

Le fasi della procedura

# LA LIQUIDAZIONE DELL'ATTIVO

Coerentemente con l'impostazione generale della riforma, le nuove disposizioni sulla realizzazione delle attività fallimentari sono ispirate a principi di efficienza e semplificazione operativa

di Enrico Stasi\*

— Le operazioni di liquidazione dell'attivo sono disciplinate dalle norme contenute nel capo VI del titolo II della nuova legge fallimentare (d.lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006).

Coerentemente con l'impostazione generale della riforma, le nuove disposizioni sulla realizzazione delle attività fallimentari sono ispirate a principi di efficienza e semplificazione operativa e, come anche si legge nella relazione ministeriale, recepiscono le prassi c.d. "virtuose" concepite dai tribunali più attenti che da tempo adottavano nella liquidazione soluzioni che privilegiavano la duttilità e la rapidità delle operazioni di cessione, cercando di superare le farraginose e poco efficienti norme sulla vendita modellate sul sistema delle esecuzioni individuali.

Come tra poco vedremo, anche questo ambito normativo risente del nuovo assetto di rapporti tra gli organi della procedura, caratterizzato da un significativo depotenziamento dei poteri gestori del giudice delegato a favore del curatore, e soprattutto, del comitato dei creditori.

Sempre a livello di premesse di ordine generale, mi sembra opportuno sottolineare la totale autonomia del sistema delle vendite fallimentari rispetto alle norme che disciplinano le vendite forzate nell'ambito del processo esecutivo ordinario, realizzata mediante la soppressione di ogni richiamo alle corrispondenti disposizioni del codice di procedura civile, prima contenuto nell'art. 105, l. fall.

Alla luce di queste premesse è, ora, possibile svolgere un sintetico esame delle norme dettate dagli artt. 104-108 *ter*.

## L'esercizio provvisorio

Ai sensi dell'art. 104, l. fall., l'esercizio provvisorio può essere disposto in via autonoma dal tribunale solo con la sentenza dichiarativa del fallimento. Presupposti di attivazione dell'istituto sono che dall'interruzione improvvisa dell'attività possa derivare un danno grave e che la continuazione di tale attività non sia fonte di pregiudizio per creditori.

Una volta dichiarato il fallimento, il potere di disporre l'esercizio provvisorio e di fissarne la durata spetta al giudice delegato. Sono richiesti il parere favorevole del comitato dei creditori e la proposta del curatore.

Durante il periodo di esercizio provvisorio, il comitato dei creditori deve essere convocato almeno ogni tre mesi per essere informato sull'andamento della gestione e pronunciarsi sull'opportunità di continuare l'attività aziendale.

La nuova legge riconosce al comitato il potere di provocare la cessazione dell'esercizio dell'impresa ogni qual volta ritenga, alla stregua del parametro di giudizio indicato nel 1° comma della norma in discorso, che ne sia venuta meno ogni utilità. In questo caso il giudice delegato deve infatti ordinare la cessazione dell'attività.

Anche il tribunale, ove ne ravvisi l'opportunità, può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori. In questa ipotesi il parere del comitato dei creditori non è vincolante.

Oltre al dovere di informare senza indugio il giudice delegato ed il comitato dei creditori di circostanze so-

\*Ragioniere Commercialista e Dottore in Giurisprudenza

pravvenute che possano influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio, la legge pone a carico del curatore l'obbligo di presentare, con cadenza semestrale o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, un rendiconto dell'attività svolta mediante deposito in cancelleria.

Ponendo fine ad un antico dibattito, il legislatore della riforma ha espressamente regolato la materia dei rapporti pendenti codificando il principio che i rapporti proseguono, salva la facoltà del curatore di sospenderne l'esecuzione o di scioglierli.

Dispone l'ultimo comma dell'art. 104 che in caso di cessazione dell'esercizio provvisorio si applicano le norme sui contratti pendenti.

Ovviamente i crediti sorti durante l'esercizio provvisorio debbono essere soddisfatti in prededuzione (art. 104, penultimo comma).

### **L'affitto d'azienda**

Colmando una lacuna presente nel vecchio testo normativo, il legislatore della riforma ha dettato una specifica disciplina del contratto di affitto di azienda.

Recependo quelle che, a ragione, possono essere definite come le più evolute prassi elaborate dai tribunali fallimentari in chiave di conservazione dei valori dei complessi produttivi, l'art. 104-*bis* nuovo testo statuisce, al primo comma, che, anche prima della presentazione del programma di liquidazione di cui all'articolo 104-*ter*, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa.

La nuova disposizione affida al curatore la scelta dell'affittuario, ma giustamente richiede che l'individuazione del contraente venga effettuata, sulla base di appropriate stime, nelle forme previste dall'art. 107.

La norma che si commenta esige che la scelta dell'affittuario venga effettuata tenendo conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della affidabilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Il contratto di affitto deve essere stipulato dal curatore nelle forme previste dall'art. 2556 c.c., che richiede la forma scritta solo per la prova del contratto e non per la sua validità (c.d. forma scritta *ad probationem*).

Ai sensi della disposizione di legge in esame il contratto

di affitto deve sempre prevedere il diritto di procedere all'ispezione dell'azienda da parte del curatore, la costituzione di adeguate garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario nascenti dal contratto e dalla legge, il diritto di recesso del curatore dal contratto che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con il pagamento all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere ai sensi dell'articolo 111, n. 1 e quindi in prededuzione. La durata dell'affitto deve essere inoltre compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni. Il 5° comma dell'art. 104-*bis* in commento disciplina in termini decisamente innovativi il diritto di prelazione dell'affittuario sancendo espressamente che quel diritto può essere concesso all'affittuario convenzionalmente, previa espressa autorizzazione del giudice delegato e previo parere favorevole del comitato dei creditori. Ma la legge di riforma affronta e risolve anche un altro problema che nel vigore dell'originaria disciplina era stato oggetto di soluzioni contrastanti, vale a dire quello relativo alla applicabilità degli artt. 2112 e 2560 c.c. nelle ipotesi di retrocessione dell'azienda dall'affittuario al fallimento. L'operatività di dette norme viene, oggi, espressamente esclusa in un'ottica di tutela del patrimonio fallimentare dagli effetti degli atti di gestione posti in essere dall'affittuario: con la conseguenza che le passività maturate sino alla data della retrocessione rimangono ad esclusivo carico dell'affittuario. Mentre i rapporti pendenti al momento della retrocessione soggiacciono alla stessa disciplina prevista per i rapporti pendenti al momento dell'apertura del fallimento, con facoltà per il curatore di sciogliersi o proseguire, ferma la regola generale della sospensione, salvo i rapporti che proseguono *ex lege* o si sciolgono automaticamente.

### **Il programma di liquidazione**

L'art. 104, l. fall. addossa al curatore l'obbligo di redigere un programma di liquidazione entro 60 giorni dalla chiusura dell'inventario.

Detto documento rappresenta il piano di azione del curatore e deve indicarne tanto le scelte strategiche quanto le scelte operative, prefigurando i risultati ottenibili dalle operazioni di gestione del patrimonio fallimentare.

Il programma di liquidazione deve ottenere dapprima il parere favorevole vincolante del comitato dei creditori e poi l'autorizzazione del giudice delegato.

A questo proposito va subito sottolineato che il comitato dei creditori non soltanto ha il potere di approvare il programma, ma anche di proporre al curatore modifiche

dello stesso. Il curatore peraltro non è obbligato ad accogliere tali modifiche. Contro i dinieghi del comitato dei creditori, 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 (art. 36). Il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato.

Il programma deve indicare modalità e termini di realizzazione dell'attivo e deve in ogni caso precisare:

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

Al riguardo va anzitutto osservato che l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda per quanto possano essere disposti anche al di fuori del programma di liquidazione, come espressamente prevede la legge, di norma dovranno essere considerati dal programma stesso, non fosse altro per precisare quale sorte avranno un esercizio provvisorio o un affitto già avviati prima dell'approvazione del programma.

Il curatore dovrà inoltre analizzare i presumibili vantaggi derivanti dalla vendita dell'intero complesso aziendale o di suoi rami o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco, perché tali forme di liquidazione debbono essere preferite rispetto alla vendita atomistica dei singoli componenti soltanto nella misura in cui si preveda una maggiore soddisfazione dei creditori.

Ma il programma di liquidazione non dovrà limitarsi ad indicare le condizioni previste per la cessione dei cespiti suscettibili di alienazione. Esso dovrà anche specificare le possibili azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie da esercitare, in modo tale da consentire una ragionevole previsione dei flussi finanziari derivanti dalla gestione del patrimonio fallimentare e delle eventuali ripartizioni parziali nonché dei tempi di definizione della procedura concorsuale, tenendo altresì presente la possibilità offerta dalla novella di una loro cessione sul mercato.

Il curatore dovrà anche indicare la sussistenza di proposte di concordato.

Stabilisce il quarto comma dell'art. 104 *ter* che l'approvazione del programma di liquidazione tiene luogo delle singole autorizzazioni eventualmente necessarie ai sensi della legge per l'adozione di atti o l'effettuazione di operazioni incluse nel programma. Ciò significa che non occorrerà l'autorizzazione del comitato dei creditori per il compimento degli atti previsti dall'art. 35, l. fall. ove inclusi nel programma di liquidazione. Anche per l'alienazione dei beni ai sensi dell'art. 107 non saranno necessari l'autorizzazione del comitato dei creditori o l'intervento del giudice delegato, trattandosi di attività negoziali proprie del curatore che presuppongono l'esistenza e l'approvazione del programma di liquidazione. Prima dell'approvazione del programma, invece, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori. In dottrina è stato ritenuto che per l'esperimento delle azioni recuperatorie, risarcitorie o revocatorie incluse nel programma il curatore non abbisogna di specifiche autorizzazioni.

Non fa parte del programma di liquidazione la previsione dell'ultimo comma dell'art. 104 *ter* secondo il quale il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente antieconomica. In questo caso, il curatore ne dovrà dare comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'art. 51, potranno iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

### La vendita dell'azienda

L'art. 105 si occupa della vendita dell'azienda o di singoli rami della stessa nonché della vendita in blocco di beni o di rapporti giuridici.

La norma risulta ispirata al principio del massimo realizzo essendo stato espressamente previsto che la liquidazione atomistica debba avere luogo ogniqualvolta sia prevedibile che la vendita dell'azienda nel suo complesso, di suoi rami, di beni e di rapporti giuridici individuabili in blocco non siano in grado di generare risorse sufficienti ad assicurare una maggiore percentuale di distribuzione ai creditori.

La vendita dell'azienda deve avvenire nelle forme previ-

ste dall'art. 107, tramite l'esperimento di procedure competitive e nel rispetto dei requisiti di forma stabiliti dall'art. 2556 c.c..

Il riformatore ha poi inserito nel testo della disposizione di legge che si commenta la norma già contenuta nel 4° comma dell'art. 63 del d.lgs. n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria, a tenore della quale "*nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*".

Così facendo il legislatore ha introdotto un'espressa deroga all'art. 2112 c.c., che peraltro non regola le sorti del rapporto di lavoro in corso per i lavoratori che non proseguono l'attività con il cessionario ai fini della concessione del trattamento di C.I.G..

E' stato inoltre riprodotto il disposto del 5° comma del ridetto art. 63 del decreto sull'amministrazione straordinaria, là dove viene espressamente esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute sorti prima del trasferimento, salvo diversa convenzione intervenuta tra le parti. In questa chiave il 5° comma dell'art. 105, l. fall. consente di patuire la cessione anche delle passività dell'azienda o dei suoi rami, a condizione, però, che tutto ciò non comporti una violazione della *par condicio creditorum*. L'accollo dei debiti aziendali da parte dell'acquirente fa venire contestualmente meno la responsabilità solidale dell'alienante sancita dall'art. 2560 c.c..

L'art. 105 stabilisce poi, ripetendo quanto già previsto dal 1° comma dell'art. 2559 c.c., che la cessione dei crediti relativi alle aziende cedute, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. Tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede al cedente. Si è poi aggiunto che i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestate o comunque esistenti a favore del cedente, conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario.

Del tutto nuova e di grande interesse è, invece, la possibilità ora offerta al curatore dall'ottavo comma dell'art. 105 di procedere alla liquidazione anche mediante il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione, dell'azienda o di rami della stessa, ovvero di beni o crediti, con i relativi rapporti contrattuali in corso, esclusa la responsabilità dell'alienante ai

sensi dell'art. 2560 del codice civile ed "*osservate le disposizioni inderogabili contenute nella presente Sezione*". Sono salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali.

### **La cessione dei crediti e delle partecipazioni**

Nel vigore della disciplina abrogata, nessuno aveva mai dubitato della possibilità di cedere i crediti che il curatore trovava nell'attivo della procedura, ancorché si trattasse di crediti futuri od eventuali ed avessero natura fiscale.

Tale soluzione si trova oggi consacrata nel 1° comma dell'art. 106, unitamente alla possibilità, prima prevista nel contesto del solo concordato fallimentare, di cedere le azioni revocatorie concorsuali già avviate dal curatore. Al curatore è anche consentito stipulare mandati per la riscossione dei crediti, in genere tramite il sistema bancario.

Per quanto riguarda la cessione delle quote di s.r.l. il legislatore della riforma si è limitato a richiamare la disciplina dettata dall'art. 2471 c.c. il quale, per quanto riguarda l'espropriazione di partecipazioni non liberamente trasferibili, riproduce il disposto dei commi 3° e 4° del vecchio art. 2480. Ragione per cui si ripropongono i problemi interpretativi che si agitavano sotto il vigore della vecchia disciplina a proposito della possibilità o meno di applicare le norme dettate per l'espropriazione delle partecipazioni nell'ipotesi in cui clausole dello statuto stabilissero l'intrasferibilità della quota di partecipazione nell'interesse della società, come nel caso di clausola di gradimento posta a tutela dell'*intuitus personae*.

### **Modalità delle vendite**

Una delle più rilevanti novità della riforma risiede, senza alcun dubbio, nell'abolizione di ogni distinzione di forma per la vendita dei beni mobili e la vendita degli immobili, con il conseguente abbandono dei rigidi schemi procedurali previsti per le esecuzioni individuali in un'ottica di efficienza e di semplificazione operativa.

A differenza del passato, oggi l'art. 107 lascia infatti libero il curatore di adottare la forma ritenuta più confacente prescrivendo soltanto l'obbligo di fare ricorso a procedure di sollecitazione del mercato idonee ad assicurare, grazie ad adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. I mezzi di pubblicità e di trasparenza debbono però essere stabiliti dal Ministro della Giustizia con apposito regolamento.

E' stato inoltre previsto che il curatore possa avvalersi, per la vendita, di soggetti specializzati o di varie figure di commissionari.

La legge dispone che la vendita avvenga sulla base di una stima da parte di un esperto nominato dal curatore in sede di inventario.

Il 3° comma dell'art. 107 conferisce al curatore il potere di sospendere la vendita ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto.

Sul curatore incombe anche il dovere di informare il giudice delegato ed il comitato dei creditori degli esiti delle procedure, depositando in cancelleria la relativa documentazione.

Il legislatore ha mantenuto la facoltà per il curatore di subentrare nelle procedure esecutive individuali in corso. La norma non riguarda soltanto le procedure immobiliari, anche se naturalmente troverà applicazione soprattutto per queste ultime.

Sulle orme della disciplina riformata, il nuovo art. 108, al primo comma, sancisce che "il giudice delegato, su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere dello stesso comitato dei creditori, può sospendere, con decreto motivato, le operazioni di vendita qualora ricorrano gravi e giustificati motivi ovvero, su istanza presentata dagli stessi soggetti entro dieci giorni dal deposito di cui al quarto comma dell'articolo 107, impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato".

La prima fattispecie ricorre allorché sussistano quelli che la legge genericamente definisce come "gravi e giustificati" motivi, mentre la seconda fattispecie si realizza allorché il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello di mercato. Sebbene la lettera della legge non lo precisi espressamente, è da ritenere che debba essere sentito il comitato dei creditori, così come previsto nella prima ipotesi.



**RAPPRESENTANZA E  
INTERESSI ORGANIZZATI**  
*Contributo allo studio dei  
rapporti tra rappresentanza  
politica e rappresentanza  
di interessi*

Giuseppe Colavitti  
Giuffrè, Milano, 2005  
Pagg. XI + 321, € 27,00

Il tema della rappresentanza organizzata degli interessi collettivi nell'ordinamento giuridico italiano è rimasto lungamente trascurato dalla dottrina, nonostante che la

Costituzione repubblicana riconosca e tuteli con la massima ampiezza il diritto di associazione e manifestazione del pensiero, quali fondamentali espressioni della libertà personale del cittadino.

Il volume in esame si propone pertanto – muovendo dal presupposto che "la rappresentanza di interessi non possa rimanere terreno di indagine precluso al giuspubblicista" – di addivenire ad una ricostruzione sistematica del concetto di rappresentanza organizzata di interessi collettivi.

In prima istanza, viene dunque presa in esame la distinzione concettuale tra le associazioni pure e semplici, quali varianti dell'azione dei singoli, e le organizzazioni complesse, in cui la componente organizzativa costituisce l'elemento determinante e caratterizzante.

L'analisi prosegue con un approfondito esame delle teorie giuridiche della rappresentanza,

nell'intento di estrapolare gli elementi concettuali che compongono la nozione di "interesse generale" alle stesse sottese; la prospettiva è anzitutto storica, e segue l'evolversi del pensiero politico dal periodo liberale dell'inizio del XX secolo, attraverso la stagione dell'autoritarismo e del corporativismo proprio del regime fascista, fino all'affermarsi dello stato democratico nel dopoguerra.

Nella seconda parte dell'opera, gli strumenti concettuali focalizzati nella prima sezione del volume e le conclusioni ivi raggiunte in merito alla ricostruzione teorica del concetto di interesse generale vengono applicati allo studio delle forme giuridiche di rappresentanza degli interessi organizzati quali esse si manifestano nell'attuale ordinamento italiano; l'analisi si articola nello studio dei rapporti tra la rappresentanza degli interessi collettivi e due delle

funzioni statuali per eccellenza, l'amministrazione e la giurisdizione.

Appositi capitoli sono poi dedicati all'applicazione degli strumenti teorici e concettuali propri dello studio delle "organizzazioni complesse" nei confronti delle organizzazioni sindacali e degli ordini professionali, quali fondamentali espressioni del pluralismo sancito dalla Carta costituzionale, intrinsecamente finalizzati alla regolazione-protezione di interessi superindividuali.

In particolare per gli ordini professionali, la puntuale disamina delle funzioni esercitate e della configurazione normativa, oltre che delle vicende storiche, danno evidenza di come la qualificazione soggettiva pubblicistica e la riferibilità all'ente di un certo interesse pubblico, convivano con l'interesse della categoria rappresentata.