

**INTERVENTION DU
PRESIDENT DU TRIBUNAL DE LA FAILLITE'
MILAN – DR.BARTOLOMEO QUATRARO**

**Palais de la Méditerranée
Nice, 19 juin 2006**

**APRES LA LOI DE SAUVEGARDE
LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE
(Questions pratiques)**

La riforma della legge fallimentare italiana

Com'è noto, tanto il codice civile quanto la vecchia legge fallimentare prendevano in considerazione l'imprenditore e non l'impresa disciplinandone la figura e l'attività e sanzionandone l'insolvenza.

Il tessuto normativo era sostanzialmente ispirato all'impostazione romanistica del diritto di proprietà: ed infatti, la legge fallimentare, anziché disciplinare la crisi dell'impresa, strutturava il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa come procedure liquidatorie a struttura rigida, tese alla liquidazione dei beni dell'imprenditore ed al trattamento paritario dei creditori concorsuali.

Il presupposto oggettivo di queste procedure era l'insolvenza irreversibile; intesa, sostanzialmente, secondo l'opinione prevalente, come mancanza di liquidità e di credito sufficienti a far fronte alle obbligazioni scadute o di prossima scadenza.

Alle procedure liquidatorie tradizionali suindicate, si aggiungeva nel 1979, un'altra procedura sostanzialmente liquidatoria, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi che, proprio perché riguardava questa sola categoria di imprese, presentava presupposti, struttura e finalità particolari.

Ma già nei primi anni '70, tra gli aziendalisti ed i giuristi, si sviluppò una robusta corrente di pensiero tesa non a sanzionare l'imprenditore insolvente, eliminandolo dal mercato, per evitare ulteriori danni agli altri imprenditori,

quanto a conservare il “residuo valore dell’impresa”, nell’interesse dei creditori, dei lavoratori dello stesso imprenditore e, più in generale dell’economia del Paese.

Si ritenne che, per conservare questo valore, fosse necessario consentire anche ai creditori di chiedere l’apertura della procedura concorsuale, e bisognasse articolare una serie di disposizioni normative che consentissero di prevenire e gestire in modo rapido e flessibile le crisi d’impresa temporanee e reversibili.

E poiché il legislatore rimaneva inerte, dottrina e giurisprudenza, in funzione di supplenza, si posero i problemi:

- 1) della ricerca di soluzioni stragiudiziali di tipo privatistico, delle crisi d’impresa;
- 2) della possibilità dell’utilizzazione alternativa delle procedure concorsuali minori, per evitare la dichiarazione di fallimento, al fine precipuo di conservare il “residuo valore dell’impresa”, nell’interesse dei creditori, dei lavoratori e, più in generale, dell’economia del Paese.

In parallelo all’affermazione della corrente di pensiero che privilegiava lo strumento delle soluzioni stragiudiziali delle crisi di impresa, si ponevano i progetti di riforma della legge fallimentare e, in particolare, quello elaborato nel 1978 da Chiaraviglio e Gerini e l’altro, predisposto negli anni 1982-1984, dalla Commissione presieduta dal prof. Pajardi.

La proposta di riforma Chiaraviglio-Gerini indicava come condizione sufficiente per il ricorso alle procedure concorsuali cosiddette conservative, lo squilibrio economico tra i costi e i ricavi della gestione persistente per un congruo tempo. Rispetto a questa condizione di equilibrio economico, lo stato di insolvenza veniva configurato come la fase terminale di un processo degenerativo dell’impresa, nei confronti del quale l’intervento sarebbe risultato normalmente tardivo e inutile. Si prevedeva anche un obbligo a carico degli amministratori di richiedere una moratoria dei pagamenti appena si fossero verificate queste condizioni di persistente squilibrio economico; la moratoria avrebbe consentito la realizzazione di una ristrutturazione di cui si sarebbero dovuti indicare i tempi e le modalità di attuazione, oppure, in caso contrario, l’attuazione di un piano di liquidazione comportante l’integrale soddisfacimento dei creditori.

Il progetto Pajardi, risalente al 1984, era il più articolato ed organico progetto di riforma delle procedure concorsuali, poi tradottosi con qualche modifica in un testo di disegno di legge delega rimasto peraltro senza seguito.

Esso non prefigurava un radicale mutamento dell'assetto delle procedure concorsuali, bensì soltanto una riforma, per alcuni aspetti assai incisiva. Non recepiva la concezione francese dell'unico procedimento e manteneva accanto al fallimento, le procedure concorsuali minori e l'amministrazione straordinaria.

Introduceva peraltro alcune novità importanti e costituiva, in definitiva, il punto di arrivo dell'elaborazione compiuta dagli studiosi della materia, negli anni precedenti.

Largo spazio veniva riconosciuto all'amministrazione controllata, indicata come lo strumento giuridico utile per consentire il superamento delle difficoltà temporanee, nell'ottica della proposta Chiaraviglio, ma prevedendo la possibilità di anticiparne l'applicazione, con il consenso della maggioranza dei creditori, ad un tempo nel quale non si fosse ancora verificata quella temporanea difficoltà di adempiere che ne costituiva oggi la condizione e si prospettasse tuttavia già la necessità di attuare un piano di ristrutturazione volto a recuperare l'economicità della gestione e a consentire il risanamento economico.

Altro progetto di riforma è stato elaborato nel 2002 da una Commissione Ministeriale presieduta dall'avv. Trevisani^{V. sanato}, ma il progetto (che prevedeva una procedura concorsuale unitaria, con più fasi, mutuata dalla legislazione tedesca e da quella francese) è rimasta lettera morta per i gravi contrasti sorti nella Commissione che, alla fine, elaborò due testi normativi in parte profondamente diversi, uno della maggioranza ed uno della minoranza (costituita prevalentemente dai rappresentanti del sistema creditizio e degli enti istituzionali: Banca d'Italia, Consob ed altri).

Le novità 2005-2006

Nel 2005 una commissione ministeriale ristretta ha elaborato un testo che ha anticipato la riforma globale della vecchia legge fallimentare; il testo è confluito nel DL 14/3/2005 n. 35 che:

- 1) ha modificato profondamente l'istituto della revocatoria fallimentare e la procedura di concordato preventivo;
- 2) ha introdotto due nuovi istituti: l'accordo di ristrutturazione e la transazione fiscale.

La riforma globale della legge fallimentare è stata disposta dal Decr. Legisl. 9/1/2006 n. 5 che entrerà in vigore dal 16/7/2006 ed i cui punti qualificanti si possono così sintetizzare:

- abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata;
- limitazione degli effetti personali del fallimento: sono previste solo restrizioni alla libertà di residenza e di corrispondenza purché connesse alle esigenze della procedura;
- introduzione dell'istituto nuovo dell'esdebitazione: a seguito della procedura si riconosce al fallito la possibilità di ottenere la cancellazione dei debiti non soddisfatti a seguito della liquidazione dell'attivo sempre che sia in possesso di particolari requisiti di meritevolezza e abbia collaborato con gli organi della procedura;
- modifica del ruolo degli organi fallimentari: la novella ha previsto che le funzioni di curatore possano essere affidate anche a studi professionali associati o a società di professionisti;
- ampliamento delle competenze del comitato dei creditori, fino alla possibilità loro concessa di partecipare al management dell'impresa;
- semplificazione della disciplina di accertamento del passivo;
- abbreviazione dei termini e snellimento della procedura in ordine ai rapporti giuridici pendenti.

In via generale e di estrema sintesi ritengo che il giudizio del giurista, ma soprattutto dell'operatore, sul decreto legislativo di riforma della legge fallimentare debba essere complessivamente e cautamente positivo e ciò: per ragioni sia di metodo; che di sostanza per ragioni di metodo.

Il testo in esame parte dalla legge fallimentare vigente (1942), ma la modifica (in alcuni punti, anche profondamente), l'integra e l'aggiorna alla luce delle disposizioni costituzionali, delle più recenti sentenze della Corte Costituzionale e della Cassazione, degli orientamenti più significativi della giurisprudenza di merito e delle prassi consolidate negli uffici giudiziari.

Questa scelta di metodo mi appare condivisibile perché non abbandona una legge fallimentare (del 1942) tecnicamente ben elaborata; valorizza le esperienze acquisite; adegua il tessuto normativo alle nuove e molteplici esigenze della classe imprenditoriale e degli operatori e non crea un lacerante strappo con la tradizione concorsuale.

Il testo della Commissione di studio si allontanava troppo dalla tradizione e dall'esperienza collaudata degli operatori ed in più punti mi appariva troppo farraginosa e velleitaria.

La nuova legge mi appare essere il frutto della valorizzazione della tradizione e delle esperienze operative acquisite, con una attenta considerazione delle nuove istanze di efficienza e trasparenza delle procedure concorsuali, alla luce di una nuova visione di privatizzazione delle stesse.

In questa ottica (cui si ispira la recente riforma del diritto societario) si pone lo spostamento del baricentro della nuova legge fallimentare dalla figura del giudice delegato e quelle del curatore e del comitato dei creditori.

Il Giudice Delegato non dirige più le operazioni del fallimento, ma (v. art. 25) "esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura (v. art. 22 testo).

Il potere di autorizzare gli atti del curatore è ora attribuito al comitato dei creditori (v. art. 41 – sub art. 39), il quale esercita anche attività di vigilanza sull'operato del curatore, unitamente al Giudice Delegato.

Il potere di gestione della procedura è ora attribuito al curatore (v. art. 31 – sub art. 27).

Il giudice delegato non può decidere controversie da lui autorizzate e non può far parte del collegio chiamato a giudicare su reclami contro suoi provvedimenti (art. 25 – sub art. 22).

Il G.D. ha perso il potere di autorizzare il curatore a nominare le persone la cui opera è richiesta nell'interesse del fallimento. Può ancora revocare le persone nominate dal curatore, ma anche tale provvedimento deve essere adottato su proposta del curatore e non *motu proprio*. Mantiene il potere di liquidare i compensi agli ausiliari, ma su proposta del curatore. Viceversa spetta al comitato dei creditori il potere di autorizzare il curatore a farsi coadiuvare da tecnici (art. 28) retribuiti o dallo stesso fallito, del cui compenso si tiene conto in sede di liquidazione del compenso del curatore.

Il G.D. ha perso il potere di autorizzare gli atti c.d. di straordinaria amministrazione previsti dall'art. 35 l. fall. integrando i poteri del curatore. Il nuovo testo della norma attribuisce tale potere al comitato dei creditori. Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato. Al G.D. in questo caso resta il potere di convocare il curatore ed il comitato dei creditori ed eventualmente, di proporre al Tribunale la revoca del curatore.

Rimane al G.D. l'importante potere di autorizzare, previo parere favorevole del comitato dei creditori, il programma di liquidazione, che è il "manifesto" dell'attività liquidatoria degli organi della procedura.

Il curatore ai sensi dell'art. 31, primo comma, ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite.

L'art. 38 stabilisce che il curatore adempie ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal piano di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. La formula ricalca quella prevista dall'art. 2392 c.c. per gli amministratori di società per azioni,

Il curatore è nominato dal Tribunale con la sentenza dichiarativa di fallimento o, nelle fasi successive della procedura, con decreto. Tuttavia tale nomina può essere messa in discussione dai creditori riuniti in adunanza per l'esame dello stato passivo. I creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti allo stato ammessi possono chiedere la sostituzione del curatore indicando al Tribunale le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo. Il Tribunale provvede alla nomina dei soggetti designati dai creditori salvo che l'adunanza non abbia rispettato i criteri previsti dall'art. 28 in ordine ai requisiti richiesti per la nomina a curatore.

La sostituzione del curatore per volontà della maggioranza dei creditori è espressione della concezione privatistica del fallimento, secondo la quale il curatore agisce come mandatario dei creditori e nell'interesse esclusivo di questi ultimi.

La sostituzione del curatore originariamente nominato comporta pertanto che vengano rispettate le forme previste dall'art. 37 per la revoca, onde possano essere oggetto di sindacato la validità del voto espresso dall'adunanza dei creditori, anche sotto il profilo dell'eventuale esistenza di un conflitto d'interessi in capo a taluno dei creditori votanti, e la sussistenza in capo al nuovo soggetto designato dei requisiti previsti dall'art.28. Va aggiunto che l'art.37 bis stabilisce che i creditori debbano indicare al Tribunale "le ragioni della richiesta" di sostituzione. Il fatto che la richiesta di sostituzione debba essere motivata implica evidentemente la possibilità di sindacato sulle ragioni della sostituzione, proprio al fine di consentire il controllo sulla legittimità della delibera.

Il curatore procede direttamente alla liquidazione dell'attivo, nell'ambito del programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori e dal giudice delegato. Svolge una funzione essenziale in sede di accertamento del passivo, in cui assume un ruolo di parte a tutti gli effetti. Decide, su autorizzazione del comitato dei creditori, se subentrare nei rapporti in corso che rimangono sospesi.

Il Tribunale (v. art. 23 – sub art. 20) conserva la posizione di supremazia in quanto investito dell'intera procedura fallimentare (v. art. 23 e 24). Ma esso non ha più il potere di promuovere d'ufficio l'apertura del fallimento. Anche i poteri d'iniziativa del P.M. sono ridotti. L'art. 7 della legge prevede, infatti, che il Pubblico Ministero presenti la richiesta di fallimento:

- 1) quando l'insolvenza risulta dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione e dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;
- 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un giudizio civile.

In conclusione, il giudice delegato vede notevolmente ridotta la sua primitiva attività direttiva ed autorizzativa e viene restituito, sia pure non interamente, alla sua naturale funzione giurisdizionale, cioè alla funzione di risolutore di controversie tra il curatore ed i terzi creditori del fallito.

La rilevante riduzione della primitiva attività di direzione della procedura e di autorizzazione di altri gestori, dovrebbe:

- a) liberare risorse (nell'ottica dell'efficienza della gestione delle procedure concorsuali e della riduzione dei loro tempi di durata);
- b) potenziare l'attività di controllo, nell'ottica della informazione e della trasparenza dei rapporti tra tutti i soggetti delle procedure concorsuali.

Il comitato dei creditori

Il comitato dei creditori è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento sulla base delle risultanze documentali, sentiti il curatore e i creditori che, con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente, hanno dato la disponibilità ad assumere l'incarico ovvero hanno segnalato altri nominativi.

Vi è dunque la previsione che si possa instare per far parte del comitato.

Il comitato è composto di tre o cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti ed avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi.

Ciascun componente del comitato dei creditori può delegare in tutto o in parte l'espletamento delle proprie funzioni ad uno dei soggetti aventi i requisiti indicati nell'art. 28, cioè i requisiti per essere nominato curatore, previa comunicazione al giudice delegato.

In questo modo s'intende assicurare che il comitato dei creditori sia composto da tecnici, all'uopo delegati dai creditori.

È previsto che il membro del comitato in conflitto d'interessi debba astenersi.

Il comitato dei creditori vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni (art. 41).

I componenti del comitato hanno diritto al rimborso delle spese.

Particolarmente importante è la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 41, a mente del quale: "Ai componenti del comitato dei creditori si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2407 del codice civile. L'azione di responsabilità può essere proposta anche durante lo svolgimento della procedura". In altri termini i componenti del comitato dei creditori rispondono come il collegio sindacale nelle s.p.a.. Poiché il legislatore ha espressamente attribuito al comitato funzioni di vigilanza sull'attività del curatore, ne deriva che componenti risponderebbero come i sindaci nel caso di omessa vigilanza sull'attività del curatore, oltre che per il fatto proprio. Il richiamo all'art. 2407 c.c. non è dei più felici, perché la funzione del comitato che dà autorizzazioni è sicuramente diversa da quella dei sindaci, ma certamente questa norma non ispira i creditori a divenire membri del comitato.

In una parola: un lavoro gravoso, nessun compenso, rilevanti responsabilità.

Ciò detto, il comitato autorizza od incide su molteplici atti del curatore:

- gli atti di straordinaria amministrazione ex art.35;
- il programma di liquidazione sul quale dà un parere favorevole obbligatorio;
- l'esercizio provvisorio sul quale nuovamente dà un parere favorevole obbligatorio e sul quale il parere negativo alla prosecuzione è causa impeditiva della prosecuzione stessa;
- l'affitto d'azienda, dove di nuovo il parere favorevole del comitato è obbligatorio;
- il diritto di prelazione a favore dell'affittuario ove di nuovo il parere favorevole del comitato è vincolante;
- gli atti di vendita compiuti prima dell'approvazione del programma di liquidazione ;
- la rinuncia all'acquisizione di beni quando i costi superino i vantaggi ex art.42;
- il subentro del curatore nei contratti pendenti rimasti sospesi ex art.72;
- esprime un parere sulla proposta di concordato fallimentare con riferimento ai presumibili risultati della liquidazione.

Viceversa il potere di autorizzare il curatore a stare in giudizio permane in capo al giudice delegato, anche se il curatore potrà provvedere direttamente alla nomina del legale, il cui compenso però deve essere liquidato dal G.D..

Il comitato dei creditori delibera a maggioranza semplice.

Efficienza

La nuova legge fallimentare mira:

1) alla riduzione del numero dei fallimenti insuscettibile di creare allarme sociale, cioè di quei fallimenti che per l'entità delle passività non sono tali da cagionare, a catena, il pericolo di dissesto di un rilevante numero di altri imprenditori. Si tratta dei c.d. fallimenti "negativi" per lo più determinati da istanze di creditori di non rilevanti importi che determinano lavoro a vuoto di curatore, giudice e cancelliere, costituiscono un rilevante costo per lo Stato (e quindi per la collettività) e sono di scarsa utilità per il ceto creditorio.

Il testo di riforma mira a contenere il numero di siffatti fallimenti in due modi:

- 1) prevedendo nell'ultimo comma del novellato art. 15 che "non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati, risultanti dagli atti dell'istruttore prefallimentare, è complessivamente inferiore ad € 25.000,00;
- 2) fissando, ai fini della dichiarazione di fallimento, due parametri per escludere la qualità di "piccolo imprenditore". Infatti il 2° comma del novellato art. 1 dispone che: "Ai fini del primo comma (cioè al fine di individuare gli imprenditori commerciali assoggettabili a fallimento)" non sono piccoli imprenditori, gli esercenti un'attività commerciale (cioè una delle attività previste dall'art. 2195 c.c.) in forma individuale o collettiva (quindi anche a mezzo dell'istituto societario di persone o di capitale) che, anche alternativamente:
 - a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore inferiore ad € 300.000,00;

In primo luogo devono essere certamente considerate le poste di bilancio indicative delle immobilizzazioni, sia materiali sia finanziarie, con qualche fondato dubbio sull'utilizzo di tali valori al lordo ovvero al netto delle dismissioni / e degli ammortamenti.

Nel computo del capitale investito ulteriori difficoltà si pongono in relazione alla possibilità di conteggiare anche le voci comprese nell'attivo circolante.

- b) hanno realizzato, in qualunque modo risulta, i ricavi lordo calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad € 200.000,00.

E' importante sottolineare che con l'uso della locuzione "in qualunque modo risulti" la novella ha voluto scongiurare eventuali effetti paradossalmente premiali per l'evasore fiscale, in modo da consentire che anche l'accertato ricavo "in nero" e comunque non contabilizzato sia rilevante ai fini del superamento della soglia.

Se su un piano atecnico può risultare chiaro l'intendimento del legislatore di riferirsi alla entità dei "guadagni", in sede applicativa non ci si potrà esimere dalla ricerca del più corretto significato dell'espressione "ricavi lordi".

Senza esasperare la portata tecnica della locuzione, ma mantenendo fermo un doveroso rigore interpretativo che non indulge nella eccessiva valorizzazione del significato strettamente fattuale delle parole, si potrebbe - forse più ragionevolmente - ritenere che la norma rimandi alla primo rigo della prima voce del conto economico del bilancio ed alluda quindi ai ricavi delle vendite e delle prestazioni, cioè ai proventi originati dalla gestione tipica dell'impresa (che però vanno indicati, secondo i principi contabili, *al netto* di sconti e abbuoni premi e resi).

Non pochi dubbi si possono rappresentare rispetto alle imprese in liquidazione, ove l'entità dei ricavi risente dell'andamento del piano di liquidazione e certamente può ricomprendere voci aventi carattere "straordinario" poiché non strettamente inerenti l'attività di impresa ancorché coerenti con l'esigenze liquidatorie.

Il fallimento delle società con soci illimitatamente responsabili

Dispone il primo comma dell'art. 147 che la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e VI del Titolo V del Libro V del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili.

Il rinvio a determinati tipi societari – e più precisamente a società in nome collettivo, società in accomandita semplice e società in accomandita per azioni – consente all'interprete di risolvere, in senso negativo, il dibattuto problema relativo alla fallibilità dei soci unici di società di capitale, nei limitati casi in cui essi assumono responsabilità illimitata. Il mancato richiamo a s.r.l. e s.p.a. sembra doversi dunque interpretare nel senso che il socio unico di tali imprenditori collettivi, qualora ricorra una delle condizioni di cui agli artt. 2325 e 2462 c.c., pur rispondendo dei debiti sociali con tutti i suoi beni, non potrà essere dichiarato fallito «per estensione» e non subirà quindi lo spossessamento e l'esecuzione concorsuale.

Il 1° co. dell'art. 147 precisa anche che il fallimento di una delle società appartenente ai tipi regolati i Capi III, IV e V del Libro V del codice civile (ossia, come si è detto, le società in nome collettivo, quelle in accomandita semplice e le società in accomandita per azioni) produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche illimitatamente responsabili. L'inciso «pur se non persone fisiche» sembra sia stato inserito – come si rileva nella Relazione allegata allo schema di decreto legislativo del Governo – al fine di chiarire che falliscono per estensione anche le eventuali società (sia di capitali, sia di persone), socie (ai sensi dell'art. 2361, 2° co., c.c.) di società di persone.

norma del nuovo art. 147, comma 1, LF, l'effetto estensivo del fallimento sociale si produce solo in relazione ai soci illimitatamente irresponsabili di alcune precise tipologie societarie, ovvero la società in nome collettivo e le società in accomandita, semplice e per azioni; ne deriva per il futuro la pacifica preclusione di un effetto estensivo per i tipi sociali non menzionati, ovvero srl e spa, o meglio, per i soci di srl e spa anche nel caso in cui abbiano assunto *ex lege* la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

L'effetto estensivo del fallimento al socio illimitatamente responsabile di snc, sas e sapa resta automatico, prescindendo del tutto dalla natura personale del socio – e dunque sia egli persona fisica o giuridica – dalla sua (eventuale) qualità di imprenditore assoggettabile a fallimento, nonché dalla sua personale insolvenza. Peraltro il fallimento personale del socio continua a non implicare una automatica estensione della declaratoria di insolvenza alla società (art. 149 LF, immutato).

Il 2° co. dell'articolo 147 precisa che il fallimento dei soci non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, se sono state osservate le formalità per rendere noti i fatti indicati ai terzi, così recependo le conclusioni della sentenza C. Cost., 21 luglio 2000, n. 319. «È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 147, comma 1°, r.d. n. 267 del 1942, nella parte in cui prevede che il fallimento dei soci a responsabilità illimitata di società fallita possa essere dichiarato dopo il decorso di un anno dal momento in cui essi abbiano perso, per qualsiasi causa, la responsabilità illimitata».

Al fine di dare maggiore certezza alla materia, oggetto di decisioni contrastanti della giurisprudenza anche dopo la pronunzia della Consulta, il legislatore della riforma ha opportunamente inserito una precisazione riguardante le operazioni di trasformazione, fusione e scissione.

È ribadita la possibilità di presentare il ricorso per l'estensione del fallimento al socio anche dopo l'accertamento dell'insolvenza della società, qualora l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili – di snc, sas e sapa – sia stata riscontrata in un secondo momento. Peraltro la legittimazione attiva è stata opportunamente allargata, non essendo più esclusiva del curatore od officiosa del tribunale (quest'ultima abolita *tout court*), ma attribuita in via autonoma anche al creditore, alla sola condizione che sia già ritualmente ammesso al passivo, ovvero ad un altro socio già fallito, evidentemente interessato a vedere mitigate le conseguenze dell'insolvenza sociale sul suo patrimonio personale.

In alcuni casi l'impresa è solo apparentemente esercitata in forma individuale, poiché dietro questa esteriorità formale vi è invece una società occulta o di fatto, idonea a coinvolgere la responsabilità di altri soggetti per le obbligazioni assunte dall'impresa collettiva. In questi casi trova applicazione l'art. 147, comma 5, LF, / che contempla la predetta possibilità di estendere il fallimento agli altri soci illimitatamente responsabili, ovviamente anche in un momento successivo alla dichiarazione della impresa (apparentemente) individuale.

I fallimenti sociale e personale/i ed i relativi patrimoni sono e restano distinti anche se la gestione presenta ovvi aspetti di collegamento, tanto è vero che si continua a prevedere la nomina di un unico giudice delegato e di un unico curatore, salva la possibile diversità dei componenti dei comitati dei creditori.

In tema di collegamento tra le procedure, merita di essere segnalato il nuovo art. 118, ultimo comma, LF, ove si stabilisce che a seguito della chiusura del fallimento sociale vi debba essere la necessaria automatica chiusura del fallimento del socio dichiarato in estensione ex art. 147 LF, salvo che si tratti di un imprenditore individuale per la quale sia stata aperta una procedura di fallimento.

Gli ultimi due commi dell'art. 147 disciplinano il regime delle impugnazioni richiamando le disposizioni di cui agli artt. 18 in materia di appello e 22 in materia di reclamo avverso il decreto di rigetto della domanda.

L'art. 148 resta praticamente immutato, salva una importante precisazione che attiene più propriamente alla tematica della distribuzione dell'attivo.

Si discuteva in passato in ordine alla possibilità per il creditore ammesso con privilegio generale al passivo sociale di conservare anche nel fallimento personale del socio la medesima prelazione. La questione è risolta in senso positivo dall'art. 148, comma 3, LF, con esplicito riconoscimento al creditore sociale del diritto di conservare la prelazione verificata nel fallimento sociale pure nei riparti da eseguirsi nella procedura concorsuale personale.

I rapporti giuridici pendenti

La riforma interviene a modificare anche la disciplina previgente in tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti.

Si ampliano i termini entro i quali la curatela deve decidere in merito allo scioglimento dei contratti e viene introdotto un regime *ad hoc* per i patrimoni destinanti ad uno specifico affare e per i contratti di locazione finanziaria.

La novella riguarda la lettera degli artt. 72 e 72 *bis* e l'inserimento degli artt. 72 *ter* e 72 *quater*.

La stessa rubrica dell'art. 72 "*Vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti*" è stata trasformata in quella più generale di "*Rapporti pendenti*".

Nel testo della norma si legge la parola "*contratto*". Questo rimane sospeso fino a che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di subentrarvi.

Il contraente *in bonis* può mettere in mora il curatore, facendosi assegnare un termine dal giudice delegato non superiore a sessanta giorni, contro gli otto previsti dalla formulazione precedente.

Gli articoli di nuova introduzione riguardano rispettivamente gli effetti sui finanziamenti destinati ad uno specifico affare (art. 72-*ter*) e la locazione finanziaria (art. 72-*quater*).

Nel primo caso, il fallimento determina lo scioglimento del contratto quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione.

Nella seconda ipotesi, alla locazione finanziaria si applica la disciplina dell'art 72.

Tuttavia, se è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, il contratto continua ad avere esecuzione, salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere.

Interessante è l'ultimo comma della norma in commento che dispone come, in caso di fallimento della società concessionaria della locazione finanziaria, il contratto, anche se a carattere traslativo, conservi i suoi effetti. L'utilizzatore continua, dunque, ad avere la facoltà di acquistare, alla scadenza del rapporto, la proprietà del bene, previo pagamento dei canoni e/o del prezzo pattuito.

Il procedimento di accertamento del passivo.

nella vecchia legge fallimentare si era realizzata ^{la separazione} tra modello procedimentale astratto previsto dal legislatore e modello applicativo operante nella prassi dei Tribunali.

La legge fallimentare, infatti, nel suo testo originario, prevedeva che all'accertamento dei crediti il giudice delegato procedesse mediante una preventiva "formazione" dello stato passivo, da effettuare con l'assistenza del curatore, sentito il fallito ed assunte opportune informazioni, ed una successiva "verificazione" dello stato passivo medesimo, da realizzarsi in una apposita udienza (adunanza, nel gergo della legge fallimentare), alla presenza dei creditori, nel corso della quale lo stato passivo predisposto doveva essere esaminato, modificato, integrato ed aggiornato con le domande di ammissione presentate successivamente alla formazione.

Nella prassi è avvenuto, tuttavia, che il giudice delegato ed il curatore procedevano direttamente all'esame delle domanda di ammissione nello stato passivo nell'adunanza di verificaione, senza la preventiva fase della formazione dello stato passivo; in tal modo il giudice procedeva all'ammissione dei crediti direttamente nella udienza di verificaione, senza avere preventivamente esaminato le domande.

L'opinione prevalente in dottrina e giurisprudenza, comunque, costruiva il procedimento di verificaione dello stato passivo come procedimento sommario di tipo inquisitorio, in cui era attribuito al giudice anche il potere di sollevare *ex officio* le eccezioni normalmente normalmente riservate all'iniziativa di parte, quali l'eccezione di prescrizione, di decadenza, annullabilità, riduzione ad equità di clausola penale, ecc.

Vero è che il giudice, nell'esaminare una domanda di ammissione al passivo, doveva comunque deciderla *iuxta alligata et probata*, non potendo certo il giudice concedere più di quanto il creditore chiede; tuttavia, in perfetta coerenza con la funzione del procedimento di accertamento del passivo (individuare i crediti in denaro ed i diritti reali mobiliari realmente esistenti che abbiano sicura natura concorsuale) e con la struttura dello stesso (ove non era prevista la formulazione di istanze, eccezioni o conclusioni dei partecipanti alle quali il giudice possa essere vincolato), il giudice poteva ampliare il *thema decidendum* anche ad un oggetto non prospettato dalle parti, che attenesse ad una causa estintiva, modificativa o impeditiva della pretesa fatta valere, tanto che poteva escludere un credito o un diritto in forza di una eccezione normalmente riservata alle parti, poteva rilevare d'ufficio la simulazione, e poteva anche procedere alla revoca del titolo e della prelazione vantati dal creditore.

La nuova disciplina innova profondamente sullo schema del procedimento di verifica dello stato passivo quale era stato costruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza e quale si era delineato nella prassi, delineando un procedimento non più inquisitorio, ma contenzioso-accusatorio, in cui il curatore assume il ruolo di parte in senso formale e sostanziale.

Il procedimento, così come delineato, è coerente con la valorizzazione che è stata data al ruolo del curatore nell'ambito della procedura, ed all'arretramento del G.D., i cui poteri "gestori" sono stati ridimensionati, e che ha assunto un ruolo, per così dire, più "giurisdizionale", quale organo deputato a risolvere le controversie sorte nel corso della procedura.

Il nuovo art. 93 l. fall. prevede la domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili si propone con ricorso da depositare nella cancelleria del tribunale almeno 30 giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo. Il ricorso può essere presentato anche dalla parte personalmente e può essere spedito, anche in forma telematica (sul punto, comunque, ritengo che per la pratica applicazione di tale disposizione dovrà avere piena attuazione la normativa in tema di firma digitale e processo telematico).

Il ricorso deve contenere una serie di elementi, alcuni dei quali a pena di inammissibilità, quali l'indicazione della procedura, la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo o la descrizione del bene oggetto della rivendicazione, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda; in caso di mancata indicazione del titolo di prelazione (anche in relazione alla graduazione del credito), il credito è considerato chirografario.

Al ricorso devono essere allegati i documenti dimostrativi del diritto del creditore ovvero del diritto del terzo che chiede la restituzione o rivendica il bene, ovvero devono essere depositati almeno 15 giorni prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo.

Con la domanda di restituzione o rivendicazione, il terzo può chiedere la sospensione della liquidazione dei beni oggetto della domanda.

L'art. 94 l. fall. chiarisce che la presentazione della domanda di ammissione al passivo produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento; in questo senso, la presentazione della domanda di ammissione determina l'interruzione del corso della prescrizione. È stato eliminato l'impedimento della decadenza dei termini per gli atti che non possono compiersi durante il fallimento (ad es., gli atti esecutivi o cautelari). Tale omissione può rendere dubbio se la domanda di insinuazione del creditore nel fallimento del debitore principale continui ad impedire la decadenza dall'azione contro il fideiussore ex art. 1957 c.c.

Il nuovo art. 95 l. fall. prevede che il curatore debba esaminare le domande pervenute e predisporre elenchi separati dei creditori e dei titolari di diritto su beni immobili di proprietà o in possesso del fallito, rassegnando le sue motivate conclusioni. Il curatore, inoltre, potrà eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione.

Quest'ultima precisazione è importante, perché riconosce al curatore la possibilità di fare valere, già in sede di verifica del passivo, anche l'eventuale revocabilità del titolo su cui si fonda il credito.

Non è chiaro, comunque, se il curatore decada dal potere di proporre le eccezioni non sollevate in sede di deposito del progetto di stato passivo o se possa integrare le proprie deduzioni nel corso dell'udienza di verifica e, in caso positivo, se possa farlo solo nei limiti delle osservazioni dei creditori eventualmente intervenuti. L'integrazione delle deduzioni in sede di udienza di verifica sembra tuttavia autorizzata dalla circostanza che, come si vedrà appresso, il termine ultimo per i creditori di depositare osservazioni scritte al progetto scade cinque giorni prima dell'udienza stessa, che pertanto rappresenta l'unico luogo processuale per le controdeduzioni del curatore.

All'udienza fissata per l'esame dello stato passivo il G.D., anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni delle parti e avuto riguardo alle eccezioni del curatore; il G.D. può procedere ad atti di istruzione su richiesta delle parti, compatibilmente con le esigenze di speditezza del procedimento.

Il G.D., quindi, non potrà sollevare d'ufficio le eccezioni normalmente rimesse alla disponibilità delle parti (esempio tipico, l'eccezione di prescrizione), né potrà dichiarare ex officio la revoca di un atto o di un titolo di prelazione, il che imporrà al curatore di esaminare attentamente le domande di ammissione, onde valutare le eccezioni eventualmente da sollevare.

Il G.D., inoltre, non potrà ammettere mezzi di prova d'ufficio, ma soltanto se questi siano stati richiesti dalle parti (creditori e curatore), sia pure nel rispetto della deformalizzazione del procedimento, tanto è vero che il nuovo art. 95 l. fall. non parla di mezzi di prova, ma di "atti di istruzione", compatibilmente, peraltro, con le esigenze di speditezza del procedimento.

L'art. 96 l. fall. prevede che il G.D. forma lo stato passivo sulla base delle domande accolte, anche, eventualmente, rinviando le operazioni dell'adunanza a non più di otto giorni, ove la conclusione delle operazioni non sia possibile in un'unica udienza.

L'eventuale declaratoria di inammissibilità della domanda non ne preclude la successiva riproposizione.

Nel provvedimento di ammissione il G.D. deve indicare anche il grado di privilegio, così superandosi una prassi consolidata negli uffici, che limitava l'ammissione alla sola indicazione della natura privilegiata, rimettendo al momento del riparto la specifica determinazione del grado di privilegio.

Terminato l'esame delle domande, lo stato passivo è depositato in cancelleria e reso esecutivo con apposito decreto, da comunicare a tutti i creditori.

Viene inoltre prevista l'efficacia meramente endofallimentare del decreto di esecutività dello stato passivo, come peraltro già ritenuto dalla giurisprudenza. Tale efficacia endoprocedimentale, peraltro, viene estesa a tutte le decisioni rese nello stato passivo, compresi i decreti resi all'esito dei giudizio di opposizione e di impugnazione, mentre, come è noto, nel vecchio sistema, le decisioni rese all'esito dei giudizio di opposizione allo stato passivo o di insinuazione tardiva con contestazione, secondo la giurisprudenza prevalente, avevano efficacia extraprocedimentale.

Viene inoltre ribadita l'ammissione con riserva per i crediti sottoposti a condizioni e per quelli di cui all'art. 55, 3° co., l. fall. (crediti che non possono farsi valere nei confronti del fallito se non previa escussione di un obbligato principale), per quelli per cui la mancata produzione del titolo dipende da fatto non imputabile al creditore, salvo che la produzione non avvenga entro il termine assegnato dal giudice, ed infine per i crediti accertati con sentenza non ancora passata in giudicato, pronunciata prima della sentenza di fallimento, e perciò impugnabile dal curatore. A tal proposito, è stata omesso ogni riferimento al decreto ingiuntivo riguardo al quale non sia scaduto il termine per l'opposizione, rispetto al quale dovrebbe permanere, pertanto, l'orientamento giurisprudenziale che ritiene tale decreto non opponibile alla curatela.

L'art. 96. 3° co., l. fall. richiama, inoltre, le altre ammissioni con riserva "nei casi stabiliti dalla legge", il che dovrebbe continuare a far escludere l'ammissibilità delle cc.dd. riserve atipiche (ad es., con riserva di revocatoria, riserva di opposizione a d.i., ecc.).

In ogni caso, il nuovo art. 113-bis l. fall. dispone che "*quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il G.D. modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente*", con ciò superandosi la necessità dell'opposizione a stato passivo nei casi di ammissione con riserva di presentazione dei documenti giustificativi.

Completamente modificato è stato, con la riforma, il procedimento per le domande tardive di crediti.

Innanzitutto, per domande tardive si intendono non più le domande depositate dopo il decreto di esecutività dello stato passivo, bensì le domande depositate dopo la scadenza del termine di gg. 30 prima dell'udienza di verifica dello stato passivo, e non oltre il termine di 12 mesi dal decreto di esecutività dello stato passivo (termine prorogabile fino a 18 mesi dal tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, nei casi di particolare complessità).

Stante l'applicabilità dell'art. 93 l. fall. si deduce che la domanda tardiva possa essere presentata dal creditore personalmente, senza l'assistenza di un difensore, e ciò diversamente da quanto avveniva in precedenza, in cui la giurisprudenza riteneva, di solito, che per la presentazione della domanda di insinuazione tardiva era necessaria comunque l'assistenza di un procuratore legalmente esercente.

A seguito della riformulazione dell'art. 102 l. fall. è stata introdotta una importante novità consistente nella possibilità di evitare la verifica dello stato passivo, e quindi anche la verifica delle insinuazioni tardive, quando risulti che non può essere acquisito attivo da distribuire a nessuno dei creditori concorsuali che abbiano chiesto l'ammissione, dedotto comunque il pagamento delle spese di procedura e dei crediti prededucibili.

Il provvedimento è adottato dal tribunale con decreto motivato, prima dell'udienza fissata per la verifica, su istanza del curatore corredata una relazione sulle prospettive infauste della liquidazione, e previo parere del comitato dei creditori e del fallito.

Analogo provvedimento può essere adottato nel corso delle udienze successive rispetto a quella inizialmente fissata per la verifica. Il decreto del tribunale è reclamabile presso la corte d'appello da parte dei creditori che hanno chiesto l'insinuazione.

L'accoglimento dell'istanza dovrebbe determinare la chiusura del fallimento ai sensi dell'art. 118, n. 4), l. fall.

Con il nuovo art. 103 l. fall. viene prevista la possibilità di chiedere la restituzione e la rivendicazione non solo di beni mobili, ma anche di beni immobili.

La norma, peraltro, nel modellare il procedimento sullo schema dell'opposizione di terzo all'esecuzione, prevede l'applicabilità del regime probatorio di cui all'art. 621 c.p.c., con esclusione, della possibilità per il titolare istante di provare con testimoni la sussistenza dei pretesi diritti reali o personali su beni del fallito, a meno che l'esistenza del diritto sia resa verosimile dalla professione o dal commercio esercitato dal debitore fallito e dal creditore. La previsione, pertanto, ribadisce il principio per cui tutti i beni che si trovano presso il debitore si presumono di proprietà di questi fino a prova contraria, che però non può essere data per testi, ma solo per atto scritto avente data certa anteriore al fallimento.

È stato inoltre previsto che l'istante, anche nel corso della verifica, possa modificare la domanda, e chiedere l'ammissione del credito corrispondente al controvalore dei beni.

Le modifiche alla revocatoria fallimentare

La riforma del “sistema revocatorio fallimentare” è stata anticipata dal DL 14/3/05 n. 35, convertito nella L. 14/5/05 n. 80.

Le modifiche del predetto sistema riguardano:

- 1) il c.d. “periodo sospetto”, che si riduce
 - a) da due ad un anno per gli atti notevolmente sproporzionati e per quelli estintivi di debiti pecuniari non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento;
 - b) da un anno a sei gli atti a titolo oneroso e per quelli costitutivi da un diritto di prelazione per debiti, anche da terzi, contestualmente creati;
- 2) la fissazione ad oltre un quarto della notevole sproporzione;
- 3) le esecuzioni della revocatoria.

Iniziamo da questo.

Sono esenti da revocatoria:

- 1) i pagamenti di beni e servizi effettuati nei termini d’uso nell’esercizio dell’attività d’impresa.

A contrario, sono revocabili i pagamenti che non si riferiscono all’attività d’impresa o che non sono stati effettuati nei termini d’uso, cioè nei termini ordinariamente praticati nei rapporti commerciali intrattenuti dal fallito con i suoi fornitori.

- 2) le c.d. rimesse in conto corrente, a condizione che “non abbiamo ridotto in maniera consistente e durevole d’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca”.

A contrario, sono revocabili le rimesse in conto corrente che hanno ridotto l’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca “in misura consistente e durevole”.

Quanto alla prima condizione, va rilevato che la stessa dovrà senz’altro essere valutata in termini percentuali rispetto all’esposizione preesistente, e non assoluti. Con riferimento, invece, al presupposto della durevolezza, la norma è passata da una concezione atomistica dello svolgimento del rapporto di conto corrente

bancario, sviluppata dalla giurisprudenza prevalente prima della riforma, ad una visione di durata, complessiva.

La disposizione in esame, va però collegata con la disposizione sancita dal 3° co. dell'art. 70, riformato, a mente del quale “qualora la revoca abbia *ad oggetto atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito*”.

La previsione attiene quei pagamenti eseguiti nell'ambito di rapporti continuativi o reiterati (somministrazione, fornitura o vendita a consegne ripartite, factoring, ecc.), ma anche di quelli di conto corrente bancario.

Proprio per questi motivi la stessa va letta e interpretata in combinato disposto con la disciplina contemplata dall'art. 67, co. 3, lett. b), riformato.

Anzi, il disposto dell'art. 70, co. 3, può essere inteso come una norma di completamento della disciplina di cui all'articolo 67. co. 3, lett. b), nel senso che 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, potranno essere revocate esclusivamente nella misura indicata dal medesimo c. 3 dell'art. 70.

Il legislatore della riforma ha, inoltre, recepito la teoria del c.d. “*massimo scoperto*” a mente della quale la rimessa non può avere ad oggetto la sommatoria di quelle effettuate sul conto (anche se oltre i limiti dell'affidamento), ma solo l'ammontare per il quale l'istituto è effettivamente rientrato del suo credito (in altri termini, l'importo rappresentato dalla differenza tra il credito massimo erogato e quello massimo residuo al momento della dichiarazione di fallimento).

Per esemplificare: se la banca, nel periodo di conoscenza dello stato di insolvenza ha maturato un credito pari a 60 e, al momento del fallimento, vanta un credito pari a 30, dovrà restituire solo 30.

Non si considera la circostanza per cui, in questo lasso di tempo, siano state effettuate altre rimesse sul conto del fallito.

I singoli pagamenti non sono revocati anche se superiori a 30.

A completamento dell'analisi della lettera dell'art. 70, L.F., riformato, occorre precisare che l'art. 2, co. 2, del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, ha statuito che i nuovi artt. 70 e 71, L.F., saranno applicabili a tutte le azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo l'entrata in vigore del decreto medesimo.

Sono esentate dalla revocatoria fallimentare anche "le vendite a giusto prezzo di immobili ad uso abitativo".

I presupposti di applicabilità dell'esenzione sono i seguenti:

- 1) *il prezzo giusto*: il legislatore non indica, però, il parametro al quale occorre rapportarsi onde verificare, caso per caso, se il prezzo di vendita dell'immobile sia effettivamente congruo; la logica sembrerebbe indurre ad individuare quale riferimento il prezzo di mercato di quel determinato immobile al momento della vendita.

Sarà interessante verificare quali saranno le conseguenze pratiche di detto principio.

La previsione della condizione potrebbe aiutare a contrastare la diffusa iniqua prassi invalsa tra i venditori di immobili di imporre la dichiarazione nell'atto pubblico di compravendita di una parte soltanto del prezzo effettivamente versato dall'acquirente.

- 2) *l'immobile destinato ad uso abitativo*.
- 3) *l'immobile destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti affini entro il terzo grado*.

ART.67, COMMA 3° LETT. d) – L'art. 67 lettera d) stabilisce che non sono soggetti a revocatoria "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 risanamento della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501 bis quarto comma, del codice civile".

L'intervento del legislatore appare quanto mai opportuno per dirimere le difficoltà che spesso ostacolavano la realizzazione dei c.d. piani di salvataggio.

Nello spirito più proprio del titolo del decreto nel quale è inserita, la deroga vuole privilegiare la continuità aziendale, quale bene socialmente rilevante, alla sola condizione della credibilità del piano di risanamento.

Il progetto diventa quindi l'elemento portante dell'iniziativa e dovrà essere sufficientemente particolareggiato perché al suo interno possano essere lette le ragioni che giustificano quei pagamenti e quelle garanzie in funzione dell'obiettivo.

In via analogica dal punto di vista aziendalistico, la relazione degli esperti ai sensi dell'art.2501 *bis*, quarto comma c.c. deve essere modellata su quella prevista nell'ambito delle operazioni di leverage essendoci, in effetti, tra questo e quello un denominatore comune: la dimostrazione della capacità dell'azienda, eventualmente anche attraverso l'alienazione dei cespiti non strategici, di generare risorse in misura adeguata rispetto all'entità ed alle scadenze debitorie.

ART.67, COMMA 3° LETT. e) – La lettera e) dell'art.67 l. f. dispone inoltre l'esenzione da revocatoria per gli "atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dall'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art.182 *bis*", rendendo esplicita la insensibilità degli atti e pagamenti compiuti nell'ambito delle procedure della amministrazione controllata e concordato preventivo nell'ipotesi di successiva dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

La novella recepisce peraltro un principio già presente nel sistema in relazione alla amministrazione straordinaria.

(ovviamente se in conformità alle rispettive discipline), evidentemente allo scopo di eliminare i possibili ostacoli che possano disincentivare il ricorso alle medesime.

La lettera l) dell'art.2 del decreto ha poi previsto che, unitamente alla domanda di concordato preventivo, il debitore può depositare un accordo per la ristrutturazione dei debiti stipulato con una percentuale superiore al 60% dei creditori (cfr. il nuovo testo dell'art.182 *bis* legge fall.).

Rimandando alla opportuna sede il commento di quest'ultima norma, occorre qui ricordare che il legislatore ha manifestato analogo favore, disponendo l'esenzione dalla revocatoria per gli atti e i pagamenti compiuti e le garanzie concesse nell'ambito degli accordi di ristrutturazione del debito ora disciplinati dall'art.182 *bis* l. f..

ART.67, COMMA 3° LETT. f) - L'art. 67 lettera f) stabilisce l'esenzione della revocatoria per i "pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito".

La norma risponde alla esigenza di tutelare alcuni soggetti deboli quali i lavoratori dipendenti "ed altri collaboratori", e come tale sicuramente apprezzabile, ancorché le azioni revocatorie fallimentari proposte nei confronti dei lavoratori dipendenti fossero comunque sporadiche.

Infatti, per giurisprudenza costante, il curatore avrebbe la possibilità di revocare un pagamento effettuato ad un creditore privilegiato (quale il lavoratore dipendente) solo nell'ipotesi in cui venisse dimostrato che, in caso contrario, il credito non avrebbe trovato capienza in tutto o in parte nel fallimento.

Interessante è, invece, la totale assimilazione, ai fini dell'esenzione da revocatoria, tra lavoratori subordinati e gli "altri collaboratori",

proposizione che sembra fare riferimento al sempre più ampio utilizzo da parte delle imprese di soggetti nell'ambito delle nuove forme di lavoro.

Infatti, non sempre tra le due categorie (lavoratori subordinati - collaboratori) vi è una totale assimilazione; basti pensare al fatto che la Corte di Cassazione tende ad escludere che i crediti dei lavoratori parasubordinati vengano ammessi al passivo fallimentare con il medesimo privilegio riconosciuti ai dipendenti.

ART.67, COMMA 3° LETT. g) - E' stata infine prevista l'esenzione per "i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo".

La norma sembra fare riferimento alla prestazioni di servizi e professionali ora necessarie per la predisposizione del ricorso per il concordato preventivo in base al nuovo testo dell'art. 161 l. f., richiamato dall'art.187 secondo comma l. f. per l'amministrazione controllata.

Infatti, l'art.161 dispone, oggi, che l'imprenditore che intenda richiedere l'ammissione al concordato preventivo (o all'amministrazione controllata) debba presentare con il ricorso, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico delle attività, una situazione del valore dei beni, il tutto accompagnato da una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Tuttavia, i soggetti che rendono queste prestazioni, tra l'altro solitamente onerose, in assenza della deroga in esame avrebbero corso il concreto rischio della revoca dei pagamenti ad essi corrisposti venissero revocati nella non remota ipotesi di mancata approvazione o omologazione del concordato (o ammissione alla amministrazione

straordinaria) ovvero a seguito della dichiarazione di fallimento dell'impresa pronunciato successivamente all'inizio della procedura concorsuale minore.

Si sarebbe trattato, infatti, di pagamenti certamente revocabili perché relativi a prestazioni svolte (per definizione) anteriormente all'ammissione alle procedure minori e da soggetti consapevoli della situazione di decozione del *solvens*, attesa la natura stessa della loro attività.

Inoltre, in considerazione della costante giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo la quale in ipotesi di consecuzione del fallimento alle procedure concorsuali minori più volte ricordate i termini per l'azione revocatoria retroagiscono dalla prima procedura mentre il termine di prescrizione dell'azione decorre dalla dichiarazione di fallimento, si sarebbe venuta a creare una incertezza anche di lunga durata sull'efficacia del pagamento.

L'insieme di queste situazioni avrebbero quindi sconsigliato un professionista dal porre in essere l'attività ora necessaria per legge per l'ammissione alle procedure concorsuali minori, con la conseguente frustrazione dell'obiettivo che il decreto in esame si è posto.

Il programma di liquidazione

L'art. 104 ter stabilisce che il curatore, entro 60 giorni della redazione dell'inventario, deve redigere un programma che, in particolare, deve indicare:

- a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104 *bis*;
- b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto;
- c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare;
- d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco;
- e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti.

Il programma va sottoposto all'approvazione del G.D. a condizione che, sullo stesso, il curatore abbia espresso parere favorevole.

Il programma, una volta autorizzato, non è immutabile, ma può essere integrato – per sopravvenute esigenze – con un supplemento d'opera del curatore il quale è tenuto a seguire lo stesso *iter* del programma di liquidazione medesimo (parere favorevole del comitato dei creditori, approvazione del giudice delegato, indicazione specifica delle modalità e dei termini con i quali si intende realizzare l'attivo).

Come già si è detto, il programma di liquidazione può contenere anche indicazioni relative all'opportunità di autorizzare la stipulazione di un contratto di affitto dell'azienda, o di rami, a terzi secondo quanto dispone l'art. 104 *bis*.

In realtà l'affitto di azienda può essere disposto anche prima della presentazione del programma di liquidazione previo parere favorevole del comitato dei creditori e, ovviamente, autorizzazione del giudice delegato.

Indipendentemente dal momento in cui il curatore ritenga opportuno procedere in tal senso, dev'essere precisato che l'affitto d'azienda o di suoi rami deve essere disposto quando «appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa» (art. 104 *bis* introdotto dall'art. 91 D. Lgs. n. 5/06), risolvendosi con ciò l'antica questione se l'affitto d'azienda fosse atto ammissibile in una procedura destinata alla liquidazione dei cespiti.

La scelta dell'affittuario è rimessa al curatore per il tramite di una procedura competitiva, così come disciplinata dal successivo art. 107 in tema di modalità delle vendite.

La scelta dell'affittuario è effettuata dal curatore sulla base di una stima e tenendo conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, anche delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

L'art. 104 *bis* detta inoltre alcune regole di carattere generale per la stipulazione del contratto di affitto di azienda, peraltro già note nella prassi adottata da vari tribunali italiani. In primo luogo, il contratto dovrà prevedere sia il diritto del curatore di procedere all'ispezione dell'azienda, sia la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge sia, e soprattutto, il diritto di recesso del curatore durante il vigore del contratto, che potrà essere esercitato senza motivazione, ma soltanto a fronte di un equo indennizzo da corrispondere all'affittuario in via di prededuzione.

Il legislatore ha anche, e definitivamente, risolto l'antico dilemma se all'affittuario competa la prelazione nell'acquisto dell'azienda.

Sul punto giova, infatti, segnalare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione – nella vigenza della vecchia disciplina fallimentare e pur dopo l'emanazione dell'art. 3, 4° comma, L. 23 luglio 1991, n. 223 che garantisce senza condizioni all'imprenditore affittuario di aziende appartenenti ad imprese assoggettate a procedure concorsuali il diritto di prelazione – aveva espresso posizioni che oscillavano tra il ritenere che la prelazione spettasse all'affittuario che avesse assicurato la continuazione dell'attività lavorativa di almeno parte dei dipendenti dell'azienda fallita ed il riconoscere all'affittuario medesimo un autonomo diritto che gli spettava, in quanto tale, senza ulteriori condizioni (Cass., 3 novembre 1994, n. 9052 e Cass., 25 marzo 1995, n. 3579).

Adesso la riforma rende inequivocabile che tale prelazione possa essere convenzionalmente prevista all'interno del contratto, divenendo così un argomento di trattativa tra le parti. La prelazione, ovviamente, potrà essere concessa solo previa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori.

L'art. 104 *bis* si conclude, poi, con la previsione che in caso di retrocessione al fallimento dell'azienda o del ramo affittato non vi sia responsabilità delle procedura per i debiti maturati nel periodo di affitto.