

Diritto fallimentare

a.a. 2021 - 2022

Di cosa parleremo?

- 1. Perché l'imprenditore si indebita?**
- 2. È razionale indebitarsi?**
- 3. Cosa succede quando l'imprenditore non è più in grado di far fronte ai debiti?**

1. Perché l'imprenditore si indebita?

- L'imprenditore si indebita per finanziare **investimenti produttivi**,
- ... *investimenti produttivi*, perché sono destinati a produrre reddito (almeno nelle intenzioni).
- Il consumatore si indebita per finanziare l'acquisto di **beni non produttivi**,
- ... *beni non produttivi*, perché non producono reddito, ma soddisfazione di esigenze (primarie o voluttuarie).

1. Perché l'imprenditore si indebita?

La struttura dello stato patrimoniale mostra che i debiti contribuiscono - assieme al capitale - al finanziamento degli investimenti

Attivo (investimenti)

- Immobilizzazioni
- Attivo circolante
 - Rimanenze
 - Crediti
 - Liquidità

Passivo (debiti) + Netto

- Capitale
- Riserve
- Utili / Perdite
- **Debiti**

2. È razionale indebitarsi?

- Indebitarsi è *possibile* (cioè *economicamente sostenibile*) se l'investimento genera un rendimento sufficiente a pagare il costo del debito, vale a dire gli interessi.
- Indebitarsi è *conveniente* se il rendimento generato dall'investimento è superiore al costo del debito.

2. È razionale indebitarsi?

*Immaginiamo un investimento di 100 che generi ricavi pari al 10%, in un **contesto favorevole** (il debito costa meno del rendimento dell'investimento).*

Ciascuna riga della tabella mostra un diverso mix di capitale e debito per il finanziamento dell'investimento.

Come si vede, il costo del debito (interessi) incide sull'utile, riducendolo in maniera via via più marcata al crescere del debito

Capitale proprio	Debito	EBIT (10 % inv.)	Interessi (6 % debito)	Utile netto (EBIT - intt.)
100	0	10	0	10
80	20	10	1,20	8,80
50	50	10	3,00	7,00
10	90	10	5,40	4,60
1	99	10	5,94	4,06

Nota: per la definizione di EBIT, v. il *Glossario finanziario*

2. È razionale indebitarsi?

Quanto ha reso il capitale investito?

Nella nostra simulazione, benché il costo del debito – crescente nei diversi scenari esposti – riduca l'utile, il rapporto fra l'utile e il capitale investito (ROE) è crescente: tanto inferiore è il capitale rispetto al debito e tanto maggiore è il suo rendimento

Capitale proprio	Debito	EBIT (10% inv.)	Interessi (6% debito)	Utile netto (EBIT-intt.)	R.O.E. (Return on equity)
100	0	10	0	10	10 %
80	20	10	1,20	8,80	11 %
50	50	10	3,00	7,00	14 %
10	90	10	5,40	4,60	46 %
1	99	10	5,94	4,06	406 %

Nota: per la definizione di ROE, v. il *Glossario finanziario*

2. È razionale indebitarsi?

Ovviamente, non è tutto oro quel che luccica: cosa succede se cambia lo scenario, cioè se il debito costa più del rendimento dell'investimento?

- il risultato **non** è più un utile, ma una perdita, via via crescente al crescere del debito;*
- il capitale ne risulta eroso;*
- l'imprenditore eccessivamente indebitato non riesce a far fronte alle proprie obbligazioni.*

Capitale proprio	Debito	EBIT -10%	Interessi (15% debito)	Risultato (EBIT-intt.)	Capitale dopo utile/perdite
100	0	-10	0	-10	90
80	20	-10	3	- 13	67
50	50	-10	7,50	- 17,50	32,50
20	80	-10	12	- 22,00	- 2
1	99	-10	14,85	- 24,85	- 23,85

3. Cosa succede quando l'imprenditore non è più in grado di far fronte ai debiti?

- A fronte dell'inadempimento dell'imprenditore, l'ordinamento mette a disposizione due categorie di strumenti: **l'esecuzione individuale** e le **procedure concorsuali**.
- La funzione comune alle procedure concorsuali è di consentire la soddisfazione dei creditori ...
- ...che può realizzarsi per due vie (alternative o non):
 - **rimuovere dal mercato un imprenditore insolvente**, liquidandone il patrimonio, oppure
 - **favorire il salvataggio**, dell'imprenditore e/o dell'azienda.

Cenni storici

- **XII Tavole (V sec. A.C.)** – il debitore è *addictus* fisicamente al suo creditore, il quale può utilizzarlo come schiavo, venderlo *trans Tiberim* o metterlo a morte ... se i creditori erano più d'uno, la legge diceva *partes secanto*;
- **Età dei Comuni (XI-XIII sec.)** - la visione inizia a cambiare e prendono forma le prime legislazioni sul fallimento, sovente contenute negli statuti delle corporazioni. Si abbandona la cattura del debitore per autorità privata...
- ... ma sopravvivono forme di pena esemplare, come la *pietra del vituperio* o limitazioni alla vita pubblica
- ... così come la carcerazione – anche dei familiari – e la tortura o la pena di morte.
- Le caratteristiche del fallimento sono fissate nella *universalità* e *concorsualità*.
- Nasce la soluzione alternativa al fallimento: il *concordato*

segue: cenni storici

- Nel **XVI sec.** si introduce la distinzione tra gli insolventi che sono tali *fortunae vitio*, quelli che sono tali *suo vitio* e quelli, infine, che sono tali *partim suo partim fortunae vitio*: i primi sono trattati con mitezza e il fallimento coinvolge solo il loro patrimonio
- Nella codificazione di **fine ottocento** si consolida la disciplina del fallimento come fenomeno limitato agli imprenditori; le conseguenze sanzionatorie rimangono limitate al piano civile e politico; le sanzioni penali sono riservate a comportamenti limitati (irregolarità contabili, distrazione di beni, pagamenti preferenziali)
- La disciplina attuale segue alcune **linee di tendenza**:
 - conservazione dell'attività;
 - favore per gli accordi con i creditori;
 - esdebitazione e *fresh restart*;
 - estensione delle procedure di crisi ai non imprenditori (consumatori) e, in generale, ai soggetti non fallibili.

Stato attuale: fonti della disciplina

- Attualmente le procedure concorsuali sono disciplinate principalmente dalla legge fallimentare: R.d. 16 marzo 1942, n. 267.
- La legge fallimentare è destinata ad essere sostituita dal Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII): d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.
- Il CCII sarebbe dovuto entrare in vigore ad agosto 2020; tuttavia, la *vacatio* è stata prima prorogata a settembre 2021 e, da ultimo (?), col d.l. 24 agosto 2021, n. 118, al 15 maggio 2022, salvo che...
 - ... una parte delle norme (modifiche al codice civile) è già entrata in vigore a marzo del 2019 (e alcune ulteriori modifiche sono state introdotte nel 2020);
 - ... mentre un'altra importante parte - relativa all'istituto dell'**allerta** - è stata rinviata al 31 dicembre 2023;
 - nel frattempo, il CCII ha subito una serie di modifiche, alcune dovute a mere esigenze correttive (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) e altre all'emergenza COVID ...
 - e, col d.m. 22 aprile 2021, l'attuale governo ha insediato una nuova commissione ministeriale, col compito di «elaborare proposte di interventi sul CCII»: fra l'altro, è necessario che il Codice sia coordinato con la Direttiva 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE (c.d. Direttiva Insolvency).
- Il recentissimo d.l. 118/2021 (attualmente in corso di conversione) ha:
 - anticipato, inserendole nella legge fallimentare, alcune disposizioni già contenute nel CCII;
 - introdotto due istituti del tutto nuovi: la **composizione negoziata della crisi** e il **concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio**.

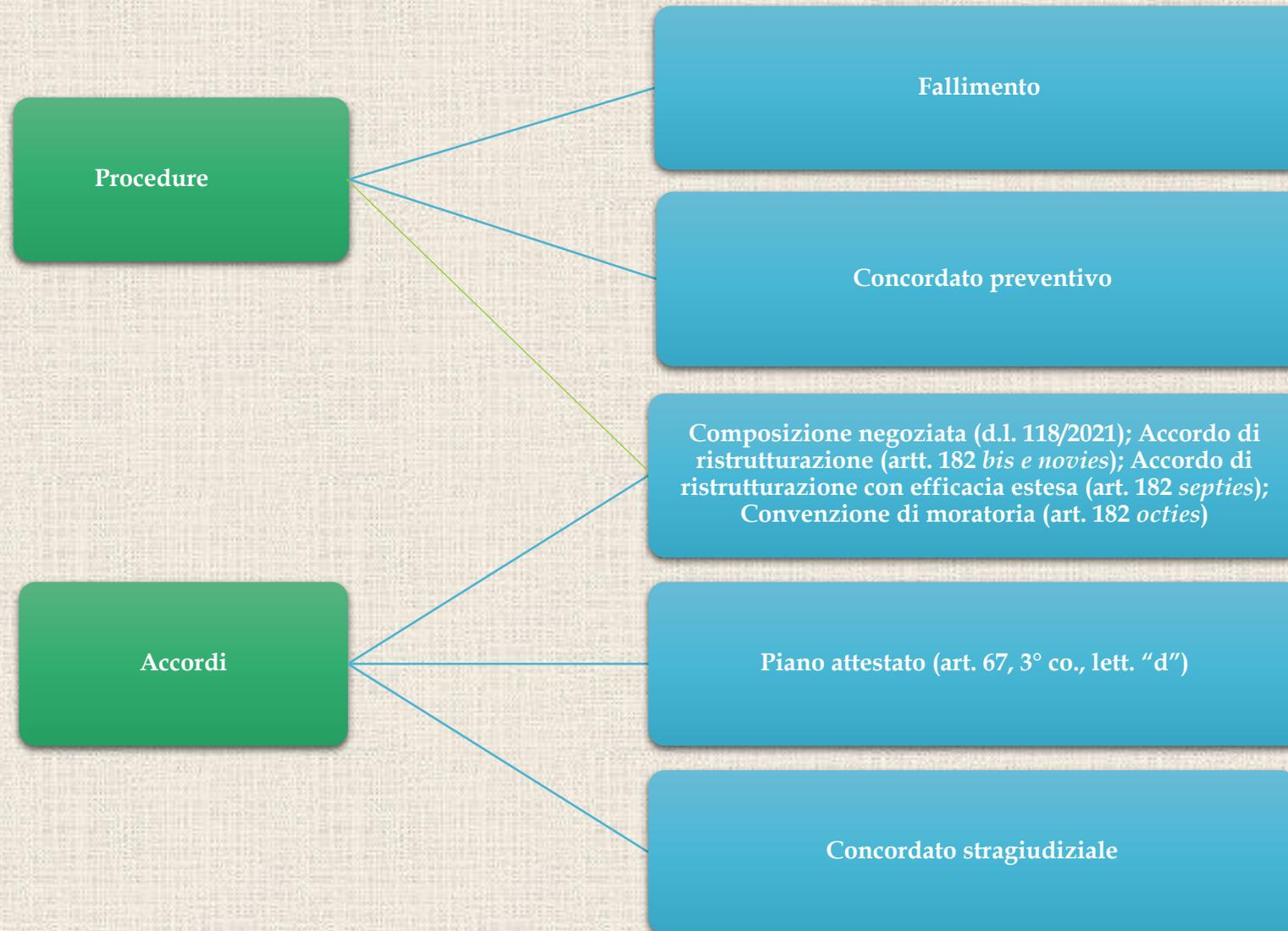
Fonti della disciplina - Siti per l'aggiornamento

La legge fallimentare e il Codice della crisi aggiornati sono reperibili su www.ilcaso.it

Per l'aggiornamento sulle riforme in corso è utile la consultazione (oltre che dei quotidiani economici) dei seguenti siti:

- www.dirittodellacrisi.it
- www.fallimentiesocieta.it
- www.altalex.com
- www.osservatorio-oci.org

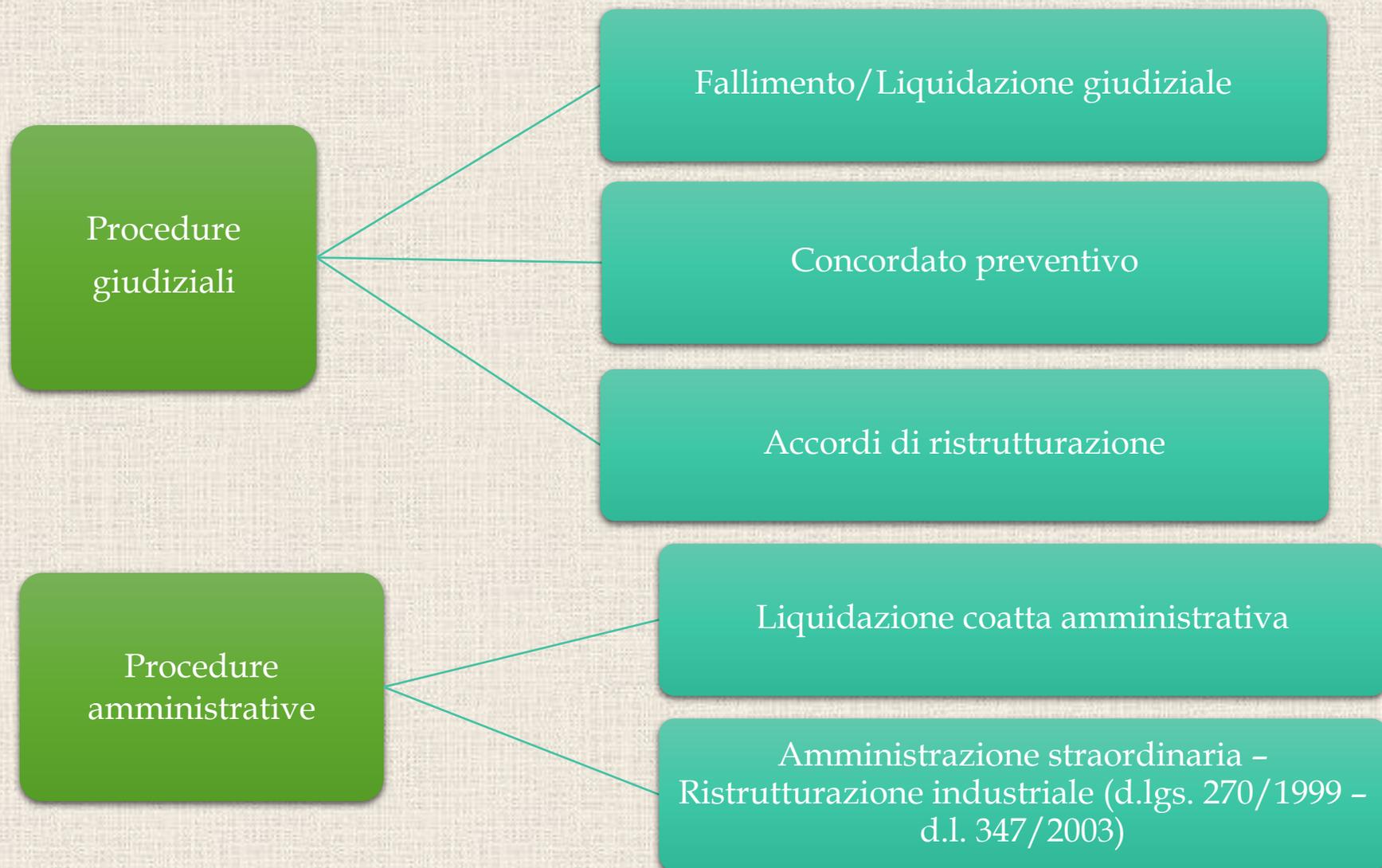
Le procedure concorsuali nella legge fallimentare...



... e le procedure concorsuali nel CCII



Le procedure concorsuali: *procedure giudiziali vs. procedure amministrative*



I soggetti

Legge fallimentare art. 1 – CCII artt. 1, 2, 121, 85

Sono soggetti al fallimento/liquidazione giudiziale e al concordato preventivo:

- *gli imprenditori ...*
- *commerciali ...*
- *non «piccoli»*

L'imprenditore – art. 2082 c.c.

1. È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

La limitazione all'imprenditore dipende essenzialmente dal minor impatto che l'insolvenza del non-imprenditore può avere sul mercato, minore impatto che non giustifica i costi di una procedura complessa come il fallimento (o il concordato).

Nondimeno, per i soggetti non fallibili sono previste le procedure di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3, disciplina oggi trasfusa nel CCII.

L'imprenditore – art. 1 CCII

1. Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.

Imprenditori non soggetti a fallimento/liquidazione giudiziale

Art. 2, lett. «c», CCII - «Definizioni»

Ai fini del presente codice si intende per:

c) «sovraindebitamento»: lo stato di crisi o di insolvenza del **consumatore**, del **professionista**, dell'**imprenditore minore**, dell'**imprenditore agricolo**, delle **start-up innovative** di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza;

Imprenditori non soggetti a fallimento/liquidazione giudiziale

Art. 25, 2° co., d.l. 179/2012 - Definizione di start-up innovativa

Ai fini del presente decreto, l'impresa start-up innovativa, di seguito «start-up innovativa», è la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti:

[a)] abrogato;

b) è costituita da non più di sessanta mesi;

c) è residente in Italia ... o in uno degli Stati membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo, purché abbia una sede produttiva o una filiale in Italia;

d) a partire dal secondo anno di attività della start-up innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro;

e) non distribuisce, e non ha distribuito, utili;

f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico;

g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda;

h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti:

1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 15 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start-up innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo sono escluse le spese per l'acquisto e la locazione di beni immobili. ...;

2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale ...;

3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

Imprenditori non soggetti a fallimento/liquidazione giudiziale

Art. 31, d.l. 179/2012 - Composizione e gestione della crisi nell'impresa start-up innovativa, decadenza dei requisiti e attività di controllo

1. La start-up innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3.
2. ...
3. ...
4. Fatto salvo il diverso termine previsto dal comma 3 dell'articolo 25 se applicabile, qualora la start-up innovativa perda uno dei requisiti previsti dall'articolo 25, comma 2, prima della scadenza dei cinque anni dalla data di costituzione, secondo quanto risultante dal periodico aggiornamento della sezione del registro delle imprese di cui all'articolo 25, comma 8, e in ogni caso al raggiungimento di tale termine, o del diverso termine previsto dal comma 3 dell'articolo 25 se applicabile, secondo quanto risultante dal periodico aggiornamento della sezione del registro delle imprese di cui all'articolo 25, comma 8, e in ogni caso, una volta decorsi quattro anni dalla data di costituzione, cessa l'applicazione della disciplina prevista nella presente sezione
5. ...

L'imprenditore agricolo – art. 2135 c.c.

1. È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e **attività connesse**.
2. Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.
3. Si intendono **comunque connesse** le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge.

L'imprenditore agricolo: le "attività connesse" secondo la giurisprudenza recente

“L'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o **quando le attività connesse** di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. **assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura,** gravando su chi invochi l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione ex art. 2135, comma 1, c.c. il corrispondente onere probatorio” (Cass. 8 agosto 2016, n. 16614).

Il «piccolo imprenditore» o «impresa minore»

Art. 1, 2° co., 1.fall. – art. 2, 1° co., lett. c), CCII (dimensione dell'attività)

- a) attivo \leq Euro 300.000 (nel triennio anteriore)
- b) ricavi \leq Euro 200.000 (nel triennio anteriore) - Da intendersi rif. alle voci di cui all'art. 2425, lett. a), nn. 1 e 5, con esclusione:
 - delle voci di cui alla lett. a), nn. 2, 3 e 4 (variazioni rimanenze);
 - delle somme ritratte dalla cessione a terzi di cespiti aziendali, così come di ogni componente straordinaria (ancorché contabilizzata fra gli «Altri ricavi e proventi», nel n. 5 (Cass. 20.1.2021, n. 980; Cass. 10.12.2018, n. 31825);
 - delle componenti positive contabilizzate nelle voci *sub C*) – Proventi finanziari e *sub D*) - Rivalutazioni
- c) debiti \leq Euro 500.000 (alla data)

Sul piano processuale, i bilanci di esercizio dei tre anni precedenti rappresentano certamente uno strumento di prova “privilegiato” ma non un mezzo esclusivo, dato che la sussistenza dei “ricavi lordi” (art. 1, 2° co., lett. b), 1.fall.) può risultare *in qualunque modo*.

Art. 15, ult. co., 1.fall. – art. 49, ult. co. CCII (dimensione dell'insolvenza)

... debiti *scaduti non pagati* < 30.000 Euro

Acquisto e perdita qualità di imprenditore o di soggetto fallibile

Art. 10 l.fall./art. 33 CCII – Cessazione attività

Art. 147, 2° co., l.fall./art. 256 CCII – Perdita qualità socio illimitatamente responsabile

In entrambi i casi la disciplina prende come *dies a quo* per il decorso dell'anno la pubblicità nel Registro delle Imprese.

Il presupposto oggettivo nella Legge fallimentare

Art. 5 l.fall. - Stato d'insolvenza

I. L'imprenditore che si trova in **stato d'insolvenza** è dichiarato fallito.

II. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di *soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*.

Art. 160 l.fall. - Presupposti per l'ammissione alla procedura

I. L'imprenditore che si trova in **stato di crisi** può proporre ai creditori un concordato preventivo ...

Il presupposto oggettivo

Art. 2 CCII

1. Ai fini del presente codice si intende per:

- a) «**crisi**»: 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;
- b) «**insolvenza**»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni;
- c) «**sovraindebitamento**»: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al d.l. 179/2012, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

Il presupposto oggettivo

Stato d'insolvenza

Il concetto di insolvenza è legato all'inadempimento delle obbligazioni.

Già nel tardo medioevo il mercante decotto era anche detto «cessante» e da ciò derivano le scelte lessicali in diversi ordinamenti europei: «*cessation des paiements*», «*suspensión de pagos*», «*Zahlungsunfähigkeit*».

Per quanto attiene la rilevanza degli inadempimenti, va ricordato che:

- se il debito è **contestato**, il tribunale dovrà vagliare in via incidentale le contestazioni sollevate dal debitore e assumeranno rilievo le altre condotte sintomatiche, fra le quali – oltre all'inadempimento di altre obbligazioni, nei confronti di creditori rimasti inerti – quelle menzionate dall'art. 7, 2° co., 1. fall.;
- l'adempimento deve essere **regolare**, sicché non è esclusa l'insolvenza se esso avviene con mezzi anormali o quando a non essere normale è il modo in cui l'imprenditore si è procurato il denaro necessario all'adempimento.

Il presupposto oggettivo

segue: stato d'insolvenza

In altri termini, può dirsi che l'inadempimento è un fatto - più o meno grave e rappresentativo - che attiene al rapporto fra il debitore e il creditore insoddisfatto; mentre l'insolvenza è una condizione, che riguarda il debitore davanti ai suoi creditori come anche davanti a tutti gli altri soggetti che intrattengono rapporti con l'impresa (gli stakeholders) e che, in definitiva, costituiscono il suo mercato di riferimento.

La funzione del fallimento (o della liquidazione giudiziale) è anzitutto quella di rimuovere dal mercato l'imprenditore insolvente: la soddisfazione coattiva del singolo creditore, in un contesto non grave come l'insolvenza, può infatti essere affidata all'esecuzione individuale, che comporta tempi e costi (anche relativi al funzionamento della "macchina giudiziaria") inferiori a quelli della procedura concorsuale; d'altra parte, però, il fallimento comporta l'utilizzabilità di strumenti di tutela dei creditori che l'esecuzione individuale non conosce (revocatoria, aggredibilità dell'azienda, effetti sui rapporti pendenti).

Pertanto, l'apertura della procedura liquidatoria è esclusa «*se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria è complessivamente inferiore a euro trentamila*» (art. 15 u.c., l.fall. - art. 49, 5° co., CCII).

Il presupposto oggettivo

segue: stato d'insolvenza

Dal momento che l'insolvenza è normalmente riscontrata dall'inadempimento di un certo numero di obbligazioni a una certa epoca, sicché ha una **natura eminentemente finanziaria**, è irrilevante la situazione patrimoniale dell'imprenditore o la condizione economica dell'attività aziendale:

- il fatto che **l'attività generi utili**, di per sé non è sufficiente ad escludere l'insolvenza, fermo restando che in questi casi di solito l'imprenditore riesce ad accedere al credito necessario; né, tuttavia, una storia di perdite esclude che i soci forniscano la società dei mezzi necessari (più difficile, invece, che lo faccia il sistema bancario);
- **l'eccedenza dell'attivo sul passivo** non esclude l'insolvenza, soprattutto in contesti nei quali non sia agevole liquidare alcune attività, ancorché non strumentali, e non sia più possibile accedere al credito;
- per converso, lo **sbilancio patrimoniale**, pur non costituendo di per sé una condizione di insolvenza, è fortemente predittivo del suo verificarsi:

«Al fine di valutare la sussistenza dei requisiti di legge per la dichiarazione di fallimento, il dato rappresentato da un marcato sbilancio tra l'attivo ed il passivo patrimoniale accertato in capo alla società debitrice, non fornisce di per sé solo la prova dell'insolvenza e potrebbe comunque essere superato dalla prospettiva di un favorevole andamento futuro degli affari o da eventuali ricapitalizzazioni dell'impresa. Nondimeno, esso va attentamente valutato perché l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale pur sempre costituisce, nella più parte dei casi, uno dei tipici "fattori esteriori" che a norma dell'art. 5 l. fall. sono rivelatori dell'insolvenza dell'imprenditore» (Cass. 9.3.2004, n. 4727; v. anche Cass. 15.12.2020, n. 28635).

Il presupposto oggettivo

segue: stato d'insolvenza

Benché l'insolvenza sia una condizione attuale, un approccio prospettico consente di affermare – sebbene solo in casi limitati – che la sua sussistenza non deve necessariamente determinare l'apertura della procedura di fallimento (o liquidazione giudiziale), quando essa abbia carattere meramente temporaneo, vale a dire superabile con mezzi ordinari, di sicura disponibilità, in un lasso di tempo ragionevolmente breve e altrettanto certo (v. Cass. 24.3.1983, n. 2055 e, più di recente, Cass. 24.9.2013, n. 21802).

In questo senso, la nozione di insolvenza si inserisce in quella più ampia di crisi, definita 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» (art. 2, 1° co., lett. a, CCII).

Se l'insolvenza è una condizione riscontrabile puntualmente, con riferimento a un certo numero di obbligazioni e a una certa epoca, per converso la crisi è una condizione dinamica o andamentale, che si sviluppa in diversi stadi: si può dunque iniziare con una condizione di mero squilibrio, economico o finanziario, che innesca il declino; al consolidarsi dell'andamento negativo (sul piano economico o finanziario), segue l'insolvenza e il dissesto.

Il presupposto oggettivo

Crisi e insolvenza - L'irreversibilità della crisi

La condizione di crisi non è sempre irreversibile e, una volta che si sia preso atto di quali sono i fattori che l'hanno determinata, è possibile che si intervenga per porvi rimedio. Se le cause della crisi hanno carattere temporaneo, è possibile che gli interventi correttivi abbiano identica natura. Ma, se le cause della crisi hanno carattere strutturale, tali devono essere anche gli interventi correttivi.

La fase terminale della crisi è costituita dall'insolvenza, vale a dire dalla perdurante incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

A vero dire, neanche l'insolvenza è di per sé irreversibile: ad esempio, nulla esclude che un adeguato intervento di ricapitalizzazione - magari accompagnato dalla rinegoziazione dell'indebitamento - conduca al completo risanamento della posizione debitoria e all'instaurarsi di un nuovo ciclo economico-finanziario virtuoso. La questione è, dunque, eminentemente terminologica: **dovremo intendere l'insolvenza come irreversibile quando una tal sorte di interventi non appare praticabile** (cioè, se parliamo di società di capitali, per indisponibilità dell'attuale compagine sociale e in mancanza di nuovi investitori interessati a rilevare la società in crisi).

Il presupposto oggettivo

Crisi e insolvenza - Il dissesto e la perdita della continuità aziendale

L'insolvenza si accompagna di regola al dissesto: se la prima condizione ha natura finanziaria e va letta in termini di inadeguatezza dei flussi monetari, la seconda condizione ha natura patrimoniale e rappresenta l'insufficienza delle attività a far fronte alle passività.

Questa condizione di sbilancio può emergere o aggravarsi - in termini di pura rappresentazione contabile - per il solo fatto che la rottura della continuità aziendale impone il mutamento dei criteri di valutazione dell'attivo.

Nel momento in cui la continuità aziendale (da intendersi in ottica prospettica) non possa più essere ragionevolmente assunta quale presupposto, le regole sono destinate a mutare; e le regole da applicarsi nella redazione dei bilanci di liquidazione (contenute nel principio contabile OIC 5) sono guidate dai principi che si possono così sintetizzare, limitandoci a quelle applicabili alla stima del valore del patrimonio:

- viene meno la distinzione fra immobilizzazioni e attivo circolante, perché tutti i beni e i diritti sono destinati a essere liquidati nel più breve tempo possibile;
- il criterio di valutazione delle attività cessa di essere il costo storico, per essere sostituito dal valore di realizzo per stralcio dei beni e dal valore di realizzo dei crediti, al netto degli oneri diretti di realizzo;

Il presupposto oggettivo

segue: il dissesto e la perdita della continuità aziendale

- il valore di realizzo può essere inferiore al costo storico ma (sebbene di rado) anche superiore ad esso;
- gli oneri pluriennali (costi di impianto e di ampliamento, di ricerca, di sviluppo) e l'avviamento, che si erano capitalizzati nell'ottica del recupero legato alla prosecuzione dell'attività, saranno da svalutare integralmente (salvo che non si riesca a valorizzarli nell'ambito della cessione d'azienda, ipotesi poco probabile). Lo stesso vale per le immobilizzazioni immateriali (brevetti, concessioni, licenze, marchi);
- per le rimanenze di magazzino e le altre attività circolanti, il valore di realizzo per stralcio è quasi sempre di molto inferiore al presunto prezzo di vendita sul mercato in ipotesi di normale operatività dell'impresa e anche al costo di acquisto;
- i lavori in corso andranno valutati tenendo conto dell'effettiva capacità di portarli a termine nel rispetto dei tempi contrattualmente previsti: in difetto, si dovrà tener conto delle conseguenze dell'inadempimento o del ritardo;
- per quanto riguarda le passività, parimenti si adotta un unico criterio: il valore di estinzione dei debiti (al lordo degli eventuali oneri necessari per l'estinzione). Ovviamente questo valore può essere significativamente ridotto nel contesto di un accordo con i creditori, che può avere carattere individuale o collettivo, in quest'ultimo caso nell'ambito di una procedura concorsuale.

Il presupposto oggettivo

Crisi e insolvenza - Le condotte

Una volta che sia accertata la sussistenza dello stato di crisi, la legge prevede a carico degli organi sociali una serie di comportamenti, che variano in relazione alla gravità della crisi e secondo le prospettive che l'impresa può darsi:

- si va dalla disciplina dell'**allerta**, contenuta nel CCI...
- ... agli obblighi legati all'avvenuta **perdita del capitale**.

In questo contesto si situa la recentissima disciplina della **composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa**, introdotta dal d.l. 118/2021 (sulla quale torneremo dopo l'avvenuta conversione in legge del decreto).

Ovviamente, in un contesto di incapacità dell'imprenditore di affrontare la crisi con mezzi propri (ricapitalizzazione) o con contributi esterni (cessione dell'azienda/società o sacrifici dei creditori), l'unica via che rimane è quella del fallimento/liquidazione giudiziale.

Procedimento per dichiarazione di fallimento

Legittimazione (artt. 6-7 l.fall.)

• **Debitore**

- L'iniziativa ha carattere doveroso: l'omissione può essere sanzionata
 - penalmente: v. artt. 6 e 217, 1° co., n. 4, l.fall.;
 - sul piano della responsabilità degli organi sociali, in caso di prosecuzione dell'attività in un contesto di perdita del capitale e aggravamento del dissesto: v. art. 2486 c.c.

• **Creditore**

- La legittimazione sussiste anche in caso di credito non scaduto, condizionato o contestato (non è necessario il titolo esecutivo).

• **Pubblico Ministero**

- quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale o da particolari condotte del debitore (art. 7, n. 1);
- quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile (art. 7, n. 2).

La legittimazione nel CCII

Art. 37 - Iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza

1. ...

2. La domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, **degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa**, di uno o più creditori o del pubblico ministero.

La legittimazione è estesa agli organi di controllo (tenuti anche alle segnalazioni d'allerta e a quella prevista dall'art. 15, d.l. 118/2021 per l'attivazione della procedura di composizione negoziata): collegio sindacale o sindaco unico e revisore o società di revisione

La legittimazione nel CCII

Art. 38 - Iniziativa del pubblico ministero

1. Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.
2. L'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero.
3. Il pubblico ministero può intervenire in tutti i procedimenti diretti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.
4. ...

La legittimazione del PM non sconta
più i limiti dell'art. 7 l.fall.

Competenza apertura procedura l.fall./CCII

Competenza (art. 9 l.fall.)

Tribunale del luogo dove si trova la **sede principale**, che si presume coincidente con la sede legale.

Irrilevante il trasferimento nell'anno anteriore all'iniziativa.

Presunzione
relativa

Art. 27 - Competenza per materia e per territorio (CCII)

1. Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle **imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione** è competente il **tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese**

2. Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza diversi da quelli di cui al comma 1 e le controversie che ne derivano è competente il **tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali**.

3. Il **centro degli interessi principali** del debitore si presume coincidente:

Presunzione
assoluta o
relativa?

a) per la persona fisica esercente attività impresa, con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale;

b) per la persona fisica non esercente attività d'impresa, con la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita. Se questo non è in Italia, la competenza è del Tribunale di Roma;

c) per la persona giuridica e gli enti, anche non esercenti attività impresa, con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, secondo quanto previsto nella lettera b), con riguardo al legale rappresentante.

Procedimento per dichiarazione di fallimento

Art. 15 - Procedimento per la dichiarazione di fallimento

1. Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei **procedimenti in camera di consiglio**.
2. Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.
3. Il decreto di convocazione è sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore Il ricorso e il decreto devono essere notificati, a cura della cancelleria, all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti. L'esito della comunicazione è trasmesso, con modalità automatica, all'indirizzo di posta elettronica certificata del ricorrente. Quando, per qualsiasi ragione, la notificazione non risulta possibile o non ha esito positivo, la notifica, a cura del ricorrente, del ricorso e del decreto si esegue esclusivamente di persona ... presso la sede risultante dal registro delle imprese. Quando la notificazione non può essere compiuta con queste modalità, si esegue con il deposito dell'atto nella casa comunale della sede che risulta iscritta nel registro delle imprese e si perfeziona nel momento del deposito stesso. L'udienza è fissata non oltre quarantacinque giorni dal deposito del ricorso e tra la data della comunicazione o notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni.

Procedimento per dichiarazione di fallimento

segue: Art. 15 - Procedimento per la dichiarazione di fallimento

4. Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti.

5. I termini di cui al terzo e quarto comma possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono **particolari ragioni di urgenza**. In tali casi, il presidente del tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi.

6. Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei **mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio**.

7. Le parti possono nominare consulenti tecnici.

8. Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i **provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza**.

9. Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.

Procedimento per dichiarazione di fallimento

Pendenza di domanda di concordato preventivo

Non sussiste un'ipotesi di pregiudizialità necessaria tra la decisione sulla ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo e l'istruttoria prefallimentare: la presentazione di una domanda di concordato non comporta automaticamente la sospensione dell'istruttoria prefallimentare e non impedisce la dichiarazione di fallimento (SS.UU. 23 gennaio 2013, n. 1521).

Art. 7 CCII - Trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o dell'insolvenza

1. Le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via d'urgenza e in un unico procedimento; a tal fine ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente.
2. Nel caso di proposizione di più domande, **il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata.**

Procedimento per dichiarazione di fallimento

Procedimento: ulteriori novità CCII

Istruttoria pubblici registri (artt. 42 e 367 CCII)

- ... la cancelleria acquisisce, mediante collegamento telematico diretto alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'INPS e del Registro delle imprese, i dati e i documenti relativi al debitore individuati all'articolo 367: bilanci ultimi tre esercizi, visura storica, atti con cui sono state compiute operazioni straordinarie (aumento e riduzione di capitale, fusione e scissione), trasferimenti di azienda; dichiarazioni dei redditi ultimi tre esercizi, elenco degli atti sottoposti a imposta di registro, dettaglio debiti fiscali e contributivi.

Iscrizione istanza debitore nel Reg. Imprese (art. 40, 3° co. CCII)

Decorrenza periodo sospetto legale per l'azione revocatoria dal deposito della domanda, cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale e, dunque, non più dal deposito della sentenza dichiarativa (artt. 163 e ss., CCII).

Decisione - Gravami

- **Archiviazione** (non luogo a provvedere)
 - Fa seguito alla desistenza del creditore e non preclude la segnalazione al PM. L'art. 43 CCII disciplina la desistenza (prevedendo l'eventuale condanna alle spese).
- **Dichiarazione di incompetenza**
 - art. 9 bis, 1° co. (II periodo) → trasmissione degli atti al trib. competente → riassunzione da parte dell'istante → eventuale conflitto virtuale di competenza (artt. 9 bis, II co. e 45 c.p.c.) , oppure
 - regolamento necessario di competenza (artt. 42 e 47 c.p.c.) - per gli effetti dell'accoglimento, v. art. 9 bis, 1° co.
- **Rigetto (decreto)**
 - è impugnabile con reclamo alla corte d'appello (art. 22 l.fall.);
 - in caso di accoglimento, la corte non dichiara il fallimento ma rimette gli atti al tribunale per la dichiarazione (ma v. art. 50, 5° co. CCII: la corte apre la procedura e trasmette gli atti al tribunale per le ulteriori statuizioni amministrative);
 - in caso di rigetto, il decreto non è impugnabile col ricorso straordinario in cassazione.

segue: decisione - gravami

• Dichiarazione di fallimento

- è impugnabile con reclamo alla corte d'appello (art. 18) ...
- ... per motivi attinenti la legittimità del procedimento (rispetto regole processuali), il merito (presupposto sogg. e ogg.) o la competenza (ma solo assieme al merito);
- l'accoglimento del reclamo in punto di competenza **non** determina la revoca della dichiarazione di fallimento, ma la mera trasmissione degli atti al trib. competente (art. 9 *bis*, 1° e 2° co.);
- l'accoglimento del reclamo per altri motivi determina (al passaggio in giudicato) la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento; l'art. 18, 15° co., fa salvi gli effetti degli atti nel frattempo legalmente compiuti dal curatore;
- l'art. 53 CCII prevede una nuova disciplina dell'amministrazione del patrimonio da parte del debitore post revoca: una sorta di *spossessamento attenuato*.

Effetti del fallimento: per il debitore

Effetti patrimoniali sostanziali

Spossessamento = perdita della legittimazione a disporre con atti produttivi di effetti sostanziali (artt. 42 e 44) – Correlativamente, la legittimazione è conferita al curatore, con i relativi limiti (art. 31).

Gli atti compiuti dal fallito o da terzi nei suoi confronti sono inefficaci, a prescindere dallo stato soggettivo del terzo, purché la sentenza sia stata iscritta nel Reg. Imp. (salvo prova della conoscenza da parte del curatore).

L'inefficacia è relativa (a favore dei creditori), sicché il curatore può decidere di non valersene.

L'esecuzione fallimentare si estende ai beni sopravvenuti in corso di procedura (artt. 42, 2° co.).

Effetti del fallimento: per il debitore

Effetti per i terzi (formalità)

La dichiarazione di fallimento produce l'effetto di un pignoramento esteso a tutto il patrimonio dell'imprenditore (art. 45 - v. artt. 2913 e ss., c.c.)

A rigore, la norma non disciplina un effetto per il debitore, ma piuttosto **per i terzi**, nei cui confronti egli abbia effettuato atti dispositivi (in senso ampio: ad. es. anche la concessione di una locazione ultranovennale, soggetta a trascrizione, o la cessione/affitto d'azienda, soggetta a iscrizione nel reg. imp.) o che abbiano unilateralmente compiuto atti incidenti sul suo patrimonio, per la cui efficacia vs. i creditori sia richiesto l'adempimento di formalità (ad es. l'iscrizione di un'ipoteca o la trascrizione di domande giudiziali: v. art. 2652 c.c.).

Effetti del fallimento: per il debitore

Effetti patrimoniali processuali

Perdita della legittimazione a disporre con atti produttivi di effetti processuali (art. 43).

Il fallimento determina l'automatica **interruzione** del processo, che deve essere riassunto entro 3 mesi (art. 305 c.p.c.), dalla conoscenza formale del fallimento.

Non possono tuttavia proseguire le liti aventi ad oggetto pretese vs. il fallito, assoggettate alla regola del **concorso formale** (art. 52, 2° co.; v. anche art. 72, 5° co.).

Effetti del fallimento: per i creditori

Concorso formale (art. 52, 2° co.)

2. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1), nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge.

La partecipazione al concorso - così come l'accertamento di qualsiasi pretesa - è subordinata all'accertamento del credito (o della pretesa reale o restitutoria: v. art. 103) nell'ambito del procedimento di accertamento del passivo (art. 52, 2° co.).

L'accertamento della pretesa in sede fallimentare ha carattere esclusivo (salva diversa disposizione di legge), sicché la domanda avente ad oggetto una pretesa verso il fallito già pendente alla data del fallimento diviene improcedibile; mentre la domanda introdotta dopo il fallimento è inammissibile.

Effetti del fallimento: per il debitore

Effetti personali

Beni esclusi (art. 46)

Sussidio alimentare (art. 47)

Corrispondenza (art. 48)

Obblighi personali (anche per amministratori o liquidatori di società)

(art. 49)

Effetti del fallimento: per il debitore

La posizione del curatore

In linea di principio il curatore esercita la *pretesa espropriativa* spettante alla massa dei creditori, sicché si presenta quale **terzo** nelle controversie aventi ad oggetto la consistenza del patrimonio fallimentare (sia dal lato dell'attivo che del passivo).

Si può dire, tuttavia, che egli *si sostituisce al fallito* quando, per esercitare un diritto al medesimo spettante, deve farsi carico dell'intero rapporto contrattuale dal quale tale diritto deriva.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Art. 72 l. fall. - Rapporti pendenti (v. art. 172 CCII)

1. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Il fondamento della norma generale

- Il fallimento determina la sostituzione del curatore nei rapporti facenti capo al fallito, ma ...
- ... la sostituzione investe il rapporto contrattuale nella sua interezza, sicché il curatore non può esercitare la pretesa espropriativa sulla prestazione spettante al fallito fin tanto che il contraente *in bonis* dispone dello strumento di tutela consistente nell'eccezione di inadempimento (artt. 1460-1461 c.c.).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

segue: il fondamento della norma generale

- Specularmente, il contraente *in bonis* non può pretendere l'adempimento da parte del curatore, dal che la *sospensione* del contratto, alla quale segue ...
- ... il *subentro* del curatore, con adempimento integrale (anche per il pregresso, nei contratti di durata - art. 74 l. fall.; ma v. art. 179 CCII, che non prevede la prededucibilità del pregresso), oppure
- ... lo *scioglimento*, che retroagisce al fallimento (dal che la concorsualizzazione delle pretese restitutorie pecuniarie).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

I limiti della norma generale

La norma non può operare quando non ricorrono le circostanze che si sono elencate, sicché:

- non sono sospesi e non si possono sciogliere i **contratti a effetti reali**, quando il contraente *in bonis* ha acquisito la proprietà (o altro diritto reale) prima del fallimento (qui la questione diviene **l'opponibilità dell'acquisto**);
- a questi contratti sono equiparati alcuni che producono a favore del contraente *in bonis* effetti paragonabili all'acquisto di un diritto reale (vendita con riserva della proprietà, rent to buy, leasing, patto marciano art. 48 *bis* TULB, preliminare «protetto»);
- non sono sospesi e non si possono sciogliere neanche i contratti grazie ai quali il contraente *in bonis* ha acquisito un diritto non soggetto a regolazione concorsuale, quale il diritto di godimento (locazione, affitto, leasing).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Il contratto preliminare di compravendita immobiliare

- Il contratto preliminare è assoggettato alla cd. regola generale, sicché il curatore ha la facoltà di scioglierlo ...
- ... ad eccezione del contratto che abbia ad oggetto la compravendita di immobili “protetti”, in quanto muniti delle caratteristiche previste dall’art. 72, ult. co., l.fall. (e v. per il “giusto prezzo” l’art. 67, 3° co., lett. “c”).
- Al di fuori degli immobili protetti, il promissario acquirente gode comunque della tutela prevista dall’art. 2932 c.c. (a condizione che la domanda sia trascritta tempestivamente: artt. 45 l.fall., 2915, 2° co, c.c. e 2652, n. 2, c.c.);
- La sentenza *ex art. 2932 c.c.* prevale sullo scioglimento *ex art. 72 l.fall.* (v. art. 173, 1° co., CCII, che ricalca l’attuale approdo della Cassazione).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Segue: il contratto preliminare di compravendita immobiliare

In caso di scioglimento del preliminare trascritto (con effetto non cessato), il promissario acquirente gode del privilegio (speciale) di cui all'art. 2775 *bis*, c.c.

Nuova disciplina CCII

L'ipotesi del subentro del curatore (in particolare, nel preliminare relativo a immobili protetti) è disciplinata solo nell'art. 173, ult. co., CCII:

- l'immobile è trasferito e consegnato al promissario acquirente nello stato in cui si trova;
- gli acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale sono opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostra di aver versato (sicché il promissario perde l'altra metà);
- il giudice delegato, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione ecc. (sicché il creditore ipotecario otterrà solo il prezzo previsto nel preliminare, al netto della metà degli acconti versati dal promissario).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

L'esclusione della sostituzione del curatore

Tuttavia, la sostituzione del curatore non è sempre ammessa; non lo è infatti:

- quando prevalgono ragioni di tutela del contraente *in bonis*: fall. del mandatario (78, c. 2) e contratti *intuitus personae*, fra i quali la società di persone per fallimento del socio (2288 c.c.) e l'appalto *intuitus personae* per fall. dell'appaltatore (81, c. 2); v. nuova disciplina art. 175 CCII
- quando il contratto è incompatibile con la procedura: conto corrente e commissione (78 c. 1), contratti di borsa a termine (76), rendita perpetua e vitalizia (60), associazione in partecipazione se fallisce l'associante (77 c. 1); finanziamento *ex art. 2447 bis, 1° co., lett. b) c.c.* per fall. della società (72 *ter*, c. 1)

in questi casi, il contratto si scioglie *ex lege*;

- per i contratti personali del fallito, che proseguono in capo al medesimo (senza generare pretese prededucibili)

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

(Slide nn. 59-61 di approfondimento, riservate agli appassionati dei mercati finanziari)

I contratti derivati

Gli strumenti finanziari derivati sono contratti il cui valore dipende dall'andamento di un'attività sottostante (*underlying asset*), che può avere natura finanziaria (titoli azionari, tassi di interesse e di cambio, indici, ecc.) o reale (*utilities*: elettricità, gas ecc. o *commodities*: petrolio, caffè, cacao, oro, ecc).

Possono essere negoziati su mercati regolamentati o *over the counter* (OTC).

Finalità:

- copertura di un rischio finanziario preesistente (**hedging**);
- assunzione di un rischio con finalità speculativa (scommessa sull'andamento atteso del sottostante);
- arbitraggio per mezzo di transazioni combinate sul derivato e sul sottostante che abbiano valori disallineati.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

segue: i contratti derivati

Principali categorie:

- **contratti a termine** (*forward o futures*): consegna di una determinata quantità di un certo sottostante (attività finanziarie o merci) a un prezzo e a una data prefissati
- **swap**: scambio a date prefissate di flussi di pagamenti, determinati in relazione ad un sottostante. Interest Rate Swap (su tassi); Currency Swap (su valute); Commodity Swap (sottostante una quantità di materia prima); Credit Default Swap (su crediti); ecc.
- **opzioni**: facoltà di acquisto/vendita di un sottostante a prezzo fisso entro data o a data.

Possono avere un contenuto misto, anche molto articolato (ad es., con finanziamento implicito - *upfront*)

Possono essere negoziati su mercati regolamentati o *over the counter* (OTC).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

segue: i contratti derivati

Art. 203 TUF - Contratti a termine

1. Fermi restando la decorrenza degli effetti della liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 83 del T.U. bancario, e quanto previsto dall'articolo 90, comma 3, del medesimo T.U. bancario, l'articolo 76 della legge fallimentare si applica agli strumenti finanziari derivati, a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), alle operazioni a termine su valute nonché alle operazioni di prestito titoli, di pronti contro termine e di riporto. Ai fini del presente articolo sono ricompresi tutti i contratti conclusi, ancorché non ancora eseguiti in tutto o in parte, entro la data di dichiarazione del fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

2. Per l'applicazione dell'articolo 76 della legge fallimentare agli strumenti finanziari e alle operazioni indicati nel comma 1, può farsi riferimento anche al costo di sostituzione dei medesimi, calcolato secondo i valori di mercato alla data di dichiarazione di fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Novità CCII

Art. 179 - Contratti ad esecuzione continuata o periodica

1. Se il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica deve pagare integralmente il prezzo delle consegne avvenute e dei servizi erogati dopo l'apertura della liquidazione giudiziale.
2. Il creditore può chiedere l'ammissione al passivo del prezzo delle consegne avvenute e dei servizi erogati prima dell'apertura della liquidazione giudiziale.

La nuova disciplina abbandona la regola già contenuta nell'art. 74 l.fall.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Novità CCII

Art. 184 - Contratto di affitto d'azienda

E' stata eliminata la facoltà di recesso a favore della parte *in bonis*

Art. 185 - Contratto di locazione di immobili

In tutti i casi di recesso del curatore, l'indennizzo è concorsuale (non più prededucibile)

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Novità CCII

Art. 189 - Rapporti di lavoro subordinato

- a) L'apertura della liquidazione determina la sospensione del contratto e l'attribuzione al curatore della consueta facoltà di scelta;
- b) in corso di sospensione non sono dovuti né stipendio né contributi;
- c) il subentro non è retroattivo;
- d) in mancanza di continuazione o trasferimento dell'azienda o per esigenze riorganizzative, il curatore può recedere (impropriamente non si parla di *scioglimento*);
- e) in ogni caso, decorsi 4 mesi dall'apertura della procedura in mancanza di decisione del curatore, i rapporti si risolvono *ex lege*;
- f) il termine di 4 mesi può essere prorogato dal GD (di 8 mesi) se c'è possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell'azienda; in caso di scioglimento *ex lege* dopo la proroga, ai lavoratori spetta un indennizzo prededeucibile compreso fra 2 e 8 mensilità;
- g) Le dimissioni in pendenza del termine si intendono date per giusta causa;
- h) E' stata introdotta una disciplina speciale del licenziamento collettivo
- i) In tutti i casi di recesso del curatore, licenziamento, dimissioni o risoluzione di diritto spetta la dipendente l'indennità si mancato preavviso.

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Azione revocatoria fallimentare – caratteri generali

- a) **Funzione:** reintegrazione della garanzia patrimoniale
- b) **Strumento:** inefficacia (automatica o per effetto di sentenza costitutiva)
- c) **Effetto:** incremento dell'attivo (recupero beni, diritti o pagamenti) o riduzione del passivo (esclusione di crediti) o ripristino della par condicio creditorum (esclusione prelazioni)

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Azione revocatoria fallimentare vs. ordinaria

- a) Non solo «*atti di disposizione*» ma anche atti dovuti e atti di amministrazione
- b) Non solo «*compiuti dal debitore*» ma anche senza la sua cooperazione
- c) Irrilevante il danno: il presupposto oggettivo è solo il compimento dell'atto nel periodo sospetto legale

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Art. 67 - Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie

Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

- 1) 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 dato o promesso;
- 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;
- 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;
- 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

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.

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Art. 64 - Atti a titolo gratuito

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.

I beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre **reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36**.

Art. 65 - Pagamenti

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.

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Art. 67, 3° co. - Esenzioni

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

- a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, **conclusi a giusto prezzo** ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio;

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Segue: Art. 67, 3° co. - Esenzioni

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

d) 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 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;

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;

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Segue: Art. 67, 3° co. - Esenzioni

Non sono soggetti all'azione revocatoria:

f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;

g) 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.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Novità CCII

- ***Dies a quo del periodo sospetto legale*** dal deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale (non più dal deposito della sentenza dichiarativa) (artt. 163 e ss., CCII). La nuova regola risolve parzialmente il problema dell'urgenza dell'apertura della procedura, in relazione al rischio di consolidamento di atti revocabili; resta l'urgenza legata al decorso dell'anno nei casi disciplinati dagli artt. 33, 34 e 256.
- Atti a titolo oneroso «normali» revocabili se compiuti «dal debitore» (art. 164, 2° co.)
- Rimesse in conto corrente: eliminato il requisito della «consistenza» (art. 166, 3° co., lett. «b»)

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Segue: novità CCII

Art. 164 - Pagamenti di crediti non scaduti e postergati

...

2. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore. Si applica l'articolo 2467, secondo comma, codice civile.

3. La disposizione di cui al comma 2 si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuati a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti.

Effetti del fallimento: sugli atti pregiudizievoli ai creditori

Segue: novità CCII

Art. 166, 3° co. (esenzioni da revocatoria)

3. Non sono soggetti all'azione revocatoria:

...

d) gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati. **L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore**, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria;