazione dai giudici di Piazza Cavour investe il concorso, per tutti e 3 gli imputati, nella bancarotta fraudolenta per distrazione in relazione a una Spa, dichiarata poi fallita. Nello specifico, la contestazione investe la distrazione di somme verso altre società del gruppo, senza una plausibile giustificazione, ovvero la destinazione di somme a spese personali e la cessione di un ramo d'azienda a una Srl, in assenza di corrispettivo, giustificandola come compensazione di crediti infragruppo ovvero ancora attraverso lo svuotamento delle garanzie patrimoniali del debitore (altra Srl, società riferibile agli imputati, attraverso l'operazione di cessione del cespite costituito da un centro commerciale del valore di oltre 21 milioni di euro a una Srl, società appositamente costituita tramite scissione societaria). Sono state contestate anche la bancarotta fraudolenta documentale e quella preferenziale, per il pagamento di ingenti somme a favore di terzi.

Gli imputati hanno pure rivestito cariche di responsabilità nella compagine sociale della fallita (amministratore unico; Presidente del Consiglio d'Amministrazione; Presidente del collegio sindacale; consigliere delegato nonchè consulente finanziario e addetto alla contabilità; Direttore e generale; procuratore speciale).

L'assenza di vantaggi compensativi

La Corte richiama la precedente giurisprudenza di legittimità, che pur essendosi fatta carico di esigenze di offensività concreta che sempre devono sottendere la verifica della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta distruttiva, intuendo il valore scriminante del tema dei "*vantaggi compensativi*" nelle operazioni infragruppo:

> *"ha disegnato nel tempo, molto opportunamente, griglie stringenti per poterne valutare la configurabilità nelle diverse fattispecie e, in linea con gli orientamenti in materia di reati fallimentari, ha coinvolto in prima persona l'imputato nell'accertamento relativo"*.

Il Collegio si richiama a tali approdi interpretativi secondo i quali, in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, per escludere la natura distrattiva di un'operazione di trasferimento di somme da una società a un'altra non è sufficiente allegare la partecipazione della società depauperata e di quella beneficiaria a un medesimo "*gruppo*", dovendo, invece, l'interessato dimostrare, in maniera specifica, il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse di un gruppo ovvero la concreta e fondata prevedibilità di vantaggi compensativi, *ex* articolo 2634, cod. civ., per la società apparentemente danneggiata[1].

In altre parole:

> *"è necessaria la sussistenza di uno specifico vantaggio, anche indiretto, che si dimostri idoneo a compensare gli effetti immediatamente negativi della operazione per la stessa società, trasferendo su quest'ultima il risultato positivo riferibile al gruppo"*[2].

Nel caso di specie, non emerge in alcun modo la vantaggiosità dei risultati dei diversi travasi di risorse da una società all'altra di una galassia aziendale che, più che essere un vero e proprio "*gruppo*", appare "*un coacervo di enti diversamente riferibili agli imputati, in relazione ai quali non è data leggere alcuna logica imprenditoriale comune*".

[1] Cassazione n. 46689/2016; n. 10633/2019 e n. 47216/2019.
[2] Cassazione n. 44963/2012; n. 16206/2017 e, in negativo, n. 41293/2008.

Il reato di bancarotta fraudolenta

Se la bancarotta fraudolenta[3] è certamente la figura delittuosa più rilevante nell'ambito del diritto penale fallimentare – reato proprio e di pericolo – come rilevato in dottrina[4], il fondamento della responsabilità penale dell'amministratore di diritto va:

> *"rintracciato in quella particolare posizione di garanzia, di cui egli diviene titolare nel momento in cui ha acconsentito a ricoprire formalmente la carica di amministratore, che trova la sua base giuridica nelle disposizioni civilistiche di cui agli articoli 2392 e 2394, cod. civ."*[5].

La giurisprudenza di legittimità si è espressa in maniera netta in ordine alla qualificazione della commissione di più fatti di bancarotta nella stessa procedura concorsuale e dell'applicazione dell'articolo 219, L.F., confermando – vedi Cassazione, sentenza n. 21039/2011 – la tesi della concezione pluralistica del reato di bancarotta (in senso conforme, successivamente, Cassazione, sentenza n. 34516/2014)[6].

Le fattispecie di bancarotta propria si distinguono da quelle di bancarotta impropria sostanzialmente per la qualità del soggetto attivo. Le norme richiamano, infatti, le corrispondenti fattispecie di cui agli

[3] L'articolo 216, L.F. rubricato "*Bancarotta fraudolenta*" -, al comma 1, punisce con la reclusione da 3 a 10 anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che: 1. ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti (c.d. bancarotta fraudolenta patrimoniale); 2. ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari (c.d. bancarotta fraudolenta documentale). Il comma 2, articolo 216, L.F., precisa che la stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1) del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili; mentre il comma 3 del medesimo articolo 216 prevede poi il c.d. reato di bancarotta "*preferenziale*", secondo cui è punito con la reclusione da 1 a 5 anni il fallito che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

[4] S. Gavioli, "*Distrazioni all'interno del gruppo societario*", in Guida ai controlli fiscali, n. 6/2016, pag. 30.

[5] L'articolo 217, L.F. – titolato Bancarotta semplice – al comma 1, punisce, invece, con la reclusione da 6 mesi a 2 anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi previsti per la bancarotta fraudolenta: 1. ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2. ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3. ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4. ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5. non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare. Il comma 2 applica la stessa pena al fallito che, durante i 3 anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta (c.d. bancarotta documentale). Per effetto di quanto previsto nell'articolo 219, nel caso in cui i fatti previsti negli articoli 216, 217 e 218 (ricorso abusivo al credito) hanno cagionato un danno patrimoniale di rilevante gravità, le pene da essi stabilite sono aumentate fino alla metà. Le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate: 1. se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati; 2. se il colpevole per divieto di legge non poteva esercitare un'impresa commerciale. Viceversa, nel caso in cui i fatti indicati nel comma 1 hanno cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità, le pene sono ridotte fino al terzo. Sul punto, annotiamo che la Cassazione con la sentenza n. 20695/2016, ha affermato che in tema di bancarotta semplice fallimentare, la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, prevista dall'articolo 219, comma 3, L.F., "*è configurabile quando il danno arrecato ai creditori è particolarmente tenue o manchi del tutto e la valutazione rimessa al giudice non può prescindere dal considerare le dimensioni dell'impresa, il movimento degli affari e l'ammontare dell'attivo e del passivo (n. 17351/2015)*". Peraltro, ai fini della applicazione della suddetta circostanza attenuante nella bancarotta documentale, "*non rileva l'ammontare del passivo, ma la differenza che la mancanza dei libri o delle scritture contabili ha determinato nella quota complessiva dell'attivo da ripartire tra i creditori, avendo riguardo al momento della consumazione del reato*" (n. 44443/2012). Insomma, concludono i giudici nella sentenza n. 20695/2016, "*la valutazione cui devono fare riferimento i giudici di merito non può limitarsi - come avvenuto nel caso in esame - alla considerazione degli importi delle somme non registrate nelle scritture contabili, ma deve estendersi alle dimensioni dell'impresa, al movimento degli affari, all'ammontare dell'attivo e del passivo, nonché - ovviamente - alla incidenza che la condotta illecita (la mancata registrazione di dati contabili) ha avuto sul danno derivato alla massa dei creditori*".

[6] Cfr. L. Ferrajoli, "*Bancarotta fraudolenta e concorso di reati*", in Crisi e risanamento, n. 6/2014.

articoli 216 e 217, L.F., con l'aggiunta di alcune ipotesi specifiche e tassative (articolo 223, comma 2 e 224, comma 1, n. 2, L.F.), meglio definite come bancarotta societaria. L'articolo 223, L.F. applica, quindi, le pene stabilite nell'articolo 216, L.F. agli amministratori, ai Direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo[7].

La teoria dei vantaggi compensativi

L'articolo 2497, cod. civ. prevede che le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. Il socio e il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.

Se la presenza di un gruppo societario non legittima l'asservimento di una società all'interesse delle altre società del gruppo, restando infatti ferma l'autonomia soggettiva e patrimoniale di ogni singola società, l'evoluzione giuridica – frutto anche degli interventi dottrinari[8] e giurisprudenziali - ha condotto a un riconoscimento giuridico del "*gruppo di società*"[9].

Infatti, l'articolo 2634, cod. civ. dispone che gli amministratori, i Direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sè o ad altri un ingiusto

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

[8] P. Montalenti, "*Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*", in Persona giuridica, gruppi di società, corporate *governance*, Padova, CEDAM, 1999.

[9] In particolare, l'articolo 2380-*bis*, cod. civ. riserva una competenza di natura generale, stabilendo che "*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori …*".

profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da 6 mesi a 3 anni. La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale. In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo. Per i delitti previsti dal comma 1 e 2 si procede a querela della persona offesa.

Il riconoscimento giuridico del gruppo consente di valutare l'utilità delle operazioni poste in essere delle singole società nel più ampio contesto organizzativo, caratterizzato dall'esistenza di legami societari e/o personali, o di controllo[10].

La teoria dei vantaggi compensativi rappresenta il riconoscimento giuridico dei rapporti infragruppo, che può portare da una parte a sacrificare gli interessi delle singole società a tutto vantaggio della politica di gruppo, che possono tuttavia trarre dei vantaggi indiretti. Così che le operazioni vanno inquadrate nel loro complesso, e non singolarmente.

Con la teoria dei vantaggi compensativi contenuta nell'articolo 2497, cod. civ. il Legislatore ha riconosciuto la concentrazione societaria, al fine di valutare le singole operazioni, nell'ottica di un giudizio complessivo, che tenga conto dei vantaggi e svantaggi per le diverse componenti del gruppo.

In pratica, i comportamenti "*infedeli*" degli organi amministrativi vengono ricondotti nell'ambito di una colpa specifica che colpisce il compimento di atti dispositivi di beni sociali o il contributo alla delibera di tali atti.

La posizione giurisprudenziale

Sul versante giurisprudenziale, annotiamo la sentenza n. 32131/2016 della Corte di Cassazione, secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta, qualora il fatto contestato si riferisca a rapporti intercorsi tra società appartenenti al medesimo gruppo[11], l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società fallita può essere ritenuta legittima in virtù dei c.d. vantaggi compensativi solo laddove il saldo finale delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo sia positivo, la cui

[10] Se vogliamo fare un parallelo con il mondo strettamente fiscale, anche la c.d. antieconomicità viene valutata nel suo complesso, così che la singola operazione antieconomica si può rilevare utile alla gestione complessiva (si pensi al rapporto fra costi e ricavi relativi alla vendita dell'usato di automobili che può essere in perdita ma l'attività complessiva - in questo caso anche la vendita del nuovo – può essere in utile). In pratica, è possibile che l'imprenditore venda sotto costo certi prodotti perché servono come *civetta* o come *contorno* per aumentare i ricavi relativi all'altra attività, ovvero sopravvalutare l'usato invece di praticare uno sconto sul nuovo.

[11] La Corte d'Appello aveva confermato la sentenza con cui gli amministratori di 2 società erano stati ritenuti responsabili, a titolo di concorso, del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale. Gli imputati ricorrono per la cassazione della pronuncia lamentando l'omessa valutazione dei rapporti tra le società amministrate e la riconducibilità delle stesse a un unico gruppo societario, nel cui contesto avrebbero dovuto essere collocate le condotte contestate, dai quali discenderebbe l'irrilevanza penale del fatto.

dimostrazione grava sull'imputato. La Corte, dopo aver rilevato che la disposizione di cui all'articolo 2634, comma 3, cod. civ. può trovare applicazione nei soli casi in cui gli autori delle operazioni siano società facenti parte di un "*gruppo*" ovvero collegate[12], individua l'elemento minimo e caratterizzante di tale struttura nell'attività di direzione e coordinamento, alla quale vanno poi aggiunte le forme pubblicitarie dettate dall'articolo 2497-*bis*, cod. civ.. Per gli Ermellini, al fine di poter invocare la teoria dei c.d. vantaggi compensativi, i ricorrenti avrebbero dunque dovuto indicare gli elementi formali legittimanti l'applicazione delle norme relative alla direzione e coordinamento di società. Inoltre, la Corte aggiunge che l'articolo 2634, comma 3, cod. civ. nell'escludere la responsabilità penale in caso di vantaggi compensativi ha ampliato l'ambito operativo del concetto di cui all'articolo 2497, comma 1, cod. civ. facendo riferimento ai "*vantaggi fondatamente prevedibili*", così che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e della dissipazione del patrimonio sociale siano concreti e cioè «*basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa*». Pertanto, i vantaggi compensativi possono dunque escludere la rilevanza penale della condotta per il reato di bancarotta fraudolenta solo in quanto sia dimostrato uno specifico vantaggio a favore della società "*che subisce*", idoneo a compensare gli effetti negativi dell'operazione, il cui onere dimostrativo resta in capo all'amministratore imputato.

Ancora la Cassazione n. 47834/2017, ha ritenuto che, al fine di escludere l'integrazione degli estremi della bancarotta patrimoniale distrattiva, è possibile invocare l'istituto dei vantaggi compensativi, pur non essendo sufficiente:

> *"allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata"*[13].

Il reato può escludersi solo se vi sia la dimostrazione che l'atto compiuto dall'amministratore sia stato posto in essere da quest'ultimo con la ragionevole previsione che di tale atto avrebbe beneficiato il gruppo, e che i benefici indiretti della società fallita siano idonei a compensare gli effetti negativi e tali

[12] Cfr. Cassazione n. 32131/2016, secondo cui l'operatività della clausola sui vantaggi compensativi, prevista dall'articolo 2634, comma 3, cod. civ., presuppone l'individuazione di un gruppo societario, caratterizzato da una direzione accentrata di un'impresa economicamente unitaria, ma articolata in più soggetti giuridicamente autonomi, ovvero di società collegate, secondo quanto dispone l'articolo 2359, comma 2, cod. civ.. L'applicazione della clausola presuppone inoltre che i vantaggi compensativi dell'appropriazione e del conseguente danno provocato alle singole società siano concreti, non essendo sufficiente la mera speranza, e che i vantaggi corrispondenti, compensativi della ricchezza perduta, siano "*conseguiti*" o "*prevedibili*" "*fondatamente*", cioè, basati su elementi sicuri, pressoché certi e non meramente aleatori o costituenti una semplice aspettativa.

[13] Il caso di specie investe la fornitura di opere e servizi da parte della società controllata in favore della società controllante nella consapevolezza da parte della controllata che la controllante – in stato di decozione al momento dell'esecuzione del contratto – mai avrebbe potuto eseguire il pagamento di quanto convenuto per le prestazioni ricevute.

da rendere l'atto *prima facie* "distrattivo", ma invece incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società. I giudici di legittimità hanno dunque ribadito che:

> *"per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo non è sufficiente allegare tale natura intrinseca, dovendo invece l'interessato fornire l'ulteriore dimostrazione del vantaggio compensativo ritratto dalla società che subisce il depauperamento in favore degli interessi complessivi del gruppo societario cui essa appartiene".*

E la sentenza della Cassazione n. 9851/2018 ha confermato che, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo invocando il maturarsi di vantaggi compensativi, non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata[14].

Di particolare interesse è la sentenza del Tribunale di Bologna n. 289/2018, che nell'affrontare la questione qui in esame, ha ritenuto sussistente il reato di bancarotta fraudolenta, in un caso in cui i 2 imputati – consiglieri e amministratori di una società controllante poi fallita e delle società partecipate - pur consapevoli dello stato di decozione della *holding*, finanziavano senza garanzie alcune società controllate. Finanziamenti che servivano per:

> *"placare una vera e propria "sete di denaro" delle società controllate, cronicamente sottocapitalizzate e incapaci (per varie ragioni) di produrre alcun reddito".*

Il Tribunale, pur prendendo atto che la giurisprudenza di legittimità riconosce – a precise condizioni - valore alle operazioni infragruppo al fine di escludere la condotta distrattiva, ritiene che nel caso di specie detti elementi non siano presenti, atteso che i finanziamenti costituivano un capitale di rischio (e senza garanzie), rimborsabili solo in via postergata rispetto al soddisfacimento degli altri creditori sociali.

E di recente, con la sentenza n. 17620/2020, della Cassazione ha ribadito che nelle operazioni infragruppo per escludere la bancarotta fraudolenta per distrazione è onere dell'imputato dimostrare i

[14] Nel caso di specie, la Corte d'Appello aveva confermato la sentenza del Tribunale con la quale veniva affermata la responsabilità di 2 amministratori per i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale relative al dissesto di una Srl. La questione riguardava l'operazione con la quale una Spa cedeva a una Srl un ramo d'azienda, per il corrispettivo di un euro e, contestualmente, cedeva a un'altra società la propria quota totalitaria nella Srl per un corrispettivo corrispondente al valore nominale del capitale sociale. Conforme, Cassazione n. 20494/2018, secondo cui in tema di reati fallimentari, in presenza di un'operazione infragruppo posta in essere dall'amministratore di una società fallita a vantaggio di altre imprese collegate o facenti parte dello stesso gruppo, oggettivamente integrante il reato di bancarotta distrattiva, al fine di escludere la natura distrattiva di detta operazione, l'amministratore deve provare l'evidente vantaggio compensativo conseguito dalla singola società che è stata impoverita, dimostrando che la sua condotta non ha danneggiato detta società, ma l'ha avvantaggiata in ragione dei benefici ricevuti dal gruppo cui la società medesima appartiene.

vantaggi compensativi del gruppo di imprese che devono elidere e compensare gli effetti negativi subiti dai creditori della fallita. Valutazione *ex ante*, dalla quale risulti che i benefici indiretti tratti dalla fallita siano idonei a compensare efficacemente gli effetti negativi, così da non incidere sulle ragioni creditorie[15]. Per i massimi giudici:

> *"il distacco del bene dal patrimonio dell'imprenditore poi fallito, in cui si concretizza l'elemento oggettivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, può realizzarsi in qualsiasi forma e con qualsiasi modalità, non avendo incidenza su di esso la natura dell'atto negoziale con cui tale distacco si compie, né la possibilità di recupero del bene attraverso l'esperimento delle azioni apprestate a favore degli organi concorsuali. D'altro canto, è altrettanto accreditato l'indirizzo ermeneutico secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta, la prova della distrazione o dell'occultamento dei beni della società dichiarata fallita può essere desunta dalla mancata dimostrazione, da parte dell'amministratore, della destinazione dei beni suddetti*[16]*".*

L'orientamento richiamato si fonda sulla posizione di garanzia che nel nostro ordinamento l'imprenditore assume nei confronti dei creditori, i quali confidano nel patrimonio dell'impresa per l'adempimento delle obbligazioni sociali. Da qui, la naturale e diretta responsabilità dell'imprenditore, quale gestore di tale patrimonio, per la sua conservazione ai fini dell'integrità della garanzia, così che la perdita ingiustificata del patrimonio o la elisione della sua consistenza costituisce un *vulnus* alle aspettative dei creditori e integra il reato di bancarotta fraudolenta**.** In assenza di riscontri alla tesi difensiva circa i rapporti intra-gruppo, osservano gli Ermellini:

> *"l'onere economico del contratto è gravato interamente sulla fallita, sicché gli esborsi di quest'ultima restano del tutto ingiustificati, perché diretti a terzi (il console) senza contropartita o a favore della partecipata senza ritorno economico per la fallita. Sotto tale profilo, la Corte territoriale si è attenuta all'orientamento di questa Sezione, peraltro espressamente richiamato in sentenza, secondo cui la mera circostanza della collocazione della società fallita all'interno di un gruppo non esclude la penale rilevanza del fatto, essendo necessaria a tale fine la sussistenza di uno specifico vantaggio, anche indiretto, che si dimostri idoneo a compensare gli effetti immediatamente negativi della operazione per la stessa società, trasferendo su quest'ultima il risultato positivo riferibile al gruppo (n. 44963/2012; n. 41293/2008), poiché, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo, non è sufficiente allegare tale natura intrinseca, dovendo invece l'interessato fornire l'ulteriore dimostrazione*

[15] Nel caso di specie, all'imputato, nella veste di amministratore unico della società fallita, erano addebitati i delitti di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e di bancarotta impropria da reato societario di falso in bilancio.
[16] Cassazione n. 3400/2004; n. 7048/2008; n. 22894/2013 e n. 11095/2014.

del vantaggio compensativo ritratto dalla società che subisce il depauperamento in favore degli interessi complessivi del gruppo societario cui essa appartiene (n. 48518/2011), restando escluso il reato se, con valutazione ex ante, i benefici indiretti per la società fallita si dimostrino idonei a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi, sì da rendere l'operazione incapace di incidere sulle ragioni dei creditori della società (n. 47216/2019)"[17].

[17] Cfr. Cassazione n. 16206/2017, secondo cui la natura distrattiva di un'operazione infra-gruppo può essere esclusa in presenza di vantaggi compensativi che riequilibrino gli effetti immediatamente negativi per la società fallita e neutralizzino gli svantaggi per i creditori sociali. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha censurato la sentenza impugnata che aveva affermato la natura distrattiva del trasferimento di risorse dalla società fallita ad altre società del gruppo, senza considerare la prospettazione da parte dell'imputato di un evidente vantaggio compensativo per i creditori della fallita conseguente a tale operazione, trattandosi di società debitrice solidale con le società del gruppo.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Nessuna compensazione tra credito Iva chiesto a rimborso e debiti tributari successivamente iscritti a ruolo

di Eleonora Cannizzo - avvocato

La compensazione è uno dei modi previsti dalla legge per estinguere le obbligazioni: è una modalità alternativa all'adempimento, per quanto rivesta anch'essa natura satisfattoria.
In sede fallimentare, per considerazioni di ordine tecnico e ragioni di equità, la disciplina della compensazione di cui all'articolo 1243, cod. civ. subisce delle semplificazioni, come la possibilità di compensare crediti tra loro non omogenei ovvero non ancora esigibili.
Ciò nonostante, il Legislatore e la giurisprudenza hanno posto dei limiti alla compensabilità dei crediti in sede fallimentare, al fine di non pregiudicare i creditori concorsuali per violazione del principio della par condicio creditorum. E tali limiti emergono con maggiore evidenza in sede fiscale ove la compensazione si colloca in un ambito ancora più ristretto.

La compensazione nel fallimento

Nel sistema normativo vigente, la compensazione, collocandosi nel Capo IV del Libro IV del vigente codice civile, è individuata tra i modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, ossia una delle cause estintive dell'obbligazione, volto a evitare pagamenti superflui perché reciproci e ad attribuire al creditore uno strumento di autotutela nei confronti della controparte.

Il complesso normativo sopra richiamato appare, tuttavia, inidoneo a integrare la disciplina della compensazione nel fallimento, e quindi in un contesto di insolvenza, poichè, all'interno del fallimento, l'esigenza di evitare che vengano eseguite 2 prestazioni inverse assume un rilievo secondario nella valutazione legislativa sull'ammissibilità della compensazione.

Allo stesso modo, non sarebbe appropriato ricostruire i limiti della compensazione fallimentare facendo riferimento al ruolo che, in un contesto diverso dall'insolvenza, essa svolge a garanzia del credito.

Prendendo le mosse dai fondamenti della Legge Fallimentare, soltanto la compensazione legale parrebbe in linea con i principi della *par condicio creditorum* e della cristallizzazione del patrimonio del fallito alla data di dichiarazione del fallimento.

Invero, la disciplina della compensazione nel fallimento trova oggi una espressa previsione nell'articolo 56, L.F., ai sensi del quale:

> *"i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento. Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore".*

L'interpretazione della norma in questione merita particolare attenzione perché essa è oggetto tutt'ora, a più di 70 anni dall'emanazione, di vivo dibattito.

L'articolo 56, L.F. risponde a ragioni di equità, concretizzate nella tutela della posizione in cui viene a trovarsi, di fronte al fallimento, il debitore *in bonis*, titolare a sua volta di un credito sorto anteriormente al fallimento, ma non ancora scaduto alla data di dichiarazione dello stesso, il quale, in assenza di tale disposizione, sarebbe tenuto ad adempiere la propria obbligazione, pagando interamente il proprio debito al fallimento, e solo successivamente potrebbe insinuare nel passivo il proprio credito, rischiando di ricevere dallo stesso, per quanto riguarda il suo credito, solo un importo percentuale, ricevendo la controprestazione in moneta fallimentare[1].

Invero, dal principio equitativo dell'articolo 56, comma 1, L.F., potrebbero essere ritratte implicazioni tali da allargare a dismisura l'ambito della compensazione fallimentare.

Vi è una parte della dottrina, risalente ma esemplare per autorevolezza, che ravvisa una deroga al principio della *par condicio creditorum*, giacché riserverebbe al creditore cui è consentito eccepire la compensazione, un trattamento più favorevole rispetto agli altri creditori[2].

È innegabile che l'articolo 56, L.F. rischia di configurare un'eccezione al principio dell'intangibilità del patrimonio del fallito dopo la dichiarazione di fallimento o, come taluno adombra, a quello della indisponibilità dell'attivo fallimentare[3]: nella compensazione fallimentare, l'estinzione delle reciproche obbligazioni riverbera i suoi effetti anche nei confronti dei terzi estranei al rapporto compensativo.

Con la sentenza dichiarativa di fallimento gli esiti delle varie azioni che si compiono non colpiscono soltanto la sfera giuridico - patrimoniale del fallito ma si riflettono sul complesso di tutti i creditori subentrati, *de iure*, con la proposizione della domanda di ammissione al passivo in tutte le ragioni creditorie del fallito, avendo ognuno di essi acquisito dal momento del fallimento e con la relativa

[1] S. Satta, Il Foro Italiano, Roma, 1957.
[2] P. Pajardi, Giuffrè, Milano, 1993.
[3] R. Vigo, "Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento", Giuffrè, 1994.

domanda di insinuazione, il diritto a partecipare alla ripartizione proporzionale dell'attivo e, quindi, l'altro correlativo a non vedere depauperato l'attivo fallimentare[4].

Sempre in dottrina si ritiene che il Legislatore fallimentare abbia inteso rispettare, oltre alle cause legittime di prelazione, anche altri strumenti giuridici di "autotutela" a disposizione dei creditori, per cui "*la compensazione sarebbe una forma di difesa del creditore*"[5] laddove risulta evidente che l'operatività della compensazione realizza un pagamento integrale[6], quindi analogo a quello prededucibile.

La formulazione dell'articolo 56, L.F. è, quindi, affrontata dal punto di vista del creditore *in bonis* e non già del curatore, poiché l'interesse alla compensazione, che si traduce nella sottrazione di determinate posizioni al concorso formale e sostanziale, è del creditore e non già del curatore. Anzi, quest'ultimo nutre un interesse esattamente contrario, volto alla integrale riscossione dei crediti e al pagamento dei debiti concorsuali in moneta fallimentare.

Inoltre, la circostanza che nell'ambito della disciplina della compensazione fallimentare non figuri alcuna distinzione in ordine all'applicabilità tra diverse categorie di creditori, implica inevitabilmente una valutazione in termini di sperequazione derivante dall'esonero del creditore chirografario titolare del credito oggetto di compensazione dalle regole del concorso formale e sostanziale.

E ancor di più se si pensa alla circostanza che nel caso di creditore chirografario l'incertezza risiede non solo sull'integrità del pagamento, ma anche sull'*an* della soddisfazione[7].

Nell'ambito della procedura fallimentare non ha, quindi, rilievo la circostanza che il creditore-debitore *in bonis* si sia avvalso della compensazione anteriormente alla dichiarazione di fallimento o che se ne avvalga successivamente se, comunque, anteriormente alla dichiarazione di fallimento i crediti fossero già compensabili. La Legge Fallimentare, infatti, non pone per coloro che rilevarono prontamente la compensabilità dei crediti regole diverse da quelle fissate per quanti si avvalgono della compensazione in un secondo momento.

Il tenore letterale (apparentemente) inequivoco del comma 1, articolo 56, L.F. sembrerebbe consentire l'opponibilità in compensazione al curatore del credito vantato nei confronti del fallito, ma ancora non scaduto al momento della dichiarazione di fallimento da soggetto che nel contempo sia anche debitore del fallito.

La disciplina avrebbe come base interpretativa l'articolo 1186, cod. civ., secondo il quale l'insolvenza del debitore determina la decadenza dal termine e dal momento che il fallimento di un soggetto rivela

[4] G. Balsamo, *"La compensazione fallimentare in riv. trim. dir. proc. civ., 1968"*; in giurisprudenza, Cassazione n. 453/1951, in Foro it. 1951, I, 1297.
[5] F. Ferrara, "Il fallimento", Milano, 1974, 237; F. Foschini, "La compensazione nel fallimento", Napoli, 1965.
[6] Diversamente da quanto accade normalmente, per cui il fallimento riscuote per l'intero e paga in percentuale. Salvo il caso in cui anche controparte sia insolvente.
[7] P. Pajardi, Giuffrè, 1986; R. Provinciali, Giuffrè, 1970.

indubbiamente l'insolvenza dello stesso, la dichiarazione di fallimento implicherebbe, quindi, la decadenza del termine e l'esigibilità del credito.

Del resto, ove il credito opposto in compensazione sia omogeneo, liquido ed esigibile al momento dell'apertura del concorso, il creditore, vertendosi in ambito di compensazione legale, realizza sin da subito l'effetto estintivo, potendosi limitare a dichiarare la compensazione in sede fallimentare, così sottraendosi agli effetti del concorso.

Fra l'altro, secondo la Cassazione, vale anche per il fallito la possibilità di eccepire in compensazione un credito non "scaduto" alla data di apertura del concorso[8].

La chiave di volta nell'operatività del meccanismo della compensazione fallimentare è, quindi, rappresentata dalla rilevanza attribuita al momento genetico delle rispettive obbligazioni: ogniqualvolta esse risultino anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento, la compensazione potrà essere efficacemente opposta[9].

Non è così consentito al creditore *in bonis* eccepire in compensazione un credito verso il fallito a fronte di un proprio debito nei confronti della massa. Infatti, in questo caso, le relazioni debito-credito intercorrono tra soggetti diversi, in quanto il credito inerisce a rapporto intercorso tra il creditore e il fallito, laddove il debito deriva dalla relazione tra il curatore nell'interesse della massa e un debitore *in bonis*.

Conseguentemente il debitore *in bonis* sarà tenuto a pagare integralmente il debito assunto nei confronti del curatore, mentre dovrà insinuarsi al passivo per ottenere il pagamento in moneta fallimentare del proprio credito concorsuale.

Coerentemente, la giurisprudenza ha pertanto escluso l'operatività dell'articolo 56, L.F. tra il credito concorsuale nei confronti del fallito e il debito di restituzione insorto a seguito dell'esperimento dell'azione revocatoria, atteso che quest'ultimo è un debito verso la massa e non verso il fallito e, pertanto, manca - perché possa operare la compensazione - il requisito della reciprocità delle obbligazioni, non correndo rapporti di debito e credito tra i medesimi soggetti[10].

Alla stessa logica risponde l'esclusione della compensazione - a seguito della presentazione della dichiarazione finale dei redditi da parte del curatore - tra il credito vantato dall'Amministrazione finanziaria nei confronti dell'imprenditore fallito e il debito della stessa amministrazione nei confronti della massa dei creditori.

[8] Cassazione n. 3280/2008.
[9] Cassazione n. 755/1999.
[10] Cassazione n. 27518/2008.

E ciò sia perché diversi sono i soggetti delle opposte ragioni di dare e avere - il credito opposto dall'Erario ha come soggetto passivo l'imprenditore fallito, mentre quello fatto valere dal fallimento con la dichiarazione finale è un credito della massa - sia perché, compensando tali ragioni di dare e avere, verrebbero pregiudicati illegittimamente i creditori concorsuali, in violazione del principio di parità di trattamento[11].

Il comma 2, articolo 56, L.F. prevede che, ove il credito verso il fallito non sia scaduto al momento dell'apertura del concorso, la compensazione non possa operare, per evitare evidenti rischi di speculazione, qualora lo stesso sia stato acquistato per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno precedente, con l'effetto che, requisito essenziale affinché sia applicabile la compensazione fallimentare è l'anteriorità della genesi del credito rispetto alla procedura concorsuale[12].

La *ratio* di tale norma risiede nell'esigenza di disincentivare operazioni speculative o strumentali, sanzionando il comportamento di chi, debitore del fallito, in prossimità del dissesto, acquisisca un credito verso il medesimo a prezzi vili o sperequati, da opporre poi in compensazione col proprio debito. D'altra parte, anche il cedente ne avrebbe vantaggio, beneficiando del margine tra il corrispettivo della cessione e la percentuale che verosimilmente otterrebbe, in termini inferiori, in sede concorsuale.

La compensazione in ambito fiscale

Sino all'entrata in vigore dello Statuto del contribuente, la compensazione civilistica era stata ritenuta inapplicabile alla materia tributaria, in ragione, da un lato, del carattere indisponibile dell'obbligazione tributaria sancito dagli articoli 23 e 53 della Costituzione, dall'altro, del divieto di compensare i crediti impignorabili, tra cui appunto quelli fiscali, stabilito dall'articolo 1246, n. 3, cod. civ..

L'articolo 8, comma 1, L. 212/2000 (Disposizioni in materia di Statuto dei diritti del contribuente) ha introdotto, sotto un profilo generale, la possibilità che l'obbligazione tributaria venga estinta tramite compensazione, secondo lo schema codicistico, ove compatibile con i principi di diritto tributario, equilibrando in tal modo i rapporti tra Fisco e contribuente[13] e rinviando, per i profili applicativi, a una

[11] Si pensi al caso in cui la massa dei creditori vanti un credito Iva nei confronti dell'Amministrazione finanziaria e che poi, durante la procedura, la stessa Amministrazione finanziaria vanti un credito nei confronti della massa dei creditori. In questo caso il credito dell'Amministrazione finanziaria non potrà essere posto in compensazione perché esiste una discrasia temporale tra i 2 crediti, essendo nato uno appunto, dopo la dichiarazione di fallimento.
In questo caso, inoltre, sono diversi anche i soggetti in capo ai quali si sono manifestate le ragioni del dare e dell'avere. Per questi motivi la CTR per la Puglia, con la sentenza n. 1319/2020 ha ritenuto che non si possa procedere alla compensazione del credito portato dalla cartella di pagamento notificata successivamente alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza della necessità del non comprovato inserimento dello stesso nel passivo fallimentare.

[12] Cassazione n. 2695/2013.

[13] G. Girelli, *"La Compensazione tributaria"*, "*ormai lo stesso Legislatore tributario si è reso conto di non poter pensare al solo interesse dell'Erario, teso alla necessità di assicurarsi le entrate numerarie previste, ma anche di cercare di contemperare il diritto del contribuente a non veder decurtato il proprio patrimonio oltre la soglia determinata dalle leggi d'imposta, in ossequio al principio di capacità contributiva"*, 2010.

successiva regolamentazione, da emanarsi *ex* articolo 17, comma 2, L. 400/1988, che però non è stata mai adottata.

La Corte di Cassazione ha, in questo senso, ritenuto che l'articolo 8, L. 212/2000 abbia recepito "*i generali canoni del codice civile sull'estinzione per compensazione*", per quanto nei limiti "*dell'applicabilità del relativo istituto, secondo la normativa tributaria in vigore, solo nei casi specificamente contemplati …, inequivocabilmente confermando che l'estinzione per compensazione del debito tributario si determina allo stato della legislazione tributaria, solo se espressamente stabilita*"[14], e ha, peraltro, avuto modo di riconoscere la diretta applicabilità in ambito tributario della compensazione *ex* articolo 8, L. 212/2000 anche in assenza del regolamento attuativo, ponendo così le premesse per l'applicazione, in via "suppletiva", della disciplina codicistica[15].

A riguardo è opportuno evidenziare il valore che le disposizioni dello Statuto dei diritti del contribuente assumono nella gerarchia delle fonti.

L'articolo 1, rubricato "*principi generali*", prevede:

> *"Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 7 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali".*

Il Legislatore ha, quindi, attribuito ai principi espressi nelle disposizioni dello Statuto una inequivocabile funzione di orientamento ermeneutico e applicativo vincolante nell'interpretazione del diritto[16]. Qualsiasi dubbio interpretativo o applicativo sul significato di una norma tributaria, che attenga ad ambiti materiali disciplinati dalla L. 212/2000, deve pertanto essere risolto dall'interprete nel senso più conforme ai principi statutari, in forza del fondamentale canone ermeneutico della "interpretazione adeguatrice" a Costituzione[17].

Prima dell'introduzione dell'articolo 8, L. 212/2000, il contribuente poteva accedere alla compensazione fiscale nei limiti di quanto previsto dalle singole norme tributarie.

Il perimetro della compensazione fiscale è andato progressivamente ampliandosi, dapprima con l'introduzione dell'istituto della compensazione "orizzontale" fra tributi omogenei, sotto il profilo degli obblighi dichiarativi e della determinazione della base imponibile (articolo 2, D.L. 417/1991); successivamente, per effetto dell'articolo 17, D.Lgs. 241/1997, con l'estensione della compensazione orizzontale anche ai tributi non omogenei (ad esempio, compensazione fra imposte dirette e Iva),

[14] Cassazione n. 14579/2001.
[15] Cassazione n. 22872/2006.
[16] Cassazione n. 7080/2003.
[17] Cassazione n. 17576/2002.

nonché alle prestazioni non erariali e/o tributarie (ad esempio, imposte locali, contributi previdenziali, diritti camerali). La possibilità di compensare debiti e crediti tributari con altri tributi prevede delle limitazioni in termini di importo massimo utilizzabile per anno, di tempistiche di utilizzo nonché di necessità di apposizione del c.d. visto di conformità laddove il credito utilizzabile ecceda un determinato importo. Ulteriori limiti alla compensazione sono stati infine introdotti dal D.L. 78/2010 – che dispone il divieto assoluto di compensazione di crediti tributari in presenza di ruoli scaduti e non pagati per un importo uguale o superiore a 1.500 euro – e dal D.L. 124/2019 – che ha introdotto il divieto di utilizzare un proprio credito tributario in compensazione di un debito tributario che il medesimo contribuente si sia accollato da altro contribuente.

Da questo punto di vista, la compensazione fiscale differisce dal generale schema codicistico perché deroga al principio di "reciprocità" delle obbligazioni.

La pluralità dei soggetti interessati alla compensazione *ex* articolo 17, D.Lgs. 241/1997 ha indotto a ritenere che l'effetto estintivo si produca per il tramite di un rapporto di delegazione: il contribuente (delegante) dà disposizione al proprio debitore, ente territoriale e/o previdenziale (delegato), di estinguere la propria obbligazione, tramite compensazione[18].

In ambito fiscale è applicabile la sola compensazione legale, che può operare, peraltro, solo in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 1243, comma 1, cod. civ. e il cui momento di perfezionamento coincide con la data del provvedimento con il quale l'ente impositore accolga la domanda di compensazione presentata dal contribuente[19]: la compensazione in ambito tributario viene, dunque, a realizzarsi per effetto dell'esercizio della potestà erariale.

È invece inapplicabile la compensazione giudiziale, non essendo il giudice tributario legittimato a entrare nel merito delle modalità d'adempimento dell'obbligazione fiscale e competente a decidere in ordine alle obbligazioni aventi natura diversa da quella tributaria. Non è, inoltre, consentita la compensazione volontaria, attesa l'inammissibilità di negoziazioni tra parti in forma libera aventi a oggetto obbligazioni indisponibili, quali quelle tributarie.

La compensazione fiscale nel fallimento

La compensazione fiscale disciplinata dall'articolo 56, L.F. opera nella misura in cui i presupposti di liquidità ed esigibilità *ex* articolo 1243, cod. civ. maturino dopo la dichiarazione di fallimento, purchè il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore all'apertura del concorso[20].

[18] P. Russo, *"La compensazione in materia tributaria"*, in Rass. trib., 2002.
[19] Cassazione n. 2276/2004.
[20] Cassazione n. 24046/2015.

Ciò che rileva, anche riguardo alla materia tributaria, è che il credito invocato dal contribuente (o dal suo avente causa) e il debito opposto in compensazione da parte dell'Amministrazione finanziaria siano sorti o entrambi prima dell'apertura della procedura[21] - benchè il controcredito possa divenire liquido ed esigibile successivamente, non determinando tale circostanza violazione del principio di neutralità dell'imposta[22] - oppure entrambi siano sorti successivamente all'apertura della procedura e, in quanto tali, siano omogenei.

La ragione per cui la compensazione può essere operata avuto riguardo alla data del sorgere del credito è data dal fatto che i crediti che sorgono prima della procedura sono entrambi vantati verso l'imprenditore insolvente (e, quindi, possono essere compensati con debiti dello stesso soggetto insolvente), laddove i crediti sorti dopo la procedura sono vantati dalla massa dei creditori e possono essere compensati con debiti della massa (e non dell'imprenditore insolvente). Diversi sono, infatti, i soggetti che vantano crediti nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, a seconda che il credito insorga prima o dopo l'apertura della procedura[23], situazione resa plasticamente evidente nel caso del fallimento, dove il credito vantato prima dell'apertura della procedura è formalmente un credito facente capo al fallito che il curatore trova nel patrimonio e aziona quale soggetto che amministra i beni del fallito, laddove il credito che sorge in corso di procedura è un credito facente capo alla massa dei creditori, il cui rappresentante è sempre il curatore, ma in questa seconda veste[24].

In questo senso, è ammissibile la compensazione del credito Iva chiesto a rimborso dal curatore, a seguito del fallimento di una società (articolo 30, comma 2, D.P.R. 633/1972) e i debiti contratti verso l'Erario dalla società medesima in periodi d'imposta antecedenti il fallimento, perché, ponendosi la coincidenza della partita Iva per le operazioni prefallimentari e postfallimentari come circostanza meramente occasionale che non muta l'autonomia giuridica delle operazioni facenti capo al fallito, entrambe le voci di debito/credito sono sorte nel momento in cui la società era *in bonis*[25].

Infatti, detta compensazione non determina alcuna violazione del principio di neutralità dell'Iva giacché, sebbene dopo la dichiarazione di fallimento il curatore fallimentare conservi la stessa partita Iva della società fallita, in nessun caso il credito Iva sorto antecedentemente a detta dichiarazione può essere compensato con Iva a debito generata in esercizi successivi. Le 2 posizioni Iva, quella antecedente e quella successiva al fallimento, pur essendo riferite a un'unica partita Iva, sono tra loro differenti, e tale diversità è dimostrata dal fatto che, al momento della dichiarazione di fallimento, il

[21] Cassazione n. 19335/2016.
[22] Cassazione n. 14620/2019.
[23] Cassazione n. 6478/2014.
[24] Cassazione n. 10349/2003.
[25] Cassazione n. 14620/2019, *cit.*.

curatore deve redigere 2 dichiarazioni Iva: una avente a oggetto le operazioni effettuate dall'imprenditore dichiarato fallito e una con riferimento alle operazioni successive alla dichiarazione di fallimento.

La sussistenza di tali adempimenti, oggi contemplati dall'articolo 8, comma 4, D.P.R. 322/1998, dimostra che le operazioni Iva prefallimentari, avendo autonomia giuridica rispetto a quelle postfallimentari, non sono con queste compensabili.

Non è invece ammissibile che il curatore utilizzi crediti tributari sorti in capo al debitore prima dell'apertura del concorso per estinguere, mediante compensazione, debiti tributari sorti in capo alla procedura nel corso delle operazioni di liquidazione. Manca, in questo caso, il requisito dell'anteriorità al concorso di una delle obbligazioni tributarie richiesto dall'articolo 56, comma 1, L.F.: il credito dell'Amministrazione finanziaria rappresenta in effetti un credito prededucibile, che, come tale, deve essere soddisfatto nei modi e nei termini di cui all'articolo 111, comma 3, L.F..

La possibilità, per la curatela fallimentare, di estinguere tramite compensazione il debito sorto in corso di procedura con il credito sorto *ante* fallimento, trova ostacolo nella circostanza che tale credito, se relativo a periodi d'imposta ancora "accertabili" e in mancanza di un'espressa attestazione erariale in ordine all'*an* e al *quantum* del credito, non avrebbe alcun requisito di certezza: il curatore, nel caso in cui il procedimento tributario si chiudesse con una rettifica della posizione creditoria del fallimento, si vedrebbe così contestata la legittimità della compensazione, con aggravi per il patrimonio fallimentare in termini di sanzioni ed interessi.

La stessa Agenzia delle entrate, con circolare n. 13/E/2011, ha, sul punto, rilevato come:

> *"non possa operare la compensazione tra crediti o debiti verso il fallito e, rispettivamente, debiti o crediti verso la massa fallimentare. Le posizioni del rapporto debitorio e del rapporto creditorio sono relative a soggetti diversi (fallito e massa fallimentare) e a momenti diversi rispetto alla dichiarazione di fallimento, con conseguente illegittimità della eventuale compensazione"*.

Allo stesso modo non è ammissibile che il curatore utilizzi in compensazione un credito tributario sorto *post* fallimento (credito della massa) per estinguere un debito tributario sorto *ante* fallimento.

Infatti, ove la curatela estinguesse un debito erariale sorto *ante* fallimento con un credito erariale della massa, incorrerebbe in una lesione dei diritti dei creditori prededucibili: il creditore concorsuale erariale otterrebbe l'integrale soddisfacimento del proprio credito in violazione, in primo luogo, del principio della *par condicio* fra creditori concorsuali, in secondo luogo, dell'ordine di distribuzione e gradazione dei crediti *ex* articolo 111, comma 1, L.F..

La tesi dell'inapplicabilità della compensazione fra debito tributario sorto *ante* fallimento e credito tributario sorto *post* fallimento si fonda, in buona sostanza, su 3 motivi:

1. manca il requisito della comune anteriorità delle obbligazioni al concorso;

2. qualora l'attivo non fosse sufficiente per l'integrale soddisfacimento dei creditori prededucibili, vi sarebbe una lesione dei principi di graduazione e proporzionalità ai sensi dell'articolo 111-*bis*, comma 5, L.F.;

3. il curatore sarebbe terzo rispetto al fallito, e quindi mancherebbe il requisito della reciprocità del rapporto tributario sotto il profilo soggettivo[26].

Il curatore fallimentare, al pari di ogni altro contribuente, ha quindi diritto di effettuare, in sede concorsuale, la compensazione fiscale - secondo lo schema *ex* articolo 17, D.Lgs. 241/1997 - fra crediti e debiti tributari sorti nel corso della procedura concorsuale e in tale fattispecie, non costituisce ostacolo all'applicabilità della compensazione l'eventuale sussistenza di debiti tributari sorti *ante* fallimento, iscritti a ruolo nei confronti del debitore fallito.

Conclusioni

L'istituto della compensazione in ambito fallimentare, disciplinato dall'articolo 56, L.F., ha dato luogo a un animato dibattito dottrinale e giurisprudenziale, atteso che la norma speciale in questione è piuttosto stringata e ha prestato il fianco a diverse interpretazioni più o meno estensive, cui hanno fatto seguito ovvie sensibili ripercussioni sul piano applicativo.

Uno degli aspetti più critici e dibattuti in materia riguarda l'operatività del meccanismo della compensazione nell'ipotesi della relazione tra un credito concorsuale e un debito nei confronti della massa fallimentare.

Non vi è dubbio che, essendo la reciprocità una regola del sistema civilistico, i contrapposti crediti debbano sussistere in capo ai medesimi soggetti. Deve, quindi, escludersi l'applicazione della compensazione nel caso in cui le relazioni debito-credito intercorrano tra soggetti diversi, in quanto il credito inerisce a rapporto intercorso tra il creditore e il fallito, laddove il debito deriva dalla relazione tra il curatore nell'interesse della massa e un debitore *in bonis*.

Conseguentemente il debitore *in bonis* sarà tenuto a pagare integralmente il debito assunto nei confronti del curatore, mentre dovrà insinuarsi al passivo per ottenere il pagamento in moneta fallimentare del proprio credito concorsuale. Alla stessa logica risponde l'esclusione della compensazione - a seguito della presentazione della dichiarazione finale dei redditi da parte del

[26] Cassazione n. 19169/2003.

curatore - tra il credito vantato dall'amministrazione finanziaria nei confronti dell'imprenditore fallito e il debito della stessa amministrazione nei confronti della massa dei creditori.

E ciò sia perché diversi sono i soggetti delle opposte ragioni di dare e avere, in quanto il credito opposto dall'Erario ha come soggetto passivo l'imprenditore fallito, mentre quello fatto valere dal fallimento con la dichiarazione finale è un credito della massa, sia perché – compensando tali ragioni di dare e avere - verrebbero pregiudicati illegittimamente i creditori concorsuali, in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Alla luce della riferita ricostruzione deve pertanto confermarsi che l'assetto ordinamentale dell'istituto, in ambito tributario/fallimentare, non offre spazi per una soluzione positiva al tema della compensazione, verticale od orizzontale che sia, fra credito Iva chiesto a rimborso dalla massa dei creditori e debiti tributari iscritti a ruolo successivamente alla dichiarazione di fallimento.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Effetti della transazione fiscale *ex* articolo 182-*ter* ed eventuali azioni erariali

di Melo Martella – dottore commercialista e revisore legale

La transazione fiscale - perfezionata nell'ambito della procedura di concordato preventivo ai sensi dell'articolo 181, L.F. - comporta, secondo quanto previsto dall'articolo 182-ter, comma 5, L.F. (vigente ratione temporis), la cessazione della materia del contendere nelle liti riguardanti i tributi oggetto dell'accordo e non ancora definite, qualunque sia il grado di giudizio in cui esse si trovano, con conseguente inefficacia sopravvenuta della sentenza impugnata. È quanto statuito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 16755/2020, la quale ha al contempo precisato che l'Amministrazione finanziaria non può emettere una cartella esattoriale per il recupero delle somme oggetto della stessa transazione.

Considerazioni preliminari

I vari istituti previsti dalla L.F. per il superamento della crisi d'impresa hanno differenti discipline fiscali e nessuno di essi gode di previsioni specifiche ai fini delle imposte sui redditi e dell'Iva.

E invero, nell'esaminare i profili tributari di un qualsiasi istituto del diritto fallimentare non si possono trascurare le criticità legate alla mancanza di un coordinamento sistematico tra le norme fiscali e la disciplina sostanziale delle procedure concorsuali.

Occorre rilevare, altresì, che la transazione fiscale, in particolare, per opinione largamente condivisa, è sempre stato considerato uno degli istituti più controversi del diritto tributario, *in primis* per il fatto che – per i profili di compatibilità con il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria - il credito non dovrebbe essere rinunciabile, quindi non dovrebbe essere oggetto di trattativa sulla base di criteri transattivi.

In tale contesto, si colloca la iperproduzione di norme tributarie di settore dell'ultimo decennio, che ha accentuato, ove ve ne fosse stato bisogno, il carattere asistematico del diritto tributario delle procedure concorsuali e la sua difficile convivenza con la L.F..

Per ciò che attiene, nello specifico, alle fattispecie oggetto di valutazione da parte della Suprema Corte di Cassazione nella sentenza *de qua*, occorre ricordare che le principali questioni controverse – nel

regime precedente, prima della riforma apportata all'articolo 182-*ter*, L.F. dall'articolo 1, comma 81, L. 232/2016 – erano rappresentate dagli effetti della transazione in termini di consolidamento dei debiti fiscali, sul piano della decadenza dei poteri di accertamento dell'Amministrazione finanziaria, e di natura processuale relativamente alla definizione delle controversie pendenti.

Più precisamente, la modifica del comma 2, articolo 182-*ter*, L.F.[1] ha eliminato il riferimento al "*consolidamento del debito fiscale*"[2], così come la riformulazione del comma 5 ha soppresso la "*cessazione della materia del contendere nelle liti aventi a oggetto i tributi di cui al comma 1*" a seguito della chiusura della procedura concorsuale.

Gli effetti sul piano dei poteri di accertamento e di natura processuale della transazione fiscale secondo la sentenza della Cassazione

Nella vicenda di cui si è occupata la Corte di Cassazione, l'Agenzia delle entrate ha proposto ricorso avverso la sentenza della CTR della Lombardia, sostenendo che la legittimità della iscrizione a ruolo delle somme oggetto di transazione fiscale e della conseguente notifica della cartella esattoriale traeva fondamento dalla circostanza che, "*illo tempore, nessuna disposizione di legge disciplinava i rapporti tra i crediti oggetto di transazione e l'obbligo dell'ufficio di procedere alla notifica della cartella esattoriale entro i termini decadenziali di cui al citato articolo 25*" del D.P.R. 602/1973. In buona sostanza, l'Agenzia delle entrate così facendo intendeva tutelarsi dal rischio che, nelle more del perfezionamento di una delle procedure previste dalla L.F., scadesse il termine per la notificazione della cartella di pagamento contenente le somme oggetto di certificazione dell'ufficio non iscritte a ruolo o affidate all'Agente della riscossione. I giudici regionali avevano ritenuto, invece, che il citato articolo 25, D.P.R. 602/1973 fosse inapplicabile, a seguito del *"consolidamento del debito fiscale"* scaturente dalla transazione, e che da ciò derivassero la preclusione di ogni ulteriore attività di accertamento da parte dell'Agenzia delle entrate e il differimento o la sospensione dei termini decadenziali previsti dallo stesso articolo.

La sentenza della Suprema Corte ha riguardato una vicenda relativa ad un periodo nel quale era vigente la precedente formulazione dell'articolo 182-*ter*, L.F.. Nello specifico, come accennato in premessa, la Corte rilevava che gli effetti che scaturivano dal perfezionamento della transazione erano quelli contemplati dal secondo e dal comma 5, articolo 182-*ter*, L.F., rispettivamente il consolidamento del

[1] Rubricato *"Trattamento dei crediti tributari e contributivi"*.

[2] Tutto sommato tale eliminazione non dovrebbe rappresentare una criticità, considerato che la stessa Corte di Cassazione (n. 22931/2011) non aveva fornito indicazioni puntuali sull'effettivo significato da attribuire all'espressione *"consolidamento del debito"*, al punto che ha ritenuto di dovere precisare che tanto la dottrina quanto il Legislatore l'hanno utilizzata in maniera atecnica.

debito tributario[3] e la cessazione della materia del contendere. Attraverso il consolidamento, il debitore poteva essere favorito dalla certezza sull'ammontare del debito al fine del conseguimento oltre che dell'assenso del fisco, anche di quello degli altri creditori. Naturalmente l'effetto del "consolidamento" è limitato alle sole violazioni relative alle annualità che gli uffici finanziari hanno potuto accertare fino al momento in cui hanno aderito alla proposta transattiva presentata dal contribuente, non potendosi estendere alle obbligazioni eventualmente sorte successivamente al perfezionamento della transazione.

Per quel che riguarda il secondo effetto, la cessazione della materia del contendere è prevista - come effetto della proposta di transazione conclusa nell'ambito della procedura di concordato preventivo di cui all'articolo 181, L.F. - dal comma 5, articolo 182-*ter*, L.F. (vigente *ratione temporis*), "*nelle liti riguardanti i tributi oggetto dell'accordo non ancora definite, qualunque sia il grado di giudizio in cui le stesse si trovano*".

La stessa Corte, richiamando precedenti sentenze (n. 11316/2016; n. 11317/2016; n. 11318/2016; n. 11319/2016 e n. 11320/2016) ha precisato che la cessazione della materia del contendere non è applicabile all'ipotesi di transazione fiscale perfezionata nell'ambito di un accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-*bis*, L.F., in quanto il relativo comma 6 non contiene, né richiama tale disposizione.

La Corte muove proprio da queste premesse per statuire che:

> *"gli effetti della transazione fiscale sui giudizi tributari pendenti debbano ritenersi regolati dai generali criteri dettati in materia processuale, con particolare riguardo alla cessazione della materia del contendere".*

E ancora, richiamando un orientamento ormai consolidato, evidenzia che la cessazione della materia del contendere – che deve essere dichiarata dal giudice anche d'ufficio – *"costituisce, nel rito contenzioso avanti al giudice civile, una fattispecie di estinzione del processo, creata dalla prassi giurisprudenziale, che si verifica quando sopravvenga una situazione che elimini la ragione del contendere delle parti, facendo venire meno l'interesse ad agire e contraddire"*, e che tra i fatti idonei a determinare la cessazione della materia del contendere vi è anche la transazione stipulata tra le parti dopo l'inizio del processo.

[3] Su tale espressione, la Corte di Cassazione, richiamando precedenti sentenze (n. 22931/2011 e n. 22932/2011), ribadisce che *"pur avendo un significato non ancora univocamente definito, secondo una prima accezione, è volta a individuare «un quadro di insieme del debito tributario, tale da consentire di valutare la congruità della proposta con riferimento alle risorse necessarie a far fronte al complesso dei debiti»; a essa può inoltre essere attribuito un concorrente significato, che è quello di «cristallizzazione» della pretesa erariale «alla data di presentazione della domanda, così come quantificata dall'ufficio con esclusione da una parte della facoltà del medesimo di procedere a ulteriori accertamenti anche se non sia ancora maturata la decadenza e dall'altra del debitore di contestare pretese anche se non ancora definitive»"*.

La Corte, sul punto, conclude statuendo di definire il ricorso con la declaratoria della cessazione della materia del contendere per intervenuto accordo negoziale (*alias* transazione fiscale), con conseguente inefficacia sopravvenuta della sentenza impugnata, richiamando anche la Sentenza delle Sezioni Unite (Cassazione n. 8980/2018), le quali hanno chiarito che, "*nel caso in cui nel corso del giudizio di legittimità le parti definiscano la controversia con un accordo convenzionale, la Corte deve dichiarare cessata la materia del contendere, con conseguente venir meno dell'efficacia della sentenza impugnata, non essendo inquadrabile la situazione in una delle tipologie di decisione indicate dagli articoli 382, comma 3, 383 e 384, c.p.c. e non potendosi configurare un disinteresse sopravvenuto delle parti per la decisione sul ricorso e, quindi, una inammissibilità sopravvenuta dello stesso*", bensì una pronuncia di cessazione della materia del contendere per intervenuto accordo negoziale. E ancora, non si tratta di una "*cassazione*" della sentenza impugnata, ma piuttosto di un "*accertamento che la sua efficacia è venuta meno per effetto dell'accordo negoziale delle parti, perché con esso le parti ne hanno disposto*".

Lo stesso perfezionamento della transazione permette anche di escludere la legittimità della emissione, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di una cartella esattoriale per il recupero delle somme oggetto di accordo negoziale, anche se la cartella oggetto di impugnazione in questa sede è antecedente alla modifica legislativa intervenuta con il D.Lgs. 159/2015, secondo cui la iscrizione a ruolo e la correlata notifica della cartella sono legittime solo nella ipotesi in cui venga meno la transazione fiscale, dovuta all'inadempimento del contribuente. La *ratio* di tale assunto risiede nel fatto che:

> *"fino a quando il contribuente provvede al pagamento delle somme alle scadenze pattuite e risulti pertanto adempiente alle obbligazioni derivanti dalla transazione, l'Amministrazione finanziaria non ha motivo di intimare il pagamento di somme il cui termine di pagamento indicato nel piano di rateizzazione non è ancora venuto a scadenza"*[4].

D'altro canto, l'eventuale inadempimento del contribuente per i pagamenti dovuti per il perfezionamento della transazione, provocherebbe la risoluzione dell'accordo e determinerebbe la reviviscenza della originaria pretesa fiscale con riferimento ai crediti oggetto della dichiarazione di cessazione della materia del contendere[5].

[4] Per completezza di indagine, in argomento, si segnala l'Ordinanza della Cassazione n. 9440/2019, secondo la quale *"L'apertura di una procedura di concordato preventivo non è ostativa né all'accertamento di crediti tributari pregressi mediante iscrizione a ruolo ed emissione della cartella, né all'irrogazione di sanzioni pecuniarie e accessori, maturati fino a tale momento, poiché, per un verso, l'accertamento del credito da parte dell'Amministrazione finanziaria è condizione per la partecipazione della stessa alla procedura concorsuale e, per un altro, le sanzioni pecuniarie danno luogo a un credito del Fisco per il fatto stesso che si sia verificata la violazione della legge tributaria, senza che assuma rilevanza l'assoggettamento dell'impresa a una procedura concorsuale "*.

[5] Si veda la circolare n. 16/E/2018.

Gli effetti della transazione fiscale a seguito della riformulazione dell'articolo 182-*ter*

L'articolo 1, comma 81, L. 232/2016 (Legge di Bilancio 2017), ha modificato tanto la rubrica[6], dell'articolo 182-*ter*, L.F. quanto il contenuto, specie nei 2 commi sopra richiamati, il secondo e il quinto[7].

La mancata riproposizione del riferimento al "*consolidamento del debito fiscale*" - oltre a superare le criticità legate alla attribuzione di un corretto significato all'espressione, causando sovente problemi applicativi e orientamenti giurisprudenziali non omogenei, specie per gli effetti correlati alla valenza di tale espressione – ha consentito il venir meno di qualsiasi preclusione sulla possibilità, per l'Amministrazione finanziaria, di emettere atti impositivi nei confronti del contribuente, relativamente a obbligazioni tributarie precedenti al deposito della proposta di concordato.

Nello specifico, considerando l'intervento del legislatore nella prospettiva endoconcorsuale, il ricorso all'articolo 182-*ter*, L.F. non dovrebbe assumere alcun rilievo al di fuori della procedura concordataria, quindi l'eventuale voto favorevole dell'Amministrazione finanziaria deve essere considerato semplicemente in relazione alla misura e ai tempi contenuti nella proposta, senza produrre effetti (preclusioni) sui poteri di accertamento dell'ufficio e sulle controversie pendenti, così come peraltro avviene per tutti gli altri creditori.

Nella nuova formulazione, permane invece la previsione delle certificazioni del debito tributario[8] predisposte dall'Amministrazione finanziaria e dall'agente della riscossione e relative alla data di pubblicazione del ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria. Da ciò consegue che, per effetto delle 2 certificazioni, il credito erariale si inserisce nella procedura concorsuale e, quindi, non è necessaria alcuna iscrizione a ruolo.

Tali interventi di *maquillage* normativo – dovuti anche al coordinamento con la prevista obbligatorietà della transazione – non garantiscono una maggiore certezza del diritto, in termini soprattutto di cristallizzazione e attendibilità del complessivo debito d'imposta. E invero, la circolare n. 16/E/2018 precisa che:

---

[6] Prevedendo una espressione neutrale, rispetto alla precedente, "*Trattamento dei crediti tributari e contributivi*", evidentemente per sottolineare il passaggio da un approccio di natura transattiva a un approccio regolativo, coerente con quello di tutti gli altri creditori concorsuali. In buona sostanza, il Legislatore ha voluto sottrarre, nella ipotesi concordataria, il trattamento dei crediti tributari alla negoziazione tra le parti per assoggettarlo "*al principio endofallimentare dell'oggettiva capienza dell'attivo del debitore*". E nello stesso corpo dell'articolo sono stati previsti 2 subprocedimenti, qualificando "*accordi*" quelli assunti nell'ambito del concordato preventivo e "*transazioni*" quelli relativi all'accordo di ristrutturazione: per questi ultimi, in effetti, non essendo prevista l'apertura di un concorso, le relative negoziazioni potevano conservare natura transattiva.

[7] Concernente ora la transazione fiscale nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-*bis*. La previgente versione dell'articolo 182-*ter*, al comma 5, prevedeva che "*La chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181 determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi a oggetto i tributi di cui al comma 1*".

[8] Certificazioni che, come previsto nel testo dell'articolo 182-*ter*, devono riguardare tutti i debiti tributari, definitivi e non definitivi, iscritti a ruolo (scaduto o sospeso) e non iscritti a ruolo.

> *"in ossequio ai principi generali del diritto, l'Agenzia delle entrate poteva, nonostante l'effetto del consolidamento connesso al perfezionamento del concordato, procedere ad accertare e a iscrivere a ruolo le ulteriori somme dovute in relazione a fattispecie diverse da quelle che avevano generato il debito oggetto di transazione, sebbene riferibili ai medesimi periodi d'imposta. Le predette considerazioni, già svolte per l'ipotesi del consolidamento, risultano sicuramente valide nell'attuale assetto normativo, che prevede esclusivamente l'attività di certificazione del debito fiscale. Nonostante la certificazione del debito tributario, pertanto, l'Amministrazione finanziaria può, qualora ne sussistano le condizioni, emettere ulteriori atti di controllo. Nella disciplina delineata dalla nuova norma, la quantificazione del complessivo debito d'imposta vale, pertanto, ai soli fini della determinazione del voto spettante all'Amministrazione finanziaria in sede di adunanza dei creditori, nonché del quantum da soddisfare in moneta concordataria a seguito dell'omologazione del concordato".*

La modifica dell'articolo 182-*ter*, L.F. ha comportato, altresì, la soppressione del principio della "*cessata materia del contendere*" nei giudizi aventi a oggetto i tributi concordati, a seguito del perfezionamento della procedura di soluzione alla crisi d'impresa. Né è stata inserita alcuna indicazione sulle controversie pendenti con l'Amministrazione finanziaria, che possa consentire di derogare all'articolo 176, L.F., e ciò dovrebbe significare che esse permangono in vita e seguono il proprio corso naturale fino alla definizione. In questo senso, la circolare n. 16/E/2018 rileva che:

> *"A fronte di siffatte modifiche normative, si riespande, pertanto, l'operatività della regola generale dettata dall'articolo 176, L.F. e il trattamento dei crediti tributari viene ricondotto a quello degli altri creditori concorsuali, rispetto ai quali i contenziosi pendenti proseguono sino alla decisione che statuisce definitivamente nel merito".*

È per questo che il piano di risanamento sottostante il concordato preventivo dovrà prevedere specifici e adeguati accantonamenti a fondi rischi, per fare fronte in futuro a eventuali soccombenze del contribuente, trattando anche questo credito secondo quanto previsto dall'articolo 182-*ter*, L.F.[9].

[9] Indipendentemente dal voto favorevole o contrario espresso dall'Amministrazione, il trattamento del debito tributario (privilegiato e/o chirografo) proposto in sede di concordato andrà applicato anche all'ammontare risultante dall'esito del giudizio che definisce il credito in contestazione, poiché i crediti tributari, la cui spettanza e/o misura è oggetto di accertamento giudiziale, sono comunque crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura e devono, quindi, essere soddisfatti alle medesime condizioni riconosciute al relativo creditore in sede di concordato, nel rispetto della *par condicio creditorum*. Sul punto, la circolare n. 16/E/2018 prevede che *"L'Amministrazione può chiedere che il debitore accantoni prudenzialmente un importo pari alla percentuale di soddisfacimento del credito contestato, offerta nella proposta di concordato"*.

Per quanto riguarda, invece, l'accordo di ristrutturazione, occorre ribadire che non è applicabile l'articolo 176, L.F., in quanto esso è dettato per il concordato preventivo e non è richiamato espressamente con riferimento agli accordi di ristrutturazione. Per tale motivo, la circolare n. 16/E/2018 precisa che:

> *"Gli effetti di un accordo di ristrutturazione sui giudizi pendenti devono, pertanto, ritenersi regolati dai generali criteri dettati in materia processuale, con particolare riguardo alla cessazione della materia del contendere"*[10].

In definitiva, in considerazione della natura non novativa dell'accordo di ristrutturazione e alla luce dell'orientamento della Suprema Corte di Cassazione in ordine alla declaratoria di cessata materia del contendere, così come chiarito dalla circolare n. 16/E/2018:

> *"la eventuale risoluzione, ai sensi dell'articolo 182-ter, comma 6, L.F., dell'accordo concernente i debiti tributari determina la reviviscenza della originaria pretesa fiscale anche con riferimento ai crediti in contestazione, per i quali la cessazione della materia del contendere sia stata dichiarata dopo l'omologazione"*[11].

In tale nuovo contesto normativo, si ripropone il tema della transazione parziale, ovvero la possibilità che il debitore ha di selezionare le controversie che intende definire mediante la transazione fiscale e chiedere eventualmente poi al giudice la declaratoria di cessata materia del contendere[12]. Le stesse liti fiscali possono in alternativa essere definite dal contribuente facendo ricorso a uno degli istituti deflattivi del contenzioso previsti dal nostro ordinamento, accertamento con adesione, mediazione o conciliazione giudiziale, utilizzati insieme alla transazione fiscale, purchè la tempistica per il loro perfezionamento sia coerente con la durata del piano. In queste ipotesi, l'accordo ha effetto novativo e i termini di pagamento sono quelli previsti dalle norme che disciplinano i vari istituti. Infine, il contribuente potrebbe proseguire nel contenzioso con l'A.F., sperando in un esito favorevole del giudizio, anche in quest'ultimo caso è però necessario che la relativa definizione sia compatibile con la durata del piano concordatario.

---

[10] In proposito, anche la Corte di Cassazione con le già richiamate sentenze n. 11316/2016; n. 11317/2016; n. 11318/2016; n. 11319/2016 e n. 11320/2016, chiarisce che *"la cessazione della materia del contendere è formula terminativa prevista espressamente dalla L. F., articolo 182-ter, comma 5, ma limitatamente all'ipotesi di transazione fiscale conclusa nell'ambito «della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181». Tale disposizione pertanto non è applicabile all'ipotesi in cui la transazione venga conclusa nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui alla L. F., articolo 182-bis, giacchè il comma 6 del citato articolo 182-ter – che ha esteso la possibilità per il debitore di stipulare la transazione fiscale anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti … non ripete la disposizione di cui al comma 5, né contiene un suo richiamo"*.

[11] Il comma 6, articolo 182-*ter*, L.F. sancisce che *"La transazione fiscale conclusa nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis è risolta di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie"*.

[12] Anche se alla stipula della transazione fiscale, per le controversie pendenti, dovrebbe conseguire non tanto la cessazione della materia del contendere - anche in considerazione del fatto che la transazione fiscale non può avere effetti novativi - quanto la sospensione dei relativi giudizi: in questo modo, nella ipotesi di integrale adempimento degli obblighi scaturenti dalla transazione i giudizi saranno estinti, nel caso opposto, invece, di inadempimenti che comportano la risoluzione della transazione i giudizi verranno riassunti.

In conclusione, è opportuno ribadire che le modifiche suesposte rischiano di pregiudicare la tenuta dello stesso concordato, in quanto non si può escludere a priori che vengano emessi e notificati nuovi atti impositivi relativi a periodi d'imposta ancora suscettibili di accertamento. E tali ulteriori richieste dell'Amministrazione finanziaria finirebbero per fare emergere nuove esposizioni debitorie che per il loro ammontare potrebbero obbligare alla risoluzione dello stesso concordato. Così come, in relazione alla prosecuzione dei contenziosi già in essere - anche nella ipotesi in cui i relativi carichi siano contenuti nella proposta transattiva - si potrebbe pervenire alla determinazione di importi dovuti che nel piano venivano trattati diversamente. E tutto ciò finisce inevitabilmente per rendere meno efficaci gli istituti di risoluzione delle crisi d'impresa e (detto per inciso) tali considerazioni possono essere estese anche alle disposizioni del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento
Nicla Corvacchiola – dottore commercialista, docente a contratto LIUC Castellanza

Procediamo nell'illustrazione dei presupposti e dell'inizio della procedura del concordato preventivo. L'attenzione si andrà poi a spostare alla sezione II del capo III dove vengono regolamentati gli organi dell'amministrazione e infine concluderemo analizzando la disciplina, all'interno della sezione III, in cui vengono regolati gli effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo su contratti in essere e su finanziamenti.

Moratoria nel concordato in continuità

L'articolo 86 del nuovo Codice prevede che il debitore possa usufruire di una moratoria della durata massima di 2 anni[1] (anziché di 1)[2] dalla data di omologazione[3] del concordato. La finalità è quella di consentire al debitore di non impegnare immediatamente, come dovrebbe essere in mancanza di tale disposizione, le utilità derivanti dalla continuità aziendale nel pagamento - integrale o per la parte coperta dal valore del bene su cui grava la garanzia -, dei creditori il cui credito è assistito da privilegio o garantito da pegno o ipoteca, ma di utilizzarle per la gestione dell'impresa.

I creditori privilegiati, per tale motivo, sono ammessi al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato. Calcolando il valore attuale dei pagamenti, rispetto alla cronologia prevista dal piano, si riesce a quantificare ciò che il creditore privilegiato perde in termini di *chance* di investimento. Il diritto di voto verrà dunque espresso in una misura corrispondente alla perdita.

Il creditore privilegiato avrà diritto di voto solo per la misura corrispondente alla perdita. In altre parole, il creditore privilegiato a causa della dilazione di pagamento subisce concretamente una perdita

[1] Termine confermato, al fine di prevenire eventuali incertezze interpretative, anche dal decreto correttivo recante *"schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017".*

[2] Come già disposto dall'articolo 186-*bis*, comma 2, L.F..

[3] L'estensione del termine costituisce attuazione dell'articolo 6, comma 1, lettera i), n. 1, L. 155/2017, avendo il Legislatore preso atto dell'esperienza maturata ne primi anni di applicazione dell'articolo 186-*bis*, L.F., introdotto dal D.L. 83/2015, che ha evidenziato come eccessivamente penalizzante per il proponente il termine di un anno.

rappresentata dal tasso con cui il creditore remunera gli investimenti e la liquidità di cui dispone. I creditori hanno diritto al voto per la differenza tra il loro credito, maggiorato degli interessi legali, e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'articolo 5, D.Lgs. 231/2002, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo. La differenza così calcolata rappresenta la perdita virtuale che il creditore subisce a causa della dilazione di pagamento e andrà a rappresentare l'ammontare del credito per il quale potrà esercitare il suo diritto di voto.

Tale soluzione è risultata preferibile, rispetto alla possibilità di concedere il diritto di voto per l'intero ammontare del credito, poiché altrimenti ci sarebbe un rischio eccessivo di inquinamento delle maggioranze. Principio coerente con quanto enunciato dalla Corte di Cassazione che ha ritenuto determinante ai fini del computo del voto la perdita economica conseguente al ritardo nel conseguimento della disponibilità delle somme spettanti ai creditori[4].

Il diritto di voto non spetta se è prevista la liquidazione dei beni sui quali viene esercitato il privilegio in quanto, in tal caso, il pagamento consegue immediatamente alla disponibilità da parte del debitore della somma ricavata dalla liquidazione.

Piano di concordato

Nell'articolo 87 del Codice viene disciplinato il contenuto necessario che, unitamente alla proposta rivolta ai creditori e alla documentazione elencata all'articolo 39 del Codice, deve essere depositato dal debitore proponente il concordato.

Il piano per essere ammissibile dovrà indicare:

– le cause della crisi;

– l'illustrazione delle strategie di intervento, al fine di poter individuare e informare in maniera ottimale delle possibilità di riuscita del piano, nonché in caso di continuità diretta, la specificazione dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio finanziario;

– indicazione degli eventuali apporti di nuova finanza;

– indicazione delle azioni recuperatorie e risarcitorie esercitabili, segnalando quelle proponibili dal curatore in caso di liquidazione giudiziale ed evidenziando quali siano le effettive prospettive di recupero;

[4] Cfr. Cassazione n. 10112/2014.

– i tempi, le attività da compiersi e le misure da adottare nel caso in cui vi sia uno scostamento rispetto alle previsioni del piano. Devono essere indicati tutti gli strumenti da adottare per assicurare l'adempimento della proposta nel caso in cui le previsioni su cui il piano è fondato non si realizzino o comunque si verifichino nuove circostanze che impediscano il raggiungimento degli obiettivi prefissati;
– in caso di continuità aziendale, specificare le ragioni per cui la stessa dovrebbe consentire risultati migliori, per i creditori, rispetto alla prospettiva liquidatoria;
– ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, un'analitica indicazione dei costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.

La norma si pone in continuità con la disciplina previgente attribuendo al professionista indipendente il compito di redigere una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. La relazione del professionista attestatore è uno strumento d'ausilio importante per il Tribunale poiché, in una procedura connotata da esigenze di celerità, può fruire immediatamente di un'analisi particolarmente attendibile della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. In caso di continuità il professionista indipendente dovrà attestare anche l'importanza e la funzionalità della prosecuzione dell'attività imprenditoriale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Il decreto correttivo recante "*schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017*"" ha integrato l'articolo in commento prevendendo che se il concordato è in continuità, il piano deve contenere anche il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario in modo da rendere facilmente verificabile la ragionevolezza degli assunti posti a fondamento del piano, e, con essi, dell'attestazione che lo accompagna.

Trattamento dei crediti tributari e contributivi

L'articolo 88 del Codice non si discosta dalla formulazione dell'articolo 182-*ter*, L.F. introdotta con l'articolo 1, comma 81, L. 232/2016.

Con il piano di concordato il debitore, esclusivamente tramite proposta presentata ai creditori, può proporre 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 e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione del collocamento preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione.

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 omogenei. Allo stesso modo se il credito tributario o contributivo è di tipo chirografario, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.
Ruolo fondamentale anche qui è svolto dall'attestazione del professionista indipendente che si esprime in merito alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale.

Riduzione o perdita del capitale della società in crisi

Dalla data del deposito della domanda sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, e 2482-*ter*, cod. civ.. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-*duodecies*, cod. civ..

Proposte concorrenti

L'articolo 90 del Codice conferma la possibilità di presentazione di proposte alternative a quella presentata dal debitore, così consentendo un'appetibilità dell'impresa stimolando il ceto creditorio.
Sono legittimati alla presentazione della proposta concorrente e del relativo piano, almeno 30 giorni prima della data iniziale stabilita per la votazione, coloro che rappresentano almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale.
Ai fini del computo della percentuale del 10%, per assicurare trasparenza alla procedura, non si considerano i crediti della società che controlla la debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. Per le stesse finalità è esclusa la possibilità di presentazione della proposta per lo stesso debitore, per soggetti a esso correlati per rapporti familiari o in quanto parti correlate.
Il debitore può evitare il rischio della presentazione di proposte concorrenti e dunque il rischio di vedere la propria impresa acquisita, se il professionista indipendente nella sua attestazione certifica che la proposta formulata dal debitore assicura il pagamento di almeno il 30% dell'ammontare dei crediti chirografari. Tale percentuale viene ridotta al 20% nel caso in cui il debitore abbia tempestivamente intrapreso una procedura di allerta o utilmente avviato quella di composizione assistita della crisi.
Al comma 6 viene confermata la libertà di contenuto della proposta concorrente.

Gli ultimi 2 commi dell'articolo sono disposizioni di carattere prettamente procedurale. Si prevede che la proposta concorrente, prima di essere sottoposta ai creditori, debba essere visionata dal Tribunale al fine di consentire il vaglio sui criteri adottati in tema di formazione delle classi e che tutte le proposte presentate possano essere modificate, al fine di favorire interventi migliorativi, fino a 20 giorni prima della votazione, anche dal debitore.

Offerte concorrenti

La disciplina delle offerte concorrenti viene regolamentata nell'articolo 91 del Codice ed è finalizzata a contemperare la libertà del debitore di formulare il piano di concordato con l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento.

Quando il piano si avvale di un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato dal debitore avente a oggetto l'affitto dell'azienda o il trasferimento a titolo oneroso, di beni aziendali, dell'azienda stessa o di suoi rami, anche prima dell'omologazione, il Tribunale o il giudice delegato dispone che dell'offerta ne sia data idonea pubblicità.

La disciplina viene estesa anche quando prima dell'apertura della procedura di concordato, il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni aziendali.

In particolare, si dispone che, al fine di valutare l'opportunità di procedere alla gara, il commissario giudiziale deve pubblicizzare l'offerta con le modalità che vengono indicate con decreto del Tribunale o dal giudice delegato, invitando i potenziali acquirenti a manifestare il loro interesse.

Se nel termine assegnato dal Tribunale pervengono manifestazioni di interesse è disposta l'apertura del procedimento competitivo. La vendita può avvenire anche senza presenza del giudice delegato che eventualmente può valutare di presenziare la gara quando la stessa abbia come oggetto beni di valore particolarmente elevato o quando il suo intervento sia ritenuto necessario.

La procedura deve chiudersi almeno 20 giorni prima della data fissata per il voto dei creditori anche se la vendita o l'aggiudicazione debbano aver luogo dopo l'omologazione, affinchè tutte le parti interessate possano effettuare le loro valutazioni.

In seguito ad aggiudicazione a soggetti diversi dall'originario offerente, quest'ultimo e il debitore sono integralmente liberati dalle obbligazioni assunte e il commissario dispone il rimborso a favore dell'originario offerente delle spese in merito alla formulazione dell'offerta, nei limiti del 3% del prezzo indicato nella stessa offerta.

Commissario giudiziale

Il commissario giudiziale, come recita l'articolo 92 del Codice, è un pubblico ufficiale e gli si applicano le disposizioni dettate in materia di reclamo contro gli atti e le omissioni del curatore, nonché le disposizioni sul compenso del curatore.

La norma disciplina i dover informativi nei confronti dei creditori o di terzi nella prospettiva della presentazione di proposte concorrenti, nonché di ogni altra informazione rilevante in suo possesso. Obbligo del commissario è anche quello di comunicare al Pubblico Ministero fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari.

La nomina del Commissario giudiziale deve avvenire nel rispetto degli articoli 356 e 358 del nuovo Codice della crisi.

Pubblicità del decreto

L'articolo 93 del Codice pone a carico del commissario il compito della trascrizione del decreto di apertura quando il debitore possiede beni immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione.

Effetti della presentazione della domanda di concordato

L'articolo 94 del Codice, come da disposizione vigente, conferma l'impostazione secondo la quale il debitore non viene spossessato completamente poiché continua a conservare l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Il compimento degli atti di straordinaria amministrazione deve essere autorizzato dal giudice delegato, pena l'inopponibilità ai creditori concorsuali. È invece innovativa[5] la previsione secondo la quale l'autorizzazione può essere concessa anche prima dell'omologazione se l'atto è funzionale a una miglior soddisfacimento dei creditori. Gli atti di alienazione, affitto del ramo d'azienda e di specifici beni devono essere sempre e obbligatoriamente effettuati tramite procedura competitiva al fine di garantire trasparenza e l'ottenimento del miglior risultato per i creditori della procedura. È però previsto che in caso di urgenza, il Tribunale possa autorizzare l'alienazione o l'affitto d'azienda senza dar luogo a pubblicità e procedure competitive, se il tempo a ciò necessario potrebbe compromettere il realizzo del miglior soddisfacimento dei creditori[6]. In quest'ultimo caso però bisognerà dare ampia pubblicità del provvedimento di autorizzazione del Tribunale al fine di poter consentire ai terzi di poter contestare il

[5] Introdotta dal decreto correttivo recante *"schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017""*.

[6] Il pregiudizio temuto deve essere irreparabile, rendendo così più evidente il carattere eccezionale della deroga alla regola della necessaria competitività della liquidazione nelle procedure concorsuali.

provvedimento stesso ove lo ritengano adottato in assenza dei suoi presupposti e lesivo dei loro interessi.

Disposizioni speciali per i contratti con le Pubbliche Amministrazioni

L'articolo 95 del Codice, fermo quanto previsto dall'articolo 97 del Codice, al fine di garantire una continuità aziendale, stabilisce che i contratti in corso di esecuzione, stipulati con la Pubblica Amministrazione, non si risolvono per effetto della domanda di concordato.

Si è preferito riconfermare, come scritto nell'attuale Legge Fallimentare, la possibilità per le imprese in concordato di poter partecipare alle procedure di affidamento anche se facente parte di un raggruppamento temporaneo di imprese, purchè non rivesta la qualità di mandataria, considerando il fatto che si tratta di un'impresa in concordato e dunque sottoposta a vigilanza del commissario giudiziale e del Tribunale e che necessita di una serie di autorizzazioni per il compimento di una serie di atti.

La disposizione in esame prevede dunque che salva in ogni caso la facoltà del debitore di sciogliersi dai contratti in corso, anche quelli con le Pubbliche Amministrazioni, che non si risolvono per effetto del deposito della domanda.

Riguardo i contratti con le Pubbliche Amministrazioni, la continuazione del contratto è subordinata alla presentazione di un'attestazione di un professionista riguardo la conformità al piano e alla ragionevole capacità di adempimento da parte dell'impresa in concordato. L'autorizzazione viene data dal Tribunale o, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario, quando già nominato. In ogni caso vi è l'obbligo della presenza della relazione di un professionista indipendente che attesti la conformità del piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.

Norme applicabili dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo

La normativa prevista dall'articolo 96 del Codice estende al concordato preventivo alcune disposizioni dettate dalla disciplina della liquidazione giudiziale. Si tratta di quanto previsto dall'articolo 145 del Codice che prevede l'inopponibilità ai creditori delle formalità eseguite dopo la presentazione della domanda di accesso alla procedura, e dagli articoli 153 e 162 del Codice che disciplinano gli effetti per i creditori dell'apertura della procedura concorsuale.

Contratti pendenti

L'articolo 97 del Codice è stato interamente riformulato dal decreto correttivo e contiene la disciplina in merito ai contratti pendenti e dunque riguardo quei contratti ancora non eseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambi i contraenti.

La regola generale è che i contratti in essere alla data di deposito della domanda di concordato proseguono anche durante la procedura e il debitore può chiedere autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento. Sono inefficaci i patti che autorizzino il recesso o consentano lo scioglimento di contratti pendenti al momento del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo[7]. L'istanza può essere proposta quando la prosecuzione del contratto non è in linea con le previsioni del piano o comunque non è funzionale alla sua esecuzione, solo in questo caso si può giustificare il sacrificio imposto alla controparte. L'istanza di sospensione ha effetti più limitati e può essere svolta in ogni fase della procedura mentre quella di scioglimento presuppone che siano stati depositati già piano e proposta, in modo tale che il sacrificio imposto alla parte *in bonis* trovi la sua giustificazione nello stato di maggiore avanzamento della procedura.

Non è possibile decidere sull'istanza senza che la stessa sia stata notificata alla controparte e che questa sia stata posta nella condizione di poter discutere in merito e di poter depositare in cancelleria la propria eventuale opposizione a riguardo. L'istanza deve essere depositata con un atto autonomo, al fine di poter avere una trattazione celere, e deve contenere una proposta di quantificazione dell'indennizzo spettante alla controparte. Sull'istanza di sospensione presentata prima del piano e della proposta decide il Tribunale con decreto reclamabile mentre sull'istanza di sospensione presentata dopo il deposito del piano decide il giudice delegato. Sempre per la tutela della parte contrattuale *in bonis* l'autorizzazione ha effetto solo dalla data in cui viene notificata[8].

La norma disciplina oltretutto l'indennizzo cui ha diritto il contraente in caso di sospensione o scioglimento, che deve essere liquidato, in mancanza di accordo tra le parti, dal giudice competente in misura equivalente al danno con collocazione in rango chirografario, come credito anteriore al concordato. Sono invece prededucibili i crediti per le prestazioni legalmente eseguite dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato.

[7] Disposizione già contenuta nell'articolo 186-*bis*, L.F. e reintrodotta dal decreto correttivo.

[8] Il decreto correttivo ha inserito al comma 6 la disciplina che regola la fase intercorrente tra la data di notificazione dell'istanza di sospensione o di scioglimento e la data di notificazione del provvedimento di accoglimento al fine di evitare che la mancata esecuzione delle prestazioni dovute dal debitore istante nel tempo durante il quale il Tribunale decide sull'istanza consenta alla controparte *in bonis* di provocare la risoluzione di diritto del contratto, così vanificando la regola generale stabilita dall'articolo in esame. Si prevede quindi che la controparte cui sia stata notificata l'istanza di sospensione o di scioglimento non possa esigere dal debitore le prestazioni dovute né invocare la risoluzione di diritto del contratto per il mancato adempimento di obbligazioni venute a scadenza dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo.

Il Codice, in continuità con quanto previsto dalla Legge Fallimentare, si preoccupa di disciplinare lo scioglimento della locazione finanziaria dettando una specifica disciplina. Il concedente ha diritto alla restituzione del bene ma è tenuto a versare al debitore l'eventuale differenza tra la maggior somma eventualmente ricavata dalla vendita del bene e il credito residuo in linea capitale. Il credito del concedente è pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati, sino alla data di scioglimento, dei canoni a scadere in linea capitale e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto. Il concedente dovrà comunque individuare un perito che possa effettuare la stima del bene.

Il decreto correttivo ha infine introdotto il comma 14 allo scopo di tenere conto delle peculiarità dei contratti di finanziamento bancario "c.d. autoliquidanti" prevedendo espressamente che anche la riscossione diretta da parte del finanziatore nei confronti dei terzi debitori della parte finanziata costituisce prestazione principale ai sensi del comma 1, articolo 97 del Codice. In altre parole, l'erogazione dell'anticipazione da parte del finanziatore non esaurisce le obbligazioni a suo carico e che, tra queste, vi è quella di procedere alla riscossione dei crediti del finanziato, sicchè, fino a quando l'attività di riscossione non sia stata ultimata, il contratto deve considerarsi pendente. In tal modo diviene superflua la regola posta dall'originario articolo 99, comma 2 del Codice, secondo il quale anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti costituisce, se autorizzato, finanziamento prededucibile. I contratti pendenti, infatti, proseguono durante il concordato preventivo senza necessità di autorizzazione alcuna e la prosecuzione genera debiti che devono essere soddisfatti in prededuzione. In questa ottica, è apparso invece necessario disciplinare gli effetti dello scioglimento del contratto, ove autorizzato dal Tribunale.

Si è previsto che, in tal caso, il finanziatore abbia diritto di riscuotere e trattenere le somme corrisposte da terzi debitori fino al rimborso integrale delle anticipazioni effettuate nel periodo compreso tra i 120 giorni antecedenti il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo e la notificazione del provvedimento che ha autorizzato lo scioglimento.

La possibilità di trattenere le somme riscosse nei limiti di quanto erogato alla parte finanziata è coerente con la natura e le modalità di esecuzione del contratto; il limite temporale rappresenta il frutto del bilanciamento di contrapposte esigenze, avendo come obiettivo quello di evitare che il finanziatore possa recuperare, in danno agli altri creditori, importi divenuti ingenti a causa di inadempimento dell'obbligazione restitutoria protratto nel tempo, in presenza del quale una gestione del rapporto improntata a correttezza e buona fede avrebbe dovuto imporre la revoca delle linee di credito concesse. Per quanto riguarda la quantificazione del termine si è tenuto conto dei termini normali di adempimento secondo le diffuse prassi commerciali.

Prededuzione nel concordato preventivo

L'articolo 98 del Codice prevede che i crediti prededucibili sono destinati, in quanto tali, a essere soddisfatti in corso di procedura e alla loro naturale scadenza.

Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti

L'articolo 99 del Codice disciplina i finanziamenti[9] che il debitore può richiedere di contrarre nella fase intercorrente tra la domanda di accesso alla procedura di concordato o degli accordi di ristrutturazione dei debiti e l'omologazione.

I finanziamenti devono essere funzionali all'esercizio dell'attività aziendale fino all'omologazione o all'apertura e allo svolgimento delle procedure. Il finanziamento deve essere attestato da un professionista indipendente, gode della prededuzione e può essere erogato sotto qualsiasi forma.

Nell'istanza di richiesta dell'autorizzazione bisogna dar conto dell'impossibilità per il debitore di reperire in altra maniera finanziamenti e delle ragioni per cui la mancanza determinerebbe un grave pregiudizio per la continuità aziendale. Nel caso in cui il Tribunale ravvisi l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave l'autorizzazione può essere data anche senza relazione del professionista.

A tutela dei creditori è previsto che nel caso di apertura della liquidazione giudiziale, la prededuzione non spetti nel caso in cui emerga il carattere fraudolento del ricorso o dell'attestazione, sempre che il curatore dimostri che il finanziatore ne aveva conoscenza.

Autorizzazione al pagamento dei crediti pregressi

L'articolo 100 del Codice consente eccezionalmente il pagamento di crediti per prestazioni di servizi o beni maturati prima della presentazione della domanda di concordato, previa autorizzazione del Tribunale, se la richiesta è accompagnata dalla relazione di un professionista che ne attesti la strategicità e l'essenzialità per la prosecuzione dell'attività di impresa e la funzionalità ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. La disposizione ha come obiettivo quello di consentire al debitore di indurre il fornitore strategico a continuare la fornitura di beni e servizi strategici e indispensabili per la gestione dell'impresa.

[9] C.d. prededucibili.

La norma prevede che il Tribunale possa autorizzare anche il pagamento della retribuzione dovuta, per la mensilità antecedente il deposito del ricorso, ai lavoratori addetti all'attività di continuazione. Questo pagamento non rappresenta altro che un'anticipazione di quanto sarebbe loro corrisposto in ogni caso poiché i crediti retributivi hanno un elevato grado di privilegio.

Disposizione innovativa è quella che consente al debitore il pagamento alle scadenze convenute delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio di impresa, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il Tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data. Tutto ciò se e solo se vi sia un professionista che attesti che il credito garantito possa essere integralmente soddisfatto con il ricavato della liquidazione del bene. Si è deciso per questa procedura al fine di evitare che il debitore, per soddisfare un debito per la restituzione di un prestito, sia costretto a contrarre nuovo debito, anche a peggiori condizioni, con danno per i creditori.

Finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti

L'articolo 101 del Codice conferma la prededucibilità nel caso di finanziamenti, effettuati nel corso di una procedura di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti, in esecuzione della proposta di concordato omologata o degli accordi di ristrutturazione.

La prededuzione è esclusa in caso di successiva ammissione del debitore alla liquidazione giudiziale, quando il piano di concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore abbia compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostri che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze.

Finanziamenti prededucibili dei soci

L'articolo 102 del Codice, al fine di favorire l'apporto di nuova finanza finalizzato alla ristrutturazione, riconosce il diritto al rimborso nella misura dell'80% con il beneficio della prededuzione ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma. Il restante 20% sarà soggetto alla disciplina ordinaria e dunque postergato, in fase di distribuzione finale, al soddisfacimento degli altri creditori.

Crisi e risanamento n. 43/2020

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, pubblicista, direttore scientifico Crisi e Risanamento

Covid-19 e concordato preventivo: nessun rinvio del termine se l'emergenza non ha avuto rilevanza socioeconomica sulla procedura

Tribunale di Gela, Decreto 22 luglio 2020, Est. Sgroi

In base a un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata *ex* articolo 77, comma 2, Costituzione dell'articolo 9, comma 2, D.L. 23/2020, convertito in L. 40/2020, il termine non superiore a 90 giorni per il deposito di una nuova proposta di concordato preventivo *ex* articolo 161, L.F. non può essere concesso se, nonostante la pendenza della procedura alla data del 23 febbraio 2020 prima dell'adunanza dei creditori come letteralmente previsto, l'emergenza epidemiologica da Covid-19 non abbia tuttavia avuto alcuna incidenza socio-economica sulla procedura, ma abbia comportato *ex* articolo 83, comma 1, D.L. 18/2020, una mera ricalendarizzazione dell'udienza *ex* articolo 162, comma 2, L.F., già fissata per il maturare dei suoi presupposti ben prima del verificarsi dell'emergenza.

L'invocato articolo 9, comma 2, rubricato *"Disposizioni in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione"*, si inserisce nel quadro della normativa emergenziale dettata dal D.L. 23/2020, convertito con modificazioni L. 40/2020, per "*la straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica Covid-19 sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale, prevedendo misure di sostegno alla liquidità delle imprese e di copertura di rischi di mercato particolarmente significativi*", come precisato nel preambolo dello stesso decreto legge; è alla luce di tale *ratio legis* propria della normativa emergenziale, che va interpretata l'intera disciplina dettata dall'articolo 9 *"in materia di concordati preventivi"*, e in particolare il comma 2 invocato dal ricorrente, che nel contemplare letteralmente *"i procedimenti di concordato preventivo pendenti alla data del 23 febbraio 2020, sino all'udienza fissata per l'omologazione"*, non è riferibile alla stregua di tale interpretazione sistematica al caso di specie in cui, a fronte di una proposta concordataria depositata il 25 febbraio 2019, era già scaduto, ben prima del verificarsi dell'emergenza epidemiologica, il termine di 15 giorni assegnato con il decreto collegiale depositato il 19 settembre 2019 e prorogato di 60 giorni con il decreto collegiale depositato il 10 ottobre 2019, per integrare la proposta stessa *ex* articolo 162, comma 1, L.F., e in cui la

stessa udienza *ex* articolo 162, comma 2, L.F. era già stata fissata con decreto collegiale depositato il 12 febbraio 2020, venendo solo differita d'ufficio per l'emergenza epidemiologica *ex* articolo 83, comma 1, D.L. 18/2020. Pertanto, alla stregua della interpretazione sistematica dell'articolo 9, comma 2, D.L. 23/2020, convertito con modificazioni dalla L. 40/2020, e della scadenza dei termini propri della presente procedura, l'emergenza epidemiologica da Covid-19 non ha avuto alcuna incidenza socioeconomica sulla presente procedura, tale da giustificare la concessione del termine *ex* articolo 9, comma 2, D.L. 23/2020, avendo comportato una mera ricalendarizzazione dell'udienza *ex* articolo 162, comma 2, L.F., già previamente fissata per il maturare dei suoi presupposti ben prima dell'emergenza stessa.

Revocabile il trasferimento immobiliare da genitore al figlio in adempimento alla separazione omologata

Corte di Cassazione, ordinanza n. 21358/2020

In astratto, è ammissibile l'azione revocatoria ordinaria del trasferimento di immobile, effettuato da un genitore in favore della prole in ottemperanza ai patti assunti in sede di separazione consensuale omologata, poichè esso trae origine dalla libera determinazione del coniuge e diviene "dovuto" solo in conseguenza dell'impegno assunto in costanza dell'esposizione debitoria nei confronti di un terzo creditore, sicchè l'accordo separativo costituisce esso stesso parte dell'operazione revocabile e non fonte di obbligo idoneo a giustificare l'applicazione dell'articolo 2901, cod. civ., comma 3, (Cassazione n. 1144/2015).

In altri termini, la volontà, espressa nell'accordo di separazione di trasferire un bene ai figli, non integra un contratto preliminare (che sarebbe, tra l'altro, un preliminare di donazione) a favore di terzi, ma, ai fini della revocatoria va visto come l'atto stesso di disposizione del patrimonio, e dunque l'atto di trasferimento non è adempimento dell'obbligo assunto con l'accordo di separazione: si può, al più ritenere che il trasferimento ha la sua giustificazione esterna in quell'accordo, ma l'effetto traslativo è proprio, è riconducibile allo stesso atto di trasferimento e non all'accordo che lo giustifica.

In sostanza, il trasferimento del bene ai figli, in ragione dell'accordo preso in tal senso nel procedimento di separazione, si atteggia come un atto traslativo che ha la sua causa (ossia la sua ragione giustificatrice) non in sè, ma al suo esterno, in un precedente accordo, che funge solo da causa esterna del trasferimento medesimo.

Bancarotta "riparata" e sussistenza del reato

Corte di Cassazione penale, sentenza n. 25214/2020 (Est. Brancaccio)

La giurisprudenza di legittimità, pur ammettendo la rilevanza determinante della bancarotta "riparata" sulla sussistenza del reato di bancarotta, la ricollega a stringenti elementi di prova e a una condotta processualmente attiva di chi abbia interesse a dimostrarla, affermando che essa si configura, determinando l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, quando la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento, così annullando il pregiudizio per i creditori, sicchè è onere dell'amministratore, che si è reso responsabile di atti di distrazione e sul quale grava una posizione di garanzia rispetto al patrimonio sociale, provare l'esatta corrispondenza tra i versamenti compiuti e gli atti distrattivi precedentemente perpetrati.

Ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione e il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse a impieghi estranei alla sua attività, e precisando che i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza. Inoltre, l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è stato definitivamente individuato nel dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, nè lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte.

Situazione di impotenza strutturale, non solo transitoria, è presupposto per la dichiarazione di fallimento

Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, sentenza n. 18541/2020 (Est. Campese)

La dichiarazione di fallimento trova il suo presupposto, dal punto di vista obbiettivo, nello stato d'insolvenza del debitore, il cui riscontro prescinde da ogni indagine sull'effettiva esistenza dei crediti fatti valere nei confronti del debitore, essendo, a tal fine, sufficiente una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività (cfr. Cassazione n. 29913/2018 e n. 646/2019, che ha anche sottolineato che detto stato di insolvenza deve desumersi, più che dal rapporto tra attività e passività, dalla possibilità dell'impresa di

continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni; Cassazione n. 9856/2006; n. 25961/2011; n. 19027/2013 e n. 30209/2017). In tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza prescinde dal numero dei creditori, essendo ben possibile che anche un solo inadempimento assurga a indice di tale situazione oggettiva (cfr. Cassazione n. 19611/2014; n. 583/2015 e n. 9297/2019). Legittimamente la situazione di irreversibilità suddetta può essere desunta, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento dei debiti (cfr. Cassazione n. 19611/2014 e n. 29913/2018 addirittura ha ritenuto sufficiente l'inadempimento di un solo debito). Quel che interessa, infatti, è che l'inadempimento sia sintomatico di un giudizio di inidoneità solutoria strutturale del debitore, e che, quindi, sia oggetto di valutazione complessiva (cfr. Cassazione n. 5215/2008; n. 23437/2017 e n. 29913/2018). Secondo l'espressa previsione dell'articolo 5, L.F., la situazione di insolvenza può manifestarsi non solo attraverso inadempimenti - come detto - ma anche in altri eventuali "fatti esteriori", e la prova è ricavabile in qualunque modo, comprese le risultanze dello stato passivo (cfr., *ex multis*, Cassazione n. 19141/2006 e n. 29913/2018).

Compete al giudice del merito, in base alla regola per cui spetta a quest'ultimo il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di controllarne l'attendibilità e la concludenza e di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti a essi sottesi, dando così liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge (cfr., *ex multis*, Cassazione n. 27197/2011; n. 24679/2013 e n. 12815/2019), l'apprezzamento circa il valore probatorio attribuito, nella specie, dalla corte distrettuale a quanto da essa valorizzato (debito verso la creditrice istante risalente nel tempo; protesti; cospicuo debito verso Riscossione Sicilia; mancata precisazione, a opera della società reclamante, dei mezzi con i quali sarebbe stato in grado di adempiere alle proprie obbligazioni per l'affermazione della sussistenza dello stato di insolvenza).

La detrazione Iva per il committente in concordato preventivo omologato è condizionata all'ammontare del credito che il prestatore, nei limiti della proposta, potrà recuperare

Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, sentenza n. 18837/2020 (Est. D'Aquino)

In tema di Iva, in caso di concordato preventivo omologato, non è sufficiente per il committente, al fine dell'esercizio della detrazione, la mera ricezione della fattura (emessa per l'intero importo dell'imponibile), perché il committente non consentirà al prestatore il recupero del credito di rivalsa, se non nei limiti della proposta concordataria, il cui soddisfacimento costituisce limite e condizione di

esercizio della detrazione. Viene, quindi, anticipata al momento dell'omologazione del concordato la modifica della base imponibile su cui calcolare la detrazione che, solitamente, consegue alla registrazione delle note di variazione (rettifica) da parte del prestatore, sicché, sin dall'omologa della proposta concordataria, non è più sufficiente, ai fini della detrazione, la mera registrazione della fattura di acquisto come per i soggetti Iva "*in bonis*", dovendosi tenere conto di quanto il committente riverserà al prestatore sulla base della proposta omologata.

Fallimento di un'associazione sportiva in caso di prevalenza dell'attività commerciale svolta

Corte di Cassazione, sentenza n. 21145/2020 (Est. Fidanzia)

Lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo). Nel caso di specie, pronunciandosi sul ricorso proposto da una associazione sportiva dilettantistica dichiarata fallita, la S.C. ha accolto il ricorso avendo la corte del merito omesso di indicare in concreto gli elementi fattuali e documentali sulla base dei quali è stata ritenuta l'obiettiva economicità della sua gestione e il prevalente esercizio dell'attività commerciale rispetto alle altre sue attività istituzionali, limitandosi a mere enunciazioni in diritto.

Disciplina delle offerte concorrenti anche nel caso di trasferimento di alloggi sotto forma di assegnazione onerosa ai soci della compagine in concordato

Corte di Cassazione, sentenza n. 23139/2020 (Est. Pazzi)

La disciplina delle offerte concorrenti, con l'apertura di un procedimento competitivo volto alla ricerca di altri interessati all'acquisto, trova applicazione anche al caso in cui il piano comprenda un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente a oggetto il trasferimento in suo favore a titolo oneroso di specifici beni (e ciò pure nell'ipotesi in cui il debitore abbia stipulato un contratto che abbia la finalità del trasferimento non immediato di tali beni).

Dunque ove il piano preveda il trasferimento degli alloggi ai soci della compagine in concordato sotto forma di assegnazione onerosa, anche in virtù di precedenti obblighi contrattuali, è ancora il ricorso a una procedura competitiva ad evidenza pubblica, secondo le modalità L.F., articolo 163-*bis*, la

condizione che giustifica l'applicazione della disciplina fallimentare in materia di purgazione delle iscrizioni pregiudizievoli.

Poco importa che la L.F., articolo 163-*bis*, riguardi i procedimenti introdotti successivamente alla data del 27 giugno 2015 e non trovi diretta applicazione, come invece avviene per il nuovo testo della L.F., articolo 182, comma 5, anche ai procedimenti di concordato preventivo all'epoca pendenti, come quello in esame.

Basta a consacrare la regola di necessario ricorso ai principi di stima, pubblicità e competitività quale condizione per la purgazione l'attuale tenore della L.F., articolo 108, comma 5.

Quest'ultimo disposto normativo infatti, apprezzato nel suo complesso, accomuna le sorti di vendite, cessioni e trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo imponendo che a tutte queste diverse forme di cessione trovino applicazione *"gli articoli da 105 a 108-ter, in quanto compatibili"* e proprio in ragione del ricorso a questa disciplina, ispirata alla competizione pubblica finalizzata alla miglior soddisfazione dei creditori, e a condizione del suo rispetto prevede la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione.

L'amministratore incompetente risponde di bancarotta semplice e non documentale

Corte di Cassazione penale, n. 21796/2020

Risponde del reato di bancarotta semplice (articolo 217, L.F.), non già di bancarotta fraudolenta documentale, l'amministratore che, sebbene estraneo alla gestione dell'azienda, riconducibile ad altri, abbia omesso, anche per colpa, di esercitare il controllo sulla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili, poichè l'accettazione della carica di amministratore, anche quando si tratti di mero prestanome, comporta l'assunzione dei doveri di vigilanza e di controllo di cui all'articolo 2392, cod. civ. (sezione 5, n. 31885/2009, Mazzara e altro sezione 5, n. 4791/2015, Lamanda, rv. 2658029), principi riferiti anche alla posizione del componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali che si sia disinteressato della gestione ed abbia omesso ogni controllo sulla regolare tenuta e conservazione dei libri e delle scritture contabili. Ciò nonostante, la considerazione del caso specifico in riferimento a tale linea esegetica non può condurre alla derubricazione dell'addebito, pur sollecitato dalle difese, posto che il fatto contestato attiene, non già alle modalità di tenuta irregolari ed infedeli delle scritture contabili, quanto alla loro sottrazione, distruzione o occultamento, ossia a condotte deliberate di impediti reperimento ed acquisizione da parte degli organi della procedura fallimentare, non punibili a titolo di mera colpa, secondo quanto già riscontrato in termini vincolanti anche nella sentenza rescindente.

Fideiussore: solo il pagamento legittima il regresso, l'ammissione al passivo ed il diritto di voto.

Corte di Cassazione, n. 25317/2020. Pres. Cristiano. Est. Ferro

Non è senza effetti il principio, su cui si è attestata da tempo la giurisprudenza di legittimità, per cui *"in tema di concorso di creditori, L.F., ex articolo 61, comma 2, il fideiussore non ha un credito di regresso prima del pagamento e dunque non può essere ammesso con riserva per un credito condizionale; potrà invece essere ammesso al passivo solo dopo il pagamento, in surrogazione del creditore, considerata la natura concorsuale del credito di regresso"* (Cassazione n. 19609/2017; n. 22308/2019 e n. 11521/2020); il principio - espresso anche per l'amministrazione straordinaria - chiarisce che *"l'insinuazione al passivo del credito del coobbligato può aver luogo solo se e nella misura in cui sia già avvenuto il pagamento, che configura il fatto costitutivo del diritto al regresso o della modifica in sede di surrogazione o della sua assunzione, nel rapporto principale, della veste di unico creditore, in quanto l'ammissione al passivo dei crediti con riserva esige una situazione soggettiva non dispiegabile con pienezza soltanto per difetto di elementi accidentali esterni"* (Cassazione n. 613/2013). Si tratta di una posizione che questa Corte ha armonizzato anche con riguardo al concordato preventivo, ove la partecipazione del fideiussore al procedimento è meglio ed espressamente indicata dallo stesso legislatore, con l'attribuzione del mero diritto d'intervento all'adunanza, ai sensi della L.F., articolo 174, comma 4, ma nell'identico presupposto, come specificato da Cassazione n. 22382/2019, secondo cui

> *"il fideiussore del proponente non ha diritto di voto, atteso che la L.F., articolo 174, comma 4, consente soltanto il suo intervento nell'adunanza e che prima del pagamento egli non ha un credito di regresso nei confronti del debitore, potendo esercitare verso di lui solo l'azione di rilievo, ex articolo 1953, cod. civ., che mira a ottenere un "facere" e non un "dare"".*

Il fideiussore che, escusso dal creditore garantito, non abbia provveduto al pagamento del debito, non è legittimato, ai sensi della L.F., articolo 6, a proporre l'istanza di fallimento contro il debitore principale per il solo fatto di averlo convenuto in giudizio con l'azione di rilievo *ex* articolo 1953, cod. civ., atteso che tale azione non lo munisce di un titolo astrattamente idoneo ad attribuirgli la qualità di creditore concorsuale in caso di apertura del fallimento; deve escludersi, per altro verso, che il diritto del fideiussore al regresso (o alla surrogazione nella posizione del creditore principale) possa sorgere, ancorché in via condizionale, anteriormente all'adempimento dell'obbligazione di garanzia.

Creditore ipotecario e azione revocatoria: valutazione dell'*eventus damni*

Corte di Cassazione, n. 12121/2020 (Est. Giaime Guizzi)

Se è vero che *"condizione essenziale della tutela revocatoria in favore del creditore è il pregiudizio alle ragioni dello stesso, per la cui configurabilità, peraltro, non è necessario che sussista un danno concreto ed effettivo, essendo, invece, sufficiente un pericolo di danno derivante dall'atto di disposizione, il quale abbia comportato una modifica della situazione patrimoniale del debitore tale da rendere incerta la esecuzione coattiva del debito o da comprometterne la fruttuosità"*, deve, allora, riconoscersi che una *"situazione di pericolo è tale in relazione alla sua potenzialità cagionatrice di un evento dannoso futuro"*. Ne consegue, quindi, *che "la sua esistenza necessariamente va apprezzata proiettandosi con un giudizio prognostico verso il futuro",* donde *"non è possibile apprezzarla compiendo una valutazione che si correli al momento dell'atto dispositivo e dunque alla possibile incidenza in quel momento della garanzia ipotecaria esistente ma non ancora fatta valere e della quale dunque non è dato conoscere se e come in futuro inciderà"*.

Essendo l'ipoteca connotata, tra l'altro, dallo *"ius sequalae"*, non meno che da quello di agire *"in executivis"* nei confronti del debitore (soddisfacendosi sul ricavato dalla procedura espropriativa con precedenza rispetto ai creditori chirografari), nel caso in cui ad agire a norma dell'articolo 2901, sia proprio colui che vede il suo credito assistito da ipoteca sul bene oggetto dell'atto "revocando", la declaratoria di inefficacia dello stesso si palesa come mezzo eccedente lo scopo, visto che la titolarità del diritto di ipoteca esclude quel pericolo di infruttuosità dell'esecuzione, nel quale, pur sempre, si identifica il c.d. *"eventus damni"* (cfr. Cassazione sentenze n. 7452/2000; n. 5105/2006 e n. 966/2007).

L'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo per cessione di beni non preclude la continuazione del rapporto di lavoro

Corte di Cassazione, Sezione IV, lavoro, n. 23925/2020 (Est. Patti)

La sospensione unilaterale del rapporto da parte del datore di lavoro, in base agli articoli 1218 e 1256, cod. civ., è giustificata e lo esonera dall'obbligazione retributiva, soltanto quando non sia imputabile a fatto dello stesso, non sia prevedibile né evitabile e non sia riferibile a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale ovvero a contingenti difficoltà di mercato; sicché, la legittimità della sospensione va verificata in riferimento all'allegata situazione di temporanea impossibilità della prestazione lavorativa: così essendo giustificato il rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione lavorativa svolta dal lavoratore soltanto nella ricorrenza del duplice profilo della impossibilità della stessa e di ogni altra prestazione lavorativa in mansioni equivalenti (Cassazione n. 15372/2004); l'ammissione dell'imprenditore alla procedura concorsuale di concordato preventivo con cessione dei

beni ai creditori, pur potendo integrare il giustificato motivo di recesso del datore di lavoro, non comporta, di per sé, l'impossibilità giuridica della continuazione dei rapporti di lavoro, che permangono fino al recesso di una delle parti; e ciò neppure nell'ipotesi in cui il rapporto sia stato temporaneamente sospeso per l'ammissione dei lavoratori alla cassa integrazione, non essendo pertanto giustificato il rifiuto del datore di lavoro di accettare la prestazione lavorativa del dipendente alla cessazione del periodo di cassa integrazione (Cassazione n. 1476/1997 e n. 673/2001).

Ragionevole durata della procedura fallimentare e quantificazione dell'indennizzo

Corte di Cassazione, Sezione II, n. 20508/2020. Pres. Gorjan. Est. Abete

In primo luogo, in tema di equa riparazione per la violazione del termine di durata ragionevole del processo, della L. 89/2001, *ex* articolo 2, comma 2, la durata delle procedure fallimentari, secondo lo standard ricavabile dalle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo, è di 5 anni nel caso di media complessità e, in ogni caso, per quelle notevolmente complesse - a causa del numero dei creditori, della particolare natura o situazione giuridica dei beni da liquidare (partecipazioni societarie, beni indivisi, etc.), della proliferazione di giudizi connessi o della pluralità di procedure concorsuali interdipendenti - è al più di sette anni (cfr. Cassazione n. 8468/2012 e n. 23982/2017).

In secondo luogo, in tema di equa riparazione da irragionevole durata del processo fallimentare, questa Corte da tempo ha spiegato - e quindi anche in relazione all'assetto normativo anteriore alle modifiche introdotte con il D.Lgs. 83/2012, convertito con modificazioni dalla L. 134/2012 - e pur di recente ha ribadito che, qualora il creditore non abbia dimostrato di aver manifestato agli organi della procedura uno specifico interesse alla pronta definizione della stessa, è congrua la liquidazione dell'indennizzo nella misura solitamente riconosciuta per i giudizi amministrativi protrattisi oltre dieci anni, rapportata su base annua a circa 500 euro (cfr. Cassazione n. 16311/2014 e n. 462/2020).

Collocazione degli interessi convenzionali del creditore ipotecario dalla data della vendita e sino al deposito del piano di riparto

Corte di Cassazione, n. 22954/2020. Pres. Genovese. Est. Paola Vella

In tema di ammissione al passivo del fallimento, al creditore ipotecario, in forza dell'articolo 54, comma 3, L.F., che fa rinvio all'articolo 2855, cod. civ., è attribuita collocazione prelatizia sugli interessi convenzionali maturati nell'annata contrattuale in corso alla data del fallimento e nelle due annate precedenti, nonché con riferimento agli ulteriori interessi legali maturati sino alla data della vendita, riprendendo per il resto vigore il principio generale della sospensione degli interessi *post* fallimentari

ex articolo 55, L.F., sicchè al creditore in parola non spettano neppure in via chirografaria gli interessi convenzionali dalla data della vendita sino al deposito del riparto.(Conf. Cassazione n. 4371/1994).

Concordato preventivo con offerente per l'azienda: necessaria comunque la vendita competitiva.

Corte d'Appello Venezia, 14 giugno 2018. Pres. Bazzo. Est. Valle.

La disposizione di cui all'articolo 163-*bis*, L.F. stabilisce, al comma 1, il principio secondo il quale - nell'ipotesi in cui la proposta concordataria comprenda un'offerta d'acquisto da parte di soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore a titolo oneroso dell'azienda - l'aggiudicazione del compendio deve aver luogo in esito a procedimento competitivo che coinvolga i soggetti interessati all'acquisto, procedimento strutturato secondo le modalità previste dal comma 2 dell'articolo citato.

La disposizione - intesa ad assicurare la trasparenza della liquidazione concordataria e l'effettiva partecipazione in condizioni di parità di tutti i potenziali interessati alla liquidazione dell'azienda, rami della stessa o specifici beni, sottraendola per tale aspetto al potere di conformazione del piano che rimane nell'esclusiva facoltà del debitore proponente - costituisce espressione di interesse pubblicistico, destinato ad incidere sull'assetto concordatario, del che costituisce conferma la punto di emersione giuridicamente rilevante all'interno della procedura in sede di voto in adunanza sulla proposta (eventualmente, modificata).

Il criterio di competitività esige che sia assicurata la parità di condizioni tra tutti i soggetti interessati a rilevare l'azienda, sia in fase di partecipazione alla gara, sia in fase di esecuzione degli obblighi e di esercizio dei diritti derivanti dall'aggiudicazione.

NEWS
Euroconference
L'INFORMAZIONE QUOTIDIANA DA PROFESSIONISTA A PROFESSIONISTA

Il quotidiano telematico di Euroconference
diretto da **Sergio Pellegrino** e **Giovanni Valcarenghi**

NOTIZIE E APPROFONDIMENTI
PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA

IscriviTi alla mailing list e
rimani informato su tutte le news
www.ecnews.it

EDITORE E PROPRIETARIO
Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE
Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Massimo Conigliaro – dottore commercialista e revisore legale in Siracusa, pubblicista

COMITATO SCIENTIFICO
Fabio Battaglia - dottore commercialista in Arezzo, Studio Galeotti Flori Firenze
Domenica Capezzera - giudice delegato Tribunale di Pescara
Ernestina De Medio - avvocato in Chieti
Nicla Corvacchiola - dottore commercialista in Pescara
Lorenzo Salvatore - Notaio in Verona
Alessandro Solidoro - dottore commercialista, professore a contratto Università Bicocca di Milano
Roberta Zorloni - presidente Associazione Concorsualisti Milano

REDAZIONE
Milena Martini e Chiara Ridolfi

Registrazione del Tribunale di Verona n.1995 del 5 settembre 2013
Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049
ISSN 2499-1015

SERVIZIO CLIENTI
Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
circolari@euroconference.it

SITO INTERNET
Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal *link*:
http://www.euroconference.it/area_riservata_login.
In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE
Bimestrale
Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2020
Euro 180 Iva esclusa

Per i contenuti di "Crisi e risanamento" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.
Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.