

I RAPPORTI TRA GIUDICE DELEGATO E COMITATO DEI CREDITORI¹

di

Antonello Fabbro

SOMMARIO: I. *Il ruolo del Giudice Delegato: da direzione a vigilanza e controllo.* – II. *Il ruolo del Comitato dei creditori. Il conflitto di interessi. Il voto.* – III. *Le autorizzazioni. Vizio determinato dalla mancanza di autorizzazione. Autorizzazioni del Comitato dei creditori. Autorizzazioni del Giudice Delegato. Conflitto tra curatore e Comitato dei creditori.* – IV. *L'art. 41, co. 4, L. F. Il potere surrogatorio del Giudice Delegato: 4 ipotesi. Autorizzazione implicita. Il reclamo contro gli atti del Comitato dei creditori e contro l'atto del Giudice Delegato emesso in sostituzione del Comitato dei creditori.* – V. *L'art. 104 ter, co. 9, L. F.: l'autorizzazione degli atti conformi al programma di liquidazione. Presupposti della autorizzazione.*

I. IL RUOLO DEL GIUDICE DELEGATO: DA DIREZIONE A VIGILANZA E CONTROLLO.

Secondo la disciplina vigente *ante* riforma del 2006 il Giudice Delegato (e così pure il tribunale) gestiva il fallimento, tramite il curatore. Il GD, quindi, aveva ampi poteri di gestione della procedura. Con la riforma del 2006 il legislatore ha attribuito al Giudice Delegato essenzialmente compiti di vigilanza e controllo

¹ Testo della Relazione tenuta in occasione del Seminario per Giudici Delegati “*Il Giudice della crisi al tempo della Riforma*” (Venezia, San Servolo, 18-20 maggio 2018).

sull'operato del curatore e del Comitato dei creditori. Gli ha riservato tuttavia alcuni poteri di ingerenza nella gestione della procedura, attribuendogli il potere di autorizzare singoli ma significativi atti gestori (tra i quali i più rilevanti sono l'esercizio provvisorio dell'impresa- art. 104 comma 2 L.F., l'affitto di azienda - art. 104 *bis* L.F., la costituzione in giudizio ex art. 25 n. 6 L.F.).

II. IL RUOLO DEL COMITATO DEI CREDITORI. IL CONFLITTO DI INTERESSI. IL VOTO.

A seguito della riforma del 2006 il Comitato dei creditori affianca il curatore nell'attività gestoria del fallimento. Così come nel sistema previgente, il Comitato dei creditori ha poteri di iniziativa (ad es. può proporre reclamo contro i decreti del Giudice Delegato - art. 26, co. 2, L.F., può chiedere la revoca del curatore - art. 37, co. 1, L.F.), poteri ispettivi (v. art. 41, co. 5, L.F.) ed attribuzioni consultive, mediante il rilascio di pareri, che possono essere facoltativi, obbligatori o vincolanti a seconda dei casi.

La partecipazione del Comitato dei creditori alla gestione della procedura si realizza mediante l'attribuzione di poteri di vigilanza e di autorizzazione. Infatti la maggior parte dei poteri di autorizzazione in precedenza attribuiti al tribunale e al Giudice Delegato è stata trasferita, con la riforma del 2006, al Comitato dei creditori (autorizzazione a delegare attività tipiche del curatore ex art. 32, co. 1, L.F., a nominare coadiutori ex art. 32, co. 2, L.F., a compiere atti di straordinaria amministrazione ex art. 35, co. 1, L.F., a subentrare nei contratti in corso di esecuzione ex art. 72, co. 1, L.F.).

Il potere di vigilanza sulla gestione della procedura da parte del curatore, oltre che al Giudice Delegato, spetta anche al Comitato dei creditori (nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, ex art. 31, co. 1, L.F.).

Nello scegliere i membri che andranno a comporre il Comitato dei creditori, il Giudice Delegato è tenuto solo a curare che siano rappresentati “*in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti [ed] avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi*” (art. 40, co. 2, L.F.).

Nel disciplinare le modalità di costituzione del Comitato dei creditori la legge non prevede ipotesi di incompatibilità. Si ritiene infatti che il richiamo dell’art. 41, co. 7, L. F. all’art. 2407, primo e terzo comma, del codice civile (che riguarda i doveri e la responsabilità dei sindaci), implicitamente escluda l’estensione ai membri del comitato delle ipotesi di incompatibilità e decadenza dei Sindaci di cui all’art. 2399 C.C..

La legge però disciplina il conflitto di interessi in cui può venirsi a trovare un membro del comitato, stabilendo che il membro in conflitto deve astenersi dalla votazione (art. 40, co. 5, L.F.). Ciò comporta che non è necessario sostituire il membro del comitato che viene a trovarsi in una situazione di conflitto di interessi.

La norma prende dunque in considerazione il caso concreto di conflitto, con riferimento a singole decisioni: la situazione di conflitto deve essere rilevante in relazione alla specifica decisione che il comitato deve adottare².

Ciò conferma che non è vietato a priori e in via generale a determinate categorie di soggetti di far parte del comitato, mentre è chiara la volontà del legislatore di impedire che le decisioni di comune interesse siano influenzate da interessi esterni riconducibili alla posizione del singolo.

La situazione di conflitto potrà quindi essere valorizzata dal G.D. sotto il profilo dell’inopportunità di nominare un determinato creditore in probabile conflitto. Ad esempio, sarebbe poco opportuna la nomina a componente del comitato di un avvocato che sia anche creditore del fallimento, dato che il professionista sarebbe

² v. Trib. Monza 10 dicembre 2015, reperibile su ilCaso.it, secondo cui “*il conflitto d’interesse di un membro del cdc deve essere identificato nell’interesse esterno riconducibile allo stesso, in guisa che egli non possa perseguire l’interesse comune nello specifico affare devoluto alla competenza dell’organo di cui fa parte senza sacrificare il proprio tornaconto*”)

chiamato a esprimere i pareri sull'esercizio delle azioni che egli stesso dovrebbe intraprendere, ad autorizzare eventuali transazioni sulle cause da lui stesso trattate, ecc. E' bene, in sostanza, evitare di nominare chi inevitabilmente verrà a trovarsi in una o più situazioni di conflitto.

Quali sono le conseguenze della violazione dell'obbligo di astensione? Come si è detto, l'art. 41, co. 7, L.F. disciplina la responsabilità dei membri del comitato mediante richiamo all'art. 2407, co. 1 e 3, C.C., riguardante la responsabilità dei sindaci. Tale norma però si applica in quanto compatibile, ossia si tiene nel dovuto conto il fatto che i membri del Comitato dei creditori non hanno di solito l'esperienza, la preparazione e la competenza adeguate alle caratteristiche delle decisioni che devono prendere.

Il voto espresso in conflitto di interessi può inoltre riflettersi sull'atto, determinandone l'invalidità nel caso in cui il voto espresso dal membro in conflitto (siccome viziato dalla violazione di legge) sia stato determinante ai fini della deliberazione e quest'ultima sia fonte di un possibile danno, così come avviene in materia societaria³. Il vizio però, ancorchè invalidante, non si ripercuote sulle fasi successive del procedimento qualora la delibera del comitato non sia stata tempestivamente reclamata ai sensi dell'art. 36 L. Fall.⁴.

Ai sensi dell'art. 41, co. 3, L.F., le delibere del Comitato dei creditori sono prese a maggioranza dei votanti (salvo la nomina del Presidente, che avviene a maggioranza dei componenti, art. 40, co. 2, L. F.). Gli astenuti quindi non vengono computati, e neppure i membri che non esprimono alcun voto. Ne consegue che una delibera potrebbe essere approvata anche con un solo voto.

Dalla previsione che il comitato deve motivare, seppure succintamente, le proprie deliberazioni (art. 41, co. 1, L. F.) si ricava che il silenzio equivale alla mancata espressione del voto.

³ Cfr. Cass. sez. I, 10 febbraio 2011.

⁴ Cfr. Cass. ult. cit..

Considerate le doti di professionalità funzionali all'assolvimento dell'incarico (quasi sempre carenti) dei membri del comitato, deve ritenersi valida la motivazione *per relationem* al contenuto della richiesta di parere o di autorizzazione (solitamente motivata) del curatore.

III. LE AUTORIZZAZIONI. VIZIO DETERMINATO DALLA MANCANZA DI AUTORIZZAZIONE. AUTORIZZAZIONI DEL COMITATO DEI CREDITORI. AUTORIZZAZIONI DEL GIUDICE DELEGATO. CONFLITTO TRA CURATORE E COMITATO DEI CREDITORI.

L'attività di gestione del curatore è subordinata all'intervento autorizzativo del Comitato dei creditori (o, in particolari casi, del Giudice Delegato).

Il Comitato dei creditori e il GD integrano, mediante le autorizzazioni, i poteri del curatore, che trovano quindi espressione, di regola, in atti complessi, nella formazione dei quali interviene la volontà di altri organi della procedura.

Mentre l'attività consultiva del comitato rimane all'interno del procedimento di formazione dell'atto decisorio della sequenza e si traduce in atti - i pareri - che non sono autonomamente impugnabili, neppure se vincolanti, l' autorizzazione, invece, ha rilevanza esterna, dato che integra, anche nei confronti dei terzi, i poteri del curatore, come chiaramente afferma la rubrica dell'art. 35 L.F..

Il vizio concernente l'autorizzazione si riverbera sull'atto, nel senso che la illegittimità o la mancanza della autorizzazione giustificano la proposizione, da parte di qualsiasi soggetto interessato, del reclamo ex art. 36 L.F. (o ex art. 26 nel caso di autorizzazione rilasciata dal GD nell'esercizio dei poteri autorizzativi propri), contro la stessa autorizzazione, oppure contro l'atto del curatore invalido per un vizio che attiene alla autorizzazione.

Una volta che siano inutilmente decorsi i termini per l'eventuale reclamo, tuttavia, i terzi interessati non avranno a disposizione alcun strumento per impedire che il curatore dia esecuzione all'atto, sebbene invalido perché privo della necessaria autorizzazione o perché l'autorizzazione a sua volta presenta un vizio che ne determina l'invalidità.

Infatti, se il curatore dà esecuzione ad un atto viziato perché privo della necessaria autorizzazione (perché mai rilasciata, oppure negata, oppure annullata in sede di reclamo) tale vizio deve ritenersi sanabile, potendo l'autorizzazione intervenire anche successivamente. Inoltre, poiché l'autorizzazione è richiesta dalla legge nell'interesse dell'amministrazione fallimentare, l'eventuale azione di annullamento dell'atto invalido per un vizio attinente all'autorizzazione compete unicamente al curatore⁵, è soggetta a prescrizione quinquennale, ma può sempre essere opposta dal curatore in via di eccezione, ex art. 1442, co. 4, c.c., al terzo che agisca per l'esecuzione del negozio annullabile.

L'atto di gestione più importante del Comitato dei creditori è l'approvazione del programma di liquidazione (art. 104 *ter* L.F.).

Il Comitato dei creditori, inoltre, è competente al rilascio delle seguenti autorizzazioni:

- nomina di coadiutori, tecnici o altre persone retribuite (art. 32 L.F.);
- investimento delle somme riscosse in strumenti diversi dal conto corrente (art. 34 L.F.);
- compimento degli atti di straordinaria amministrazione e di una serie di atti tassativamente indicati: riduzioni di crediti, transazioni, compromessi, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazione di ipoteche, restituzione di pegni, svicolo di cauzioni, l'accettazione di eredità o donazioni (art. 35 L.F.);

⁵ Cfr. Cass. n. 8669/1995 e art. 1441, co. 1, c.c..

- proposizione dell'azione di responsabilità contro il curatore revocato (art. 38 L.F., in concorrenza con il Giudice Delegato);
- rinuncia all'acquisizione dei beni che pervengono al fallito durante il fallimento (art. 42 L.F.);
- pagamento di crediti prededucibili non contestati (in concorrenza con il Giudice Delegato, art. 111-*bis* L.F.)
- subentro nel contratto ad esecuzione sospesa in luogo del fallito, oppure scioglimento dal medesimo contratto (art. 72 L.F.)
- subentro nel contratto di vendita a termine o a rate, se il prezzo deve essere ancora pagato al momento del fallimento (art. 73 L.F.);
- subentro nel contratto di appalto (art. 81 L.F.);
- non acquisizione all'attivo, o rinuncia a liquidare uno o più beni (compresi i crediti, v. Trib. Reggio Emilia, 12 giugno 2017), se l'attività di liquidazione appare manifestamente non conveniente (art. 104 – *ter*, co. 7, L.F.).

Le autorizzazioni del Giudice Delegato riguardano gli atti gestori più significativi, specificamente le seguenti attività del curatore:

- la costituzione in giudizio in qualità di attore o di convenuto (art. 25 n. 6 L.F.), anche con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti di uno o più componenti del Comitato dei creditori (art. 41, co. 8, L.F.),
- l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104, co. 2, L.F.),
- l'affitto dell'azienda (art. art. 104 *bis* L.F.),
- l'affidamento ad altri professionisti di alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo (art. 104 *ter*, co. 3, L.F.).

La autorizzazione, come si è detto, integra i poteri del curatore, interviene, quindi nell'ambito di un atto complesso a formazione progressiva ed è requisito di validità dell'atto finale.

Viene nella maggior parte dei casi rilasciata dal Comitato dei creditori, i cui atti sono reclamabili ex art. 36 L.F. per i soli vizi attinenti alla legittimità, non quindi per il merito.

I vizi di legittimità dell'atto, come è noto, consistono nell'incompetenza, nell'eccesso di potere, nella violazione di legge.

Le autorizzazioni di competenza del Comitato dei creditori non possono essere rilasciate dal Giudice Delegato (al di fuori dell'ipotesi di sostituzione di cui all'art. 41, co. 4, L. Fall.). Infatti l'autorizzazione rilasciata dal Giudice Delegato in luogo del comitato, al di fuori del caso disciplinato dall'art. 41, co. 4, L.F., è illegittima, per difetto di competenza dell'organo.

Capita talvolta che i curatori, dopo avere acquisito il parere del Comitato dei creditori, chiedano il rilascio dell'autorizzazione al Giudice Delegato, anche quando il rilascio dell'autorizzazione spetta al comitato. Tale prassi è sbagliata e non può essere avallata dal GD per almeno due motivi: in primo luogo perché, come si è visto, l'autorizzazione, se rilasciata dal GD, proverrebbe da un organo incompetente e sarebbe quindi illegittima, in secondo luogo perché il parere del comitato non potrebbe essere assimilato al rilascio della corrispondente autorizzazione, considerata la diversa natura giuridica dei due atti. Il Giudice Delegato quindi deve respingere la richiesta e disporre che il curatore acquisisca l'autorizzazione, e non il semplice parere, del comitato.

Succede anche che il curatore richieda di essere autorizzato a compiere atti che possono tranquillamente essere eseguiti senza autorizzazione.

In tal caso il G.D. deve respingere l'istanza. Il curatore infatti, ex art. 31 L.F., ha "*l'amministrazione del patrimonio del fallimento*" e ciò gli consente di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (ad es. di stipulare l'assicurazione di un immobile) senza necessità di autorizzazione, né del Comitato dei creditori, né tantomeno del Giudice Delegato.

Le autorizzazioni del Comitato dei creditori e del Giudice Delegato sono richieste invece per alcuni atti specifici e per gli atti di straordinaria amministrazione.

Nel rilasciare l'autorizzazione il comitato valuta la legittimità dell'atto che il curatore intende eseguire, ma anche la sua convenienza ed opportunità, come si evince dalla circostanza che il curatore, quando chiede di essere autorizzato al compimento di atti di straordinaria amministrazione, formula le proprie conclusioni anche sulla convenienza della proposta (art. 35, co. 2, L.F.).

Se il comitato non rilascia l'autorizzazione, ad es. perché reputa l'atto non conveniente per gli interessi dei creditori, può crearsi un conflitto tra curatore e comitato, che impedisce alla procedura di progredire.

Analogo conflitto può presentarsi qualora il Comitato dei creditori non approvi il programma di liquidazione predisposto dal curatore.

In tal caso il Giudice Delegato dovrà in primo luogo cercare di comporre il conflitto tra curatore e comitato, convocando i due organi e facendo adeguata opera di persuasione dopo avere individuato quale sia l'interesse della procedura.

Ma nell'ipotesi in cui il conflitto permanga, e al di fuori delle ipotesi di violazione di legge (risolvibili con lo strumento del reclamo ex art. 36 L.F.), non pare vi sia spazio per la sostituzione del comitato o dei suoi membri "recalcitranti", dato che la sostituzione dei membri del comitato è ammessa solo "*in relazione alle variazioni dello stato passivo (id est il membro perde la qualità di creditore) o per altro giustificato motivo*" (art. 40, co. 1, L.F.), che non può logicamente essere costituito dalla libera espressione di una valutazione di merito, ancorchè fondata sull'interesse al corretto andamento e al buon esito della procedura, non necessariamente coincidente con quello del ceto creditorio⁶, qual è quella del Comitato dei creditori. Conseguentemente il contrasto non altrimenti sanato tra curatore e Comitato dei creditori potrà essere risolto solo mediante la sostituzione del curatore.

⁶ Così Cass. sez. I, 13 marzo 2015.

IV. L'ART. 41 COMMA 4 L. FALL. IL POTERE SURROGATORIO DEL GIUDICE DELEGATO: 4 IPOTESI. AUTORIZZAZIONE IMPLICITA. IL RECLAMO CONTRO GLI ATTI DEL COMITATO DEI CREDITORI E CONTRO L'ATTO DEL GIUDICE DELEGATO EMESSE IN SOSTITUZIONE DEL COMITATO DEI CREDITORI.

Le autorizzazioni e i pareri vincolanti del Comitato dei creditori sono essenziali per il compimento di atti di gestione o di programmazione della procedura.

La legge prevede un meccanismo di superamento del blocco procedurale che si determinerebbe nel caso di mancato intervento del Comitato dei creditori. L'art. 41, co. 4, L.F. prevede infatti che *“in caso di inerzia, d'impossibilità di costituzione per insufficienza di numero od indisponibilità dei creditori, o di funzionamento del comitato o d'urgenza, provvede il Giudice Delegato”*.

Il Giudice Delegato quindi interviene in sostituzione del comitato nei quattro casi indicati dalla norma citata, casi che in definitiva sono tutti riconducibili ad un mancato funzionamento dell'organo. Anche l'urgenza, infatti, riguarda in definitiva un'ipotesi in cui il funzionamento del comitato è incompatibile con i tempi della procedura.

Il Giudice Delegato potrà essere attivato, nell'esercizio dei suoi poteri surrogatori di quelli del Comitato dei creditori, dal curatore o da chiunque altro abbia interesse all'attuazione del provvedimento.

Talvolta l'atto del Comitato dei creditori si inserisce in un iter che prevede il successivo intervento del Giudice Delegato nell'esercizio di poteri suoi propri. E' il caso ad esempio dei pareri che il comitato esprime previamente all'esercizio di poteri propri del Giudice Delegato (v. ad es. art. 108 comma 1 in materia di sospensione della vendita per gravi e giustificati motivi). In tal caso si è sostenuto che *“la mancata menzione, nel provvedimento autorizzativo del giudice delegato, del parere*

vincolante del comitato dei creditori e di ogni richiamo all'impossibilità di costituzione o funzionamento dell'organo costituisce vizio dell'atto solo se, pur essendo stato costituito e regolarmente funzionante il suddetto comitato, non ne sia stato acquisito il parere favorevole; se, viceversa, il comitato stesso non sia stato ancora costituito, il provvedimento autorizzativo del Giudice delegato, che in questo caso esercita anche i poteri del comitato dei creditori, vale al tempo stesso quale parere favorevole dell'organo mancante, per l'ovvia considerazione che autorizzare qualcosa implica necessariamente la manifestazione espressa di una valutazione favorevole a ciò che si autorizza.” (Trib. Campobasso 3 novembre 2016, reperibile ne IlCaso.it).

Benchè giunga di fatto alle medesime conclusioni, è tuttavia più convincente la tesi secondo cui *“la sostituzione del giudice delegato al comitato dei creditori nelle ipotesi previste dall'art. 41 co. 4 L.F. è prevista soltanto al fine di “provvedere” in sua vece, ed il potere surrogatorio del giudice delegato deve quindi intendersi limitato alla concessione o al diniego di autorizzazioni e all'approvazione o alla richiesta di modifica del programma di liquidazione, e non può essere esteso, invece al rilascio di pareri. Ne consegue che, in assenza del comitato dei creditori, il giudice delegato può autorizzare, ai sensi dell'art. 104-bis co. 5 l.f., la concessione del diritto di prelazione all'affittuario di ramo di azienda, senza necessità di esprimere, in surroga del comitato stesso, il parere favorevole previsto dall'art. 104-bis co. 5 l.f.” (Tribunale Milano 23 luglio 2014, reperibile ne IlCaso.it).*

Non ha senso in effetti che il Giudice Delegato esprima pareri con riferimento a decisioni che egli stesso deve assumere.

Si è comunque ritenuto sussistente il potere surrogatorio del GD al fine dell'espressione del parere previsto dall'art. 102 comma 1 L.F. (emissione del decreto con cui il tribunale dispone di non farsi luogo all'accertamento del passivo) (Appello Venezia, 7 marzo 2012, ne IlCaso.it) e del parere sulla proposta di concordato fallimentare ex art. 125 comma 2 L.F. (Trib. Roma 31 luglio 2008, Trib. Patti 24 novembre 2008, Trib. Pescara 1 aprile 2008, *contra* Trib. Torre Annunziata 5 giugno 2008, reperibili su IlCaso.it).

Gli atti emessi dal Giudice Delegato in sostituzione del comitato sono reclamabili ai sensi dell'art. 36 L.F., quindi solo per vizi di legittimità, come del resto avverrebbe se il potere fosse stato esercitato dal comitato.(cfr. Trib. Roma 20 ottobre 2010).

V. L'ART. 104 TER, CO. 9, L.F.: L' AUTORIZZAZIONE DEGLI ATTI CONFORMI AL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE. PRESUPPOSTI DELLA AUTORIZZAZIONE DEL G.D.

Il programma di liquidazione viene predisposto dal curatore, il quale lo sottopone all'approvazione del Comitato dei creditori. Dopo che è stato approvato dal comitato (o dal GD in funzione surrogatoria del comitato), il programma viene sottoposto al vaglio del Giudice Delegato affinché egli autorizzi l'esecuzione dei singoli atti previsti dal programma previa verifica di conformità di tali atti a quanto indicato nel programma.

Le verifiche del GD sul programma si esprimono in due direzioni. Il GD, in primo luogo, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e controllo sulla regolarità della procedura (art. 25, co. 1, L.F.), è tenuto a verificare che il programma non presenti vizi di legittimità e quindi a rimandarlo agli altri due organi della procedura affinché riformino le parti del programma non conformi a legge (tale caso si verifica ad es. quando il programma prevede una vendita a trattativa privata e perciò in violazione dei principi di pubblicità e competitività delle vendite, oppure quando le modalità del programma sono incompatibili con una ordinata e tempestiva procedura di liquidazione, o anche, si ritiene, quando il programma si presenti manifestamente inidoneo a realizzare gli interessi della procedura, non potendo il GD avallare scelte che si pongono in aperto contrasto con le finalità della legge). Anche in questo caso il rifiuto del curatore di adeguarsi alle indicazioni del GD potrà comportare, quale ultima possibilità risolutiva, la sua revoca.

In secondo luogo il GD autorizza l'esecuzione degli atti conformi al programma (art. 104 *ter* comma 9 L.F.).

In questo caso l'autorizzazione viene emessa a seguito di una valutazione di conformità del singolo atto liquidatorio al programma.

Il legislatore vuole che il curatore possa mettere in esecuzione il piano solo dopo che il GD ha controllato che il singolo atto che il curatore vuole compiere sia effettivamente previsto dal programma. Perciò non ha senso che il GD rilasci una generica autorizzazione rivolta indistintamente a tutti gli atti conformi al programma, ma occorre che il GD rilasci l'autorizzazione dopo avere verificato che l'atto rientra tra quelli specificamente previsti dal programma.