



Dipartimento di GIURISPRUDENZA

Cattedra di DIRITTO DELLE CRISI D'IMPRESA

**LA REVOCATORIA NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA
PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA: IL RUOLO
DELL'ESPERTO INDIPENDENTE**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Vincenzo De Sensi

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Giorgio Meo

CANDIDATO

Lorenzo Bottari

Matr. 144893

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

A chi mi ha accompagnato lungo tutto il percorso, a chi l'ha fatto dal principio, a chi oggi ancora è al mio fianco e a chi non c'è più. Ai miei professori, che attraverso la loro passione e professionalità, mi hanno fatto appassionare come non avrei mai creduto. A mia madre e mio padre, che mi hanno consentito di cimentarmi in questa sfida sostenendomi in ogni momento e spronandomi a dimostrare costantemente quanto valessi. Ai miei fratelli, Gabriele e Claudio, le cose più preziose che ho, con la speranza che possa essere stato d'esempio nel come affrontare e superare le sfide che ci si pongono lungo il cammino. A mia nonna Anna, luce dei miei occhi e al mio adorato nonno Edoardo, con la speranza che possa essere orgoglioso di me, ovunque egli sia. A nonno Mino e nonna Virginia, che non mi hanno potuto veder crescere come avrei voluto, il mio pensiero va anche a loro. Ai miei amici di sempre e a quelli che ho conosciuto lungo la strada, amici fraterni prim'ancora che colleghi. Ed infine a me stesso, con la consapevolezza che nella vita non esistono punti d'arrivo, ma solo nuovi punti di partenza.

INDICE

INTRODUZIONE.....	6
CAPITOLO I	
LA REVOCATORIA E GLI ATTI PREGIUDIZIEVOLI AI CREDITORI	
1. Nozione di atti pregiudizievoli ai creditori.....	10
2. L'inefficacia degli atti e dei pagamenti ex artt. 64 e 65 l.fall.....	12
3. La revocatoria ordinaria ex art. 66 l.fall.....	19
3.1. Gli effetti dell'azione Revocatoria ordinaria ex art. 66 l.fall.....	23
4. La revocatoria fallimentare: presupposto oggettivo e presupposto soggettivo.....	24
4.1. La prova contraria, il periodo sospetto e la consecuzione tra procedure.....	31
4.2. Gli atti anormali.....	38
4.2.1. Gli atti con prestazioni sproporzionate.....	41
4.2.2. I pagamenti anormali.....	42
4.2.3. Le garanzie per debiti preesistenti non scaduti e scaduti.....	44
4.3. Gli atti normali.....	44
5. I patrimoni destinati ad uno specifico affare.....	45
6. Le esenzioni da revocatoria ex art. 67, comma 3, l.fall.....	48
6.1. I pagamenti nei termini d'uso ex art. 67, comma 3, lett. a) l.fall.....	49
6.2. Le rimesse in conto corrente ex art. 67, comma 3, lett. b) l.fall.....	52
6.3. Le vendite ed i preliminari di vendita ex art 67, comma 3, lett. c) l.fall.....	60
6.4. Il piano attestato di risanamento, il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 67 comma 3 lett. d) ed e) l.fall.....	62
6.5. Le prestazioni di lavoro ex art. 67, comma 3, lett. f) l.fall.....	69

6.6. I debiti strumentali all'accesso alle procedure concorsuali ex art. 67, comma 3, lett. g) l.fall.....	70
6.7. L'istituto di emissioni, le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario ex art. 67, comma 4, l.fall.....	72
7. Il pagamento di cambiale scaduta ex art. 68 l.fall.....	73
8. Gli atti compiuti tra coniugi ex art. 69 l.fall.....	76
9. Termini di decadenza dall'azione e computo dei termini ex art 69-bis l.fall.....	78
10. I diritti del terzo revocato ex art. 70 l.fall.....	80

CAPITOLO II

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI AI SENSI DEL DL 118/2021

1. Il contesto dell'introduzione.....	84
2. Le novità introdotte dal D.L. 118/2021.....	88
2.1. La composizione negoziata della crisi.....	89
2.2. Gli incentivi al ricorso alla composizione negoziata: le misure premiali.....	90
2.3. I soggetti legittimati all'attivazione della procedura. Il nuovo ruolo dell'organo di controllo.....	93
2.3.1. I presupposti soggettivo ed oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata della crisi e l'avvio della procedura.....	98
2.4. Le misure protettive e cautelari ex artt. 6 e 7 d.l. 118/2021.....	105
2.5. La Fase delle Trattative. Il ruolo dell'esperto indipendente e il rapporto con l'imprenditore.....	112
2.6. La Conclusione e i possibili esiti delle trattative.....	118
2.7. brevi cenni sul concordato semplificato.....	121
2.8. La relazione finale dell'esperto e la determinazione del compenso..	128

CAPITOLO III

LA REVOCATORIA PER GLI ATTI COMPIUTI IN PENDENZA DELLE TRATTATIVE: IL RUOLO DELL'ESPERTO

1. I poteri gestori dell'imprenditore nella fase delle trattative.....	131
--	-----

2. L'esenzione da revocatoria per gli atti di ordinaria amministrazione e per gli atti autorizzati ex art 10.....	134
2.1. Brevi cenni sulla rinegoziazione dei contratti.....	142
3. Il coinvolgimento dell'esperto per gli atti di straordinaria amministrazione: Il parere e l'obbligo di segnalazione.....	145
CONCLUSIONI.....	150
BIBLIOGRAFIA.....	152
GIURISPRUDENZA.....	156

INTRODUZIONE

Con il d.l. 118/2021, convertito in l. 147/2021, viene introdotto nel nostro ordinamento il nuovo istituto della composizione assistita della crisi. L'elaborato propone una riflessione sui potenziali problemi applicativi e le criticità derivanti dall'applicazione di una normativa probabilmente ancora acerba e non perfezionata come quella del decreto legge citato.

In particolare, l'oggetto d'indagine dell'elaborato è l'analisi sull'operatività dell'azione revocatoria in relazione agli atti compiuti durante il nuovo percorso introdotto dal d.l. 118/2021. L'elaborato, che si compone di tre capitoli, non ha la presunzione di voler spiegare come la nuova disciplina si integrerà con l'impianto normativo dell'azione revocatoria; piuttosto propone un'analisi generale della disciplina di quest'ultima, del nuovo istituto della composizione assistita della crisi – con particolare riferimento al ruolo dell'esperto indipendente - nonché una serie di riflessioni sugli scenari conseguenti alla sua introduzione in relazione alla revocabilità di un atto compiuto durante la composizione assistita.

L'indagine si focalizzerà dunque sugli aspetti e le criticità concernenti la revocabilità di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione compiuti dall'imprenditore durante la composizione assistita della crisi passando inderogabilmente per l'analisi della figura dell'esperto indipendente che, fra le novità del decreto, riveste un ruolo di preminente rilevanza.

Il primo capitolo contiene l'analisi degli istituti della revocatoria, in particolare quella ordinaria e fallimentare, attraverso l'esame della vigente disciplina dettata dagli artt. 64 - 70 della l.fall. Pertanto, saranno oggetto di specifica trattazione la c.d. revocatoria di diritto di cui agli artt. 64 e 65 l.fall, l'azione revocatoria ordinaria in tutti i suoi aspetti e profili applicativi, l'azione revocatoria fallimentare ex art. 67 l.fall. e tutte le fattispecie delle esenzioni dalla stessa individuate all'art. 67, comma 3, lett. a)-g) l.fall.

L'analisi verterà, per ogni singola ipotesi, sui suoi presupposti, di natura soggettiva ed oggettiva, sull'operatività temporale delle stesse e sulle criticità

rilevate in relazione ai problemi applicativi della disciplina nel suo complesso, con un occhio di riguardo ai riflessi sulla crisi d'impresa. La struttura nozionistica, che contraddistingue il primo capitolo dell'elaborato, è funzionalmente imprescindibile per una quanto più possibile approfondita conoscenza dell'istituto in esame: trattando la revocatoria in tali termini è auspicabile che il lettore possa essere in grado di calarsi all'interno dell'istituto, e possa così meglio comprendere le criticità rilevate derivanti dalla trasposizione delle norme che regolano la revocabilità di un atto nella nuova disciplina, con specifico riferimento agli atti compiuti in pendenza della composizione negoziata.

Nel secondo capitolo poi, si svolgerà una disamina delle novità introdotte dal DL 118/2021 e in particolare ci si soffermerà sulla composizione assistita della crisi. Essa rappresenta il perimetro entro il quale l'indagine dell'elaborato si articola. Le particolarità dell'istituto di cui si discute sono molteplici, e tutte concorrono alla determinazione di un "percorso" - in questi termini la Relazione illustrativa al decreto - di composizione che promette di rivoluzionare l'approccio alle composizioni della crisi in generale. Infatti, in attuazione della Direttiva europea n.1032/2019, la c.d. Direttiva Insolvency, la nuova composizione assistita della crisi introdotta nel nostro ordinamento mira espressamente alla salvaguardia della continuità aziendale operando anche - e auspicabilmente soprattutto - come strumento di prevenzione della crisi piuttosto che di mera risoluzione. A tal fine l'ambito dei presupposti oggettivi per poter accedere alla procedura risulta essere più ampio, rispetto a quelli previsti per le procedure concorsuali, tale da ricomprendere al suo interno anche il c.d. stato di pre-crisi che va ad aggiungersi ai già consolidati stati di crisi o insolvenza conclamati.

Il legislatore fornendo agli imprenditori uno strumento attivabile ancor prima che l'impresa possa ritrovarsi in una situazione di squilibrio economico-finanziario e patrimoniale conclamato è perfettamente coerente con l'indirizzo dettato dall'ordinamento comunitario in tema di salvaguardia della continuità aziendale. Un intervento preventivo, affiancato da un controllo costante e serrato della situazione economica, patrimoniale e finanziaria delle imprese da parte dell'organo di controllo, nelle idee del legislatore, pare essere l'unica vera strada

percorribile per cercare di evitare lo sviluppo di un qualsivoglia tipo di squilibrio e garantire il più possibile la continuità aziendale. Con la nuova composizione assistita poi, non essendo essa una procedura concorsuale - seppur sia pronosticabile l'affermarsi di voci discordanti a riguardo in futuro - ed essendo connotata da un modesto grado di riservatezza e stragiudizialità, l'auspicio è che sempre più imprenditori si affidino alla composizione della crisi per mezzo di tale istituto, il cui ricorso fra l'altro, è esclusivamente volontario e mai obbligatorio e pur sempre finalizzato in linea teorica all'anticipazione della crisi, e non alla sua risoluzione.

L'intero percorso di composizione non è intrapreso dall'imprenditore da solo: esso sarà affiancato da un esperto indipendente risanatore. L'esperto indipendente rappresenta sicuramente la novità di maggior rilievo in virtù della sua incidenza e presenza all'interno della nuova composizione. Esso, infatti, rappresenta lo strumento d'ausilio per la composizione della crisi nell'ottica del legislatore: essendo tale procedura priva di tutta una serie di tutele garantite solitamente dalla presenza dell'autorità giudiziaria, la presenza di un professionista indipendente esperto nel risanamento dell'impresa è imprescindibile.

Al fine di garantire un sufficiente grado di tutela, l'esperto indipendente infatti, anche detto "negoziatore", avrà il delicato compito di mediare fra l'impresa in difficoltà e la compagine creditoria ispirandosi ai principi di terzietà ed indipendenza rispetto alle parti coinvolte. La figura dell'esperto in particolare, nella disciplina introdotta del decreto legge, è stata delineata in modo tale da non ricoprire un ruolo "di facciata" e meramente "istituzionale". Seppur come si vedrà l'imprenditore che accede alla composizione assistita conserva i poteri gestori durante la composizione assistita, è previsto un meccanismo per mezzo del quale avviene il preventivo coinvolgimento dell'esperto in relazione al compimento di atti potenzialmente pregiudizievoli per l'esito e l'andamento delle trattative, le prospettive di risanamento e per i creditori.

Il terzo ed ultimo capitolo pertanto offrirà un'indagine circa il ruolo dell'esperto in relazione al compimento di atti di ordinaria e straordinaria

amministrazione da parte dell'imprenditore, e contestualmente la revocabilità di tali atti alla luce della nuova disciplina. Poiché di recentissima introduzione, le critiche mosse dalla dottrina in relazione al nuovo strumento risultano essere esime e non approfonditamente strutturate. In virtù di ciò, l'analisi svolta nel terzo capitolo in particolare "apre le porte" ad una moltitudine di possibili riflessioni sulle quali solo la prassi e la futura applicazione della disciplina potranno dare concrete risposte.

Tali riflessioni rappresentano lo sforzo fatto nell'individuazione dei possibili problemi applicativi e delle potenziali criticità normative derivanti dall'applicazione delle norme in tema di revocatoria, agli atti compiuti in pendenza del nuovo istituto della composizione assistita della crisi. In particolare, l'obiettivo è quello di analizzare i possibili profili problematici che possano palesarsi in relazione all'applicazione delle norme che coinvolgono l'esperto indipendente e se il suo ruolo, od operato, possano o meno incidere sulla revocabilità degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione compiuti in pendenza della composizione assistita da parte dell'imprenditore.

CAPITOLO I

LA REVOCATORIA E GLI ATTI PREGIUDIZIEVOLI AI CREDITORI

SOMMARIO: **1.** Nozione di atti pregiudizievoli ai creditori - **2.** L'inefficacia degli atti e dei pagamenti ex artt. 64 e 65 l.fall. - **3.** La revocatoria ordinaria ex art. 66 l.fall. - **3.1.** Gli effetti dell'azione Revocatoria ordinaria ex art. 66 l.fall. - **4.** La revocatoria fallimentare: presupposto oggettivo e presupposto soggettivo - **4.1.** La prova contraria, il periodo sospetto e la consecuzione tra procedure - **4.2** Gli atti anormali - **4.2.1** Gli atti con prestazioni sproporzionate - **4.2.2** I pagamenti anormali - **4.2.3** Le garanzie per debiti preesistenti non scaduti e scaduti - **4.3.** Gli atti normali - **5.** I patrimoni destinati ad uno specifico affare - **6.** Le esenzioni da revocatoria ex art. 67, comma 3, l.fall. - **6.1.** I pagamenti nei termini d'uso ex art. 67, comma 3, lett. a) l.fall. - **6.2.** Le rimesse in conto corrente ex art. 67, comma 3, lett. b) l.fall. - **6.3.** Le vendite ed i preliminari di vendita ex art 67, comma 3, lett. c) l.fall. - **6.4.** Il piano attestato di risanamento, il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 67 comma 3 lett. d) ed e) l.fall. - **6.5.** Le prestazioni di lavoro ex art. 67, comma 3, lett. f) l.fall. - **6.6.** I debiti strumentali all'accesso alle procedure concorsuali ex art. 67, comma 3, lett. g) l.fall. - **6.7.** L'istituto di emissioni, le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario ex art. 67, comma 4, l.fall. - **7.** Il pagamento di cambiale scaduta ex art. 68 l.fall. - **8.** Gli atti compiuti tra coniugi ex art. 69 l.fall. - **9.** Termini di decadenza dall'azione e computo dei termini ex art 69-*bis* l.fall. - **10.** I diritti del terzo revocato ex art. 70 l.fall.

1. Nozione di atti pregiudizievoli ai creditori

La nozione di atto pregiudizievole ai creditori assume centrale rilevanza soprattutto nel contesto delle procedure concorsuali. Infatti, l'azione revocatoria che sarà oggetto di discussione nel presente capitolo, non è quella disciplinata dal codice civile, bensì dalla l.fall. Bisogna dunque rapportare il discorso in esame con la considerazione di fatto che nei casi disciplinati dalla l.fall., l'azione revocatoria è esperita dal curatore a tutela e nell'interesse dei creditori. Presupposto fondamentale dunque per procedere alla revocazione di un atto in tale contesto, è la sua pregiudizialità nei confronti della massa creditoria, visto e considerato che l'azione revocatoria è finalizzata a rendere inefficace, nei loro confronti, atti dispositivi del debitore che siano pregiudizievoli nel senso che siano lesivi della *par condicio creditorum*. Importantissimo dunque sottolineare

come il curatore non operi nell'interesse di uno più creditori, ma che seppur l'azione riguardi atti di disposizione che coinvolgono alcuno di tali creditori, essa è comunque finalizzata al ripristino e ricomposizione della massa passiva fallimentare unitariamente intesa, per mezzo della quale fra l'altro, in ossequio alla par condicio creditorum e alle regole imposte dalla legge, vengono soddisfatti i creditori. Ad ogni modo, di regola intercorre un lasso temporale più o meno lungo tra la manifestazione dello stato di insolvenza e la conseguente dichiarazione di fallimento, e non è infrequente che in questo lasso temporale il debitore compia degli atti di disposizione sui propri beni o compia dei pagamenti, svuotando così di fatto il proprio patrimonio.

Le motivazioni che possono spingere il fallito a compiere tali atti dispositivi possono essere varie: ad esempio, potrebbe vendere beni ad un valore di molto inferiore rispetto a quello di mercato al fine ultimo di procacciarsi liquidità in tempi molto brevi, per consentire così il proseguimento dell'attività d'impresa nella speranza di superare il dissesto mascherando lo stato di insolvenza; oppure potrebbe procedere al compimento di tali atti dispositivi al fine di sottrarre dall'ormai prossimo patrimonio fallimentare i beni che ne fanno parte, a danno dei creditori.

Chiaramente, la fraudolenta disposizione di beni o l'effettuazione di pagamenti mediante mezzi anormali in tale ottica arreca un danno non da poco ai creditori del debitore: così facendo, infatti, essi si vedono drasticamente ridotte le proprie possibilità di soddisfacimento del credito, o quanto meno l'esazione dello stesso diventa più difficoltosa.

Il legislatore, al fine di tutelare la posizione dei creditori, ha enucleato la disciplina relativa all'inefficacia di tali atti dispositivi nei loro confronti al fine ultimo di preservare l'integrità patrimoniale del debitore e garantire, almeno in astratto, maggiori possibilità di recupero del credito vantato. La disciplina - che trova il suo inquadramento sistematico nel Titolo II, Capo III della L. Fall. denominato «*Degli effetti del Fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*» risulta essere profondamente articolata e ricomprende al suo interno più fattispecie.

La disciplina si sviluppa in 9 articoli che vanno dall'art. 64 all'art. 70 della medesima legge fallimentare, propendendo per una soluzione che nell'insieme è volta a tutelare maggiormente il creditore anteriore al compimento dell'atto quanto piuttosto il terzo acquirente o beneficiario dell'atto. Lo strumento della Revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 L. Fall. messo a disposizione dal legislatore, consentirà in caso di accoglimento, di rendere inefficace nei confronti dei creditori l'atto sottoposto a revocatoria. L'unica vera grande differenza - eccezion fatta per i singoli casi di revocatoria fallimentare¹ - dall'azione revocatoria ordinaria è rappresentata dal soggetto legittimato attivo per la proposizione della relativa istanza. L'azione revocatoria fallimentare potrà infatti essere proposta dal curatore nel contesto fallimentare, l'azione revocatoria ordinaria invece, che è direttamente disciplinata dal codice civile, sarà direttamente proponibile da qualsiasi creditore verso il proprio debitore laddove dall'atto di disposizione di quest'ultimo possa derivare nei suoi confronti un pregiudizio: tale può sostanzarsi tanto nell'impossibilità di recupero del credito tanto nell'aggravio delle difficoltà connesse alla sua esazione

Necessario è comunque la sussistenza di un rapporto di debito-credito tra i soggetti: così, il giudice potrà poi procedere alla verifica dei singoli presupposti soggettivi ed oggettivi contenuti nella disciplina delle diverse fattispecie per accogliere o rigettare la relativa istanza.

La trattazione del seguente capitolo concernerà pertanto l'analisi degli artt. 64-70 della L. Fall. partendo dalla c.d. "Revocatoria di diritto" che concerne gli artt. 64 e 65 della medesima, per continuare poi l'analisi di tutti gli aspetti riguardanti l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare.

2. L'inefficacia degli atti a titolo gratuito e dei pagamenti ex artt. 64 e 65 l.fall.

¹ Poiché disciplinano fattispecie che presuppongono per la loro integrazione il fallimento del debitore.

Gli artt. 64 e 65 della L. Fall. stabiliscono l'inefficacia nei confronti dei creditori del fallito di tutti gli atti di disposizione a titolo gratuito avvenuti nei due anni anteriori alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento all'interno del registro delle imprese e di tutti gli atti relativi a pagamenti di debiti scaduti il giorno della dichiarazione o scadenti in data successiva che siano stati compiuti nei 2 anni antecedenti alla data di pubblicazione della dichiarazione di fallimento nel registro delle imprese.

Sono definiti entrambi come casi di "Revocatoria di diritto": al ricorrere dei presupposti è la legge stessa che ne accorda l'inefficacia senza che il soggetto legittimato attivo si procuri il contestuale provvedimento giudiziale. In questo senso, l'art. 64 statuisce come *«Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante»*.

Il legislatore, dunque, dispone l'inefficacia nei confronti dei creditori, degli atti compiuti a titolo gratuito dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento. Trattandosi di un'inefficacia *ex lege* - e non di una presunzione d'inefficacia - il convenuto in revocatoria non ha quindi la possibilità di fornire la prova contraria circa la non conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore al momento della stipulazione dell'atto.

Gli effetti derivanti dall'inefficacia dell'atto a titolo gratuito si estendono altresì agli eventuali subacquirenti, intesi come quei soggetti nei cui confronti il beneficiario dell'atto inefficace abbia disposto per la cessione di diritti reali di godimento, se a loro volta essi sono divenuti titolari di tali diritti reali di godimento in virtù di un ulteriore atto a titolo gratuito.

Se, invece, i subacquirenti sono divenuti titolari di diritti reali di godimento, in virtù di un atto a titolo oneroso, il creditore potrà agire sull'atto dispositivo a titolo oneroso in applicazione dell'art. 2901 n. 4, c.c., cioè attraverso l'azione revocatoria ordinaria.

L'intenzione del legislatore è quella cioè di sanzionare gli atti a titolo gratuito posti in essere dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento al fine di tutelare gli interessi dei creditori fallimentari, basandosi sul presupposto oggettivo che la gratuità dell'atto dispositivo possa produrre un pregiudizio agli stessi creditori depauperando, di fatto, il patrimonio da cui attingere per il soddisfacimento del proprio credito.

Tale efficacia opera in senso oggettivo e automaticamente in presenza di un atto gratuito perfezionato.² Infatti, come osservato da attenta dottrina *«nell'azione d'inefficacia ai sensi dell'art. 64 l. fall. importa soltanto la realizzazione dell'atto, in virtù della sua natura oggettiva, unicamente rapportata ad un elemento oggettivo temporale anteriore alla dichiarazione di fallimento, senza alcuna rilevanza di situazioni soggettivo ed in particolare della sussistenza (e quindi, tanto meno, della conoscibilità) dello stato di insolvenza dell'imprenditore»*³

La legge non fa riferimento a quali siano specificatamente tali atti inefficaci, non prevedendone un elenco tassativo. Ciò ci induce a ritenere che si possa considerare come inefficace l'atto dispositivo posto in essere in assenza di corrispettivo che realizzi una diminuzione del patrimonio del debitore, intendendosi come tale quello al netto delle passività.

A ben vedere, la reale motivazione della mancata tipizzazione degli atti gratuiti, soggetti alla disciplina in esame, è da rinvenirsi nella volontà del legislatore di rendere lo spettro applicativo della norma il più ampio possibile, alla luce della considerazione che, a prescindere da quale sia l'atto compiuto, quale ne sia la sua forma, o la finalità per cui è compiuto, ciò che rileva è il danno, nei confronti dei creditori, derivante dalla assenza di un corrispettivo a fronte dell'uscita del bene dal patrimonio debitorio. La dottrina ha infatti ritenuto che un atto può considerarsi gratuito *«qualora ricorra il presupposto, al tempo stesso*

² L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, Giappichelli Editore, 2018.

³ A. PATTI, *Commento all'art. 64. Atti a titolo gratuito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio A. e coordinato da M. Fabiani M., Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

necessario e sufficiente, della disposizione di parte del patrimonio, ad opera dell'imprenditore, senza alcun corrispettivo»⁴.

La giurisprudenza tende invece, muovendo dalla medesima premessa ma indirizzandosi in direzione diametralmente opposta, ad ancorare la valutazione della gratuità dell'atto dispositivo in concreto, affermando che *«in tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64, legge fallimentare, la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato; per cui la relativa classificazione non può più fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del solvens, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o ad un risparmio di spesa»*.⁵

Seppur non tassativamente individuate, le tipologie di atti riconducibili alla categoria degli atti a titolo gratuito sono molteplici: a titolo esemplificativo possono menzionarsi la cessione di un credito priva di corrispettivo e non collegabile ad un rapporto preesistente, le rinunce traslative e abdicative di un diritto, le donazioni, le donazioni indirette e quelle remuneratorie previste dall'art. 770 del c.c.; le garanzie reali (il pegno e l'ipoteca), le garanzie personali (la fideiussione; la costituzione di fondo patrimoniale ex artt. 167-171 c.c.).

L'art. 64 L. Fall. in commento però non si esaurisce nella previsione d'inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti nei 2 anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, prevedendo altresì l'esclusione, dalla disciplina di inefficacia nei confronti dei creditori, di talune fattispecie che, in virtù dei motivi

⁴ A. PATTI, *Commento all'art. 64. Atti a titolo gratuito*, cit.

⁵ Cass. Civ., Sez. Un. civ., 18 marzo 2010, n. 6538.

per cui tali atti sono solitamente compiuti o per la loro importanza dal punto di vista sociale e morale, il legislatore ha ritenuto meritevoli di tutela sottraendoli alla disciplina d'inefficacia in esame. Parliamo dei c.d. regali d'uso e degli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità: così, l'art. *de quo* afferma come «*I regali d'uso sono le donazioni di modico valore, eseguite in adempimento a doveri sociali; gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale sono quelli compiuti in adempimento di obbligazioni naturali; mentre gli atti compiuti a scopo di pubblica utilità sono ricondotti ad atti che rispondono ad un principio di solidarietà umana e sociale*».⁶

Con riferimento alle donazioni di modico valore, eseguite in adempimento di obbligazioni naturali e con specifico riferimento alla condizione necessaria di proporzionalità della liberalità rispetto al patrimonio del disponente, la dottrina ha evidenziato come «*la proporzionalità non è riferita al dovere morale in sé ed ai conseguenti limiti ontologici della disposizione, ma semmai al rapporto tra il contenuto della prestazione ed il patrimonio del debitore naturale, per modo che, in ipotesi, sarebbe revocabile una prestazione non moralmente esorbitante, ma sproporzionata rispetto alla garanzia patrimoniale dei creditori*»⁷. A tal riguardo, la Corte di Cassazione, con un contributo risalente nel tempo ma pur sempre attuale, ha precisato che «*perché venga sottratto alla revoca di cui all'art. 64 l. fall. Un atto a titolo gratuito, in quanto compiuto in adempimento di un dovere morale o sociale, occorre una duplice dimostrazione; la prima rivolta a stabilire la rilevanza oggettiva dell'atto relativamente alla comune concezione sociale rapportata all'ambiente in cui è stato eseguito l'atto e la seconda inerente al proposito dell'autore diretto a perseguire unicamente lo scopo di soddisfare quel dovere morale o sociale*».⁸

Particolare menzione merita poi l'introduzione della previsione legislativa, per mezzo del d.l. 27 giugno 2015, poi convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132, secondo cui i beni oggetto di atti a titolo gratuito sono automaticamente acquisiti al patrimonio del fallimento mediante la trascrizione della sentenza

⁶ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013.

⁷ L. GAROFALO (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, tomo III, Cedam, Padova, 2010.

⁸ Cass. 24 maggio 1982, n. 3164.

dichiarativa dell'insolvenza. In tal senso, come acutamente osservato⁹, la locuzione "automaticamente" è sintomatica dell'operatività *ex lege* dell'inefficacia relativa agli atti di cui all'art 64 e 65 l.fall. Tale nuova previsione, applicabile ai fallimenti in data successiva al 21 agosto 2015, si giustificava nell'esigenza di fornire al curatore uno strumento quanto più veloce ed efficace che permettesse di aggirare e accorciare le tempistiche ed i rischi collegati alla previgente disciplina, ai sensi della quale il curatore stesso si sarebbe comunque dovuto procurare un provvedimento esecutivo che fosse dichiarativo dell'inefficacia dell'atto, anche se tale inefficacia fosse operante *ex lege*.¹⁰ A tale proposito, secondo parte della dottrina, questa norma e il relativo strumento può trovare applicazione soltanto con riferimento ai beni soggetti a trascrizione, ovvero i beni mobili registrati e i beni immobili,¹¹ escludendo la possibilità di applicazione della norma in commento anche ai semplici beni mobili, per i quali continua a rimanere efficace la precedente disciplina e richiedendosi, in tal caso, necessario per il curatore munirsi preventivamente del provvedimento esecutivo giudiziale di inefficacia. Il beneficiario dell'atto a titolo gratuito, tuttavia, potrebbe sempre proporre come rimedio il Reclamo contro la trascrizione ex art. 36 L. Fall., dimostrando, ad esempio, la non gratuità dell'atto.

Esauritasi la trattazione relativa all'art. 64 è ora necessario soffermarsi sul secondo articolo oggetto del presente paragrafo, l'art 65 l.fall.

L'art. *de quo* statuisce che parimenti inefficaci risultano essere i pagamenti eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento relativi a crediti in scadenza il giorno stesso della dichiarazione di fallimento o in scadenza in data posteriore alla dichiarazione, indicando come «*Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento*».

⁹ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

¹⁰ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

¹¹ L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *ilcaso.it*. In questo senso, anche L. QUATTROCCHIO, *Analisi del novellato Art. 64 l. fall.*, in *ildiritto degli affari.it*, 10 dicembre 2015.

Al fine di permettere una piena ed esauriente comprensione dell'articolo è assolutamente imprescindibile fornire una definizione adeguatamente precisa sulla locuzione "pagamenti". In tal senso, per pagamenti si debbono intendere sia quelli spontanei, sia quelli eseguiti a seguito della decadenza dal beneficio del termine del debitore così come previsto dall'art. 1186 del c.c.). Secondo alcuni autori, al pari dell'inefficacia ex art. 64 anche quella ex art. 65 di cui si discute, «*opera in senso oggettivo e automatico, poiché non ammette in alcun caso un sindacato di merito da parte del giudice ed è finalizzata a colpire il pagamento di un debito in anticipo rispetto alla sua originaria scadenza coincidente con la dichiarazione di fallimento del debitore, non essendo rilevante ai fini dell'operatività dell'inefficacia in questione l'eventuale insolvenza al momento dell'atto solutorio, né tantomeno lo stato soggettivo del terzo beneficiario, ma rilevando piuttosto l'anormalità intrinseca del pagamento anticipato di un debito e a maggior ragione della sua anormalità nel caso in cui il debitore, disponente del pagamento medesimo, si trovi in stato di insolvenza*». ¹² Come puntualmente osservato dalla giurisprudenza di merito «*nel proporre la domanda d'inefficacia di cui all'articolo 65 L.FALL., il curatore deve provare solo l'esecuzione del pagamento anticipato nel periodo sospetto, non essendo consentito al giudice alcuna valutazione in ordine all'eventuale presenza di ragioni tali da aver reso conveniente anticipare l'adempimento così da renderlo giustificato. L'inefficacia opera poi oggettivamente, essendo irrilevanti le condizioni soggettive sia di chi esegue il pagamento sia di chi lo riceve ed operando nella materia de qua una presunzione assoluta di illegittimità in base all'alto grado di anormalità dei pagamenti anticipati*». ¹³ Pertanto, ai fini dell'applicazione della norma, sarà necessaria da parte del curatore agente la sola dimostrazione del fatto oggettivo, consistente nel pagamento anticipato di un debito rispetto alla sua scadenza originaria, sia essa convenzionalmente pattuita o legalmente individuabile.

In realtà, secondo l'interpretazione del dettato normativo, lo specifico rimedio esperibile per contrastare efficacemente in sede giurisdizionale il pagamento anticipato di un debito rispetto alla sua originaria scadenza, varia a

¹² L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

¹³ Trib. Mantova, 15 aprile 2013, n. 8827.

seconda delle possibili combinazioni che si possono verificare in relazione a due elementi: il momento in cui il debito scade e il momento in cui il pagamento anticipato è avvenuto. Infatti, qualora la scadenza originaria del debito fosse non il giorno stesso, ma prima della dichiarazione di fallimento, il pagamento anticipato sarebbe eventualmente ed esclusivamente revocabile secondo le regole generali delle Revocatoria Fallimentare di cui all'art. 67 L. Fall. a seconda che i mezzi usati per il pagamento stesso siano anormali o normali. Al contrario, laddove la scadenza sia prevista il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente, ma il pagamento anticipato sia stato eseguito in un momento precedente ai due anni anteriori alla data di fallimento, sarà eventualmente aggredibile con la sola revocatoria ordinaria, poiché si tratterebbe di un pagamento non rientrante nello spettro temporale d'operatività dell'art. 65.

In conclusione, rimane da dire che le azioni volte a dichiarare l'inefficacia ex artt. 64 e 65 l.fall. sono azioni di natura meramente dichiarativa in virtù dell'operatività *ex lege* dell'inefficacia di cui si discute, e pertanto non risultano essere soggette ad alcun termine di prescrizione.

3. La revocatoria ordinaria ex art. 66 l.fall.

Ai sensi dell'art. 66 l.fall. il curatore fallimentare acquista la legittimazione attiva a proporre l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c., laddove la proposizione dell'azione fallimentare non sia possibile per questioni attinenti allo spettro temporale di operatività della stessa.

Il curatore proporrà l'azione revocatoria avverso un atto qualora ravvisi un pregiudizio per gli stessi creditori e sempre che siano soddisfatti gli specifici requisiti di proponibilità richiesti dalla legge. In questo senso, l'art. 66 l.fall. statuisce come *«Il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme del codice civile [2901-2904 c.c.]. L'azione si propone dinanzi al tribunale fallimentare, sia in confronto del contraente immediato, sia in confronto dei suoi aventi causa nei casi in cui sia proponibile contro costoro»*. Pertanto, l'obiettivo perseguito dal

curatore attraverso tale azione, è quello di ottenere, in sede fallimentare, un provvedimento contenente la dichiarazione d'inefficacia degli atti compiuti dal debitore che abbiano comportato un pregiudizio alla massa creditoria.

Il presupposto fondamentale affinché l'istanza del curatore venga accolta è rappresentato dalla sussistenza, nei confronti della massa creditoria, di un pregiudizio derivante dal compimento dell'atto.

Stando al significato che la legge accorda alla locuzione "pregiudizio", esso potrebbe consistere nell'aver causato direttamente, o aver peggiorato, lo stato di insolvenza diminuendo conseguentemente le reali possibilità di recupero totale del credito, nonché rendere più difficoltosa o costosa la realizzazione del credito stesso.

Trattasi di un'azione formalmente differente, avendo una previsione normativa ad hoc rispetto alla revocatoria fallimentare seppur preordinata al perseguimento del medesimo risultato, in quanto non richiede come condizione necessario lo stato d'insolvenza del debitore e la consapevolezza della controparte dello stato di decozione. Si precisa che *«ai fini dell'esperibilità dell'azione sarà sufficiente per il curatore dimostrare che l'atto è di per se idoneo ad arrecare un pregiudizio alla massa creditoria senza però avere l'onere di provare, al contrario di quanto previsto per alcuni casi revocatoria fallimentare appunto, tale conoscenza da parte della controparte»*.¹⁴

A ben vedere l'unica differenza con la revocatoria ordinaria disciplinata dal codice civile, è il soggetto legittimato alla proposizione dell'azione: l'azione ex art 2901 c.c. è infatti esercitabile dal singolo creditore, mentre invece l'azione di cui all'art. 66 l. fall. è riservata esclusivamente al curatore, il quale persegue l'obiettivo di tutelare tutti i creditori partecipanti al fallimento in ossequio del principio della par condicio creditorum. La diversità nella legittimazione si spiega chiaramente con la circostanza che la seconda è esercitata nel corso di una procedura concorsuale, quale il fallimento, nella quale il ruolo di garante dell'integrità patrimoniale a tutela dei creditori anteriori al fallimento spetta al

¹⁴ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

curatore. Secondo la Corte di Cassazione infatti *«l'art. 66 l. fall. ripropone, in ambito fallimentare, la revocatoria ordinaria codicistica. L'unica differenza fra la revocatoria ex art. 66 L.FALL. e la revocatoria ex art. 2901 cod. civ. è l'ambito di efficacia: la prima, esercitata dal curatore, giova a tutti i creditori, la seconda giova soltanto al creditore che ha esercitato l'azione. Ma le caratteristiche dell'azione sono le medesime, trattandosi dello stesso istituto trasposto in un diverso settore dell'ordinamento»*.¹⁵ L'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore fallimentare presenta la stessa struttura e gli stessi presupposti contenuti dall'art. 2901 c.c., e cioè vale a dire l'esistenza di un credito, la sussistenza del presupposto oggettivo dell'*eventus damni* e del presupposto soggettivo del *consilium fraudis*. In particolare, la Suprema Corte ha più volte affermato che *«le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinarie, consistono nell'esistenza di un valido rapporto di credito tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore disponente; nell'effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore dell'atto traslativo; nella ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della consapevolezza che, con l'atto di disposizione venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori»*.¹⁶

A proposito dell'azione revocatoria, la giurisprudenza concorda sul fatto che essa debba mirare a dichiarare l'inefficacia del pagamento di un credito anche se solamente eventuale e non necessariamente caratterizzato dall'elemento della certezza e determinato nell'ammontare, scaduto ed esigibile. Si ritiene, infatti, che *«poiché anche il credito eventuale, in veste di credito litigioso, è idoneo a determinare – sia che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione giudiziale in separato giudizio, sia che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 cod. civ., avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore, il giudizio promosso con l'indicata azione non è soggetto a sospensione necessaria a norma dell'art. 295 cod. proc. civ. per il caso di pendenza di controversia avente ad oggetto l'accertamento del*

¹⁵ Cass. Civ., 7 maggio 2015, n. 9170.

¹⁶ Cass. Civ., 7 ottobre 2008, n. 24757.

*credito per la cui conservazione è stata proposta la domanda revocatoria, in quanto la definizione del giudizio sull'accertamento del credito non costituisce l'indispensabile antecedente logico – giuridico della pronuncia sulla domanda revocatoria, essendo d'altra parte da escludere l'eventualità di un conflitto di giudicati tra la sentenza che, a tutela dell'allegato credito litigioso, dichiara inefficace l'atto di disposizione e la sentenza negativa sull'esistenza del credito».*¹⁷

Presupposto oggettivo è *l'eventus damni*, che impone al curatore l'onere della prova del pregiudizio arrecato dall'atto al patrimonio del debitore che si traduce, nel contesto fallimentare, nel pregiudizio alla massa creditoria. Pregiudizio da intendersi tanto come riduzione o svilimento del valore della garanzia patrimoniale rappresentata dai beni di quest'ultimo ovvero come la semplice determinazione di una maggiore difficoltà, incertezza o dispendio dell'esazione coattiva del credito. Infatti si sostiene autorevolmente che *«in tema di revocatoria ordinaria, ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo dell'eventus damni, la cui sussistenza il curatore deve provare, non è necessario che l'atto abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, ma è sufficiente che abbia causato maggiore difficoltà od incertezza nel recupero coattivo, secondo una valutazione operata "ex ante", con riferimento alla data dell'atto dispositivo e non a quella futura dell'effettiva realizzazione del credito, avendo riguardo anche alla modificazione qualitativa della composizione del patrimonio».*¹⁸

Il giudizio circa l'incertezza e la difficoltà nell'esazione del credito *«deve essere effettuato da parte del giudice e deve essere ex ante, con riferimento specifico alla data dell'atto dispositivo».*¹⁹ Quanto al presupposto soggettivo si distinguono casistiche diverse, a seconda del momento in cui sia stato compiuto l'atto pregiudizievole. Nel caso in cui l'atto soggetto a revocatoria sia stato compiuto dal debitore dopo il sorgere del credito, la prova del presupposto soggettivo si limita alla dimostrazione del solo *consilium fraudis*, vale a dire la dimostrazione della consapevolezza da parte del convenuto del pregiudizio che

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 18 maggio 2004, n. 9440.

¹⁸ Cass. Civ., 1 agosto 2007, n. 16986.

¹⁹ Cass. Civ., 7 ottobre 2008, n. 24757.

l'atto è astrattamente idoneo ad arrecare, senza necessità di verificare lo specifico intento di nuocere (c.d. *animus nocendi*). Invece, nel caso in cui l'atto dispositivo da voler rendere inefficace sia stato compiuto prima del sorgere del credito rileverà la volontà dell'autore dell'atto, alla data della sua stipulazione, di contrarre debiti e preconstituire così in questo modo l'incapacità del suo patrimonio a soddisfarli. In pratica occorre individuare una dolosa predeterminazione in capo al debitore nel compiere un atto idoneo a porsi in una situazione di parziale o totale impossidenza in modo da precludere o rendere difficile al creditore l'attuazione coattiva del suo diritto.

Inoltre, va sottolineata un'ulteriore differenziazione in relazione alla revocatoria ordinaria sugli atti a titolo gratuito da quelli a titolo oneroso. Per gli atti a titolo gratuito occorrerà provare il *consilium fraudis* del solo debitore, mentre per gli atti a titolo oneroso si richiede oltre che alla consapevolezza del debitore, anche il *consilium fraudis* in capo al terzo destinatario del revocando atto. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito come il requisito, della consapevolezza dell'idoneità in astratto ad arrecare pregiudizio dell'atto tanto in capo al debitore che al terzo destinatario dell'atto deve essere riscontrato «*al momento in cui il credito sorge e non con riferimento al momento della sua scadenza*».²⁰ Quanto al campo applicativo della norma in esame, parte della dottrina ha ritenuto che «*l'azione revocatoria possa essere proposta contra qualsiasi tipo di atto a condizione che questo comporti una disposizione patrimoniale da parte del debitore*».²¹

3.1. Gli effetti dell'azione Revocatoria ordinaria ex art. 66 l.fall.

Quanto agli effetti, la revocatoria ordinaria non rende nullo l'atto revocato, bensì lo rende semplicemente inefficace nei confronti della massa dei creditori. Sul punto, la giurisprudenza si è espressa nel senso che «*il vittorioso esperimento di un'azione revocatoria ordinaria non è idoneo a determinare alcun effetto*

²⁰ Cass. Civ., 18 agosto 2011, n. 17356/2011.

²¹ S. D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 2008.

*restitutorio rispetto al patrimonio del disponente, né tantomeno alcun effetto direttamente traslativo in favore dei creditori e comporta soltanto l'inefficacia dell'atto rispetto ai creditori procedenti, rendendo il bene alienato assoggettabile all'azione esecutiva, senza in alcun modo caducare, ad ogni altro effetto, l'avvenuta disposizione».*²² Il fatto che l'effetto della pronuncia favorevole di revocazione ordinaria su un dato atto dispositivo sia quello di rendere inefficace l'atto stesso rendendolo inopponibile nei confronti dei creditori proponenti è chiara espressione della volontà del legislatore di non estinguere, ne tanto meno di invalidare, il negozio stipulato tra debitore e terzo. Quest'ultimo diverrà così titolare di un diritto di credito di valore corrispondente alla prestazione oggetto dell'obbligazione contenuta nell'atto revocato e l'unica modalità di riscossione prevista in caso di fallimento del debitore sarà proprio attraverso la partecipazione alla procedura concorsuale, esercitata formalmente con l'insinuazione al passivo fallimentare.

La volontà del legislatore è chiaramente quella di tutelare la massa dei creditori nel suo complesso in ossequio del principio della *par condicio creditorum*, e ciò si traduce nell'attrazione del bene oggetto della disposizione revocata all'interno dell'attivo fallimentare, che rappresenta di fatto il patrimonio da cui attingere per il soddisfacimento dei relativi crediti.

I termini di prescrizione dell'azione revocatoria ordinata sono stati individuati a più riprese dalla Corte di Cassazione secondo la quale « *L'azione revocatoria ordinaria si prescrive in cinque anni, decorrenti secondo la giurisprudenza maggioritaria dal momento in cui è stato compiuto l'atto pregiudizievole o dal giorno della pubblicazione dell'atto nel caso in cui sia prescritta dalla legge la sua annotazione* »²³, secondo una tesi minoritaria, il «*termine di prescrizione decorrerebbe dalla data della dichiarazione di fallimento* ».²⁴

²² Trib. Roma, 27 maggio 2013, n. 11548.

²³ Cass. Civ., 19 dicembre 2008, n. 29896, Cass. Civ., 22 agosto 2007, n. 17967, Cass. Civ., 26 febbraio 2002, n. 2792.

²⁴ Cass. Civ., 15 maggio 1997, n. 296.

4. La revocatoria fallimentare: presupposto oggettivo e presupposto soggettivo

La revocatoria fallimentare è disciplinata dall'art. 67 della L. Fall. e rappresenta il principale strumento di tutela della *par condicio creditorum* nella misura in cui pone una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza e dispone il rispetto del divieto di alterazione del legittimo ordine dei privilegi.

La *ratio legis* è fornire al curatore lo strumento con cui ricostruire il patrimonio del fallito. La disciplina è stata profondamente innovata dal Decreto Competitività n. 35/2005 convertito con Legge 14 maggio 2005 n. 80, (per le procedure concorsuali iniziate dopo il 17 marzo, 2005) con ulteriori modifiche apportate successivamente dal Decreto Correttivo n. 5/2006.

Il presupposto oggettivo dell'azione revocatoria fallimentare è stato oggetto di attenta analisi da parte della dottrina e la giurisprudenza. Si è parlato della c.d. teoria indennitaria, secondo la quale sostanzialmente la revocatoria fallimentare presupporrebbe necessariamente la prova della sussistenza del danno, al pari di quanto previsto per la revocatoria ordinaria.²⁵ Al contrario, i sostenitori della teoria anti-indennitaria o redistributiva ritengono, che la redistribuzione delle perdite derivanti dall'insolvenza del fallito dovrebbe avvenire tra coloro che, nel periodo sospetto, hanno beneficiato di atti di disposizione patrimoniale, ancorché consapevoli dello stato di decozione, con conseguente presunzione *juris* ed *de iure* del danno.²⁶

Sul punto è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite che, accogliendo la teoria anti-indennitaria, ha specificato come «l'“*eventus damni*” è “*in re ipsa*” e consiste nel fatto stesso della lesione della “*par condicio creditorum*”, ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. Per cui grava, in tal senso, sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia

²⁵ Cass. 8 marzo 2010, n. 5505; Trib. Perugia, 15 marzo 2011; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009.

²⁶ A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970.

*stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche garantito, come nella specie, da ipoteca gravante sull'immobile compravenduto) non esclude la possibile lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi».*²⁷

Anche la giurisprudenza di merito più recentemente ha affermato come dal suo punto di vista per l'accoglimento dell'azione revocatoria sia tutto sommato sufficiente che sussista la conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore da parte del terzo (rilevando come essa sia dimostrabile anche per il tramite di elementi indiziari) e che il compimento dell'atto avvenga nel periodo sospetto. Non assumerà rilevanza dunque il pregiudizio alla massa creditoria che è sempre e comunque presunto *ex lege* salvo la dimostrazione della specifica prova contraria da parte del terzo convenuto in revocatoria.²⁸

Con riferimento invece alla giurisprudenza della Suprema Corte va rilevato come essa affermi, sempre in tema di revocatoria fallimentare, che il danno riconducibile a quelli che sono atti negoziali e al contempo solutori, debba considerarsi la lesione alla *par condicio creditorum* e che si sostanzia nell'uscita del bene dalla massa fallimentare. Tale impostazione risulta essere perfettamente coerente con la funzione redistributiva che appartiene alla revocatoria fallimentare, accordatagli dalla teoria anti-indennitaria.²⁹

Passando al presupposto soggettivo, preliminarmente occorre fare una precisazione riguardo la distinzione tra atti "normali" e atti "anormali" di pagamento, cioè tra gli atti che possono essere compiuti nel normale esercizio dell'attività d'impresa e gli atti che presentano delle anomalie rispetto all'ordinaria attività di gestione dell'imprenditore fallito.

²⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028.

²⁸ Trib. Padova, 10 novembre 2015, n. 3022.

²⁹ Cass. Civ., 19 dicembre 2012, n. 23430.

Qualora trattasi di atti “normali”, il curatore deve provare l’esistenza della conoscenza da parte del convenuto, al tempo in cui è stato concluso l’atto, dello stato di insolvenza del debitore (c.d. “*scientia decoctionis*”). In questo caso, quindi, l’onere della prova spetterà al curatore.

Al contrario, in caso di un atto “anormale”, il curatore è chiamato a fornire la prova della conoscenza dello stato di insolvenza in capo al convenuto con riferimento al momento in cui l’atto è stato compiuto. Invero, al curatore, si sostituisce direttamente la legge in tale valutazione: la conoscenza in capo al convenuto infatti è presunta *ex lege* nel caso in cui venga compiuto un atto anormale. La presunzione della conoscenza si impernia sull’anormalità intrinseca dell’atto nel senso che è proprio in virtù dell’anormalità del compimento di tale atto che il convenuto avrebbe potuto e dovuto dedurre che il debitore fosse insolvente. Si assiste qui alla cosiddetta inversione dell’onere della prova in capo al convenuto di cui all’art. 67, comma 1, l.fall.³⁰A fondamento di tale impostazione, la legge presume che l’atto anormale abbia prodotto un vantaggio al convenuto, il quale era, per presunzione, a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore poi fallito. L’inversione è tale per cui spetterà direttamente al terzo dimostrare di non essere stato a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell’atto per sottrarsi alla revocatoria.

Secondo la Suprema Corte, il momento determinante ai fini della verifica della *scientia decoctionis* è il momento in cui il debitore, poi fallito, pone in essere il singolo atto revocabile - vale a dire la data di stipulazione del contratto, quella del pagamento o quella di costituzione della garanzia - non essendo rilevante se la conoscenza dello stato d’insolvenza interviene successivamente a tale momento.³¹ Più specificatamente occorrerà dimostrare che il terzo convenuto in revocatoria avesse una conoscenza effettiva, e non solo potenziale, dello stato d’insolvenza del debitore al momento del compimento del revocando atto, non essendo sufficiente la dimostrazione della semplice conoscibilità potenziale dell’insolvenza.

³⁰ La norma recita “...salvo che salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore...”

³¹ Cass. Civ., 5 aprile 2001, n. 5041.

Come acutamente osservato occorrerà verificare « *la concreta situazione psicologica del terzo e non l'astratta conoscibilità oggettiva delle condizioni economiche di controparte* ». ³² In questo senso, infatti, la giurisprudenza di merito ha recentemente specificato come in tema di revocatoria fallimentare, l'onere di dimostrare la conoscenza effettiva da parte del creditore dello stato d'insolvenza che grava sul curatore, deve necessariamente essere riferito ai presupposti e alle condizioni effettive in cui il creditore abbia operato. ³³

Il curatore per provare la *scientia decoctionis* dovrà effettuare una valutazione facendo ricorso ad elementi indiziari gravi, precisi e concordanti, che possano dimostrare mediante un iter-logico giuridico che il terzo, usando la comune diligenza e tenendo conto dei rapporti intercorsi con il fallito, avrebbe dovuto conoscere lo stato di dissesto in cui versava il debitore.

A tal proposito la Suprema Corte, con una recente pronuncia, ha ribadito che la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo « *può essere provata anche con indizi e fondata su elementi di fatto, purché idonei a fornire la prova per presunzioni di tale effettività. La scelta degli elementi che costituiscono la base della presunzione ed il giudizio logico con cui dagli stessi si deduce l'esistenza del fatto ignoto costituiscono un apprezzamento di fatto che, se adeguatamente motivato, sfugge al controllo di legittimità* ». ³⁴

A titolo meramente esemplificativo citiamo delle fattispecie individuate dalla giurisprudenza configurabili come “indici” dello stato di insolvenza come ad esempio l'esistenza di protesti a carico del debitore ³⁵, l'esistenza di procedure esecutive a carico del fallito l'iscrizione di un'ipoteca ³⁶, l'emissione di decreti ingiuntivi ³⁷, la pendenza di un'istanza di fallimento ³⁸, le voci negative di bilancio

³² L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

³³ Cass. Civ., 14 gennaio 2016, n. 504.

³⁴ Cass. Civ., 30 ottobre 2015, n. 22184.

³⁵ Trib. S. Remo, 19 marzo 2002.

³⁶ Cass. Civ., 14 aprile 1994 n. 3507.

³⁷ Trib. Milano, 21 maggio 1992 in *Dir. Fall.* 1992, 982.

³⁸ Cass. Civ., 28 ottobre 1998, n. 10738.

³⁹, i reclami dei fornitori, le rateizzazioni del credito, i ritardi dei pagamenti o il ricorso a mezzi anormali nell'esecuzione degli stessi⁴⁰.

Nell'analisi degli indizi finalizzata a dimostrare la *scientia decoctionis* da parte del curatore occorrerà valutare la situazione in relazione al caso concreto intesa come la capacità di percezione del soggetto che entra in contatto con una società in crisi in concreto. Ciò comporta che, «quando la prova dell'elemento soggettivo di un'azione revocatoria sia affidata ad elementi presuntivi, il Giudice sia tenuto, nell'ordine: ad indagare, «in termini rigorosi ed attenti, se gli indizi acquisiti agli atti del processo siano, ai sensi dell'art. 2729 c.c., gravi, precisi e concordanti»⁴¹; ad apprezzare «l'efficacia sintomatica dei singoli fatti noti, che devono essere valutati non solo analiticamente, ma anche nella loro convergenza globale, all'esito di un giudizio di sintesi»⁴²; a «desumere l'esistenza di un fatto ignoto dalla esistenza di fatti noti nel presupposto di una regolarità nella successione dei fatti appartenenti alla medesima specie»⁴³ e a seguire un procedimento che «si articola in due momenti valutativi; in primo luogo, occorre che il giudice valuti in maniera analitica ognuno degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e, invece, conservare quelli che, presi singolarmente, rivestano i caratteri della precisione e della gravità, ossia presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, egli deve procedere a una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati e accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni indizi».⁴⁴

In altre parole, dovranno analizzarsi i singoli fatti noti valutandone la specifica portata unitaria e, operando una comparazione generale per mezzo di un giudizio di sintesi, si dovrà verificare la sussistenza della *scientia decoctionis* in

³⁹ Corte App. Bologna, 13 aprile 2000 in Dir. Fall. 2000, II, 782.

⁴⁰ Trib. Padova, 1 marzo 2002 in Giur. merito 2002, 1264.

⁴¹ Cass. Civ., 20 febbraio 2003, n. 2584.

⁴² Cass. Civ., 24 novembre 2003, n. 17858.

⁴³ Cass. Civ., 26 marzo 2003, n. 4472.

⁴⁴ Cass. Civ., 18 settembre 2003, n. 13819.

capo al soggetto che abbia ricevuto uno o più pagamenti da un imprenditore poi dichiarato fallito. L'analisi compiuta dal curatore è quindi finalizzata a dimostrare la conoscenza da parte del terzo dello stato d'insolvenza del debitore al momento della stipulazione dell'atto, ragion per cui l'iter logico – motivazionale compiuto dal curatore non può prescindere dal concetto d'insolvenza ex art. 5 legge fall., che si qualifica come quello stato patologico ed irreversibile d'incapacità a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni da parte dell'imprenditore.

Tale irreversibile incapacità deve generare un inadempimento e non deve essere confusa con le altre situazioni di semplice crisi o di difficoltà aziendale, che non a caso il legislatore della riforma ha indicato come qualitativamente diverse ed autonome.

Sempre con riferimento poi agli indizi che debbono essere presi in considerazione dal curatore in relazione alla dimostrazione della conoscenza dello stato d'insolvenza, urge una precisazione che riguarda i soggetti come banche o altri operatori qualificati. Nel caso in cui il convenuto sia un operatore qualificato ogni indizio dovrà essere valutato con più gravità in virtù del fatto che questi operatori economico-finanziari, data la loro particolare attività, hanno la possibilità di ottenere maggiori informazioni rispetto a quelle solitamente ottenibili da un comune operatore o da un privato, in quanto posseggono strumenti informativi e competenze tecniche specifiche tali da consentire un approfondita valutazione delle situazioni patrimoniali, finanziarie ed economiche dei propri debitori.

Secondo la giurisprudenza, la qualifica di operatore qualificato deve però essere integrata da ulteriori elementi, non essendo essa sufficiente a provare la conoscenza dello stato di insolvenza. La Suprema Corte, in linea con la giurisprudenza, ha successivamente ribadito come, *«ai fini della scientia decoctionis, la qualità di operatore bancario di colui che entra in contatto con l'insolvente non rileva di per sé, ma soltanto quando ci si trova in presenza di concreti collegamenti fra quel creditore ed i sintomi conoscibili dello stato di*

insolvenza»⁴⁵, statuendo come «*per il raggiungimento della prova della scientia decoctionis con il mezzo delle presunzioni non basta una astratta conoscibilità oggettiva accompagnata da un presunto dovere di conoscere, sicché la qualità di banca di colui che entra in contatto con l'insolvente rileva non di per sé (neppure se correlata al parametro del tutto teorico del creditore avveduto) ma rileva solo in presenza di concreti collegamenti di quel creditore con i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza*»⁴⁶.

Quanto precede trova poi ulteriore conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui per il raggiungimento della prova della *scientia decoctionis* per mezzo delle presunzioni, non è sufficiente una conoscibilità per così dire astratta corredata dal presunto dovere di conoscere in capo al terzo.⁴⁷

Dunque la qualifica soggettiva di operatore qualificato non basta di per se a dimostrare la conoscenza dello stato d'insolvenza da parte dello stesso. Non opererà una presunzione legale in tal senso, con conseguente esonero dall'onere della prova per il curatore, ma piuttosto il grado della gravità degli indizi, posti a fondamento dell'iter logico-motivazionale del curatore, sarà maggiore in sede di valutazione degli stessi in virtù delle specifiche possibilità conoscitive che tali soggetti possiedono grazie agli strumenti tecnici a loro disposizione.

4.1. La prova contraria, il periodo sospetto e la consecuzione tra procedure concorsuali

Come detto, l'istituto dell'onere della prova così come applicato alla revocatoria fallimentare segue uno schema caratteristico che prevede in taluni casi l'inversione dello stesso onere probatorio a carico del convenuto. In tali casi

⁴⁵ Cass. Civ., 7 febbraio 2001, n. 1719, in *Fallimento*, 2001, 677 in senso conforme Trib. Bologna 29 giugno 2004, *ivi*, 2005, 96.

⁴⁶ Cass. Civ., 7 febbraio 2001, n. 1719, Cass. Civ. 28 febbraio 2007, n. 4762, in *BBTC*, 2008, II, 420.

⁴⁷ Cass. Civ., 10 maggio 2006, n. 10800: «*per il raggiungimento della prova della scientia decoctionis con il mezzo delle presunzioni non basta una astratta conoscibilità oggettiva accompagnata da un presunto dovere di conoscere, sicché la qualità di banca di colui che entra in contatto con l'insolvente rileva, non di per sé, neppure se correlata al parametro, del tutto teorico, del creditore avveduto, ma solo in presenza di concreti collegamenti di quel creditore con i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza*».

opererà appunto una presunzione legale di conoscenza da parte del terzo dello stato d'insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto. A tal proposito bisognerà distinguere fra “Atti normali” di cui al comma 1 dell'art 67 l.fall. e “Atti anormali” di cui al Comma 2 del medesimo articolo.

L'impostazione dell'onere della prova nella revocatoria fallimentare in caso di atti “normali” prevede che sia il curatore a provare l'esistenza del presupposto soggettivo della conoscenza da parte del convenuto, al tempo in cui è stato concluso l'atto, dello stato di insolvenza del debitore (c.d. *scientia decoctionis*). In caso di atti “anormali” invece opererà la presunzione iuris tantum di conoscenza dello stato di insolvenza, del debitore poi fallito, da parte del convenuto in revocatoria sicché il curatore non dovrà fornire alcuna prova; la stessa dovrà essere dimostrata dal convenuto il quale nello specifico dovrà provare la non conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore al momento della stipulazione dell'atto. La differenziazione tra atti “normali” ed atti “anormali”, quindi, produce delle ripercussioni direttamente sul soggetto su cui grava l'onere della prova e eventualmente sulla prova che il convenuto è tenuto a fornire. In questo senso si parla di “*scientia decoctionis*” nel caso di atti “normali”, per i quali come detto l'onere di provare la conoscenza da parte del terzo spetterà al curatore con la conseguenza che il terzo convenuto per sottrarsi alla revocatoria dovrà contrastare con prova contraria; mentre invece si parla di “*inscientia decoctionis*” in caso di atti “anormali”, per i quali opera una presunzione legale circa la conoscenza da parte del terzo dello stato d'insolvenza, sicché l'onere della prova incomberà sul terzo convenuto, il quale, per sottrarsi alla revocatoria dovrà fornire la prova della propria non conoscenza dello stato d'insolvenza al momento della stipulazione dell'atto. Più precisamente, per sottrarsi alla revocatoria di un atto “normale”, il convenuto deve contrastare la prova fornita dal curatore a sostegno della revocatoria, allegando circostanze e fatti contrari dai quali emerge che la prova avversaria non è idonea a fondare la *scientia decoctionis*.⁴⁸

⁴⁸ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit: «Al contrario per sottrarsi alla revocatoria di un atto “anormale”, il convenuto deve contrastare la presunzione iuris tantum, dimostrando, nella comparsa di costituzione e risposta a pena di decadenza, l'assenza del presupposto soggettivo, vale a dire che, nel momento in cui ha compiuto l'atto revocabile, non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, poi fallito (c.d. *inscientia decoctionis*)».

Al contrario, con riferimento agli atti “anormali”, si parla di inversione dell’onere della prova in quanto il convenuto in revocatoria deve fornire la prova positiva che, nel momento in cui è stato posto in essere l’atto revocabile, esistevano specifiche, concrete ed oggettive circostanze tali da far ritenere, ad una persona di media diligenza, che l’imprenditore si trovava in una situazione di ordinario esercizio dell’impresa. In sostanza il convenuto, per sottrarsi alla revocatoria non potrà dimostrare che il debitore versasse in uno stato di difficoltà non coincidente con l’insolvenza e tale impostazione ha trovato conferma anche nella più recente giurisprudenza di legittimità.⁴⁹ Nulla dice la legge circa le modalità con cui il convenuto può fornire questa prova, ritenendosi pertanto che anche in questa fattispecie gli elementi indiziari posti a fondamento della propria prova siano gravi, precisi e concordanti.

Passando alla nozione di “Periodo sospetto” diciamo che secondo la legge per l’esercizio dell’azione revocatoria si debbono prendere in esame gli atti, espressione dell’attività del debitore (pagamenti, contratti, atti e costituzione di garanzie), compiuti in un determinato lasso temporale antecedente alla data della dichiarazione di fallimento o alla data di un diverso provvedimento nello specifico caso di consecuzione di procedure concorsuali. Il periodo sospetto sarà diverso a seconda della natura dell’atto cui fa riferimento, cioè la sua entità è variabile ed espressamente disciplinata nel caso specifico dal legislatore. Per effetto del d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005, i termini, cioè il lasso temporale, sono stati dimezzati e portati a due anni per gli atti a titolo gratuito, ad un anno per gli atti anormali ed a sei mesi per gli atti normali. Occorre specificare che il momento preciso cui far riferimento per la decorrenza dei termini per la revocabilità di un atto mediante revocatoria fallimentare coincide non con la data della dichiarazione di fallimento in quanto tale, bensì con la data di pubblicazione della relativa dichiarazione di fallimento nel Registro Imprese, e quindi non dalla data di deposito della sentenza in cancelleria. Tanto è vero che secondo la recente giurisprudenza *«le norme dettate dalla legge fallimentare in materia di inefficacia*

⁴⁹ Cass. Civ., 19 gennaio 2016, n. 803: *«il convenuto in revocatoria non è ammesso a provare che, nel periodo suddetto, il debitore versava in una situazione di sola temporanea difficoltà ad adempiere, potendo solamente contestare la percezione dei sintomi del dissesto con l’allegazione, se del caso, dei fatti dimostrativi della propria “inscientia decoctionis”».*

*e revocabilità di atti fanno indistintamente riferimento, ai fini dell'individuazione del dies a quo di decorrenza a ritroso del periodo sospetto, alla data di dichiarazione del fallimento, il che, nel vigore del testo originario di tale normativa, senza dubbio indicava la data di pubblicazione della sentenza, intendendosi per tale la data di pubblicazione della sentenza, intendendosi per tale la data di deposito in cancelleria. Tuttavia, l'attuale testo dell'art. 16, comma 2, l. fall., come risulta modificato a seguito delle recenti leggi di riforma, statuisce che l'efficacia verso i terzi della sentenza dichiarativa di fallimento comincia a decorrere dalla data della sua avvenuta iscrizione nel registro delle imprese. In materia revocatoria dunque, il periodo sospetto decorre a far tempo non dalla data del deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa di fallimento, ma dalla data di iscrizione della stessa nel registro delle imprese».*⁵⁰ Nel caso di pronuncia di sentenza dichiarativa di fallimento da parte di un tribunale rivelatosi poi incompetente, cui segue poi altra dichiarazione resa contestualmente dal tribunale dichiarato competente, il periodo sospetto si computerà a ritroso dalla data di pubblicazione della prima sentenza dichiarativa di fallimento, ancorché emessa da un giudice incompetente, al fine ultimo di preservare l'efficacia sostanziale degli atti sino a quel momento posti in essere e tale ricostruzione risulta essere coerente con quella della Suprema Corte.⁵¹

A proposito della consecuzione tra procedure concorsuali è d'uopo il rimando al d.l. 22 giugno 2012, n. 83, il quale nel testo integrato dalla successiva legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134 ha introdotto il comma 2 dell'art. 69-bis, l. fall., secondo cui «nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo

⁵⁰ Trib. Milano, decr., 23 gennaio 2014.

⁵¹ Cass. Civ., 5 novembre 2010, n. 22544: «*La risoluzione del conflitto positivo di competenza (territoriale) tra due tribunali fallimentari e la conseguente individuazione, quale giudice competente, di un tribunale diverso da quello che per primo ha dichiarato il fallimento, non comporta la cassazione della relativa sentenza e la caducazione degli effetti sostanziali della prima dichiarazione di fallimento, ma solo la prosecuzione del procedimento avanti al tribunale ritenuto competente, presso il quale la procedura prosegue con le sole modifiche necessarie (sostituzione del giudice delegato) o ritenute opportune (sostituzione del curatore), avuto riguardo al principio dell'unitarietà del procedimento fallimentare a far tempo dalla pronuncia del giudice incompetente, enunciato dall'art. 9 bis legge fall. (introdotto dall'art. 8 del d.lg. n. 5 del 2006), ma desumibile anche dal sistema e dai principi informatori della legge fallimentare, nel testo anteriormente vigente. Ne consegue che anche il periodo sospetto cui si riferisce l'azione revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67 legge fall., decorre a ritroso dalla prima dichiarazione di fallimento».*

segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64,65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese». Questa norma ha cristallizzato, a livello normativo, il c.d. principio della consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e il fallimento, in questo senso il Trib. Milano, con decr., 23 gennaio 2014 ha stabilito che il dies a quo da prendere in considerazione per il calcolo del periodo sospetto, ai fini dell'operatività della revocatoria fallimentare, sia fissato nella data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, poiché per la legge questo è il momento a partire dal quale la stessa domanda di concordato produce i suoi effetti rendendo oggettivo lo stato di crisi.

L'effetto tipico prodotto dall'applicazione del principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento è dunque la c.d. retrodatazione degli effetti prodottisi dalla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento all'interno del registro delle imprese. E ciò si spiega nell'interpretazione fornitaci dalla Corte di Cassazione in merito all'argomento, secondo la quale sostanzialmente in caso di consecuzione di procedure di cui la seconda sia poi sfociata in fallimento, la data da prendere in considerazione per la decorrenza degli effetti deve necessariamente essere quella relativa alla prima procedura avviata poiché la consecuzione di per sé da luogo non già ad un'autonoma procedura, bensì da luogo alla modifica in corso d'opera di una procedura già avviata in favore di una nuova e pertanto le due dovranno essere considerate come una procedura unitaria.

L'unitarietà accordata alle due procedure che si susseguono giustifica l'impostazione relativa alla decorrenza dei termini dalla data di pubblicazione della domanda di concordato precedente alla poi successiva dichiarazione di fallimento. L'unitarietà si giustifica altresì, sul piano logico-giuridico, se si considera che lo stato di crisi, inteso ai sensi dell'art 2 C.C.I. come "lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate", può considerarsi eventualmente come una sorta di anticamera del fallimento laddove non vengano

attuare tempestivamente le politiche gestionali e di riorganizzazione d'indirizzo dell'attività d'impresa finalizzate al superamento dello squilibrio economico-finanziario patito. In quest'ottica infatti il susseguirsi del fallimento alla domanda di concordato preventivo, è perfettamente coerente con la consecuzione dello stato di insolvenza al precedente e meno allarmante stato di crisi da cui la stessa insolvenza si origina, sicché considerarle unitariamente non appare affatto illogico o irragionevole.

La norma in esame dunque sarà applicabile a tutte quelle ipotesi in cui alla domanda di concordato segua la dichiarazione di fallimento, rendendo di fatto totalmente irrilevante il periodo di tempo decorso tra la data di deposito della domanda di concordato e la declaratoria di fallimento. Infatti, come confermato dalla recente giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui al concordato preventivo segua il fallimento, tale susseguirsi darà luogo ad una procedura unitaria il cui momento iniziale deve necessariamente identificarsi con quello della prima procedura concorsuale. Da tale data decorreranno poi i termini per l'esercizio dell'azione revocatoria anche nel caso in cui fra fallimento e concordato vi sia un'interruzione temporalmente apprezzabile, visto e considerato che rappresentano l'unitaria manifestazione del medesimo stato di crisi.⁵²

Questo orientamento ha trovato poi ulteriore conferma nella giurisprudenza di merito, secondo cui *«nel caso in cui, dopo l'ammissione di una società di persone al concordato preventivo, segua la dichiarazione di fallimento della medesima società e dei soci illimitatamente responsabili ex art. 147 l. fall., il termine di cui all'art. 67 l. fall. per l'esercizio dell'azione revocatoria dell'atto personale del socio fallito decorre dal deposito della domanda di concordato della società alla prima procedura concorsuale, e non dalla data della sentenza di fallimento del socio, atteso che il carattere meramente consequenziale e dipendente del fallimento del socio rispetto a quello della società comporta che, ai fini della dichiarazione di fallimento, abbia rilevanza unicamente lo stato d'insolvenza della società (cfr. Cass. 17.2.2012 n. 2335)»*.⁵³

⁵² Cass. Civ., 29 marzo 2016, n. 6045.

⁵³ Trib. Forlì, 29 maggio 2015.

La tematica appena affrontata ha posto la dottrina nella condizione di interrogarsi sulla questione se la retrodatazione degli effetti della dichiarazione di fallimento in ossequio del principio di consecuzione di cui sopra, fosse applicabile anche al caso in cui la consecuzione avvenga fra due procedure concordatarie, di cui la seconda sia poi sfociata in fallimento. La distinzione rispetto al caso sopra esaminato riguarda la natura della seconda procedura avviata, che in questo secondo caso pur sfociando nel fallimento, non si configura nel fallimento inteso come procedura concorsuale: la conseguenza è che l'elemento in comune tra le 2 fattispecie citate (Consecuzione Concordato – Fallimento e Consecuzione Procedura Concordataria – Altra procedura concordataria poi sfociata nel fallimento) risulta esclusivamente essere il definitivo sfociare nel fallimento. Più in particolare la corte si è interrogata, come esplicitato da autorevole opinione⁵⁴ se il meccanismo relativo alla rinuncia e ripresentazione della domanda possa determinare automaticamente la caducazione degli effetti della stessa o meno.

A tal riguardo, è stato osservato da autorevole opinione come *«ogniqualevolta il passaggio dalla prima procedura alla seconda avvenga senza soluzione di continuità a livello logico e temporale (come accade quando il decreto che dichiara estinto il concordato reso oggetto di rinuncia sia emanato contestualmente a quello di ammissione del nuovo, la cui domanda ben può essere presentata – come si è visto – unitamente alla rinuncia e sul presupposto della presa d'atto della stessa da parte del tribunale), gli effetti del nuovo concordato retroagiscono alla data del primo ricorso (...) Diversamente, laddove la dichiarazione dell'estinzione della prima procedura e l'apertura della nuova non intervengano contestualmente, ma siano separate da un'apprezzabile discontinuità (tanto logica quanto temporale), non sembra vi siano i margini per l'utile invocazione della consecutio, con la conseguenza che (...) gli effetti del nuovo concordato non possono legittimamente retroagire alla data di quello originario»*.⁵⁵ Ammettendo dunque tale continuità tra procedure, purché limitata ai soli casi in cui possa ravvisarsi una consequenzialità logica e temporale fra la

⁵⁴ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, 2014.

⁵⁵ Cfr. S. AMBROSINI S., M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, cit..

conclusione della prima e l'avvio della seconda procedura concordataria poi sfociata nel fallimento (ed essendo la consequenzialità logica tra le due procedure il presupposto del principio di consecuzione), dovrà coerentemente ammettersi la retrodatazione degli effetti del concordato preventivo (e dell'eventuale successivo fallimento) alla data di avvio della prima procedura, con la conseguenza che il decorso del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare dovrà essere calcolato dal momento di avvio della prima procedura concordataria, e cioè dall'avvenuto deposito della domanda di concordato.

Deve tuttavia osservarsi come alcune recenti pronunce di merito abbiano ristretto l'ambito di operatività del principio e dei suoi effetti.⁵⁶ D'altronde, ove prevalesse una simile impostazione, il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria dovrebbe decorrere dalla data in cui sia avvenuta la pubblicazione nel registro delle imprese della seconda domanda di concordato poi sfociato in fallimento, sempreché fra le due procedure sussista il nesso di consecuzione logica e temporale.⁵⁷

4.2. Gli atti Anormali

Premesso ciò appare doveroso effettuare un'approfondita analisi delle singole fattispecie disciplinate dall'art. 67 l.fall. Come visto, al comma 1 n. 1, l'attenzione del legislatore si pone sugli atti a titolo oneroso stabilendo che sono revocabili mediante revocatoria fallimentare gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato

⁵⁶ Trib. Forlì, 3 novembre 2015 osserva che: «non può ravvisarsi alcuna continuità e consecuzione tra una prima domanda di concordato già dichiarata inammissibile a seguito della revoca dell'ammissione ex art. 173 l. fall., ed una successiva domanda di concordato, in considerazione del fatto che il concetto di consecuzione concerne l'ipotesi in cui ad una procedura concorsuale minore faccia seguito il fallimento. Il principio di consecuzione tra procedure si fonda sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di continuità fra le stesse di natura non tanto temporale ma piuttosto causale; pertanto, soprattutto in presenza di un rilevante intervallo temporale fra le due procedure, ai fini della retrodatazione del periodo sospetto alla data di pubblicazione della domanda di concordato è necessario verificare se il successivo fallimento sia stato dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quel medesimo stato di insolvenza che aveva portato al deposito della domanda concordataria; nel caso in esame il trascorrere di circa un anno tra la chiusura della prima procedura e l'inizio della successiva depone non certo a favore del riconoscimento di un simile rapporto».⁵⁶

⁵⁷ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

dato o promesso, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza al momento della stipulazione dell'atto.

Il n. 1 del primo comma contiene al suo interno il riferimento alla c.d. sproporzione che deve sussistere fra la prestazione del convenuto e quella del fallito affinché l'atto a titolo oneroso possa essere revocato. Il legislatore poi intervenendo con le recenti modifiche *“ha quantificato con esattezza la soglia di sproporzione che giustifica l'azione revocatoria fallimentare”* prevedendo che essa debba essere superiore almeno ad un quarto rispetto al corrispettivo (mentre in precedenza, si richiedeva soltanto una *“notevole sproporzione”* che è stata oggetto di interpretazione sistematica negli anni). Al comma 1 n. 2), l'attenzione si sposta sugli atti estintivi di debiti effettuati con mezzi non normali (anormali) di pagamento. Essi sono atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, e se sono compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, sono revocabili. Sempre il Comma 1, al n.3 sancisce poi la revocabilità delle garanzie costituite per debiti preesistenti non scaduti, ed è stabilito che appunto sono soggetti a revocatoria fallimentare i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non ancora scaduti; La struttura del n.4 poi segue quella del n.3 prevedendo a sua volta la revocabilità di pegni, anticresi e ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro i sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti. Con riferimento

Le fattispecie delineate dai nn. 3 e 4 seppur simili presentano delle differenze che in particolare concernono l'operatività temporale e la scadenza ed esigibilità del debito preesistente. Sostanzialmente il legislatore sottopone a revocatoria le garanzie che vengono costituite su debiti preesistenti del fallito, distinguendo a riguardo a seconda che il debito per cui la garanzia è costituita, fosse scaduto ed esigibile o meno al momento della costituzione della garanzia stessa. Infatti nel caso in cui il debito preesistente non fosse scaduto al momento della costituzione, ricadendo così nell'ambito applicativo del n.3, è necessario che la garanzia sotto forma di pegno, ipoteca volontaria o anticresi sia stata costituita

almeno 1 anno prima della data di dichiarazione di fallimento. Nel caso in cui invece il debito preesistente fosse già scaduto al momento della costituzione integrando la fattispecie di cui al n. 4, è necessario che la garanzia sia stata costituita almeno 6 mesi prima della data di dichiarazione di fallimento. Il novero delle fattispecie di garanzia costituibile si allarga: Oltre che le già citate pegno, anticresi ed ipoteca volontaria, il n. 4 menziona espressamente anche l'ipoteca giudiziale. Proseguendo nell'analisi dell'art. 67 l.fall. è da sottolineare per la sua importanza come la dottrina distingue tra atti "anormali" oggetto della disciplina di cui al comma 1) fin qui trattata, e atti "normali" di cui al comma 2) che tratteremo in seguito. Tra gli atti anormali bisogna distinguere in tre diverse categorie: Gli atti con prestazioni sproporzionate; i pagamenti con mezzi anormali; le garanzie costituite per debiti preesistenti non scaduti e per debiti preesistenti scaduti. Il requisito dell'"anormalità" a ben vedere si verifica per quelle operazioni che, per la loro eccezionalità rispetto a come quotidianamente si regolano i rapporti imprenditoriali, risultano essere sospette. È il caso proprio dei contratti a prestazioni corrispettive sproporzionati, del pagamento mediante mezzi anormali di pagamento e la costituzione di garanzie non contestuali su debiti preesistenti. Infatti la sproporzione di cui al n. 1 del comma 1 rappresenta l'elemento fondante del sospetto, visto e considerato che in normali condizioni di stabilità economica nessuno venderebbe a "prezzo vile", cioè ad un prezzo di gran lunga inferiore (che il legislatore ha individuato ad un valore superiore al 25% in meno) rispetto al valore normale di mercato del bene se non avesse un impellente ed improrogabile bisogno di liquidità; così come la richiesta di garanzie sorte successivamente e non contestualmente alla stipulazione dell'atto è chiara espressione della preoccupazione da parte di chi eroga un credito allo scoperto, per la situazione economico e patrimoniale del debitore. Ed è lo stesso carattere di eccezionalità, che giustifica la presunzione *ex lege* della conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza, che si rinviene anche nelle fattispecie dei pagamenti con mezzi anormali, dal momento che invece di pagare con denaro il debitore utilizza strumenti sostitutivi inusuali rispetto alla prassi imprenditoriale.

Come è stato osservato *«la legge, in buona sostanza, muove dal presupposto che un tale comportamento, estraneo alla consueta dinamica dei*

*rapporti d'impresa, denoti l'incapacità del debitore d'adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e che tale circostanza non possa verosimilmente sfuggire all'attenzione di chi, in luogo della prestazione pecuniaria dovuta, accetti sistemi solutori diversi ed alternativi».*⁵⁸ Inoltre è stato evidenziato in relazione all'onere della prova nei casi di atti anormali dalla giurisprudenza che *«in tema di revocatoria fallimentare, l'art. 67, comma 1, fall. considera gli atti non normali nella prassi commerciale come sintomatici del dissesto del debitore poi fallito, e tali da giustificare la presunzione "iuris tantum" che l'altro contraente ne conoscesse lo stato di insolvenza al momento della conclusione del contratto, con la conseguenza che su tale contraente grava l'onere di fornire la prova contraria».*⁵⁹

4.2.1. Gli atti con prestazioni sproporzionate

Come detto, l'art. 67, comma 1, n. 1), l. fall. prevede che siano revocati, gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, a condizione che le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallimento sorpassino di oltre un quarto ciò che gli è stato dato o promesso. Dunque sono revocabili quegli atti ritenuti anormali poiché determinano una prestazione sproporzionata favorevolmente per il convenuto. La soglia del 25%, come anticipato, è stata introdotta dal Decreto Competitività n. 35/2005, che ha sancito a livello normativo un margine di valutazione già in uso nella prassi giurisprudenziale, ancorché prima della riforma la misura della sproporzione era rimessa alla discrezionalità del giudice. In tal senso, la Corte di Cassazione ha affermato come ⁶⁰ *«In tema di revocatoria fallimentare, il giudizio sulla "notevole sproporzione" tra le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso (che, ai sensi del comma 1 dell'art. 67 l. fall., deve sussistere per farsi luogo alla dichiarazione di inefficacia del negozio) prescinde da qualsiasi misura fissa o parametro da cui desumere il depauperamento, con riguardo al valore reale oggetto del negozio, e costituisce*

⁵⁸ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

⁵⁹ Cass. Civ., 21 luglio 2000, n. 9578.

⁶⁰ Cass. Civ., 3 gennaio 1998, n. 14.

un giudizio di merito insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato ed esente da vizi logici o giuridici ».

La valutazione della “sproporzione” deve essere quindi svolta con riferimento alle prestazioni reciproche tra le parti, facendo riferimento al momento in cui è stato concluso il contratto (e non al momento dell’esercizio della revocatoria), nonché alle circostanze del singolo caso concreto. Quanto detto trova conferma nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui *«in tema di revocatoria fallimentare, la valutazione sulla “notevole sproporzione” tra le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso, necessaria per la dichiarazione di inefficacia del negozio ai sensi dell’art. 67, primo comma, n. 1), legge fall. (nella versione anteriore alla modifica di cui al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, applicabile “ratione temporis”), deve essere effettuata “ex ante”, ossia al momento della conclusione del contratto, dovendosi prescindere da una misura fissa o parametro da cui desumere il depauperamento patrimoniale del debitore (analoga alla lesione “ultra dimidium” propria della rescissione), poiché è sufficiente, per la sua configurabilità, che tale depauperamento sia consistente»*.⁶¹

4.2.2 I pagamenti anormali

L’art. 67, comma 1, n. 2), l. fall. sanziona con la revocatoria gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. L’uso di mezzi di pagamento anormali da parte del debitore può essere figlio di molteplici ragioni, solitamente però esso deriva direttamente dallo stato d’insolvenza o di crisi. Il debitore, con l’esclusiva finalità di occultarlo, decide di adempiere alle obbligazioni facendo ricorso a modalità sintomatiche di un’impresa in difficoltà, tali da far presumere la conoscenza dell’insolvenza da parte del beneficiario del pagamento.

⁶¹ Cass. Civ., 6 luglio 2015, n. 13881.

Più dettagliatamente, la dottrina presume che l'accettazione da parte del beneficiario del pagamento avvenuto con mezzi anormali, sia sufficiente in sé per sé per presumere che lo stesso beneficiario potesse conoscere dell'impossibilità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni in modo regolare.⁶² Ciò premesso, è imprescindibile il come venga valutata l'anormalità di un atto per comprendere l'operatività della norma. A tal proposito, si è osservato come la valutazione circa la normalità o l'anormalità di un mezzo di pagamento, non può essere meramente astratta ma che dovrà necessariamente tenere conto del caso concreto cui si riferisce⁶³: ai fini della valutazione circa l'anormalità del pagamento, bisognerà dunque sempre fare riferimento al caso concreto e alle consuetudini ad esso riferibili. Come osservato in merito dalla Corte di Cassazione e dalla giurisprudenza, la normalità o anormalità di un dato mezzo di pagamento non può e non deve essere valutata dal punto di vista meramente astratto: è necessario un accertamento concreto. Infatti un mezzo di pagamento in particolare può assumere tanto la caratteristica della normalità quanto quella dell'anormalità semplicemente in base al contesto economico e allo specifico settore in cui tale pagamento si contestualizza: il mezzo di pagamento deve essere dunque confrontato con quelli che sono i mezzi usualmente praticati per regolare le obbligazioni in tale contesto o specifico settore.⁶⁴

In conclusione, la casistica delle fattispecie ricollegabili ai pagamenti anormali è varia e articolata, a titolo esemplificativo si possono citare di atti rientranti in tale categoria la *datio in solutum*⁶⁵, l'accollo liberatorio⁶⁶, l'erogazione di un finanziamento a saldo di un debito pregresso⁶⁷ oppure la cessione di credito se compiuta in funzione solutoria.⁶⁸

⁶² M. FERRO (a cura di), *Commento all'art. 67*, in *La legge fallimentare*, Cendon, 2011.

⁶³ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

⁶⁴ ⁶⁴ Cass. Civ., 21 luglio 2000, n. 9578; Trib. Brindisi, 27 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003, Trib. Milano, 8 febbraio 1999, in *Fallimento*, 1999.

⁶⁵ Cass. Civ., 4 marzo 2016, n. 4265.

⁶⁶ Cass. Civ., 23 dicembre 2015, n. 25928.

⁶⁷ Cass. Civ., 2 ottobre 2015, n. 3581.

⁶⁸ Cass. Civ., 31 ottobre 2014, n. 23621.

4.2.3 Le garanzie per debiti preesistenti non scaduti e scaduti

L'art. 67, comma 1, n. 3) e n. 4), 1. fall. prevede la revocatoria anche per le garanzie (pegni, anticresi e ipoteche volontarie) non contestuali, vale a dire costituite in riferimento a debiti preesistenti (scaduti o non scaduti) e onerose, poiché se fossero gratuite ricadrebbero nella previsione di cui all'art. 64 1. fall.

Il fondamento del sospetto si basa sulla concessione della garanzia in un momento successivo e non contestuale rispetto all'ottenimento del credito, ed è ritenuto a tutti gli effetti un indizio sintomatico dell'assenza di fiducia del creditore nei confronti del debitore circa l'effettivo futuro adempimento dell'obbligazione di pagamento. In quest'ottica l'assenza di fiducia pare debba considerarsi derivante dalla conoscenza del creditore stesso dello stato d'insolvenza del debitore⁶⁹. L'elenco di garanzie previsto dal tenore letterale dell'art. 67 1.fall. (pegni, anticresi e ipoteche) non deve considerarsi come tassativo, pertanto, rientreranno nel novero delle fattispecie di garanzia anche le garanzie atipiche, quali ad esempio la fideiussione, la cessione di credito a scopo di garanzia ed il pegno su merci.

4.3. Gli atti normali ex art 67, comma 2, 1.fall.

E veniamo ora al Comma 2 del medesimo articolo 67 il quale disciplina i c.d. atti normali. Ai sensi dell'art 67 1.fall. Co 2: “Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento”.

⁶⁹ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

La legge prevede in questi casi un regime probatorio aggravato per il curatore, visto e considerato che quest'ultimo deve fornire la prova della conoscenza da parte del convenuto, al tempo in cui è stato concluso l'atto, dello stato di insolvenza del debitore, non vigendo per queste fattispecie il regime presuntivo di cui al precedente comma 1 dell'art. 67 l. fall. Dunque il curatore fallimentare, laddove intenda sottoporre a revocatoria un determinato atto dispositivo configurabile come un atto normale, dovrà necessariamente provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del terzo al momento del compimento dell'atto.

Il regime probatorio vigente per tale categoria di atti poi risulta essere ancora più gravoso nei confronti del curatore: saranno assoggettabili a revocatoria tali atti purché siano stati compiuti nei sei mesi antecedenti alla dichiarazione di fallimento e sempreché venga provata dal curatore la conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore, al momento della stipulazione dell'atto. Pertanto, risulteranno essere revocabili, previo soddisfacimento del requisito temporale e soggettivo, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, di qualsiasi tipo, sia volontari che coattivi. Risulteranno altresì revocabili gli atti a titolo oneroso, sia traslativi che dichiarativi mentre invece, restano esclusi da questa categoria gli atti dispositivi derivanti da provvedimenti giurisdizionali e gli atti a titolo oneroso compiuti dal debitore per il mantenimento suo e della sua famiglia. Infine fra gli atti normali soggetti a revocatoria fallimentare debbono essere ricomprese anche le garanzie per debiti, anche di terzi, contestualmente create, siano esse garanzie reali o personali, tipiche o atipiche, sia per debiti propri del fallito che per debiti altrui.

5. I patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art 67-bis l.fall.

Esauritosi l'esame dell'art. 67 l. fall procediamo all'analisi dell'art successivo. L'art. 67-bis l. fall. così come introdotto dalla riforma del 2006 stabilisce la revocabilità degli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare così come previsto dall'art. 2447-bis, comma 1, lett. a), c.c.. Va

premesso che la revocabilità di tali atti è subordinata alla condizione che il beneficiario dell'atto sia a conoscenza dello stato d'insolvenza della società/debitore. Secondo la dottrina, fondamentale la ratio sottostante è quella di sottrarre il beneficio dell'autonomia patrimoniale a determinati beni utilizzati coinvolgendoli tutt'al più nelle vicende che interessano quello che è il patrimonio sociale, esponendo di conseguenza a revocatoria gli atti ad essi relativi che siano idonei ad arrecare pregiudizio al patrimonio della società.⁷⁰

Poiché il dato normativo in commento tace circa gli specifici atti soggetti a revocatoria che incidano su patrimoni destinati, parte della dottrina tende a ritenere che le fattispecie proprie dell'art. 67-bis debbano ricollegarsi inevitabilmente a quelle previste dall'art. 67 con l'ovvia precisazione che l'atto in questione deve essere idoneo ad incidere sul patrimonio destinato.⁷¹ Se ne deduce che debbano essere esclusi dal novero degli atti revocabili ex art. 67-bis gli atti a titolo gratuito ex art. 64 e i pagamenti ex art. 65: questo perché i due articoli, come già visto, disciplinano ipotesi di inefficacia di natura meramente dichiarativa che operano automaticamente a condizione della avvenuta dichiarazione di fallimento, mentre la sentenza che pronuncia la revoca in questo caso, e nei casi ex artt. 66 e 67 l.fall. non ha natura dichiarativa bensì costitutiva.

Con riferimento all'art 67-bis bisogna soffermarsi sui presupposti che debbono essere rispettati ai fini della sua esperibilità. Invero, l'azione ex art 67-bis l.fall. sarà esperibile a condizione che: l'atto sottoposto a revocatoria sia idoneo ad incidere sul patrimonio destinato ad uno specifico affare ed arrechi pregiudizio al patrimonio del fallito e sempreché il convenuto fosse a conoscenza dello stato di insolvenza al momento della stipulazione dell'atto. In particolare la necessità del pregiudizio derivante dall'atto revocato ha animato nel tempo un lungo dibattito avente ad oggetto quale fosse la natura dell'azione revocatoria ex art 67-bis. Infatti se per una parte della dottrina, *«la previsione del pregiudizio arrecato al patrimonio della società fallita, inteso come presupposto per l'applicazione della norma in commento sarebbe l'elemento consacrante la natura indennitaria*

⁷⁰ M. VENTORUZZO, M. MURATORE, *Commentario alla nuova legge fallimentare*, in C. CAVALLINI, S. RECCHIONE (a cura di), Egea, Milano, 2010.

⁷¹ M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, cit.

di questa particolare tipologia di revocatoria»⁷², c'è chi tende a fornire una diversa interpretazione, rilevando che la «specifica indicazione del pregiudizio non deve essere intesa come necessità di una prova specifica del danno, bensì nel senso di escludere dalla revocatoria gli atti che incidono unicamente sul patrimonio destinato senza tuttavia pregiudicare i creditori concorsuali»⁷³.

La seconda interpretazione risulta maggiormente allineata all'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in materia secondo cui l'azione revocatoria avrebbe una natura anti-indennitaria⁷⁴

Quanto infine al requisito soggettivo della conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore, ancorché in assenza di specifica previsione di legge, si ritiene che rientrino tra gli atti revocabili ex art. 67-bis l. fall. «*tutte le tipologie di atti, incidenti sul patrimonio destinato, riconducibili alle fattispecie disciplinate nell'art. 67, comma 1 e comma 2, l. fall. »*.⁷⁵

Con riferimento all'onere probatorio del curatore, si è discusso se debba trovare applicazione il regime probatorio previsto per la revocatoria fallimentare, con distinzione tra atti normali ed atti anormali. La risposta è negativa: sostanzialmente il curatore, nel caso in cui intenda agire in revocatoria ex art. 67-bis l. fall., dovrà sempre provare la *scientia decoctionis*, e quindi la conoscenza effettiva del terzo dello stato d'insolvenza del debitore al momento del compimento dell'atto; e ciò prescindere dal fatto che il revocando atto sia un atto "normale" o "anormale", non potendo beneficiare del regime di cui all'art. 67 comma 1 l. fall. caratterizzato dalla presunzione legale di conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza. Si è autorevolmente osservato che «*la necessità di riferire lo stato soggettivo alla società sembrerebbe impedire l'esistenza di presunzioni di conoscenza da parte dell'accipiens: infatti, la presunzione della conoscenza dello stato d'insolvenza, giustificata dal compimento di un atto*

⁷² G. ROMANO, *Commento all'art. 67 bis*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il Nuovo Fallimento*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁷³ S. BONFATTI, *L'azione revocatoria fallimentare nei nuovi fallimenti*, in www.unisi.it.

⁷⁴ Cass. Civ., sez. un. civ., 28 marzo 2006, n. 7028.

⁷⁵ M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, cit..

anomalo ex art. 67, comma 1, l.fall., rispetto alla fisiologica pratica degli affari, postula l'unicità del rapporto fra patrimonio e titolare, mentre quando il patrimonio, seppure riferibili ad un unico titolare, vive in una sfera di separazione rispetto a quello generale, la presunzione viene necessariamente meno, perché l'atto anomalo potrebbe far presumere una situazione di crisi del patrimonio separato, ma non certo di quello generale, né, quindi, una situazione d'insolvenza della società»⁷⁶. Ci si è interrogati inoltre se il curatore debba provare, per ottenere un provvedimento favorevole dal giudice, l'ulteriore elemento della conoscenza da parte del terzo dell'idoneità dell'atto ad arrecare un pregiudizio al patrimonio sociale: sul punto, la dottrina, interpretando conformemente al dettato normativo, ha chiarito che il curatore non deve fornire anche questa prova, ma deve limitarsi alla dimostrazione dell'esistenza del pregiudizio al patrimonio della società senza che debba provare tale conoscenza da parte del terzo.⁷⁷

6. Le esenzioni da revocatoria ex art. 67, comma 3, l.fall.

Nei precedenti paragrafi è stata analizzata la disciplina relativa alla revocatoria fallimentare in relazione alle singole fattispecie che ricadessero nel campo applicativo della norma stessa, si rende pertanto necessario per completezza espositiva, analizzare l'impianto normativo delle esenzioni in relazione alla revocatoria fallimentare. Il prossimi paragrafi propongono dunque l'analisi dettagliata delle singole fattispecie che sono esentate dalla revocatoria fallimentare ai sensi del comma 3 dell'art 67, nonché un approfondita analisi sul perché tali atti sfuggano alla revocabilità. Saranno pertanto oggetto di specifica analisi e trattazione le lettere a)-g) del comma 3 dell'art 67.

⁷⁶ Cfr. M. FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, Cedam, Padova, 2011.

⁷⁷ MURATORE, M. VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, artt. 64-123, Egea, Milano, 2010.

6.1. I pagamenti nei “termini d’uso” ex art. 67, comma 3, lett a) l.fall.

L’art. 67, comma 3, lett. a), l. fall dispone che non sono soggetti all’azione revocatoria: *«i pagamenti di beni e servizi effettuati nell’esercizio dell’attività d’impresa nei termini d’uso»*.

Il Legislatore, cioè, dispone l’esenzione da revocatoria dei pagamenti eseguiti dal debitore poi fallito, nei “termini d’uso” che siano relativi ad atti tipici dell’attività caratteristica e specifica d’impresa esercitata, favorendo così un auspicabile miglioramento circa l’andamento dell’attività d’impresa stessa che si trovi in una situazione di difficoltà. In questo senso, la giurisprudenza ha infatti osservato che *«il rispetto dei termini contrattuali o legali e l’uso di mezzi ordinari di pagamento consentono l’operatività della causa di esenzione dalla revocatoria ai sensi dell’art. 67, comma 3, lett. a), l. fall., in quanto permette di conciliare l’esigenza di continuità dell’impresa debitrice con il rispetto della par condicio»*.⁷⁸

Il legislatore ha concesso l’esenzione da revocatoria dei pagamenti di beni e servizi solitamente effettuati nell’esercizio della normale attività d’impresa e pertanto caratteristici della stessa. La *ratio* è chiaramente quella di consentire, a condizione che avvenga nei termini d’uso, il proseguimento nei pagamenti relativi a beni o servizi tipici dell’attività d’impresa, la quale se così non fosse cesserebbe.

La limitazione “nei termini d’uso” ha la funzione di salvaguardare i creditori: in tal senso infatti non verrà lesa la par condicio creditorum e contestualmente sarà possibile, per l’imprenditore, proseguire l’attività d’impresa con la speranza di recuperare l’equilibrio economico-finanziario e patrimoniale.

⁷⁸ Trib. Salerno 3 febbraio 2015.

C'è da dire che questa previsione assume preminente rilevanza non tanto nel fallimento teso alla liquidazione del complesso aziendale, quanto piuttosto in tutte le altre ipotesi di procedure concorsuali che prevedano specificatamente il proseguimento dell'attività d'impresa (sussistendo concrete possibilità di recupero dello squilibrio), o più semplicemente nei casi in cui attraverso il proseguimento dell'attività sia possibile ricavare un *quantum* in denaro per un tempo determinato, prima di procedere alla definitiva liquidazione giudiziale, aumentando così di fatto la garanzia patrimoniale nei confronti dei creditori.

Per effetto di questa previsione, un atto solutorio che sia stato compiuto nei "termini d'uso" non potrà essere revocato anche qualora sussista in capo ad una parte la conoscenza dello stato di insolvenza dell'altra parte. La giurisprudenza ha infatti osservato che la ratio della norma in esame è quella di «*salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici in situazioni di normalità negoziale*». ⁷⁹

Sulla scorta di quanto detto fin qui, la dottrina ha evidenziato come tale norma abbia avviato quel processo di modifica della legge fallimentare tendente a favorire la composizione della crisi con strumenti diversi dal fallimento (inteso come liquidazione giudiziale) e che ha «*fornito la base per la più recente normativa dei pagamenti autorizzati di cui all'art. 182-quinquies l. fall*». ⁸⁰

Per comprendere appieno il campo applicativo della norma in esame, e per evitare interpretazioni equivocate, dottrina e giurisprudenza hanno per lungo tempo dibattuto sul significato della locuzione "Termini d'uso".

Secondo la recente giurisprudenza di merito «*il concetto di "termini d'uso" fa riferimento alle condizioni di tempo e di modo dei pagamenti normalmente in uso tra i contraenti ed in concreto pattuiti tra le parti, sempre che siano mezzi fisiologici e usuali di pagamento, mentre non possono divenire "termini d'uso" prassi patologiche e forme anormali di pagamento, non concordate dalle parti all'inizio del rapporto negoziale. In particolare, i*

⁷⁹ Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559.

⁸⁰ C. PECORARO, *Quando i termini diventano d'uso ai fini dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2015.

*pagamenti effettuati con rilevante ritardo rispetto alle condizioni convenute dalle parti, in forme diverse da quelle pattuite, oltre che in condizioni peculiari, sono tali da non poter essere considerate d'uso: deve dunque essere esclusa l'operatività della causa di esonero prevista dall'art. 67, comma 3, lett. a), Legge Fallimentare. Dunque, si considerano avvenuti nei "termini d'uso" e sono esenti da revocatoria i pagamenti effettuati regolarmente alla loro scadenza in relazione alla prassi commerciale tra le parti, mentre non possono beneficiare dell'esenzione i pagamenti effettuati con notevole ritardo rispetto alle condizioni originariamente pattuite».*⁸¹ Nella pratica, e al fine di dimostrare che un pagamento è stato eseguito nei "termini d'uso", rendendolo esente da revocatoria, occorrerà guardare alle «modalità contrattuali con cui sono stati regolati i pagamenti in precedenti rapporti negoziali, ovvero [alle] modalità con cui sono stati regolati i pagamenti nel contratto in oggetto ovvero, in mancanza di specifica pattuizione o regolamentazione (orale o scritta), [alla] prassi praticata nel settore e sul territorio. Non può invece prendersi a parametro di riferimento la modalità di estrinsecazione del rapporto tra le parti, ove la stessa sia difforme da quanto contrattualmente previsto».⁸²

Autorevole dottrina ha inoltre evidenziato che «non sono revocabili, i pagamenti relativi a forniture rientranti nella corrente conduzione dell'azienda a condizione che vengano eseguiti con le medesime modalità e nelle stesse tempistiche adottate nelle pregresse relazioni commerciali intrattenute tra le parti, e, quindi, anche pagamenti compiuti con il medesimo ritardo precedentemente tollerato».⁸³

Tirando le somme di quanto sopra, il convenuto in revocatoria – al fine di rendersi esente da revocatoria - dovrà dimostrare, da un lato, che il pagamento è avvenuto con un mezzo ordinario e consueto rispetto a quelli tipicamente usati nell'esercizio dell'attività d'impresa e, dall'altro lato, che detto pagamento è avvenuto nei tempi normalmente in uso tra le parti, prendendo come parametro di

⁸¹ Trib. Torino, 2 marzo 2016.

⁸² Trib. Milano, 1° marzo 2013.

⁸³ F. FUMAGALLI, *Esenzione ex art. 67, comma III lett. a), L.FALL.: definizione di "pagamenti nei termini d'uso" e onere della prova*, commento a sent. Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559, in www.iusletter.it.

riferimento l'intero rapporto contrattuale intercorso e non limitandosi alle mere pattuizioni scritte, rilevando piuttosto l'andamento in concreto dei rapporti intercorsi fra le parti, nello specifico i pagamenti.

6.2. Le rimesse in conto corrente ex art. 67, comma 3, lett. b) l.fall.

L'art. 67, comma 3, alla lett. b), l. fall. dispone l'esenzione da revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca.

La fattispecie risulta essere particolarmente complessa ed intricata sicché si rendono necessarie una serie di precisazioni preliminari nonché un'approfondita analisi delle nozioni estrapolabili dal dettato normativo.

Dapprima bisogna specificare che l'ambito applicativo della lettera b) Co 3 art 67-*bis* l.fall. risulta essere ristretto poiché la norma fa menzione del solo contratto di conto corrente, sicché va esclusa la sua applicabilità a tutti gli altri contratti bancari.

La ricevuta/rimessa bancaria è una attività da parte della banca che rientra nel novero dell'attività gestoria, più precisamente è l'attività con cui la banca si occupa pragmaticamente della riscossione/pagamento di un credito del cliente per suo conto. Ricalca dunque quelli che sono gli elementi caratterizzanti del mandato.

Dottrina e giurisprudenza per tempo si interrogano su quali fossero effettivamente le condizioni di applicabilità di questa esenzione da revocatoria fallimentare, dovendosi chiarire a tal proposito cosa il legislatore avesse voluto intendere con la locuzione "esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca" e cosa si intenda con il termine "riduzione consistente e riduzione

durevole”. Infatti, a ben vedere, l’esonazione costituisce la regola generale, mentre la revocabilità delle rimesse costituisce l’eccezione.⁸⁴

Nella valutazione della c.d. esposizione debitoria andrà ricompreso, tanto il saldo debitore del conto corrente bancario, quanto ogni altro debito: rileveranno a tal proposito tutte le rimesse che costituiscono i pagamenti nei confronti della banca, con riferimento quindi, a tutti i rapporti intercorsi tra banca e cliente.⁸⁵

In relazione al momento in base al quale fare riferimento per la determinazione dell’ammontare dell’“esposizione debitoria” si ritiene debba essere quello all’inizio del periodo sospetto, «sicché l’ammontare dell’esposizione debitoria da prendere in considerazione sarà quello in essere a quel preciso momento».⁸⁶

Ai fini della revocabilità, la dottrina ha individuato sostanzialmente tre fattispecie che rientrano nell’ambito applicativo. In particolare, secondo l’interpretazione dottrinale, rilevano: le rimesse effettuate per rientrare da uno scoperto di conto; le rimesse effettuate su un conto corrente passivo ma nei limiti dell’affidamento (e quindi su un conto non scoperto); e le rimesse effettuate su un conto bloccato.

Se la prima fattispecie risulta di facile individuazione, più complicato sembra individuare le altre due. Secondo parte della dottrina, infatti, le rimesse effettuate su un conto non scoperto sarebbero revocabili, in quanto «finalizzate ad estinguere il debito maturato su un conto, anche in mancanza di una chiusura sul conto o di una richiesta di rientro da parte della banca».⁸⁷ Altra parte della

⁸⁴ G. CAVALLI, *Sub art. 67, l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, vol. I, diretto da Jorio-Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, 964; A. NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Banc.*, 2005, I, 343.

⁸⁵ L. GUGLIEMUCCI, *La nuova normativa della revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 805 ss., 807.

⁸⁶ G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, II ed., Cedam, Padova, 2006, p. 872.

⁸⁷ G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, cit. p. 873.

dottrina, invece, non li considera come pagamenti bensì come delle semplici restituzioni della provvista, motivo per il quale non sarebbero revocabili⁸⁸.

Circa la terza fattispecie, e cioè con riferimento alle rimesse effettuate su un conto bloccato, va rilevato che seppur alcuni autori ritengano che ai fini della disciplina in esame rilevino solo dette rimesse⁸⁹, altri ritengono che per i versamenti successivi alla chiusura del conto si debba applicare la regola della revocabilità dei pagamenti normali (art. 67, comma 2, l. fall.). Al contrario, non rileveranno ai fini dell'esenzione di cui si discute le rimesse effettuate su di un conto attivo, e cioè le rimesse effettuate su di un conto dove il fallito ha sostanzialmente un saldo positivo.

Va detto però che il riferimento alla c.d. esposizione debitoria potrebbe far ritenere come revocabile anche una rimessa effettuata su un conto attivo. Ciò a condizione che chiaramente aggravi l'esposizione debitoria in modo durevole e consistente, nel caso in cui il medesimo conto attivo possa essere utilizzato dalla banca in compensazione di altri conti del debitore aventi saldo negativo.⁹⁰

Non a caso il conto corrente attivo non viene minimamente preso in considerazione dal legislatore visto e considerato anche che, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, ai fini dell'applicazione della norma in esame, non opera più la differenza tra conto corrente scoperto e conto corrente passivo, poiché *«l'unico criterio è costituito dal rientro finalizzato a ridurre l'esposizione debitoria nei confronti della banca»*.⁹¹ Più precisamente, quindi, le rimesse sul conto corrente saranno revocabili mediante revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67, comma 1, l. fall., ogni qual volta il conto, al momento della rimessa risulti scoperto e cioè nel caso in cui l'ammontare degli addebiti risulti essere superiore a quello degli accrediti - ponendo di fatto il cliente in una posizione debitoria - ovvero ogniqualevolta risulti scoperto a seguito dell'eventuale

⁸⁸ S. FORTUNATO, *L'incerta riforma della revocatoria fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 597 ss..

⁸⁹ E. GRANATA, *Esenzioni dalla revocatoria fallimentare ed operazioni bancarie*, ne *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Bonfatti-Falcone, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Lanciano (10-11 giugno 2005)*, Milano, 143 ss..

⁹⁰ F. ANGIOLINI, *La "nuova" revocatoria fallimentare*, in *Riv. not.*, 2005, 5, p. 993.

⁹¹ Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014.

sconfinamento del fido convenzionalmente accordato al correntista e comunque desumibile dal contratto stipulato. A tal proposito va chiarito come lo sconfinamento sia una fattispecie distinta dal conto corrente scoperto visto e considerato che si configura come l'eccedente utilizzo delle somme messe a disposizione dalla banca da parte del cliente. Il fido bancario consente al cliente dunque di avere un saldo negativo ma entro i limiti del fido stesso, ecceduto tale limite si avrà lo sconfinamento.

Passando ora al requisito della “consistenza”, e cioè con riferimento all'incidenza effettiva della singola rimessa sull'aggravio della esposizione debitoria del fallito, recente giurisprudenza ha affermato che *«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»*.⁹² In altre parole, si avrà una “riduzione consistente” ogni qual volta all'esito della valutazione dell'incidenza della stessa rimessa sull'esposizione debitoria nei confronti della banca, essa sia connotata da una certa rilevanza, e cioè non sia irrilevante. Si tratta di un concetto relativo e non assoluto, e il relativo accertamento è demandato semplicemente alla valutazione discrezionale del giudice, non essendo prescritta dalla legge alcuna misura precisa relativa all'incidenza in percentuale della rimessa sulla esposizione debitoria. La ratio è chiaramente quella di sottoporre a revocatoria i pagamenti che riducano l'esposizione debitoria nei confronti della banca in modo consistente e durevole poiché in tal caso, essendo la banca da considerarsi al pari di qualsiasi altro creditore anteriore al fallimento - e dunque soggetta anche lei alla falcidia fallimentare – se così non fosse, otterrebbe un vantaggio sul recupero delle somme a lei spettanti con palese lesione della par condicio creditorum.

⁹² Trib. Treviso, 23 marzo 2016, 14861.

Di contro, saranno dunque esenti da revocatoria le rimesse di modesta entità che non riducano in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca. In riferimento alla "durevolezza" delle rimesse, da intendersi come l'insieme delle rimesse in un determinato periodo, va invece specificato come la giurisprudenza abbia affermato che *«la durevolezza va intesa invece come la 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»*.⁹³ In quest'ottica dunque posto che *«una rimessa anche se di importo basso ma durevole sarà revocabile. E ciò per evitare che venga aggirata la norma facendo riferimento a singole rimesse di importo non rilevante»*⁹⁴ il requisito della consistenza della riduzione dell'esposizione debitoria potrà eventualmente essere integrato anche attraverso *«la sommatoria delle singole rimesse di basso importo che siano comunque estintive del debito nei confronti della banca»*.⁹⁵

Al contrario, non dovranno dunque considerarsi come consistenti le riduzioni configurabili come "semplice oscillazione del saldo passivo": infatti, *«la semplice oscillazione del saldo passivo dovuta ad eventi contingenti come il ritardato accredito di rimesse sul conto di cui la banca avesse già notizia tanto da risolversi ad erogare credito anche oltre i limiti del fido concesso; oppure uno sconfinamento modesto avuto riguardo all'entità dell'affidamento: in un conto affidato per 1000 è modesto uno sconfinamento di 100; in un conto affidato per 10000 è invece modesto uno sconfinamento di 1000; e ancora gli sconfinamenti oltre l'ammontare del fido di modesto ammontare ed erogati in vista del prossimo e prevedibile accredito di somme destinate a ridurre l'esposizione nei limiti del fido»*.⁹⁶

⁹³ Trib. Treviso, 23 marzo 2016, cit..

⁹⁴ G. CAVALLI, op. cit..

⁹⁵ M. ARATO, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Il Fallimento*, 2006, pp 157 ss.; M. FABIANI, *La revocatoria fallimentare "bonsai" delle rimesse in conto corrente*, in *Foro it.*, 2005, I, 3299.

⁹⁶ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

In concreto dunque al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione bancaria per sottoporre a revocatoria una data rimessa, la giurisprudenza si è nel tempo consolidata nel fare riferimento ai seguenti tre parametri: «a) l'entità iniziale, finale e massima dell'esposizione debitoria suddetta; b) la differenza fra l'ammontare massimo e quello esistente alla data del fallimento delle pretese creditorie della banca nel periodo considerato; c) l'entità delle rimesse bancarie effettuate nel suddetto periodo d'importo non inferiore al 10% del massimo revocabile ai sensi dell'art. 70 l. fall.». ⁹⁷

Più nello specifico, secondo la recente giurisprudenza di merito, il metodo relativo alla determinazione della consistenza si basa esclusivamente sul calcolo della media aritmetica delle rimesse effettuate e il successivo confronto dell'incidenza del valore determinato sul c.d. saldo "medio". Alla luce del confronto, solo quelle superiori al valore del saldo medio dovranno essere considerate come consistenti. ⁹⁸

A tal proposito infatti si è rilevato «[...] solo quelle con durata superiore alla media sono durevoli» ⁹⁹. Per riduzione durevole si intende quella che «non solo non viene coperta da un'immediata e correlata operazione di segno opposto, ma anche quella che riduce il debito in modo persistente», se non addirittura definitivo». ¹⁰⁰

Rimane da dire dell'onere della prova in caso di revocatoria ex art. 67, comma 1, l. fall. delle rimesse in conto corrente. E cioè di quelle rimesse che hanno ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca e pertanto non soggette ad esenzione da revocatoria. La giurisprudenza più recente si è indirizzata verso la rigida applicazione dell'onere della prova in capo al curatore prevista dall'art 67 l.fall. In mancanza della prova

⁹⁷ Trib. Firenze, 18 aprile 2016.

⁹⁸ Trib. Torino, 20 febbraio 2014.

⁹⁹ Trib. Torino, 20 febbraio 2014, cit..

¹⁰⁰ D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, pt. 1, p. 178 ss.

da parte del curatore, «*deve presumersi che siano stati effettuati prima gli accrediti e poi gli addebiti.*»¹⁰¹, con conseguente irrevocabilità delle rimesse.

In relazione alla prova contraria, la Suprema Corte ha affermato che «*spetta alla banca, che eccepisca la natura non solutoria dei versamenti affluiti su di un conto scoperto, di provare l'esistenza di accordi con il correntista che assegnino alla rimessa la funzione di specifica provvista per una operazione speculare a debito, in relazione ad un ordine ricevuto ed accettato o ad una incontestata manifestazione di volontà, e che una prova siffatta può anche essere desunta da facta concludentia, purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale (Cass. nn. 8823/011, 1834/011, 2183/09, 23397/07, 19941/0)*»¹⁰²

Per concludere l'analisi sull'esenzione delle rimesse bancarie in conto corrente occorre soffermarsi sulla difficile coesistenza nel sistema normativo degli artt. 67 e 70 l. fall., che, come noto, sono stati oggetto di esame da parte della giurisprudenza e della dottrina.

L'art. 70, comma 3, l. fall. introduce un limite quantitativo in relazione all'obbligo restitutorio della banca nel caso di revoca di atti estintivi di posizioni passive che siano derivanti da rapporti di conto corrente bancario, e comunque da rapporti continuativi o reiterati. Tale limite quantitativo incide sul quantum dell'obbligo di restituzione nei confronti della banca: essa sarà tenuta alla restituzione di una somma pari alla differenza fra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese creditorie, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore, e l'ammontare residuo delle stesse alla data del fallimento: è la c.d. regola del "Massimo scoperto".

Chiaramente resta invariato il diritto del convenuto in revocatoria, e cioè la Banca, d'insinuarsi al passivo per un credito d'importo corrispondente a quanto restituito. In questo senso la giurisprudenza secondo cui «*nell'ipotesi prevista*

¹⁰¹ Cass. Civ., 29 marzo 2016, n. 6042.

¹⁰² Cass. Civ., 23 marzo 2012, n. 4737.

dall'articolo 70, legge fallimentare, l'obbligo di restituzione della banca non ha ad oggetto la somma delle singole rimesse revocabili, bensì la differenza tra l'ammontare massimo delle sue pretese e l'importo delle stesse al momento del fallimento». ¹⁰³ La regola del c.d. "massimo scoperto" quindi sostanzialmente stabilisce che l'importo che il terzo - la banca - è tenuta a restituire al fallimento non è costituito dalla somma di tutti i pagamenti revocati, bensì dalla differenza fra l'ammontare massimo delle sue pretese creditorie nel momento in cui è provata la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore e l'ammontare residuo delle stesse al giorno in cui è aperto il concorso fallimentare. Quindi la banca sarà tenuta a restituire al fallimento solo la differenza tra il massimo del saldo negativo raggiunto nel periodo rilevante per la revocatoria e quello registrato alla data di apertura del fallimento. Per fare un esempio, se il saldo (al momento in cui è provato che la banca fosse al corrente dello stato d'insolvenza) del debitore è -100, e poi il giorno in cui è dichiarato il fallimento ammonta a -60, la banca sarà tenuta a corrispondere al fallimento 40. Tale valore rappresenta la differenza fra il massimo ammontare del saldo negativo del debitore nel periodo sospetto ai fini della revocatoria (-100) e l'ammontare del saldo negativo al momento della dichiarazione di fallimento (-60).

La reciproca influenza che la disciplina dell'art. 67 e dell'art. 70 comporta, ha fatto sì che nel tempo lo sforzo interpretativo della dottrina sfociasse nel consolidamento di tre differenti tesi.

Secondo un primo orientamento, le due norme sarebbero entrambe applicabili a discrezione del curatore, con la conseguenza che la revocatoria avrebbe il limite del rientro, ma solo se costituito da rimesse consistenti e durevoli. ¹⁰⁴

¹⁰³ Cass. Civ., 7 ottobre 2010, n. 20834.

¹⁰⁴ M. FARINA, *Alla ricerca delle rimesse revocabili. Spunti critici per una riflessione sul nuovo art. 67, comma III, lett. b), l.fall.*, in www.ipsoa.it.

Un secondo e diverso orientamento ritiene, invece, che le due norme avrebbero un diverso campo applicativo, poiché l'art. 67 riguarderebbe l'*an*, mentre l'art. 70 riguarderebbe il quantum.¹⁰⁵

Una terza ed ultima corrente di pensiero ritiene, invece, che vi sarebbe una prevalenza dell'art. 67 sull'art. 70, poiché tra le due norme vi sarebbe un rapporto di specialità in forza del quale l'art. 67 disciplinerebbe la species "conto corrente" rispetto all'art. 70 che invece disciplinerebbe il genus "rapporto creditore".¹⁰⁶

Dal canto suo la giurisprudenza, secondo i più recenti orientamenti dei tribunali di merito, ha propeso per la coesistenza tra le due norme supportando la tesi concernente l'esistenza di un rapporto di specialità fra di esse, in forza del quale «*il riferimento al cosiddetto limite differenziale di cui all'art 70 L. Fall. opera solo una volta accertata la sussistenza di rimesse consistenti e durevoli e non integra un criterio sostitutivo di tale indagine imprescindibile*»¹⁰⁷

In definitiva, l'accertamento sulle rimesse che riducono in maniera durevole e consistente l'esposizione debitoria del fallito con la banca è e resta un accertamento imprescindibile per l'identificazione delle rimesse revocabili ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. b) visto e considerato che il comma 3 dell'art. 70 impone unicamente un limite quantitativo in relazione all'obbligo di restituzione dell'ammontare delle rimesse revocate già individuate, operando di fatto in linea temporale in un momento successivo e solo eventuale rispetto all'accertamento di cui all'art 67 Co3 lett. b). Sul punto la giurisprudenza ha affermato che «*l'identificazione delle rimesse durevoli e consistenti è accertamento tuttora necessario al fine di identificare le rimesse revocabili ai sensi dell'art. 67 comma 3 lett. b) L. Fall., avendo l'art. 70 comma 3 L. Fall. introdotto unicamente il limite all'obbligazione restitutoria dell'accipiens*».¹⁰⁸

¹⁰⁵ E. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Milano, 2005. In tal senso, anche M. ARATO, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l. fall.*, cit.

¹⁰⁶ G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nelle vecchie revocatorie*, in *Il Fallimento*, 2005.

¹⁰⁷ Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014.

¹⁰⁸ Trib. Treviso, 23 marzo 2016, cit..

6.3. Le vendite ed i preliminari di vendita ex art 67, comma 3, lett. c) l.fall.

Secondo il disposto dell'art. 67, comma 3 lett. c) sono esenti da revocatoria le vendite ed i preliminari di vendita (solo se trascritti ex art. 2645-bis c.c. e sempre che i loro effetti, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, non siano ancora cessati) se conclusi a giusto prezzo e aventi ad oggetto immobili destinati ad abitazione dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, sempre che, alla data di dichiarazione di fallimento, tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti i necessari investimenti per darvi inizio. Tali vendite devono essere state concluse al giusto prezzo, da intendersi come prezzo di mercato.

A tal riguardo, si è osservato che *«se il corrispettivo non è coerente con il prezzo di mercato e la sproporzione supera la soglia indicata dall'art. 67, comma 1, l. fall., opererà la presunzione della scientia decoctionis ed il “periodo sospetto” di riferimento sarà l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; al contrario, se la sproporzione non supera la soglia indicata dall'art. 67, comma 1, l. fall., il Curatore potrebbe agire in base al secondo comma dell'art. 67, dovendo provare la scientia decoctionis, a condizione che l'atto sia stato concluso nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento»*.¹⁰⁹

Quanto al presupposto temporale, si discute quale sia il momento a cui si dovrebbe far riferimento per la valutazione del “giusto prezzo”. Occorre distinguere il caso di compravendita immobiliare semplice dal caso di compravendita in esecuzione di un precedente contratto preliminare trascritto ex art. 2645-bis c.c.: nel caso della semplice compravendita, il “giusto prezzo” è valutato al momento di stipula dell'atto; nel diverso caso di compravendita in esecuzione di un precedente contratto preliminare, invece, la dottrina è divisa tra chi, ritiene che il giusto prezzo debba essere valutato al momento della stipula del preliminare di compravendita, e chi invece sostiene che debba farsi riferimento al momento della vendita e cioè alla data di stipula del contratto definitivo di

¹⁰⁹ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

compravendita, poiché solo in questo momento il bene fuoriesce effettivamente dal patrimonio del fallito.

A tal riguardo, la Suprema Corte, con una recentissima pronuncia, ha affermato il principio secondo cui in tema di revocatoria fallimentare di una compravendita stipulata sulla base di un precedente contratto preliminare, il relativo accertamento dei presupposti deve essere compiuto con riferimento al momento in cui è stato concluso l'atto definitivo. Questo perché lo stesso art 67 l.fall. accorda rilevanza alla conoscenza dell'insolvenza esattamente al momento in cui il bene effettivamente esce dal patrimonio arrecando pregiudizio alla massa dei creditori e rilevando in particolare che « [...] in quanto la L.FALL., articolo 67, ricollega la consapevolezza dell'insolvenza al momento in cui il bene, uscendo dal patrimonio, viene sottratto alla garanzia dei creditori, rendendo irrilevante lo stato soggettivo con cui è assunta l'obbligazione, di cui l'atto finale comporta esecuzione, salvo che ne sia provato il carattere fraudolento; inoltre, qualora nel momento fissato per la stipulazione del contratto definitivo, sussista pericolo di revoca dell'acquisto per la sopravvenuta insolvenza del promittente venditore, il promissario acquirente ha la facoltà di non addivenire alla stipulazione, invocando la tutela dell'articolo 1461 cod. civ.». ¹¹⁰

6.4. Il piano attestato di risanamento, il concordato preventivo, e l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 67, comma 3, lett. d) - e) l.fall.

L'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. così recita: “gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse

¹¹⁰ Cass. Civ., 29 marzo 2016, n. 6040.

all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore". Alla successiva lettera e): "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182 bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161".

Procedendo in ordine partiamo dall'analisi della lettera d) Co 3 art 67 l.fall. ai sensi del quale è stabilita l'esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento. La disciplina di cui si discute è indubbiamente espressione del favor del Legislatore per le c.d. soluzioni concordate delle crisi d'impresa, ovvero quelle soluzioni che prevedono, attraverso un piano con gli stessi creditori che può assumere forme e contenuti relativamente diversi fra loro, il superamento dello stato di crisi e il conseguente recupero dell'equilibrio economico-finanziario.

L'importanza di tali soluzioni di composizione si rinviene nell'ormai assodata circostanza fattuale che la vera garanzia per i creditori di un'impresa non è tanto il patrimonio di beni ad essa imputabile da poter assoggettare eventualmente a liquidazione, quanto piuttosto la caratteristica dell'impresa stessa di avere una capacità produttiva reddituale stabile. Le speranze per un creditore di ricevere quanto gli spetta in virtù di un qualsivoglia credito vantato nei confronti dell'impresa sono logicamente maggiori nel momento in cui tale impresa sia in grado di produrre un utile da poter destinare tanto ai creditori (in parte), quanto all'impresa stessa implementando ad esempio la sua capacità produttiva o variandone l'attività d'impresa.

Viene da sè che gli atti, i pagamenti e le garanzie costituite in attuazione di un piano di risanamento non saranno revocabili, ma non sempre, sarà infatti necessario il rispetto di determinati requisiti. La ratio dell'esenzione va rinvenuta nella logica stessa dell'attuazione di un piano di risanamento volto al recupero dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa, a tutela dei creditori in primis e dell'azienda stessa poi. Chi stipulerebbe contratti a credito o finanziamenti in favore di un'impresa in difficoltà se: gli atti da cui scaturiscono i relativi crediti, fossero revocabili e dunque potenzialmente inefficaci nei confronti degli altri creditori, impedendo così a tali soggetti di poter soddisfare la propria pretesa per mezzo dei normali mezzi di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, dovendo in caso di revoca partecipare obbligatoriamente all'eventuale falcidia fallimentare? Probabilmente nessuno, e ciò decreterebbe il sicuro fallimento di un'impresa di per sè già in crisi.

La giurisprudenza si è per lungo tempo interrogata sulla possibilità di assoggettare a revocatoria gli atti che componessero un piano attestato di risanamento ex art. 67 comma 3, lett. d), l. fall. e/o di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall. e/o di un concordato preventivo in caso poi di successivo fallimento. Particolare rilevanza ha assunto il caso del piano attestato di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., dal momento che nella prassi vi è stato un grande e sistematico ricorso a questo strumento in virtù della sua spiccata versatilità.

Come anzidetto, in realtà la revocabilità di atti, pagamenti o la costituzione di garanzie su beni del debitore in esecuzione, o più in generale comunque finalizzate all'attuazione del piano di risanamento, è subordinata alla fattibilità del piano stesso al risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e al recupero dell'equilibrio della sua situazione finanziaria. La fattibilità del piano così come desumibile dal dettato normativo è stabilita dalla specifica attestazione fornita dal professionista indipendente direttamente designato dal debitore e che possieda i requisiti specifici richiesti dall'art. 28 lett. a) - e) della legge fallimentare e degli altri desumibili dal medesimo art. 67, comma 3, lett. d).

Sorge dunque la problematica relativa all'individuazione di quale sia il momento al quale sia necessario far riferimento per la valutazione della fattibilità del piano attestato. La questione è recentemente giunta, per la prima volta, all'esame della Suprema Corte, che ha affermato il principio di diritto che segue: *«in tema di azioni revocatorie relative agli atti esecutivi del piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. (nel testo vigente ratione temporis, e cioè anteriormente alle modifiche del 2012), il giudice, per ritenere non soggette alla domanda [di revocatoria] della curatela gli atti esecutivi del piano attestato medesimo ha il dovere di compiere, con giudizio ex ante, una verifica mirata alla manifesta attitudine all'attuazione del piano di risanamento, del quale l'atto oggetto di revocatoria da parte della curatela costituisce uno strumento attuativo»*¹¹¹ Questa pronuncia rappresenta una vera e propria inversione di rotta nell'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione che, nel pur diverso contesto concordatario, aveva affermato che *«il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto solo nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole»*.¹¹² La Cassazione dunque, ribaltando il precedente metro di giudizio, ha accordato al giudice la facoltà non già di vagliare ex post se il piano attestato di risanamento risultasse, “manifestamente inidoneo”, bensì di verificare ex post se il piano presentasse una iniziale “manifesta attitudine” alla soluzione di uno stato di crisi.

Secondo autorevoli opinioni *«il principio affermato dalla Suprema Corte ha una doppia rilevanza pratica, dovendosi procedere in concreto non solo a verificare quale sia il ruolo del professionista attestatore alla luce del nuovo*

¹¹¹ Cass. Civ., 5 luglio 2016, n. 13719.

¹¹² Cass. Civ., 23 maggio 2014, n. 11497, in *Foro it.*, 2014. In questo senso, Trib. Verona, 22 febbraio 2016; Trib. Venezia, 19 maggio 2015 e Trib. Roma, 22 aprile 2013.

*criterio di “manifesta attitudine”, con particolare riguardo all’identificazione di quale dovrebbe essere il contenuto della relazione attestativa idoneo a consentire, ex post ed in caso di default, l’applicazione della specifica esenzione da revocatoria di cui all’art. 67, comma 3, lett. d). 1. fall., ma anche comprendere quale sia il ruolo dell’autorità giudiziaria chiamata, in caso di insuccesso del piano, a giudicare la tenuta del medesimo».*¹¹³

Alla luce di quanto detto se ne deduce che il professionista attestatore, dovrà procedere ad una attestazione che contenga una specifica ed approfondita analisi degli elementi finanziari, economici, aziendali e giuridici che caratterizzano la realtà dell’impresa in crisi, nonché delle prospettive di risanamento della medesima nel mercato di riferimento, basandosi, tra l’altro sulle linee guida dettate dal CNDCEC. Esse costituiscono nella prassi uno dei principali punti di riferimento per le attività di attestazione, in quanto fissano in modo analitico i vari elementi che debbono caratterizzare una “seria” attestazione.

Quindi, la verifica della “manifesta attitudine” del piano al risanamento, non può limitarsi ed essere subordinata all’esclusione della sussistenza di macroscopici elementi di inidoneità, formale e sostanziale del piano, ma occorre un *quid pluris* che sia funzionale a verificare, e dimostrare in concreto, che il piano attestato era originariamente (ex ante) fondato su presupposti e prospettive veritieri e concretamente realizzabili dal punto di vista economico, finanziario, aziendale e giuridico.

Quanto al ruolo dell’autorità giudiziaria, se si ammette che quest’ultima possa valutare la bontà di un piano attestato di risanamento, da intendersi come la sua capacità di risanare l’esposizione debitoria e recuperare l’equilibrio finanziario in una situazione in cui, per definizione, le sue previsioni non si sono realizzate essendo stato dichiarato il fallimento e dunque non conseguito il risanamento, pare inevitabile l’indebolimento della tutela protettiva accordata a questo strumento.

¹¹³ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell’Impresa*, cit..

Tale posizione della Suprema Corte è stata oggetto di critiche in quanto potrebbe aprire la strada ad una sostanziale disapplicazione del beneficio dell'esenzione salva la prova contraria della "manifesta idoneità" *ex ante* del piano. Si afferma, cioè, un principio opposto allo spirito della legge fallimentare, ed in particolare della legge n. 80 del 2005 che, nell'introdurre l'esenzione specifica, ha inteso agevolare il ricorso allo strumento di risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa quale quello previsto dalla lett. d) comma 3 art. 67.

La posizione assunta dalla Suprema Corte con la sentenza in commento va interpretata nel senso che non saranno soggetti a revocazione atti esecutivi di un piano di risanamento se esso era manifestamente idoneo, dal punto di vista economico-finanziario, al raggiungimento dello scopo cui era preordinato. In tale ottica dunque non assume alcuna rilevanza il fatto che poi eventualmente nella pratica non si sia ottenuto il risanamento, la valutazione concerne solo l'idoneità *ex ante* del piano al raggiungimento del suo scopo.

Si sostiene, infatti, che *«se il Legislatore ha inteso prevedere un'esenzione da revocatoria, è ragionevole pensare che abbia del pari tenuto in considerazione l'ipotesi che un piano attestato di risanamento possa non avere successo, pur essendo valido e credibile ab origine, e quindi esentato da revocatoria in caso di default. Del resto, se così non fosse, verrebbe completamente meno il novellato sistema revocatorio e si giungerebbe ad una sostanziale disapplicazione del regime esentivo, la cui funzione è proprio quella di incentivare relazioni con soggetti in stato di crisi e di proteggere la terza controparte nell'ipotesi di fallimento sequenziale»*.¹¹⁴

In conclusione, possiamo con certezza affermare alla luce dell'analisi fin qui svolta che saranno soggetti a revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti o le garanzie costituite su beni del debitore in esecuzione del piano di risanamento, solo ed esclusivamente nel caso in cui esso fosse inidoneo *ab origine* al risanamento stesso. La valutazione sulla fattibilità del piano avverrà logicamente in una fase successiva, quale quella del fallimento che è conseguito proprio al

¹¹⁴ L. JEANTET- P. VALLINO- P. DOMINIS, *Piano di risanamento: esiste ancora l'esenzione revocatoria ("caveat creditor")?*, in *Ilfallimentarista.it*.

mancato risanamento e dunque al mancato recupero dell'equilibrio finanziario. L'eventuale revocatoria su tali atti sarà promuovibile, trovandoci oramai nel contesto fallimentare, solo dal curatore.

In caso di esito favorevole il relativo atto dispositivo sarà revocato e reso inefficace nei confronti dei creditori, sicché la controparte del fallito verrà considerata al pari di un qualsiasi creditore che parteciperà alla falcidia fallimentare.

Laddove il piano fosse idoneo *ab origine*, invece, opererà l'esenzione dalla revocatoria con conseguente impossibilità per il curatore di proposizione della relativa istanza.

Infine, resta da chiedersi - essendo tali fattispecie relative a situazioni in cui di fatto è avvenuto un atto dispositivo da parte del debitore nei confronti di un terzo che il curatore mira a rendere inefficace mediante revocatoria - cosa succede se il terzo non riceve la prestazione dovutagli dal debitore in esecuzione del piano, e sia nel frattempo intervenuto il fallimento. Il terzo è titolare di un credito prededucibile ex art. 111 l.fall?

A ben vedere, nel silenzio della legge - che accorda la prededucibilità ai crediti sorti in relazione a procedure concorsuali (le quali sono caratterizzate dalla partecipazione dell'autorità giudiziaria) - è da ritenersi negativa la risposta in quanto il piano di risanamento si configura come uno strumento per la risoluzione stragiudiziale e pertanto non configurabile come una procedura concorsuale.

A differenza di quanto fin qui detto in relazione all'operatività o meno dell'esenzione da revocatoria su atti esecutivi del piano di risanamento, che risulta essere dunque subordinata alla favorevole valutazione da parte del giudice circa l'idoneità *ab origine* del piano stesso al perseguimento della funzione cui è preordinato (quale il risanamento dell'esposizione debitoria e il recupero dell'equilibrio finanziario), alla lettera e) si esentano gli atti, i pagamenti, e le garanzie, compiuti in esecuzione di concordato preventivo, amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182 bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del

ricorso di cui all'articolo 161 (espressione introdotta dal D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con legge 7 agosto 2012 n. 134) a prescindere da una qualsivoglia valutazione da parte del giudice visto e considerato che in realtà in tali ipotesi non c'è un'attestazione sulla quale compierla. Naturalmente dunque e per ricollegarsi a quanto detto sopra, i crediti eventualmente sorti in esecuzione di una di tali procedure concorsuali, saranno sempre prededucibili, e dunque logicamente gli atti dispositivi da cui essi scaturiscono saranno esenti a prescindere da revocatoria come si vedrà meglio fra poco essendo essi espressamente menzionati alla lettera g) del Co 3 dell'art 67 l. fallimentare.

6.5. Le prestazioni di lavoro ex art. 67, comma 3, lett. f) l.fall.

Altresì risultano essere esenti da revocatoria, ai sensi della lett. f) del succitato articolo 67 comma 3: *“I pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito”*.

La *ratio* della norma, riferendosi essa a soggetti che intrattengono con l'impresa un rapporto configurabile secondo lo schema datore-lavoratore, è chiaramente quella di tutelare soggetti intesi normalmente come “soggetti deboli” e pertanto meritevoli di tutela da parte del legislatore. A ben vedere la genericità del riferimento a “collaboratori, anche non subordinati, del fallito”, è chiara espressione di tutela da parte del legislatore che ha voluto così comprendere nel campo di applicazione della norma, ampliandolo notevolmente, le varie e numerose tipologie di contratti di lavoro previste nel nostro sistema giuridico.¹¹⁵

Sul punto, la Corte d'Appello di Milano ha espressamente escluso dal novero delle tipologie contrattuali rientranti nell'ambito applicativo dell'esenzione in esame i crediti delle imprese di somministrazione di lavoro, argomentando che questi crediti non derivano da un rapporto di lavoro, bensì da un contratto di somministrazione e pertanto da escludere ai fini dell'applicazione della norma.

¹¹⁵ G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dalla revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit.

Nello specifico, la Corte ha stabilito che *«L'esenzione da revocatoria di cui all'articolo 67, comma 3, lett. f), non si applica alle imprese di somministrazione, in quanto la ratio di tale norma tende a favorire la continuazione dell'attività d'impresa e a tutelare gli interessi dei lavoratori e dei collaboratori. Il diritto di credito fatto valere da tali imprese, infatti, non deriva da un rapporto di lavoro sottostante, bensì da un contratto di somministrazione, del tutto estraneo al rapporto intercorrente tra somministratore e lavoratore o tra quest'ultimo e l'utilizzatore – fallito –, ne consegue che tale diritto è qualificabile come diritto di credito commerciale che vede i lavoratori assunti e retribuiti direttamente dal somministratore»*.¹¹⁶

6.6. I debiti strumentali all'accesso alle procedure concorsuali ex art. 67, comma 3, lett. g) l.fall.

L'art.67, comma 3 lett. g) l.fall dispone l'esenzione da revocatoria per *«i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo»*.

Il Legislatore, con tale previsione normativa, ha voluto favorire l'accesso dell'impresa in crisi alla procedura di concordato preventivo, temendo che l'operatività della revocatoria potesse in qualche modo ostacolare la propensione delle imprese per l'adozione di tali procedure.

La dottrina, rilevata la difficoltà nell'individuazione di quali servizi fossero effettivamente considerabili come strumentali all'accesso al concordato preventivo, ha precisato che fra essi debbano essere ricompresi anche *«gli onorari dei professionisti incaricati dalla società in crisi per l'effettiva predisposizione della domanda di concordato ed i documenti ad essa collegati»*.¹¹⁷

Come osservato dalla Corte d'Appello Milano, questa norma deve necessariamente essere letta in combinato disposto con la previsione di cui all'art.

¹¹⁶ Corte d'Appello di Milano, 30 giugno 2016, n. 2920.

¹¹⁷ G. D'AMBROSIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit..

111, comma 2 della medesima legge fallimentare poiché entrambe hanno come fine ultimo la tutela del medesimo oggetto, ovvero dei crediti sorti in funzione all'accesso alle procedure concorsuali. In particolare, *«In questa norma può essere individuata una comunanza di ratio con quella di cui all'articolo 111, comma 2, che induce a ritenere che nella strumentalità di tali prestazioni rispetto alla procedura il legislatore ravvisa quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, anche se sorti prima dell'inizio della procedura»*.¹¹⁸

Tuttavia, affinché il credito sorto dall'attività svolta da un professionista per conto dell'impresa poi fallita possa essere qualificato come prededucibile è necessario che l'attività svolta sia risultata funzionale alla procedura concordataria e, dunque, si rende necessaria la verifica circa la sussistenza di un rapporto di strumentalità tale da far ritenere, secondo la prudente valutazione ex post del giudice, l'utilità effettiva apportata dall'attività del professionista per il ceto creditorio che può sostanziarsi nell'accrescimento dell'attivo o, comunque, nella salvaguardia dell'integrità patrimoniale debitoria.

L'utilità potrà considerarsi mancante, con contestuale non riconoscimento della prededucibilità del credito, laddove il creditore dimostri che il ricorso alla procedura concordataria si sia rivelato in concreto dannoso, determinando l'erosione del patrimonio a disposizione della massa creditoria, ad esempio come conseguenza della continuazione dell'attività d'impresa non bilanciata da un'adeguata conservazione dei valori aziendali a fronte dell'entità nell'ammontare delle obbligazioni contratte in data successiva al deposito della domanda.

L'eventuale dimostrazione della concreta dannosità pregiudica, almeno idealmente, la sussistenza del nesso funzionale tra la prestazione professionale svolta e la procedura, ferma restando comunque per il professionista la facoltà di dimostrare l'estraneità e non consequenzialità fra la prestazione e l'esito dannoso della procedura (ad esempio dimostrando come la dannosità non sia dipesa dalla naturale evoluzione della procedura, ma bensì da fattori esterni ed imprevedibili

¹¹⁸ Corte d'Appello Milano, 2 aprile 2015.

che siano intervenuti nel corso della stessa procedura oppure intervenuti nel tempo intercorso tra la sua cessazione e la dichiarazione di fallimento).

Nello stesso senso si è recentemente pronunciata anche la Corte di Cassazione, che ha avuto modo di riaffermare il principio secondo cui la prededuzione può essere riconosciuta solo nella misura che tenga conto dell'utilità concretamente derivata ai creditori dalla continuazione dell'attività aziendale.¹¹⁹

Ad ogni modo l'utilità apportata dall'attività professionale svolta deve essere necessariamente riscontrata ex post, ossia con una valutazione concreta e non astratta, che cioè non si limiti alla verifica di una mera prospettazione di un beneficio per i creditori, ma una valutazione che lo accerti in concreto.

In conclusione, occorre evidenziare che l'esenzione da revocatoria troverà ovviamente applicazione ai «pagamenti di prestazioni professionali che siano connotate da carattere di normalità»¹²⁰, dovendo ritenersi « esclusi i pagamenti di prestazioni connotate da sproporzione tra attività svolta e corrispettivo percepito, anche perché lesive della par condicio creditorum »¹²¹.

Laddove dunque il pagamento della prestazione professionale strumentale alla procedura sia connotato dal carattere dell'anormalità o della sproporzione, rientrerà nell'ambito di operatività della revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 1, venendo così meno il regime d'esenzione.

6.7. L'istituto di emissioni, le operazioni di credito su pegno e di credito fondiario art. 67, comma 4, l.fall..

L'ultimo comma dell'art. 67 l. fall. prevede la non applicazione delle norme contenute all'interno del medesimo articolo all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario salvo diversa disposizione di legge speciale.

¹¹⁹ Cass. Civ., 13 giugno 2016, n. 12119. In tal senso, Cass. Civ., 8 aprile 2013, n. 8534.

¹²⁰ A. ANGELINO, *Comm. sub art. 67 l. fall.*, in P. PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, 2013

¹²¹ M. FERRO (a cura di), *Comm. sub art. 67 l. fall.*, cit..

Per quanto riguarda l'esenzione da revocatoria per "le emissioni", è da rilevare come la ratio sia quella di introdurre una tutela a favore dell'attività della Banca d'Italia, in virtù del fatto che essa rappresenta il soggetto creditore di ultima istanza a favore di imprese bancarie in difficoltà, così andando a tutelare le operazioni effettuate nell'esercizio di tale attività istituzionale da parte della Banca d'Italia stessa. In altre parole, poiché la Banca d'Italia rappresenta sostanzialmente «*la creditrice di ultima istanza*» per un'impresa bancaria in difficoltà, la legge si preoccupa di tutelarne la relativa attività rendendo esente da revocatoria gli eventuali atti compiuti in favore della stessa.¹²²

Quanto alle operazioni di credito su pegno, bisogna sottolineare che in realtà l'esenzione non si estende a qualsiasi fattispecie di operazione di credito su pegno, ma solo a quelle in cui è previsto che «*la banca acquisti il bene dal cliente, dietro il versamento di un corrispettivo e che la vendita sia assistita da un patto di riacquisto e all'ulteriore condizione che il sorgere del relativo credito sia contestuale alla costituzione della garanzia medesima*».¹²³

Quanto invece alle operazioni su credito fondiario, la norma va letta in combinato disposto con l'art. 39 del Testo Unico Bancario, che dispone l'irrevocabilità delle ipoteche iscritte a garanzia dei finanziamenti, a patto che siano state costituite almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento e che sancisce altresì l'irrevocabilità dei pagamenti eseguiti dal debitore a saldo di crediti fondiari. Il Quarto Comma poi amplia l'ambito di operatività dell'esenzione facendo espressamente salve le ipotesi di esenzione da revocatoria disciplinate da leggi speciali fra le quali possiamo menzionare ad esempio quelle previste dalla normativa fiscale e tributaria.

7. Il pagamento di cambiale scaduta ex art. 68 l.fall.

L'art. 68 L. Fall. recita: "*In deroga a quanto disposto dall'art. 67, secondo comma, non può essere revocato il pagamento di una cambiale, se il possessore*

¹²² G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit..

¹²³ A. ANGELINO, *Commento art. 67*, P. PAJARDI (a cura di) cit.

di questa doveva accettarlo per non perdere l'azione cambiaria di regresso. In tal caso, l'ultimo obbligato in via di regresso, in confronto del quale il curatore provi che conosceva lo stato di insolvenza del principale obbligato quando ha tratto o girato la cambiale, deve versare la somma riscossa al curatore.”

In deroga a quanto previsto dall'art. 67, comma 2, che prevede la revocabilità di pagamenti di debiti liquidi, certi ed esigibili, il pagamento di una cambiale scaduta, che altro non è appunto un debito liquido, certo ed esigibile, non è revocabile laddove il portatore della stessa, non accettando il pagamento dall'obbligato principale – e cioè il debitore in stato di insolvenza – avrebbe perso il diritto di regresso nei confronti dei co-obbligati.

Dunque, non sarà assoggettabile a revocatoria per espressa previsione di legge il pagamento del debitore insolvente nei confronti del portatore, che sarà così costretto ad accettare per non decadere dall'azione di regresso. Infatti, laddove il portatore non accettasse il pagamento perdendo il diritto all'azione di regresso, l'unico modo che avrebbe per recuperare il credito incorporato nella cambiale sarebbe l'insinuazione al passivo e conseguente partecipazione alla falcidia fallimentare.

Senza addentrarci troppo all'interno della disciplina della cambiale, ai fini di una più agevole comprensione della norma in commento risultano necessarie delle indicazioni di carattere nozionistico che possano facilitare la comprensione della ratio della norma e dell'argomento trattato in generale.

La cambiale è un titolo di credito la cui funzione tipica ma non esclusiva è quella di differire il pagamento di una somma di danaro, attribuendo uno strumento che permetta al prenditore della cambiale di monetizzare facilmente il credito concesso tramite il trasferimento del titolo stesso¹²⁴.

¹²⁴ A tale riguardo si ritiene utile riportare il seguente esempio: Tizio vende il bene a Caio al prezzo di 100. Caio invece che pagare, emette una cambiale dal valore di 100 tramite cui alla scadenza fissata, Tizio possa ottenere da Caio 100. Tizio può rientrare dei 100 anche girando la cambiale, ad altro soggetto, che pagherà 100 e che potrà farsi pagare dal debitore originario Caio.

Esistono due tipi di cambiale: la cambiale tratta ed il vaglio cambiario. Nella cambiale tratta un soggetto detto traente ordina ad un'altra persona detto trattario di pagare una somma di denaro al portatore del titolo. La cambiale tratta è dunque un ordine di pagamento, e coinvolge 3 soggetti quali: il traente, che dà l'ordine e per legge garantisce l'accettazione e il pagamento del titolo da parte del trattario; il trattario, che è il destinatario dell'ordine di pagamento e che diventa obbligato cambiario, e dopo l'accettazione obbligato principale; ed infine il beneficiario dell'ordine di pagamento nei suoi confronti.

Il vaglia cambiario invece ha la struttura della promessa di pagamento. Chiamata volgarmente cambiale pagherò, in tale tipologia di cambiale figurano 2 soli soggetti: l'emittente che promette il pagamento ed è obbligato cambiario principale e il prenditore della cambiale beneficiario della promessa.

La disciplina della circolazione della cambiale ricalca per ampi tratti la disciplina dettata in materia di circolazione di titoli di credito all'ordine, seppur con qualche differenza.

Il trasferimento della cambiale mediante girata può essere vietato dal traente apponendo la clausola "non all'ordine" o similari che comportino il medesimo effetto: in tal caso, la cambiale è trasferibile solo con la cessione ordinaria, mediante un acquisto a titolo derivativo che comporta il subentrare da parte dell'acquirente nei diritti cambiari del cedente, con la conseguenza però che rimarrà esposto alle eccezioni opponibili ai precedenti portatori.

L'istituto mediante il quale si trasferisce la cambiale è quindi la c.d. "girata", che si sostanzia in una annotazione e sottoscrizione del girante a favore di colui che riceve il titolo (c.d. giratario), che deve altresì essere indicato e sottoscriverla.

La girata, per essere valida, deve essere firmata dal giratario nei modi e forme stabilite dall'art 8 della legge cambiaria, pena la nullità della stessa.

Come la cambiale, anche la girata può essere completa o in bianco. Qualsiasi clausola apposta sulla girata deve considerarsi come non apposta, e la girata parziale è da considerarsi nulla.

Poiché, come detto, la disciplina ricalca molto la circolazione dei titoli di credito, chi riceve tramite girata acquisisce i diritti cartolari incorporati nel titolo con la conseguenza che il terzo in buona fede che sia diventato titolare a seguito di una serie di girate, prevarrà come proprietario del titolo e titolare del diritto incorporato rispetto al titolare spossessato.

La disciplina si distacca da quella propria della cambiale per quel che riguarda la funzione di garanzia che svolge la girata. Nella cambiale, infatti, il girante risponde per legge come obbligato di regresso dell'accettazione e contestuale pagamento della cambiale.

8. Gli atti compiuti tra coniugi ex art. 69 l. f.

L'art. 69, così come risultante dalla nuova formulazione a seguito del d.lgs. 5/2005 recita: *“Gli atti previsti dall'articolo 67, compiuti tra coniugi nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale e quelli a titolo gratuito compiuti tra coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale, sono revocati se il coniuge non prova che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito”*.

L'articolo in commento si occupa di disciplinare in tema di revocatoria quegli atti che sono gli atti compiuti fra coniugi nel caso di successivo fallimento di uno dei due, con particolare riguardo agli atti a titolo oneroso di cui all'art. 67 l. fall., se compiuti quando il fallito esercitava un'attività d'impresa commerciale, ed agli atti a titolo gratuito se compiuti più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'attività d'impresa.

Preliminare premessa da fare su cui si basa l'intera norma è la sussistenza di un rapporto di matrimonio al momento del compimento degli atti, in mancanza l'articolo non risulterà applicabile. In particolare, è stato stabilito che non sia

sufficiente per provare l'interruzione del rapporto di matrimonio una mera separazione consensuale dei coniugi, ritenendosi tutt'al più necessario che sia passata in giudicato la sentenza di divorzio che ne accerti la separazione.

La sussistenza della qualità di coniugi al momento del compimento dell'atto è fondamentale altresì perché la rigida applicazione della disciplina in commento trova fondamento, come osservato da attenta dottrina, nel fatto che «*il coniuge [è] il complice naturale dell'imprenditore insolvente nel porre in essere atti pregiudizievoli ai creditori*».¹²⁵ Per mezzo di tale imposizione, è stato possibile sottoporre al regime d'inefficacia ex art. 69 l'accordo di separazione consensuale, anche se omologato dal tribunale, con cui il coniuge fallito dispone una riduzione del proprio patrimonio a favore dell'altro coniuge, essendo tale atto dispositivo chiaramente lesivo della par condicio creditorum.

Tanto per gli atti a titolo oneroso, che per gli atti a titolo gratuito opera la presunzione di conoscenza da parte del coniuge dello stato d'insolvenza del coniuge poi fallito al momento del compimento dell'atto, sicché si potrà procedere alla revoca salvo che il coniuge dimostri la non conoscenza dello stato d'insolvenza. La particolarità dell'articolo è quella di ampliare lo spettro temporale dell'operatività dell'inefficacia sugli atti a titolo gratuito ex art. 64: l'art. 64 prevede la declaratoria d'inefficacia *ex lege* per gli atti a titolo gratuito compiuti nei due anni anteriori alla pubblicazione della dichiarazione di fallimento nel registro delle imprese; l'art 69, stabilisce come siano soggetti a revocatoria, salvo che il coniuge non fornisca prova contraria, gli atti a titolo gratuito che siano stati compiuti anche prima dei due anni dalla dichiarazione di fallimento, in virtù della considerazione del coniuge come “un complice naturale” del fallito a porre in essere atti pregiudizievoli per la massa creditoria.

L'inefficacia ex art. 64 opererà ex lege, e quindi in automatico, al contrario dell'inefficacia disciplinata ex art. 69, che opererà salvo prova contraria.

Per quanto riguarda gli atti a titolo oneroso, è da sottolineare come nel dettato normativo non vi sia traccia di qualsivoglia riferimento temporale in

¹²⁵ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit..

relazione alla dichiarazione di fallimento. Ciò significa che saranno soggetti a revocatoria ex art. 69 tutti gli atti a titolo oneroso compiuti fra i coniugi a prescindere dal momento in cui è intervenuta la dichiarazione di fallimento, rilevando nel caso in esame solo ed esclusivamente la qualifica soggettiva di coniuge.

Urge un'ultima doverosa precisazione: l'art. 69 ha previsto espressamente il riferimento dell'operatività della revocatoria in commento nei confronti di atti a titolo oneroso o a titolo gratuito che siano stati compiuti fra due coniugi di cui uno sia poi fallito, ma soprattutto che tali atti fossero stati compiuti al tempo in cui il coniuge poi fallito esercitasse un'attività d'impresa commerciale. La previsione dell'ulteriore elemento dell'esercizio di un'attività commerciale al momento del compimento dell'atto consente di esulare dall'applicazione della norma in commento tutti quegli atti a titolo oneroso o gratuito che ben potrebbero essere stati compiuti fra coniugi e che siano totalmente scollegati dall'attività d'impresa commerciale poi cessata a causa del sopravvenuto fallimento. In questo modo, sono sottoposti all'azione, salvo prova contraria, solo quegli atti che possano almeno idealmente essere stati compiuti in virtù di un collegamento ipotetico con le dinamiche relative all'impresa poi fallita.

9. Termini di decadenza dall'azione e computo dei termini ex art. 69-bis l.fall.

Come qualsiasi tipo di azione, anche quella revocatoria è soggetta a dei termini di decadenza, scaduti i quali non sarà più proponibile. Il primo comma dell'art. 69-bis, che disciplina i termini di decadenza recita che *«Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto»*. In questo senso, la legge prevede che il curatore potrà proporre azione revocatoria al massimo dopo tre anni dalla pubblicazione della dichiarazione di fallimento nel registro delle imprese e comunque non oltre i cinque anni dalla data di compimento dell'atto.

L'interruzione del decorrere dei termini dipenderà direttamente ed esclusivamente dalla proposizione della domanda di revoca. Sul punto, come correttamente osservato dalla giurisprudenza di merito «*i termini indicati dal primo comma dell'articolo 69 bis, entro i quali devono essere promosse le azioni revocatorie, hanno natura di termini di decadenza e non di prescrizione e possono essere interrotti solo dalla proposizione della domanda che costituisce modalità di esercizio dell'azione*».¹²⁶ La diretta conseguenza della natura decadenziale di questi termini è che questi non possono essere in alcun modo interrotti, né sospesi, in quanto il verificarsi della decadenza può essere impedito solo ed esclusivamente dall'esercizio in giudizio dell'azione revocatoria da parte del curatore.

Seppur il dettato normativo faccia riferimento alle “*azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione*”, l'individuazione dell'ambito applicativo dei termini in commento non è stato agevole. È da chiedersi se il doppio termine decadenziale di cui all'art. 69-bis sia applicabile all'azione revocatoria ordinaria ex art. 66 l. fall. ed alle azioni d'inefficacia di cui agli artt. 64 e 65 l. fall.:

Per quanto riguarda l'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 66 l. fall., pare prevalere la tesi secondo cui l'applicazione del doppio termine decadenziale debba essere esteso ad essa sull'assunto che l'azione revocatoria ordinaria è, come l'azione revocatoria fallimentare, un'azione costitutiva. Quanto detto pare inoltre trovare coerente riscontro nella giurisprudenza di merito, la quale ha recentemente sostenuto l'estensione dell'applicazione del doppio termine decadenziale anche alla revocatoria ordinaria esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 66 l. fall., affermando che «*il curatore decade dall'azione revocatoria (...) ex art. 66 l.fall. se essa non sia esercitata entro tre anni dalla dichiarazione di fallimento, salvi gli effetti di (...) prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria nel fallimento ex art. 66 l.fall. verificatasi per il precedente avvenuto decorso di cinque anni dalla data dell'atto da revocare*».¹²⁷

¹²⁶ Trib. Napoli, 27 marzo 2014.

¹²⁷ Trib. Napoli, 27 marzo 2014, cit.

Con riferimento agli artt. 64 e 65 l. fall. Invece, una parte della dottrina tende ad escludere l'applicazione del doppio termine decadenziale di cui all'art. 69-bis l. fall., stante la natura dichiarativa di inefficacia operante ex lege, con conseguente imprescrittibilità di queste azioni¹²⁸.

Altra parte della dottrina, infine, estendendo l'interpretazione dell'espressione "azioni revocatorie", ha sostenuto l'applicazione del doppio termine decadenziale anche alle azioni di cui agli artt. 64 e 65 l. fall.¹²⁹

L'interpretazione maggioritaria però propende per la prima soluzione, ovvero di considerare esenti dal doppio termine decadenziale gli artt. 64 e 65 in virtù della loro automatica operatività ex lege, poiché in tale impostazione nulla sarà richiesto al curatore al fine di ottenere la richiesta d'inefficacia se non la mera dimostrazione del compimento dell'atto.

10. I diritti del terzo revocato ex art. 70 l.f

L'art. 70, primo comma, dispone che: *"La revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione multilaterale o dalle società previste dall'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione."*

Tale previsione mira a tutelare gli intermediari che si siano frapposti fra la società poi fallita ed i suoi creditori, precisando la revocatoria dei pagamenti di cui al primo comma si esercita e produce effetti verso il destinatario della prestazione, individuando come destinatario attivo della revoca il fallito e come destinatario passivo il creditore.

Sia in questo caso che nel caso in cui non vi sia l'intermediazione di alcun soggetto, troverà applicazione il seguente comma 2, al quale è stabilito che il

¹²⁸ P.F. CENSONI, *Prescrizione, decadenza e consecuzione di nuove procedure concorsuali nella nuova azione revocatoria fallimentare*, in *Diritto Fallimentare*, 2010.

¹²⁹ A. NIGRO, *sub art. 66 l.fall.*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2006.

convenuto soccombente in revocatoria possa proporre domanda di ammissione al passivo fallimentare per l'ammontare del collegato credito a condizione che abbia restituito al fallimento quanto revocato. Tale condizione vale solo ed esclusivamente per il caso in cui la revocatoria abbia ad oggetto un pagamento, un contratto o altro atto a titolo oneroso, e questo perché non avrebbe senso parlare di "restituzione" in caso di atto a titolo gratuito, posto che per mezzo del d.l. 27 giugno 2015, poi convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132, i beni oggetto di atti a titolo gratuito vengono automaticamente acquisiti al patrimonio del fallimento mediante la trascrizione della sentenza dichiarativa dell'insolvenza (vale solo per i beni immobili).

Ovviamente, sarà necessaria un'effettiva restituzione al fallimento per poter domandare l'ammissione alla procedura concorsuale mediante l'insinuazione al passivo ex art. 101 l.fall. L'effettività della restituzione si giustifica sul fatto che come noto, essa non si verifica automaticamente con la sentenza di inefficacia e/o di revoca.

Deve comunque segnalarsi come il combinato disposto dell'art. 70 l. fall e dell'art. 101 l.fall. abbia dato vita a due orientamenti dottrinali fra loro contrastanti.

Il primo orientamento considera l'art. 70 l.fall. norma speciale e l'art. 101 l.fall. norma generale, sancendo in virtù del principio di diritto "*Lex specialis derogat generali*" la prevalenza del primo sul secondo, basandosi sul presupposto che la causa da cui il credito nei confronti del fallito si origina è la restituzione al fallimento dell'importo revocato, conseguendone dunque logicamente la non imputabilità del "ritardo" nell'insinuazione alla pendenza, intesa come resistenza da parte del convenuto in revocatoria, dell'azione revocatoria.¹³⁰

¹³⁰ M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

Il secondo orientamento, al contrario, propende per la prevalenza dell'art. 101 sull'art. 70, affermando che la mera pendenza dell'azione revocatoria non sia sufficiente da sola a giustificare un'insinuazione tardiva.¹³¹

A ben vedere, esiste solo un unico precedente giurisprudenziale in questi termini secondo cui *«solo con la sentenza che abbia accolto la revocatoria nasce un credito per il revocato che può e deve essere azionato con l'insinuazione tardiva, essendo nel frattempo stato dichiarato esecutivo dal giudice delegato lo stato passivo e, quindi, essendo mancata la possibilità di insinuazione tempestiva del credito»* e, in particolare, *«non può ritenersi imputabile il ritardo alla resistenza attuata per due gradi di giudizio (...), perché non può prescindersi dal considerare la particolare natura dell'azione revocatoria fallimentare proposta, in relazione al concreto sorgere dell'obbligo restitutorio da parte del creditore e del contestuale diritto ad insinuare le somme revocate nel passivo fallimentare stesso»*, con la finale precisazione che l'applicazione dell'art. 112 l. fall. presupporrà necessariamente la dimostrazione dell'avvenuta precedente esecuzione di riparti.¹³²

Poiché quindi il diritto di credito (per l'esazione del quale si richiede l'insinuazione tardiva al passivo), sorge con la sentenza che accoglie la revocatoria, e poiché lo stato passivo è già stato nel frattempo dichiarato esecutivo, dunque non consentendosi di fatto una tempestiva insinuazione, non può ritenersi imputabile al convenuto il motivo del ritardo che ha comportato l'insinuazione tardiva. Tale principio non pare essere contrastante con la successiva pronuncia della Corte di Cassazione¹³³ la quale non esclude affatto che la resistenza all'azione revocatoria da parte del convenuto possa essere causa imputabile della tardiva insinuazione, ma si limita piuttosto ad osservare che questa eventuale non imputabilità dovrà essere accertata nel procedimento ex art. 101 l. fall. e non già al successivo (e tardivo) momento del riparto, parziale o finale.

¹³¹ S. BONFATTI, *Effetti della revocazione*, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2007, vol. I, p. 1111, cfr. Cass. Civ., 3 giugno 2004, n. 10578.

¹³² G. BOZZA, *Ritardo per causa non imputabile al creditore nell'insinuazione tardiva del credito di restituzione*, in *Fallimento*, 2005, p. 432.

¹³³ Cass. Civ., 3 giugno 2004, n. 10578.

È possibile ritenere che la resistenza in un'azione revocatoria da parte del convenuto non sia, di per sè, causa imputabile di ritardo e che il terzo convenuto revocato abbia diritto d'insinuare il proprio credito anche oltre il termine massimo di cui all'art. 101, comma 1, legge fall. Il convenuto dovrà però necessariamente dimostrare di aver restituito alla massa la somma oggetto dell'atto solutorio dichiarato inefficace e, in sede di domanda d'ammissione al passivo, dovrà richiedere una specifica pronuncia sulla non colpevolezza sul ritardo della propria insinuazione nonché la specifica prova, richiesta dall'art 112, dell'avvenuta precedente esecuzione di riparti in favore degli altri creditori concorsuali già ammessi allo stato passivo.¹³⁴

Questo al fine di poter beneficiare degli effetti di cui allo stesso all'art. 112 l. fall. e dunque di ricevere la quota che gli sarebbe spettata se avesse partecipato tempestivamente;

Il comma 3 dell'art. 70, infine, stabilisce la regola del c.d. "Massimo Scoperto" nelle restituzioni concernenti atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario - o comunque rapporti continuativi o reiterati -, già trattata al paragrafo 6.2. e al quale si rimanda.

¹³⁴ L. JEANTET-P. VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, cit..

CAPITOLO II

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI AI SENSI DEL D.L. 118/2021

SOMMARIO: **1.** Il contesto dell'introduzione. – **2.** Le novità introdotte dal D.L. 118/2021– **2.1.** La composizione negoziata della crisi. – **2.2.** Gli incentivi al ricorso alla composizione negoziata: le misure premiali. – **2.3.** I soggetti legittimati all'attivazione della procedura. Il nuovo ruolo dell'organo di controllo. – **2.3.1.** I presupposti soggettivo ed oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata della crisi e l'avvio della procedura. – **2.4.** Le misure protettive e cautelari ex artt. 6 e 7 d.l. 118/2021. – **2.5.** La Fase delle Trattative. Il ruolo dell'esperto indipendente e il rapporto con l'imprenditore. – **2.6.** La Conclusione e i possibili esiti delle trattative. – **2.7.** brevi cenni sul concordato semplificato. – **2.8.** La relazione finale dell'esperto e la determinazione del compenso.

1. Il contesto dell'introduzione

L'avvento della pandemia mondiale derivante dalla diffusione del Covid-19 ha radicalmente segnato e stravolto anche l'andamento delle imprese. Esse si sono ritrovate dinnanzi ad un evento i cui effetti sono destinati a protrarsi per un lungo periodo di tempo prima di riuscire a tornare, per quanto possibile, alla "normalità". La pandemia, dunque, ha segnato un momento critico di fondamentale rilevanza anche e soprattutto per le imprese, visto e considerato che l'adozione delle misure disposte dai governi mondiali, finalizzate al contenimento della diffusione del virus stesso, hanno inciso sull'equilibrio del mercato globale connotato di per sé già da un alto grado di precarietà ed instabilità, derivante in parte sicuramente dalla Crisi economica iniziata nel 2008.

Con l'adozione delle misure di cui sopra, infatti, le esigenze del mercato si sono necessariamente adattate alla particolarità della situazione che viviamo. Ciò ha comportato un indiscutibile impatto sulle singole imprese, in particolar modo nei confronti delle P.M.I., le quali si sono improvvisamente ritrovate a dover fronteggiare tutta una serie di insormontabili problematiche di per sé idonee ad incidere sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria delle stesse. Un evento di tale portata, aggravando la già pre-esistente crisi economica e sovvertendo gli equilibri del mercato, ha comportato per le imprese il verificarsi di

squilibri di carattere patrimoniale, economico e finanziario. Tali squilibri però proprio in virtù della particolarità e dell'eccezionalità della causa che li ha originati, sono nella maggior parte dei casi connotati dalla caratteristica della reversibilità ed è proprio ciò che ha spinto il legislatore italiano a prevedere con una certa celerità, uno strumento astrattamente idoneo al recupero dello squilibrio patito dalle imprese che, seppur sistematicamente, si affianchi a quelli già esistenti; strumento che promette di ritagliarsi un ruolo di preminente importanza rappresentando di fatto una svolta culturale prima ancora che strettamente giuridica¹³⁵.

Con il D.L. 118/2021 è stata introdotta all'interno del nostro ordinamento la nuova composizione assistita della crisi. Tale nuovo strumento si propone di offrire all'imprenditore un rimedio la cui portata va ben oltre il mero superamento della crisi economica derivante dalla pandemia. Il legislatore ben conscio della reversibilità degli squilibri verificatesi ha dunque varato uno strumento aggiuntivo per la risoluzione dello stato di crisi la cui introduzione e conseguente attivazione, risultano essere agevolate sia dalla normativa emergenziale emanata dal governo sia dagli aiuti di carattere finanziario forniti alle imprese sostanziate sotto forma di bonus e sostegni erogati dallo stato.¹³⁶ La formulazione della nuova composizione assistita della crisi trova principalmente il suo fondamento nella considerazione di fatto, compiuta dal legislatore, circa l'impellente necessità di fornire alle imprese uno strumento che potesse guidare le P.M.I. verso un processo conoscitivo dell'attuale situazione aziendale e parallelamente consentire l'attivazione di efficaci procedure finalizzate al superamento della crisi¹³⁷. In questi termini in realtà non sembra che la portata innovativa dell'istituto sia destinata ad avere una certa rilevanza: tale obiettivo era già stato perseguito in passato attraverso l'emanazione dei già esistenti strumenti finalizzati al superamento della crisi. La vera novità deriva dalla premessa da cui il legislatore è partito, con particolare riferimento alle P.M.I.. Esse infatti nella stragrande

¹³⁵ N. ABRIANI E N. CAVALLUZZO, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, p. 2.

¹³⁶ N. ABRIANI E N. CAVALLUZZO, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 2.

¹³⁷ N. ABRIANI E N. CAVALLUZZO, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 2.

maggioranza dei casi sono piccole realtà nella quali la previsione e contestuale adozione di un adeguato impianto di assetti idonei a percepire segnali di crisi è carente, per non dire del tutto assente. La carenza o totale mancanza di tali adeguati assetti da parte delle imprese, nella logica del legislatore, avrebbe comportato un aumento esponenziale delle situazioni di insolvenza derivanti dall'aggravio della situazione di crisi o pre-crisi che le imprese stanno vivendo in questo preciso momento storico.

Dunque, la previsione di una procedura che consentisse una tempestiva individuazione dei segnali di pre-crisi o di crisi e che consentisse la contestuale adozione degli strumenti necessari per il recupero dell'equilibrio patrimoniale, economico e finanziario risulta essere profondamente comprensibile. Risulta altresì comprensibile se si considera il fatto che prevenendo un potenziale stato di crisi, le reali possibilità di preservazione della continuità aziendale di una data impresa saranno incredibilmente maggiori, decretando di fatto un aumento delle possibilità per l'impresa di continuare ad esistere e operare sul mercato. Il d.l. 118/2021 introduce il concetto relativamente nuovo di "pre-crisi" identificando di fatto una situazione meno grave e antecedente sul piano temporale rispetto alla situazione di crisi. Il concetto della situazione di pre-crisi è perfettamente coerente con la *ratio* di prevenire la crisi piuttosto che eventualmente affrontarla, *ratio* che ispira integralmente l'istituto e che è il comun denominatore delle risoluzioni della crisi dell'impresa.

La volontà del legislatore infatti è stata quella di introdurre una procedura che fosse attivabile anche dai soggetti che non fossero in una situazione di crisi conclamata o di insolvenza, e questo proprio perché l'obiettivo stesso della procedura è la prevenzione dello stato di crisi tramite l'individuazione dei segnali di crisi – che di per se sono sintomatici di uno stato di pre-crisi in atto – e la tempestiva attivazione degli strumenti a disposizione per evitare il consolidarsi della crisi, o se già conclamata permetterne la risoluzione. In tale contesto appariva fondamentale prevedere uno strumento che fosse facilmente accessibile per garantirne un alto grado di efficienza. Per tale motivazione la nuova composizione della crisi non prevede tutta una serie di formalità intrinseche, come

ad esempio la risoluzione della crisi stessa innanzi all'OCRI, propendendo invece per una soluzione nell'insieme caratterizzata piuttosto da un modesto grado di informalità soprattutto per quanto riguarda l'operato della nuova figura dell'esperto indipendente nella fase di trattative con la compagine creditoria per la composizione della crisi.¹³⁸ Nella fase delle trattative, in cui il ruolo dell'esperto è quanto mai centrale, l'intervento dell'autorità giudiziaria sarà meramente eventuale, posto che le stesse trattative verranno condotte con modalità dichiaratamente di natura privatistica, estranee tendenzialmente per loro natura ad un procedimento giurisdizionale, rendendo di fatto la nuova composizione come un percorso di natura stragiudiziale, connotato dall'imprescindibile caratteristica della riservatezza e attivabile su base volontaria dall'imprenditore¹³⁹. La composizione negoziata dunque si colloca e promette di disciplinare ipotesi di difficoltà che si pongono sul piano temporale prima e al di fuori di tutte le procedure disciplinate dalla legge fallimentare. Nella fase di Pre-crisi, fase in cui notoriamente l'imprenditore è solito cercare di concludere accordi di natura "contrattuale" per superare le difficoltà economico-finanziarie, esso opera in completa solitudine. In tale fase l'imprenditore solitamente è sottoposto ad una serie di pressioni, da parte dei creditori, e risulta essere totalmente sprovvisto di strumenti protettivi che gli consentano di adottare soluzioni nel complesso più efficaci essendo talvolta costretto, o quantomeno indotto, ad attuare soluzioni relativamente efficaci nel breve termine finalizzate al superamento della situazione d'emergenza, le quali si traducono principalmente in atti dispositivi che comportano la dispersione del patrimonio aziendale, e che possono pregiudicare una strategia di risanamento più lungimirante ed efficace. In tale ottica dunque, anche e soprattutto in virtù dell'indebitamento delle imprese generatosi dal rallentamento dell'economia dovuta all'avvento della pandemia, il legislatore è intervenuto istituendo una serie di strumenti a disposizione degli imprenditori che

¹³⁸ Come si evince dalla Relazione illustrativa, con riferimento al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, la «scelta compiuta è quella di affiancare all'imprenditore un esperto nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente e munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa». Cfr. R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, in www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it, 8 settembre 2021, p. 2.

¹³⁹ Sul punto R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, cit., p. 2.

fossero idonei a garantire da un lato il mantenimento del controllo sull'impresa da parte dell'imprenditore in difficoltà, e dall'altro consentire l'instaurazione di tavoli di negoziazione con i creditori che fossero guidati e protetti dall'ordinamento¹⁴⁰. L'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso la previsione della composizione negoziata della crisi, dunque, è quello di consentire alle imprese in difficoltà di poter valutare l'ampio ventaglio di alternative percorribili per la ristrutturazione e il risanamento.

2. Le novità introdotte dal D.L. 118/2021

Il Decreto Legge 118/2021, convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, ha introdotto una serie di novità quali l'introduzione di nuovi istituti, il differimento dell'ingresso in vigore di alcune norme e la modifica di disposizioni ed istituti già esistenti.

Più nel dettaglio, si osserva che:

I. ai sensi dell'art. 1 del D.L. 118/2021 è stato disposto il differimento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'impresa al 16 maggio 2022 e l'accantonamento, almeno per il momento, del sistema di allerta esterno per i potenziali segnali di crisi - che prevedeva il coinvolgimento innanzi all'OCRI - in favore dell'affinamento di un sistema di allerta interno, per così dire "soft", che coinvolge direttamente l'Organo di controllo;

II. gli artt. 2-17 d.l. 118/2021 hanno introdotto e disciplinano il nuovo istituto della composizione negoziata e la figura dell'esperto indipendente. Essi, assieme al concordato semplificato di natura liquidatoria di cui all'art. 18, rappresentano le vere grandi novità del decreto. La composizione negoziata rappresenta in se per se la pronta risposta del legislatore ad una situazione emergenziale ma che promette di ritagliarsi un ruolo ben più importante, potendo ben diventare uno strumento cui far ricorso sistematico e non essere utilizzata limitatamente alle composizioni figlie degli squilibri derivanti dalla pandemia; l'art 15 specifica e disciplina alcuni aspetti concernenti le relative responsabilità e obblighi in capo all'Organo di controllo derivanti dalla nuova disciplina che ne

¹⁴⁰ Sul punto L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, in www.dirittodellacrisi.it.

hanno modificato il “ruolo”: da attivatore obbligatorio della procedura a segnalatore, posto che l’accesso alla composizione è esclusivamente su base volontaria per l’imprenditore. In particolare il nuovo obbligo di segnalazione nei confronti dell’organo amministrativo, relativo alla sussistenza dei presupposti per l’accesso alla composizione, si verificherà in conseguenza della percezione dei segnali di crisi tramite gli assetti predisposti dallo stesso organo amministrativo; Appunto l’eliminazione del ricorso obbligatorio all’OCRI in favore di una composizione “assistita” da un esperto indipendente; modifiche alla legge fallimentare apportate dagli artt 20-23 d.l. 118/2021 (Qua potrei anche fare un breve excursus delle modifiche intervenute. La mia unica preoccupazione è quella di appesantire eccessivamente il testo e soprattutto di deviare troppo dall’argomento, mi dica lei)

2.1 La composizione negoziata della crisi

Con il d.l. 118/2021 è stato introdotto all’interno del nostro ordinamento il nuovo strumento a disposizione degli imprenditori che versano in uno stato di squilibrio patrimoniale-finanziario denominato “*composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa*”. Detto nuovo strumento di risoluzione della crisi è disciplinato agli artt. 2-19 del succitato decreto.

In dottrina¹⁴¹ si assiste ad un interessante primo approccio circa la risoluzione del quesito se detto istituto possa e debba considerarsi come una procedura concorsuale o meno. Sicuramente non è questa la sede per poter affrontare il tema che necessita di una moltitudine di argomentazioni a riguardo, è però da chiedersi se possa, in via meramente concettuale, ammettersi una “Doppia personalità” dell’istituto a seconda del coinvolgimento dell’autorità giudiziale nel percorso. Cioè potrebbe l’istituto in commento, considerarsi come una procedura concorsuale laddove venga coinvolta l’autorità giudiziaria (come avviene nei casi di richiesta di emissione di misure protettive e cautelari strumentali al buon esito delle trattative ex artt 6 e 7 o nel caso di richiesta al tribunale per l’autorizzazione

¹⁴¹ Si vedano sul punto le osservazioni di S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, pp. 11 e ss. ove anche la (corretta) osservazione che non si tratta di una questione meramente classificatoria ma che la soluzione del problema ha anche effetti pratici.

di atti ex art 10) e contestualmente considerarsi non come una procedura concorsuale quando manchi totalmente l'intervento dell'autorità giudiziaria? Tali dubbi risultano poi essere ulteriormente alimentati dal tenore letterale della Relazione Illustrativa al decreto che in relazione alla composizione assistita non parla di procedura ma di "percorso".¹⁴² La percezione che si ha in dottrina¹⁴³ è che gli argomenti a sostegno della non configurabilità della composizione negoziata come una procedura concorsuale siano comunque molti di più, rilevando in tal senso come tale quesito possa essere considerato oggetto di future riflessioni.¹⁴⁴

Ad ogni modo, i prossimi paragrafi si propongono di fornire una dettagliata analisi della disciplina dell'istituto con particolare attenzione alle novità introdotte, nonché l'analisi dei suoi aspetti meramente procedurali.

2.2 Gli incentivi al ricorso alla composizione negoziata: le misure premiali

Al fine di agevolare concretamente la risoluzione della crisi e contestualmente incentivare gli imprenditori all'attivazione della nuova composizione negoziata, il D.L. 118/2021 contiene una serie di misure premiali per l'imprenditore che intenda intraprendere detto percorso.

Il complesso delle misure premiali concesse all'imprenditore concerne e si riflette su vari elementi e aspetti, di debiti di natura tributaria, che all'interno del contesto della strategia del risanamento possono ricoprire un ruolo tutt'altro che secondario. Tali misure premiali sono di varia natura, e sono contenute all'interno dell'art 14. È stabilito infatti all'art. 14, comma 1, D.L. 118/2021, che nel periodo intercorrente fra l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e la conclusione delle trattative, gli interessi relativi alle somme dovute dall'imprenditore saranno ridotti alla misura legale laddove la composizione negoziata si risolva ai sensi dell'art. 11, comma 1 e 2. Cioè nel caso in cui la composizione si concluda con un

¹⁴² R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, cit., p. 14.

¹⁴³ R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, cit., p. 14.

¹⁴⁴ Sulla categoria delle procedure concorsuali si veda anche A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, pp. 41 e ss..

esito “positivo” allora gli interessi maturati fra l’accettazione dell’incarico e la conclusione delle trattative, subiranno una riduzione. Il comma 2 dell’art. *de quo* invece disciplina l’ipotesi relativa al caso in cui l’imprenditore abbia a suo carico il pagamento di sanzioni di natura tributaria.

Orbene, con specifico riferimento alle sanzioni tributarie per il cui pagamento entro un termine è prevista la possibilità di ottenere una riduzione sul quantum e con riferimento alle sanzioni il cui termine per il pagamento scade in un momento successivo rispetto alla presentazione dell’istanza, è prevista la riduzione al minor valore da dover pagare.

Il successivo comma 3 concerne il dimezzamento dell’ammontare dovuto relativo alle sanzioni e interessi collegati a debiti tributari che siano sorti prima ancora che l’imprenditore avesse depositato l’istanza di nomina. In questo caso la concessione di tale misura premiale è subordinata all’esito conseguito alla luce della composizione negoziata. Per ottenere il dimezzamento, infatti, sarà necessario che all’esito delle trattative la composizione negoziata sia culminata in una delle ipotesi previste dai commi 2 e 3 dell’art 11 e dunque: un accordo di ristrutturazione di debiti in una delle sue varianti, un piano di risanamento ex art 67, comma 3, lett. d) l.fall., una domanda di concordato semplificato di natura liquidatoria e più in generale una qualsiasi procedura concorsuale.

Il dimezzamento fa esclusivo riferimento alle somme a titolo di sanzione o interesse che siano relative ai debiti tributari sorti prima dell’istanza di nomina. Con il comma 3 si chiude il primo “set” di misure premiali, le quali per l’appunto concernono in generale la diminuzione del *quantum* dovuto all’amministrazione finanziaria per quanto riguarda interessi e sanzioni. L’art. 14 prevede, oltre alle misure premiali idonee ad incidere sul quantum, delle altre misure che consentono la rateazione per l’imprenditore, delle somme dovute all’erario. Ai sensi del comma 4, se la composizione negoziata si conclude con un contratto che prevede la continuità aziendale per un minimo di due anni o con un accordo che produce gli stessi effetti di un piano di risanamento senza che sia necessaria l’attestazione, l’imprenditore può richiedere mediante apposita istanza sottoscritta anche

dall'esperto indipendente, un c.d. piano di rateazione che possa prevedere al massimo 72 rate mensili per il pagamento delle somme dovute.

Da ultimo, il comma 5 del medesimo art. 14 prevede una misura premiale la cui portata risulta essere più ampia rispetto alle precedenti che insistevano solo sulle somme di natura tributaria. È infatti offerta la possibilità all'imprenditore di non assoggettare a tassazione, deducendole dal reddito imponibile, le sopravvenienze attive generatesi dalla rimodulazione – consistente di fatto in una riduzione – dei debiti per effetto degli accordi di composizione della crisi con i creditori. Parallelamente al creditore è riconosciuta la facoltà di dedurre le perdite conseguenti dalla rimodulazione del proprio credito, direttamente dal reddito imponibile.

Il complesso normativo delle misure premiali non si esaurisce nel disposto dell'art. 14: l'art. 8 ai fini di agevolare la preservazione della continuità aziendale, sospende gli obblighi di ricapitalizzazione di cui agli art 2446 e 2447 c.c. previsti per le società per azioni e le contestuali e analoghe disposizioni valide per le società a responsabilità limitata e le società cooperative.¹⁴⁵ La strumentalità di tali misure premiali al perseguimento degli obiettivi di agevolare la composizione e incentivarne il ricorso, è perfettamente in linea con la ratio ispiratrice dell'intervento legislativo operato dal d.l. 118/2021.

La diminuzione del *quantum* dovuto, la possibilità di rateizzare i pagamenti, l'esenzione da tassazione per determinate componenti e la sospensione di obblighi patrimoniali imposti dalla legge, rappresentano di fatto degli strumenti il cui ricorso appare fortemente conveniente per l'imprenditore. La convenienza intrinseca di tali soluzioni, ben si amalgama con la volontà del legislatore visto e considerato che tali misure conferiscono all'imprenditore e all'esperto un più ampio margine di manovra nell'individuazione ed elaborazione delle soluzioni di risanamento. Nello specifico, la riduzione e contestuale rateizzazione nel pagamento dei debiti tributari rappresenta un irrinunciabile opportunità per l'imprenditore: in un momento di difficoltà economico-finanziaria infatti, poter ridurre e gestire il pagamento di un debito senza che sia necessario procedere ad

¹⁴⁵ D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, Maggioli Editore, p. 200.

una qualsivoglia trattativa con la controparte, consente una pianificazione preventiva del risanamento più “sicura” che non può essere influenzata dalla volontà della controparte, la quale potrebbe essere contraria ad una riduzione o rateazione.

La possibilità di fatto di rimodulare il quantum e le tempistiche di adempimento di un debito per mezzo della legge, rappresenterebbe già di per sé un incentivo tutto sommato efficiente, ma che risulta esserlo a maggior ragione se per poterne beneficiare sia necessario che la composizione si sia conclusa positivamente. Così facendo infatti il risultato è quello di incentivare l'imprenditore all'attivazione e contestualmente agevolarlo nella composizione vera e propria, con la conseguenza che l'agevolazione stessa alla composizione della crisi, derivante dall'applicazione delle misure premiali, rappresenta a sua volta un autonomo incentivo per l'imprenditore all'attivazione della composizione stessa.

2.3 I soggetti legittimati all'attivazione della procedura. Il nuovo ruolo dell'organo di controllo.

La nuova composizione negoziata della crisi è stata ideata per essere esperita da qualsiasi imprenditore commerciale o agricolo che si ritrovi in una situazione di squilibrio patrimoniale-finanziario (reversibile). Il complesso delle norme che ne regolano la disciplina e l'aspetto procedurale, mirano innanzitutto a sopperire alla carenza o totale inadeguatezza propria delle P.M.I. circa l'adozione di adeguati assetti idonei a consentire una tempestiva percezione dei segnali di crisi. In tale ottica la piattaforma telematica accessibile da ogni imprenditore regolarmente iscritto al registro delle imprese – che rappresenta una delle novità del decreto (cfr. art. 3, DL 118/2021) – risulta essere lo strumento prescelto per sopperire alle mancanze registratesi nella maggioranza delle P.M.I. Garantire in astratto, o quantomeno migliorare, la tempestività nella ricezione dei segnali di crisi si traduce sul piano concreto in un aumento delle possibilità dell'impresa di agire tempestivamente e recuperare l'equilibrio patrimoniale-finanziario.

Dunque, la funzione precipua assolta dalla piattaforma telematica – di natura strumentale rispetto all’adozione tempestiva di strumenti atti alla risoluzione della crisi – assume un senso se contestualizzata all’interno dell’intera procedura di composizione negoziata della crisi. La previsione di un sistema di percezione dei segnali di crisi e l’attivazione della composizione negoziata o del nuovo concordato semplificato liquidatorio risultano essere istituti inscindibilmente fra loro collegati.

I soggetti “legittimati” dunque all’attivazione del nuovo istituto, sono gli imprenditori commerciali ed agricoli e il ricorso all’attivazione della procedura è esclusivamente spontaneo e non obbligatorio. Tale impostazione - che predilige la spontaneità del ricorso rispetto all’obbligatorietà - si riflette sulla disciplina relativa agli obblighi e responsabilità in capo all’organo di controllo.

Le più rilevanti innovazioni derivanti dal d.l. 118/2021 si concretizzano nel nuovo obbligo di verifica preventiva in capo all’organo di controllo circa la predisposizione, da parte dell’organo amministrativo, di adeguati assetti idonei a percepire i segnali di una potenziale crisi e nel contestuale obbligo – o onere al ricorrere di determinate condizioni – di sollecitazione all’organo amministrativo per l’attivazione dei rimedi finalizzati ad evitare la situazione di crisi¹⁴⁶ o il suo aggravarsi.

Il libero arbitrio concesso all’imprenditore circa l’accesso alla procedura e l’accantonamento temporaneo dell’obbligo di segnalazione da parte dell’organo di controllo all’OCRI al manifestarsi dei segnali di crisi, è mitigato dall’introduzione di tali norme che in un certo senso anticipano il sistema di allerta interna e che mirano a responsabilizzare già da ora l’operato dell’organo di controllo.

La grande differenza rispetto alla disciplina del Codice della Crisi è sicuramente rappresentata dal fatto che ad oggi l’organo di controllo ha “perso” il suo ruolo di attivatore della procedura innanzi all’OCRI essendo stato il sistema dell’allerta esterno sostanzialmente accantonato. Il nuovo obbligo di sollecitazione all’organo amministrativo circa l’adozione dei rimedi attivabili per evitare il

¹⁴⁶ N. ABRIANI e N. CAVALLUZZO, *Crisi d’impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 2.

verificarsi o l'aggravio dello squilibrio, si riduce all'essere una comunicazione formale in forma scritta che però si esaurisce nella sfera *inter-organica* della società¹⁴⁷ senza il coinvolgimento di soggetti esterni.

Chiaramente per l'adempimento dell'obbligo di sollecitazione¹⁴⁸ è necessaria una minuziosa e continuativa attività di vigilanza preventiva sull'organo amministrativo circa la predisposizione di adeguati assetti idonei al percepimento dei segnali di crisi. Dunque, alla luce delle modifiche introdotte con il nuovo Decreto Legge, l'attività dell'organo di controllo si traduce negli obblighi di vigilanza preventiva circa la predisposizione di adeguati assetti e nella sollecitazione tempestiva all'organo amministrativo circa l'attivazione dei rimedi esperibili per evitare il verificarsi o l'aggravio della situazione di crisi.

L'art. 15 del d.l. 118/2021¹⁴⁹ impone tali obblighi, specificando al comma secondo come la tempestività della segnalazione all'organo amministrativo e la puntuale vigilanza sulle trattative condotte dall'esperto, saranno gli elementi presi in considerazione dal curatore in caso di successivo fallimento ai fini dell'esonero o dell'attenuazione delle responsabilità in capo all'organo di controllo ex art. 2407 c.c.¹⁵⁰.

Più precisamente, nell'eventualità di un successivo fallimento, il curatore avrà il compito di verificare che l'organo di controllo abbia effettivamente

¹⁴⁷ N. ABRIANI e N. CAVALLUZZO, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 3.

¹⁴⁸ Sul punto R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, cit., p. 17: "Si specifica che la segnalazione deve essere motivata e trasmessa dall'organo di controllo a quello amministrativo con mezzi che ne assicurino la ricezione; deve inoltre contenere un congruo termine - ma non superiore ai trenta giorni - «entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese» (art. 15, comma 1°): iniziative, sembra di capire, già intraprese medio tempore o che si è in procinto di intraprendere."

¹⁴⁹ "L'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1. La segnalazione è motivata, è trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e contiene la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile. 2. La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini dell'esonero o dell'attenuazione della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile".

¹⁵⁰S. BRANCOZZI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, p. 12.

adempito agli obblighi prescritti in modo corretto. In caso di adempimento non conforme, sarà promuovibile nei suoi confronti l'azione di risarcimento dei danni derivanti dall'esercizio delle funzioni ad esso adibite.

Alla luce della nuova disciplina, quindi, all'organo di controllo non basterà più porre in essere la classica attività di verifica sull'adeguatezza degli assetti e tutte le altre attività di controllo previste in materia di vigilanza e revisione¹⁵¹ e questo perché la *ratio* che ispira l'intero decreto, e dunque anche delle norme che si rivolgono all'organo di controllo, è quella di prevenire un potenziale stato di crisi.

Per garantire l'efficace perseguimento della prevenzione in tale contesto, l'attività che si richiede all'organo di controllo, e quindi alle imprese, è di intervenire tempestivamente sui segnali che possano portare poi ad uno squilibrio identificabile come crisi. All'organo di controllo cioè oltre alla vigilanza preventiva sui potenziali segnali di crisi, è richiesto un intervento tempestivo che si sostanzia sotto la forma della sollecitazione scritta all'organo amministrativo già con il percepimento di segnali che possano condurre ad una crisi e non quando la crisi è già conclamata.

Tale impostazione, che prevede l'attività di vigilanza preventiva, è una impostazione che dovrebbe consentire il più possibile la preservazione della continuità aziendale, posto che la segnalazione avverrebbe in un momento cronologicamente antecedente al verificarsi dello squilibrio. Il problema concreto che al momento si pone è relativo a quali siano effettivamente gli indici che l'organo di controllo debba prendere in considerazione visto e considerato che il d.l. 118/2021 non li indica espressamente e che gli indici dell'allerta esterna, emanati dal CNEDEC, non risultano utili al caso in esame: tali indici infatti esprimono dei valori-soglia al cui superamento corrisponderebbe uno stato di crisi prossimo o conclamato.¹⁵²

La conseguenza dunque derivante dall'utilizzo di tali ultimi indici per la percezione dei segnali di crisi si risolverebbe in una percezione e contestuale

¹⁵¹ S. BRANCOZZI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 12.

¹⁵² S. BRANCOZZI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 12.

segnalazione tardiva che non consentirebbe di raggiungere il risultato della prevenzione auspicato dal legislatore.

A ben vedere gli indici che dovrebbero essere presi in considerazione ai fini di un corretto adempimento degli obblighi derivanti dall'art .15 del d.l. 118/2021, sembrano essere indici anche di natura qualitativa piuttosto che esclusivamente quantitativa.

Sicchè all'analisi di indici quantitativi - che possano far presumere una potenziale situazione di crisi, come ad esempio il calo del capitale netto circolante, a maggior ragione nel caso esso sia di segno negativo, o la diminuzione della redditività desumibile per esempio dal *trend* di segno negativo del R.O.I. (*Return of Investment*, che rappresenta l'indice di redditività del capitale investito e che è ottenuto dal rapporto fra il risultato economico derivante dall'attività operativa caratteristica dell'impresa e il capitale netto investito per esercitarla) o da un aumento dell'incidenza sui ricavi degli oneri finanziari in misura superiore al 2% ¹⁵³ - deve necessariamente affiancarsi l'analisi di indici di natura qualitativa che attengono alla realtà aziendale di riferimento.

L'organo di controllo sarà chiamato ad analizzare anche situazioni di fatto – non desumibili dal bilancio d'esercizio – che possano essere premonitrici di risultanze numeriche non promettenti. Pertanto, eventuali liti fra soci, lo scarso contributo al fatturato aziendale di prodotti e servizi nuovi o più semplicemente la scarsa armonia fra i membri del C.D.A. dovranno essere presi in considerazione dall'organo di controllo in sede di vigilanza preventiva per adempiere ai nuovi obblighi imposti e garantire in astratto un certo grado di prevenzione della situazione di squilibrio.¹⁵⁴ In conclusione, giova soffermarsi brevemente sulle principali differenze desumibili dal confronto fra l'art 14 C.C.I. e l'art 15 d.l. 118/2021 entrambi relativi agli obblighi in capo all'organo di controllo.

¹⁵³ S. BRANCOZZI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit. p. 12.

¹⁵⁴ S. BRANCOZZI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, p. 12.

2.3.1. I presupposti soggettivo ed oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata della crisi e l'avvio della procedura.

La composizione negoziata della crisi è una procedura riservata a qualsiasi imprenditore commerciale o agricolo. Ai sensi della legge¹⁵⁵, dunque, a prescindere dal tipo di attività esercitata, sarà possibile per l'imprenditore commerciale o agricolo ricorrere a tale soluzione.

Il presupposto soggettivo, dunque, si identifica nel possesso delle qualità di imprenditore agricolo o commerciale. A tal proposito va rilevato come non assumano alcuna rilevanza le soglie di non fallibilità imposte dall' art. 1 l.fall.: qualsiasi imprenditore, sia che posseda congiuntamente sia che non posseda congiuntamente i criteri di non fallibilità, può presentare l'istanza per l'accesso¹⁵⁶. La *ratio* di tale scelta è espressa nella Relazione illustrativa del decreto, ai sensi della quale: *“Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita con strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole”*. L'unica differenza prevista dal decreto è rappresentata dal fatto che laddove il richiedente sia un imprenditore considerabile come non fallibile, esso avrà accesso al percorso di composizione assistito c.d. “semplificato”, cioè un percorso in tutto e per tutto simile alla composizione negoziata ordinaria, ma con alcune semplificazioni.

Con riferimento al presupposto oggettivo per accedere alla composizione negoziata della crisi, bisogna preliminarmente rilevare come esso non sia un singolo presupposto oggettivo, quanto piuttosto il congiunto soddisfacimento¹⁵⁷ di due presupposti oggettivi. Tanto è vero che potrà accedere l'imprenditore, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa e del tipo di attività esercitata, che si ritrovi in una situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendano probabile la crisi o l'insolvenza, a condizione che sia ragionevolmente

¹⁵⁵ Art. 2, comma 1, d.l. 118/2021.

¹⁵⁶ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it

¹⁵⁷ M. CIABATTONI, *Decreto legge 24 agosto 2021 N.118: Le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 5 ottobre 2021, p. 2.

perseguibile il contestuale risanamento. Si rende a tal punto necessaria l'analisi dei due diversi presupposti oggettivi che si fondono in un tutt'uno inscindibile, nonché una breve disamina della possibile interpretazione in relazione alla locuzione "rende probabile" ed in relazione alla valutazione circa le ragionevoli possibilità di risanamento. Come detto per l'accesso alla procedura è necessario che l'imprenditore versi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore. Il tenore letterale della norma ricalca parzialmente la definizione di crisi contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a) del Codice della Crisi¹⁵⁸, intesa come probabilità di insolvenza. Seppur venga effettivamente ripreso il concetto di crisi, va rilevato come la nuova composizione negoziata sia finalizzata a consentire l'intervento dell'imprenditore in un momento antecedente rispetto alla probabile insolvenza, contemplando altresì la situazione in cui è probabile il verificarsi di una situazione di crisi – cioè la c.d. "twilight zone" anche detta situazione di pre-crisi – la quale si colloca a livello temporale in un momento antecedente alla situazione di crisi conclamata.¹⁵⁹

Stando al dato normativo, dunque, sembrerebbe esclusa la possibilità di attivazione dell'istituto nei casi in cui la crisi o l'insolvenza siano conclamate.¹⁶⁰ Seppur l'espressione "rendono probabile" sembra alludere ad eventi esclusivamente futuri, escludendo l'attivazione del percorso di composizione per le imprese già in crisi o in stato di insolvenza, appare più corretto declinare il precetto normativo nel senso che sia sufficiente ai fini dell'integrazione del presupposto oggettivo, la presenza di elementi che rendano tutto sommato verosimile l'esistenza dello stato di crisi o di insolvenza o comunque elementi che rendano probabile il suo verificarsi futuro.¹⁶¹

Tale impostazione, che riconoscerebbe la possibilità di attivazione anche alle imprese in crisi e in stato di insolvenza, pare essere giustificata da una serie di

¹⁵⁸ L'art. 2, comma 1, lett. a) CCI prevede che per «crisi» debba intendersi lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

¹⁵⁹ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit..

¹⁶⁰ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit..

¹⁶¹ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit..

disposizioni contenute nel medesimo decreto 118/2021¹⁶²: a) il penultimo comma dell'art. 6 preclude la possibilità di dichiarare il fallimento una volta che è stata presentata l'istanza di composizione negoziata; b) il secondo comma dell'art. 23 che stabilisce l'inammissibilità della proposizione dell'istanza ogniqualvolta ci si trovi in pendenza dei procedimenti per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, per l'ammissione al concordato preventivo o per la concessione del termine nella c.d. fase prenotativa¹⁶³; c) il fatto che avendo l'esperto indipendente il compito esclusivo di favorire un accordo con i creditori, le soluzioni c.d. "interne" di ristrutturazione del modello aziendale non sarebbero ipotizzabili, integrando di fatto una situazione di crisi in atto; d) il primo comma dell'art. 9, parlando di "probabilità di insolvenza", presuppone sostanzialmente uno stato di crisi già in atto, che rischierebbe di degenerare in insolvenza vera e propria.

Chiaramente, anche alla luce della previsione secondo cui una volta che siano stati soddisfatti i requisiti soggettivi ed oggettivi sarà l'esperto indipendente - attraverso il suo parere favorevole circa le concrete possibilità di risanamento *ex art. 5, comma 5, del DL 118/2021* - a consentire l'accesso alla composizione, non dovrà trattarsi di uno stato di insolvenza irreversibile, essendo esso uno stato in totale contrapposizione ad una qualsivoglia possibilità di risanamento.

Tanto è vero che la stessa Relazione illustrativa prevede espressamente la caratteristica della reversibilità dello stato di insolvenza come eventuale presupposto oggettivo per l'accesso: *"L'imprenditore in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile, può decidere quindi di intraprendere un percorso, del tutto riservato finché non viene chiesta la concessione di misure protettive, chiedendo la nomina di un esperto indipendente che valuti lo stato dell'impresa e che lo assista nelle trattative da attivare per il buon esito della composizione"*

¹⁶² La previsione di tali situazioni non avrebbe senso se la possibilità di accesso alla composizione negoziata non fosse riconosciuta anche nelle situazioni di crisi o di insolvenza posto che le ipotesi contemplate dall'art. 23 si possono verificare solo in tali casi.

¹⁶³ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit..

negoziata (e, di conseguenza, per la ricerca delle possibili soluzioni di risanamento dell'attività)".¹⁶⁴

Dunque, il fatto che tale strumento fosse stato ideato per il risanamento di imprese non ancora versanti in uno stato di crisi e a maggior ragione di insolvenza, non esclude all'interno del novero delle situazioni configuranti il presupposto oggettivo anche lo stato di insolvenza, purché sia reversibile.¹⁶⁵ Soddisfatti positivamente i presupposti soggettivo ed oggettivo, l'accesso effettivo alla composizione negoziata della crisi è subordinato al parere favorevole dell'esperto indipendente sulla concreta fattibilità del risanamento.

Appare utile chiarire su cosa si fonderà la valutazione operata dall'esperto indipendente. Poiché la volontà del legislatore era quella di intervenire fornendo alle imprese uno strumento che sopperisse alla carenza o mancanza di adeguati assetti per l'individuazione dei segnali di crisi, è stata introdotta una piattaforma telematica nazionale accessibile direttamente dal sito di ogni Camera di Commercio da parte di ogni imprenditore regolarmente iscritto nel registro delle imprese. La piattaforma consente all'imprenditore di inserire i propri valori aziendali, desumibili dal bilancio o da atti strettamente inerenti all'attività d'impresa esercitata, per valutare il c.d. "*Indice di Sanità Aziendale*". L'accesso alla piattaforma cioè consente di poter effettuare un test sul grado di "salute" della situazione aziendale attraverso l'analisi dei dati e il confronto degli stessi con dei parametri di riferimento individuati a seconda del tipo di attività esercitata e del settore in cui l'impresa opera.

La previsione di uno strumento informatizzato di questo genere permette all'imprenditore di poter effettuare un "check" sulla reale situazione aziendale. L'esito del test fornisce all'imprenditore un documento *ad hoc* sulla propria impresa contenente una serie di informazioni il cui valore, nell'ottica della prevenzione, è enorme. Questo perché l'esito del test fornirà una previsione prognostica sul risanamento. Il più importante apporto in termini di valore è però in realtà derivante da una lista di controllo particolareggiata volta a fornire

¹⁶⁴ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit..

¹⁶⁵ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit..

indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, accessibile dalla piattaforma telematica nazionale. Dunque, la valutazione circa le concrete possibilità di risanamento, non può non basarsi su risultanze documentali. In tale ottica dunque non appare inopportuno fare riferimento agli esiti del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento ex art 3 comma 2, come risultanza documentale sulla quale impenniare la valutazione.¹⁶⁶

L'imprenditore commerciale o agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendano probabile la crisi o l'insolvenza potrà richiedere, a maggior ragione all'esito del test, la nomina di un esperto indipendente, e cioè un soggetto terzo ed estraneo rispetto al contesto dell'impresa che ne richiede l'intervento. L'esperto indipendente a questo punto riceverà la notificazione dell'istanza di nomina promossa dall'impresa interessata. Poiché l'accesso alla composizione della crisi è subordinato al parere favorevole dell'esperto circa le concrete possibilità di risanamento, appare chiaro come l'esperto stesso debba avere la possibilità di accedere a tutta la documentazione astrattamente utile a delineare il quadro generale dell'impresa richiedente. La valutazione dell'esperto sulla fattibilità del risanamento, infatti, non può prescindere dall'approfondita conoscenza della reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa.

Così l'impresa che richiede la nomina dell'esperto indipendente dovrà necessariamente fornire tutta una serie di documenti che gli consentano di effettuare una valutazione il quanto più possibile consapevole. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, d.l. 118/2021 infatti è richiesto all'imprenditore che decida di proporre l'istanza di nomina dell'esperto indipendente, di pubblicare sulla piattaforma, contestualmente all'istanza di nomina: a) i bilanci relativi agli ultimi 3 esercizi a meno a che non siano già stati depositati presso l'ufficio del registro delle imprese oppure, con riferimento ai soggetti che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA relativi agli ultimi 3 periodi d'imposta e un documento che attesti la situazione patrimoniale e finanziaria relativa ai 60 giorni precedenti alla presentazione dell'istanza; b) una relazione chiara e sintetica

¹⁶⁶ M. CIABATTONI, *Decreto legge 24 agosto 2021 N.118: Le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, cit, p. 5.

sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare; c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia; d) una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza; e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'articolo 364, comma 1, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14; f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione; g) il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'articolo 363, comma 1, del decreto legislativo n. 14 del 2019, oppure, se non disponibile, il documento unico di regolarità contributiva; h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza. Pubblicata la documentazione e la relativa istanza di nomina, si dovrà attendere il parere di una commissione ad hoc istituita composta da un magistrato direttamente designato dalla sezione imprese del Tribunale, un membro della Camera di Commercio designato dal Presidente ed un terzo soggetto designato dal Prefetto del Capoluogo.¹⁶⁷

Tale fase è preventiva rispetto all'accettazione della nomina nel senso che solo nel caso in cui la commissione dia parere favorevole la questione verrà sottoposta poi per l'accettazione da parte dell'esperto. La commissione decide a maggioranza ed entro 5 giorni lavorativi. Nella valutazione circa la decisione da prendere non si avvarrà soltanto della documentazione pubblicata dall'imprenditore, bensì anche di una sintetica nota concernente il volume d'affari, il numero dei dipendenti dell'impresa e il settore in cui opera¹⁶⁸.

Laddove la commissione decida con esito favorevole, l'istanza di nomina verrà inoltrata all'esperto indipendente il quale dovrà preliminarmente svolgere una serie di attività il cui carattere è strumentale all'accettazione dell'incarico. Ricevuta la nomina l'esperto indipendente avrà un lasso temporale molto breve per autodeterminarsi - pari a due giorni - e comunicare la decisione di accettazione

¹⁶⁷ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, p. 4.

¹⁶⁸ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 5.

o declinazione della nomina. Le attività strumentali che debbono essere compiute dall'esperto attengono alla verifica della propria indipendenza, al possesso delle competenze richieste dalla legge e alla disponibilità di tempo per assumere l'incarico. Va sottolineato come in questa fase l'esperto indipendente non abbia nessuna informazione circa la situazione dell'impresa che ne ha richiesto la nomina. Adempite tali preliminari attività con esito favorevole, l'esperto deciderà se assumere o meno l'incarico.

La fase dell'accettazione da parte dell'esperto è dunque una fase eventuale, e rappresenta l'ultimo passaggio prima della valutazione da parte dell'esperto circa le concrete possibilità di risanamento dell'impresa, dunque l'accettazione dell'incarico, non è sinonimo di accesso sicuro alla Composizione negoziata. Una volta accettato l'incarico, l'esperto indipendente avrà il compito di comprendere se effettivamente sussistano concrete possibilità di risanamento. La valutazione positiva in merito, che rappresenta il presupposto per l'accesso alla Composizione negoziata, non verrà effettuata solo sulla scorta delle informazioni contenute nella documentazione depositata contestualmente alla nomina sulla piattaforma telematica. Infatti, l'esperto indipendente si avvarrà di una serie di informazioni fornitegli direttamente dall'organo di controllo e dal revisore legale¹⁶⁹.

Tale supplemento informativo è molto importante in quanto sostanzialmente le informazioni che verranno fornite all'esperto indipendente dall'organo di controllo rappresentano il parere del medesimo sul piano di risanamento preventivamente predisposto dall'impresa. Sulla base delle informazioni in suo possesso, l'esperto indipendente procederà con estrema urgenza a fissare un incontro con l'imprenditore e i suoi c.d. advisor, cioè i professionisti che forniscono un'attività di consulenza in ambito economico finanziario dai quali solitamente si fa affiancare. Nell'incontro avverrà la oramai più volte citata valutazione circa le concrete possibilità di risanamento. Laddove dal confronto con l'imprenditore e dalle informazioni in suo possesso l'esperto

¹⁶⁹ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 5.

dovesse valutare positivamente le concrete possibilità di risanamento, si avrà accesso alla Composizione Negoziata della Crisi.

2.4 Le misure protettive e cautelari ex artt. 6 e 7 d.l. 118/2021

Se come detto l'obiettivo del legislatore era quello di fornire agli imprenditori la possibilità di accedere ad un percorso di risanamento in una fase persino antecedente al concludersi della crisi o dell'insolvenza purché reversibile, non deve sorprendere l'introduzione della previsione per l'imprenditore di richiedere al tribunale competente l'emissione di misure protettive e cautelari finalizzate alla conservazione del patrimonio dell'imprenditore e comunque strumentali al buon esito delle trattative. L'emissione di misure protettive e cautelari rappresenta l'altro possibile caso in cui sia previsto l'intervento diretto del tribunale all'interno della composizione assistita oltre che nel caso ex art. 10 in relazione alla concessione di autorizzazioni al compimento di determinati atti da parte del tribunale stesso. Ai sensi degli artt. 6 e 7 è dunque possibile per l'imprenditore richiedere l'emissione di misure protettive e cautelari al tribunale individuato come competente. La richiesta in questione rappresenta il principale strumento d'ausilio a disposizione dell'imprenditore per garantire il buon esito delle trattative.¹⁷⁰ Tali misure infatti consentono sostanzialmente di poter cristallizzare la situazione economico-finanziaria al momento esatto in cui vengono richieste, andando di fatto ad evitare quel meccanismo, quasi automatico, di risposta dei creditori all'accesso alla composizione, che si sostanzia in "una corsa" per la costituzione di posizioni privilegiate.¹⁷¹ La concessione di tali misure protettive e cautelari, che hanno come effetto quello di impedire a qualsiasi creditore di poter intraprendere singolarmente o collettivamente una qualsivoglia azione esecutiva sul patrimonio del debitore, avviene sulla base di una specifica istanza proposta dall'imprenditore interessato.

¹⁷⁰ R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La continuità aziendale in pendenza delle trattative*, 2022, p. 78.

¹⁷¹ R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 78.

Tale istanza può essere presentata alternativamente in due momenti: i) contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto per mezzo della piattaforma telematica ed iscritta nel registro delle imprese ¹⁷²; ii) durante la composizione nella fase delle trattative con le medesime modalità.¹⁷³

L'istanza deve essere presentata sotto forma di ricorso e viene iscritta entro 30 giorni nel registro delle imprese, ed è richiesto che assieme ad essa venga depositata tutta la documentazione richiesta¹⁷⁴ per l'istanza di nomina dell'esperto.¹⁷⁵ Adempite tali formalità, che sono necessarie per una valutazione consapevole da parte del tribunale circa le concrete possibilità di risanamento che giustificerebbero la conferma di misure finalizzate al buon esito delle trattative, il tribunale entro 10 giorni dovrà fissare con decreto la relativa udienza. Laddove però la presentazione del ricorso avvenga fuori dai termini, il tribunale potrà dichiarare come inefficaci le misure protettive senza dover contestualmente fissare l'udienza. Il medesimo effetto si produrrà nel caso in cui il giudice non provveda entro il termine dei 10 giorni.

Ciò induce ad una riflessione. L'operatività di tali misure pare essere *ex lege*, posto che il giudice non le concede, ma semmai le "conferma". Si spiegherebbe così il tenore letterale della legge la quale all'art. 6, comma 1, recita "[...] dal giorno della pubblicazione".

I requisiti cui risulta essere subordinata la conferma delle misure protettive e cautelari sono la sussistenza di una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento (*fumus boni iuris*) e la contestuale previsione che la mancata concessione delle misure possa pregiudicare il risanamento dell'impresa

¹⁷² P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7

¹⁷³ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7

¹⁷⁴ Debbono essere depositati: I bilanci, o in alternativa le dichiarazioni dei redditi e le dichiarazioni IVA degli ultimi 3 esercizi o se l'attività è in corso da meno tempo, quelli dall'inizio dell'attività; un documento attestante la situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre i 60 giorni antecedenti al deposito del ricorso; l'elenco dei creditori con la specifica indicazione dei primi dieci per ammontare e i relativi indirizzi PEC; un piano finanziario per i successivi 6 mesi e un prospetto sintetico sulle attività ed iniziative di carattere industriale che l'imprenditore intende porre in essere nei successivi 6 mesi; un'autocertificazione attestante le concrete possibilità di risanamento; il nominativo dell'esperto nominato e l'indirizzo PEC di quest'ultimo.

¹⁷⁵ Chiaramente il riferimento è al caso di specie in cui il ricorso sia presentato durante le trattative e non contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto visto e considerato che in tal caso sarà comunque obbligatorio il deposito della documentazione di cui sopra.

(*periculum in mora*).¹⁷⁶ Ciò detto, all'udienza fissata dal tribunale, non avverrà una concessione, essendo tali misure già efficaci, quanto piuttosto una conferma, modifica o revoca delle misure. Più precisamente il tribunale porrà in essere tutti gli atti istruttori che si rendano a tal fine indispensabili.¹⁷⁷ Se le misure protettive o i relativi provvedimenti cautelari siano di per sè idonei ad incidere su diritti di terze parti, il giudice ha l'obbligo di sentirli in udienza.¹⁷⁸

In relazione alla durata esse potranno avere una durata minima di 30 giorni ed un massimo di 120 giorni che possono essere aumentati a 240 giorni in casi di specifica necessità per la conclusione delle trattative. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, le misure protettive e cautelari non sono necessariamente destinate a tutti i creditori, è fatta salva infatti la facoltà per l'imprenditore di circoscrivere l'efficacia delle stesse a determinate e specifiche iniziative o a singoli creditori e categorie degli stessi.¹⁷⁹ Ad ogni modo, l'introduzione di tale previsione rappresenta la conclusione di un percorso volto a fornire all'imprenditore uno strumento assai vantaggioso da parte degli esperti della commissione del ministero della giustizia. Infatti, gli effetti delle misure di cui si discute si produrranno con la semplice pubblicazione dell'istanza, consentendo così all'imprenditore di poter usufruire di uno strumento estremamente efficace e celere. Con la pubblicazione dell'istanza, sarà vietato per i creditori interessati dalle misure intraprendere o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata attività d'impresa e non potranno altresì essere costituiti diritti di prelazione che non fossero già stati concordati antecedentemente.¹⁸⁰ Oltre a ciò l'imprenditore al momento della proposizione dell'istanza dovrà necessariamente comunicare se sussistano già misure cautelari od esecutive nei suoi confronti e, nel caso specifico in cui l'istanza non sia proposta contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto, dovrà aggiornare la situazione relativa alle istanze di fallimento pendenti in quel momento.¹⁸¹ Ad un

¹⁷⁶ R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 81.

¹⁷⁷ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7.

¹⁷⁸ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7.

¹⁷⁹ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7.

¹⁸⁰ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7.

¹⁸¹ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 7.

attento lettore, non sfuggirà il fatto che tali previsioni ricalcano in tutto e per tutto le conseguenze derivanti dal deposito della domanda di concordato in bianco¹⁸² ma con una fondamentale ed innovativa differenza, perfettamente coerente con la *ratio* ispiratrice del decreto anche in ossequio dei principi dettati dalla Direttiva *insolvency* in relazione alla preservazione della continuità aziendale

Rispetto alla domanda di concordato preventivo in bianco, infatti, non sono inibiti i pagamenti spontanei, cioè l'imprenditore potrà proseguire nell'erogazione di pagamenti destinati alla soddisfazione dei relativi crediti. Tale disposizione però impone la lettura in combinato disposto con l'art. 9 d.l. 118/2021. Se è pur vero che all'imprenditore è riservata la gestione dell'impresa in pendenza delle trattative, e dunque anche la possibilità di effettuare pagamenti, essi debbono ai sensi dell'art. 9¹⁸³ risultare necessariamente coerenti con lo stato delle trattative e le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono compiuti. Non a caso, nell'ipotesi in cui essi appaiano come incoerenti alla luce della valutazione fatta dall'esperto, costui avrà l'obbligo di iscrivere il proprio dissenso laddove siano idonei ad arrecare pregiudizio ai creditori e in tal caso il tribunale potrà dunque revocare le misure cautelari e protettive. Tale meccanismo sarà oggetto di specifica trattazione nei prossimi paragrafi, ma giova preliminarmente sottolineare che il caso in esame di revoca delle misure corrisponde alla fattispecie in cui l'imprenditore, nonostante il parere sfavorevole dell'esperto circa il compimento dell'atto, lo abbia comunque compiuto pregiudicando di fatto il buon esito delle trattative vanificando quindi quello che

¹⁸² Ex art. 161, comma 6, l.fall..

¹⁸³ L'art. 9 d.l. 118/2021 dispone che: "1. Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. Quando sussiste probabilità di insolvenza l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. 2. L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. 3. L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. 4. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria. 5. Quando sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione di cui all'articolo 7, comma 6."

era l'obiettivo perseguito tramite l'applicazione delle stesse misure protettive e cautelari.

Tale impostazione si traduce indirettamente in un vantaggio pressoché irrinunciabile per l'imprenditore che conduca la gestione dell'impresa attraverso il compimento di soli atti di ordinaria amministrazione. Infatti tali atti, come meglio si discuterà nei prossimi paragrafi, se coerenti con le trattative e le prospettive di risanamento non saranno mai corredate dal dissenso dell'esperto, cosicché nessuna conseguenza potrà ripercuotersi sull'imprenditore che potrà così agevolmente perseguire il risanamento. Non solo: coerentemente con la finalità di preservare la continuità aziendale e in particolare a quanto previsto dall'art 7 paragrafo 2 della direttiva 1023/2019, il medesimo art. 6 d.l. 118/2021 prevede due ulteriori disposizioni innovative rispetto al C.C.I. di preminente rilevanza nei successivi commi 4 e 5. Ai sensi del comma 4 dell'art. 6¹⁸⁴ è stabilito che a seguito della pubblicazione dell'istanza di cui sopra, e fintanto che le trattative siano concluse o fintanto che intervenga l'archiviazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata, non sarà pronunciabile nei confronti dell'imprenditore la dichiarazione di fallimento. Il successivo comma 5 dispone poi come i creditori che risultino interessati dalle misure protettive e cautelari, non potranno in via unilaterale optare per la risoluzione, l'inadempimento, la modifica o anticipazione della scadenza dei contratti pendenti per il solo fatto che persista il mancato pagamento nei loro confronti di crediti anteriori da parte dell'imprenditore.

Tali previsioni, infatti, ampliano e fortificano il grado di tutela offerto all'imprenditore¹⁸⁵ e rappresentano, seppur indirettamente, un incentivo

¹⁸⁴ L'art. 6, comma 4, d.l. 118/2021 statuisce che: *“Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata”*.

¹⁸⁵ Potrebbe ritenersi che il grado di tutela offerto all'imprenditore sia di eccessivamente permeante, sul punto, in dottrina si è affermato che *“ad evitare timori di una ampiezza invasiva della previsione, è sufficiente considerare che i creditori interessati dalle misure protettive, non sono i creditori “potenzialmente” interessati, ma piuttosto quelli concretamente colpiti dalle misure in questione (e dunque soggetti ad una verifica del tribunale, che come più volte ripetuto, è chiamato a intervenire in tempi brevissimi), i quali hanno perciò lo strumento della richiesta di revoca se la misura appaia sproporzionata rispetto al pregiudizio loro arrecato”*.

I. PAGNI - M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in diritto della crisi, 5 novembre 2021 p. 17.

all'accesso alla composizione negoziata. Inoltre, contestualmente all'istanza di cui all'art. 6, e sempre nell'ottica della preservazione della continuità aziendale, l'imprenditore a norma dell'art. 8 d.l. 118/2021¹⁸⁶ può dichiarare che non vengano applicati nei suoi confronti gli obblighi di riduzione del capitale per le perdite conseguite previsti dagli articoli 2446, co 2-3, 2447, 2482-*bis* co 4,5,6 e 2482-*ter* del codice civile nonché l'efficacia della causa di scioglimento delle società derivante dalla riduzione o perdita del capitale sociale ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 4) e 2545-*duodecies* del codice civile. La volontà del legislatore di non subordinare l'esenzione dagli obblighi di cui sopra all'intervento del tribunale, secondo autorevole opinione¹⁸⁷ non deve indurre a ritenerla come un'eccessiva compressione della tutela del ceto creditorio. Infatti l'operatività della sospensione di tali obblighi in capo all'imprenditore ex art. 8 d.l. 118/2021 oltre che essere limitata dal punto di vista temporale ai sei mesi coincidenti con la durata della composizione negoziata, è stata volutamente ideata dal legislatore come una previsione a sè stante rispetto all'istanza ex art. 6, comma 1 che viene in esso semplicemente richiamata.

L'autonoma previsione normativa della dichiarazione di cui all'art. 8, non essendo necessariamente collegata alla richiesta di protezione del patrimonio ex art. 6, ammette il possibile scenario in cui l'imprenditore si avvalga del beneficio della sospensione senza che abbia richiesto le misure protettive e cautelari. Per contro a tutela dei creditori, laddove la dichiarazione ex art. 8 venga resa contestualmente alla richiesta ex art. 6, il giudice potrà valutare su iniziativa di uno o più creditori intervenuti nel procedimento cautelare se la sospensione degli obblighi possa giustificare la revoca delle misure laddove la stessa sospensione

¹⁸⁶ L'art. 8 d.l.118/2021: Sospensione degli obblighi di cui agli articoli 2446 e 2447 del codice civile: *“1. Con l'istanza prevista dall'articolo 6, comma 1, l'imprenditore può dichiarare che, dalla pubblicazione della medesima istanza e sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applicano nei suoi confronti gli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile e la causa*

di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies del codice civile”.

¹⁸⁷ R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 79.

arrechi pregiudizio.¹⁸⁸ Per altro, seppur sia una previsione di portata più ampia, a fondamento della tutela accordata al ceto creditorio il successivo art. 7, comma 6,¹⁸⁹ prevede la possibilità per i creditori di proporre un'istanza finalizzata alla modifica temporale o persino la revoca delle misure protettive e cautelari concesse nel caso in cui esse non siano idonee a garantire il buon esito delle trattative o se appaiano manifestamente sproporzionate rispetto al concreto pregiudizio sofferto dai creditori istanti.

In conclusione, merita una breve riflessione il mutamento subito dal ruolo del tribunale alla luce del d.l. 118/2021, che sarà fra l'altro ripresa per alcuni suoi aspetti nel corso del terzo capitolo e al quale si rinvia. Nelle ipotesi di misure protettive e cautelari e di autorizzazione di atti ex art. 10, il ruolo del tribunale si traduce nell'operare costantemente un minuzioso e attento bilanciamento fra le esigenze dell'imprenditore in difficoltà e dei suoi creditori. Infatti, come anche previsto per l'autorizzazione degli atti ex art. 10, la concessione di misure cautelari impone al tribunale di tenere ben presente la finalità degli stessi al risanamento dell'impresa: se l'impresa riesce ad attuare efficacemente un risanamento infatti, esso comporterà benefici tanto per l'imprenditore che per i creditori e gli eventuali soggetti interessati, senza considerare poi che il successo di un eventuale risanamento avrebbe come conseguenza anche quella di "allontanare" l'aleggiarsi di un ipotetico fallimento o di una qualsivoglia procedura concorsuale, che rappresenta fra l'altro l'obiettivo indiretto auspicato dal legislatore.

Sicché, l'operato del tribunale non sarà più *ex post*, ma *ex ante* visto e considerato che dovrà eseguire un giudizio prognostico sull'utilità e il buon esito delle trattative come presupposto per i provvedimenti di cui sopra.¹⁹⁰ In altre parole, il tribunale sarà il mezzo attraverso il quale facilitare la composizione

¹⁸⁸ Sul punto R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 81.

¹⁸⁹ Ai sensi dell'art. 7, comma 6, d.l. 118/2021, su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, il giudice che ha emesso i provvedimenti di cui al comma 4 può, in qualunque momento, sentite le parti interessate, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

¹⁹⁰ R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 82.

negoziata della crisi, senza però mai perdere i suoi poteri di iniziativa in sede fallimentare, posto che ai sensi dell'art. 7 l.fall, potrà laddove ravvisi il verificarsi dello stato di insolvenza avvertire il P.M. anche se in dottrina¹⁹¹ si auspica che tale ipotesi si verifichi in casi marginali e comunque non nei confronti di quegli imprenditori che avviino la composizione negoziata poiché in stato di pre-crisi o di crisi, e non di insolvenza conclamata.

2.5 La Fase delle Trattative. Il ruolo dell'esperto indipendente e il rapporto con l'imprenditore

Accettata l'istanza di nomina l'esperto indipendente ha ufficialmente assunto il ruolo di conduttore delle trattative fra l'impresa e i suoi creditori. La fase delle trattative si può identificare come quella fase all'interno della quale l'esperto indipendente assieme all'imprenditore mira a raggiungere un accordo con la compagine creditoria e gli eventuali altri soggetti interessati per agevolare il risanamento.

In realtà la legge non prevede necessariamente il risanamento come soluzione alla situazione di squilibrio. Infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.l. 118/2021, è stabilito come l'esperto indipendente sia deputato alla conduzione delle trattative finalizzate al superamento della situazione di squilibrio, di potenziale crisi o insolvenza, anche mediante la cessione dell'azienda o il trasferimento di un ramo della stessa. Stando dunque al dato normativo parrebbe desumibile come l'esperto non sia una figura prevista specificatamente per condurre al risanamento dell'impresa.

L'esperto indipendente pare piuttosto essere una figura dotata di spiccate capacità tecniche e qualifiche professionali nell'ambito della composizione della crisi il cui operato si limita al superamento dello squilibrio che ha condotto l'impresa alla composizione, con la possibilità che però tale risanamento non sia effettivamente perseguibile. È da rilevare dunque come l'intervento dell'esperto non sia sinonimo di sicuro risanamento, ma di tentativo di risanamento che,

¹⁹¹ R. ROSSI, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 82.

laddove non sia possibile, condurrà a soluzioni alternative che non coincidono necessariamente con il risanamento. Prima di occuparci però di come concretamente si svolga la fase delle trattative e il coinvolgimento dell'esperto al suo interno, è necessario soffermarsi brevemente sull'iter di ammissione dell'esperto all'elenco degli esperti indipendenti. L'esperto indipendente infatti prima di poter ricevere una qualsivoglia nomina, deve necessariamente figurare fra i soggetti effettivamente legittimati all'espletamento di tale funzione: deve cioè figurare nell'elenco degli esperti indipendenti. Ai sensi dell'art. 3, comma 3 del d.l. 118/2021 per poter richiedere l'ammissione all'elenco è necessario il possesso di alcuni requisiti oggettivi fra loro alternativi¹⁹²: i) iscrizione da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili; ii) iscrizione da almeno cinque anni all'albo degli avvocati e dimostrazione di esperienza nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa; iii) iscrizione da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro e dimostrazione di avere concorso in almeno tre casi alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi di ristrutturazione sottostanti a piani attestati conclusi o ancora di avere concorso alla presentazione di concordati in continuità omologati; iv) possibilità di documentare di avere svolto le funzioni di amministrazione e di controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza.

L'esperto indipendente interessato, dovrà fare specifica richiesta per l'ammissione alla Camera di Commercio del luogo di residenza o di iscrizione all'ordine professionale allegando tutta una serie di documenti per la verifica dei requisiti di cui sopra.¹⁹³ In più ai sensi dell'art. 3, comma 5, dovrà certificare con mezzi idonei, l'assolvimento dei c.d. obblighi formativi stabiliti dal Ministero della Giustizia e contestualmente produrre il proprio curriculum vitae all'interno

¹⁹² P. RIVA, *Il ruolo dell'esperto "facilitatore"*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 30 settembre 2021, p. 2.

¹⁹³ P. RIVA, *Il ruolo dell'esperto "facilitatore"*, cit., p. 2.

del quale dovranno risultare le eventuali altre esperienze formative fatte o certificati conseguiti in materia. Sulla base della documentazione presentata, la camera di commercio competente procederà all'ammissione all'elenco degli esperti indipendenti abilitati laddove siano rispettati tutti i requisiti e sia avvenuta l'allegazione della documentazione richiesta. Ad ogni modo l'eventuale rigetto della domanda all'ammissione all'elenco non preclude la possibilità di ripresentazione della stessa.¹⁹⁴ Una volta figurante nell'elenco il professionista può essere nominato.

A questo punto viene richiesto all'esperto di auto-verificare la sussistenza dei requisiti di indipendenza formale e apparente, individuati dalla lettera dell'art. 4 del d.l. 118/2021, rubricato appunto Requisiti di indipendenza e doveri dell'esperto e delle parti. L'esperto indipendente infatti deve innanzitutto verificare, per l'espletamento delle proprie funzioni, di essere in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall'art. 2399 c.c.¹⁹⁵ L'esperto indipendente non deve essere altresì in alcun modo legato all'impresa né ad altre parti interessate al risanamento da rapporti tanto di natura personale che professionale. L'indipendenza in questo senso gioca un ruolo fondamentale: in un contesto di risanamento, all'interno del quale vi sono parti portatrici di interessi fra loro potenzialmente contrapposti quali creditori, imprenditore ed altri soggetti interessati, risulta imprescindibile garantire nel modo più assoluto la terzietà ed indipendenza dell'esperto in relazione agli interessi in gioco.

Così facendo infatti si garantisce almeno in astratto che l'operato dell'esperto si limiterà alla mera applicazione delle conoscenze e competenze

¹⁹⁴ P. RIVA, *Il ruolo dell'esperto "facilitatore"*, cit., p. 2.

¹⁹⁵ L'art. 2399 c.c. regola le incompatibilità relativamente ai sindaci stabilendo che non possono essere eletti alla carica di sindaco e, in caso di elezione, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 c.c. (ossia l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità

ad esercitare uffici direttivi); b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da

un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

tecniche per pervenire al risultato più soddisfacente per le parti in trattativa senza il perseguimento di un interesse collaterale. Ricordiamo infatti che accettazione della nomina non è sinonimo di sicuro risanamento, visto e considerato che sarebbe ben possibile l'ipotesi in cui sia più conveniente optare per la cessazione dell'attività d'impresa e contestuale liquidazione nell'ottica di garantire un miglior soddisfacimento della compagine creditoria. Inoltre è specificamente richiesto che anche i componenti dell'associazione professionale dell'esperto, qualora il medesimo operi in forma associata, non debbano aver prestato, nei cinque anni precedenti, alcuna attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'impresa stessa, né abbiano detenuto o che detengano al momento partecipazioni dell'impresa. La norma¹⁹⁶ specifica, altresì che l'esperto e i suoi soci non devono comunque aver fatto parte degli organi di controllo o di amministrazione dell'impresa. Con specifico riferimento poi alle caratteristiche che deve avere l'operato dell'esperto, lo stesso d.l. 118/2021 richiama la diligenza professionale, richiedendo che l'operato dell'esperto sia caratterizzato da riservatezza, terzietà ed indipendenza.

Ad ogni modo, tutti i soggetti coinvolti nella fase delle trattative – e cioè l'imprenditore, i creditori, i soggetti interessati e l'esperto indipendente – sono assoggettati ad una serie di obblighi di condotta da dover tenere. Ai sensi dell'art 4 del d.l. 118/2021 infatti, precisamente al comma 4, è stabilito che le parti debbano comunque agire secondo i principi di correttezza e buona fede.

La buona fede e correttezza, impongono dunque alle parti di operare in totale trasparenza ed è in tale ottica che l'esperto ha la facoltà di chiedere tutte le informazioni a lui necessarie direttamente all'imprenditore. Nei confronti di quest'ultimo l'obbligo si sostanzia anche nel dovere di rappresentare la situazione in cui si trova con trasparenza e completezza oltre che nel dovere di amministrare il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori. La situazione dell'impresa dunque deve essere illustrata chiaramente a tutti i soggetti coinvolti nelle trattative ed essi hanno il dovere di collaborare lealmente con l'imprenditore e con l'esperto, nonché di rispettare l'obbligo di

¹⁹⁶ Art. 4 d.l. 118/2021.

riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite o scambiate durante la fase delle trattative.

L'esperto indipendente, pertanto, una volta accettata la nomina avvierà le trattative con i creditori presentando un piano finalizzato al risanamento che viene predisposto assieme all'imprenditore e ai professionisti da cui si fa coadiuvare. Nel lasso temporale che intercorre fra l'accesso alla composizione assistita e la sua conclusione l'imprenditore mantiene il possesso del complesso aziendale e dei poteri gestori.

Proprio perché l'attività dei soggetti coinvolti deve essere ispirata alla correttezza e buona fede, sono imposti specifici obblighi informativi in capo all'imprenditore per il compimento di atti di straordinaria amministrazione o comunque per l'esecuzione di atti e pagamenti che non siano coerenti con lo stato attuale e potenziale delle trattative condotte dall'esperto o più in generale che non siano coerenti con le prospettive di risanamento. Per tali atti infatti è previsto l'obbligo di informazione preventiva in forma scritta all'esperto indipendente. La previsione dell'obbligo di informazione preventiva non si traduce nel divieto del compimento di tali atti, come ad esempio è previsto in caso di concordato in bianco, visto e considerato che conservando l'imprenditore il potere di compiere atti anche di straordinaria amministrazione, l'esperto non potrà evitarne il compimento. Lo strumento dell'informazione preventiva svolge la funzione di informare l'esperto indipendente sul compimento di un atto che esula dalla gestione ordinaria dell'attività d'impresa o che possa comunque pregiudicare i creditori o lo stato delle trattative in corso¹⁹⁷.

L'esperto indipendente ricevuta notizia della volontà dell'imprenditore di compiere tali atti esprimerà un parere al riguardo che sarà favorevole o sfavorevole a seconda del caso concreto. L'esperto laddove ravvisasse il potenziale pregiudizio ai creditori o allo stato delle trattative derivante dal

¹⁹⁷ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 6.

compimento dell'atto, ne darà comunicazione all'imprenditore e soprattutto anche all'organo di controllo.¹⁹⁸

Oltre ciò l'esperto indipendente potrà iscrivere il proprio dissenso all'interno di un'apposita sezione nel Registro delle Imprese, ma rimane una mera facoltà: tale facoltà diviene obbligo nel caso in cui l'atto sia idoneo ad arrecare pregiudizio ai creditori.¹⁹⁹ Ad ogni modo la fase delle trattative – che si pone temporalmente dopo rispetto l'accettazione della nomina – si concreta nella fissazione di incontri periodici e ravvicinati con le altre parti. In tale sede verranno prospettate le possibili strategie di risanamento da adottare e gli specifici interventi da compiere.

L'esperto indipendente in qualsiasi momento all'esito di tali incontri, laddove non sussistano le concrete possibilità di risanamento, dovrà darne comunicazione all'imprenditore e alla camera di commercio che disporrà l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Sicché l'archiviazione della composizione potrà essere disposta tanto nel caso in cui l'esperto, al primo incontro con l'imprenditore, non ravvisi le possibilità di risanamento, tanto nel caso in cui a seguito degli incontri con le altre parti pervenga alla medesima soluzione o nel caso in cui le trattative non portino ad un risultato soddisfacente. La durata della fase delle trattative è di 180 giorni che decorrono dal giorno in cui è avvenuta l'accettazione della nomina da parte dell'esperto.²⁰⁰ Tale termine è indicato dal comma 5 dell'art. 7 del d.l. 118/2021 e corrisponde alla fase centrale e conclusiva della procedura.

Infatti, entro 180 giorni l'esperto indipendente dovrà provare a trovare una soluzione che metta d'accordo le parti coinvolte e che consenta il superamento della crisi o della pre-crisi. Se entro il termine fissato dalla legge non si pervenga ad una soluzione soddisfacente, la procedura si considera come conclusa con esito negativo e l'esperto indipendente procederà ad avvisare l'imprenditore e la camera di commercio che procederà alla archiviazione dell'istanza di

¹⁹⁸ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 6.

¹⁹⁹ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 6.

²⁰⁰ P. RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 6.

Composizione assistita. Il termine dei 180 giorni può essere derogato e allungato con il consenso di tutte le parti coinvolte.

Parimenti il termine non troverà applicazione nel caso in cui l'attività dell'esperto indipendente richieda più tempo in virtù del ricorso da parte dell'imprenditore al Tribunale nei casi ex artt. 7 e 13 del d.l. 118/2021. Tali ipotesi concernono il coinvolgimento del tribunale da parte dell'imprenditore al fine di ottenere misure protettive e cautelari il cui carattere è strumentale al proseguimento e buon esito delle trattative. Ad ogni modo la durata delle misure protettive e cautelari non può eccedere i 240 giorni dalla loro emanazione. Per quelle emanate per garantire il proseguimento e buon esito delle trattative, è necessario il parere dell'esperto che deve essere fornito al tribunale.

Tale impostazione, che pare delineare una forma di collaborazione atipica fra l'esperto indipendente ed il tribunale, è giustificata dalla natura strumentale delle misure al proseguimento delle trattative e al buon esito delle stesse condotte dall'esperto. Pertanto, il parere dell'esperto sulle possibilità che l'emanazione delle stesse possa comportare un beneficio per la massa creditoria e per l'imprenditore – che si sostanzia nel raggiungimento di un'intesa finalizzata al superamento dello squilibrio e alla miglior soddisfazione dei creditori – riveste un ruolo fondamentale.

2.6 La Conclusione e i possibili esiti delle trattative

Una volta spirati i termini per le trattative condotte dall'esperto si perverrà ad una soluzione circa l'esito delle stesse in relazione al risanamento dell'impresa. Scaduti i termini, infatti, non è detto che si sia trovato un accordo sul risanamento. La conclusione delle trattative, dunque, potrà avere esito positivo o negativo a seconda che si sia pervenuti ad una soluzione soddisfacente per le parti coinvolte. I possibili esiti alla luce delle trattative condotte sono indicati dall'art 11 del d.l 118/2021 rubricato "Conclusione delle trattative".

L'art. 11 in commento enuclea tutti i possibili scenari conseguenti alla fase delle trattative e contempla sia le ipotesi di esito positivo che le ipotesi di esito negativo. I possibili esiti delle trattative si sostanziano nell'adozione di

determinate soluzioni che possono essere agevolmente distinte in due macro-categorie: nuovi strumenti ex art 11, comma 1, 2 e 3 lett. b. e gli strumenti già previsti ex art 11 comma 3.

A ben vedere con riferimento ai nuovi strumenti va rilevato come essi non siano esclusivamente strumenti di nuova introduzione: in parte essi sono strumenti già esistenti ma che hanno subito delle rilevanti innovazioni tali da renderli considerabili come istituti autonomi.²⁰¹ Le soluzioni contemplate dal comma 1 e 2 dell'art. 11 hanno in comune il fatto che sono soluzioni adottate conseguentemente al buon esito delle trattative e, in particolare quelli previsti ex comma 1, al raggiungimento di un accordo da parte dell'esperto²⁰².

Ciò è giustificato anche alla luce del medesimo comma 1 il quale, prima di prevedere le possibili soluzioni, stabilisce espressamente: *“Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente [...]”*.

Come detto, tutte le soluzioni contemplate al Comma 1 rappresentano 3 possibili contratti che l'esperto risanatore ha stipulato con le parti coinvolte. Ai sensi dell'art 11 Comma 1 il contratto stipulato dall'esperto risanatore potrà: a) essere un contratto stipulato con uno o più creditori che preveda la continuità aziendale per un minimo di due anni. Tale previsione deve discendere dalla relazione finale redatta dall'esperto; b) essere una convenzione di moratoria ex art 182-*octies* l.fall.; c) essere sostanzialmente un piano attestato di risanamento ex art 67 comma 3 lett. d) l.fall. sottoscritto dalle parti coinvolte ma senza che sia necessaria l'attestazione dell'attestatore prevista normalmente per il medesimo piano di risanamento. Il successivo comma 2 dell'art 11 prevede come soluzioni praticabili alternativamente a quelle ex comma 1, una serie di “varianti” dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. In particolare le forme delineate dal comma 2 dell'art 11 sono rappresentate dall'art. 182-*bis* l.fall. al quale si aggiungono gli artt. 182-*septies* l.fall. (Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa...) e 182-*novies* l.fall. (Accordi di ristrutturazione agevolati...) che

²⁰¹ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in diritto della crisi, 26 ottobre 2021.

²⁰² V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit..

rappresentano un'ulteriore anticipazione e integrazione di norme del Codice della crisi agli artt. 60 e 61.²⁰³ Con specifico riferimento all'art 182-*septies* l.fall., relativo agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, è stabilito che la percentuale necessaria per l'estensione *ex lege* degli effetti dell'accordo ai creditori della medesima categoria non aderenti, è ridotta dal 75% al 60% se la stipulazione dell'accordo risulti dalla relazione finale dell'esperto.

Quelle sin qui menzionate sono le soluzioni concretamente praticabili nel caso in cui la conduzione delle trattative da parte dell'esperto abbia avuto esito positivo. Resta da analizzare in via residuale il comma 3 dell'art 11 che prevede l'adottabilità di istituti già codificati, eccezion fatta per la lett. b) del medesimo comma 3 che introduce il nuovo istituto del Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Il comma 3 stabilisce che l'imprenditore, alternativamente alle soluzioni prospettate dal comma 1 e 2, può fare comunque ricorso a prescindere dall'esito delle trattative: a) al piano attestato di risanamento ex art. 67, comma 3 lett. d) l.fall. ; b) ad una delle procedure disciplinate dal regio decreto n. 267 del 1942, e quindi: accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, nonché l'amministrazione straordinaria c.d. comune, disciplinata dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 denominato "Prodi bis", e c.d. speciale disciplinato dal decreto-legge 23 dicembre 2003 n. 347 denominato "Decreto Marzano" e oggi convertito in l. 18 febbraio 2004/39; c) al nuovo istituto del Concordato semplificato di liquidazione del patrimonio. Va sottolineato come l'adozione di una soluzione che non rientri nel novero di quelle positive, deve necessariamente risultare dal contenuto della relazione finale. In altri termini l'esperto dovrà redigere la relazione finale in modo tale da dimostrare che, seppur fossero a suo parere ravvisabili modalità di risoluzione della crisi, (motivo fra l'altro del perché non è stata richiesta contestualmente l'archiviazione della composizione) le parti nonostante abbiano agito in un'ottica di leale collaborazione, non siano riuscite a trovare un punto condiviso circa le strategie prospettate. Dando così la motivazione del perché le soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2 non siano

²⁰³ V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, cit..

praticabili. In particolar modo, il deposito della relazione finale attestante l'impraticabilità delle soluzioni positive, rappresenta il presupposto necessario per la proposizione entro 60 giorni dal deposito della proposta di concordato semplificato di cui all'art. 18 d.l. 118/2021 che sarà analizzato nel prossimo paragrafo.

2.7. brevi cenni sul concordato semplificato

Poiché di recentissima introduzione e possibile scenario conseguente all'avvio della procedura di composizione negoziata della crisi, si rende necessaria per completezza espositiva una breve disamina del nuovo istituto del concordato semplificato. Disciplinato dall'art. 18 d.l. 118/2021, il concordato semplificato rappresenta una delle novità più importanti dell'intero decreto. Bisogna preliminarmente sottolineare come secondo più autorevoli opinioni²⁰⁴ il concordato semplificato non debba considerarsi come una nuova ed autonoma tipologia di concordato, utilizzabile direttamente dal debitore, quanto piuttosto in una soluzione attivabile esclusivamente nell'ipotesi in cui l'imprenditore abbia effettivamente avviato la composizione negoziata ed essa abbia avuto esito negativo. Tale procedura dunque rimane riservata esclusivamente all'imprenditore che abbia fatto ricorso alla composizione negoziata e sempre che le soluzioni alternative non fossero effettivamente praticabili. In altri termini, tale procedura è stata delineata come un *extrema ratio* a cui poter ricorrere nel caso in cui tutti gli altri strumenti a disposizione del debitore, finalizzati alla composizione della crisi, siano risultati come impraticabili.

Partendo dal presupposto dunque che il concordato semplificato non può essere attivato in via autonoma, ma solo all'esito della composizione negoziata, se ne deduce - complice anche il silenzio in merito da parte dell'art. 18 - che esso sia

²⁰⁴ L.A. BOTTAL, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in diritto della crisi, 9 agosto 2021; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 novembre 2021, pp. 1 e 2; D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, in www.lfallimentarista.it, 01 febbraio 2021; A. PEZZANO - M. RATTI, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al miglior, e soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, cit., p. 2; S. LEUZZI, *Analisi Differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in diritto della crisi, 9 novembre 2021, p. 1.

riservato a tutti i soggetti che hanno diritto ad accedere alla composizione negoziata.

Pertanto, esso risulta essere riservato, in virtù anche della mancanza di un espresso rinvio all'art. 1 della l.fall, a tutti gli imprenditori commerciali ed agricoli, senza distinzione in relazione alle soglie di fallibilità, che si trovino ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.l. 118/2021 in una situazione di squilibrio economico-finanziario, e che siano ai sensi del successivo comma 3 iscritti nel registro delle imprese. Tale deduzione trova espressa conferma anche nella relazione illustrativa del decreto nella quale si precisa che *“Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita come strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole”*. Un'ulteriore considerazione discende poi dal confronto del novero dei soggetti legittimati all'attivazione del concordato preventivo in bianco di cui all'art. 161, comma 6, l.fall con quelli legittimati all'attivazione del concordato semplificato. Infatti se il primo risulta essere attivabile esclusivamente dagli imprenditori commerciali che non risultino essere sottosoglia ex art. 1 l.fall, il secondo sarà sì attivabile tanto da imprenditori commerciali che agricoli a prescindere dalle soglie ex art. 1, ma con una precisazione che si rende doverosa: tali imprenditori infatti, potranno concretamente optare per tale procedura nel caso in cui non abbiano già presentato ricorso per accedere all'ammissione di un concordato preventivo semplice o in bianco, per una domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione o ancora un ricorso per accedere ad una delle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione previste dall'art. 7 e 14-ter l. 27 gennaio 2012 n 3.²⁰⁵

Tale impostazione trova il suo fondamento nel disposto dell'art. 23 comma 2 d.l. 118/2021, il quale identifica la proposizione del ricorso per una delle procedure di cui sopra come una questione ostativa all'accesso alla composizione negoziata in generale, che si traduce logicamente nell'impossibilità di accesso al contestuale concordato semplificato essendo esso delineato come uno dei possibili esiti della procedura. Ciò detto in relazione al presupposto soggettivo per

²⁰⁵ G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, cit., p. 8.

l'attivazione della procedura concordataria semplificata, va rilevato come il presupposto oggettivo coincida con quello previsto per il concordato liquidatorio semplice e cioè lo stato di crisi che come noto può comprendere anche uno stato di insolvenza. Delineati i requisiti formali occorre ora soffermarsi sugli aspetti meramente procedurali e sulla funzione accordata al nuovo istituto. Innanzitutto la possibilità di optare per il concordato semplificato, deve derivare direttamente dal contenuto della relazione finale redatta dall'esperto indipendente. Infatti, stante anche la modifica intervenuta in sede di conversione del d.l. 118/2021 di cui all'art. 11, comma 3, lett. b)²⁰⁶, è pacificamente ritenuto²⁰⁷ che all'interno della relazione finale, l'esperto indipendente dovrà dichiarare che effettivamente le trattative non siano andate a buon fine e che dunque le soluzioni c.d. "positive" di cui all'art. 11, comma 1 e 2²⁰⁸, non siano praticabili. Tale impostazione consente di restringere il campo di operatività dell'istituto ai soli casi in cui non sia stato possibile adottare una soluzione positiva all'esito della composizione negoziata.

Ad ogni modo la proposizione per l'accesso al concordato semplificato, va presentata entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione della relazione finale a pena di decadenza, visto e considerato che non è comunque un termine soggetto a proroghe od eccezioni.²⁰⁹ Giova preliminarmente sottolineare come la natura del concordato in esame possa essere solo ed esclusivamente liquidatoria. Cioè la

²⁰⁶ L'articolo in commento attraverso la locuzione "...all'esito delle trattative..." fa desumere come l'attivazione di tale procedura sia collegata ad un'espressa statuizione da parte dell'esperto indipendente sull'impercorribilità delle altre soluzioni di composizione adottabili.

²⁰⁷ C. CASTRACANE, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 115.

²⁰⁸ L'art. 11 d.l. 118/2021: "*Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente: a) concludere un contratto, con uno o piu' creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 14 se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni; b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'articolo 182-octies del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942, senza necessità dell'attestazione prevista dal medesimo articolo 67, terzo comma, lettera d).*

L'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-bis, 182-septies e 182-novies del regio decreto n. 267 del 1942. La percentuale di cui all'articolo 182-septies, secondo comma, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto".

²⁰⁹ G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, cit., p. 12.

funzione accordata a tale istituto è quella di consentire la liquidazione ordinata del patrimonio senza che ciò accada in sede fallimentare. Per meglio dire, la presa coscienza da parte dell'imprenditore dell'impraticabilità di soluzioni positive all'esito della composizione negoziata può far ritenere che l'unica soluzione adottabile per evitare il fallimento sia quella di procedere alla liquidazione del patrimonio aziendale.²¹⁰ Dunque attraverso il concordato semplificato, l'imprenditore persegue l'obiettivo di pervenire ad una rapida cessione dell'azienda accettando tale eventualità come compromesso per ottenere l'esdebitazione degli eventuali debiti residui non soddisfatti in sede liquidatoria, posto che comunque l'esenzione dal fallimento rappresenta già di per se un beneficio per l'imprenditore.

Riprendendo l'analisi degli aspetti meramente procedurali, assieme alla proposta di concordato semplificato, l'imprenditore deve necessariamente allegare il contestuale piano di liquidazione e la documentazione richiesta dalla legge. Con riferimento alla proposizione della proposta di concordato è stato osservato in dottrina²¹¹ come il mancato richiamo all'art. 152 l.fall²¹² rappresenti la volontà del legislatore di sgravare la procedura da tutta una serie di passaggi formali e di controllo legalitario che ne avrebbero potuto rallentare la concreta attuazione. Più precisamente ai fini dell'ammissibilità della proposta, mancando il richiamo all'art. 152 l.fall, non è richiesta la sottoscrizione della stessa da parte dei rappresentanti legali e nemmeno l'approvazione da parte dei soci o amministratori, a seconda se società di persone o di capitali, e nemmeno la

²¹⁰ S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, cit., p. 2. In tal senso cfr. G. LA CROCE, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. Pollio.

²¹¹ S. LEUZZI, *Analisi Differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, cit., p. 10.

²¹² Art. 152 l.fall: La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale.

La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto:

a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale;

b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile.

previsione del comma 3 del medesimo articolo 152 l.fall che richiede per le società di capitali la deposizione dell'atto recante le decisioni e le deliberazioni, in merito all'avvio della procedura concordataria, all'interno del registro delle imprese accertate mediante atto notarile.²¹³

Il vero elemento di differenziazione però che assume preminente rilevanza nel confronto fra il concordato ordinario e quello semplificato, è da rinvenirsi nella non necessità della relazione da parte dell'attestatore di cui all'art 161, comma 3, l.fall. Come detto infatti l'imprenditore unitamente al ricorso per il cui tramite richiede l'omologazione del concordato al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale, deve necessariamente allegare il contestuale piano di liquidazione e la documentazione di cui all'art. 161, Co 2, lett. a), b), c) e d). Il mancato richiamo del successivo comma 3, relativo alla relazione dell'attestatore, è giustificato dal fatto che essa relazione, e la funzione svolta, è sostituita dalla certificazione rilasciata all'esito della composizione negoziata attinente all'inadottabilità di una delle soluzioni idonee al superamento della crisi. Tale differenziazione, è stata qualificata dalla dottrina²¹⁴ come il preminente elemento di diversificazione fra la procedura ordinaria e semplificata, ed è spiegabile sulla base del fatto che la cessione dell'azienda nel concordato semplificato, avviene pur sempre all'esito della composizione negoziata che risulta essere connotata da un alto grado di trasparenza delle informazioni. Infatti se l'accesso alla procedura concordataria di cui si discute deve comunque essere desumibile dalla relazione finale, poiché essa è un documento che oltre ad attestare lo sviluppo delle trattative fa "luce" su quelle che sono dinamiche relative all'attualità dell'impresa, richiedere un'attestazione, la cui funzione risulta essere comunque svolta dalla relazione finale, sarebbe risultato superfluo.²¹⁵

Altra grande differenza attiene alla valutazione circa l'ammissibilità del concordato liquidatorio operata dal tribunale. Il tribunale con riferimento al

²¹³ C. CASTRACANE, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 116.

²¹⁴ S. LEUZZI, *Analisi Differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, cit., p. 10.

²¹⁵ S. LEUZZI, *Analisi Differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, cit., p. 10.

concordato semplificato, valuterà esclusivamente la ritualità della proposta²¹⁶, dopodiché procederà all'acquisizione della relazione finale redatta dall'esperto congiuntamente al parere del medesimo in merito ai pronosticabili risultati della liquidazione in base al piano predisposto dall'imprenditore. Contestualmente avverrà la nomina di un ausiliario al quali si richiede l'emissione di un parere che assieme al ricorso e alla relazione finale è comunicato a cura dell'imprenditore all'elenco dei creditori risultante dal documento depositato in precedenza in occasione della richiesta di nomina dell'esperto.

Una volta presentato il ricorso al tribunale, al pari di quanto previsto per la procedura ordinaria, esso è comunicato al P.M. ed è pubblicato entro il giorno successivo al deposito in cancelleria all'interno registro delle imprese. Dalla data di pubblicazione del ricorso risultano applicabili i seguenti articoli della legge fallimentare²¹⁷: i) art. 111 l.fall. in virtù del quale è possibile considerare come prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione del concordato; ii) art. 167 che comporta lo spossessamento per così dire attenuato²¹⁸ in pendenza della procedura e che consente la gestione ed amministrazione dei beni, anche se sotto la vigilanza del tribunale in relazione al compimento degli atti di cui al comma 2 del medesimo articolo²¹⁹; iii) art. 168 che in virtù della concorsualità della procedura consente di porre al riparo da eventuali azioni esecutive dei creditori il patrimonio del debitore; iv) art. 169 che rende applicabile al concordato semplificato, a decorrere dalla data di pubblicazione nel registro, l'art. 45 e gli artt. 55-63.

²¹⁶ G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 14.

²¹⁷ C. CASTRACANE, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 117.

²¹⁸ A. PEZZANO - M. RATTI, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al miglior, e soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, cit., p. 8.

²¹⁹ Sul punto G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, cit., p. 15, il quale osserva che "gli atti indicati dal secondo comma di tale norma sono soggetti all'autorizzazione del giudice che, nel concordato ordinario, è il giudice delegato, la cui nomina non è però contemplata nel concordato semplificato; presumibilmente, quindi l'autorizzazione compete al tribunale, che è l'organo giudiziario chiamato in causa, come, infatti, espressamente risulta dal terzo comma dell'art 19, che, appunto, richiede l'autorizzazione del tribunale per la vendita del complesso aziendale o rami della stessa o singoli beni prima dell'omologazione".

Ad ogni modo, dalla comunicazione ai creditori, decorrono 30 giorni per poter proporre eventuali opposizioni, dopodiché verrà fissata l'udienza per l'omologazione. La valutazione sull'omologazione del concordato, dunque, non sarà fondata sui pareri dell'esperto e dell'ausiliario²²⁰, ma solo ed esclusivamente sulla ritualità della proposta. Tale impostazione è direttamente desumibile dall'art. 18 comma 5²²¹ ai sensi del quale il tribunale, dopo aver comunque assunto i mezzi istruttori adottati d'ufficio o richiesti specificatamente dalle parti, dopo aver verificato la validità del procedimento, la corretta instaurazione del contraddittorio, che l'ordine delle cause di prelazione fosse rispettato e la fattibilità del piano di liquidazione, procederà senza indugio all'omologazione del concordato laddove esso non sia pregiudizievole per i creditori rispetto all'alternativa fallimentare e garantisca un'utilità a ciascun creditore. Adempite le verifiche di cui sopra quindi, il tribunale procederà all'omologazione della proposta concordataria semplificata ogni qualvolta essa sia idonea a garantire la soddisfazione dei creditori in misura pari o superiore rispetto a quella ottenibile nello scenario fallimentare e sempre che tale soddisfazione interessi tutti i creditori. L'art. 18 quindi in conclusione, oltre che a prevedere l'introduzione del c.d. concordato semplificato, di fatto rivoluziona quello che è l'oggetto del giudizio di omologazione.²²²

In conclusione, il concordato semplificato risulta essere una procedura sgravata da tutta una serie di formalità dalla quale ne deriva una maggior celerità ed una minore onerosità²²³. Tale impostazione, nelle idee del legislatore, avrebbe garantito agli imprenditori la fruibilità di uno strumento più snello ed efficace da utilizzare. La snellezza che caratterizza la nuova procedura concordataria, si

²²⁰ G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 14.

²²¹ L'art. 18, comma 5, d.l. 118/2021 dispone che: *“Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, omologa il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore”*.

²²² G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 14.

²²³ G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 14.

traduce altresì in un aumento delle possibilità per l'imprenditore di addivenire ad un risultato positivo. Infatti il concordato semplificato è privo di un qualsivoglia giudizio di ammissione, non è sottoposto alla votazione dei creditori per la sua proposizione ed è soprattutto privo delle figure dell'attestatore e del commissario giudiziale le cui funzioni vengono in parte assorbite dall'esperto e dall'ausiliario nominato dal tribunale.

2.8. La relazione finale dell'esperto e la determinazione del compenso

Come detto, la fase delle trattative fra l'esperto indipendente e gli altri soggetti coinvolti può concludersi tanto in maniera positiva che negativa. A prescindere dall'esito delle trattative, il nuovo dato normativo impone all'esperto indipendente che abbia prestato la propria attività di redigere una relazione finale. Tale relazione finale svolge la funzione di resoconto dell'attività svolta dall'esperto indipendente e pertanto sarà concernente l'attività posta in essere a seguito dell'accettazione della nomina. Svolgendo la funzione di resoconto, dovrà essere possibile estrapolare dalla stessa quali erano i presupposti di partenza al momento dell'accesso alla Composizione, lo svolgimento della fase delle trattative nonché l'iter logico-motivazionale che ha condotto all'adozione o meno di una determinata soluzione.

Il compenso spettante all'esperto indipendente viene determinato consensualmente fra le parti e il suo sostenimento è integralmente a carico dell'impresa richiedente. In alternativa sarà determinato dall'organo che ha nominato l'esperto sulla base dei criteri contenuti all'interno dell'art 16²²⁴.

²²⁴ Ai sensi dell'art. 16 d.l. 118/2021: *“Il compenso dell'esperto è determinato in percentuale sull'ammontare dell'attivo dell'impresa debitrice secondo i seguenti scaglioni:*

a) fino a euro 100.000,00, il 5,00%; b) da euro 100.000,01 e fino a euro 500.000,00, l'1,25%; c) da euro 500.000,01 e fino a euro 1.000.000,00, lo 0,80%; d) da euro 1.000.000,01 e fino a euro 2.500.000,00, lo 0,43%; e) da euro 2.500.000,01 e fino a euro 50.000.000,00 lo 0,10%; f) da euro 50.000.000,01 e fino a euro 400.000.000,00, lo 0,025%; g) da euro 400.000.000,01 e fino a euro 1.300.000.000,00, lo 0,008%; h) sulle somme eccedenti euro 1.300.000.000,01, lo 0,002%.

Il compenso complessivo non può essere, in ogni caso, inferiore a euro 4.000,00 e superiore a euro 400.000,00.

L'importo di cui al comma 1 è rideterminato, fermi i limiti di cui al comma 2, come di seguito indicato: a) se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative è compreso tra 21 e 50, il compenso è aumentato del 25%; b) se il numero dei creditori e delle parti interessate è superiore a 50, il compenso è aumentato del 35%; c) se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative non è superiore a 5, il compenso è ridotto del

L'importo fisso così determinabile varierà a seconda del valore medio dell'attivo dell'impresa desumibile dagli ultimi tre bilanci d'esercizio, o in mancanza dalle ultime tre dichiarazioni dei redditi.

Al compenso determinato poi andranno applicati degli incrementi o riduzioni al ricorrere di determinate condizioni che concernono: a) Il numero dei creditori dell'impresa; b) l'adozione o meno di un contratto o piano di risanamento direttamente per mezzo dell'esperto. A prescindere da incrementi o diminuzioni, il compenso non potrà essere inferiore ad Euro 4000 e non superiore ad Euro 400.000. L'esperto indipendente laddove non sia avvenuto l'adempimento spontaneo da parte dell'impresa per il pagamento, potrà munirsi dell'atto di determinazione del compenso per l'avvio di un procedimento monitorio volto alla soddisfazione del proprio credito.²²⁵ Nel caso in cui, il giorno previsto per l'incontro con l'imprenditore quest'ultimo non si presenti o non sia

40%; d) in caso di vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto, il compenso è aumentato del 10%.

I lavoratori e le rappresentanze sindacali non sono considerati nel numero dei creditori e delle altre parti interessate ai fini del riconoscimento degli aumenti di cui al comma 3, lettere a) e b), tuttavia all'esperto spetta il compenso di euro 100,00 per ogni ora di presenza risultante dai rapporti redatti ai sensi dell'articolo 4, comma 8.

Il compenso è aumentato del 100% in tutti i casi in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale di cui all'articolo 5, comma 8, si concludono il contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'articolo 11, comma 1, o è predisposto un piano attestato di risanamento di cui all'articolo 11, comma 3, lettera a).

Se l'esperto sottoscrive l'accordo di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), gli spetta un ulteriore incremento del 10% sul compenso determinato ai sensi del comma 5. In deroga a quanto previsto dal comma 2, il compenso è liquidato in euro 500,00 quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro.

Le percentuali di cui al comma 1 sono calcolate sulla media dell'attivo risultante dagli ultimi tre bilanci o, in mancanza, dalle ultime tre dichiarazioni dei redditi. Se l'attività è iniziata da meno di tre anni, la media è calcolata sui bilanci o, in mancanza, sulle dichiarazioni dei redditi depositati dal suo inizio.

All'esperto è dovuto il rimborso delle spese necessarie per l'adempimento dell'incarico, purché accompagnate dalla corrispondente documentazione. Non sono rimborsati gli esborsi sostenuti per la remunerazione dei soggetti dei quali l'esperto si è avvalso ai sensi dell'articolo 4, comma 2.

In mancanza di accordo tra le parti, il compenso è liquidato dalla commissione di cui all'articolo 3, comma 6, ed è a carico dell'imprenditore. Il provvedimento costituisce prova scritta idonea a norma del n. 1 dell'articolo 633 del codice di procedura civile nonché titolo per la concessione della provvisoria esecuzione ai sensi dell'articolo 642 del codice di procedura civile.

Il compenso dell'esperto è prededucibile ai sensi dell'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n.267.

Dopo almeno sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico, su richiesta dell'esperto, può essere disposto in suo favore un acconto in misura non superiore ad un terzo del presumibile compenso finale, tenendo conto dei risultati ottenuti e dell'attività prestata”.

²²⁵ G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 11.

possibile procedere a risanamento con contestuale archiviazione dell'istanza, il compenso spettante sarà di euro 500.

L'esperto potrà altresì richiedere, entro 60 giorni dall'accettazione dell'incarico, un acconto pari ad un terzo del presumibile compenso finale e in qualsiasi ipotesi in cui a seguito della composizione derivi l'apertura di una procedura concorsuale, il suo credito sarà prededucibile ex art 111 l.fall.²²⁶ Ci si potrebbe chiedere se effettivamente per l'impresa sia "conveniente" o quantomeno possibile, sostenere il costo per l'ausilio dell'esperto.

La struttura normativa attinente alla determinazione del compenso da liquidare all'esperto indipendente tiene conto di molteplici fattori che consentono di dare rilevanza, dall'attivo dell'impresa al numero dei creditori con cui trattare e il risultato effettivo conseguito dall'esperto. Posto che la preservazione della continuità aziendale rappresenta di fatto il miglior risultato per qualsiasi impresa – a patto che dalla continuità non derivi un aggravio della situazione – è naturale concludere che anche se l'esborso effettivo per l'impresa sia connotato da una certa onerosità, essa sarà sempre "giustificabile" se dall'operato dell'esperto sia conseguito il recupero dell'equilibrio patrimoniale e finanziario.

²²⁶ G. ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, cit., p. 11.

CAPITOLO III
LA REVOCATORIA PER GLI ATTI COMPIUTI IN
PENDENZA DELLE TRATTATIVE: IL RUOLO
DELL'ESPERTO

SOMMARIO: **1.** I poteri gestori dell'imprenditore nella fase delle trattative. – **2.** L'esenzione da revocatoria per gli atti di ordinaria amministrazione e per gli atti autorizzati ex art 10. – **2.1.** Brevi cenni sulla rinegoziazione dei contratti. – **3.** Il coinvolgimento dell'esperto per gli atti di straordinaria amministrazione: Il parere e l'obbligo di segnalazione.

1. I poteri gestori dell'imprenditore nella fase delle trattative

Il legislatore ha delineato nell'art. 9 del d.l. 118/2021²²⁷ l'impianto normativo che regola la gestione dell'impresa da parte dell'imprenditore nella fase delle trattative all'interno della procedura della composizione assistita. Ricalcando in buona parte quelle che sono le disposizioni in merito al concordato in continuità aziendale, è stabilito che l'imprenditore conservi il potere di gestione dell'impresa nella fase delle trattative con i creditori. Tale previsione si concreta nella possibilità per l'imprenditore di porre in essere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione senza dover ricevere alcun tipo di autorizzazione in merito.

Ciò deriva non solo dal fatto che la nuova composizione assistita non prevede alcun tipo di coinvolgimento dell'autorità giudiziaria come supervisore della procedura, ma anche e soprattutto dalle caratteristiche intrinseche della procedura. Invero, se l'obiettivo del legislatore era quello di introdurre uno strumento attivabile prima ancora che si giungesse ad una situazione di crisi od insolvenza conclamata, il mantenimento dei poteri gestori in capo all'imprenditore

²²⁷ “Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. Quando sussiste probabilità di insolvenza l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.

L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria.

Quando sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione di cui all'articolo 7, comma 6”.

appare una soluzione tutto sommato coerente, posto che così facendo l'imprenditore potrà comunque godere di un discreto margine di discrezionalità nella gestione dell'impresa nella fase centrale della composizione negoziata, ponendo in essere gli atti necessari per il recupero dello squilibrio economico-finanziario. È pur vero che una disciplina così "semplicistica" che cioè attribuisca al singolo imprenditore il potere di fatto di agire come se non ci si trovasse in una procedura di composizione della crisi, stonerebbe con le finalità che il legislatore si è prefissato di perseguire e comporterebbe di fatto la degradazione dell'esperto indipendente ad un ruolo poco incidente e del tutto marginale rispetto all'effettivo risanamento. Il dato normativo delineato all'interno dell'art 9, tenendo conto di tali elementi, risulta sufficientemente articolato da garantire un ruolo di primaria rilevanza all'esperto indipendente.

L'impostazione dettata dal legislatore impone infatti un'interpretazione in favore della conservazione ed esercizio dei poteri gestori da parte dell'imprenditore, che varia a seconda della reale situazione dell'azienda delineando così condizioni e criteri di gestione diversi. Tanto è vero che l'interpretazione del dettato normativo dell'art. 9 ci consente agevolmente di individuare due distinte "modalità" di gestione aziendale, a seconda che l'imprenditore versi in uno stato di crisi o di insolvenza.

Più precisamente, se l'imprenditore che accede alla composizione assistita versa in uno stato di crisi o comunque di difficoltà reversibile, la gestione dell'impresa dovrà essere diretta a preservare, e cioè a non arrecare un pregiudizio, alla sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa.²²⁸ Mentre invece se la situazione faccia ragionevolmente presumere il sopraggiungimento di uno stato di insolvenza, ma sussistano concrete prospettive di risanamento, la gestione dell'impresa da parte dell'imprenditore dovrà essere improntata alla preservazione²²⁹ degli interessi dei creditori.²³⁰

²²⁸ D. SAVI, La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa, cit., p. 224.

²²⁹ A tale riguardo si ritiene che la valorizzazione e la cessione a terzi degli *asset* aziendali al fine consentire il migliore pagamento dei creditori sia compatibile con la finalità di preservazione degli interessi dei creditori. Tale assunto è peraltro confermato dal nuovo dispositivo dell'art. 2486 c.c. il quale, prevedendo che "*Al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'articolo 2487-bis, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale*", conferisce all'organo gestorio un campo di manovra più vasto di quanto consentisse la previgente normativa

Come si vedrà meglio nei prossimi paragrafi, la conservazione dei poteri gestori in capo all'imprenditore, risulta essere mitigata da una serie di disposizioni contenute anche nello stesso art. 9 dalle quali è possibile desumere come seppur non vi sia una figura che possa giuridicamente impedire il compimento di un qualsivoglia atto – ordinario e non – all'imprenditore, quest'ultimo nonostante sia titolare di un potere sostanzialmente assoluto in relazione al compimento degli atti, debba comunque coinvolgere in taluni casi l'esperto indipendente.

Resta da capire allora quale sia concretamente il grado di libertà concessa all'imprenditore e il ruolo dell'esperto indipendente relativamente al compimento o meno di un determinato atto dispositivo in pendenza delle trattative in commento. Tali sono aspetti di preminente rilevanza, posto che la concessione di una libertà assoluta nell'esercizio del potere gestorio, contestualmente alla mancanza di un preciso e puntuale impianto normativo sulle responsabilità in capo all'imprenditore per gli atti compiuti, rischierebbero seriamente di vanificare sia il senso della previsione di un esperto risanatore al fianco dell'imprenditore sia il lavoro concretamente svolto sino a quel momento da parte dello stesso esperto.

D'altronde, se nelle idee del legislatore era chiara la volontà di introdurre uno strumento al quale potessero ricorrere gli imprenditori non ancora versanti in uno stato di crisi conclamato o di insolvenza reversibile – con particolare riferimento a tutti quei soggetti non avvezzi alla predisposizione di un efficiente sistema di percezione dei segnali di crisi – prevedere la figura dell'esperto indipendente, come soggetto chiamato a coadiuvare ed agevolare l'imprenditore nell'ottica di perseguire un efficace risanamento, senza prevedere contestualmente tutta una serie di disposizioni che ne valorizzassero l'operato, avrebbe avuto poco senso.

che limitava l'attività di quest'ultimo alla conclusione dei soli affari già in corso, escludendo pertanto la possibilità di compiere nuove operazioni. Sicché, il compimento di atti strumentali alla migliore valorizzazione dell'attivo non sarebbe precluso in caso di impresa in liquidazione.

²³⁰ D. SAVI, La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa, cit., p. 224.

2. L'esenzione da revocatoria per gli atti di ordinaria amministrazione e per gli atti autorizzati ex art 10.

Come visto nei paragrafi precedenti, l'esperto indipendente all'interno della fase delle trattative coadiuva l'imprenditore agevolandone il risanamento. Infatti, nella fase delle trattative, l'esperto indipendente ha il compito di raggiungere un accordo, o quantomeno di trovare una soluzione con i creditori per il risanamento dell'impresa. In tale lasso temporale l'imprenditore conserva il potere di gestione dell'impresa potendo compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Con riferimento specifico agli atti di ordinaria amministrazione, è disposta ai sensi dell'art. 12, comma 2 l'operatività dell'esenzione da azione revocatoria per tali atti compiuti nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico, purché siano coerenti con lo stato e andamento delle trattative nonché alle concrete prospettive di risanamento.

È disposta cioè l'irrevocabilità *ex lege* per gli atti di ordinaria amministrazione compiuti dall'imprenditore che siano caratterizzati dal requisito della coerenza. Questa disposizione appartiene al complesso di norme che consentono di valorizzare l'operato dell'esperto indipendente. Infatti, la valutazione circa la coerenza fatta dall'esperto, è relativa all'andamento o stato delle trattative condotte dall'esperto stesso, o comunque alle concrete possibilità di risanamento che rappresenta l'obiettivo perseguito dall'esperto stesso.

La subordinazione dell'esenzione da revocatoria alla coerenza degli atti con la strategia di risanamento attuata dall'esperto in fase di trattative dimostra come l'intenzione del legislatore sia quella di assicurare un ruolo centrale all'esperto indipendente: un ruolo che è in grado di influenzare l'operatività gestionale dell'imprenditore in pendenza delle trattative. L'esenzione da revocatoria per gli atti di ordinaria amministrazione rileva principalmente sotto due aspetti: (i) da un lato rappresenta la volontà del legislatore di riconoscere il valore dell'attività svolta dall'esperto e (ii) dall'altro rappresenta una previsione importantissima per l'imprenditore che si ritrovi nella fase di risanamento.

Infatti la coerenza, che è oggetto di specifica valutazione da parte dell'esperto, è riferibile alle trattative condotte, sicché un atto considerato come

coerente, rappresenterà l'esecuzione e realizzazione della strategia di risanamento posta in essere dall'esperto. La subordinazione quindi dell'operatività dell'esenzione alla coerenza dell'atto, consente indirettamente di dedurre la volontà del legislatore di valorizzare, tanto a livello concretamente operativo quanto giuridico, l'operato dell'esperto.

Non solo: l'operatività dell'esenzione da revocatoria, rappresenta un'occasione irrinunciabile per l'imprenditore, il quale può così porsi al riparo da eventuali azioni esecutive. Partendo dal presupposto che comunque potrebbe sempre richiedere l'applicazione di misure cautelari e protettive ai sensi dell'art. 6, l'operatività *ex lege* dell'esenzione garantisce il perseguimento di un efficace risanamento visto e considerato che consente all'imprenditore di compiere un atto non revocabile. Nella pratica la conservazione *ex lege* degli effetti di un atto in virtù dell'esenzione da revocatoria, si traduce in un aumento delle possibilità di pervenire effettivamente ad un risultato di risanamento soddisfacente. Ecco allora che la libertà gestionale dell'imprenditore subisce una mitigazione. Sarebbe sbagliato parlare di limitazione visto e considerato che l'imprenditore sarebbe comunque libero di compiere atti non coerenti restando ferma la sua responsabilità civile e penale come disposto del quarto comma dell'art. 12, privandosi però a quel punto del beneficio dell'esenzione.

Anticipando la trattazione del prossimo paragrafo con riferimento agli atti di straordinaria amministrazione, va segnalato sin d'ora come per gli atti di ordinaria amministrazione non sia previsto l'obbligo in capo all'imprenditore di informazione preventiva all'esperto circa il compimento degli stessi.

Dunque sembrerebbe che gli atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti senza che l'esperto esprima effettivamente il proprio parere in merito alla loro coerenza. Ciò pone non poche perplessità in relazione alle problematiche applicative che ne derivano: se è disposto che per gli atti di ordinaria amministrazione, al contrario di quanto previsto per quelli straordinari, non sia necessaria la preventiva comunicazione all'esperto, sarebbe ben possibile che l'imprenditore in buona fede ponga in essere atti che egli stesso ritiene coerenti, senza che vi sia una qualsivoglia valutazione da parte dell'esperto che ne garantisca la loro non revocabilità.

La chiave di lettura, che comunque andrà chiarita successivamente dal legislatore, è da rinvenirsi secondo alcuni autori²³¹ nell'analisi del rapporto fra l'obbligo dell'imprenditore di informazione preventiva all'esperto e il contestuale obbligo di segnalazione ed eventuale successiva pubblicazione nel registro delle imprese, in caso di pregiudizialità intrinseca dell'atto allo stato delle trattative, ai creditori o alle prospettive di risanamento, da parte dell'esperto. Poiché ai sensi dell'art. 9, comma 3 è stabilito che: *“L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo”*, se ne deduce che l'obbligo di segnalazione sia limitato ai soli casi in cui l'imprenditore abbia effettivamente proceduto alla comunicazione circa la volontà del compimento dell'atto all'esperto. Da sottolineare come una volta ricevuta la comunicazione circa l'intenzione di compiere l'atto da parte dell'imprenditore, se l'esperto ne ravvisa la pregiudizialità, dovrà segnalarlo all'imprenditore e all'organo di controllo mediante comunicazione in forma scritta. Se dunque l'imprenditore, nonostante il parere sfavorevole dell'esperto indipendente, decida comunque di porre in essere l'atto, allora dovrà immediatamente comunicarlo all'esperto.

A questo punto l'esperto a seconda del caso concreto potrà avere una mera facoltà o essere obbligato all'iscrizione del proprio dissenso all'interno del registro delle imprese entro dieci giorni decorrenti dal compimento dell'atto: l'iscrizione rimane una mera facoltà fintanto che l'atto non sia pregiudizievole per i creditori, diviene obbligo laddove esso lo sia.

Seguendo tale ragionamento, se però l'obbligo in capo all'imprenditore di informare preventivamente l'esperto, concerne esclusivamente il compimento di atti di straordinaria amministrazione o pagamenti potenzialmente pregiudizievoli, se ne deduce che l'esperto sarà chiamato a procedere all'eventuale iscrizione del proprio dissenso in merito, solo nei casi in cui abbia effettivamente ricevuto la comunicazione da parte dell'imprenditore. Ci si chiede²³² allora come debba comportarsi l'esperto indipendente in relazione ai casi in cui sia venuto autonomamente a conoscenza del compimento dell'atto potenzialmente pregiudizievole e non per mezzo della comunicazione da parte dell'imprenditore,

²³¹ D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 225.

²³² D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 225.

che rappresenta pur sempre un obbligo. Parimenti ci si interroga su quale sia il comportamento che l'esperto dovrà tenere in relazione a tutti quegli atti per i quali non è previsto l'obbligo di preventiva comunicazione da parte dell'imprenditore, quali gli atti di ordinaria amministrazione. Inoltre, se si considera che l'esperto ha l'obbligo di iscrivere il proprio dissenso se l'atto è pregiudizievole ai creditori, appare evidente che siano necessari dei chiarimenti da parte del legislatore.

Se così non fosse infatti, mancando un'espressa limitazione dell'efficacia dell'obbligo di iscrizione del dissenso in caso di pregiudizialità dell'atto ai creditori ai soli atti soggetti a preventiva comunicazione da parte dell'imprenditore, l'esperto potrebbe risultare obbligato alla sorveglianza serrata su tutti gli atti rilevanti posti in essere dall'imprenditore, e non solo su quelli comunicati.²³³

Potrebbe ciò tradursi nell'obbligo di iscrivere il dissenso al compimento di un atto non comunicato dall'imprenditore, come ad esempio succede con gli atti di ordinaria amministrazione perché ritenuti coerenti da quest'ultimo? Se così fosse, l'iscrizione del dissenso, pregiudicando la valutazione positiva della coerenza di tali atti ordinari con le trattative o prospettive di risanamento, comporterebbe a sua volta la decadenza dal beneficio dell'esenzione, posto che gli atti dei quali viene iscritto il dissenso sono tutti accomunati dal fatto che non sono coerenti con le trattative o le prospettive di risanamento?

Purtroppo, sono domande alle quali solo il tempo darà una risposta, è da ritenersi pertanto imprescindibile un chiarimento in merito. La non revocabilità di atti, che siano espressione del perseguimento della strategia di risanamento tracciata con l'ausilio dell'esperto indipendente, è una previsione profondamente coerente con la volontà che ha animato il legislatore nella previsione della nuova composizione assistita. Garantire l'esenzione da revocatoria di atti di ordinaria amministrazione infatti consente all'imprenditore che si trovi in una situazione di pre-crisi, di poter agevolmente proseguire e rimodulare l'attività d'impresa a seconda della soluzione prevista per la composizione.

In tale ottica assumono preminente rilevanza anche i c.d. "atti autorizzati" di cui all'art. 10 d.l. 118/2021. Ai sensi del citato articolo l'imprenditore potrà

²³³ D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 225.

rivolgersi direttamente al tribunale per l'autorizzazione al compimento di atti di natura straordinaria.

Il tenore letterale della legge però ne delimita da subito il campo applicativo, e dispone che la richiesta di autorizzazione al tribunale può essere fatta esclusivamente in relazione ad atti che siano strettamente funzionali a garantire la continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori.²³⁴ Con riferimento agli atti autorizzati dal tribunale, ad un primo esame pare manchi totalmente un qualsivoglia richiamo o coinvolgimento della figura dell'esperto indipendente.

La valutazione circa la strumentalità dell'atto al mantenimento della continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori, è operata direttamente dal tribunale individuato come competente ai sensi dell'art. 9 l.fall. Il ruolo dell'esperto indipendente in relazione a tali atti autorizzati non ha un'incidenza diretta, quanto piuttosto indiretta. Invero, i singoli atti dei quali si può richiedere l'autorizzazione di cui all'art. 10, comma 1, lett. a), b), c) e d), sono tutti atti prodromici al risanamento, in forza della strategia delineata congiuntamente all'esperto indipendente²³⁵.

Si tratta in particolare della: contrazione di finanziamenti prededucibili e di finanziamenti soci prededucibili, contrazione di un finanziamento per una o più imprese appartenenti al gruppo ex art. 13 d.l. 118/2021 e del trasferimento dell'intero complesso aziendale o di un suo ramo con esenzione degli effetti ex art. 2560 c.c.. Tali atti rappresentano di fatto delle soluzioni straordinarie rispetto all'esercizio ordinario dell'attività d'impresa, ma che sono strumentali per il

²³⁴ Art. 10, comma 1, d.l. 118/2021. Tale previsione sembrerebbe ricalcare il dispositivo dell'art. 182-*quinquies*, comma 3, l.f. che con riferimento alla procedura di concordato preventivo permette all'imprenditore - ove preventivamente autorizzato dal competente Tribunale - di derogare alla *par condicio creditorum* soddisfacendo integralmente quei crediti cd. strategici - sorti antecedentemente all'avvio della procedura - purché il pagamento degli stessi sia “*essenziale per la prosecuzione della attività di impresa e funzionale ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori*”. Inoltre, la migliore soddisfazione dei creditori è il criterio utilizzato dal legislatore per autorizzare i finanziamenti prededucibili necessari all'impresa per dare esecuzione alla proposta concordataria.

²³⁵ In realtà potrebbe anche essere in linea con la predisposizione del piano con cui l'imprenditore intende operare nel periodo delle trattative, come d'altra parte gli impone l'art. 5, comma 3, lett. b), ove prescrive il deposito di “una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare”.

proseguimento dell'attività stessa per mezzo del compimento di atti di ordinaria amministrazione.

Ad esempio la richiesta di autorizzazione alla contrazione di un finanziamento, sarà verosimilmente chiesta ogni volta che all'imprenditore sia necessario procurarsi la liquidità per garantire la continuità nei pagamenti delle forniture ed approvvigionamenti necessari per esercitare l'attività d'impresa²³⁶.

Ad ogni modo il coinvolgimento del tribunale per l'autorizzazione di un atto che sia subordinato sia al rispetto della continuità aziendale che al soddisfacimento dei creditori rappresenta un *unicum* nell'intero decreto.²³⁷ A dir il vero in un contesto estraneo alle procedure concorsuali, come quello della composizione assistita, gli atti autorizzati, assieme alle misure protettive e cautelari, rappresentano gli unici provvedimenti che richiedono il coinvolgimento diretto del tribunale.²³⁸

Il coinvolgimento del tribunale per tali atti risulta giustificato da una serie di circostanze. La possibilità di prevedere nuovi finanziamenti risulta essere di vitale importanza per qualsiasi percorso di risanamento, come è anche riconosciuto dall'art. 17 della Direttiva Insolvency che impone agli Stati membri di offrire agli stessi finanziamenti particolare tutela in virtù della loro importanza e li autorizza a prevedere che i soggetti concessori di nuovi finanziamenti o di finanziamenti temporanei abbiano comunque il diritto di ottenere il pagamento in via prededucibile laddove la composizione sfoci poi in una procedura concorsuale.

²³⁶ Rientrano in tale contesto alcune delle previsioni attuative della c.d. Direttiva Insolvency finalizzata alla preservazione della continuità aziendale, tra le quali vanno segnalate l'inefficacia delle clausole risolutive c.d. ipso facto e il divieto per i creditori interessati da una misura protettiva ex art 6 di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei vari contratti pendenti con l'imprenditore, provocarne la risoluzione, anticiparne la scadenza o semplicemente modificarli a danno dell'imprenditore per il solo fatto che non siano ancora avvenuti nei loro confronti i pagamenti di crediti anteriori. Allo stesso modo per i creditori bancari è stabilito il divieto assoluto di revocazione degli affidamenti bancari all'imprenditore come conseguenza dell'accesso alla composizione negoziata.

²³⁷ L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della crisi*, 25 agosto 2021, p. 28.

²³⁸ Il Tribunale e i suoi giudici delegati sono fuori dal contesto della negoziazione e dall'andamento delle trattative e l'intervento dell'autorità giudiziaria è riservato ad alcune ipotesi peculiari, in cui l'imprenditore intende porre in essere operazioni che sono decisive per la conservazione e prosecuzione dell'azienda e nel contempo incidono su diritti, in ambiti che potenzialmente possono costituire terreno di conflitti, in cui è essenziale che sia assicurato un equilibrio nei rapporti. Cfr. L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, cit..

La contrazione di un nuovo finanziamento che gode della prededucibilità però, oltre ad essere fondamentale per portare ad esecuzione un piano di risanamento, ha dei riflessi di non poco conto sulla massa passiva rappresentata dai creditori con i quali si è in trattativa visto e considerato che sostanzialmente l'effetto che si produce, corrisponde all'antergazione di un credito rispetto a quelli vantati dagli stessi creditori. È in virtù di tale risvolto che si giustifica il coinvolgimento del tribunale e che si diversifica il ruolo del tribunale rispetto all'esperto. Il tribunale infatti è chiamato a soppesare i vari interessi in gioco fra le parti e valutare che l'atto di straordinaria amministrazione del quale si richiede l'autorizzazione, e che gode della prededucibilità, sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale e comunque una miglior soddisfazione dei creditori.

La valutazione del tribunale, dunque non è una valutazione contestualizzata e limitata meramente alla composizione assistita in atto e dunque all'andamento delle trattative o alle prospettive di risanamento come invece avviene per l'esperto, ma è una valutazione che terrà conto di tutti i possibili scenari conseguenti alla composizione assistita e degli effetti che ne deriverebbero ai creditori.²³⁹ È una valutazione per il cui espletamento, il tribunale può anche fare ricorso nel rispetto del contraddittorio ad una rapida attività istruttoria, che potrebbe anche eventualmente richiedere la nomina dell'esperto, all'interno della quale verifica la funzionalità degli stessi finanziamenti rispetto alla continuità aziendale e l'effettiva idoneità dei medesimi alla migliore soddisfazione dei creditori.²⁴⁰ Bisogna subito chiarire che l'autorizzazione dell'atto non si propone di stabilire un ordine nei pagamenti dei crediti all'interno del piano di risanamento, posto che ne genera taluni dotati della caratteristica della prededucibilità.

Essa assumerà rilevanza solo ed esclusivamente nel caso in cui dalla composizione assistita si apra una procedura concorsuale come conseguenza del fatto che l'imprenditore non è stato in grado di ristrutturare il proprio debito mediante strumenti di componimento stragiudiziali, quali gli atti autorizzati, ma che sia dovuto ricorrere ad una procedura concorsuale.²⁴¹

²³⁹ L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, cit..

²⁴⁰ L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, cit..

²⁴¹ L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, cit..

A consolidare poi la prededucibilità dei crediti, in una successiva procedura concorsuale, sorti a seguito dell'erogazione di un finanziamento all'interno della composizione negoziata della crisi è il successivo art. 12 rubricato "Conservazione degli effetti", il quale al comma 1 dispone che: "*Gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18*".

La prededucibilità è un concetto che si lega dunque all'esenzione da revocatoria, nel senso che esso rappresenta l'altro lato della medaglia della non revocabilità di un atto, posto che nessun operatore economico stipulerebbe accordi di finanziamento con un'impresa in difficoltà se non fosse certo da un lato della permanenza dell'efficacia di tale atto e dall'altro di essere rimborsato in via prioritaria a prescindere dall'esito della procedura.

La perplessità che piuttosto si genera attiene all'operatività del disposto dell'art. 9 in relazione a tali atti ed al ruolo dell'esperto. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'erogazione di un finanziamento, si traduce per l'impresa in un ulteriore impegno di natura patrimoniale per la cui entità risulta essere ragionevolmente qualificabile come atto di straordinaria amministrazione, e pertanto soggetto al disposto dell'art. 9.

Al tal proposito, ci si chiede se l'imprenditore sia tenuto ad informare l'esperto previamente al compimento dell'atto e se conseguentemente l'esperto debba effettuare una valutazione e segnalare se dal caso all'imprenditore e all'organo di controllo il proprio dissenso ed eventualmente iscriverlo entro 10 giorni, se l'atto venga comunque compiuto, all'interno del registro delle imprese.

Seppur questa ricostruzione appaia ammissibile tenendo conto del tenore letterale della legge, autorevole opinione²⁴² ritiene in realtà che sia verosimilmente impossibile che si realizzi, riservando indirettamente tale soluzione a finanziamenti che non godano della prededucibilità, visto e considerato che difficilmente un imprenditore in crisi otterrà finanziamenti non assistiti dalla

²⁴² L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, cit.

prededuzione, essendo il requisito della prededucibilità un elemento di regola imprescindibile per i finanziatori che così si assicurano, a prescindere dal successo della ristrutturazione, la restituzione del finanziamento erogato.²⁴³

2.1. la rinegoziazione degli atti ex art. 10, comma 2

Per ragioni di completezza espositiva, seppur svincolato dalla questione attinente all'esonazione da revocatoria, si rende necessario un breve cenno sulla c.d. rinegoziazione degli atti di cui all'art. 10, comma 2.

Ai sensi dell'art. *de quo*, infatti, è prevista la possibilità per il debitore di ottenere la rideterminazione dei contratti pendenti per perseguire efficacemente il risanamento. L'ambito di applicazione della norma non è ampio, e dunque contrariamente a quanto potrebbe pensarsi, comprende solo ed esclusivamente i contratti le cui prestazioni sono divenute eccessivamente onerose a seguito del verificarsi della pandemia.

Ma andiamo con ordine: ai sensi dell'art. 10 d.l. 118/2021, il debitore può richiedere direttamente al tribunale di rideterminare secondo equità la prestazione dovuta in virtù di un contratto precedentemente stipulato la quale sia divenuta eccessivamente onerosa a seguito della pandemia da Sars-Co V-2, e sempre purché tale rideterminazione sia finalizzata a garantire la continuità aziendale. Ai fini della nostra indagine, la domanda da porsi è: Quale è il ruolo dell'esperto in tal senso?

Stando al dettato normativo, il compito dell'esperto sarà quello di intavolare una vera e propria trattativa con i creditori interessati, al fine di individuare bonariamente la rideterminazione delle prestazioni ed evitare per quanto possibile il coinvolgimento del tribunale che rappresenta in tale contesto *l'extrema ratio* per ottenere appunto la rideterminazione secondo equità.²⁴⁴ Infatti l'art. 10, comma 2 è sufficientemente chiaro per dedurre come il ricorso al tribunale sia una mera eventualità dipendente dal mancato accordo fra l'esperto e l'imprenditore con i creditori.

²⁴³ L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, cit.

²⁴⁴ D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 230.

Tanto è vero che concretamente, l'esperto indipendente può invitare le parti alla rideterminazione delle prestazioni secondo buona fede di tutti quei contratti che siano ad esecuzione continuata, periodica o differita se la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa e sempreché la rimodulazione del credito sia strumentale e garantisca la continuità aziendale per un dato breve periodo. In mancanza di un qualsivoglia accordo in tal senso, il debitore ha la facoltà di adire direttamente il tribunale.

Richiedendosi però un'attività preventiva mirata all'individuazione di una soluzione condivisa dalle parti per mezzo dell'operato dell'esperto indipendente, la richiesta al tribunale non potrà logicamente non dipendere dall'esito negativo dell'operato di quest'ultimo. La Relazione illustrativa sembra delineare esattamente tale scenario, visto e considerato che *“...il tribunale può essere chiamato a rideterminare il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita divenuti eccessivamente onerosi in conseguenza della crisi economica causata dalla Pandemia in corso (ferma restando, anche per tale ipotesi, l'intangibilità dei contratti di lavoro). In tal caso l'intervento dell'autorità giudiziaria, che dispone per il tempo strettamente necessario e come misura indispensabile per assicurare la continuità aziendale, è meramente eventuale e si configura solo nel caso in cui l'esperto non sia riuscito ad ottenere una rinegoziazione concordata da parte dei contraenti. La previsione del possibile indennizzo fornisce al tribunale un ulteriore strumento di riequilibrio delle prestazioni da utilizzare in favore della parte che, a seguito della rideterminazione del contenuto del contratto, viene a trovarsi in una situazione di svantaggio. In sede di primo incontro con il debitore dovrà richiedere alle parti se, nel caso di insuccesso della negoziazione, acconsentano a che esito delle trattative e le motivazioni del mancato accoglimento delle proposte vengano riferiti al tribunale.”*.

Proseguendo dunque, in caso di insuccesso dei tentativi di rinegoziazione per mezzo dell'esperto, il coinvolgimento diretto del tribunale richiede la contestuale allegazione una serie di informazioni desumibili dal parere emesso dall'esperto all'esito della negoziazione. Tali informazioni, che sono espressamente previste dal Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021 –

paragrafo 11 – Rinegoziazione dei contratti – Sezione III, sono relative a: i) l' idoneità della misura di rinegoziazione a garantire la continuità aziendale; ii) la durata minima delle modifiche che si ritiene necessaria per garantire la continuità aziendale; iii) le motivazioni alla base dell'insuccesso delle trattative nel caso in cui esso possa essere utile per il tribunale che deve effettuare la valutazione, e sempre che le parti siano d'accordo; iv) le ragioni dei soggetti incisi dal provvedimento alla base del mancato accordo, sempre nei limiti del rispetto del principio di riservatezza.

L'eventualità del coinvolgimento del tribunale e l'obbligatorietà della preventiva attività dell'esperto indipendente in relazione alle rinegoziazioni, rafforza ancor di più il ruolo dell'esperto indipendente che assume le vesti di una figura per così dire onnipresente laddove si debba procedere ad una qualsivoglia trattativa da parte dell'imprenditore.

Si è detto che la rinegoziazione ha ad oggetto le prestazioni relative ai contratti pendenti ad esecuzione continuata o periodica o differita: possono essere dunque rinegoziati anche i contratti di lavoro dipendente? La legge²⁴⁵ è chiara e precisa a riguardo, le uniche prestazioni esentate dall'istituto di cui si discute sono quelle derivanti da contratti di lavoro dipendente.

Ad ogni modo, l'istituto della rinegoziazione dei contratti è un assoluta novità nel nostro ordinamento e a ben vedere, la norma che lo disciplina, cristallizza quello che è un recentissimo orientamento della giurisprudenza di merito e condiviso anche dalla Suprema Corte²⁴⁶ che appunto prevede ed impone alle parti contrattuali di rinegoziare le condizioni contrattuali nel caso in cui le prestazioni siano divenute eccessivamente onerose a seguito della pandemia, con la previsione che in caso di mancato accordo sarà il giudice direttamente a decidere: *“Le esigenze conservative dei contratti e delle relazioni d'impresa prevalgono sull'autonomia contrattuale delle parti”*.²⁴⁷ Tali esigenze sono state avvertite particolarmente dal legislatore che ne ha accordato una permeante tutela in relazione alle imprese in crisi nell'ottica di garantirne la continuità aziendale.

²⁴⁵ Art. 10, comma 2, ultimo periodo: *“Le disposizioni del presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente”*.

²⁴⁶ Corte di Cassazione, Relazione 8 Luglio 2020, n. 56, avente ad oggetto *“Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”*.

²⁴⁷ D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, cit., p. 90.

Parte della dottrina²⁴⁸ ha espresso criticità sull'intervento correttivo del giudice in un contratto che non è regolato dalla legge ma che si fonda esclusivamente sulle clausole generali, in quanto rappresenterebbe di fatto una sottrazione alla normale autonomia contrattuale delle parti.

Ad ogni modo, è evidente come all'esito della rinegoziazione una delle due parti ne uscirà pregiudicata e a tutela della stessa, l'art. 10 ha previsto la possibilità per il giudice di determinare un equo indennizzo da dover corrispondere con la finalità appunto di tutelare la parte che ha subito pregiudizio.

3. Il coinvolgimento dell'esperto per gli atti di straordinaria amministrazione: Il parere e l'obbligo di segnalazione.

Come oramai più volte ripetuto l'imprenditore conserva i poteri gestori in pendenza delle trattative condotte dall'esperto indipendente e sarà dunque libero di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. Avendo già analizzato la normativa relativa agli atti di ordinaria amministrazione, rimane da commentare, in via residuale, il meccanismo introdotto dal legislatore all'interno della nuova composizione assistita in relazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione.

Tale meccanismo consente di valorizzare la figura dell'esperto indipendente in relazione agli atti compiuti durante la pendenza delle trattative. Se per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione è stato rilevato come essi siano esenti da revocatoria laddove si dimostrino coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento, il discorso è diverso per gli atti di straordinaria amministrazione. La normativa all'interno del d.l. 118/2021 in relazione agli atti di straordinaria amministrazione introduce infatti un iter che può coinvolgere l'imprenditore, l'esperto indipendente e l'organo di controllo.

Se è pur vero che l'imprenditore conserva i pieni poteri gestori, il che si traduce nella possibilità di compiere atti ordinari e straordinari, avrebbe avuto poco senso consentire allo stesso di poter vanificare l'operato dell'esperto indipendente semplicemente attraverso il compimento di un atto.

²⁴⁸ I. PAGNI – M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in www.dirittodellacrisi.it, 2 novembre 2021.

Pertanto, viene imposto un obbligo di informazione preventiva in capo all'imprenditore che intenda compiere atti di straordinaria amministrazione: egli dovrà necessariamente e preventivamente comunicare la sua volontà all'esperto indipendente; l'esperto procederà a una valutazione circa la coerenza degli stessi con l'andamento delle trattative, le prospettive di risanamento e l'inevitabilità dello stesso atto ad arrecare pregiudizio ai creditori. Tale valutazione, che verrà espressa attraverso l'emissione di un parere, dovrà essere fatta con riferimento al momento in cui l'atto è stato compiuto: sarà dunque una valutazione *ex ante*. Va preliminarmente ricordato che avendo l'imprenditore i pieni poteri gestori e restando ferme le responsabilità²⁴⁹ in capo allo stesso in relazione al compimento di atti sia ordinari che straordinari, il parere dell'esperto, che può essere favorevole o sfavorevole non ha alcuna funzionalità in relazione all'effettivo compimento dell'atto. Tale parere rileverà tutt'al più in relazione alla revocabilità di tali atti per mezzo del meccanismo che segue. Come detto quindi l'esperto indipendente emetterà un parere circa l'atto di straordinaria amministrazione sottopostogli dall'imprenditore. Se il parere dell'esperto circa il compimento dell'atto è favorevole, nulla *questio*: piuttosto potrebbero sorgere problemi applicativi e perplessità relative alla revocabilità di un atto straordinario ritenuto *ex ante* coerente dall'esperto, rivelatosi poi incoerente a seguito di una valutazione *ex post*; ma visto il silenzio della legge si auspicano chiarimenti successivi in merito.

Se il parere dell'esperto non è favorevole - e cioè se l'esperto ha valutato come non coerente l'atto di straordinaria amministrazione - si attiva il meccanismo delineato dal legislatore nell'ottica di rafforzare e valorizzare tanto il ruolo quanto l'operato dell'esperto indipendente, imponendo una serie di obblighi in capo a diversi soggetti.

Orbene, l'imprenditore come detto ha l'obbligo di informare preventivamente l'esperto del compimento dell'atto, ci si chiede se l'esperto abbia sempre l'obbligo di emettere il parere. Stando al dettato normativo, e in particolare all'art. 9 comma 3, si desume come tale obbligo non sia di carattere assoluto ma relativo: l'esperto dovrà emettere il parere ogni qual volta ravvisi dal

²⁴⁹ Art. 12, comma 4, d.l. 118/2021.

compimento dell'atto un potenziale pregiudizio all'andamento delle trattative, alle prospettive di risanamento o alla compagine creditoria. Dunque, l'esperto dovrà emettere il parere non sempre, ma solo quando sia in disaccordo circa il compimento dell'atto. Se ne deduce che la mancata emissione di un qualsivoglia parere possa configurarsi come sintomatica del mancato disaccordo dell'esperto. Mancando però riferimenti normativi sui quali poter far leva, ancora una volta bisogna rilevare come dovrà attendersi un successivo intervento chiarificatore da parte del legislatore e della giurisprudenza.

Ad ogni modo, proseguendo nell'analisi del meccanismo, una volta che l'esperto indipendente ha emesso il parere contenente il dissenso al compimento dell'atto dovrà procedere obbligatoriamente alla contestuale segnalazione del proprio dissenso all'imprenditore e all'organo di controllo²⁵⁰.

A chiudere il *set* di obblighi che compongono il meccanismo è l'imposizione in capo all'esperto indipendente di procedere all'iscrizione del proprio dissenso all'interno del registro delle imprese laddove l'imprenditore, nonostante la segnalazione, abbia comunque proceduto al compimento dell'atto. Anche qui l'esperto indipendente non sarà sempre obbligato all'iscrizione, bensì solo ed esclusivamente nel caso in cui l'atto di straordinaria amministrazione sia idoneo ad arrecare pregiudizio ai creditori come espressamente previsto dall'art. 9, comma 4 ultimo periodo.

Per contro, laddove l'esperto sia comunque in disaccordo, ma l'atto compiuto non sia idoneo a pregiudicare i creditori, l'iscrizione nel registro delle imprese, che deve avvenire entro 10 giorni²⁵¹ dal compimento dell'atto, rimane una mera facoltà.

Esauritasi la disamina del meccanismo predisposto dal legislatore ci soffermeremo ora sul fulcro della questione oggetto della nostra indagine: la revocabilità degli atti di straordinaria amministrazione.

²⁵⁰ A scanso di equivoci, va sottolineato come l'oggetto della segnalazione è il parere stesso, sicché la sua redazione e contestuale segnalazione all'imprenditore e organo di controllo, sono fattispecie che compongono un obbligo unitario.

²⁵¹ Il termine è desumibile dall'art. 9, comma 4, d.l. 118/2021: "...nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria".

A tal fine risulta imprescindibile menzionare l'art. 12, comma 3 del d.l. 118/2021, su cui si impernia la riflessione ed ai sensi del quale *“Gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 del regio decreto n. 267 del 1942, se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10”*. A ben vedere però nella norma in commento non vengono esclusivamente menzionati gli atti di straordinaria amministrazione: essa disciplina al suo interno anche la revocabilità di pagamenti ed atti ex art. 10 non autorizzati dal tribunale.

Alla luce di ciò il campo d'indagine si amplia fino a ricomprendere al suo interno anche la revocabilità dei pagamenti in generale e degli atti non autorizzati dal tribunale ex art. 10.

La questione dunque si arricchisce di complessità: quando sono revocabili gli atti di straordinaria amministrazione, i pagamenti e gli atti non autorizzati ex art. 10, ma comunque compiuti dell'imprenditore? Come opera la revocabilità in relazione a tali atti?

La norma è chiara nello stabilire che revocabilità riguarda gli atti che siano stati compiuti *“in pendenza delle trattative”*, e cioè che siano stati eseguiti in un momento compreso fra l'accettazione della nomina da parte dell'esperto e la conclusione delle trattative. Ciò premesso l'elemento da cui dover prendere le mosse appare essere la subordinazione della revocabilità di tali atti alla preventiva iscrizione del dissenso da parte dell'esperto circa il compimento degli stessi all'interno del registro delle imprese.

La revocabilità di tali atti pare dunque essere indissolubilmente subordinata alla contestuale iscrizione del dissenso all'interno del registro delle imprese. Ciò induce ad una riflessione: saranno ugualmente revocabili atti di straordinaria amministrazione per i quali l'esperto non ha provveduto all'iscrizione del proprio dissenso per suo mero inadempimento?

La legge non è chiara al riguardo. Solo il tempo e successivi interventi normativi chiariranno tale aspetto. Si può ipotizzare però che il legislatore non

intenda irrigidire il precetto normativo al punto da precludere la revocabilità di un atto pregiudizievole per i creditori per il solo fatto che l'esperto incaricato non abbia posto in essere una serie di adempimenti. Si ritiene infatti di dover propendere per una lettura della norma che sia ispirata alla tutela della *par condicio creditorum*, quale principio cardine del diritto fallimentare.

CONCLUSIONI

L'analisi condotta nel presente elaborato ha permesso di mettere in luce l'attuale situazione normativa delineata dal Decreto Legge 24 agosto 2021 n. 118, soffermandosi in particolare sull'operatività dell'istituto della revocatoria fallimentare sugli atti compiuti dall'imprenditore in pendenza della procedura cd. di composizione negoziata della crisi.

Ci si è in particolare concentrati sulla disciplina dettata dal combinato disposto degli artt. 10 e 12 del D.L. 118/2021 che da un lato individua gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere autorizzati dal Tribunale e dall'altro dispone che detti atti conservano la loro efficacia anche qualora la crisi sfoci in una procedura fallimentare.

Si è poi proseguito con l'esame del secondo e del terzo comma dell'art. 12, i quali stabiliscono che non sono soggetti a revocatoria gli atti posti in essere dall'imprenditore in pendenza di trattative allorché siano coerenti con l'andamento delle trattative e salvo il caso in cui avverso il compimento di detti atti sia stato iscritto al registro delle imprese il dissenso da parte dell'esperto.

La nuova procedura introdotta dal citato decreto ha lasciato spazio a diversi interrogativi che, come si è detto, potranno essere risolti solo con un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Ci si è chiesti in particolare, cosa succede se l'esperto indipendente non procede alla segnalazione ed all'iscrizione al registro del proprio dissenso e se dunque il legislatore ha delineato la figura e il ruolo dell'esperto indipendente in modo tale da renderlo come perno imprescindibile per la revocabilità degli atti compiuti in pendenza delle trattative o se deve considerarsi come un mero strumento ausiliario per la risoluzione della crisi.

A ben vedere, laddove si dovesse subordinare la revocabilità di un atto al puntuale adempimento, da parte di un soggetto terzo degli obblighi ad esso imposti dalla legge, saremmo di fronte ad un'impostazione in grado di modificare profondamente l'impianto delle garanzie e dei mezzi di tutela previsti dal nostro ordinamento: il risultato paradossale di tale impostazione sarebbe quello per cui il creditore sarebbe pregiudicato dall'atto compiuto dal debitore e gli sarebbe

preclusa allo stesso tempo la possibilità di ottenerne la dichiarazione di inefficacia per il solo fatto che l'esperto ha omesso di iscrivere il proprio parere negativo al registro delle imprese. Si consentirebbe dunque all'esperto indipendente di "decidere" arbitrariamente per quali atti pregiudizievoli ai creditori sia possibile proporre l'azione revocatoria, e per quali no, semplicemente attraverso l'adempimento del relativo obbligo di iscrizione.

A parere di chi scrive, non può ammettersi che l'esperto indipendente venga investito di un così ampio potere, trattandosi di un professionista che è del tutto svincolato dall'autorità giudiziaria, sebbene, ai sensi dell'art. 4 del D.L. 118/2021, egli debba operare ispirandosi ai principi di terzietà ed indipendenza, che notoriamente contraddistinguono l'operato dell'autorità giudiziaria.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ABRIANI - N. CAVALLUZZO, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, 9 settembre 2021.

AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it

AMBROSINI - M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in www.Crisid'impresaefallimento.ilcaso.it, 4 maggio 2014.

ANDREANI - A. TUBELLI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, 9 settembre 2021.

ANGELINO, *Comm. sub art. 67 l. fall.*, in P. PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, 2013.

ANGIOLINI, *La "nuova" revocatoria fallimentare*, in *Riv. Notariato*, 2005.

ARATO, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Il Fallimento*, 2006.

BONFATTI, *Effetti della revocazione*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

BONFATTI, *Azione revocatoria fallimentare e rapporti bancari nei nuovi fallimenti*, in www.unisi.it, 2008.

BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 agosto 2021;

BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 novembre 2021.

BOZZA, *Ritardo per causa non imputabile al creditore nell'insinuazione tardiva del credito di restituzione*, in *Fallimento*, 2005, p. 432.

BRANCOZZI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, 9 settembre 2021.

CASTRACANE, (a cura di), *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, Maggioli Editore, 2021.

CAVALLI, *Sub art. 67, l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

CIABATTONI, *Decreto legge 24 agosto 2021 N.118: Le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, in www.Crisid'impresaefallimento.ilcaso.it, 5 ottobre 2021.

D'AMBROSIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 2008.

DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 dicembre 2021.

FABIANI, *La revocatoria fallimentare "bonsai" delle rimesse in conto corrente*, in www.Foro.it, 2005.

FARINA, *Alla ricerca delle rimesse revocabili. Spunti critici per una riflessione sul nuovo art. 67, comma III, lett. b), l.fall.*, in www.ipsoa.it.

FERRO (a cura di), *Commento all'art. 67*, in *La legge fallimentare*, Cendon, 2011.

FERRO (a cura di), *La Legge Fallimentare*, Cedam, Padova, 2011.

FORTUNATO, *L'incerta riforma della revocatoria fallimentare*, in *Corriere Giuridico*, 2005.

FUMAGALLI, *Esenzione ex art. 67, comma III lett. a), L.FALL.: definizione di "pagamenti nei termini d'uso" e onere della prova*, commento a sent. Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559, in www.iusletter.it.

GALLETTI, *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, in www.Ilfallimentarista.it, 01 febbraio 2021;

GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, pt. 1, p. 178 ss.

GAROFALO (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, tomo III, Cedam, Padova, 2010.

GRANATA, *Esenzioni dalla revocatoria fallimentare ed operazioni bancarie*, ne *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Bonfatti-Falcone, in *La riforma della legge fallimentare. Atti del convegno di Lanciano (10-11 giugno 2005)*, Milano, 143 ss..

GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008.

GUGLIELMUCCI, *La nuova normativa della revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 805 ss., 807.

GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Milano, 2005.

GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, in www.Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it, 8 settembre 2021.

JEANTET – VALLINO – DOMINIS, *Piano di risanamento: esiste ancora l'esenzione revocatoria ("caveat creditor")?*, in *Ilfallimentarista.it*, 18 luglio 2016.

JEANTET – VALLINO, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, Giappichelli Editore, 2018.

LA CROCE, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. Pollio, 2021.

LEUZZI, *Analisi Differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 novembre 2021.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2013.

MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970.

NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. Banc.*, 2005.

NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021.

NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2009.

NIGRO, *sub art. 66 l.fall.*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2006.

PAGNI – M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in www.dirittodellacrisi.it, 2 novembre 2021.

PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021.

PATTI, *Commento all'art. 64. Atti a titolo gratuito*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006.

PECORARO, *Quando i termini diventano d'uso ai fini dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2015.

PEZZANO - M. RATTI, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al miglior, e soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in www.dirittodellacrisi.it.

QUATTROCCHIO, *Analisi del novellato Art. 64 l. fall.*, in www.ildirittodegliaffari.it, 10 dicembre 2015.

RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare. Profili sistematici di dottrina e giurisprudenza*, II ed., Cedam, Padova, 2006.

RINALDI, *Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità*, in Focus del sole 24 ore, 9 settembre 2021.

RIVA, *Il ruolo dell'esperto "facilitatore"*, in www.Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it, 30 settembre 2021.

ROMANO, *Commento all'art. 67 bis*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il Nuovo Fallimento*, Giuffrè, Milano, 2006.

ROSSI, *D.L. 118/2021: La composizione negoziata della crisi d'impresa*, in AA.VV., *La continuità aziendale in pendenza delle trattative*, 2022.

SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, Maggioli Editore, 2021.

TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nelle vecchie revocatorie*, in *Il Fallimento*, 2005. Torino, 2006.

VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in blog.ilcaso.it.

VENTORUZZO - MURATORE, *Commentario alla nuova legge fallimentare*, in C. CAVALLINI, S. RECCHIONE (a cura di), Egea, Milano, 2010.

ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in www.dirittodellacrisi.it, 26 ottobre 2021.

GIURISPRUDENZA

Cass. Civ., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538

Cass. Civ., 24 maggio 1982, n. 3164

Cass. Civ., 7 maggio 2015, n. 9170

Cass. Civ., 7 ottobre 2008, n. 24757

Cass. Civ., Sez. Un., 18 maggio 2004, n. 9440

Cass. Civ., 1 agosto 2007, n. 16986

Cass. Civ., 7 ottobre 2008, n. 24757

Cass. Civ., 18 agosto 2011, n. 17356

Cass. Civ., 19 dicembre 2008, n. 29896

Cass. Civ., 22 agosto 2007, n. 17967

Cass. Civ., 26 febbraio 2002, n. 2792

Cass. Civ., 15 maggio 1997, n. 296

Cass. Civ., 8 marzo 2010, n. 5505

Cass. Civ., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028

Cass. Civ., 19 dicembre 2012, n. 23430

Cass. Civ., 5 aprile 2001, n. 5041

Cass. Civ., 14 gennaio 2016, n. 504

Cass. Civ., 30 ottobre 2015, n. 22184

Cass. Civ., 14 aprile 1994 n. 3507

Cass. Civ., 28 ottobre 1998, n. 10738

Cass. Civ., 20 febbraio 2003, n. 2584

Cass. Civ., 24 novembre 2003, n. 17858

Cass. Civ., 26 marzo 2003, n. 4472

Cass. Civ., 18 settembre 2003, n. 13819
Cass. Civ., 7 febbraio 2001, n. 1719
Cass. Civ. 28 febbraio 2007, n. 4762
Cass. Civ., 10 maggio 2006, n. 10800
Cass. Civ., 5 novembre 2010, n. 22544
Cass. Civ., 29 marzo 2016, n. 6045
Cass. Civ., 21 luglio 2000, n. 9578
Cass. Civ., 3 gennaio 1998, n. 14
Cass. Civ., 6 luglio 2015, n. 13881
Cass. Civ., 21 luglio 2000, n. 9578
Cass. Civ., 4 marzo 2016, n. 4265
Cass. Civ., 23 dicembre 2015, n. 25928
Cass. Civ., 2 ottobre 2015, n. 3581
Cass. Civ., 31 ottobre 2014, n. 23621
Cass. Civ., sez. un. civ., 28 marzo 2006, n. 7028
Cass. Civ., 29 marzo 2016, n. 6042
Cass. Civ., 23 marzo 2012, n. 4737
Cass. Civ., 7 ottobre 2010, n. 20834
Cass. Civ., 29 marzo 2016, n. 6040
Cass. Civ., 5 luglio 2016, n. 13719
Cass. Civ., 23 maggio 2014, n. 11497
Cass. Civ., 13 giugno 2016, n. 12119
Cass. Civ., 8 aprile 2013, n. 8534
Cass. Civ., 3 giugno 2004, n. 10578

Cass., Relazione 8 Luglio 2020, n. 56

Corte App. di Milano, 30 giugno 2016, n. 2920

Corte App. Milano, 2 aprile 2015

Corte App. Bologna, 13 aprile 2000 in *Dir. Fall.* 2000, II, 782

Trib. Mantova, 15 aprile 2013, n. 8827

Trib. Roma, 27 maggio 2013, n. 11548

Trib. Perugia, 15 marzo 2011, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it

Trib. Padova, 10 novembre 2015, n. 3022

Trib. Milano, 21 maggio 1992 in *Dir. Fall.* 1992, 982

Trib. Padova, 1 marzo 2002 in *Giur. merito* 2002, 1264

Trib. Bologna 29 giugno 2004, *ivi*, 2005, 96

Trib. Milano, decr., 23 gennaio 2014

Trib. Forlì, 29 maggio 2015, in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 12878

Trib. Forlì, 3 novembre 2015, in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 13692

Trib. Brindisi, 27 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003

Trib. Milano, 8 febbraio 1999, in *Fallimento*, 1999

Trib. Salerno 3 febbraio 2015, in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 12055

Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559

Trib. Torino, 2 marzo 2016

Trib. Milano, 1 marzo 2013. in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 8706

Trib. Salerno, 18 giugno 2013, n. 1559

Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014, in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 11910

Trib. Treviso, 23 marzo 2016, n. 14861

Trib. Firenze, 18 aprile 2016., in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 14959

Trib. Torino, 20 febbraio 2014., in www.unijuris.it

Trib. Verona, 22 febbraio 2016., in *www.ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 15006

Trib. Venezia, 19 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 14012

Trib. Roma, 22 aprile 2013, n. 117, GU Parte Seconda n.117

Trib. Napoli, 27 marzo 2014., in *www.ilcaso.it*, Sez. Giurisprudenza, 10307