

Fondazione Luca Pacioli



LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

Il fallimento: gli organi della procedura

Documento n. 19 del 24 ottobre 2006

CIRCOLARE

INDICE

<i>Premessa</i>	Pag.	1
Introduzione	“	2
1. Il tribunale fallimentare	“	3
2. Il giudice delegato	“	4
3. Il curatore	“	7
3.1 I requisiti per la nomina a curatore	“	8
3.2 Competenze, poteri e doveri del curatore	“	9
3.2.1 <i>Relazione al giudice</i>	“	9
3.2.2 <i>Apposizione dei sigilli</i>	“	10
3.2.3 <i>Inventario</i>	“	10
3.2.4 <i>Progetto di formazione dello stato passivo</i>	“	11
3.2.5 <i>Esercizio provvisorio di impresa</i>	“	11
3.2.6 <i>Affitto di azienda</i>	“	12
3.2.7 <i>Programma di liquidazione</i>	“	13
3.2.8 <i>Vendita dell'azienda o di suoi rami</i>	“	14
3.2.9 <i>Modalità delle vendite</i>	“	14
3.2.10 <i>Ripartizione dell'attivo</i>	“	15
3.2.11 <i>Concordato fallimentare</i>	“	16
3.3 Il rapporto tra curatore e comitato dei creditori	“	16
3.4 Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori	“	17
4. Il comitato dei creditori	“	18
4.1 La nomina	“	19
4.2 Le funzioni	“	21
4.3 Il funzionamento	“	24
4.4 Le responsabilità	“	25

LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

Il fallimento: gli organi della procedura

Premessa

La Fondazione Luca Pacioli è già intervenuta sulla disciplina delle procedure concorsuali con i seguenti documenti:

- Il Fallimento: i presupposti ed il procedimento (*Documento n. 15 del 19 luglio 2006 – Circolare*);
- Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali (*Documento n.1 del 19 gennaio 2006 – Circolare*);
- Il nuovo concordato preventivo (*Documento n. 28 del 28 ottobre 2005 – Circolare*);
- La nuova revocatoria fallimentare (*Documento n. 21 del 30 giugno 2005 – Circolare*);
- Disposizioni in materia fallimentare previste dalla legge 80/2005 (*Documento n. 13 del 18 aprile 2005 - Scheda di lettura*).

* * *

Nelle pagine che seguono si analizzano le modifiche riguardanti gli organi della procedura fallimentare, introdotte nel Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. Legge fallimentare) dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 attuativo della riforma del diritto fallimentare.

Introduzione

La riforma della legge fallimentare, da tempo sollecitata, è ormai legge vigente: il decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 80 del 14 maggio 2005 è entrato in vigore il 17 luglio 2006.

Secondo quanto indicato in quest'ultimo provvedimento, la nuova impostazione del procedimento doveva caratterizzarsi per:

- l'attenuazione della sua finalità liquidatoria-sanzionatoria, in nome della conservazione delle capacità produttive dell'azienda, in modo da tutelare interessi economico-sociali più ampi;
- l'accelerazione dei tempi procedurali, da conseguirsi innanzitutto attraverso la semplificazione degli adempimenti e la riduzione dei termini;
- l'ampliamento dei poteri del comitato dei creditori e il coordinamento di questo con gli altri organi della procedura.

La scelta del legislatore delegato è andata appunto nel senso di realizzare una semplificazione delle attuali procedure, garantendo la conservazione, ove possibile, dei valori produttivi dell'impresa. L'intervento di riforma ha attuato inoltre una sostanziale privatizzazione della procedura, attraverso una maggiore valorizzazione di taluni organi (il comitato dei creditori e il curatore) e l'arretramento dell'organo giudiziario (giudice delegato e tribunale) ad una funzione di garanzia della procedura.

Tra le modifiche apportate alla legge fallimentare dalla riforma, senza dubbio, le più rilevanti riguardano proprio quelle che incidono sugli assetti e i rapporti degli organi della procedura.

La riforma ridisegna il ruolo degli organi fallimentari, potenziando poteri e funzioni svolte dal curatore e specialmente del comitato dei creditori, e ridimensiona invece il ruolo del giudice delegato.

L'intento perseguito dal legislatore è, come detto, quello di una sostanziale "privatizzazione" della procedura fallimentare, lasciando al giudice un potere d'intervento ridotto e, per lo più, limitato ai casi in cui possano sorgere eventuali controversie tra le parti.

1. Il tribunale fallimentare

Il tribunale fallimentare è l'unico, tra i vari organi della procedura, a non aver subito sostanziali mutazioni.

Il tribunale fallimentare si identifica con il Tribunale ordinario che ha dichiarato il fallimento. Dopo tale dichiarazione, il tribunale stesso è investito dell'intera procedura fallimentare (art. 23, 1. fall.).

A norma dell'art. 23, 1. fall., il tribunale fallimentare:

- provvede, in tutti i casi in cui non è prevista la competenza del giudice delegato, alla nomina, revoca o sostituzione, per giustificati motivi, degli organi della procedura;
- può, in ogni tempo, sentire in camera di consiglio il curatore, il fallito e il comitato dei creditori;
- decide su:
 - le controversie relative alla procedura stessa (quando non sono di competenza del giudice delegato);
 - i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato.

I provvedimenti emessi dal Tribunale su tali materie, salvo che non sia diversamente disposto, sono pronunciati con decreto.

Il tribunale fallimentare è giudice naturale delle cause che derivano dal fallimento. L'art. 24, 1. fall., così come nella sua precedente formulazione, gli attribuisce, infatti, una competenza funzionale, esclusiva ed inderogabile che si estende a tutte le azioni che derivano dal fallimento, qualunque ne sia il valore. In deroga alle comuni norme che regolano la competenza territoriale, quindi, il Tribunale fallimentare, diviene per *vis attractiva* della materia fallimentare, il giudice naturale di tutte le azioni giurisdizionali che si fondano su diritti sorti in forza della procedura.

Vengono dunque attratte al foro fallimentare le azioni relative, per esempio, all'opposizione allo stato passivo o all'impugnazione o alla revocazione dello stesso (art. 99, 1. fall.), alla revocatoria ordinaria e fallimentare, ai rapporti di lavoro e tutte le azioni che incidono, in qualunque modo, sul patrimonio del fallito.

Unica novità presente nel nuovo testo della norma è l'eliminazione della deroga al criterio generale della competenza del tribunale fallimentare per le azioni reali immobiliari. Fino ad oggi, infatti, le azioni reali immobiliari (cioè il complesso di azioni attivabili a difesa dei propri diritti reali su beni immobili) erano regolate secondo le norme ordinarie sulla competenza e, dunque, la competenza era del tribunale del luogo ove era collocato l'immobile oggetto della pretesa. Con l'entrata in vigore della riforma invece anche tale tipologia di azioni è attratta al tribunale fallimentare.

Inoltre l'articolo in esame prevede che a tutte le controversie in ambito fallimentare si applichi il rito camerale (artt. da 737 a 742 del codice di procedura civile così come modificato dal decreto legislativo n. 5/2003).

Da ultimo si ricorda che il Tribunale, nell'ambito della procedura fallimentare, tutte le volte che è chiamato ad intervenire pronuncia in composizione collegiale, anche nei casi di azioni revocatorie fallimentari ed ordinarie e per gli atti a titolo gratuito.

2. Il giudice delegato

Che il ruolo del giudice delegato sia mutato a seguito della riforma lo si capisce già dall'apertura del riformato art. 25, l. fall. (Poteri del giudice delegato) *"Il giudice delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura..."* in luogo della precedente versione *"Il giudice delegato dirige le operazioni del fallimento..."*. Il potere del giudice delegato è stato fortemente ridimensionato. Il giudice non *"dirige"* ma, semplicemente, *"vigila e controlla"*. Si è parlato di rivoluzione copernicana nell'ambito delle procedure concorsuali. La materia fallimentare viene *"depubblicizzata"*, a beneficio di un confronto diretto tra le parti che troveranno nel giudice un arbitro delle vicende fallimentari, un garante della legalità ormai privato di quei poteri di direzione che gli erano attribuiti dalla precedente normativa.

POTERI DEL GIUDICE DELEGATO EX ART. 25, L. FALL.

Il giudice delegato:

- 1) riferisce al tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio
- 2) emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione
- 3) convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qualvolta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura
- 4) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento
- 5) provvede, nel termine di quindici giorni, sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori
- 6) autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata in ogni grado di essi. Su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito agli avvocati nominati dal medesimo curatore
- 7) su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verifica la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge
- 8) procede all'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati dai terzi.

Sui singoli punti si specifica quanto segue:

1. Il giudice delegato continua, come in passato, ad avere la funzione di tramite tra la procedura ed il Tribunale ed è tenuto a riferire allo stesso riguardo ogni affare per il quale sia richiesto un provvedimento del collegio.
2. Resta in capo a lui il potere di pronunciare provvedimenti urgenti finalizzati alla conservazione del patrimonio del fallito. Su questo punto la riforma ha introdotto un'importante precisazione. Viene infatti escluso che tali provvedimenti possano incidere su terzi che vantino un diritto incompatibile con l'acquisizione. In altre parole, come da tempo affermato da giurisprudenza e dottrina¹ prevalenti, il giudice delegato non ha il potere di emettere decreti di acquisizione nei confronti di terzi che rivendichino un proprio diritto reale o personale sui beni oggetto dell'acquisizione. La norma deve essere letta congiuntamente con il riformulato art. 87- bis che introduce la previsione che il giudice possa con decreto restituire i beni mobili ai soggetti che vantino diritti chiaramente riconoscibili. La *ratio* delle norme, anche in recepimento di prassi virtuose di alcuni tribunali, è nel senso di evitare inutili e dispendiose acquisizioni da parte del fallimento per beni che non sono (e non sono palesemente) di proprietà del fallito e, che, pertanto, dopo essere stati acquisiti dovranno far ritorno nelle mani dei legittimi proprietari.
3. Il giudice delegato continua ad avere la possibilità di convocare il comitato dei creditori ogni qualvolta ne ravvisi l'opportunità. A tale potere si aggiunge ora anche quello di convocazione del curatore. Tale potere è attribuito al giudice a bilanciamento della maggiore autonomia concessa al curatore, come chiarisce la stessa relazione *"questi poteri sono stati rafforzati in funzione di verificare che la maggiore autonomia del curatore non si risolva in gestione incontrollata"*.
4. La nomina degli ausiliari della curatela non è più attribuita al giudice delegato, ma al curatore. Spetta invece al giudice liquidare i compensi e disporre l'eventuale revoca delle persone la cui opera sia stata richiesta direttamente dal curatore nell'interesse del fallimento.
5. In ottica acceleratoria del procedimento, è fissato in 15 gg il termine entro il quale il giudice delegato deve decidere sul reclamo proposto dal fallito o da ogni

¹ *"A me sembra che il decreto di acquisizione, che tra l'altro cozza contro il principio di tipicità degli atti del giudice, sia un'invenzione non giustificata della prassi. Se l'acquisizione avviene ex lege, un provvedimento di acquisizione è superfluo se concerne beni di cui il fallito ha il possesso; ed è illegittimo se concerne beni di cui il fallito non ha il possesso. Insomma, l'apprensione può essere ammessa solo per i beni che si trovano nel possesso del fallito: spossessamento e impossessamento non possono che essere fenomeni complementari; non ci può essere impossessamento del curatore dove non c'era possesso del fallito. Né serve molto osservare che ciò che conta veramente è assicurare l'impugnabilità sia ex art. 26 legge fallimentare, che prevede il reclamo al tribunale per ogni decreto del giudice delegato, sia ex art. 103, che consente di agire per la rivendicazione, restituzione e separazione delle cose mobili inventariate. Non si può giustificare una prassi illegittima con la possibilità di impugnativa. Se proprio si vuole salvare il decreto di acquisizione, si può dire che esso ha una propria autonomia funzionale nel caso di beni futuri o sopravvenuti, o nel caso di beni in possesso di terzi quando non nasca controversia sulla riferibilità al patrimonio del fallito. In tali casi l'utilità del decreto di acquisizione è correlabile alla certezza della destinazione data ai beni, a una sorta di pubblicità che ne deriva, alla più evidente responsabilità di terzi che possano venire a interferire. Al di fuori di tali casi, invece, l'uso del decreto di acquisizione si pone come atto sbrigativo e arbitrario, che lascia il terzo privo di una garanzia giurisdizionale immediata."* U. Apice *L'acquisizione dell'attivo nelle procedure concorsuali* (Il Fallimento n. 4, anno 1992, pag. 349).

altro interessato avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori. Segnaliamo fin d'ora (il discorso verrà approfondito in seguito) che i reclami contro gli atti amministrativi del curatore e contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, possono essere proposti esclusivamente per violazione di legge e mai per motivi di merito (art. 36, l. fall.). Questo implica che l'intervento del giudice delegato sarà limitato ad un esclusivo controllo di legalità della procedura *“senza alcuna possibilità di ingerirsi nelle scelte riguardanti la gestione economica della procedura, potere questo allocato esclusivamente in capo al comitato dei creditori e, nei casi espressamente previsti, in capo al curatore”*².

6. Cambia il sistema di autorizzazione che il giudice delegato rilascia al curatore. Proprio a contemperamento degli accresciuti poteri concessi al curatore, è ora previsto che il giudice delegato debba concedere un'autorizzazione per atti determinati, in altre parole, ogni iniziativa giudiziale del curatore è vincolata ad un'espressa autorizzazione del g.d..
7. Coerentemente con quanto previsto per la nomina degli ausiliari, non è più di competenza del giudice delegato neanche la nomina degli avvocati difensori, che verranno nominati direttamente dal curatore. Il giudice delegato, su proposta del curatore, si limiterà a liquidarne i compensi e a disporre l'eventuale revoca.
8. Viene eliminata anche la previsione che attribuiva al giudice il compito di sorvegliare l'opera prestata nell'interesse del fallimento da qualsiasi incaricato. Come si è visto, tale potere è stato spostato in capo al curatore che, oltre a nominare gli incaricati, qualora lo ritenga opportuno, proporrà al giudice la revoca degli stessi. Il giudice delegato ha invece ora il potere di nomina degli arbitri previa verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge.
9. Il giudice delegato, non più *“con la cooperazione del curatore”*, procede all'accertamento dei crediti e dei diritti reali vantati dai terzi, a norma del capo V della legge fallimentare.

Il legislatore ha ritenuto opportuno stabilire che il giudice delegato non possa né trattare i giudizi da lui stesso autorizzati, né possa far parte del collegio investito del reclamo contro i suoi stessi atti. Con questa disposizione si assicura la terzietà dell'organo giudicante eliminando la possibilità che il giudice delegato si ritrovi ad essere, in qualche modo, giudice di sé stesso³.

L'art. 25 si chiude con la previsione che i provvedimenti emessi del giudice delegato sono pronunciati nella forma del decreto motivato.

² Relazione al D.Lgs. 5/2006, art. 36.

³ Così, sul punto, la Relazione al decreto *“Per assicurare la terzietà e l'imparzialità del giudice delegato è stato previsto che questi non possa partecipare ai procedimenti di impugnazione avverso i suoi atti, ed è stato aggiunto che neppure possa decidere cause da lui autorizzate; questa previsione pur potendo determinare qualche difficoltà organizzativa negli uffici di dimensioni più limitate, appare in linea con i principi salvaguardati dalla carta costituzionale. Eventualmente, in ipotesi limite, si potrà fare ricorso alla applicazione infradistrettuale.”*

Dall'analisi dei nuovi poteri del giudice delegato è possibile cogliere, da un lato, un forte ridimensionamento del suo ruolo all'interno dello svolgimento della procedura, dall'altro, un potenziamento di alcuni poteri a lui attribuiti, in ordine ad un controllo della gestione del curatore.

E' importante sottolineare, inoltre, che sebbene al giudice siano stati sottratti i poteri di direzione sulla procedura, in favore di un maggior potere di intervento attribuito al comitato dei creditori, egli pur sempre rimane il garante della legalità, chiamato a provvedere nei casi di reclami contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (*ex art. 36, l. fall.*).

Per evitare eventuali stasi o mal funzionamenti della procedura, in qualsiasi situazione si ravvisi un'anomalia, la normativa prevede un intervento decisivo e risolutivo da parte del giudice delegato.

E' previsto infatti che provveda direttamente il giudice delegato nei casi di inerzia o di impossibilità di funzionamento del comitato dei creditori o anche in situazioni in cui si riscontri urgenza per l'adozione del provvedimento (*ex art. 41, comma 4, l. fall.*). Dunque, in circostanze anomale (ma che potrebbero, vista la generalizzata latitanza dei comitati dei creditori, rappresentare la prevalente casistica), i poteri del giudice delegato "rivivono" ed influenzano direttamente la procedura.

3. Il curatore

Per quanto riguarda il curatore, il provvedimento di delega ha previsto un significativo ampliamento dei poteri a questi attribuiti in relazione:

- alla formazione dello stato passivo,
- all'esercizio provvisorio dell'impresa,
- al programma di liquidazione.

La disciplina prevista dal testo del '42 attribuiva a tale organo la gestione patrimoniale del fallimento sotto la direzione del giudice delegato: il curatore era infatti chiamato a compiere gli atti di ordinaria gestione, funzionali alla conservazione del patrimonio e alla realizzazione della finalità liquidatoria del procedimento.

Nella precedente impostazione quindi il curatore, come ausiliare del giudice delegato, seppur fornito di poteri di proposta e di iniziativa funzionali a sollecitare le determinazioni dell'autorità giurisdizionale, non era, in alcun modo, investito di poteri decisori, in grado di incidere direttamente sulla conduzione della procedura.

Nella nuova impostazione, quale risulta dalle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 5/2006, invece, il curatore non ha più come referente il giudice delegato. Il suo ruolo appare valorizzato, essendo ora chiamato, insieme al comitato dei creditori, ad indirizzare la procedura nel suo complesso e ad operare le scelte di opportunità per la gestione di questa.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 31, dunque, il curatore è deputato alla gestione del patrimonio del debitore non più sotto la direzione del giudice delegato, ma sotto la vigilanza di questo e del comitato dei creditori.

All'ampliamento dei poteri del curatore corrisponde un ampliamento degli adempimenti e degli obblighi di informazione nei confronti del comitato dei creditori.

Con la riforma tale ultimo organo passa da una funzione meramente consultiva ad una funzione primaria e decisoria nella gestione della procedura concorsuale, con poteri di autorizzazione e di controllo, in relazione:

- all'esercizio provvisorio dell'impresa;
- alle richieste di informazioni al curatore;
- alla sostituzione del curatore;
- al programma di liquidazione predisposto dal curatore.

La circostanza che la rubrica del nuovo art. 31 non si riferisca più ai 'poteri del curatore', ma in generale alla 'gestione della procedura', rende evidente che la riflessione sulle nuove funzioni del curatore non possa svolgersi a prescindere dall'indagine sul diverso rapporto tra gli organi della procedura.

La riforma ha spostato il centro propulsore della procedura dalla figura del giudice delegato al curatore, sotto il controllo del comitato dei creditori, i cui pareri ed autorizzazioni diventano per lui vincolanti, quasi ne fosse un mandatario.

Nella illustrazione delle attività che il curatore è chiamato a svolgere nell'esercizio delle sue funzioni si deve pertanto tener conto:

- della funzione di garanzia svolta dal giudice delegato in relazione alla procedura;
- della funzione di vigilanza e degli incisivi poteri di autorizzazione e controllo attribuiti al comitato dei creditori

3.1 I requisiti per la nomina a curatore

La riforma introduce novità rilevanti, nell'individuazione dei soggetti che possono essere chiamati a svolgere l'incarico di curatela. In tema di requisiti del curatore, la legge delega prevedeva di modificare la disciplina dei requisiti per la nomina a curatore *"annoverando tra i soggetti legittimati a ricoprire la carica...coloro che abbiano comprovate capacità di gestione imprenditoriale"* (così l'art. 1, co. 6, lett. a), punto 3), legge 14 maggio 2005, n. 80).

La nuova formulazione dell'art. 28 l. fall., così come modificato dal D.Lgs. 5/2006, amplia il novero dei soggetti che possono svolgere le funzioni di curatore fallimentare, estendendo la possibilità di accedere a tale ufficio, oltre che a soggetti dotati di specifici requisiti di professionalità (avvocati, ragionieri e dottori commercialisti) anche a:

- soggetti che hanno rivestito incarichi di amministrazione, direzione e controllo nelle S.p.a. che non siano stati dichiarati falliti e che hanno dato prova di adeguate capacità imprenditoriali;
- a studi professionali associati e a società tra professionisti.

Altra novità è costituita dalla previsione secondo cui non può fare il curatore:

- chi ha concorso al dissesto dell'impresa nei due anni antecedenti la dichiarazione di fallimento;
- chi si trova in conflitto di interessi, anche potenziale, con il fallimento.

Con riferimento alla prima situazione si osserva che, rispetto alla previgente disciplina, con la riforma non sono incompatibili tutti i rapporti professionali intrattenuiti con il fallito o qualsiasi ingerenza nell'impresa del fallito, ma solamente quelli che hanno concorso al dissesto dell'azienda.

In tal senso non costituisce più incompatibilità con l'ufficio di curatela la prestazione del professionista che, ad esempio, abbia assistito il fallito nella redazione delle scritture contabili ovvero sia stato sindaco della società, purché tale prestazione non abbia in alcun modo concorso al dissesto della società.

Il riferimento al conflitto d'interessi è, invece, clausola generale diretta a prevenire il pericolo che assumano l'ufficio di curatore soggetti i cui interessi possano compromettere l'imparziale svolgimento della procedura.

Il curatore, che viene nominato con la sentenza di fallimento⁴, deve far pervenire al giudice delegato la propria accettazione all'incarico entro due giorni successivi alla comunicazione della sua nomina. Nel caso non vi provveda entro il termine dei due giorni il tribunale, in camera di consiglio, provvede d'urgenza alla nomina di un altro curatore.

3.2 Competenze, poteri e doveri del curatore

Per evidenziare alcuni tratti salienti della nuova disciplina relativa al curatore, qui di seguito si analizzano le principali modifiche alle competenze spettanti al curatore.

3.2.1. Relazione al giudice

In riferimento alla relazione sulle cause e circostanze del fallimento che il curatore è tenuto a presentare al giudice, vi sono rilevanti novità.

Innanzitutto dalla relazione non devono più risultare le notizie relative al tenore della vita privata del fallito e della sua famiglia. Peraltro, qualora la causa del dissesto risultasse essere proprio l'eccessivo tenore di vita del fallito e della sua famiglia il curatore non potrebbe esimersi dal formulare sul punto le proprie osservazioni.

Inoltre la nuova formulazione del quarto comma dell'art. 33 l.fall. dispone che il curatore, ogni sei mesi successivi alla presentazione della predetta relazione, è tenuto a presentare al giudice delegato un rapporto delle attività svolte con indicazione delle informazioni raccolte dopo la prima relazione, accompagnato dal conto della sua gestione.

⁴ Nel caso in cui il curatore venga sostituito o revocato il nuovo curatore viene nominato con decreto (*ex art. 28, l. fall.*)

Per quanto riguarda il conto sulla gestione si ritiene che esso consista in un rendiconto degli incassi e degli esborsi.

Una copia del rapporto semestrale deve essere trasmessa anche al comitato dei creditori, che deve ricevere anche copia degli estratti conto dei depositi postali e bancari relativi al semestre cui il rapporto fa riferimento.

Rientra nell'ambito dell'esercizio della funzione di vigilanza sull'operato del curatore anche l'attribuzione al comitato (e anche a ogni suo componente) del potere di formulare osservazioni scritte sul rapporto presentato dal curatore.

E' disposto, infine, il deposito in via telematica del rapporto semestrale, e delle eventuali osservazioni, presso il registro delle imprese.

3.2.2. *Apposizione dei sigilli*

Nuovi poteri direttivi sono riconosciuti in capo al curatore, che può ora procedere direttamente ad apporre i sigilli sui beni del debitore, potendo anche richiedere l'assistenza della forza pubblica (art. 84).

In caso di dislocazione dei beni in comuni diversi il curatore può delegare l'apposizione dei sigilli a uno o più coadiutori designati dal giudice delegato.

Una novità riguarda i beni non sottoposti all'apposizione di sigilli – denaro, titoli, scritture contabili ed altra documentazione - (art. 86) per i quali è attribuito al curatore il potere di trattenere le scritture contabili senza che sia necessaria la preventiva autorizzazione del giudice delegato.

Peraltro ora si prevede che, insieme alle scritture contabili, deve essere consegnata al curatore anche ogni altra documentazione ancora non depositata in cancelleria che sia da questi richiesta.

Il giudice delegato può, comunque, autorizzare il deposito dei beni in un luogo idoneo anche presso terzi.

Si conferma l'obbligo per il curatore di esibizione delle scritture contabili, su richiesta del fallito ovvero di chi ne abbia diritto. In tale ipotesi il curatore può rifiutarsi di esibire la documentazione richiesta (perché ad esempio ritenga non legittima la richiesta): in tal caso l'interessato può ricorrere al giudice delegato che provvede con decreto motivato.

3.2.3. *Inventario*

Per quanto riguarda le operazioni relative alla redazione dell'inventario dei beni del fallito, la nuova formulazione dell'art. 87 attribuisce al curatore la competenza a redigere l'inventario nel più breve termine possibile, senza che sia più necessario richiedere l'autorizzazione al giudice delegato per la rimozione dei sigilli.

La verbalizzazione dell'attività compiuta è effettuata con l'assistenza del cancelliere.

E' ora il curatore, in luogo del giudice delegato, a nominare, quando occorre, uno stimatore.

3.2.4 Progetto di formazione dello stato passivo

La nuova disciplina attribuisce al curatore, e non più al giudice delegato, la competenza ad esaminare le domande di ammissione al passivo e di provvedere a stilare elenchi separati dei creditori e degli altri titolari di diritti su beni mobili e immobili che sono in proprietà o in possesso del fallito, rassegnando per ciascuno le proprie conclusioni. In altre parole il nuovo art. 95 l. fall., attribuisce al curatore la competenza a redigere il progetto di formazione dello stato passivo. Tale progetto deve essere depositato in cancelleria del tribunale almeno 15 giorni prima dell'udienza fissata per l'esame del passivo⁵.

In questa fase della procedura la riforma ha intensificato gli obblighi informativi a carico del curatore. La previsione, in conformità con quanto indicato dal provvedimento di delega, è diretta a semplificare le modalità di presentazione delle domande di ammissione al passivo, in modo da abbreviare i tempi della procedura.

In particolare:

- nella fase di predisposizione ed esame dello stato passivo, il curatore, nell'avvisare i creditori e gli altri interessati, deve precisare le modalità e i termini per la presentazione della domanda di ammissione al passivo, fornendo ogni informazione diretta ad agevolare la presentazione di tale domanda;
- una volta depositato il progetto di stato passivo nella cancelleria del tribunale, il curatore deve darne comunicazione ai creditori e ai titolari di diritti su beni e al fallito in modo da consentire a tali soggetti di esaminare il progetto ed eventualmente di presentare osservazioni scritte (art. 95).

Infine ulteriori obblighi informativi a carico del curatore, sono previsti anche dopo che sia stato dichiarato esecutivo lo stato passivo: ai sensi del nuovo art. 97 l.fall. questi, infatti, è tenuto a comunicare immediatamente ad ogni creditore l'esito della domanda di ammissione, informandolo, qualora non sia stata accolta, anche del diritto di proporre opposizione (art. 97).

Spetta al curatore anche di comunicare la data dell'udienza ai creditori che hanno presentato domanda tardiva di ammissione.

3.2.5 Esercizio provvisorio di impresa

Per quanto riguarda l'esercizio provvisorio dell'impresa, il nuovo art. 104 l.fall. dispone che il giudice delegato può autorizzare l'esercizio provvisorio dell'impresa (ora anche solo in riferimento a singoli rami) su proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori, se dalla interruzione può derivare un danno grave (e non più anche irreparabile), sempre che non arrechi pregiudizio ai creditori.

⁵ Si attende la prova dei fatti per vedere il funzionamento della tempistica. Oggi non si riesce a comprendere come il curatore possa presentare il suo progetto di stato passivo entro 15 gg. prima dell'udienza visto che nello stesso termine i creditori possono presentare i documenti giustificativi del credito e della prelazione.

Come può osservarsi, risulta potenziato il ruolo del curatore nella determinazione della continuazione provvisoria dell'attività d'impresa, posto che ora è proprio tale organo, in coordinamento con il comitato dei creditori, a proporre all'autorità giudiziaria la continuazione dell'attività d'impresa.

Tale potenziamento si riflette in un ampliamento degli obblighi in capo al curatore che è ora tenuto (in luogo del giudice delegato):

- a convocare, almeno ogni trimestre, il comitato dei creditori per informarlo sull'andamento della gestione. In tale occasione si conferma l'obbligo per il comitato di pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'attività dell'impresa;
- a presentare in cancelleria un rendiconto delle attività ogni semestre e, in ogni caso, al termine dell'esercizio provvisorio;
- a informare il giudice delegato e il comitato dei creditori di ogni circostanza che possa influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio.

Si tratta, come può osservarsi, di penetranti obblighi di informazione degli altri organi della procedura, funzionali alla valutazione da parte di questi - in particolare del comitato dei creditori - dell'opportunità di continuare o meno l'esercizio dell'impresa provvisoriamente autorizzato.

3.2.6 *Affitto di azienda*

Dopo decenni di applicazione pratica dell'istituto codicistico del contratto di affitto di azienda (disciplinato nell'art. 2556 cod. civ.) nell'ambito del fallimento, il legislatore lo prevede espressamente nella stessa legge fallimentare (nuovo art. 104-*bis*).

Anche in tale ambito si conferma un ruolo propositivo del curatore che può proporre l'affitto dell'azienda (ovvero di singoli rami di questa) anche prima del programma di liquidazione.

Inoltre, nell'individuazione e scelta dell'affittuario (che deve avvenire sulla base di stima e con adeguate forme di pubblicità in modo da assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati), il curatore deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, anche delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, con particolare riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Nel contratto d'affitto, stipulato dal curatore nelle forme previste dall'art. 2556 cod. civ., dovrà peraltro essere espressamente previsto:

- il diritto del curatore di procedere alla ispezione dell'azienda;
- la prestazione di idonee garanzie per le tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge;
- il diritto di recesso del curatore dal contratto, che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo.

3.2.7 Programma di liquidazione

Una novità di assoluto rilievo riguarda la previsione dell'art. 104-ter l. fall. relativa alla predisposizione da parte del curatore del programma di liquidazione.

Si tratta di una competenza che valorizza appieno le funzioni di prospettazione e di sollecitazione del curatore quale organo portatore, in coordinamento con il comitato dei creditori, della visione complessiva della procedura.

Come già osservato, nella nuova impostazione il curatore è l'organo deputato ad indirizzare la procedura fallimentare sulla base di scelte di opportunità: significativi sono, pertanto, i poteri di iniziativa a questi attribuiti e, in generale, le sue prerogative di natura decisionale anche se subordinate all'approvazione del comitato dei creditori ed all'autorizzazione del giudice delegato.

Tale nuovo ruolo emerge con evidenza nell'attività relativa alla predisposizione del programma di liquidazione, in cui il curatore è chiamato a delineare l'evoluzione della procedura sulla base di valutazioni relative alla provvisoria prosecuzione dell'impresa, alla individuazione delle azioni in concreto da esperire, alla cessione dell'azienda (in blocco ovvero dei suoi singoli rami) ed alla determinazione delle condizioni di vendita dei singoli cespiti.

Appare evidente, dunque, la differenza con il sistema attuale in cui il giudice delegato anche nella fase liquidatoria risulta essere l'organo munito della *potestas decidendi*.

Secondo il nuovo art. 104-ter il curatore ha l'obbligo di redigere un vero e proprio programma di liquidazione, entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario, che fissa i termini e le modalità per la realizzazione dell'attivo.

In tale ambito l'attività di sorveglianza del comitato dei creditori sull'operato del curatore si realizza essenzialmente attraverso:

- l'esame preliminare del progetto da parte del comitato, che deve esprimere su questo parere favorevole: solo in tal caso il progetto può essere successivamente sottoposto al giudice delegato per l'approvazione;
- il potere di proporre al curatore modifiche al programma presentato.

Il programma deve pronunciarsi innanzitutto sull'opportunità di:

- disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa,
- ovvero autorizzare l'affitto dell'azienda (o di singoli rami).

Nel programma il curatore deve inoltre precisare:

- se sussistono proposte di concordato e il loro contenuto;
- le eventuali azioni in concreto da proporre (azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie);
- se sussiste la possibilità di cessione dell'azienda in blocco ovvero di cessione dei singoli rami, beni o rapporti giuridici in blocco;
- le condizioni di vendita dei singoli cespiti.

Nel caso in cui dal ritardo relativo all'approvazione del programma possa derivare pregiudizio all'interesse dei creditori, il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, alla liquidazione di taluni beni anche prima che il programma venga approvato. Infine, il curatore può, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non procedere alla liquidazione di quei beni per i quali tale attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente.

Di particolare rilievo è la previsione per cui l'approvazione del programma di liquidazione tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni inclusi nel programma. Pertanto, una volta approvato il programma, il curatore non avrà più necessità di ottenere singole autorizzazioni per compiere le operazioni in esso previste.

Sempre in riferimento all'approvazione del programma si deve osservare che essa comporta la responsabilità del curatore per l'adempimento dei doveri derivanti dal piano di liquidazione approvato.

Nell'attività di liquidazione dell'attivo il curatore può essere autorizzato a delegare ad altri professionisti talune incombenze relative alla liquidazione dell'attivo.

In conclusione, con la previsione di un "programma di liquidazione", si portano a conoscenza di ogni interessato le linee guida di vendita, che devono essere autorizzate dal giudice delegato, previa approvazione del comitato dei creditori, demandandosi poi al curatore le modalità attuative relative ad ogni singola vendita. Con il programma, quindi, si realizza la finalità di una preventiva informazione in ordine ai beni da liquidare, nonché ai tempi e alle prospettive di vendita.

3.2.8 *Vendita dell'azienda o di suoi rami*

Un ruolo propulsivo è attribuito al curatore anche nell'ambito della vendita dell'azienda ovvero di suoi rami, beni o rapporti giuridici in blocco (previsto dal nuovo art. 105 l. fall.).

In particolare, in caso di alienazione dell'azienda il curatore definisce, insieme all'acquirente e alle rappresentanze dei lavoratori, il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro previste dalla disciplina giuslavoristica.

Si attribuisce al curatore il potere di procedere anche alla:

- cessione di singoli rami dell'azienda o anche di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco,
- conferimento dell'azienda o di singoli rami in una o più società.

3.2.9 *Modalità delle vendite*

Per quanto riguarda le modalità di vendita dei beni dell'attivo, il curatore può ora procedere alla vendita e agli atti di liquidazione (nuovo art. 107 l. fall.) secondo procedure competitive (tenuto conto delle condizioni di mercato) e sulla base di stime predisposte da esperti. In caso di offerta irrevocabile di acquisto migliorativa del

10% rispetto al prezzo offerto, il curatore può sospendere la vendita.

Nell'espletamento di tali attività il curatore può avvalersi di soggetti specializzati, assicurando pubblicità e trasparenza alle operazioni di vendita (l'individuazione dei requisiti di professionalità dei soggetti esperti e dei mezzi di pubblicità è rimessa ad un regolamento ministeriale).

In caso di vendita di immobili il curatore, prima del completamento delle operazioni di vendita, deve darne notizia, con notifica, ai creditori ipotecari o muniti di privilegio.

Il curatore è tenuto ad informare il giudice delegato e il comitato dei creditori degli esiti della vendita tramite deposito, presso la cancelleria, della relativa documentazione.

In ogni caso il giudice delegato (su istanza del fallito o del comitato dei creditori ovvero di altri interessati - in quest'ultimo caso previo parere del comitato) può:

- sospendere la vendita se ricorrono gravi e giustificati motivi;
- impedire il perfezionamento dell'alienazione qualora il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore al valore del bene (si tiene conto del suo valore di mercato).

3.2.10. Ripartizione dell'attivo

La riforma interviene a modificare una previsione che nella prassi frequentemente non veniva rispettata, vale a dire la presentazione, con cadenza bimestrale, delle ripartizioni dell'attivo.

La periodicità è ora prevista ogni 4 mesi.

Il giudice delegato non può più apportare al prospetto le variazioni che ritiene convenienti, ma ne ordina il deposito in cancelleria dopo aver sentito il comitato dei creditori.

Avverso il piano di ripartizione è ammesso reclamo da parte dei creditori entro 15 giorni dal ricevimento della comunicazione (via raccomandata a/r oppure con altro mezzo telematico) dell'avvenuto deposito del progetto in cancelleria.

Per quanto riguarda l'ordine di distribuzione delle somme (art. 111), il curatore deve ora tenere un conto autonomo delle vendite relative ai beni mobili e immobili su cui gravano diritti di prelazione:

- immobili oggetto di privilegio speciale e di ipoteca,
- singoli beni mobili o gruppo di mobili oggetto di pegno e privilegio speciale.

In riferimento al pagamento dei creditori (art. 115) si precisa, che il curatore in caso di cessione dei crediti ammessi, deve liquidare la somma al cessionario solo qualora:

- tale cessione sia stata a lui comunicata tempestivamente;
- sia stata fornita la relativa documentazione (atto autentico attestante l'avvenuta cessione del credito).

In tal caso il curatore deve apportare una rettifica formale allo stato passivo. Infine, nel rendiconto che il curatore deve presentare al giudice delegato successivamente al compimento della liquidazione dell'attivo (e prima del riparto finale) deve essere indicata l'esposizione analitica delle operazioni contabili e delle attività di gestione della procedura (art. 116).

Il curatore, peraltro, è tenuto a presentare analogo rendiconto anche nel caso di cessazione dalla funzione.

3.2.11. *Concordato fallimentare*

Al curatore è richiesto il parere sulla proposta di concordato con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione (art. 125, l. fall.).

Se la proposta è presentata prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, il curatore deve stilare un elenco provvisorio dei creditori del fallito, approvato dal giudice delegato sulla base dei dati contabili e delle altre notizie disponibili: tale adempimento è presupposto per l'approvazione della proposta di concordato (art. 124, l. fall.).

La norma dispone che il giudice delegato può comunicare la proposta ai creditori solo se il curatore abbia espresso parere favorevole alla proposta.

Ai fini del giudizio di omologazione del concordato si introduce un nuovo adempimento per il curatore, che deve presentare al giudice delegato una relazione sull'esito delle votazioni sulla proposta di concordato (art. 129).

Quando il decreto di omologazione diventa definitivo il curatore deve presentare un rendiconto contenente l'esposizione analitica delle operazioni contabili e dell'attività di gestione (art. 130).

3.3 *Il rapporto tra curatore e comitato dei creditori*

E' importante segnalare taluni aspetti del nuovo rapporto tra curatore e comitato dei creditori in relazione:

- all'autorizzazione del curatore al compimento degli atti di straordinaria amministrazione;
- al potere attribuito ai creditori di richiedere la sostituzione del curatore.

In seguito alla nuova formulazione dell'art. 35 l. fall., il comitato dei creditori, e non più il giudice delegato, è ora investito del potere di autorizzare il compimento degli atti di straordinaria amministrazione del curatore.

E' tuttavia previsto per le transazioni e gli atti di valore superiore ai 50.000 € (limite peraltro soggetto a possibili adeguamenti) l'obbligo a carico del curatore di informare preventivamente il giudice delegato.

Sul punto si deve osservare che la norma così riformulata non appare garantire appieno la certezza e stabilità agli atti del curatore.

Nel concreto, infatti, potrebbero presentarsi talune difficoltà connesse essenzialmente ad un uso distorto da parte dei creditori più forti, che potrebbero utilizzare tale potere:

- per condizionare le scelte del curatore diligente;
- ovvero con finalità dilazionistiche e ostruzionistiche rispetto all'andamento della procedura.

Altro profilo innovativo riguarda il potere di richiesta di sostituzione del curatore ad opera dei creditori.

In attuazione della legge delega, che ha previsto il potere da parte dei creditori di *"confermare o effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori, nonché confermare il curatore ovvero richiederne la sostituzione indicando al giudice delegato un nuovo nominativo a maggioranza dei crediti insinuati ..."* (l'art. 1, co. 6, n. 9 della legge 14 maggio 2005, n. 80), il nuovo art. 37-bis l. fall. attribuisce ai creditori allo stato ammessi, il potere di chiedere al giudice delegato, in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo, la sostituzione del curatore, indicando le ragioni della richiesta e individuando un nuovo nominativo.

In particolare si dispone che la richiesta deve essere fatta da tanti creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti allo stato ammessi.

L'esclusione dal computo della maggioranza dei crediti di quelli che si trovano in conflitto d'interessi (prevista dal co. 2 dell'art. 37-bis) evita che si metta in pratica un utilizzo distorto di tale potere da parte dei creditori.

Inoltre al comitato dei creditori è, in ogni caso, riconosciuto il potere di richiedere la revoca del curatore (art. 37).

3.4 Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori

Profondamente innovata è la disciplina relativa al reclamo contro gli atti del curatore.

La normativa previgente, all'art. 36, prevedeva che contro gli atti d'amministrazione del curatore, il fallito e ogni altro interessato, potessero ricorrere al giudice delegato, che decideva con decreto motivato. Non si trattava di un mezzo di impugnazione, ma di un reclamo, inammissibile per gli atti preventivamente autorizzati dal giudice delegato stesso, per cui non era previsto alcun termine di decadenza. Contro il decreto del giudice delegato era ammesso ricorso al tribunale entro tre giorni dalla data del decreto medesimo. Il tribunale decideva con decreto motivato, sentito il curatore ed il reclamante.

Il novellato art. 36 prevede che contro gli atti di amministrazione del curatore e contro le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori e i relativi comportamenti omissivi, il fallito e ogni altro interessato possono proporre reclamo al giudice delegato per violazione di legge, entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere. Il

giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio.

L'articolo introduce una norma necessaria al mantenimento dell'equilibrio dei nuovi poteri assegnati ai diversi organi della procedura fallimentare. In sostanza, laddove sorgano conflitti fra il curatore ed il comitato dei creditori, può essere chiesto l'intervento del giudice delegato soltanto denunciando violazioni di legge e mai per motivi attinenti al merito. In tal modo al giudice compete solo il potere di controllo di legalità della procedura, senza alcuna possibilità di ingerirsi nelle scelte riguardanti la gestione economica stessa⁶.

Contro il decreto del giudice delegato è ammesso ricorso al tribunale entro otto giorni dalla data della comunicazione del decreto medesimo.

Il tribunale decide entro trenta giorni, sentito il curatore ed il reclamante, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, con decreto motivato non soggetto a gravame.

Se è accolto il reclamo avverso un comportamento omissivo del curatore o del comitato dei creditori, alternativamente:

- il curatore è tenuto a dare esecuzione al provvedimento dell'autorità giudiziaria;
- il giudice delegato provvede in sostituzione del comitato dei creditori.

In un'ottica acceleratoria delle procedure il nuovo art. 36-*bis* prevede che i termini processuali previsti per la disciplina dei reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale (*ex art. 26, l. fall.*) e contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (*ex art. 36, l. fall.*) non sono soggetti alla sospensione feriale.

4. Il comitato dei creditori

Il testo del '42 prevedeva che il comitato dei creditori venisse nominato dal giudice delegato, entro dieci giorni dall'emanazione del decreto di esecutività dello stato passivo. Il giudice delegato, qualora l'avesse ritenuto opportuno, poteva costituire il comitato dei creditori, anche prima di tale termine, in via provvisoria.

Tra i tre o cinque membri del comitato dei creditori il giudice stesso nominava il presidente del comitato. Inoltre, in capo al giudice era la possibilità di sostituire i membri del comitato.

Il sistema così delineato, nonostante prevedesse anche l'attribuzione al comitato di poteri di una certa rilevanza (si pensi al potere di impugnazione degli atti del giudice delegato previsto dall'art. 26, o al potere di richiedere la revoca del curatore *ex art. 37*), ha comportato una situazione di fatto in cui, sostanzialmente, tale organo si è limitato ad esprimere il proprio parere nei casi obbligatori e su istanza del curato-

⁶ Apice, *cit.*

re. Anzi, il comitato dei creditori appariva, *ante* riforma, un organo caratterizzato da un così forte astensionismo, che, il più delle volte, in mancanza di espressione di parere anche nei casi obbligatori, il suo silenzio veniva interpretato come assenso.

Le motivazioni di questo svuotamento della figura vanno rinvenute in un sistema complessivo tendente alla svalutazione dell'organo e ad una mancanza di motivazione derivante dalle esigue probabilità di recupero del credito. Sicuramente tra i limiti della precedente normativa vi era quello della nomina del comitato dei creditori senza l'obbligo di attenersi a nessun parametro o criterio di riferimento. La circostanza ha comportato, di fatto, un generalizzato difetto di interesse alla procedura e anche, soprattutto, un difetto di competenza dell'organo, che veniva ad essere costituito, per lo più, di creditori non professionalmente qualificati e preparati in materia fallimentare.

Era necessario procedere ad una revisione integrale della disciplina relativa.

L'obiettivo perseguito dal legislatore della riforma, in linea con la rivisitazione in chiave depubblicizzata della procedura fallimentare, è quello di responsabilizzare il comitato dei creditori così da rendere l'organo concretamente operativo sin dall'inizio della procedura fallimentare.

Come si è già osservato, le accresciute attribuzioni poste in capo al comitato dei creditori, corrispondono, per altro verso, ad una proporzionale compressione del ruolo del giudice delegato (si veda paragrafo 2).

Per quanto riguarda la nuova disciplina relativa al comitato dei creditori, la legge delega 80/2005 ha indicato tre criteri di riferimento:

- l'ampliamento delle sue competenze, consentendo una maggiore partecipazione dell'organo alla gestione della crisi di impresa (art. 1, comma 6, lett. a), punto 2);
- la previsione che in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo i creditori possano, a maggioranza dei crediti insinuati, confermare o effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori, nonché confermare il curatore ovvero richiederne la sostituzione indicando al giudice delegato un nuovo nominativo (art. 1, comma 6, lett. a), punto 9);
- la previsione che il comitato dei creditori possa proporre al curatore modifiche al programma di liquidazione presentato, prima di procedere alla sua votazione, e che l'approvazione del programma sia subordinata all'esito favorevole della votazione, da parte del comitato dei creditori (art. 1, comma 6, lett. a), punto 10).

Sulla base di tali criteri direttivi il legislatore ha radicalmente modificato il sistema previgente.

4.1 *La nomina*

Il nuovo art. 40 "*Nomina del comitato*" è stato ampiamente innovato e, con i suoi attuali sei commi (in luogo dei precedenti tre), detta una disciplina accurata e dettagliata della nomina dei componenti del comitato.

Il primo comma del riformulato art. 40 prevede che il comitato dei creditori sia 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 aventi i requisiti previsti”*. Con tale previsione si consente che siano gli stessi creditori a segnalare la propria disponibilità sulla base dei requisiti richiesti. Il comitato dei creditori costituito con tale modalità dovrebbe essere immediatamente operativo, senza che si incorra più nelle frequenti dichiarazioni di rinuncia all’incarico da parte di creditori scelti dal giudice delegato senza alcuna segnalazione di disponibilità.

Per la stessa motivazione di funzionamento corretto dell’organo fin dalla sua costituzione è stata eliminata la possibilità di costituzione *“provvisoria”* del comitato.

Dopo che il comitato è stato costituito rimane ferma la possibilità di sostituzione dei suoi membri da parte del giudice delegato. La norma precisa ora che la sostituzione può essere effettuata in caso di variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo, delimitando l’intervento del giudice sulla composizione dell’organo a casi specifici.

Il secondo comma dell’articolo 40 mantiene la composizione collegiale dell’organo composto da tre o cinque membri, viene però ora previsto che tali membri siano 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.”* In questo modo, per porre rimedio al diffuso disinteresse del comitato dei creditori nei confronti della procedura, verranno selezionati, tra i creditori, quelli più concretamente e fattivamente interessati all’andamento della stessa.

Entro dieci giorni dalla nomina gli stessi membri del comitato, e non più il giudice delegato, eleggono a maggioranza il presidente.

Le modifiche all’architettura della norma sono di grande impatto. E’ da notare che, sebbene formalmente la nomina dei membri del comitato rimanga di origine autoritaria, ovverosia stabilita dall’autorità giudiziaria (il giudice delegato), sostanzialmente sono gli stessi creditori ad eleggere e comporre il comitato. Essi infatti propongono al giudice i nominativi dei candidati, sia in fase iniziale di costituzione dell’organo che al momento di sue successive modificazioni. L’art. 37-bis, infatti, prevede *ex novo* la possibilità che, in sede di adunanza per l’esame dello stato passivo, la maggioranza semplice dei creditori allo stato ammessi al passivo possa (si veda paragrafo 3.3) chiedere la sostituzione del curatore e effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori, indicando al Tribunale le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo. La decisione sulla sostituzione è attribuita al Tribunale che provvede alla nomina dei soggetti indicati dai creditori (salvo il caso che non siano stati rispettati i requisiti previsti dell’art. 40, comma 2, sulla rappresentazione equilibrata della quantità e qualità dei crediti e della possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi).

Come ulteriore elemento di autodeterminazione dell'organo vi è la previsione dell'elezione del presidente lasciata direttamente in capo all'organo che provvede a maggioranza, entro dieci giorni dalla nomina e su convocazione del curatore.

In contrappeso normativo all'accresciuta autonomia dell'organo, il legislatore ha previsto, per evitare un uso distorto dei nuovi spazi concessi, che il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si debba astenere dalla votazione.

La disposizione si chiude con la previsione che ciascun componente del comitato dei creditori può, previa comunicazione al giudice delegato, delegare in tutto o in parte l'espletamento delle proprie funzioni ad un soggetto avente i requisiti per la nomina a curatore⁷ ex art. 28, l. fall..

La previsione è stata inserita nella considerazione della consistenza, contenuto e numero delle funzioni attribuite a ciascun componente del comitato, che presuppongono un patrimonio di conoscenze giuridiche e contabili certamente non proprie di ciascun creditore⁸.

Se con la previsione dei requisiti per la nomina dei componenti (che devono rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento degli stessi) si è cercato di porre rimedio al difetto di interesse del comitato dei creditori, con quest'ultima previsione, si vuole porre rimedio al difetto di competenza dei membri dell'organo. I membri del comitato potranno, nell'espletamento del loro incarico, rivolgersi a soggetti competenti in materia fallimentare.

4.2 Le funzioni

Il nuovo art. 41 ridisegna il ruolo del comitato dei creditori e attribuisce ad esso nuovi ed incisivi poteri di autorizzazione per gli atti del curatore.

Alla luce dell'importante novità, l'art. 41 prevede ora che il comitato:

- vigila sull'operato del curatore (funzioni di vigilanza e controllo);
- autorizza gli atti del curatore (funzioni autorizzative);
- esprime pareri nei casi previsti dalla legge, o su richiesta del tribunale e del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni (funzioni consultive).

Funzioni di vigilanza e controllo

Nell'assolvere alle sue funzioni di vigilanza e controllo, il comitato dei creditori:

- vigila su tutte le operazioni della procedura affidata al curatore (art. 31, l. fall.);
- riceve dal curatore copia del rapporto semestrale riepilogativo delle attività svolte redatto dallo stesso curatore. Nel rapporto sono indicate tutte le informazioni raccolte dopo la prima relazione al giudice ed è accompagnato dal conto della gestione del curatore (art. 33, l. fall.);

⁷ Avvocati, dottori commercialisti, ragionieri commercialisti, soggetti che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni dando prova di adeguate capacità imprenditoriali, purché non siano incorsi in fallimento.

⁸ Così U. Apice, "Manuale breve di diritto fallimentare".

- può formulare osservazioni scritte riguardanti il rapporto semestrale riepilogativo delle attività svolte redatto dal curatore (art. 33, l. fall.);
 - almeno un componente del comitato deve vidimare il registro contenente le operazioni giornaliere relative all'amministrazione del fallimento tenuto dal curatore (art. 38, l. fall.);
 - può ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura (art. 41, l. fall.);
 - può chiedere notizie e chiarimenti al curatore ed al fallito (art. 41, l. fall.);
 - può convocare il fallito personalmente per ottenere informazioni o chiarimenti ai fini della gestione della procedura (art. 49, l. fall.);
 - deve essere avvisato dal curatore e può essere presente al momento della redazione dell'inventario (art. 87, l. fall.);
 - ha diritto di prendere visione di qualunque atto o documento contenuto nel fascicolo della procedura predisposto dal curatore (art. 90, l. fall.);
 - nel caso di esercizio provvisorio dell'impresa, deve essere convocato dal curatore, almeno ogni tre mesi, per essere informato sull'andamento della gestione e per pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'esercizio (art. 104, l. fall.);
 - sempre nel caso di esercizio provvisorio, ha il diritto di essere informato dal curatore per circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio (art. 104, l. fall.);
 - deve essere informato dal curatore degli esiti delle procedure di vendita (art. 107, l. fall.);
 - può richiedere al giudice delegato la sospensione delle operazioni di vendita qualora ricorrano gravi e giustificati motivi (art. 108, l. fall.);
 - può richiedere al giudice delegato (con istanza da presentarsi entro dieci giorni dal deposito in cancelleria della documentazione relativa agli esiti delle procedure di vendita) di impedire il perfezionamento della vendita qualora il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato (art. 108, l. fall.);
-

Funzioni autorizzative

La riforma attribuisce al comitato dei creditori nuovi poteri di autorizzazione all'operato del curatore. In seguito alle innovazioni, il comitato dei creditori:

- autorizza il curatore a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito (art. 32, l. fall.);
 - autorizza il curatore ad effettuare le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione (art. 35, l. fall.);
 - congiuntamente al giudice delegato, autorizza il nuovo curatore a proporre azione di responsabilità nei confronti del curatore revocato (art. 38, l. fall.);
 - autorizza il curatore a rinunciare all'acquisizione dei beni che pervengono dal fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi (art. 42, l. fall.);
 - autorizza il curatore a sciogliere o a subentrare in luogo del fallito nei contratti pendenti (art. 72, l. fall.);
 - autorizza il curatore a subentrare in luogo del fallito nei contratti di vendita a termine o a rate (art. 73, l. fall.);
 - autorizza il curatore a subentrare in luogo del fallito nei contratti di appalto (art. 81, l. fall.);
 - autorizza il curatore a non acquisire all'attivo o a rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente (art. 104-ter).
-

Funzioni consultive

Nell'ambito delle sue funzioni consultive, il comitato dei creditori:

- può in ogni tempo essere sentito dal tribunale in camera di consiglio (art. 23, l. fall.);
- può essere convocato dal giudice delegato ogniqualvolta egli ne ravvisi l'opportunità per il corretto e sollecito svolgimento della procedura (art. 25, l. fall.);
- deve dare la propria approvazione affinché il curatore richieda al giudice, se è prevedibile che le somme disponibili non possano essere immediatamente destinate ai creditori, di ordinare che le disponibilità liquide siano impiegate nell'acquisto di titoli emessi dallo Stato (art. 34, l. fall.);
- deve essere sentito dal tribunale in qualunque caso il tribunale provveda a revocare il curatore (art. 37, l. fall.);
- di concerto con il curatore, deve offrire il proprio consenso per l'emissione del decreto del giudice delegato con il quale si dispone la restituzione dei beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili (art. 87-bis);
- deve essere sentito dal tribunale qualora disponga, su istanza del curatore, con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, il non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali, se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura (art. 102, l. fall.);
- deve essere sentito dal tribunale nel caso il tribunale ravvisi l'opportunità di ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio (art. 104, l. fall.);
- deve dare parere favorevole affinché il giudice delegato, su proposta del curatore, autorizzi l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile ai fini della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa (art. 104-bis, l. fall.);
- deve essere sentito dal giudice delegato affinché conceda l'autorizzazione al curatore perché proceda alla liquidazione dei beni, prima dell'approvazione del programma di liquidazione, se dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori (art. 104-ter, l. fall.);
- deve offrire il proprio parere affinché il giudice, su istanza del fallito o di altri interessati, sospenda le operazioni di vendita qualora ricorrano gravi ed ingiustificati motivi (art. 108, l. fall.);
- deve offrire il proprio parere affinché il giudice, su istanza del fallito o di altri interessati, impedisca il perfezionamento della vendita qualora il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato (art. 108, l. fall.);
- deve essere sentito dal giudice prima che ordini il deposito del progetto di ripartizione delle somme disponibili in cancelleria (art. 110, l. fall.);
- deve essere sentito dal tribunale nel caso di chiusura del fallimento perché la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, nè i crediti prededucibili e le spese di procedura (art. 119, l. fall.);
- può proporre modifiche al programma di liquidazione presentato dal curatore (art. 104-ter, l. fall.);
- deve fornire il proprio parere al giudice delegato sulla proposta di concordato, con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione (art. 125, l. fall.);
- se la proposta di concordato viene approvata, deve redigere la relazione conclusiva, nel caso in cui la proposta sia stata presentata dal curatore (art. 129, l. fall.);
- deve essere sentito dal tribunale nel procedimento di esdebitazione in caso di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore (art. 143, l. fall.);
- nel caso di fallimento di società, deve essere sentito dal giudice delegato affinché autorizzi il curatore ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali, i liquidatori e contro i soci della società a responsabilità limitata che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (art. 146, l. fall.).

4.3 Il funzionamento

Il novellato art. 41, oltre a stabilire le funzioni del comitato dei creditori, determina anche le modalità di funzionamento dell'organo.

Il presidente convoca il comitato per le deliberazioni di competenza o quando ne faccia richiesta un terzo dei componenti del comitato stesso. Il comitato dei creditori opera, dunque, con metodo collegiale e le deliberazioni devono essere assunte "a maggioranza dei votanti". Come è stato già osservato da alcuni commentatori⁹, la norma utilizza un'espressione di dubbia interpretazione. Non risulta chiaro, infatti, se con l'espressione "maggioranza dei votanti" si intenda la totalità degli aventi diritto al voto (quindi tutti i componenti del comitato) o, effettivamente la maggioranza di coloro che partecipano alla votazione. In questo secondo caso la maggioranza potrebbe non venire raggiunta. Gli organi collegiali, difatti, sono sempre previsti in numero dispari (come in questo caso in cui membri devono essere tre o cinque), proprio per garanzia del raggiungimento di una maggioranza. Se il legislatore intende che la maggioranza si calcoli in base ai soli intervenuti alla deliberazione, ci si potrebbe trovare in una situazione di parità tra i votanti, senza la possibilità di pervenire ad una maggioranza. Rimane ancora da notare che la stessa situazione di parità di votanti potrebbe crearsi nel caso astensione per conflitto di interessi di un componente del comitato dei creditori *ex art. 40, comma 5*.

L'art. 41 prevede, in ottica acceleratoria delle procedure, che le deliberazioni siano assunte nel termine massimo di quindici giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al presidente.

Nel caso in cui il comitato dei creditori non rispetti il termine previsto, è da ritenersi che si applichi il quarto comma dell'art. 41 che prevede il potere di sostituzione del giudice delegato. Il potere di provvedere in luogo del comitato dei creditori (come già osservato paragrafo 2) spetta al giudice delegato nei casi di inerzia, di impossibilità di funzionamento del comitato o di urgenza.

Sempre per agevolare la speditezza procedurale viene previsto che il voto possa essere espresso, oltrechè nella modalità tradizionale della presenza fisica, anche per mezzo telefax o altro mezzo elettronico o telematico, purchè sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto.

Un'ulteriore novità relativa al comitato dei creditori è data dalla possibilità che venga stabilito un compenso per i suoi membri. Nel vigore della vecchia normativa, ai membri del comitato non spettava alcun compenso, ma solo il rimborso delle spese sostenute per l'adempimento degli obblighi del proprio incarico.

Il comma 4 dell'art. 37-*bis* demanda oggi alla maggioranza per teste dei creditori allo stato ammessi, la scelta, in sede di adunanza per la verifica del passivo, sull'opportunità di attribuire ai componenti del comitato dei creditori, oltre al rimborso delle spese vive di cui all'art. 41, anche un compenso per l'attività svolta, comunque nel limite massimo del dieci per cento di quello liquidato al curatore.

⁹ In questo senso ABI, Riforma del sistema concorsuale - Gli organi della procedure (Circolare serie legale n. 19).

4.4 Le responsabilità

Gli accresciuti compiti e competenze gestionali attribuiti al comitato dei creditori hanno indotto ad una rivisitazione pressoché totale dei profili di responsabilità applicabili.

L'ultimo comma dell'art. 41 effettua un rinvio all'art. 2407 del codice civile, ossia assimila il regime di responsabilità del comitato dei creditori a quello previsto per i sindaci delle società di capitali. In base a tale rinvio, i membri del comitato dei creditori:

- devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico;
- sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio;
- sono responsabili solidalmente con il curatore per i fatti o le omissioni di questo, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

In parallelo a quanto previsto per i curatori dall'art. 38, comma 2, l. fall., l'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del comitato dei creditori può essere proposta anche durante lo svolgimento della procedura.