

La DELEGA per la RIFORMA del DIRITTO FALLIMENTARE

Il «decreto competitività», oltre a contenere modifiche immediatamente applicabili all'azione revocatoria e al concordato preventivo, prevede un'ampia riforma della procedura fallimentare.

di Luigi Ferrajoli (*)

intervento di Renato Bricchetti (*) (*)

L'art. 1, commi 5 e 6, L. 14 maggio 2005, n. 80, che ha convertito con consistenti modificazioni il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (cd. «decreto competitività»), contiene la **delega al Governo per la riforma del diritto fallimentare**: entro il **prossimo 14 dicembre** (centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, che coincide con il 15 maggio 2005) il Governo dovrà emanare uno o più **decreti legislativi** recanti la **riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali** di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (di seguito, legge fallimentare) secondo i principi ed i criteri direttivi indicati nell'art. 1, comma 6 citato.

Oltre all'indicazione dei **principi ispiratori della legge di riforma del diritto fallimentare** che dovrà essere attuata dal Governo entro la fine dell'anno, il decreto legge sulla competitività contiene anche **modifiche del diritto fallimentare immediatamente applicabili**, che **modificano gli istituti dell'azione revocatoria e del concordato preventivo**.

DELEGA per la RIFORMA del DIRITTO FALLIMENTARE

I **criteri direttivi della riforma del diritto fallimentare** sono enunciati nell'art. 1, comma 6, L. 80/2005, che prevede oltre ad un'ampia riforma della **procedura di fallimento** anche l'**abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata**, mentre la **modifica del concordato preventivo e dell'azione revocatoria** è già stata attuata con le originarie disposizioni contenute nell'art. 2, D.L. 35/2005.

In termini generali è possibile affermare che lo spirito di fondo del Legislatore è quello di **tutelare** quanto più possibile l'**impresa** e di **favorirne la conservazione**. Le **novità** più importanti consistono, infatti, nel prevedere:

- l'**ampliamento** del novero dei **soggetti** che vengono **esonerati dall'applicabilità dell'istituto del fallimento**;
- l'**eliminazione di alcune misure** considerate troppo **penalizzanti** a danno del fallito attraverso, in particolare, una **modifica degli effetti personali del fallimento**;
- l'introduzione dell'istituto dell'**esdebitazione** che consente la **liberazione del debitore dai debiti non soddisfatti** tramite la procedura concorsuale per consentirgli di ricominciare l'attività senza zavorre;
- l'**abrogazione dell'istituto dell'amministrazione controllata**.

Con specifico riferimento alla **procedura di fallimento**, il cui **presupposto oggettivo** è costituito dallo **stato di insolvenza del debitore**, la legge delega detta i principi per una riforma di ampia portata.

Soggetti esonerati e nozione di «piccolo imprenditore»

In primo luogo il Legislatore delegato dovrà **semplificare** la disciplina attraverso l'**estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità della procedura fallimentare e l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia**.

In particolare, dovrà essere **chiarita la nozione di**

*Entro fine anno
sarà emanata
la riforma
fallimentare*

(*) *avvocato e dottore commercialista in Bergamo, Studio Ferrajoli Legale Tributario.*

(**)(*) *Consigliere di Corte di Cassazione.*

«piccolo imprenditore» non soggetto al fallimento in tal modo chiarendo definitivamente la questione, su cui molto spesso è intervenuta la giurisprudenza, dell'interpretazione del comma 2 dell'art. 1 della legge fallimentare che definiva la nozione di **piccolo imprenditore** con riferimento a **criteri** (reddito imponibile ai fini dell'imposta sulla ricchezza mobile, ammontare del capitale investito nell'azienda) **non più idonei** a risolvere le problematiche che spesso sorgono nei singoli casi concreti.

Comitato dei creditori

Per quanto concerne la **regolamentazione** degli **organismi preposti al fallimento** la delega dispone l'**ampliamento** delle **competenze del comitato dei creditori** con la previsione di una **maggiore partecipazione** dell'organo alla **gestione** della crisi dell'impresa; **attualmente** l'art. 41 della legge fallimentare attribuisce all'organo dei creditori una **funzione solo consultiva**, prevedendo che il comitato dei creditori possa essere richiesto del suo parere oltre che nei casi previsti dalla legge solo quando il Tribunale o il giudice delegato lo ritiene opportuno.

L'ufficio di curatore potrà essere ricoperto anche da **studi professionali associati**, da società fra professionisti nonché da soggetti che abbiano **comprovate capacità di gestione imprenditoriale**.

Effetti del fallimento

La disciplina degli **effetti del fallimento** sarà modificata nel senso di ridurre l'impatto sulla **posizione personale del debitore** della **dichiarazione di fallimento eliminando le sanzioni personali** e prevedendo che le limitazioni alla libertà di residenza e di corrispondenza – attualmente previste in termini assai rigorosi dagli artt. 48 e 49 della legge fallimentare – siano ammesse solo in connessione alle specifiche esigenze della procedura.

Con riguardo agli effetti del fallimento sui **rapporti giuridici pendenti** il decreto delegato dovrà **ampliare i termini di intervento del curatore** estendendo i termini entro i quali il curatore dovrà, previa autorizzazione del giudice delegato, manifestare la sua scelta in ordine allo scioglimento dei contratti stipulati dal fallito.

La legge delega richiede inoltre una **disciplina specifica** degli effetti del fallimento sul **nuovo istituto dei patrimoni separati** previsti dalla riforma del diritto societario e sul contratto di locazione finanziaria.

Accertamento del passivo

La **procedura di accertamento del passivo** dovrà essere **abbreviata** con la **semplificazione** delle **modalità di presentazione delle domande di ammissione** e con la previsione che in sede di adunanza dei creditori per l'esame dello stato passivo i creditori possano, con deliberazione a maggioranza dei crediti insinuati, **modificare** – nell'ottica del rafforzamento della posizione dei creditori – la **composizione del comitato dei creditori** nonché **confermare il curatore** ovvero chiederne la **sostituzione** al giudice delegato indicando un nominativo per il sostituto.

Liquidazione dell'attivo

Nella prospettiva di **semplificare la liquidazione dell'attivo** del fallimento viene affidato al **curatore** il compito di predisporre, entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, un **programma di liquidazione** da sottoporre, previa approvazione del comitato dei creditori, all'autorizzazione del giudice delegato.

Tale programma contiene le indicazioni delle **modalità di realizzazione dell'attivo**, specificando – con innovazione significativa rispetto alla attuale situazione – se è opportuno l'**esercizio provvisorio dell'impresa** anche con l'affitto a terzi della stessa o di un ramo di azienda, se esistono **proposte di concordato**, quali siano le azioni recuperatorie, risarcitorie o revocatorie esercitabili, se sussistano **possibilità di cessione unitaria dell'azienda**, di beni o di diritti individuabili in blocco, quali siano le condizioni di vendita dei singoli cespiti. Su tale programma il **comitato dei creditori** deve procedere alla **votazione** ai fini della sua approvazione potendo anche proporre al curatore modifiche ed integrazioni.

Concordato fallimentare

Relativamente al **concordato fallimentare**, di cui all'art. 124 della legge fallimentare, la delega prevede, in analogia alla modifica dettata all'istituto del **concordato preventivo** dall'art. 2, D.L. 35/2005, conv. con modif. con L. 80/2005, la possibilità di **suddivisione dei creditori in classi** che tengano conto della **posizione giuridica** e degli **interessi omogenei** delle varie categorie di **creditori**, nonché **trattamenti differenziati** per creditori appartenenti a classi diverse, disciplinando le modalità di voto per classi ed, in termini generali, prevedere

L'ufficio di curatore potrà essere affidato anche a studi professionali associati

La DELEGA per la RIFORMA FALLIMENTARE è «ORFANA» della PARTE PENALE

di Renato Bricchetti

La legge di conversione del «decreto competitività» non contiene previsioni sulla bancarotta e sugli altri reati fallimentari. L'emendamento a suo tempo proposto è stato, dunque, stralciato e la delega per la riforma delle procedure concorsuali è rimasta, per ora, «orfana» della parte penale.

Si ricorderà che il testo dell'emendamento era stato criticato nella parte in cui si riteneva prevedesse un eccessivo abbattimento delle pene edittali; anche se, a ben vedere, la sola previsione ritenuta dai più inaccettabile era quella, contenuta nella prima stesura dell'emendamento e poi subito rimossa, che stabiliva che la bancarotta dell'imprenditore individuale fosse più gravemente punita della bancarotta societaria.

La restante parte della disposizione proposta, segnatamente quella che riduceva a sei anni la pena della reclusione per la bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale e a quattro anni la pena per la bancarotta preferenziale, era discutibile, criticabile, ma non certo inaccettabile. In ordine ai «fatti», invece, la delega conteneva spunti interessanti, rimasti, tra l'altro, immuni quantomeno da critiche immediate. Il progetto, d'altra parte, non modificava eccessivamente gli attuali assetti, come confermato dalle stesse scelte lessicali effettuate.

Stava prendendo corpo, dunque, una delega essenzialmente imperniata sull'esigenza di perseguire e reprimere con la sanzione penale solo le condotte direttamente e concretamente offensive degli interessi patrimoniali dei creditori, pur conservandosi la rilevanza penale delle condotte prefallimentari anche se non causative o concausative del dissesto.

È, comunque, prevedibile che presto il Legislatore tornerà ad occuparsi della materia; la programmata riforma del diritto fallimentare non può, invero, che procedere di pari passo con un intervento sulle disposizioni penali.

È auspicabile, peraltro, che si pensi anche ai correlati aspetti processuali penali.

Le disposizioni di cui agli attuali artt. 238, 240 e 241 della legge fallimentare hanno ormai fatto il loro tempo e necessitano, pertanto, di adeguato svecchiamento.

Sarebbe così opportuno, ad esempio, che si assegnasse al curatore il monopolio dell'azione civile per il risarcimento dei danni derivanti dai reati fallimentari e che fosse prevista la possibilità per il giudice di adottare misure cautelari reali anche prima dell'apertura della procedura di liquidazione concorsuale, sempre che, naturalmente, sia già stata presentata istanza per l'accesso.

Non meno necessaria è, inoltre, una presa di posizione esplicita sull'autorità di giudicato nel processo penale del provvedimento dichiarativo dell'insolvenza; non sarebbe da scartare l'idea di un ritorno, in materia, all'efficacia assolutamente devolutiva di detta decisione, che è adottata in ambito garantito e da organi professionalmente competenti.

Le nuove connotazioni dell'udienza preliminare e dei poteri decisori del giudice potrebbero suggerire anche l'estensione alla medesima della disposizione di cui all'art. 479 del Codice di procedura penale per il caso di opposizione al provvedimento di apertura per la procedura di liquidazione concorsuale.

modalità di approvazione del concordato che garantiscano una maggiore celerità del procedimento.

Esdebitazione

Una delle novità più significative contenute nella legge delega è la previsione dell'introduzione,

alla stregua della normativa vigente in altri Paesi europei (Germania), della disciplina dell'esdebitazione che consiste nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, qualora sussistano determinate condizioni consistenti:

- nell'aver cooperato con gli organi della proce-

dura ai fini dell'accertamento del passivo e del proficuo svolgimento della procedura, evitando di provocare o contribuire a provocare ritardi nella stessa;

- nel non avere beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti;
- nel non avere tenuto comportamenti penalmente rilevanti, quali distrazione dell'attivo o esposizione di passività inesistenti, causazione o aggravamento del dissesto rendendo difficile la ricostruzione del patrimonio e degli affari, ricorso abusivo al credito ovvero nel non avere riportato condanne per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria o il commercio, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione.

In sostanza attraverso l'esdebitazione si consente al debitore, persona fisica, di liberarsi dai debiti non soddisfatti con la procedura concorsuale per permettergli di ricominciare l'attività senza precedenti zavorre.

MODIFICHE all'AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE

L'art. 2, D.L. 35/2005, conv. con modif. con L. 80/2005 contiene **modifiche immediatamente applicabili all'azione revocatoria fallimentare**. In particolare il nuovo testo dell'art. 67 della legge fallimentare non modifica le fattispecie di atti assoggettabili a revocatoria indicate nei primi due commi del medesimo articolo, ma **dimezza i tempi del periodo sospetto**, disponendo che gli stessi atti che prima erano revocabili se compiuti nei due anni o nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento oggi sono **revocabili se sono compiuti**, rispettivamente, nell'anno o nei sei mesi anteriori.

Oltre alla riduzione del periodo sospetto il decreto competitività prevede l'**espressa esclusione dall'azione revocatoria di alcuni tipi di atti tassativamente indicati**.

Si tratta di:

- **pagamenti di beni e servizi** effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- **rimesse bancarie** purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- **vendite a giusto prezzo di abitazioni** destinate a costituire la prima casa dell'acquirente;
- **pagamenti di corrispettivi di dipendenti ed altri collaboratori** anche non subordinati;
- **pagamenti di debiti liquidi ed esigibili** eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione dei servizi strumentali all'accesso all'amministrazione controllata ed al concordato preventivo;

- **atti, pagamenti, e garanzie** concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo al risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed a rassicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria la cui ragionevolezza deve essere attestata ai sensi dell'art. 2501-bis, comma 4, Codice civile.

NUOVA DISCIPLINA del CONCORDATO PREVENTIVO

Il decreto legge per la competitività contiene, inoltre, all'art. 2 una ampia **modifica della disciplina del concordato preventivo**, di cui al Titolo III della legge fallimentare, finalizzata a rendere l'istituto dell'accordo fra l'imprenditore in stato di crisi ed i creditori per evitare il fallimento **più semplice** sia nella **procedura** che nelle **condizioni di ammissione**.

Le **condizioni di ammissione** al concordato preventivo indicate nell'art. 160 legge fallimentare sono state **radicalmente modificate**.

In particolare, sono state **eliminate le condizioni soggettive di ammissione** alla procedura prima previste dalla legge, per cui **non è più necessario verificare l'iscrizione dell'impresa nel registro delle imprese da almeno un biennio, l'assenza - nei cinque anni anteriori - di precedenti dichiarazioni di fallimento o di ammissione a procedure di concordato preventivo e la mancanza di condanne per reati di bancarotta o di natura patrimoniale**.

Inoltre **non è più richiesto** che il debitore offra **garanzie reali o personali** per il pagamento di almeno il 40 per cento dei crediti chirografari ovvero che offra ai creditori la **cessione dei beni** esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato.

Secondo la nuova disciplina, infatti, la condizione per l'ammissione alla procedura è quella della **presentazione da parte dell'imprenditore** che si trova in stato di crisi di un piano per la **ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti** il cui contenuto può essere **assai vario**, consistendo nella **cessione in blocco dei beni** o di **alcuni** di essi, in ipotesi di **accollo dei debiti** da parte di **terzi** ovvero in **operazioni finanziarie** di natura **straordinaria** (attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito).

Il piano potrà, quindi, contenere anche la proposta ai creditori di **tramutare il credito vantato in azioni** della società in crisi ovvero di ottenere strumenti finanziari legati al risultato della stessa.

La **cessione** delle **attività** o di parte delle stesse ai **creditori** potrà essere attuato anche con il **conferimento** di tali attività in **società appositamente costituite** che potrebbero costituire lo strumento per consentire all'impresa di uscire dallo stato di crisi.

In tale prospettiva assume evidente importanza la **formulazione** del **piano di ristrutturazione** dei **debiti** da parte dell'imprenditore in stato di crisi, come espressamente indicato dal nuovo art. 161 della legge fallimentare, che impone al debitore di presentare con il ricorso al Tribunale contenente la **domanda di ammissione al concordato** e la **formulazione del piano**, una **relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria** dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività e dei beni aziendali avendo cura di farne emergere il reale valore e non quello meramente contabile.

Il piano e la documentazione deve essere accompagnata dalla **relazione** di un **professionista** (avente i requisiti per essere nominato curatore) che attesti la **veridicità** dei **dati aziendali** e la **fattibilità** del **piano**.

Procedimento di ammissione al concordato

Dal punto di vista procedurale il **procedimento di ammissione al concordato preventivo** è stato semplificato e reso più spedito dalla novella legislativa. **Tre** sono le **fasi** in cui **attualmente** si articola il procedimento:

- la prima fase attiene all'**ammissione del debitore** alla **procedura**: l'art. 163, come sostituito dal-

l'art. 2, D.L. 35/2005, conv. con modif. con L. 80/2005, prevede che il **Tribunale del luogo** in cui l'impresa ha la **sede principale**, **dichiara aperta**, con decreto non soggetto a reclamo, la **procedura** di concordato preventivo sulla base della **semplice verifica** della **completezza** e della **regolarità** della **documentazione**, nominando il **giudice delegato** ed il **commissario giudiziale** ed ordinando la **convocazione dei creditori**;

- la **seconda fase** attiene all'**approvazione del concordato** da parte dei **creditori**: a tal fine il nuovo art. 177 della legge fallimentare prevede che per l'approvazione del concordato così come ammesso dal Tribunale è **sufficiente** il **voto favorevole** dei **creditori** che rappresentino la **maggioranza dei crediti ammessi** al voto, mentre nella disciplina previgente la maggioranza richiesta era quella dei due terzi. Nel caso in cui esistano **più classi di creditori** la legge precisa che il Tribunale può approvare il concordato, nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la **maggioranza delle classi** ha approvato il concordato e qualora ritenga che i creditori dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili;
- la **terza fase** riguarda l'**omologazione** del **Tribunale** che viene pronunciata dal giudice in **camera di consiglio** con **decreto motivato** (non più con **sentenza**) una volta che lo stesso giudice abbia **accertato** la sussistenza della **maggioranza** richiesta dall'art. 177 della legge fallimentare.