

LA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE NEL CODICE DELLA CRISI E DELLA INSOLVENZA – PRIME RIFLESSIONI

di

FRANCESCO PEDOJA

Sommario: *I. Introduzione sistematica. – II. Principi della L. Delega n.115/2017 e loro attuazione. – III. Conclusioni.*

I. INTRODUZIONE SISTEMATICA.

Nella filosofia del nuovo codice la liquidazione giudiziale rappresenta l'estremo rimedio allo stato di crisi e di insolvenza dell'impresa, secondo quanto indicato dal Regolamento UE. N. 848/2015 che consente all'imprenditore insolvente una seconda chance di ripresa dell'attività.

Ciò si ricava ampiamente dalla previsione delle misure di allerta e dalla priorità di esame da parte del giudice – consacrata nell'art. 7 comma 2, CCI – delle domande di omologa dell'accordo di ristrutturazione e del concordato preventivo (strumenti definiti quali misure di regolazione concordata della crisi e dell'insolvenza).

Osservo a tal proposito che l'accordo di cui agli artt. 57 e ss. viene definito dal Codice in rubrica come strumento negoziale stragiudiziale, ancorché risulti ulteriormente rafforzata la sua natura concorsuale con l'estensione di efficacia coattiva di cui all'art. 61 e con la previsione della convenzione di moratoria di cui all'art. 62.

La priorità di esame da parte del Giudice è però subordinata a due condizioni:

1. la convenienza dello strumento richiesto per i creditori.

2. la non manifesta inammissibilità o infondatezza delle domanda; in ipotesi di rigetto di tali domande il Tribunale dichiara, ma non di ufficio, l'apertura della liquidazione giudiziale, come previsto dall'art. 49, comma 1, norma inserita nelle disposizioni sul procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (artt. 40 e ss.).

II. PRINCIPI DELLA L. DELEGA N.115/2017 E LORO ATTUAZIONE.

I principi di riforma della liquidazione giudiziale sono previsti negli artt. 7 e 13 e si ispirano alla finalità di rendere più efficace e rapida la procedura, amplificando la funzione del Curatore, potenziando la procedura medesima (eliminazione del privilegio esecutivo del credito fondiario, decorrenza anticipata del termine per esperire le azioni revocatorie, ridefinizione delle azioni di responsabilità), rendendo maggiormente rapido e snello l'accertamento del passivo, prevedendo un sistema pubblicitario più efficace per le vendite ed estendendo le aste telematiche già previste in sede di esecuzione individuale, affermando la competenza tendenzialmente esclusiva del Curatore in sede di riparto ed infine incentivando il ricorso al concordato liquidatorio; infine prevedendo una completa disciplina normativa sui rapporti tra liquidazione e misure di prevenzione penali.

In qual modo sono state attuate queste direttive? Certo – e lo verificheremo scorrendo i principi della delega – in modo non completo e quindi parziale.

Tra le misure da adottarsi per rendere più efficace la funzione del Curatore non è stata opportunamente introdotta la causa di incompatibilità alla nomina per aver rivestito anteriormente nel concordato preventivo eventuale la funzione di Commissario giudiziale (misura già adottata in precedenza ed oggetto di radicali critiche che non è il caso qui di ripercorrere); è stata invece recepita la definizione dei poteri di accertamento e di accesso a pubbliche amministrazioni e banche dati del Curatore, prevedendo all'art. 42 l'acquisizione già da parte della Cancelleria di atti presso Agenzia delle Entrate, INPS e

Registro delle Imprese, nonché agli artt. 49, comma 3 e 130, comma 3 la facoltà del giudice delegato di autorizzare il Curatore a richiedere alle pubbliche amministrazioni le informazioni ed i documenti in loro possesso, nonché tutto quanto dettagliatamente specificato alla lettera f) dell'art. 49, comma 3.

Relativamente al contenuto minimo del programma di liquidazione l'art.213 ha aggiunto l'elemento della indicazione del costo delle azioni che il Curatore intende esercitare, mentre l'art. 264 ha indicato come elemento eventuale l'attribuzione dei poteri assembleari al Curatore in ipotesi di liquidazione di un'impresa in forma societaria; non ha invece riproposto la necessità di indicare la sussistenza di proposte di concordato liquidatorio ed il loro contenuto – e ciò in contrasto con la delega ad incentivare detto concordato, così come la cancellazione dell'obbligo di pubblicazione sul Registro delle Imprese del rapporto riepilogativo semestrale del Curatore, elementi che potevano agevolare la partecipazione ampia da parte di creditori e terzi al concordato.

In caso di liquidazione di società la delega prevedeva l'assicurazione a creditori, soci e terzi di idonei strumenti di tutela in sede concorsuale, onde risolvere l'annosa polemica tra chi affermava la prevalenza degli strumenti societari e chi auspicava invece quella degli strumenti concorsuali: l'art. 264 prevede che contro le delibere societarie assunte dal curatore sia esperibile solo il reclamo endoliquidatorio.

La Legge delega prevedeva al comma 3 dell'art.7 la possibilità di escludere la nomina del Comitato dei Creditori per le procedure meno complesse, da sostituire con una consultazione telematica dei creditori medesimi, ma detta possibilità non è stata recepita nel CCI che prevede la obbligatorietà della nomina del Comitato, con ampliamento altresì dei suoi poteri autorizzatori – ad esempio per il recesso dal contratto di affitto d'azienda pendente al momento della pronuncia di apertura della liquidazione (art. 184).

Per quanto riguarda il potenziamento della procedura liquidatoria i principi della delega sono stati integralmente accolti con l'esclusione del privilegio esecutivo del credito fondiario (art.150), con la decorrenza anticipata del periodo sospetto nelle azioni

revocatorie liquidatorie dal deposito della domanda di liquidazione e fatta salva la consecuzione delle procedure (art. 166); nessun chiarimento peraltro è contenuto nel codice sul trattamento degli atti eseguiti nel periodo di concordato preventivo ed esenti da autorizzazione del Giudice.

Secondo la direttiva della Legge delega l'art. 255 prevede la legittimazione del Curatore ad esperire le azioni sociali di responsabilità, anche con estensione alla inottemperanza dell'obbligo di assetto organizzativo di cui all'art. 2086 C.C. (artt. 375 e 377); inoltre all'art. 378 , in applicazione anche di quanto statuito dalle SSUU n. 9100/2015, da indicazioni vincolanti in ordine alla quantificazione del danno risarcibile presunto, con detrazione specifica dei costi sostenuti e da sostenere in via di normalità dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione.

Quanto alla disciplina degli effetti della liquidazione sui rapporti giuridici pendenti (ora artt. 172 e ss.) è stata recepita la delega a limitare la prededuzione in ogni caso di prosecuzione o di subentro del Curatore nei contratti e di esercizio provvisorio (ora esercizio dell'impresa art. 211) solo ai crediti maturati in corso di procedura: in particolare in caso di retrocessione dell'azienda affittata dal Curatore (art. 212) il subentro di costui nei contratti in corso comporta la prededucibilità solo per i crediti post retrocessione differenza di quanto ora stabilito dall'art. 74 L.F.; così pure l'indennizzo previsto in caso di recesso dal contratto d'affitto d'azienda pendente sarà ora corrisposto in moneta concorsuale a differenza di quanto ora stabilito dall'art. 79 L.F..

Peraltro le maggiori differenze previste in materia di rapporti giuridici pendenti, per il resto sostanzialmente ripetitiva dell'attuale disciplina fallimentare, sono : a) la possibilità da parte del G.D. di disporre in caso di locazione finanziaria una perizia di stima del bene locato ai fini di quantificare il debito/credito del concedente (art. 177), b) il riconoscimento solo nella misura del 50% degli acconti versati dal promissario acquirente dell'immobile oggetto di contratto preliminare pendente (art. 173, comma 4), c) contratti di lavoro subordinato, ai quali viene riconosciuta una disciplina specifica dall'art. 189 –

differenza dell'attuale assetto normativo che li fa rientrare nella disciplina generale di cui all'art. 72 L.F. – richiamante quella giuslavoristica come previsto dall'art. 7, comma 7 della Legge delega e che prevede la sospensione automatica dei contratti a seguito della apertura della liquidazione, ma per un periodo temporale massimo di mesi 4 (eventualmente prorogabile da G.D.), trascorso il quale il contratto si ritiene sciolto con effetto retroattivo dalla pronuncia di apertura e con la possibilità del lavoratore di presentare le dimissioni da considerarsi con giusta causa e diritto al mancato preavviso oltre al TFR, da riconoscersi come crediti concorsuali.

La norma codicistica prevede inoltre che durante il periodo di sospensione – da equipararsi per gli effetti ad un periodo di disoccupazione - il lavoratore abbia diritto all'integrazione salariale e cioè il diritto al trattamento assicurativo NASPILG.

Infine il Curatore, in ipotesi di non cessazione totale dell'attività di impresa, può ricorrere al licenziamento collettivo, con le modalità di cui all'art. 189, comma 6.

Relativamente all'accertamento dello stato passivo i principi della rapidità, snellezza e concentrazione di cui alla Legge delega sono stati recepiti solo parzialmente in quanto non sono state escluse le domande tardive, pur con la riduzione del periodo di loro ammissibilità a soli sei mesi dal deposito del decreto di esecutività (art. 208), ferma restando l'ammissibilità delle cc.dd. supertardive nei limiti e con i presupposti della attuale legislazione fallimentare; sul fronte della rapidità è stata attuata la direttiva di introduzione preclusioni attenuate già nella fase monocratica, prevedendo che vi sia l'obbligo di anticipazione delle eccezioni e preclusioni per il Curatore in sede di progetto (art. 203). Inoltre è stata data attuazione al principio della Legge delega nel prevedere che il titolare di ipoteca su bene del terzo datore dichiarato insolvente debba presentare domanda di riconoscimento del suo diritto già in sede di esame dello stato passivo, risolvendo l'attuale incertezza normativa che conduceva a ritenere maggiormente plausibile la circostanza che il titolare potesse far valere il suo diritto solo in sede di piano di riparto (art. 201, comma 1).

Infine, fermi gli strumenti di opposizione, impugnazione e revocazione ora esperibili avverso il decreto di esecutività, è stato previsto all'art. 207, comma 1 che il Curatore, ancorché non costituito, possa presenziare all'udienza avanti il Collegio per rendere le sue eventuali informazioni sulle questioni oggetto di decisione.

La liquidazione dell'attivo è improntata nella delega ai principi della massima trasparenza e della massima efficienza. Del programma di liquidazione si è già detto, mentre sulle modalità di vendita sulla falsariga di quanto vige in materia di vendite esecutive individuali, è previsto dall'art. 216 che le stesse siano attuate con le modalità telematiche, che siano valide anche offerte inferiori sino ad un quarto del prezzo base e che la sospensione dell'aggiudicazione sia rimessa esclusivamente al G.D. (art. 217).

In ordine alla ripartizione dell'attivo (artt. 220 e ss.), parziale o finale, il Curatore ha ampi poteri autonomi, con l'obbligo peraltro di presentare ogni quattro mesi un progetto di riparto per l' 80% dell'attivo realizzato, oltre il deposito di eventuali accantonamenti per crediti contestati o ammessi con riserva, in mancanza di reclami il G.D. si limita a rendere esecutivo il piano; fuori riparto possono essere soddisfatti solo i crediti prededucibili, ma a condizione che il Comitato abbia reso il suo parere favorevole e vi sia l'autorizzazione del G.D. (art. 222).

Per quanto riguarda la chiusura della liquidazione il CCI ha dato attuazione al principio di cui all'art. 7, comma 10 lett.b) ribadendo all'art. 234 la possibilità della chiusura anticipata in presenza di pendenza di giudizi in cui il Curatore mantiene la legittimazione processuale – e cioè ribadendo che deve trattarsi di giudizi derivanti dalla pronuncia di liquidazione – estendendo anche ai giudizi esecutivi la mancanza di impedimento alla chiusura; inoltre sempre il Curatore è legittimato ad esperire dopo il decreto di chiusura anticipata anche i giudizi cautelari e strumentali all'attuazione delle decisioni favorevoli; condizione comunque necessaria a detta chiusura è che vi sia stato il riparto finale dell'attivo già liquidato.

L'art. 233, comma 2, in attuazione della Legge delega, prevede che il Curatore in ipotesi di liquidazione giudiziale di una società di capitali non provveda come attualmente alla sua automatica cancellazione dal Registro, ma provveda a convocare l'assemblea dei soci per verificare se gli stessi decidano di cessare o proseguire l'attività ed altresì perché affrontino altre questioni societarie sollecitate da una rappresentanza qualificata degli stessi indicata dal CCI nella misura del 20%.

Quanto al concordato liquidatorio la lett. d dell'art. 7, comma 10, Legge delega invitava il Legislatore delegato a disciplinare ed incentivare le proposte di concordato, ma come abbiamo già avuto modo di osservare il CCI (artt. 240 e ss.) ha posto dei freni alle forme di pubblicità necessarie per una conoscenza informata degli elementi utili per terzi e creditori al fine di presentare proposte; ha inoltre ribadito il limite temporale di due anni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo per la presentazione delle domande con il limite ulteriore di ammissibilità per il debitore di un anno dalla apertura della liquidazione per la sua proposta con il limite ulteriore (in analogia a quanto previsto per il concordato preventivo) del necessario apporto di risorse che incrementino di almeno del 10% il valore dell'attivo.

L'art. 243 in vista del voto dei creditori ha dato solo una generica indicazione dei casi di conflitto di interessi che impone l'esclusione dal voto, dovendosi comunque fare riferimento sistematico a quanto al contrario indicato dettagliatamente in materia di concordato preventivo (art. 109, comma 5). In caso di concordato di gruppo societario l'art. 245 ha previsto in attuazione di quanto indicato dalla Legge delega che possa essere presentato con la domanda avanti a ciascun Tribunale competente un piano unitario (art. 245).

L'art. 246 ha stabilito che l'efficacia del concordato omologato decorra dalla scadenza dei termini per le opposizioni alla omologazione (e ciò appare pienamente logico) e dal momento in cui si esauriscono le impugnazioni *ex art.* 206 e cioè relative allo stato passivo: ritengo che debba trattarsi di una svista per quanto grave del Legislatore delegato

in quanto ciò da un alto differirebbe in maniera gravissima l'efficacia del concordato e d'altro lato non avrebbe alcun senso giuridico in quanto il proponente del concordato sarebbe comunque tenuto ad accantonare le somme relative all'eventuale pagamento ai creditori *sub judice*.

L'art. 13 della Legge delega imponeva al Legislatore delegato di regolare i "traumatici" rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali, coordinando la disciplina dello strumento concorsuale con le misure del codice delle leggi antimafia e quelle di prevenzione del processo penale.

Con gli artt. 318 e ss. il CCI ha previsto la prevalenza della liquidazione giudiziale su sequestro preventivo penale ex art. 321, comma 1 C.P.P. e su sequestro conservativo penale ex art. 316 C.P.P. con la legittimazione esclusiva del Curatore a richiedere al Giudice penale la eventuale revoca della misura disposta ante liquidazione od in corso di liquidazione; nulla però ha disposto sui rapporti con le misure di prevenzione di cui al D.lgs. n. 159/2011, a differenza di quanto era stato previsto nello schema Rordorf, con la conseguenza che rimane immutata la prevalenza disposta da detto D.lgs. delle misure di prevenzione sulla liquidazione giudiziale.

III. CONCLUSIONI.

La prossima adozione definitiva e la conseguente pubblicazione della Direttiva comunitaria, così come approvata in prima lettura in data 28 marzo 2019 comporterà un necessario intervento correttivo- già previsto espressamente e genericamente dalla delega – della normativa approvata, onde dovremo attendere il nuovo intervento del Legislatore delegato per riesaminare *funditus* gli istituti concorsuali oggetto del presente scritto.