

L'esercizio (provvisorio) dell'impresa nel fallimento/liquidazione giudiziale

Modena, 8 ottobre 2020

Prof. Avv. Federica Pasquariello

Ordinario di diritto commerciale

Dipartimento Scienze Giuridiche Università di Verona

Questo materiale, ad uso didattico, è riservato personalmente agli iscritti all'evento dell'8 ottobre 2020, Modena.

L'Autrice, prof. Avv. Federica Pasquariello del Dipartimento Scienze Giuridiche, Università di Verona, non ne consente la divulgazione né la riproduzione in alcun modo.

L'esercizio provvisorio

- = prosecuzione *pro tempore* dell'attività d'impresa in corso di procedura
- = può riguardare l'intera attività o restare circoscritta ad uno o più rami d'azienda, preesistenti o di nuova costituzione
- = indicazione di modalità, tempi, condizioni o limiti ai poteri del gestore provvisorio

Quadro sistematico:

- =v. anche prosecuzione dell'attività nella liquidazione ordinaria di soc di cap, ex art. 2487, lett c), c.c.: l'ass. straord. fissa i criteri per la liquidazione, compreso il suo esercizio provvisorio, anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo (v. Cass., 14 giugno 2016 n. 12273)
- = v. affitto d'azienda, possibile solo “quando appaia utile ad una più proficua vendita” dell'azienda (art. 104 bis, comma 1, l. fall.)
- = v. migliore soddisfacimento dei creditori nel concordato preventivo

EP

AFFITTO ENDOCONCORSUALE

Più celere e flessibile nei tempi, anche in via cautelare

Tempi più lunghi (ma affitto-ponte?) e va trovato un affittuario...

Sempre revocabile

Impegno contrattuale più vincolante (ma recesso, salvo indennizzo: art. 104 bis, co 3)

I contratti in corso proseguono
Alla fine, vale art. 72 l. fall.

Si cedono i contratti in corso (art. 2558 c.c.), ma il contraente in bonis può recedere
Al momento della retrocessione dell'azienda, no responsabilità per debiti, in deroga a 2560 c.c. (Cass, 9.10.17, n 23581). ok art 72 l fall

Rischio di impresa e predeuzioni

Canone (certo?) senza rischio di impresa

Revoca del fall = viene meno l'EP

Revoca del fall = l'affitto resta atto legalmente compiuto?

L' esercizio provvisorio può essere disposto

- 1) in via cautelare in sede prefallimentare (art. 15, comma8, l. fall)**
- 2) in via di urgenza in sentenza dichiarativa (art. 104, comma1, l. fall)**
- 3) in corso di procedura, per decreto del G.D. (art. 104, comma2, l. fall)**

(e v. Trib Bologna, 14.08.09: Il potere del tribunale di autorizzare l'esercizio provvisorio dell'impresa ai sensi del primo comma dell'art. 104 legge fall. - R.D. n. 267/1942 - persiste anche successivamente alla sentenza di fallimento, qualora emergano elementi che facciano ritenere che nell'ambito dell'istruttoria prefallimentare non sia stata adeguatamente rappresentata l'esistenza di quel "danno grave" che ne costituisce il presupposto - Nel caso di specie, il Tribunale ha autorizzato l'esercizio provvisorio in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento senza sentire il parere del comitato dei creditori).

1) in via cautelare- art. 15, comma8, l. fall:

- presupposto: generale obiettivo di “tutela del patrimonio e dell’impresa”
- provvedimento di natura cautelare e provvisoria = inevitabilmente destinato, per espressa previsione di legge, ad essere confermato o revocato dalla sentenza dichiarativa di fallimento
- la gestione dell’impresa potrebbe provvisoriamente essere affidata agli amministratori della società fallenda o al debitore/imprenditore in proprio; oppure, si può marcare una immediata discontinuità nella gestione subito affiancando - o sostituendo - l’amministratore con uno o più professionisti individuati dal giudice; o nomina di amministratori *pro tempore* (Trib. Vicenza 15 gennaio 2018, www.ilcaso.it; Trib. Monza 04/02/2009, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 345) o al sequestro giudiziario, con designazione di un custode per la gestione provvisoria (Trib. Verona 21/05/2008, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2026).

1) segue -in via cautelare- art. 15, comma 8, l. fall:

- provvedimenti inibitori di compimento di operazioni societarie di natura straordinaria, potenzialmente dannose per i creditori ? la società, infatti, potrebbe affrettare il completamento di operazioni in corso realizzando disposizioni patrimoniali che risultano precluse a fallimento dichiarato
- Trib. Siracusa 25/11/2013, in *www.ilfallimentarista.it*, 28 gennaio 2014: provvedimenti inibitori di pagamenti in scadenza
- su istanza preventiva del soggetto - debitore, creditore o Pubblico Ministero - che provoca la dichiarazione di fallimento; NO d'ufficio (cfr. Trib. Udine 11/07/2008, in *Fall.*, 2009, p. 80)
- es: . fall società calcistiche- Trib. Vicenza, 15.01.18

2) in via di urgenza in sentenza dichiarativa (art. 104, comma 1, I. fall):

- Istanza di parte, anche nel fall in proprio: l'imprenditore, anche solo per risparmiare gli esborsi per le competenze dell'attestatore correda il ricorso con un serio piano di continuità ex art. 186 bis I. fall. (Trib. Alessandria, 09 febbraio 2016, in *www.ilfallimentarista*,)
- anche all'esito di concordato (es: Trib. Pistoia, 28 dicembre 2013: inammissibile un concordato in continuità diretta/ fallimento/esercizio provvisorio disposto dal GD ex art.104, comma 2, I.fall. su istanza del curatore sollecitata da parte di uno degli amministratori e socio della fallita/ presentazione di un concordato fallimentare con assuntore (ex art. 124, comma 4, I. fall.)

Segue 2) in via di urgenza in sentenza dichiarativa (art. 104, comma1, l. fall):

Il presupposto per l'adozione di questo provvedimento sull'esercizio provvisorio si compone di

A) **un elemento positivo: (pericolo di) danno grave (e irreparabile)-**
(art. 90 l.fall. 1942)

= danno emergente e lucro cessante

= specifico; non vale un generico nocumento all'econ nazionale o del territorio

B) e di uno negativo, o ostantivo: assenza di pregiudizio per "i creditori"

= "qualcuno dei creditori"

Casistica:

- Interruzione di un servizio pubblico: v . Cass., 27.09.2013, n. 22209 (EP per il tempo necessario all'Ente locale proprietario dei beni, di affidarne la gestione aun nuovo soggetto)
- Pericolo di dispersione dell'avviamento o di altri valori volatili (es: know-how): Trib. Piacenza, 10/08/2012, in *Fall*, 2013; Trib. Bologna, 23/05/2011
- perdita di commesse: Trib Bologna, 8.7.2015 (EP da 8.7. a 30.9.15)
- rischio di responsabilità risarcitorie: Trib. Lecco, 09/07/2013, in *ilcaso.it* (EP circoscritto a un paio di mesi per eseguire ordinativi in corso e arrivare alla stipulazione di affitto, già con lettera di intenti)
- Trib. Parma, 19.3.2015revoca immediata affiliazione a FIGC, con perdita del titolo sportivo
- Trib. Mantova, 17.09.19: anche nell'ambito di liquidazione del patrimonio deve ritenersi consentito, ai sensi dell'art. 14 quinquies lett. e) l. n. 3/2012, l'esercizio provvisorio dell'impresa se dalla sua interruzione possa derivare un danno grave ed esclusivamente con riferimento alla prosecuzione dell'ordinaria attività in essere, con divieto di intraprendere nuovi affari e/o operazioni.Int

3) **in corso di procedura, per decreto del G.D. (art. 104, comma 2, l. fall):**

- la norma si esprime testualmente in termini di **“continuazione”** e non già di **“ripresa”** dell'attività (?)

- valutazione coordinata degli organi della procedura, in punto di **convenienza o non manifesta antieconomicità** della prosecuzione dell'attività, senza testualmente richiamare il vincolo della verifica dei più rigorosi presupposti di cui all'art. 104, 1° comma, l. fall

- **fattispecie a formazione complessa** che coinvolge tutti gli organi della procedura:

la decisione è assunta dal **giudice delegato** con decreto motivato; su proposta del **curatore**; acquisito il **parere favorevole del comitato dei creditori** (a seguito di decisione collegiale ex art. 41 l. fall.).

Monitoraggio sull'EP:

- almeno **ogni tre mesi** il curatore informa il comitato dei creditori sull'andamento dell'attività. Oportuno che la stessa info sia indirizzata anche al giudice, anche considerando che lo stesso può in ogni momento e di propria iniziativa revocare l'esercizio provvisorio?
- **ogni semestre** (*rectius*: entro 60 gg dalla fine di ogni semestre, per applicazione analogica della previsione di cui all'art. 33 l. fall.) lo stesso curatore stende un rendiconto dell'attività, che sarà redatto con criteri speciali, poiché occorre non solo illustrare le operazioni compiute, coi relativi effetti, ma anche tentare la previsione per il futuro; sembra altresì opportuna la predisposizione di una nota illustrativa che descriva la situazione dell'impresa, nonché di un rendiconto finale, che rechi i risultati complessivi della continuazione.
- **in ogni caso e senza indugio** il curatore informa giudice delegato e comitato delle circostanze sopravvenute che influenzano (negativamente) l'andamento dell'attività.

Fine dell'EP:

- scadenza del tempo fissato
- art. 104, 4° comma, I. fall.: per provvedimento del giudice delegato, su richiesta del comitato dei creditori.
- art. 104, 6° comma, I. fall.: dal tribunale in camera di consiglio con decreto non soggetto a gravame, sentito il curatore ed il comitato dei creditori. La decisione può essere adottata in ogni momento, a prescindere sia dall'opinione del comitato dei creditori sia da un impulso di parte, e pertanto, anche d'ufficio.

La cessazione dell'esercizio provvisorio lascia impregiudicati gli **atti legalmente compiuti** dalla procedura, quindi: i debiti assunti dal curatore nell'esercizio dell'impresa gravano in prededuzione sulla massa e, quanto ai rapporti negoziali lasciati pendenti, l'ultimo comma dell'art. 104 I. fall. prevede l'applicazione della disciplina dei contratti pendenti nel fallimento (artt. 72 e ss. I. fall.).

Esercizio (...) dell'impresa – art- 211 CCII

1. L'apertura della liquidazione giudiziale non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando ricorrono le condizioni di cui ai commi 2 e 3.

2. Con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il tribunale autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dall'interruzione può derivare un grave danno, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori.

3. Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata.

4. Durante il periodo di esercizio, il comitato dei creditori è convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio.

Segue- Esercizio dell'impresa- 211 CCII

5. Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio, il giudice delegato ne ordina la cessazione.

6. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio, il curatore deve depositare un rendiconto dell'attività. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio.

7. Il tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo, sentiti il curatore e il comitato dei creditori.

Segue- Esercizio dell'impresa- 211 CCII

8. Durante l'esercizio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. È fatto salvo il disposto dell'articolo 110, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*). I crediti sorti nel corso dell'esercizio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'articolo 221, comma 1, lettera a).

(* Cod appalti: il curatore autorizzato all'EP può eseguire i contratti in corso con autorizz del GD)

9. Al momento della cessazione dell'esercizio si applicano le disposizioni di cui alla sezione V del capo I del titolo V.

10. Il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto.

(v. art. 80 Cod. appalti)

Contratti in corso:

- prosecuzione automatica dei **contratti in corso di esecuzione** (art. 104, 7° comma, l. fall.); Ma è consentito, nell'interesse della procedura, che il curatore manifesti la volontà di **sospendere** o di **sciogliersene** senz'altro, ove l'impegno contrattuale possa impedire o intralciare l'attività.

- Non è qui richiesto parere del comitato dei creditori;

- in caso di sospensione è corretto applicare in via analogica lo strumento della messa in mora della procedura da parte del terzo, a mente dell'art. 72, 2° comma, l. fall. (Trib. Nocera Inf., 13 febbraio 2012, ilcaso.it)

Contratti in corso: coordinam. art. 104,7/72 l. fall.

- se c'è **intervallo temporale** tra la dichiarazione di fallimento e l'autorizzazione dell'esercizio provvisorio, spiegano momentaneamente effetto 72 e ss. l. fall.; quando c'è automatico scioglimento, se l'intervenuta dichiarazione di fallimento ha già prodotto l'**effetto dissolutivo sul vincolo negoziale questi effetti restano definitivi** (Cass., 19 maggio 2006, n. 11855, in Fallimento, 2007, p. 16- fattispecie in tema di LCA)

- se c'è **concomitanza sul piano temporale**: tutti i contratti pendenti, ancorché oggetto di previsione specifica nella disciplina di cui agli artt. 72 e ss. l. fall., siano destinati a proseguire, salva la facoltà del curatore di sospenderli o sciogliersi, per effetto della prevalenza della disciplina specifica dell'art. 104 l. fall. (v. contratto di **leasing**, il solo per il quale è prevista espressamente una disciplina *ad hoc* in caso di esercizio provvisorio -art. 72 *quater* l. fall.-: la norma potrebbe essere intesa come sintomatica della applicabilità a tutti i contratti in corso nell'esercizio provvisorio, ancorché nominati nel sistema degli artt. 72 e ss. l. fall., della regola generale dell'art. 104, 7° comma, l. fall, tanto che a quella regola è stato necessario espressamente derogare, sebbene lievemente, ai sensi del citato art. 72 *quater* l. fall.)

Contratti di durata:

Trattamento in prededuzione o no per gli insoluti pregressi, anteriori al fallimento, in caso di esercizio provvisorio con subentro in un contratto di durata secondo il principio dell'art. 74 l. fall. **(NON confermato dall'art. 179 CCI)**

NO - Trib. Busto Arsizio, 18/01/2012)

NI: Cass., 25/09/2017, n. 22274 (In caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica pendenti al momento della dichiarazione di fallimento ed in presenza di esercizio provvisorio dell'impresa fallita, disposto ex art. 104 l.fall., i relativi crediti maturati "ante" fallimento, sono o meno prededucibili, a seconda che, al termine dell'esercizio provvisorio, il curatore abbia scelto di subentrare o sciogliersi dal contratto, mentre solo quelli maturati in pendenza di esercizio provvisorio sono sempre prededucibili, al pari di quelli, successivi al termine dell'esercizio provvisorio, in caso di subentro nel contratto da parte del curatore; infatti, l'eccezionalità delle disposizioni dettate dalla legge per i contratti di durata, ex artt. 74 e 82 l.fall, in ragione dell'indivisibilità delle prestazioni, con il diritto alla prededuzione dei crediti anche preesistenti va temperata con la "ratio" della disciplina dell'esercizio provvisorio, che limita la stessa prededucibilità quando la prosecuzione del rapporto è l'effetto diretto del provvedimento giudiziale, non della scelta del curatore)