



GABRIELE IACONO

GLI EFFETTI DELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE SUGLI ATTI A TITOLO GRATUITO E SUI PAGAMENTI DI CREDITI NON SCADUTI E POSTERGATI: LE NOVITÀ NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti a titolo gratuito (art. 163 CCII). – 2.1. *Segue*. L'inefficacia di diritto – 2.2. Ambito di applicazione dell'art. 163 CCII. – 3. Gli effetti della liquidazione giudiziale sui pagamenti **di crediti non scaduti e postergati (art. 164 CCII)**. – 3.1. *Segue*. Il regime dell'inefficacia *ex lege*.

1. Premessa

Gli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti a titolo gratuito e sui pagamenti **di crediti non scaduti nonché postergati sono disciplinati rispettivamente dagli artt. 163 e 164 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tali norme riguardano** l'inefficacia degli atti posti in essere dal debitore in danno dei creditori. Infatti, con le disposizioni del codice contenute nel titolo V, capo I, sezione IV (artt. 163-171 CCII) il legislatore ha applicato il principio della *par condicio creditorum* con l'obiettivo di ricostruire il patrimonio del debitore ed evitare che i creditori possano subire un pregiudizio. In questa prospettiva, l'effettiva ricostituzione del patrimonio richiede che gli atti che ne hanno provocato una diminuzione della qualità e della consistenza vengano dichiarati inefficaci. Per tale ragione è stata prevista l'inefficacia sia degli atti a titolo gratuito sia dei pagamenti di crediti non scaduti e postergati, ritenendo così prevalenti gli interessi dei creditori della liquidazione giudiziale rispetto a quelli dei soggetti terzi che hanno ottenuto un vantaggio dall'atto di disposizione¹. Appare, quindi, utile esaminare separatamente le differenti ipotesi di inefficacia, disciplinate dagli artt. 163 e 164 CCII con particolare attenzione alle novità – anche rispetto alla legge fallimentare – previste dalla riforma delle procedure concorsuali oggetto del D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 il quale ha introdotto il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza².

2.1. Gli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti a titolo gratuito (art. 163 CCII)

L'art. 163 CCII costituisce la prima delle norme riguardanti gli effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori³. La riforma, nel confermare quanto già previsto dall'art. 64 l. fall., ossia l'inefficacia degli atti a titolo gratuito, dannosi per i creditori e compiuti dal debitore all'interno del periodo sospetto, ha aggiunto un'integrazione alla disposizione, inserendola nel comma 1 dell'art. 163 CCII. La novità prevista dal D.lgs. n.

¹ ANGELINO, sub *art. 64*, in *Codice del Fallimento*, diretto da Bocchiola-Paluchowski, VI, 2013, Milano, 647; CAVALLINI-ARMEI, sub *art. 64*, in *Commentario alla legge Fallimentare*, diretto da Cavallini, II, Milano, 2010, 13; DI IULIO, *Atti a titolo gratuito e pagamenti inefficaci*, in *Tratt. di dir. delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, Torino, 2010, 514.

² Il D.Lgs. 12.1.2019, n. 14 ha introdotto il Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza che sostituirà la legge fallimentare R.D. 16.3.1942, n. 267.

³ L'art. 163 CCII rubricato "Atti a titolo gratuito" prevede che:

"1. Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei due anni anteriori, 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.

2. I beni oggetto degli atti di cui al comma 1 sono acquisiti al patrimonio della liquidazione giudiziale mediante trascrizione della sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura concorsuale. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 133".



14/2019 riguarda il criterio di individuazione del *dies a quo* da cui calcolare il periodo sospetto. L'art. 64 l. fall. dispone, infatti, l'inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti esclusivamente nei due anni anteriori al fallimento, mentre il nuovo testo del comma 1 dell'art. 163 CCII sancisce anche l'inefficacia degli atti compiuti "dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale". Il punto innovativo riguarda, pertanto, la decorrenza del periodo sospetto che coincide con il momento successivo alla presentazione della domanda cui è seguita la liquidazione giudiziale. La modifica si è resa necessaria per evitare che i tempi di attesa tra il deposito della domanda e l'apertura della procedura potessero arrecare un danno ai creditori "rendendo irrevocabili gli atti più risalenti"⁴.

Tale disposizione costituisce l'attuazione di quanto previsto dalla legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, art. 7, comma 4, lett b) che, per rafforzare la procedura di liquidazione giudiziale, indica l'esigenza di utilizzare strumenti volti a "far decorrere il periodo sospetto per le azioni di inefficacia e revocatoria, a ritroso, dal deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale [...]".

Giova precisare che l'odierna natura unitaria del procedimento di cui agli artt. 37 ss. CCII impone l'antergazione anche ai procedimenti che hanno introdotto procedure concorsuali minori, se poi seguite dalla liquidazione giudiziale. È stato, infatti, previsto un procedimento unico di accertamento della crisi e dell'insolvenza dell'impresa che coinvolge tutte le procedure, sia di natura conservativa che liquidatoria⁵. Tale impostazione consente di risolvere i problemi di coordinamento esistenti nella legge fallimentare e derivanti: a) dalle numerose procedure concorsuali (fase prefallimentare, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, dichiarazione di insolvenza degli imprenditori commerciali soggetti alla liquidazione coatta amministrativa, accordi e liquidazioni dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento nonché del debitore civile, accordi, piani e liquidazione del consumatore); b) dalla sovrapposizione tra la procedura di concordato preventivo e il procedimento per la dichiarazione di fallimento⁶.

È rimasta immune alla recente riforma la norma che sottrae dall'inefficacia dell'art. 163, i regali d'uso e gli atti compiuti dal debitore in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, a condizione che la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante⁷.

Non ha subito modifiche nemmeno il secondo comma dell'art. 163. La norma prevede che i beni oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito, indicati al comma 1, siano acquisiti al patrimonio della liquidazione giudiziale, mediante trascrizione della sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura concorsuale. Nelle ipotesi previste da tale disposizione, ogni interessato potrà proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 133 CCII. Si tratta di una disciplina che permette l'utilizzo della revocatoria semplificata prevista dall'art. 2929 *bis* c.c. e che agevola l'apprensione dei beni del debitore al patrimonio della liquidazione giudiziale. La norma, infatti, consente di velocizzare i tempi della reintegrazione dell'attivo e, in generale, della procedura, limitando il ricorso al giudice delegato solo ove ciò risulti indispensabile⁸. Tuttavia, al fine di poter applicare la disciplina dell'art. 163, comma 2, è necessario che oggetto di disposizione siano stati beni immobili o mobili registrati. Per tutte le altre categorie di beni occorrerà esperire l'azione di merito, finalizzata all'ottenimento della dichiarazione d'inefficacia dell'atto.

⁴ Relazione illustrativa, 10 gennaio 2019, *sub* art. 163, 224-225.

⁵ Con riferimento alla trattazione unica delle domande di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'art. 7 CCII, comma 1, stabilisce che "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". L'unitarietà del procedimento è confermata anche dall'art. 170, comma 2, CCII, il quale, nel disciplinare i limiti temporali delle azioni revocatorie e di inefficacia, dispone che "Quando alla domanda di accesso ad una procedura concorsuale segue l'apertura della liquidazione giudiziale, i termini di cui agli articoli 163, 164, 166 commi 1 e 2, e 169 decorrono dalla data di pubblicazione della predetta domanda di accesso".

⁶ Così Relazione illustrativa, 10 gennaio 2019, 62-63, ove si precisa che "La linea seguita dal legislatore, in coerenza con i principi affermati nella raccomandazione 2014/135/UE e nel regolamento delegato UE 2016/451, è segnata dalla prevalenza degli strumenti negoziali di risoluzione della crisi d'impresa e di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori".

⁷ SANTANGELI, *La nuova legge fallimentare. Commento alle disposizioni della legge fallimentare modificate dal d.l. n. 83/2015, con mod., in l. 6 agosto 2015, n. 132*, a cura di Santangeli, Milano, 2016, 31.

⁸ SANTANGELI, *op. cit.*, 32.



2.2. *Segue*. L'inefficacia di diritto

L'art 163 prevede un'ipotesi di inefficacia *ex lege* che costituisce una sanzione obiettiva fondata solo su valutazioni di carattere oggettivo e cioè: l'esistenza dell'atto, la sua gratuità e il suo compimento nel periodo sospetto⁹. Ne deriva che per la dichiarazione di inefficacia, risultano irrilevanti le valutazioni di carattere soggettivo come lo stato di insolvenza o la qualifica di imprenditore commerciale del debitore nel momento in cui l'atto è stato compiuto¹⁰.

L'apprensione dei beni investiti dall'inefficacia *ex art.* 163 avviene in modo differente a seconda che i beni siano o meno soggetti a meccanismi di pubblicità¹¹. Nel caso in cui non lo siano occorre distinguere: a) se i beni si trovano nella disponibilità del debitore, su iniziativa del curatore, potranno essere appresi alla massa della liquidazione giudiziale mediante diretta inventariazione¹²; b) se, invece, i beni non sono a disposizione del debitore, il curatore dovrà promuovere un'azione di merito¹³ volta all'ottenimento di una declaratoria di inefficacia dell'atto, pronunciata con sentenza dichiarativa. L'azione di accertamento negativo, esperibile dal curatore ai sensi dell'art. 163 CCII ha natura dichiarativa¹⁴ ed è soggetta al termine di prescrizione quinquennale nonché ai limiti temporali di cui all'art. 170 CCII¹⁵. Nel caso, invece, di beni soggetti a regimi di pubblicità, ai sensi dell'art. 163, comma 2, CCII l'acquisizione avverrà direttamente con la trascrizione della sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura concorsuale¹⁶. Ogni eventuale interessato avrà la possibilità di contestare la trascrizione della sentenza con reclamo *ex art.* 133 del Codice, entro il termine di otto giorni a decorrere dalla conoscenza dell'atto.

Quanto, invece, alla posizione dei terzi che hanno a loro volta ricevuto dal donatario il bene oggetto di disposizione a titolo gratuito, si rendono necessarie alcune precisazioni. Se, l'acquisto del terzo subacquirente risulta essere a titolo oneroso, esso sarà fatto salvo, a condizione che sussista la buona fede al momento del compimento dell'atto; laddove, di contro, si tratti di acquisto a titolo gratuito, quest'ultimo verrà travolto dall'inefficacia ai sensi dell'art. 163 e il bene ceduto dovrà essere restituito¹⁷. Per tale ultima ipotesi, la Cassazione ha affermato che “il curatore deve provare la consapevolezza da parte del subacquirente della circostanza che l'atto di acquisto compiuto tra il suo dante causa e il fallito sia stato effettuato a titolo gratuito”¹⁸.

In ogni caso, sono sempre salvi gli effetti della trascrizione se effettuata anteriormente alla sentenza che ha dichiarato l'apertura della procedura concorsuale.

3. Ambito di applicazione dell'art. 163 CCII: gli atti a titolo gratuito

L'art. 163 CCII si applica solo agli atti a titolo gratuito.

Nella fattispecie postulata dalla norma in commento il debitore realizza una situazione di alienazione non bilanciata da un corrispettivo¹⁹ con conseguente depauperamento del proprio patrimonio e lesione delle garanzie dei

⁹ ROLFI, sub *art.* 64, in *Codice della Crisi d'Impresa*, diretto da Di Marzio, Milano, 2017, 386.

¹⁰ Cfr. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, Milano, 2014, 139-140, il quale precisa che appaiono irrilevanti tutti gli elementi di disvalore soggettivo riconducibili sia al disponente che al beneficiario.

¹¹ ROLFI, *op. cit.*, 386.

¹² VIVALDI-BOSTICCO, sub *art.* 64, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da Lo Cascio, III ed., Milano, 2015, 655.

¹³ SANTANGELI, *op. cit.*, 32, osserva che il curatore per provare l'inefficacia dell'atto gratuito e la mancanza di controprestazione, potrà ricorrere a prove presuntive come l'esibizione delle scritture contabili del debitore o dell'estratto del conto corrente.

¹⁴ Diversamente dall'ipotesi di revocatoria fallimentare *ex art.* 166, ove la sentenza di inefficacia ha natura costitutiva.

¹⁵ Cfr. *supra* nota 5.

¹⁶ Cfr. FREZZA, *Trascrizione con funzione di annotazione, della sentenza di fallimento che dichiara l'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in *Riv. dir. fallimentare*, 2016, chiarisce la particolare natura della trascrizione della dichiarazione di fallimento e le specifiche modalità di esecuzione della trascrizione.

¹⁷ ROLFI, *op. cit.*, 386; VIVALDI-BOSTICCO, *op. cit.*, 657.

¹⁸ Cass. Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 2772, in *Dejure risorsa informatica*.

¹⁹ VIVALDI-BOSTICCO, *op. cit.*, 657; ANGELINO, *op. cit.*, 649; cfr. Trib. Milano, 27 giugno 2019, n. 6311, in *Dejure risorsa informatica*.



creditori²⁰. Per quanto concerne l'indagine sulla natura gratuita dell'atto, occorrerà far riferimento alla causa del contratto e non ai motivi dello stesso²¹. In tal senso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno precisato che la valutazione sulla gratuità deve essere effettuata con riferimento alla causa concreta²², ovvero allo scopo pratico del negozio e cioè alla sintesi degli interessi che lo stesso intende a realizzare²³. Da ciò consegue che l'analisi dell'atto dovrà avvenire a prescindere dal modello negoziale impiegato sicché rientrano nell'alveo della norma anche gli atti che formalmente sono a titolo oneroso, ma che presentano nella causa la natura di atto a titolo gratuito²⁴. In applicazione di tale principio, la sanzione dell'inefficacia è stata ritenuta applicabile anche nelle ipotesi di negozio misto con donazione²⁵.

4. Gli effetti della liquidazione giudiziale sui pagamenti di crediti non scaduti e postergati (art. 164 CCII)

Una differente ipotesi di inefficacia è disciplinata dall'art. 164 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza²⁶ il quale prevede l'inefficacia *ex lege* di taluni atti pregiudizievoli compiuti dal debitore ed è finalizzata a tutelare i creditori nell'ambito della liquidazione giudiziale²⁷. La norma in commento non ha subito rilevanti modifiche per effetto del D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che ha, tuttavia, introdotto due novità.

Il primo cambiamento riguarda il comma 1, il quale sancisce l'inefficacia dei pagamenti effettuati dal debitore prima della loro scadenza, se questa cade nel giorno dell'apertura della liquidazione o posteriormente²⁸. A

²⁰ Tribunale Milano, 27 giugno 2019, n. 6311, in *Dejure risorsa informatica*.

²¹ LIMITONE, sub art. 64, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2014, 811.

²² Cass. civ., Sez. I, 17 febbraio 2020, n. 3864, in *Dejure risorsa informatica*.

²³ Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Dejure risorsa informatica*, ha affermato che l'individuazione della causa concreta non può "fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del *solvens*, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o ad un risparmio di spesa"; nello stesso senso, Cass. civ., Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2325, in *Dejure risorsa informatica*.

²⁴ Cfr. BONFATTI, *op. cit.*, 143, rileva che tra gli atti a titolo gratuito soggetti a inefficacia vi sono: il pagamento di debito altrui; la costituzione dei fondi patrimoniali; la costituzione di *trust*; la costituzione di fondi con finalità assistenziali e previdenziali. Sulla possibilità di estendere la disciplina dell'inefficacia alle garanzie v. ROLFI, *op. cit.*, 391, il quale ha osservato che sull'operatività dell'art. 64 l. fall. (art. 163 CCII), in tema di garanzie, ha influito il testo del secondo comma dell'art. 67 l. fall. – corrispondente all'art. 166, comma 2, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – poiché in applicazione dell'art. 2901, comma 2, c.c. "ha fissato una presunzione di onerosità delle prestazioni di garanzia anche per debiti altrui se contestuali al credito garantito, recependo gli orientamenti della giurisprudenza sul punto. Per effetto di tale modifica la garanzia per debito altrui contestuale al sorgere del debito dovrebbe essere ormai definitivamente espulsa dall'area di operatività dell'art. 64, con ricadute anche sulla tematica delle garanzie infragruppo"; nello stesso senso cfr. BERTACCHINI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, Milano, 2016, 1443; LIMITONE, *op. cit.*, 815. Sul tema v. ampiamente SANDULLI, *Inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabriellini, III, Torino, 2014, 528 ss.

²⁵ Trib. Vicenza, 1 aprile 2011, in *Dejure risorsa informatica*; Trib. Sulmona, 19 maggio 2010, in *Dejure risorsa informatica*.

²⁶ L'art. 164 CCII rubricato "Pagamento di crediti scaduti e non postergati" prevede che:

"1. Sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o posteriormente, se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nei due anni anteriori.

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".

²⁷ VIVALDI-BOSTICCO, sub art. 65, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da Lo Cascio, III ed., Milano, 2015, 668; VASSALLI, *Diritto fallimentare*, II, 1, Torino, 1997, 38.

²⁸ Relazione illustrativa, 10 gennaio 2019, sub art. 164, 225.



differenza dell'art. 65 l. fall. secondo cui gli atti che possono essere considerati privi di effetti sono solo i pagamenti effettuati nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, il nuovo art. 164, comma 1, CCII prevede l'estensione del periodo sospetto, con la possibilità di dichiarare privi di effetti anche i "pagamenti effettuati dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nei due anni anteriori". Ciò permette di considerare privi di effetti anche gli atti più risalenti tutelando così gran parte dei creditori.

La seconda novità, introdotta con i commi 2 e 3 dell'art. 164 CCII, riguarda l'applicazione dell'inefficacia a due fattispecie di rimborso di finanziamenti in ambito societario (non previste dall'art. 65 l. fall.).

Il comma 2, commina l'inefficacia dei rimborsi effettuati dai soci alla società, se questi sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore²⁹ e alle condizioni previste dall'art. 2467, comma 2, c.c.

Il testo della disposizione riprende la disciplina sulla postergazione dei crediti dettata dall'art. 2467, comma 1, c.c.³⁰ e mira a tutelare i creditori, nelle ipotesi di società sottocapitalizzate che per operare hanno ricevuto dei prestiti dai soci quando, invece, avrebbero dovuto effettuare l'aumento di capitale di rischio³¹. In questo modo i soci finanziatori concorrono sul patrimonio sociale in parità con gli altri creditori³². Infatti, i finanziamenti che la società ha ricevuto dai propri soci a titolo di prestito devono comparire in bilancio fra le passività e costituiscono pagamenti di debiti non scaduti che vanno iscritti nel passivo dello stato patrimoniale³³. Al fine di individuare quali tra i finanziamenti dei soci possono essere dichiarati inefficaci, l'art. 164, comma 2, CCII rinvia all'art. 2467, comma 2, c.c. il quale indica i finanziamenti qualificabili come postergati³⁴ rispetto alla soddisfazione dei creditori. Ciò si verifica solo nelle ipotesi in cui nel momento di esecuzione del finanziamento sussiste l'eccessivo squilibrio tra

²⁹ Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza ha eliminato il precetto normativo della seconda parte dell'art. 2467, comma 1, c.c. che è stato inserito nell'art. 164, comma 2, CCII per ragioni di coerenza sistematica. Infatti, l'art. 383 CCII prevede che "All'articolo 2467, primo comma, del codice civile sono soppresse le parole "e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito".

³⁰ L'art. 2467, comma 1, c.c. sancisce che "Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori". Il secondo comma della norma specifica che "[...] s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento".

³¹ MONTESANO, *Finanziamenti dei soci e nuove indicazioni dell'atto costitutivo*, in *Società*, 1994, 1332, osserva che i soci ricorrono ai finanziamenti verso la società perché sulle somme versate sussistono meno vincoli rispetto ai veri conferimenti.

³² Sul tema vedi ampiamente RUBINO DE RITIS, sub. art. 2467, in *Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, a cura di Santosuosso, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2015, 262 ss.

³³ Già prima dell'intervento del D.lgs. n. 14/2019 i finanziamenti dei soci, ricorrendo i presupposti dell'art. 2467 c.c., sono stati considerati pagamenti di debiti non scaduti assoggettabili all'inefficacia dell'art. 65 l. fall. Per una completa trattazione del tema v. CASALI, *I finanziamenti dei soci tra postergazione e azioni revocatorie*, in *Il Caso.it*, 2017, il quale rileva che a volte "i soci effettuano versamenti qualificabili come veri e propri finanziamenti (ad es. a titolo di mutuo), dando origine al ricorrente fenomeno delle società sottocapitalizzate, che si dotano di capitale di credito invece che alimentarsi naturalmente con mezzi propri. In luogo dei conferimenti vengono così versate somme a prestito, per cui il socio assume la stessa posizione dei creditori sociali, potendo pretendere la restituzione prima che la società giunga allo scioglimento e traslando così su di loro il rischio d'impresa derivante dalla prosecuzione dell'attività. Nel passivo del bilancio è apposta prevista la voce "debiti verso soci per finanziamenti" (art. 2424 c.c.) e la nota integrativa deve indicare "i finanziamenti effettuati dai soci alla società, ripartiti per scadenze e con la separata indicazione di quelli con clausola di postergazione rispetto agli altri creditori" (art. 2427 n. 19 bis c.c.); cfr. CORSI, *L'inefficacia dei pagamenti anticipati*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, III, Torino, 2014, 559-560; VIVALDI-BOSTICCO, *op. cit.*, 669; SANDULLI, sub art. 65, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, I, Torino, 2010, 906. Anche la giurisprudenza qualifica i finanziamenti dei soci come debiti non scaduti, cfr. Trib. Catanzaro, 28 novembre 2018, n. 2003, ined.; Trib. Livorno, 20 novembre 2018, n. 1191 in *Dejure risorsa informatica*; Trib. Napoli, 08 gennaio 2004, in *Dejure risorsa informatica*, con nota di GALEOTTI FIORI.

³⁴ Cfr. Trib. Treviso, 12 marzo 2019, in *Il Caso.it*, il quale ha affermato che "In tema di postergazione dei finanziamenti dei soci, l'art. 2467 c.c. (e così pure l'art. 2497 *quinquies* c.c.) esprime un principio generale del diritto dell'impresa, come tale applicabile a tutte le situazioni nelle quali il finanziatore si trovi in una relazione tale da permettergli di beneficiare di asimmetrie informative rispetto ai normali creditori".



indebitamento e patrimonio netto o, alternativamente, una situazione finanziaria della società che avrebbe richiesto un conferimento e non un finanziamento dei soci³⁵.

L'art. 164, comma 3, CCII sancisce che 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”. La norma, nel rievocare il testo dell'art. 2497 *quinquies* c.c.³⁶, postula l'inefficacia dei finanziamenti eseguiti infragruppo ed è volta a evitare il rischio che può determinarsi per i creditori sociali, nel caso di organizzazioni di gruppo e, in particolare, ove la capogruppo, o altra società soggetta alla sua influenza, consideri più conveniente eseguire dei finanziamenti piuttosto che munire di capitale le società³⁷. Tali finanziamenti possono compromettere gli interessi dei creditori sociali atteso che la capogruppo, così facendo, diventa anch'essa creditrice trovandosi nella stessa posizione degli altri creditori sociali³⁸. L'inefficacia dalla fattispecie in esame, come per il comma precedente, opera solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 2467, comma 2, c.c. e sempre che i finanziamenti siano stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore.

5. Segue. Il regime dell'inefficacia *ex lege*

L'art. 164, comma 1, CCII reca un'ipotesi di inefficacia di diritto che opera automaticamente in presenza di un fatto oggettivo rappresentato dal pagamento del debitore al creditore, in anticipo³⁹ rispetto alla scadenza e in prossimità della liquidazione giudiziale⁴⁰. L'inefficacia *ex lege* dei pagamenti è, quindi, fondata su una presunzione di illegittimità, legata al compimento dell'atto⁴¹, che si applica a prescindere dalle condizioni soggettive del debitore e del creditore⁴² e senza considerare l'eventuale natura privilegiata del credito adempiuto.

Per tali ragioni, nel proporre azione di inefficacia, il curatore dovrà limitarsi a dimostrare la data di scadenza del credito e l'esecuzione del pagamento nel periodo sospetto. In nessun caso è ammesso il sindacato del giudice volto a valutare le ragioni del pagamento e l'eventuale vantaggio ottenuto dal creditore⁴³.

Quanto alla nozione di “pagamenti”, sono definiti tali tutti gli atti estintivi di un debito e, nello specifico, quelli effettuati: a) con mezzi normali, così qualificati nell'ambito degli usi commerciali: denaro, cambiali, vaglia

³⁵ V. Trib. Roma, 05 febbraio 2019, in *Il Caso.it*, il quale ha affermato che “Il presupposto della postergazione è costituito dalla situazione di crisi che ponga la società a rischio di insolvenza. In altre parole, il finanziamento del socio deve essere postergato quando, secondo un giudizio di prognosi postuma, nel momento in cui venne concesso, era altamente probabile che la società, rimborsandolo, non sarebbe stata in grado di soddisfare regolarmente gli altri creditori”.

³⁶ L'art. 2497 *quinquies* c.c. stabilisce che “Ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467”.

³⁷ Sul tema v. DI MAJO, sub. art. 2497 *quinquies*, in *Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, a cura di Santosuosso, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2015, 1227 s.s.

³⁸ GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali, Manuale breve*, Milano, 2003, 257.

³⁹ BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, Milano, 2014, 149, rileva che l'inefficacia dovrebbe investire anche i pagamenti effettuati in anticipo dal debitore con l'intento di sottrarre il creditore dal possibile fallimento futuro. “Risulterebbero in tal modo assoggettati a tale severa forma di inefficacia anche i pagamenti anticipati effettuati da un debitore in condizione di liquidità esuberante; i pagamenti anticipati per evitare l'applicazione di tassi di interessi, divenuti, nel corso del tempo, eccessivamente elevati; i pagamenti anticipati effettuati per l'aggravarsi di un rischio di cambio cui sarebbe risultato imprudente rimanere esposti”.

⁴⁰ ANGELINO, sub art. 65, in *Codice del Fallimento*, diretto da Bocchiola-Paluchowski, VI, 2013, Milano, 657.

⁴¹ Cass. civ., Sez. I, 8 agosto 2016, n. 16618, in *Dejure risorsa informatica*.

⁴² ROLFI, sub art. 65, in *Codice della Crisi d'Impresa*, diretto da Di Marzio, Milano, 2017, 394; PATTI, sub art. 65, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da e coordinato da Jorio-Fabiani, Bologna, 2006, 884.

⁴³ BONFATTI, *op. cit.*, 150; LIMITONE, sub art. 65, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2014, 818.



cambiari, assegni circolari, assegni bancari ecc.; b) mezzi anormali come la compensazione volontaria, il mandato all'incasso, la *datio in solutum*, la delegazione di pagamento ecc⁴⁴.

In ogni caso, deve trattarsi di un debito con scadenza nel giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o successiva, poiché per i debiti con differente scadenza si applica la disciplina della revocatoria concorsuale. Il momento della scadenza del credito deve essere considerato solo con riferimento alla sua fonte originaria individuabile in un atto negoziale o in una previsione di legge⁴⁵. La sanzione dell'inefficacia *ex art.* 164, comma 1 pertanto è applicabile anche ai pagamenti sollecitati dal creditore che invochi la perdita del beneficio del termine *ex art.* 1186 c.c.⁴⁶. Nonostante quest'ultima norma sancisca che “il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse”, occorre avere riguardo solo alla scadenza convenzionale del debito, anche quando sia presente una clausola contrattuale che dia la possibilità all'imprenditore di liberarsi in anticipo⁴⁷.

Riguardo, alla possibilità che i pagamenti dei crediti vengano effettuati dai terzi, si rende opportuno precisare che se il pagamento è stato effettuato dal terzo con il denaro del debitore, sarà dichiarato inefficace poiché il terzo verrà considerato incaricato dal debitore. Qualora, invece, il terzo utilizzi il proprio denaro per estinguere il debito, occorrerà verificare se egli abbia o meno agito in rivalsa. Saranno, quindi, due gli esiti che si potranno configurare: in caso di rivalsa, il pagamento sarà inefficace poiché l'azione del terzo sarà finalizzata a soddisfare gli interessi del debitore; di contro, nell'ipotesi in cui non sia stata promossa l'azione di rivalsa, il pagamento sarà efficace perché nessun effetto sarà prodotto nel patrimonio del debitore⁴⁸. L'eventuale azione di rivalsa del terzo, a seguito della liquidazione giudiziale, comporterà la sua necessaria insinuazione al passivo con le stesse modalità previste per gli altri creditori.

Anche i commi 2 e 3 dell'art. 164 CCII prevedono l'applicazione *ex lege* d'inefficacia fondata su una presunzione di illegittimità. Essa è legata esclusivamente all'esecuzione dei finanziamenti. In tali ipotesi il curatore può avviare l'azione di inefficacia degli atti per il periodo anteriore alla domanda cui è seguita l'apertura della procedura o per l'anno anteriore. In giudizio dovranno essere provati: la sussistenza dell'elemento oggettivo, ossia l'intervenuto rimborso nel periodo sospetto, e la condizione di squilibrio all'atto dell'erogazione del finanziamento (art. 2467, comma 2, c.c.).

Occorre poi segnalare che l'azione giudiziale di cui all'art. 164 CCII – analogamente a quella dettata dall'art. 163 CCII – ha natura dichiarativa e, ai sensi dell'art. 170, comma 1, CCII, non può essere promossa dal curatore decorsi tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale e comunque si prescrive trascorsi cinque anni dal compimento dell'atto. Inoltre, secondo il comma 2 dell'art. 170 CCII, quando una misura concorsuale minore viene seguita dall'apertura della liquidazione giudiziale, i termini dell'azione dell'art. 164 CCII decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di accesso alla procedura concorsuale minore.

Va precisato, infine, che trattandosi di azione volta a rendere privi di effetti gli atti del debitore, non sono applicabili le esenzioni previste dalla revocatoria *ex art.* 166 CCII poiché differenti sono i presupposti applicativi dell'azione d'inefficacia e dell'azione revocatoria⁴⁹.

⁴⁴ VIVALDI-BOSTICCO, *ivi.*, 668.

⁴⁵ ROLFI, *op. cit.*, 396; JORIO, *op. cit.*, 401; VIVALDI-BOSTICCO, *op. cit.*, 670.

⁴⁶ JORIO, *op. cit.*, 401.

⁴⁷ LIMITONE, *op. cit.*, 818.

⁴⁸ ROLFI, *op. cit.*, 396; VIVALDI-BOSTICCO, *op. cit.*, 669-670.

⁴⁹ VIVALDI-BOSTICCO, *op. cit.*, 656.