



**Focus on**

**QUANDO È AGGREDIBILE IL  
PATRIMONIO DELLA SOCIETÀ  
IN CONCORDATO PREVENTIVO?**

**Novembre 2017**

[www.lascalaw.com](http://www.lascalaw.com)

[www.iusletter.com](http://www.iusletter.com)

Milano | Roma | Torino | Bologna | Firenze | Venezia | Vicenza | Padova | Ancona

[redazione@iusletter.com](mailto:redazione@iusletter.com)



## 1. La normativa di riferimento

Come noto l'art. 168 comma 1 L.F. sancisce che *“dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”*.

La norma individua perfettamente i limiti temporali entro i quali opera detto divieto. Indicando il momento iniziale con la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e la data finale con il momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo. Da tale norma emerge la struttura complessa del concordato preventivo il quale sembra dividersi in due fasi: una prima fase prettamente giudiziale ed una successiva fase di esecuzione del concordato.

Difatti, secondo quanto previsto dall'art. 181 L.F. con il decreto di omologazione si chiude la procedura di concordato preventivo, intesa come procedura giudiziale. Tuttavia, tale decreto non esaurisce del tutto la procedura avviata con la proposizione della domanda di concordato presentata da parte del debitore, in quanto a seguito della chiusura della procedura concordataria si apre la successiva fase dell'esecuzione del concordato, disciplinata dall'art. 185 L.F. e caratterizzata da una complessa attività, per lo più liquidatoria, svolta dallo stesso debitore sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Pertanto, il divieto di cui all'art. 168, comma 1, L.F. ha lo scopo di garantire la proposizione, l'approvazione e l'omologazione del piano concordatario, ma è solo con la corretta esecuzione del concordato stesso, così come prevista e disciplinata dall'art. 185 L.F., o con la risoluzione o annullamento, previsti dal successivo art. 186 L.F., che la procedura di concordato può dirsi definitivamente esaurita.



## 2. Il divieto di azioni esecutive e cautelari nella fase giudiziale del concordato

L'art. 168 L.F. dispone chiaramente che, dalla data di presentazione del ricorso sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono - sotto pena di nullità - iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del proprio debitore, né acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori procedenti. Il divieto di azioni esecutive opera dalla data di presentazione del ricorso a prescindere dalla conoscenza dello stesso da parte dei creditori e decorre dal giorno di pubblicazione della domanda presso il Registro delle Imprese.

Per quanto riguarda l'individuazione delle azioni vietate ai sensi dell'art. 168, comma 1, L.F., la giurisprudenza si è sempre mostrata incline ad un'interpretazione estensiva della norma ritenendo che non sono vietate solo le azioni esecutive propriamente dette, ma anche qualsiasi iniziativa del creditore volta a realizzare unilateralmente e al di fuori di una procedura concorsuale il contenuto dell'obbligazione (Trib. Busto Arsizio 30 ottobre 2009).

È ritenuta, invece, ammissibile la concessione della provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo in danno di una società ammessa in concordato (Trib. Catania 08 ottobre 2015).

Difatti, con il ricorso per decreto ingiuntivo si istaura un giudizio ordinario di cognizione a carattere sommario, e non un giudizio esecutivo. Di conseguenza quando la legge vieta l'esercizio delle azioni esecutive o cautelari, non impedisce l'esercizio delle azioni di cognizione, fermo restando che una volta ottenuto il titolo giudiziario, pur se esecutivo o provvisoriamente esecutivo, questo non potrà essere portato in esecuzione, né potrà essere iscritta ipoteca sulla base del titolo ottenuto.

Devono ritenersi ammissibili anche il sequestro preventivo penale, il sequestro giudiziario e i provvedimenti di urgenza, da valutarsi, questi ultimi in base alla domanda di merito che il ricorrente intende proporre (Trib. Aosta 20 febbraio 2014; Trib. Biella 09 ottobre 2009).

Tale divieto pone non pochi problemi circa l'individuazione delle sorti della procedura esecutiva già pendente al momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Difatti, oggi, sul punto non vi è unanimità di vedute da parte della giurisprudenza.



Secondo un primo orientamento giurisprudenziale la presentazione della domanda di concordato preventivo da parte del debitore esecutato non comporta l'estinzione della procedura esecutiva già iniziata, ma soltanto la sospensione della stessa sino alla definizione del giudizio di omologazione (Trib. Siracusa 26 luglio 2013; Trib. Milano, 30 maggio 2013; Trib. Pesaro 2012; Trib. Bologna 19 dicembre 2006). Secondo, invece, la giurisprudenza maggioritaria e autorevole dottrina<sup>1</sup>, nel caso in cui venga presentata domanda di concordato preventivo, la procedura esecutiva intrapresa non può proseguire a pena di nullità e deve esserne dichiarata, con una pronuncia di rito, l'improseguibilità/estinzione, in quanto il patrimonio del debitore è vincolato definitivamente alle regole concorsuali e all'adempimento di concordato (Trib. Cassino 07 marzo 2016; Trib. Reggio Emilia, 6 febbraio 2013, n. 216; Trib. Verona, 28 marzo 2013; Trib. Reggio Emilia 18 aprile 2013).

Naturalmente di non poca rilevanza sono le conseguenze delle due diverse pronunce, in quanto in caso di sospensione *ex nunc* gli atti posti in essere prima del relativo provvedimento continuerebbero a mantenere la loro validità, derivandone un rafforzamento della tutela del creditore procedente. Di talché questi, nel caso in cui venisse meno la procedura di concordato preventivo, potrebbe giovare degli atti già posti in essere. Mentre, a seguito di una pronuncia di improseguibilità/estinzione, nel caso in cui venisse meno la procedura di concordato, il creditore si troverebbe a dover riavviare l'esecuzione, con un maggior dispendio di denaro.

In questa sede, inoltre, bisogna precisare che non opera nei confronti del debitore ammesso al concordato preventivo il privilegio processuale di cui all'art. 41 TUB, secondo il quale il creditore fondiario può iniziare o proseguire azioni esecutive nei confronti del debitore fallito.

<sup>1</sup> A. Bonsignori, *Del concordato preventivo* (art. 160- 186), in Commentario Scialoja, pag. 242 segg., afferma che "il processo non può proseguire, ma poco dopo aggiunge che il «processo d'espropriazione non è soltanto sospeso, ma addirittura già estinto, perché i beni del concordato omologato sono destinati al pagamento della percentuale, mentre si apre il fallimento, tutto diviene assorbito; ragionare altrimenti significherebbe, infine, postulare la sopravvivenza dell'azione esecutiva quando i procedimenti concorsuali ne hanno attratto l'oggetto".



Ciò in quanto la disposizione dettata dall'art. 168 L.F., nel vietare ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore ammesso al concordato preventivo, non contempla deroghe, a differenza dell'art. 51 L.F. Pertanto, in sede di concordato preventivo, tutti i beni immobili dovranno essere venduti, senza eccezioni, dal liquidatore giudiziale del concordato stesso. Ciò trova conferma anche in alcune pronunce della Corte di Cassazione, tra cui si ricorda la pronuncia n. 11879 del 1991, richiamate anche in recenti pronunce di merito (Trib. Bari 18.11.2013).

### **3. Il divieto di azioni esecutive nella fase successiva all'omologazione**

Per quando riguarda, invece, la fase successiva all'omologazione, come si accennava sopra, viene meno il divieto di cui all'art. 168, comma 1, L.F.. Ciò, tuttavia, non significa che dopo l'omologazione il patrimonio del debitore possa essere esposto alle indiscriminate aggressioni da parte dei creditori.

In questa seconda fase del concordato, difatti, il divieto di azioni esecutive trova il proprio fondamento nel combinato disposto di cui agli artt. 184 e 186 L.F. dal quale si evince che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto con il quale il Tribunale ha disposto l'apertura della procedura, vincolo che può essere sciolto solo in conseguenza della sentenza con la quale è disposta la risoluzione o l'annullamento del concordato. Ciò non significa, che in questa fase, i creditori non possano esperire azioni individuali per tutelare il proprio credito, ma che tali azioni potranno essere consentite esclusivamente nei limiti delle pretese cristallizzate nel piano concordatario, non dovendosi porre l'esecuzione individuale in contrasto con le finalità della procedura. Dunque, dal provvedimento di omologa del concordato fino a quanto non si è conclusa la fase liquidatoria del concordato o pronunciata l'eventuale risoluzione ex art. 186 L.F. i creditori potranno agire solo per quella parte di credito riconosciuta nella procedura (Trib. Prato, 20 luglio 2016; Trib. Napoli Nord, 29 aprile 2016; Trib. Milano Sez. III 17 dicembre 2012).

Nello specifico, in caso di esecuzione forzata promossa da un creditore concordatario, spetterà al giudice dell'esecuzione verificare che l'azione promossa non sia in contrasto con le previsioni



del piano omologato. Infatti, è necessario che anche in questa seconda fase del concordato venga controllata la legittimità delle azioni intraprese, al fine di poter evitare possibili prevaricazioni a danno degli altri creditori, e mantenere intatta la possibilità di una piena attuazione del concordato. Ed ancora, la giurisprudenza maggioritaria è concorde nel ritenere che, nel caso in cui la società manifesti un'insolvenza rispetto alla debitoria concordataria, si riespanda il diritto di ciascun creditore di agire, giudizialmente ed anche esecutivamente, nei confronti del debitore.

In questo caso, però, il singolo creditore potrà agire “*in executis*” soltanto per veder soddisfatto il credito come configurato in sede di concordato omologato, e ciò a meno che gli effetti del concordato non vengano rimossi dalla risoluzione o dall'annullamento del concordato ex art. 186 L.F. (Trib. Nola, 17 marzo 2016).

Alla luce di quanto precede emerge che nel caso in cui si verifichi un inadempimento durante la fase di “esecuzione” del concordato il creditore ha due diverse possibilità:

- 1) agire esecutivamente per la sola parte del credito “falcidiata”;
- 2) chiedere, come si vedrà infra, la risoluzione ex art. 186 L.F. e poter agire così per il recupero, anche in sede fallimentare, dell'intero proprio credito.

Non si ritiene, pertanto, che l'unico modo per soddisfare i crediti vantati nei confronti della società in concordato sia la previa risoluzione del concordato, quasi fosse questo un passaggio pregiudiziale onde poi addivenire all'ammissibilità di eventuali richieste giudiziali, o in sede di fallimentare ex art. 67 L.F. (Trib. Nola, 17 marzo 2016).

Nel caso in cui, invece, il creditore concordatario voglia far valere il credito nella sua misura originaria e non nella misura falcidiata dovrà attivare il procedimento di risoluzione del concordato ex art 186 L.F. (Cass. Civ. Sezione VI 17 luglio 2017, n. 17703).



#### 4. Risoluzione per grave inadempimento ex art 186 L.F. e successiva dichiarazione di fallimento

Affinché il giudice pronunci la risoluzione del concordato preventivo sono richiesti determinati presupposti, senza i quali il concordato non potrà essere risolto.

L'art.186, comma 1, L.F., sancisce che “*ciascuno dei creditori può chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento*”. Dunque, per quanto riguarda la legittimazione attiva tale norma sembrerebbe escludere la legittimazione del Commissario giudiziale o del Pubblico Ministero, oltre ad impedire qualsiasi iniziativa del fallimento d'ufficio. Tale limitazione è stata introdotta dalle modifiche alla legge fallimentare apportate dal D. Lgs 169/07, con le quali si è cercato di coordinare la disciplina della risoluzione con la nuova e rafforzata natura negoziale del concordato preventivo. Inoltre, per aversi la risoluzione del concordato, il secondo comma della norma citata sancisce che deve verificarsi un inadempimento di “non scarsa importanza”, rilevando esclusivamente la dimensione oggettiva dell'inadempimento, intesa come la mancata prestazione di ciò che si era promesso o il minore risultato utile della liquidazione, tale da incidere in modo rilevante nell'economia complessiva del concordato, non rilevando, invece l'elemento soggettivo, ovvero la colpa del debitore rispetto all'inadempimento (Cass., 20 giugno 2011, n. 13446; Trib. Firenze, 25 settembre 2013).

La risoluzione potrà e dovrà essere pronunciata, quindi, tutte le volte in cui si verifica l'impossibilità di eseguire il piano e di soddisfare i creditori nei termini promessi.

A mero titolo esemplificativo si osserva come il mancato soddisfacimento dei creditori chirografari, unitamente ad un soddisfacimento solo parziale del ceto privilegiato, integra il grave inadempimento richiesto dall'art. 186 L.F., che giustifica la risoluzione del concordato preventivo per il venir meno della causa del concordato (Trib. Venezia 9 febbraio 1017; Trib. Rovigo 30 novembre 2016). Secondo la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la causa concreta del concordato diviene componente valutativa dell'inadempimento grave, posto che la proposta deve ritenersi ontologicamente caratterizzata dal vincolo di soddisfazione minima di tutti i creditori (Cass S. U., 23 gennaio 2013, n. 1521).



Si deve inoltre precisare che, pur essendo la risoluzione del concordato uno strumento di tutela dei creditori, vista la complessità degli interessi coinvolti, l'inadempimento di non scarsa importanza non può riguardare il pregiudizio, seppur grave, del singolo creditore ricorrente, bensì deve riguardare il pregiudizio arrecato alla complessità dei creditori o alle singole classi di questi (Trib. Ravenna 07 giugno 2012).

Con riguardo all'elemento temporale si precisa che il creditore che vorrà proporre la risoluzione dovrà farlo entro un termine ben preciso. Infatti, il terzo comma dell'art. 186 L. F. stabilisce che *“il ricorso per la risoluzione del concordato deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato”*.

Tale termine deve intendersi come un termine decadenziale e perentorio, il quale decorre dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione solo nel caso in cui non sia stata fissata la data di scadenza dell'ultimo pagamento, costituente, appunto, il *dies a quo* della decorrenza del termine annuale (Suprema Corte. n. 27666, 20 dicembre 2011).

Con le modifiche apportate alla legge fallimentare dal D. Lgs. n. 169/07 è venuto meno ogni automatismo tra la pronuncia della risoluzione e la dichiarazione di fallimento, pur potendo la relativa domanda essere trattata all'interno dello stesso procedimento.

La Suprema Corte di Cassazione è consolidata nel senso che una pronuncia di fallimento d'ufficio è comunque esclusa dalla legge fallimentare attuale, tanto nel procedimento prefallimentare di cui all'art. 15, quanto in sede di risoluzione del concordato preventivo (Cass. S.U. 15 maggio 2015, n. 9934).

In caso di risoluzione del concordato ex art. 186 L.F. con conseguente dichiarazione di fallimento, ci si è posti il problema se il Curatore possa o meno ammettere i creditori concordatari nella misura del credito falcidiato o per l'intero.

Secondo dottrina e giurisprudenza, con la risoluzione viene meno il vincolo nascente dal concordato omologato, e la dichiarazione di fallimento retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, pertanto, il Curatore dovrà ammettere al passivo fallimentare il credito vantato dai creditori ante concordato nella sua misura originaria, quindi





per l'intero (Cassa. n. 106/2004; Trib. Napoli 13 aprile 2016). Sul punto, non pochi problemi si sono posti in merito alla sorte dei pagamenti effettuati nella fase esecutiva del concordato preventivo, ed in merito alla sorte dell'obbligazione originaria nel caso in cui il concordato avesse previsto la conversione dei crediti chirografari in "capitale di rischio".

Per quanto riguarda i pagamenti medio tempore effettuati la Corte di Cassazione ha stabilito che in caso di risoluzione del concordato preventivo con conseguente dichiarazione di fallimento i creditori anteriori alla riapertura della procedura fallimentare sono esonerati dalla restituzione di quanto hanno riscosso in base al concordato risolto o annullato, sempre che si tratti di riscossioni valide ed efficaci e non di riscossioni alle quali essi non avevano diritto. Sono, invece, privi di efficacia quegli atti che, pur trovando la loro ragion d'essere nella procedura di concordato, siano divenuti estranei alla finalità dell'istituto, in quanto eseguiti al di là dei limiti stabiliti dall'omologa o in violazione della par condicio creditorum. (Cass. 14 gennaio 2016, n. 509). Sul punto potrebbe rendersi necessario un approfondimento ulteriore per comprendere cosa si intenda per "riscossioni valide ed efficaci": pagamenti eseguiti in conformità al piano? Pagamenti effettuati in forza di un contratto stipulato durante la fase in bianco del concordato ma debitamente asseverati? Per quanto riguarda la conversione dei crediti chirografari in "capitale di rischio" in sede di concordato, rilevante è una recente pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia, secondo la quale la risoluzione per inadempimento ex art. 186 L.F. spiega i soli effetti retroattivi che appaiono compatibili con la situazione derivante dalla riorganizzazione concordataria.

Costituendo l'attribuzione di partecipazioni societarie da parte della società debitrice una prestazione in luogo dell'adempimento, che estingue, con efficacia soddisfattiva, l'originaria obbligazione concorsuale così come ristrutturata, ne deriva che il creditore chirografario non potrà più essere ammesso al passivo del sopravvenuto fallimento per l'intero ammontare del suo credito originario, ma solo per la parte non convertita in "capitale di rischio" (Trib. Reggio Emilia, 16 aprile 2014).



## 5. Dichiarazione di fallimento in assenza di risoluzione del concordato

Visto l'art. 186 L.F. si è posto il problema se, decorso il termine per la risoluzione, in caso di concordato preventivo inadempito o adempito solo in parte, potesse essere dichiarato o meno il fallimento, e quale soggetto sia legittimato a presentare la dichiarazione di fallimento.

Secondo un orientamento minoritario della giurisprudenza la scadenza del termine per poter chiedere la risoluzione precluderebbe definitivamente la dichiarazione di fallimento.

La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale, aveva escluso che la corretta interpretazione degli artt. 137, 184 e 186 L.F. impedisse di dichiarare il fallimento se non previa risoluzione del concordato. Difatti la Corte Costituzionale sanciva che *“la premessa sulla base della quale la questione è sollevata, secondo cui l'assenza della risoluzione del concordato impedirebbe non soltanto la dichiarazione di fallimento “in consecuzione”, ma anche una autonoma dichiarazione di fallimento - la quale, ferma l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura, prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa - non è affatto imposta dalla legge (e, tanto meno, dal diritto vivente), bensì è frutto di una interpretazione che privilegia un - rispettabile ma opinabile - profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente “quella” insolvenza in ragione della quale fu ammesso e omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all'art. 5 l. fall., ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura, sicché, ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori, il giudice “a quo” dovrebbe verificare se l'inadempimento di tali crediti, da parte di soggetto qualificabile come imprenditore commerciale, era tale da potersi definire come insolvenza, ai sensi dell'art. 5 l. fall., e trarne le conseguenze di legge in ordine alla legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento”* (Corte Costituzionale 2 aprile 2004 n. 106).

Deve, quindi, ritenersi condivisibile l'orientamento maggioritario della giurisprudenza secondo il quale il fallimento della società può essere dichiarato, indipendentemente dalla risoluzione del concordato già omologato, tutte le volte in cui risulti la definitiva impossibilità di adempiere agli obblighi assunti dalla proposta concordataria, divenendo, in tal caso, irrilevante la pendenza dei



termini per l'adempimento del concordato (Trib. Treviso 10 gennaio 2017; Trib. Nola 17 marzo 2016; Trib. Torino 26 luglio 2016; Trib. Venezia 29 ottobre 2015; Trib. Venezia 6 novembre 2015).

Sul punto si è pronunciata anche la Cassazione, la quale con una recentissima sentenza ha stabilito che il creditore insoddisfatto può presentare istanza di fallimento indipendentemente dalla risoluzione del concordato preventivo qualora intenda far valere il credito insoddisfatto nella misura falciata dalla proposta. (Cass. Civ. 17 luglio 2017 n. 17703; in senso pressoché analogo Trib. Napoli Nord 13.04.2016).

Si devono ritenere soggetti legittimati a presentare la dichiarazione di fallimento oltre ai creditori anche il P.M. e lo stesso soggetto obbligato.

Sul punto, il Tribunale di Nola, con una recente pronuncia ha sostenuto che la notizia di insolvenza della società che non riesce a far fronte agli obblighi rideterminati in sede di concordato, giustifica la legittimazione del P.M. ex art. 7 L.F. a richiedere il fallimento della società. Diversamente si vedrebbe compromessa definitivamente e irrimediabilmente la funzione istituzionale di tutela pubblicistica rivestita dalla Procura rispetto a tutte quelle situazioni in cui si palesa una situazione di insolvenza alla quale non segue una richiesta di risoluzione del concordato. (Trib. Nola 17 marzo 2016; Trib. Torino 26 luglio 2016).

Inoltre, si precisa che in caso di insolvenza il soggetto che richiede il fallimento della società in concordato, dovrà dare compiuta dimostrazione della definitiva impossibilità, da parte della società debitrice, di adempiere agli obblighi assunti dalla proposta e dal piano concordatario, nonché prova della sussistenza dei requisiti indicati dall'art. 1 L.F. per la dichiarazione di fallimento.

Se manca la dimostrazione della definitiva impossibilità di adempiere agli obblighi assunti dal concordato non si può procedere alla declaratoria di fallibilità, venendo meno il requisito dell'esigibilità dei crediti.



## 6. Conclusioni

In conclusione possiamo riassumere dicendo che, circa la “fase giudiziale” del concordato, che va dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, non paiono esservi dubbi sulla sussistenza del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Per la successiva “fase esecutiva” del concordato, facendo proprio l’orientamento maggioritario della giurisprudenza, deve ritenersi che i creditori possano agire nei confronti del debitore esclusivamente per la parte di credito riconosciuta dalla procedura di concordato (cosiddetto credito defalcato).

I creditori che, invece, vorranno agire per l’intero dovranno far valere la rimozione degli effetti del concordato mediante la richiesta di risoluzione ex art. 186 L.F.

Per quando riguarda la possibilità di dichiarare il fallimento a prescindere dalla risoluzione del concordato, tale ipotesi è possibile ogni qual volta si palesi l’impossibilità della società debitrice di dare esecuzione al piano concordatario.

*Luciana Cipolla*

*Partner*

*Team Concorsuale*

*[l.cipolla@lascalaw.com](mailto:l.cipolla@lascalaw.com)*

*Ilaria Termine*

*Trainee*

*Team Concorsuale*

*[i.termine@lascalaw.com](mailto:i.termine@lascalaw.com)*

