

TRIBUNALE DI TERAMO

Sezione Civile - Procedure concorsuali

Oggetto: Linee di indirizzo per la redazione del programma di chiusura anticipata del fallimento ex art. 118 co. II L.F. – procedure assegnate al dott. F. Conciatori

A seguito di informali inviti rivoltimi dai presidenti delle commissioni di studio per le procedure concorsuali “ex fallimentari”, ho ritenuto di poter elaborare alcune linee guida, senza pretesa di esaustività, che possono aiutare il curatore nella predisposizione del programma di chiusura anticipata della procedura fallimentare ai sensi dell’art. 118 co. II L.F.

Le seguenti considerazioni sono state previamente sottoposte a entrambe le commissioni che hanno fornito utili contributi alla stesura.

Premetto che tali linee conseguono ai provvedimenti di sollecito precedentemente inviati ai curatori e, dunque, sono riferite alle sole procedure a me assegnate.

Il primo e fondamentale principio da considerare è quello della cessazione delle funzioni di tutti gli organi della procedura che consegue al del decreto di chiusura.

A ciò consegue che, una volta chiusa la procedura, non vi sarà più un collegio, né un giudice delegato, né un curatore, né un comitato dei creditori, in condizione di assumere decisioni a carattere discrezionale, non rinvenendosi alcuna previsione in tal senso nella Legge Fallimentare.

Né costituisce eccezione, essendone semmai la conferma, la previsione dettata dall’art. 120 co. V L.F. secondo cui “*il giudice delegato e il curatore restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto*”; le attribuzioni loro rimesse restano infatti di natura meramente esecutiva di quello che è il contenuto del programma di chiusura anticipata approvato, non essendo previsto alcun potere di scelta discrezionale.

Quindi, per esemplificare, non sarebbe possibile autorizzare transazioni o liquidare compensi di coadiutori che non fossero stati predeterminati nel programma di chiusura anticipata da sottoporre all’approvazione del comitato dei creditori (ove costituito) e del giudice delegato.

In tal caso, unica alternativa praticabile sarebbe quella della riapertura del fallimento,

ipotesi che l'art. 121 co. I L.F. consente tuttavia solo in limitatissime ipotesi e che sarebbe, pertanto, per lo più impraticabile.

E' quindi necessario prevedere e pianificare già a monte tutte le possibili eventualità, considerando con esattezza tutto il ventaglio di ipotesi astrattamente soggette a verificarsi e determinando le azioni rimesse al curatore, che agirebbe quale mero esecutore ex art. 120 co. V L.F., in pressoché totale assenza di poteri discrezionali.

Nella prima parte del documento-guida, ho quindi segnalato le condizioni che risultano propedeutiche alla redazione del programma.

Nella seconda, evidentemente più semplice, i criteri generali di redazione del programma.

E' infine superfluo sottolineare che il programma di chiusura anticipata, approvato da C.d.C. e Giudice Delegato, dovrà essere comunicato ai creditori, onde consentire loro di avanzare – in un termine comunque ristretto – eventuali proposte di rettifica migliorative e utili alla massa, proposte che, almeno astrattamente, potrebbero essere comunque accolte, purché prima della chiusura della procedura.

Parte prima: le condizioni propedeutiche alla redazione del programma.

1. costituzioni di p.c. in giudizio penale

La previsione dell'art. 240 L.F. va ritenuta ormai incompatibile con il sistema delineato dalle modifiche introdotte dalla Legge 89/2001. Basta considerare che, se i 3 gradi della fase penale di un giudizio di media complessità richiedono all'incirca 10 anni e i susseguenti 3 gradi di giudizio civile per la quantificazione del danno ne richiedono altri 10, è di solare evidenza come solo quelle due fasi determinino un ritardo di 14 anni rispetto al limite imposto dalla Legge Pinto. Per non parlare poi dei tempi della eventuale fase di esecuzione.

E' pertanto necessario l'immediato abbandono della sede penale, con eventuale trasferimento dell'azione nella sua sede più propria, ovvero quella civile, e in ogni caso a condizione che:

- sia oggettivamente quantificabile un danno risarcibile (cosa quasi sempre impossibile nel caso di “bancarotta documentale”);
- le controparti siano patrimonializzate e possa essere acquisita una garanzia reale di tipo civilistico che assicuri il buon esito del recupero (cosa che evidentemente

non potrà mai ricorrere nel caso di fallimento di persone fisiche).

Ove non ricorrano tali condizioni, la posizione creditoria dovrà essere transatta o abbandonata.

2. contenziosi attivi in corso per recupero crediti, azioni restitutorie, di responsabilità, etc.

In questo caso sarà necessario acquisire pareri, dai professionisti incaricati, sulle reali prospettive di accoglimento della domanda giudiziale proposta dalla Curatela e sulle effettive capacità patrimoniali della controparte.

In quest'ottica, ove non risultino praticabili soluzioni di tipo transattivo, andranno compulsate, al fine di presidiare le ragioni di credito della massa, le istanze ex art. 186 bis c.p.c. e 186 ter c.p.c.

In caso negativo, andranno compulsati dai professionisti incaricati dalla Curatela i tentativi di conciliazione di cui all'art. 185 e 185 bis c.p.c., sempre che i tempi siano garantiti da un "binario preferenziale" garantito dal Giudice Istruttore.

Nel caso affermativo, il giudizio potrà invece essere abbandonato a seguito della stipula di una transazione (da formalizzare logicamente prima della chiusura ex art. 118 co. II L.F.) che garantisca quanto meno il recupero delle spese legali sostenute.

In alternativa, ove il legale assicuri la solvibilità della controparte, potrà proseguirsi il giudizio a condizione che possa essere acquisita una garanzia reale di tipo civilistico che assicuri il buon esito del recupero (salvo il caso di controparti la cui solvibilità non è discutibile).

Nell'ipotesi in cui il parere prognostico reso dal legale risultasse negativo in punto di prospettive reali del giudizio o di solvibilità della controparte, il contenzioso dovrà essere abbandonato, tentando di transigere quanto meno la compensazione delle spese legali, onde ridurre il danno per la massa dei creditori.

Nel caso in cui si opti per la rinuncia all'azione, sarà necessario fornirne adeguata informazione ai creditori in quanto, argomentandosi "a contrariis" dalla previsione dell'intero comma V dell'art. 120 L.F. (*"Nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizi ai sensi dell'articolo 118, secondo comma, terzo periodo e seguenti In nessun caso i creditori possono agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi."*), oltre che dai principi generali, gli stessi creditori potrebbero surrogarsi alla posizione abbandonata dalla curatela.

3. regolamentazione dei contenziosi che devono proseguire.

Allo scopo di poter pianificare gli opportuni accantonamenti senza troppi margini di incertezza, sarà necessario concordare mediante pattuizione espressa con il legale incaricato, salve specifiche ulteriori esigenze:

- a. il compenso previsto per il giudizio in corso e gli eventuali ulteriori gradi, suscettibile di incremento solo laddove l'organo giudicante liquidi competenze maggiori in favore del legale (ed ovviamente le spese siano effettivamente pagate dal soccombente);
- b. la previsione della spettanza del solo compenso minimo e delle spese vive, sia in caso di esito negativo del contenzioso, sia in caso di esito favorevole, senza però conseguimento del soddisfacimento per mancanza di risorse finanziarie (questo perché si sarebbe rivelato erroneo il parere rimesso in ordine alla solvibilità della controparte, inducendo così il curatore a non munirsi di garanzie reali o a non abbandonare la posizione, aumentando così le spese di procedura);
- c. previsione della rinuncia all'appello in caso di esito negativo e avviso ai creditori ai fini dell'eventuale surroga alla curatela;
- d. in caso di appello della controparte, autorizzazione alla costituzione con il medesimo legale, con analoghi accordi per le tariffe;
- e. in caso di ricorso in Cassazione della controparte, costituzione con medesimo avvocato e analoghi accordi per le tariffe;
- f. indicazione del professionista che sostituirà il legale in caso di rinuncia o impedimento di quello nominato; in alternativa può ritenersi possibile rimettere la scelta al giudice delegato, sebbene in tal modo potrebbero ritenersi forzati i limiti di cui all'art. 120 co. V L.F.

4. possibili transazioni con procedura chiusa ex art. 118 co. II L.F.

Ove non sia stato possibile stipulare transazioni prima della chiusura del fallimento, non potendosi escludere la possibilità che le condizioni favorevoli si verifichino nel prosieguo del giudizio (anche, eventualmente in un grado successivo), per ciascun contenzioso che sarà necessario proseguire, il programma prevederà il conferimento al legale – da formalizzare con integrazione della procura rilasciata - la facoltà di

transigere e definire il contenzioso attivo, specificando le condizioni minime, tenendo presenti le seguenti linee generali, a garanzia della funzionalità delle previsioni:

- a. pagamento al legale delle somme che siano state oggetto di condanna alle spese e siano state effettivamente conseguite;
- b. nel caso in cui il primo grado non sia stato ancora definito, predeterminazione del compenso professionale spettante al legale, analogamente a quanto suggerito nei punti precedenti;
- c. versamento sul c/c della procedura, nel termine massimo di 12 mesi, di quota percentuale del credito non inferiore a quella minima indicata a fini transattivi per quello specifico contenzioso nel programma di chiusura anticipata approvato dal C.d.C. e dal G.D.

5. recupero spese legali dei contenziosi vinti (dopo la chiusura della procedura)

Di regola, nel caso di contenzioso con esito vittorioso, saranno state liquidate in sentenza le spese di giustizia in favore della curatela. Occorre allora prevedere nel programma di chiusura in via alternativa:

- a. ottenimento del pagamento da parte del soccombente delle spese oggetto di condanna, anche in via monitoria;
- b. rinuncia al recupero se mancano garanzie di solvibilità, previa informazione ai creditori;
- c. transazione con la controparte su quota delle spese (da determinarsi) o anche integrale in caso di rinuncia di controparte al ricorso al grado successivo;
- d. avvio di attività di recupero in sede esecutiva, con nomina del legale e previsione del compenso nel caso di infruttuosità non prevedibile.

6. compenso aggiuntivo spettante al curatore per l'attività di cui all'art. 120 co. V L.F.

Essendo indiscutibile che il collegio non possa deliberare a monte compensi su un attivo meramente ipotetico, né provvedervi dopo la chiusura, non disponendo del relativo potere, la liquidazione di cui all'art. 39 L.F. non potrà che riferirsi all'attivo conseguito al momento della chiusura ex art. 118 L.F.

E' tuttavia ragionevole che il collegio preveda un compenso ulteriore per le somme che saranno introitate all'esito di tutti i contenziosi in corso.

Ritengo quindi che il collegio possa operare contestualmente una doppia liquidazione: quella ordinaria, parametrata all'attivo conseguito (mentre il passivo esaminato è ovviamente già consolidato) e quella, ulteriore ed eventuale, legata al conseguimento delle nuove somme di natura "litigiosa", parametrata, con percentuali fisse su diversi scaglioni di valore, e rapportata agli importi effettivamente introitati.

E' inutile precisare che, nel caso in cui non sopravvenga alcuna utilità, il compenso ulteriore sarà pari a zero.

7. Progetto di riparto finale.

Mentre è normalmente tollerato che il curatore depositi un progetto di riparto finale ex art 117 L.F. nel quale tutti i creditori che non trovano in esso soddisfazione siano accomunati nella locuzione "creditori totalmente insoddisfatti", nel caso di chiusura ex art. 118 co. II L.F. ciò non può avvenire.

Sarà infatti necessario considerare l'ipotesi che tutte le posizioni aperte si chiudano nel modo più vantaggioso per la procedura, andando pertanto considerata l'ipotesi del massimo ammontare di attivo astrattamente conseguibile.

Il progetto di riparto dovrà pertanto contenere l'indicazione dei diversi gradi (oltre che degli importi spettanti) fino a concorrenza dell'ammontare teoricamente conseguibili nelle ipotesi di massimo soddisfacimento.

Tutti i creditori che in nessun caso potrebbero essere inseriti in tale riparto ipotetico potranno essere raggruppati sotto un raggruppamento qualificabile come "*creditori che resteranno in ogni caso totalmente insoddisfatti*".

8. particolarità sulle funzioni di curatore

E' opportuna la previsione del nominativo del professionista che, con mansioni di coadiutore, possa affiancare il curatore nelle attività di cui all'art. 120 co. V L.F., comunque prendendone il posto in caso di rinuncia o impedimento; in alternativa può ritenersi possibile rimettere la scelta al giudice delegato, ove se ne presenti la necessità, sebbene in tal modo potrebbero ritenersi forzati i limiti di cui all'art. 120 co. V L.F.

Identica necessità si prospetta per l'indicazione dei legali che dovranno sostituire quelli già incaricati, in caso di loro impossibilità o rinuncia all'incarico.

In ogni caso il curatore deve verificare che nel provvedimento di approvazione del G.D. sia autorizzata la nomina dei coadiutori o la riserva di provvedervi, ove venga a

verificarsene la necessità; analogamente dovranno essere espressamente autorizzate le costituzioni in giudizio per i gradi di giudizio successivi alle condizioni specificate nel programma.

9. Spese correnti.

Nel programma di chiusura anticipata dovrà, in sede di quantificazione dell'accantonamento, considerarsi la necessità di provvedere al pagamento delle spese maturande (quali canoni procedure.it, tenuta conto etc.), che il curatore dovrà essere autorizzato ad operare autonomamente ad ogni scadenza. Anche in questo caso è opportuna la verifica da parte del curatore della specifica approvazione.

Pare verosimile che, una volta chiusa la procedura, non vengano più applicate le condizioni di favore offerte da alcuni istituti bancari e che quindi sarà necessario farsi carico degli oneri di gestione e del pagamento delle operazioni.

E' comunque necessario che il curatore operi sempre direttamente in home banking sia per i pagamenti di routine che, previo assenso del Giudice Delegato, per i riparti aggiuntivi.

10. Procedure che non possono essere chiuse ai sensi dell'art. 118 co. II L.F.

Senza pretesa di esaurire la possibile casistica, si segnala la verosimile impossibilità di chiusura ex art. 118 co. II L.F. per le procedure che, avendo in corso contenziosi attivi, non dispongano di somme sufficienti al pagamento del Foglio Notizie o il cui attivo sia completamente assorbito dalle prededuzioni.

In questo caso, infatti, non sarebbe individuabile l'ipotesi di chiusura di cui all'art. 118 co. I L.F., dal momento che – allo stato – la procedura andrebbe chiusa ai sensi del n. 4), ma, ove pervenissero somme ripartibili, la chiusura dovrebbe avvenire ai sensi del n. 3). Senonché, essendo cessato dalle sue funzioni il Collegio, il decreto di chiusura – che verrebbe operato necessariamente per “inesistenza di attivo da ripartire” - non potrebbe essere successivamente modificato (neppure in astratto) in caso di successivo utile riparto.

Non pare necessario sottolineare le ricadute di tale situazione in termini di esdebitazione del fallito.

In questo caso è però opportuno che la relazione conclusiva del curatore, nella quale si segnala l'impossibilità di procedere a chiusura, indichi chiaramente quali classi di

creditori potrebbero conseguire riparto, avvertendo contestualmente tutti gli altri creditori dell'inesistenza di qualsiasi prospettiva di conseguimento dei crediti insinuati; ciò anche al fine di tutelare il curatore in relazione al diritto all'indennizzo di cui alla L. 89/2001 che fosse azionato dai creditori.

11. attività da compiere da parte del curatore in seguito al conseguimento di somme
Occorrerà prevedere nel programma che ogni somma conseguita, detratta la quota spese, sarà ripartita, immediatamente o al termine delle attività, dando seguito alle indicazioni contenute nel piano di riparto approvato, a partire dal primo creditore privilegiato rimasto soddisfatto solo in parte o, in assenza, pro quota tra tutti i creditori chirografari

Una volta depositate le ricevute dei pagamenti il curatore potrà ritirare il compenso a lui assegnato, mentre il compenso spettante al legale sarà inserito in via di prededuzione nel supplemento di riparto, intermedio o conclusivo.

Parte seconda: i criteri generali di redazione del programma.

Una volta operate tutte le previsioni di regolamentazione delle possibili evoluzioni delle posizioni contenziose aperte, è possibile formulare il ventaglio dei possibili sviluppi in termini economici.

Tutto ciò è evidentemente necessario per poter individuare la cifra da appostare in accantonamento in attesa degli esiti.

E' allora, anche in questo caso, di assoluta evidenza come debbano prendersi in considerazione le ipotesi più negative ipotizzabili per ognuna delle posizioni aperte e calcolare gli esborsi che da esse deriverebbero.

A tale computo andrà aggiunto l'ulteriore importo necessario a coprire le spese correnti – che il curatore dovrà comunque essere autorizzato a pagare a scadenza - fino alla presumibile epoca di termine delle attività, quando sarà possibile chiudere il conto corrente e interrompere l'inserimento degli atti sul sito internet della procedura.

Tra le possibili plusvalenze negative dovranno evidentemente considerarsi anche gli oneri da spese legali che deriverebbero dalla possibile soccombenza e che il legale incaricato, nel parere che gli sarà preliminarmente richiesto, avrà cura di quantificare, almeno in modo approssimativo.

La somma di tutti gli esborsi conseguenti al verificarsi di tutte le ipotesi più negative costituirà in sostanza l'importo da accantonare per le attività post chiusura. Tale somma sarà evidentemente considerata quale attivo conseguito ai fini della liquidazione delle competenze del curatore ex art. 39 L.F., ma non, logicamente, in riferimento al compenso aggiuntivo.

Al termine di tutte le attività contenziose o non contenziose (potendo figurare tra le posizioni da incassare, ad esempio, un credito fiscale) il curatore potrà procedere ad eseguire il riparto conclusivo in conformità al piano già approvato.

In alternativa potrà prevedersi la possibilità di provvedere ad un riparto interlocutorio, avvenuto l'incasso di somme per importi che ciò giustifichino.

Una volta concluse tutte le attività di recupero, il curatore provvederà al calcolo, meramente aritmetico, dell'ammontare del compenso aggiuntivo a lui spettante e procedere a ripartire la residua somma.

Essendo consolidato lo stato passivo, ed essendo stato approvato il riparto finale anche in relazione alle graduazioni creditorie suscettibili di soddisfacimento all'esito delle attività in corso, il curatore non dovrà fare altro che operare i pagamenti partendo dall'ultimo grado di privilegio mobiliare insoddisfatto o soddisfatto solo parzialmente, proseguendo secondo l'ordine dei privilegi ed assegnando l'eventuale ulteriore residuo proporzionalmente al ceto chirografario.

E' infine evidente che le precedenti linee di indirizzo abbiano carattere meramente generale e possano verosimilmente non considerare tutte le molteplici variabili verificabili.

E' quindi logico che le esigenze peculiari di singole procedure dovranno essere affrontate dal curatore in modo specifico, anche valendosi della disponibilità e del supporto delle commissioni interne ai rispettivi ordini professionali.

Teramo,

Il Giudice Delegato
Flavio Conciatori