



Consiglio Nazionale  
dei Dottori Commercialisti  
e degli Esperti Contabili

---

# **Il programma di liquidazione**

**Giugno 2011**





A cura della Commissione

*“Liberato Passarelli – Il diritto fallimentare dopo la riforma”*

Presidente

*Franco Michelotti*

Componenti

*Massimo Bellantone*

*Valerio Garozzo*

*Patrizia Goffi*

*Alberto Guiotto*

*Paola Lorenzetti*

*Roberto Marrani*

*Armando Mussolino*

*Antonio Passantino*

*Marcello Pollio*

*Stefano Tedeschi*

Esperto

*Massimo Fabiani*

Ricercatore IRDCEC assegnato

*Chiara Micarelli*

Mandato 2008-2012

Area di delega

Consigliere Delegato

Consiglieri Co-Delegati

*Procedure concorsuali*

*Giulia Pusterla*

*Felice Ruscetta*

*Emanuele Veneziani*



## Indice

### PARTE I – IL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

1. Introduzione e significato.....	4
2. Natura.....	5
3. Struttura.....	6
4. Funzione.....	9
5. Tempistica.....	10
6. Procedimento di approvazione.....	11
7. Esecuzione ed autorizzazioni del giudice delegato.....	14
8. Delega ad altri professionisti.....	18
9. Monitoraggio e rapporti riepilogativi semestrali.....	19

### PARTE II - CONTENUTO ED ESECUZIONE DEL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

10. Contenuto minimo.....	20
11. Principi relativi alle modalità di realizzazione dell'attivo.....	21
12. Conservazione dell'azienda.....	27
12.1. Esercizio provvisorio.....	27
12.2. Affitto dell'azienda, o di rami, a terzi.....	29
12.3. Modalità di liquidazione dell'azienda.....	30
13. Cessione d'azienda, di singoli rami, di rapporti giuridici individuabili in blocco.....	32
14. Liquidazione atomistica.....	33
15. Concordato fallimentare.....	34
16. Realizzo dei crediti e azioni recuperatorie.....	35
17. Azioni risarcitorie.....	44
18. Azioni revocatorie.....	46
19. La segretazione parziale del programma di liquidazione.....	47
20. I beni da abbandonare (la c.d. <i>derelictio</i> ).....	49
21. I rapporti pendenti.....	49
22. I collaboratori del curatore (ausiliari, coadiutori, difensori, delegati, stimatori, periti, ecc.).....	50
23. Conclusioni.....	51



## Parte I

### IL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

#### 1. Introduzione e significato.

È opinione diffusa tra gli studiosi e gli operatori della materia fallimentare che il programma di liquidazione costituisca una delle novità di maggior rilievo introdotte dalla riforma della legge fallimentare, attuata in più riprese dal 2005 al 2008.

La portata innovativa del programma di liquidazione si coglie essenzialmente nell'introduzione nella materia fallimentare della (cultura della) «programmazione condivisa» come metodo di liquidazione dell'attivo fallimentare e quale premessa per un successivo efficace controllo a consuntivo della gestione liquidatoria del curatore, che trova nel programma approvato il suo paradigma di riferimento temporale e fattuale.

Il legislatore si è chiaramente ispirato alla disciplina del programma del commissario nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese di cui agli artt. da 54 a 59 del d. lgs. n. 270/99, che può essere considerato il precedente legislativo dell'art. 104-ter della legge fallimentare, nonché all'esito di prassi virtuose instauratesi in alcuni tribunali italiani nel vigore della normativa previgente.

L'esigenza di una programmazione delle attività liquidatorie svolte dalla curatela nasce dalla constatazione della diffusa inefficienza ed opacità della liquidazione fallimentare *ante* riforma, caratterizzata da tempi di realizzazione imprevedibili, rimessa alla totale discrezionalità del curatore circa le modalità e i termini di liquidazione dell'attivo, in assenza di un esercizio effettivo del potere direttivo del giudice delegato, le cui scelte avvenivano spesso in modo frammentario e poco trasparente, senza che potessero essere inquadrare nell'ambito di un generale disegno liquidatorio volto a massimizzare il ricavato per i creditori.

A ciò si aggiunga che, prima della riforma, l'attività liquidatoria, da un lato si caratterizzava per la sua natura giudiziale, stante il rinvio *ex art.* 105 della previgente legge fall. al processo di esecuzione del codice di procedura civile, dall'altro per il differimento del suo avvio al decreto di



esecutività dello stato passivo, salvo le vendite urgenti, per cui anche questi vincoli normativi contribuivano alla lentezza e alla inefficacia della realizzazione dell'attivo.

In questo contesto, l'introduzione del programma di liquidazione, ponendosi come elemento di discontinuità rispetto al passato, è diretta a realizzare i principi della accelerazione delle procedure e della maggiore partecipazione del comitato dei creditori alla gestione della crisi dell'impresa, facendo leva sulle capacità manageriali del curatore, nella prospettiva di modernizzare la gestione del fallimento.

## **2. Natura.**

Il programma di liquidazione è un atto tipico della procedura fallimentare a formazione progressiva, la cui iniziativa è rimessa al curatore in via esclusiva ed il cui perfezionamento richiede il consenso del comitato dei creditori.

Il progetto di programma di liquidazione, quale atto del curatore, non rientra tra gli atti delegabili a terzi a norma dell'art. 32, comma 1, della legge fallimentare. Pertanto, il curatore è tenuto a compierlo personalmente. L'intrasmissibilità di tale attribuzione del curatore conferma – sotto altro profilo – come il legislatore abbia concepito la programmazione della liquidazione dell'attivo come uno dei pochi atti di spettanza esclusiva del curatore, in quanto portatore di una specifica competenza professionale.

Una volta approvato, il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo della gestione del patrimonio fallimentare, per cui occorre sottolineare non tanto la sua natura di documento programmatico (che è *in re ipsa*), quanto il vincolo che da esso discende alla successiva attività di liquidazione del curatore, il quale è tenuto ad attenersi ai tempi e alle modalità di liquidazione ivi previsti con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Infatti, egli è direttamente responsabile a norma dell'art. 38 della legge fallimentare del compimento degli atti di liquidazione previsti nel programma di liquidazione approvato.

Prima dell'approvazione del programma, il curatore ha i più ampi poteri in merito alla scelta delle varie opzioni di liquidazione dell'attivo, per cui nella predisposizione del progetto di programma di liquidazione il curatore esercita tali nuove attribuzioni, valutando discrezionalmente la



convenienza per la massa delle alternative liquidatorie concretamente praticabili sulla scorta della ricognizione del patrimonio caduto nel fallimento, effettuata anche in sede di inventario.

Dopo l'approvazione del programma, il curatore è viceversa obbligato a dare esecuzione alla liquidazione programmata nei termini e con le modalità stabilite nel piano di liquidazione, per cui nella esecuzione della liquidazione la sua attività si caratterizza più per la sua natura vincolata, che per la sopravvivenza di residui poteri discrezionali, limitati all'ipotesi di sopravvenienza di esigenze tali da richiedere la formulazione di un supplemento di programma.

### **3. Struttura.**

Il programma di liquidazione, dovendo prevedere i singoli atti di liquidazione, la loro tempistica e le relative modalità di attuazione, non può essere redatto in modo sommario; occorre invece che esso sia analitico e completo. Infatti, l'esecuzione degli atti di liquidazione previsti nel programma approvato deve essere autorizzata dal giudice delegato, il quale, per autorizzare il compimento dell'atto, deve verificarne la conformità con la previsione contenuta nel programma. Di conseguenza, se l'atto non è descritto analiticamente nel programma o se non è previsto affatto, non può essere autorizzato dal giudice delegato e ne è precluso il compimento.

Nella pratica, stanti i ridotti termini di approvazione del programma, al curatore può risultare difficile se non impossibile redigere il programma con la completezza e l'analiticità richieste dalla legge. Per ovviare a ciò, si può valorizzare la natura del programma di liquidazione come fattispecie a formazione progressiva, ritenendo ammissibili e legittimi programmi di liquidazione parziali, con riserva di integrazione successiva mediante supplementi da redigersi non appena le informazioni e i fatti nuovi sopravvenuti siano acquisiti e conosciuti dalla curatela. Il programma parziale deve essere necessariamente analitico, permettendo il compimento della relativa successiva attività liquidatoria in esso prevista.

Al fine di permettere la redazione di programmi parziali, ma tempestivi e analitici, è ragionevole che la struttura del programma di liquidazione si articoli in sezioni o parti autonome, dedicate alla esposizione analitica della strategia liquidatoria dei settori in cui è divisibile l'attivo (situazione patrimoniale relativa alle attività da liquidare, attività già liquidate al momento del programma di



liquidazione; rapporti pendenti; esercizio provvisorio, affitto e cessione dell'azienda o di singoli rami; rapporti giuridici da cedere in blocco; beni immobili; beni mobili e altre attività da liquidare; crediti e azioni di recupero; azioni risarcitorie e di responsabilità; azioni revocatorie; altre azioni; proposte di concordato fallimentare; ausiliari e coadiutori; beni da abbandonare).

In ogni singola sezione o partizione dell'attivo, il programma deve recare le indicazioni di dettaglio sui tempi e le modalità previste di liquidazione, assicurando la massima flessibilità nella fase di esecuzione mediante il ricorso alla previsione di modalità di liquidazione subordinate l'una all'altra al verificarsi di predeterminati eventi, con una precisa scansione temporale per ciascuna modalità. In questa prospettiva, sotto un profilo giuridico, la previsione di modalità di liquidazione successive alla prima (e da questa diverse) può essere strutturata mediante l'utilizzo degli strumenti della condizione e del termine, cercando di prevedere tutte le fattispecie possibili in modo da poter pervenire al compimento dell'atto di liquidazione, senza la necessità di dover procedere alla redazione di supplementi per il fatto che non si è prevista l'eventualità che si è poi in concreto verificata.

Le prime esperienze applicative hanno evidenziato come le reali tempistiche di maturazione delle scelte liquidatorie da proporre nel programma di liquidazione siano assai diverse in relazione al settore di attivo che viene preso in considerazione. Infatti:

- l'esercizio provvisorio dell'impresa è un fatto immediato e contiguo alla dichiarazione di fallimento. Lo stesso ha proprio lo scopo di evitare, attraverso una lunga pausa forzata, che il patrimonio aziendale venga deprezzato; si tratta di una fattispecie purtroppo assai rara, le cui decisioni in merito – di regola – sono già state adottate prima del programma di liquidazione;
- l'affitto dell'azienda è anch'esso un fatto temporalmente assai vicino alla sentenza di fallimento. Il suo scopo è infatti quello della prosecuzione attiva del complesso aziendale, non sotto la direzione del curatore (come nell'esercizio provvisorio) ma sotto la responsabilità di un terzo che, in genere, si propone futuro acquirente dell'azienda dopo un periodo ponte il quale viene riempito attraverso l'istituto dell'affitto; anche in questo caso le decisioni assai spesso sono già state prese;



- le azioni giudiziali (risarcitorie, recuperatorie, revocatorie) hanno tempi di maturazione diseguali fra loro e differenti da quelli delle altre potenziali attività fallimentari. Per esempio:
- le azioni di recupero dei crediti necessitano solo di un sommario esame della documentazione aziendale, sicché la loro attivazione è subordinata soltanto alla effettiva convenienza di promuovere un giudizio per recuperare i crediti o i beni in parola;
- le azioni revocatorie necessitano invece di un esame ben più attento e prolungato delle singole fattispecie, cosicché la loro promozione è quasi sempre (dal punto di vista temporale) subordinata almeno alla chiusura dello stato passivo;
- le azioni risarcitorie, infine, richiedono una conoscenza complessiva e approfondita di tutta la vicenda aziendale relativa alla impresa fallita e normalmente vengono promosse a distanza di almeno un anno dalla dichiarazione di fallimento;
- i tempi ristretti entro cui il curatore deve predisporre il programma di liquidazione sono maggiormente coerenti con le conclusioni che questi deve rassegnare in ordine alla eventuale cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di singoli beni o blocchi di beni.

Quanto esposto consente di esprimere una considerazione in ordine al fatto che il programma di liquidazione, dovendo riferire su fenomeni tanto eterogenei tra loro sotto il profilo della loro scansione temporale, non può, al tempo stesso, essere "ben congegnato" e anche rispettoso del dettato letterale imposto dall'art. 104-ter circa la completezza, tempestività e analiticità.

In conclusione, - come si è in precedenza evidenziato - là ove si presentano situazioni articolate, che richiedono analisi lunghe e approfondite, appare utile procedere con una prima stesura del programma di liquidazione che espressamente lasci aperte, nell'ambito di una già annunciata previsione, la possibilità di ulteriori e future integrazioni. Successivamente, man mano che le informazioni della curatela vengono approfondite, si potrà procedere alla redazione dei necessari supplementi, dando così corpo ad una attività liquidatoria più flessibile e soprattutto coerente con i tempi che le specifiche iniziative richiedono.



#### **4. Funzione.**

La finalità del programma di liquidazione è quella di far conoscere ai creditori, al giudice delegato e al tribunale i presumibili risultati della liquidazione fallimentare in termini temporali e di soddisfacimento dei creditori, nonché di assicurare la trasparenza delle operazioni di liquidazione dell'attivo. Pertanto è opportuno che sia anche dedicata una specifica sezione al riepilogo e alla descrizione delle attività liquidatorie già poste in essere prima della stesura del programma di liquidazione.

Nella situazione immaginata dal legislatore, il programma di liquidazione dovrebbe essere redatto ed approvato prima dell'udienza in cui si procede alla chiusura dello stato passivo del fallimento, in quanto nel corso di tale udienza la maggioranza dei creditori può chiedere la sostituzione del curatore e dei componenti del comitato dei creditori, i quali – per esempio – abbiano presentato un programma di liquidazione non soddisfacente alle attese dei creditori e ai loro interessi.

In mancanza di tale controllo preventivo sul futuro operato del curatore e del comitato dei creditori, resta comunque al programma di liquidazione la funzione di modello di riferimento per l'attività di liquidazione posta in essere successivamente all'approvazione, consentendo un controllo concomitante della gestione della liquidazione allorché nei rapporti semestrali di cui all'art. 33, comma 5, della legge fallimentare i risultati periodici della liquidazione siano posti a confronto con i tempi e i risultati programmati della liquidazione.

In sede di rendiconto del curatore, poi, il programma di liquidazione è lo strumento di controllo di gestione successivo (“a consuntivo”) che permette ai creditori di valutare il complessivo operato degli organi gestori del fallimento, anche nella prospettiva di un'eventuale azione di responsabilità verso di loro.

Altra funzione del programma di liquidazione assai rilevante è quella che svolge in presenza di proposte di concordato fallimentare, in quanto se il programma è approvato ed è completo ed analitico, come si è in precedenza indicato, in esso trovano concreta illustrazione i prevedibili risultati della liquidazione fallimentare ad opera della curatela e del comitato dei creditori, per cui ogni proposta di concordato fallimentare che venga presentata dovrà necessariamente confrontarsi con la programmata liquidazione fallimentare, facendo rilevare – e dimostrando – come il concordato proposto sia maggiormente conveniente per i creditori rispetto al prosieguo



del fallimento, in termini di tempi e percentuali di riparto ai creditori anche sotto il profilo della sicurezza dei risultati proposti.

## 5. Tempistica.

Il programma di liquidazione deve essere predisposto dal curatore entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario (art. 104-ter, comma 1, l. f.).

Il *dies a quo* per la presentazione del programma di liquidazione al comitato dei creditori è un termine mobile, la redazione dell'inventario, per cui le esigenze di speditezza della procedura fallimentare possono essere disattese, qualora il curatore prolunghi eccessivamente le operazioni di inventariazione dell'attivo fallimentare. Non pare dubbio al riguardo che il termine decorra dalla chiusura del verbale di inventario, da intendersi di regola come la data in cui il verbale viene depositato in cancelleria dopo che il curatore ha formulato al fallito o, se si tratta di società, agli amministratori o ai liquidatori il cd. interpello di rito di cui all'art. 87, comma 3, della legge fallimentare sull'(in)esistenza di altre attività da comprendere nell'inventario.

Circa la natura del termine di 60 giorni, nel silenzio della legge, è da ritenere che sia ordinatorio, in quanto laddove il legislatore ha voluto che il termine fosse perentorio, l'ha espressamente previsto (art. 16, c. 1, n. 4). Di conseguenza, pare applicabile il principio espresso dall'art. 154 del c.p.c. sulla prorogabilità del termine ordinatorio, purché la proroga sia disposta dal giudice delegato, d'ufficio o su istanza del curatore, prima della scadenza, per una durata massima di altri 60 giorni. Per motivi particolarmente gravi e con provvedimento motivato, il giudice delegato può disporre un'ulteriore proroga.

Anche il supplemento del piano di liquidazione di cui all'art. 104-ter, comma 5, della legge fallimentare, deve essere presentato dal curatore entro 60 giorni, senza che però la legge specifichi da quando decorra tale termine. Al riguardo, è da ritenere che il *dies a quo* sia quello di verifica del fatto nuovo da cui sorge la sopravvenuta esigenza di formulare un supplemento del piano.

La tempistica nella liquidazione dell'attivo è uno dei contenuti essenziali del programma *de quo*. Da ciò discende che per ogni settore di attivo di cui si programma la liquidazione fallimentare,



occorre specificare i tempi in cui si prevede di iniziare e quelli in cui si prevede di terminare la modalità programmata di liquidazione.

In considerazione della normativa relativa alla ragionevole durata del processo, occorre, infine, che il programma di liquidazione preveda la pianificata conclusione delle operazioni di liquidazione dell'attivo fallimentare entro un termine massimo, che pare individuabile sulla scorta della giurisprudenza più recente del supremo Collegio in 4 anni dalla dichiarazione di fallimento, per le procedure più complesse e in 2 anni dallo stesso *dies a quo* per le procedure con uno o pochi creditori, tenuto conto che dalla ultimazione della liquidazione si stima – di regola – il decorso di un anno per pervenire all'esecuzione del riparto finale e alla conseguente chiusura della procedura fallimentare.

## **6. Procedimento di approvazione.**

A seguito della riforma della legge fallimentare, ad opera del c.d. decreto correttivo, il programma di liquidazione ha subito consistenti modifiche, principalmente sotto il profilo procedurale, che hanno determinato:

- una nuova relazione tra gli organi fallimentari;
- il conseguente ridimensionamento dei poteri affidati al giudice delegato, in parte trasferiti al comitato dei creditori.

Il programma di liquidazione, predisposto dal curatore, è presentato entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario al presidente del comitato dei creditori (art. 41 l. f.). Il comitato dei creditori si pronuncia nei 15 giorni successivi, approvandolo o proponendo modifiche. In tal caso il curatore apporta le modifiche richieste e presenta nuovamente al presidente del comitato il programma modificato.

Il comitato valuta non solo la legittimità ma anche il merito, vale a dire l'opportunità delle scelte di pianificazione. Se non condivide le opzioni liquidatorie, proposte dal curatore nel progetto di programma, ha il potere di chiedere al curatore di modificare il programma stesso. Se anche le modifiche proposte non sono accolte dal curatore o comunque non appaiono adeguate rispetto alle richieste, può rifiutare l'approvazione. Il diniego dell'approvazione ha rilevanza esterna e



dunque può essere impugnato dal curatore con il reclamo ex art. 36 l. fall., con il quale - però - sono censurabili solo i vizi che importano una violazione di legge, per cui una diversa valutazione di opportunità espressa dal comitato non è impugnabile, salvo che essa non possa essere ricondotta a una qualche forma di violazione, da parte del comitato, dei doveri che ne regolano il comportamento.

Dunque, il contrasto fra curatore e comitato sul merito delle scelte di liquidazione non si può comporre con il reclamo, per cui lo stallo in cui viene a trovarsi la procedura in tale fattispecie può superarsi solo con un intervento del giudice delegato volto ad esperire avanti a sé una sorta di “mediazione” ma, in caso di insuccesso, occorre procedere alla sostituzione degli organi per consentire la progressione del procedimento.

Con l’approvazione da parte del comitato dei creditori, il programma diventa definitivo ed obbligatorio per gli organi gestori del fallimento. Il curatore comunica al giudice delegato il programma approvato o «piano» di liquidazione mediante deposito in cancelleria.

Gli atti di liquidazione previsti nel programma, se compiutamente descritti, non necessitano per il loro compimento di altre autorizzazioni da parte del comitato dei creditori, diverse dall’approvazione prevista nell’art. 104-ter in esame. In altri termini, l’approvazione del programma di liquidazione da parte del comitato dei creditori sostituisce l’autorizzazione del comitato dei creditori al curatore prevista nelle norme della legge fallimentare per l’adozione degli atti di liquidazione. Al posto, dunque, delle singole autorizzazioni, che di volta in volta il curatore dovrebbe ottenere dal comitato dei creditori per lo svolgimento dell’attività liquidatoria, si ha un’unica ed omnicomprensiva manifestazione di volontà del comitato dei creditori: l’approvazione del programma di liquidazione, in cui – però – debbono essere sufficientemente indicati i singoli atti di liquidazione da autorizzare.

Infatti, il curatore deve essere prima autorizzato dal comitato dei creditori per avere il potere di compiere i seguenti atti:
--

- |  |
|--|
| - per delegare le attribuzioni del proprio ufficio attinenti singole operazioni di cui all’art. 32 della legge fallimentare, |
| - per farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, sotto la                               |



responsabilità dello stesso curatore di cui all'art. 32 medesimo,
- per effettuare gli atti previsti dall'art. 35 della legge fallimentare (riduzioni di crediti, rinunzie alle liti, compromessi, atti di straordinaria amministrazione, ecc.),
- per rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante il fallimento qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi di cui all'art. 42 della legge fall.,
- per subentrare nel contratto in luogo del fallito, qualora al momento del fallimento un contratto sia ancora ineseguito da entrambe le parti di cui all'art. 72 l. f.,
- per comunicare la scelta tra esecuzione o scioglimento del contratto, nel caso di immobile oggetto di un preliminare di vendita e nell'ipotesi in cui vi sia una situazione di crisi del costruttore di cui all'art. 72-bis l. f.;
- per dichiarare di voler sciogliere il contratto di locazione finanziaria, qualora il fallito fosse controparte e nell'ipotesi in cui sia disposto l'esercizio provvisorio di cui all'art. 72-quater l. f.;
- per decidere di subentrare nel contratto in luogo della società, assumendone gli oneri relativi, nel caso in cui il fallimento della società non determini lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'art. 2447-bis, comma 1, lett. b) del c. c. di cui all'art. 72-ter l. f.;
- per subentrare in un contratto di vendita con riserva della proprietà – stipulato dal compratore poi fallito - nel quale il prezzo debba essere pagato a termine o a rate di cui all'art. 73 l. f.;
- per subentrare in un contratto ad esecuzione continuata e periodica, obbligandosi a pagare integralmente il prezzo anche delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati, di cui all'art. 74 l. f.;
- per dichiarare di non voler subentrare nel rapporto di contratto di appalto, determinandone il suo scioglimento, di cui all'art. 81 l. f.;
- per esercitare il diritto di recedere dal contratto di affitto (che deve essere previsto nel contratto di affitto stesso), di cui all'art. 104-bis l. f.;
- per non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente, di cui all'art. 104-ter l. f.;
- per le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, per l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'art. 2476 comma settimo, del codice civile, di cui all'art. 146 l. f.



Qualora l'atto di liquidazione non sia compiutamente descritto nel programma, per cui appaia chiaro che il comitato dei creditori non abbia espressamente autorizzato (con l'approvazione del programma) l'adozione dell'atto, il g. d. chiamato ad autorizzarne l'esecuzione, dovrà rilevare la carenza di potere del curatore, negando l'autorizzazione e rinviando la richiesta al comitato dei creditori affinché autorizzi l'adozione dell'atto, integrando i poteri del curatore, dopodiché potrà autorizzare l'esecuzione dell'atto.

Il programma, una volta approvato dal comitato dei creditori, è sottoposto al giudice delegato che ha il potere di autorizzare l'esecuzione degli atti ad esso conformi.

## **7. Esecuzione ed autorizzazioni del giudice delegato.**

L'art. 104-ter, ultimo comma, esclude ogni partecipazione del giudice delegato all'approvazione del programma, consentendo allo stesso di autorizzare (solo) gli atti conformi al programma. Il controllo giudiziario, eliminato dal procedimento di formazione del programma, viene spostato al momento dell'esecuzione dello stesso, assoggettando il compimento delle singole attività inserite nel programma all'autorizzazione del giudice previo controllo di conformità.

Attraverso questo controllo di conformità dell'atto al programma, il giudice può effettuare una valutazione di conformità dell'atto e dello stesso programma alla legge, rifiutando l'autorizzazione nel caso l'atto, pur previsto nel programma approvato, non sia conforme alla legge o non lo sia il programma.

Sembrano non esserci dubbi sul fatto che il concetto di autorizzazione implichi un controllo di legalità al fine di rimuovere un limite all'esercizio di un diritto o di un potere già attribuito dalla legge ad un soggetto, ma nell'ultimo comma dell'art. 104-ter l'oggetto dell'autorizzazione non è il programma bensì i singoli atti esecutivi programmati. La verifica dei parametri cui l'autorizzante deve ispirarsi per rimuovere l'ostacolo è chiaramente indicata nella conformità del singolo atto al programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori.

Il legislatore ha inteso scindere la fase programmatica da quella esecutiva ed ha diviso i compiti tra i vari organi:



- il comitato dei creditori approva il programma facendo le sue valutazioni di (legalità e di merito);
- il giudice delegato controlla che il curatore non ponga in essere atti non contenuti nel programma approvato o difformi dalle modalità attuative previste dalla legge.

Infatti, il controllo di conformità dell'atto al programma richiede la verifica che l'atto di cui si chiede l'autorizzazione sia contenuto nel piano programmatico (anche rispetto ai termini in cui viene presentato per la richiesta di autorizzazione) e che sia coerente con le disposizioni di legge che regolano la liquidazione dell'attivo fallimentare.

Si possono, quindi, verificare due ipotesi:

- a. o manca la corrispondenza fra l'atto per cui si chiede l'autorizzazione ed il programma, nel qual caso l'atto non va autorizzato in quanto non supera il controllo di conformità al programma,
- b. oppure tale corrispondenza esiste e, allora, un eventuale rilievo di illegalità non può che riguardare il programma stesso, già approvato dal comitato dei creditori ed operante.

E' chiaro, infatti, che, poiché la valutazione di conformità al programma ne richiede un controllo (formale) che consenta di effettuare tale verifica, il giudice può rifiutare l'autorizzazione, non solo nel caso in cui l'atto da autorizzare non sia incluso nel piano, ma anche se la richiesta avanzata al giudice non consenta, per la sua genericità o incompletezza, di esercitare il raffronto da cui dovrebbe scaturire l'autorizzazione.

Essendo stato attribuito dagli artt. 25 e 31 al giudice delegato un potere di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura, tale potere può esplicarsi anche al momento dell'autorizzazione, negandola nel caso l'atto sia ritenuto non legittimo.

Il contenuto del piano richiede, inoltre, delle indicazioni di carattere prevalentemente informativo, per le quali non avrebbe senso un controllo di legalità perché ne mancherebbe l'oggetto. E' il caso dell'esistenza di proposte di concordato fallimentare che, appunto, il curatore deve limitarsi ad indicare nel programma, fermo restando che il proponente deve poi seguire l'*iter* di cui agli artt. 124 ss. per l'ammissione, votazione, omologazione ecc. In questo quadro normativo compiuto e specifico per il concordato, il controllo di legalità del giudice di cui all'art. 104-ter dovrebbe avere ad oggetto l'informazione del curatore che, ovviamente, non è quella che dà avvio al concordato,



nel mentre avrebbe un senso, per quanto ridotto, un controllo di conformità al programma una volta che il legislatore ha ritenuto che anche le proposte concordatarie debbano essere in esso incluse.

In conclusione, l'ultimo comma dell'art. 104-ter, che prevede che «*il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi*», deve intendersi quale preventivo controllo di conformità che si estrinseca:

- 1) nella verifica che il piano di liquidazione sia redatto secondo quanto previsto dall'art. 104-ter, secondo e terzo comma;
- 2) in un controllo di formalità della analiticità ed esaustività dell'atto di pianificazione, volto ad assicurare la razionalità della gestione della procedura e dell'attivo fallimentare. La verifica non attiene al merito delle scelte del curatore che deve, invece, esporle al comitato dei creditori competente ad approvare o meno il programma;
- 3) in una verifica indirizzata, in particolare, a che il piano e/o la singola richiesta di autorizzazione non contengano clausole integranti violazioni di legge, soprattutto quelle che si dovessero tradurre nel mancato rispetto delle regole che, nelle vendite dei beni, impongono di assicurare una pubblicità idonea a consentire la diffusione della notizia della vendita.

In caso di emissione di un provvedimento di rifiuto dell'autorizzazione da parte del giudice, questo dovrà essere motivato e indicare le ragioni del diniego, obbligando il curatore a presentare nuova richiesta di autorizzazione conforme alle necessarie prescrizioni di legalità o integrando gli elementi che ne facciano emergere la corrispondenza al programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori.

Occorre chiarire che *l'autorizzazione all'esecuzione dell'atto* di liquidazione previsto nel programma non va confusa con *l'autorizzazione all'adozione dell'atto* prevista in altre norme della legge fallimentare. Gli atti di liquidazione la cui autorizzazione spetta al giudice delegato, restano di competenza di quest'ultimo.

E' noto, infatti, che il curatore necessita dell'autorizzazione scritta del giudice delegato
- per stare in giudizio come attore o come convenuto; l'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati, mentre per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi, di cui all'art. 25, n. 6 della



legge fall. e 31 della legge fall.;
- per affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo, di cui all'art. 104-ter della legge fall.;
- per le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, per l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'art. 2476 comma settimo, del codice civile, di cui all'art. 146 della l. f.;
- per escutere la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria rilasciata ai sensi dell'art. 2464, commi 4 e 6 del c.c., ricorrendone i presupposti, nei fallimenti di società a responsabilità limitata, di cui all'art. 151 l. f.;
- per dare notizia della proposta di concordato fallimentare, anziché con comunicazione ai singoli creditori, mediante pubblicazione del testo integrale della medesima su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, di cui all'art. 126 l. f.

In tutti questi casi, la previsione dell'atto nel programma di liquidazione non attribuisce al curatore il potere di compierlo, in quanto risulta necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, che integra i poteri del curatore medesimo. Pertanto, l'autorizzazione del g.d. ai sensi delle su richiamate norme è sempre necessaria e si colloca nella integrazione dei poteri del curatore al pari delle autorizzazioni agli atti di liquidazione di competenza del comitato dei creditori, già in precedenza illustrati.

L'autorizzazione all'esecuzione dell'atto previsto e conforme al programma di liquidazione rilasciata dal giudice delegato a norma dell'ultimo comma dell'art. 104-ter in parola

- per gli atti il cui compimento deve essere autorizzato dal comitato dei creditori, si limita ad eseguire un controllo di conformità dell'atto, già autorizzato, al programma;
- per gli atti il cui compimento deve essere autorizzato dal giudice delegato, è preceduta logicamente dalla autorizzazione all'adozione dell'atto e successivamente dal controllo di conformità dell'atto al programma.



## 8. Delega ad altri professionisti.

Il curatore può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo. È dunque da ritenere che non sia sufficiente la sola approvazione da parte del comitato dei creditori.

Il professionista delegato di cui all'art. 104-ter non coincide con la figura del delegato di cui all'art. 32 sia perché sono diversi gli organi che ne autorizzano la nomina, sia perché, mentre il delegato di cui all'art. 32 può essere un qualunque soggetto, il delegato di cui all'art. 104-ter deve essere necessariamente un professionista. Pertanto, dovrà essere un soggetto iscritto in un albo professionale, tenuto da un Ordine o un Collegio professionale, dopo aver superato un esame di Stato di cui all'art. 33, comma 5, della Costituzione. Il curatore, nella redazione del programma di liquidazione, deve quindi specificare se intende o meno fare uso di delega per affidare alcune incombenze relative alle attività di liquidazione a professionisti.

Nel caso in cui oggetto della delega siano le operazioni di vendita, la disposizione va coordinata con quanto previsto dall'art. 591-*bis* c.p.c.

Con l'autorizzazione, il giudice delegato può esprimersi sull'opportunità della scelta del curatore di procedere alle incombenze di liquidazione tramite un professionista delegato, il quale va considerato un *sostituto* del curatore.

Si tratta di una norma aperta all'interpretazione che la prassi potrà affermare. Nella prospettiva di un curatore "manager" che intende programmare rapidamente le operazioni di liquidazione dell'attivo, è immaginabile che possa essere previsto anche il reiterato ricorso a questa nuova figura di delegato, in cui ad esempio venga delegato un professionista per la vendita degli immobili, un altro per la vendita dei beni mobili, un altro ancora per il recupero dei crediti, o per l'esercizio delle azioni revocatorie, o per le azioni di responsabilità verso gli organi sociali, restando al curatore il ruolo di coordinare i vari delegati.

Per la remunerazione dell'attività svolta dai professionisti delegati di cui sopra, è da ritenere debba aversi riguardo all'ultimo comma dell'art. 32 l. fall.



## **9. Monitoraggio e rapporti riepilogativi semestrali.**

L'art. 33, quinto comma, prevede che il curatore con cadenza semestrale decorrente dalla presentazione della prima relazione debba redigere il c.d. rapporto riepilogativo delle attività svolte.

Considerato che tali relazioni semestrali devono riportare il rendiconto della gestione – in funzione di consentire un effettivo controllo e monitoraggio delle attività svolte - nasce il problema della corrispondenza, sia in termini descrittivi sia in termini quantitativi, tra detti rapporti riepilogativi e il programma di liquidazione. Pertanto sarebbe una buona prassi l'esposizione da parte del curatore della corrispondenza tra l'attività programmata e l'attività effettivamente svolta nell'arco temporale di riferimento ovvero la giustificazione di eventuali scostamenti.

In considerazione infatti della pubblicità a cui sono sottoposti i rapporti riepilogativi e pertanto della conoscibilità degli stessi da parte dei creditori e dei terzi interessati, tali rapporti rappresentano un utile strumento di controllo del regolare andamento della procedura fallimentare.

Con la riforma fallimentare è stato di fatto introdotto il principio dell'“esecuzione controllata”, atteso che il programma non può essere solamente progettato ma, affinché esso possa assolvere alla propria funzione, è necessario che quanto pianificato sia effettivamente realizzato. A fronte della maggiore autonomia di cui gode il curatore fallimentare rispetto al passato si riscontra, quindi, un maggior potere di vigilanza e di controllo da parte, oltre che del giudice delegato e del tribunale, anche del comitato dei creditori e, in generale, dei singoli creditori.



## Parte II

### CONTENUTO ED ESECUZIONE

#### DEL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

##### 10. Contenuto minimo.

Il legislatore della riforma ha specificamente inteso, attraverso l'istituto del programma di liquidazione, ricondurre le attività liquidatorie ad una strategia unitaria e razionale, finalizzata ad evitare operazioni diversificate, non coordinate, occasionali o comunque prive di un preciso indirizzo programmatico.

A queste priorità tendono le indicazioni contenute nell'art. 104-ter ed in particolare quelle del secondo comma, relative al contenuto cd. "minimo" del programma. Tali indicazioni tendono alla massimizzazione dell'attivo da realizzare e distribuire attraverso procedure liquidatorie che privilegino la salvaguardia del valore dell'azienda e, comunque, valorizzino le vendite di beni e azioni in blocco, individuando come *extrema ratio* la liquidazione parcellizzata del patrimonio del fallito. La medesima linea guida è, peraltro, proposta anche nelle prioritarie valutazioni sull'opportunità di dar corso alle pratiche conservative dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda, le cui modalità di approvazione differiscono da quelle ordinarie; in questi casi, infatti, il comitato dei creditori sarà chiamato a formulare un parere vincolante sull'opportunità di tali specifiche iniziative che, però, dovranno poi essere autorizzate dal giudice delegato, con vaglio di regolarità e legittimità (così come richiesto sia dall'art. 104, sia dall'art. 104-bis).

Di tali attività conservative dovrà comunque essere dato conto nel programma di liquidazione posto che l'art. 104-ter prevede espressamente che il curatore debba specificarne l'opportunità.

Oltre al contenuto minimo di cui all'art. 104-ter, comma 2, il programma di liquidazione dovrà trattare dei rapporti pendenti, degli incarichi da conferire ai professionisti, consulenti, collaboratori la cui opera è necessaria o utile al fine della migliore liquidazione dell'attivo. Si ritiene, inoltre, che sia utile l'esposizione di una situazione patrimoniale riepilogativa delle attività da liquidare.



## 11. Principi relativi alle modalità di realizzazione dell'attivo.

La riforma delle procedure concorsuali ha inciso sulla figura del curatore in modo ambivalente poiché, per un verso, ha ampliato il suo potere decisionale sull'intero *iter* del fallimento e, per l'altro, ha preconstituito un vincolo alla sua discrezionalità operativa.

Il curatore ha, infatti, assistito al rafforzamento del proprio ruolo mediante la conversione del potere "direttivo" del giudice delegato in un potere di mera "vigilanza" dello stesso e del comitato dei creditori, ma ha anche subito l'introduzione di un rigido vincolo di azione, rappresentato dal programma di liquidazione approvato.

Ed invero, il nuovo art. 38 prevede che il curatore è tenuto ad adempiere non solo ai doveri del proprio ufficio imposti dalla legge, ma anche a quelli «*derivanti dal piano di liquidazione approvato*», lasciando chiaramente intendere che, dopo l'approvazione del programma da parte del comitato dei creditori, il curatore non ha più alcuna autonoma discrezionalità sulle azioni ivi previste, ma è solo tenuto a dare loro piena attuazione.

A ben vedere, la norma, oltre a precisare il carattere vincolante del programma di liquidazione approvato, finisce per imporre anche un obbligo circa le modalità di redazione dello stesso, dal momento che la soggezione dei poteri del curatore alle indicazioni in esso contenute non è immaginabile in assenza di previsioni di dettaglio.

Dal che è agevole dedurre che l'analiticità del programma rappresenta un primo limite (di carattere formale) all'indicazione delle «*modalità*» previste per la realizzazione dell'attivo, soggette, dunque, ad adeguata specificazione.

Il secondo (di carattere sostanziale) è rappresentato dai vincoli cui l'attività che si prevede di esercitare è sottoposta.

L'art.104-*ter*, comma 2 qualifica il programma di liquidazione come un «*atto di pianificazione e di indirizzo*», genericamente individuando nelle «*modalità*» (oltre che nei «*termini*») di realizzazione dell'attivo il contenuto ad esso riferibile.



La norma impone, così, al curatore il rispetto di una fase progettuale nella scelta del procedimento e degli strumenti di alienazione dell'attivo, adeguatamente rappresentata, come richiesto dall'art. 38, mediante riferimenti puntuali e non generici.

Di conseguenza, il curatore non può limitarsi a presentare una dichiarazione di intenti, ossia ad indicare un semplice impegno di realizzazione dell'attivo in forza dell'esperimento di generiche procedure, ma è tenuto a specificare i tipi di atti di liquidazione cui intende ricorrere, i criteri di scelta, il prezzo minimo ed ogni altro elemento utile a valutare l'opportunità delle azioni programmate e da rendere operative subito dopo l'approvazione del programma.

Naturalmente, la descrizione analitica di tali azioni risulta possibile solo se ed in quanto il curatore ponderi preventivamente il presumibile valore di realizzo degli elementi da liquidare, utilizzando, a tal uopo, le stime derivanti dall'attività di inventario per evitare duplicazioni e costi.

La legge non esclude, però, che l'organo gestorio possa illustrare compiutamente un'ipotesi alternativa, cui aderire qualora quella principale, per le mutate circostanze di fatto o per errori di valutazione sull'appetibilità di mercato o, ancora, in esito alle osservazioni formulate dal comitato dei creditori, non dovesse realizzarsi.

Del resto, l'originaria elaborazione di un programma flessibile evita che lo stesso subisca modifiche qualora non risulti più possibile dare corso alle azioni liquidatorie in esso previste, tanto più che la legge ammette variazioni soltanto nelle ipotesi in cui il curatore ottenga l'approvazione di un *«supplemento del piano di liquidazione»* giustificato da *«sopravvenute esigenze»* (art. 104-ter, comma 5) ovvero l'autorizzazione del comitato dei creditori a *«rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente»* (art. 104-ter, comma 7).

A ciò si aggiunga che le ipotesi alternative danno corpo, di regola, ad un'unica procedura, con l'inevitabile riduzione dei costi collegati alla liquidazione.

Il programma costituisce una sorta di mappa programmatica dell'attività di liquidazione, sicché il curatore deve osservare sin da subito i vincoli all'esercizio della stessa.

E' doveroso sottolineare, in primo luogo, come le vendite nel fallimento assumano i caratteri delle vendite forzate, con la conseguente applicazione degli artt. 2919 ss., c.c. (dal che consegue, ad



esempio, che opera la garanzia per l'evizione ex art. 2921, c.c., ma non quella per i vizi ex art. 2922, c.c.).

In secondo luogo, il curatore è soggetto ai vincoli posti precipuamente alla liquidazione dell'attivo fallimentare.

Detti vincoli emergono dall'art. 107 il quale sottopone «*le vendite e gli altri atti di liquidazione*» a «*procedure competitive*», sulla base di «*stime effettuate (...) da parte di operatori esperti*» e con la garanzia della «*massima informazione e partecipazione degli interessati*».

Com'è intuibile, la *ratio* dei suddetti vincoli procedurali è nella tendenza alla massimizzazione dell'attivo. Difatti, l'esposizione della stima degli elementi da liquidare rappresenta la naturale premessa di un sistema di informazione degli interessati e, quindi, di competizione tra gli stessi, volto ad incrementare il valore finale.

Ad ogni modo, si rende necessaria una costante valutazione dei costi e dei benefici che tali vincoli comportano onde evitare che le attività di stima, di pubblicità e di competizione producano unicamente (o in massima parte) costi, pregiudicando, così, l'obiettivo finale del massimo realizzo.

In virtù della *ratio* sopra esposta, i principi generali di cui all'art. 107, comma 1 si rendono applicabili a tutti i tipi di vendita e di atti di liquidazione e risultano, anzi, potenziati in presenza di beni immobili e di altri beni iscritti nei pubblici registri con l'obbligo, posto a carico del curatore dall'art. 107, comma 3, di dare «*notizia mediante notificazione (...) a ciascuno dei creditori ipotecari o comunque muniti di privilegio*».

In particolare, il principio della predeterminazione del valore risponde ad esigenze di speditezza della procedura giacché consente che la successiva liquidazione dei beni avvenga sulla base di una stima già esposta in apposita sezione del programma.

D'altro canto, la valutazione preventiva degli elementi patrimoniali consente al comitato dei creditori di esprimere un giudizio informato sull'opportunità del programma e sulle opzioni liquidatorie in esso contenute.

Nonostante la brevità dei tempi concessi per la redazione del piano, appare utile, peraltro, che il curatore ottenga un immediato riscontro della stima effettuata; ciò che può avvenire solo attraverso una verifica di mercato, idonea anche a sondare l'appetibilità del patrimonio.



Per tale ragione, è necessario che la stima sia connotata da elementi di attendibilità e, dunque, sia redatta «salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti», ossia da soggetti che, a norma dell'art. 107, comma 7, risultino dotati dei «*requisiti di onorabilità e professionalità*» stabiliti con regolamento del Ministro della Giustizia (regolamento ad oggi non ancora emanato).

Oltre all'esposizione della stima dei valori, il curatore è tenuto a prescegliere «*procedure competitive*», ossia ad adottare un sistema idoneo a scatenare una competizione tra gli aventi interesse.

E' fondamentale che detta competizione sia regolata nell'ambito del programma con la chiara illustrazione dei criteri e delle modalità di selezione (diretti a garantire la massima soddisfazione dei creditori) e con la garanzia di meccanismi di trasparenza delle operazioni.

A ciò si aggiunga che le procedure competitive possono anche essere realizzate «*avvalendosi di soggetti specializzati*» (come le case d'asta o gli advisor), selezionati dal curatore secondo l'affidabilità richiesta dal caso concreto e dotati, al pari degli operatori esperti nella redazione di stime, dei «*requisiti di onorabilità e professionalità*» stabiliti con regolamento ministeriale.

Presupposto indispensabile della competizione è, poi, quello di «*assicurare (...) la massima informazione e partecipazione degli interessati*», consentendo a questi ultimi di avere notizie precise sui beni che si liquidano e sui relativi criteri di stima.

Pertanto, il curatore deve adottare «*adeguate forme di pubblicità*», ossia sistemi informativi che garantiscano il maggior grado possibile di coinvolgimento degli interessati, tenendo anche conto, come evidenziato dall'art. 107, comma 7, di quanto previsto con regolamento del Ministro della Giustizia in ordine ai «*mezzi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di vendita*» (regolamento ad oggi non ancora emanato).

Alla luce di quanto esposto, le scelte del curatore, nei limiti dei principi di cui all'art. 107, possono essere le più disparate, come confermato anche dall'abrogazione dell'art. 108-*bis* in tema di navi ed aeromobili. E' persino possibile, ai sensi dell'art. 104-*ter*, comma 3, «*affidare ad altri professionisti alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo*». Le uniche eccezioni alla massima autonomia dell'organo gestorio sono quelle previste dall'art. 107, ai commi 2 e 5: il primo prevede che le vendite rimesse al giudice delegato seguono «*le disposizioni del codice di*



*procedura civile in quanto compatibili*»; il secondo, che «*si applicano le disposizioni del codice di procedura civile*» nell'ipotesi in cui il curatore decida di subentrare nelle procedure esecutive già pendenti alla data della dichiarazione di fallimento.

In sintesi, il curatore può esporre ben quattro strategie, potendo scegliere

- 1.a di procedere personalmente alla liquidazione,
- 1.b. di affidare alcune incombenze ad altri professionisti o di avvalersi di soggetti specializzati,
2. di rimettere le vendite al giudice delegato o
3. di subentrare nelle procedure esecutive pendenti.

Il tutto a prescindere dalla natura dei beni compresi nella massa attiva, siano essi immobili, mobili o mobili registrati.

Ciascuna opzione, della quale sono offerte valutazioni in punto di risultati e, dunque, di convenienza, presenta, però, dei limiti più o meno ampi.

In effetti, ove il curatore intenda esercitare l'attività liquidatoria direttamente o a mezzo di delegati, indicherà egli stesso le procedure da adottare, purché fondate sui principi della stima preventiva, della competizione e della pubblicità.

Qualora, invece, il curatore preveda che le vendite vengano effettuate dal giudice delegato oppure decida di subentrare nelle procedure esecutive individuali pendenti, dovrà tenere conto che si impongono le procedure della vendita forzata previste dal codice di rito.

Un ulteriore aspetto degno di nota è che lo schema del codice di rito risulta compatibile con la vendita singolare dei beni, ma non con gli altri atti di liquidazione previsti dagli artt. 105 e 106 («*vendita dell'azienda, di rami, di beni e rapporti in blocco*» e «*cessione dei crediti, dei diritti e delle quote, delle azioni, mandato a riscuotere*»).

Pertanto, ove il curatore preveda simili atti non potrà rimetterne il compimento al giudice delegato, dovendo quest'ultimo operare secondo lo schema della vendita forzata del codice di procedura civile; dovrà, al contrario, illustrare le modalità di liquidazione cui provvederà personalmente o a mezzo di delegati con la libertà prevista dall'art. 107, comma 1 o nelle forme di cui agli artt. 105 e 106.



Come sopra evidenziato, nel programma il curatore può indicare (i) il tipo di procedura competitiva cui intende ricorrere personalmente o a mezzo di delegati oppure (ii) segnalare che preferisce conformare il procedimento di liquidazione avvalendosi dell'ausilio del giudice delegato ed utilizzando gli schemi della «*vendita con o senza incanto*» previsti dal codice di rito in quanto compatibili.

Nell'ambito della prima opzione liquidatoria, il curatore potrebbe, ad esempio, strutturare la procedura di scelta dell'acquirente in modo tale che si pubblicizzino le condizioni di vendita e si invitino gli interessati a presentare una proposta irrevocabile di acquisto ex art. 1329 c.c. (ad un prezzo non inferiore a quello minimo fissato in ragione della stima). Il tutto con la possibilità di invitare l'eventuale pluralità di acquirenti ad una gara sull'offerta più alta.

Lo stesso curatore potrebbe, altresì, prevedere la vendita a trattativa privata, come quella successiva ad un'offerta irrevocabile superiore al valore di stima, purché sottoponga la stessa alla condizione che manchino offerte migliori agli esiti della pubblicità o non vengano formulate osservazioni ex art. 108.

Nell'ambito della seconda scelta programmatica, invece, il curatore deve tenere conto che la riforma della disciplina dell'esecuzione forzata ha dimostrato la preferenza del legislatore per la vendita senza incanto, come confermato dal regime transitorio, in ragione del quale le nuove norme si applicano anche alle procedure pendenti, purché l'*iter* delle vendite autorizzate non risulti ancora concluso.

In coerenza con il rinnovato ruolo dell'organo di gestione della procedura, l'art. 107, comma 1 prevede che «*le vendite e gli altri atti di liquidazione (...) sono effettuati dal curatore*», rimettendo, così, a quest'ultimo la stipulazione dei negozi di trasferimento dell'attivo fallimentare, salvo quanto stabilito dal comma 2 del medesimo articolo.

A conferma di tale impostazione, volta ad attribuire al curatore il potere di esprimere il consenso della procedura (dopo che, ai sensi dell'art. 104-ter, comma 8, «*il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi*») si pone l'art. 106, comma 1, secondo cui «*il curatore può cedere i crediti (...)*», nonché l'art. 108, comma 2 che, per i beni immobili e gli altri beni iscritti in pubblici registri, rimette al giudice delegato la



cancellazione di iscrizioni e trascrizioni «una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo».

Del resto, la programmazione delle vendite e degli altri atti di liquidazione ed il successivo compimento delle sole azioni previste è una novità mutuata dalla procedura di amministrazione straordinaria ove è il commissario a compiere tutte le attività dirette all'esecuzione del programma (cfr. artt. 54 ss., d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270).

Detta novità non rivoluziona il vecchio sistema delle vendite mobiliari di cui all'art. 106, visto che l'esecuzione della vendita a trattativa privata, di solito preferita alla vendita all'incanto, era normalmente affidata al curatore; sovrverte, invece, il sistema delle vendite immobiliari di cui all'art. 108 perché l'esecuzione della vendita, da farsi con o senza incanto, avveniva con un decreto di trasferimento del bene e, dunque, con un provvedimento del giudice delegato.

## **12. Conservazione dell'azienda.**

### **12.1. Esercizio provvisorio.**

Al curatore viene richiesto di valutare preliminarmente se il complesso aziendale, o parte di esso, possa essere utilmente mantenuto in attività dalla stessa curatela ovvero da un imprenditore terzo, in via provvisoria, al fine di favorire la conservazione dell'attività di impresa ed assicurare maggiori chances di vendita dell'azienda - o di sue parti - in funzionamento, evitando la dispersione dei valori rappresentati principalmente dall'avviamento.

Implicito presupposto è lo svolgimento di un'attività d'impresa al momento della dichiarazione di fallimento, giacché non pare verosimile la ripresa di un'attività nel frattempo cessata.

Criteri guida nell'urgente vaglio di convenienza che il curatore si trova a dover svolgere dovranno necessariamente essere le due condizioni poste dall'art. 104, primo comma: (a) la necessità di evitare che il patrimonio aziendale subisca un danno grave causato dall'interruzione dell'attività e (b) l'assenza di pregiudizio per i creditori provocato dalla prosecuzione dell'impresa.

La prosecuzione dell'attività d'impresa da parte della curatela dovrà, quindi, essere valutata positivamente ogniqualvolta il presumibile prezzo di vendita dell'azienda in funzionamento, maggiorato dei ricavi prodotti e al netto degli oneri nel frattempo maturati a causa della



prosecuzione dell'attività, sia superiore alla somma dei prezzi presumibilmente ricavabili dai singoli beni che la compongono.

L'esercizio provvisorio è attualmente disciplinato dall'art. 104 l. f., che prevede due differenti ipotesi di autorizzazione dell'esercizio provvisorio.

La prima ipotesi è disciplinata dal 1° comma, a norma del quale il tribunale, direttamente con la sentenza di fallimento, può d'ufficio autorizzare il curatore a continuare provvisoriamente l'attività d'impresa del fallito, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda. L'art. 104, 1° comma non prevede quale sia la durata dell'esercizio (pur sempre temporaneo) autorizzato dal tribunale. Sembra però opportuno ritenere che, non appena possibile, esso – ove non se ne promuova la revoca – sia confermato dal giudice delegato con la procedura del 2° comma. Ciò al fine di consentire al curatore e al comitato dei creditori di esprimersi su una decisione che, alla stregua dei principi che regolano la distribuzione dei poteri tra organi della procedura, pur sempre compete ad essi: e inoltre, affinché sia fissata dal giudice delegato la durata massima dell'esercizio. Non è però previsto alcun termine entro cui tale conferma debba avvenire. Esso però si deduce dal collegamento sistematico con l'art 104-ter, secondo comma, che, imponendo al curatore di indicare l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio, sancisce indirettamente che l'autorizzazione disposta dal tribunale debba essere confermata, al più tardi, al momento dell'approvazione del programma di liquidazione, e cioè al momento in cui verrà deciso, secondo le priorità stabilite dall'art. 105, se la liquidazione riguarderà l'intera azienda o si svolgerà in modo atomistico.

Nel corso della procedura – e questa è la seconda ipotesi, che è disciplinata dal 2° comma, dell'art. 104 – l'esercizio provvisorio può poi essere autorizzato dal giudice delegato, su istanza del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori, anche in occasione della predisposizione del programma di liquidazione.



## 12.2. Affitto dell'azienda, o di rami, a terzi.

Accanto all'esercizio provvisorio dell'impresa, il curatore che ritenga necessario mantenere in funzionamento l'azienda dell'impresa fallita, potrà valutare anche la possibilità di concederla in affitto.

L'affitto di azienda, disciplinato dall'art. 104-*bis* l. f., malgrado presenti evidenti analogie rispetto all'esercizio provvisorio di cui all'art. 104 l. f., è alternativo rispetto a quest'ultimo e ha certamente caratteristiche assai differenti, sebbene possa rappresentarne anche una consecuzione.

Entrambi gli istituti si pongono come misure di conservazione del patrimonio dell'imprenditore fallito in funzione della liquidazione dei beni, ma con l'affitto d'azienda il curatore trasferisce all'affittuario il rischio e la responsabilità della gestione dell'impresa che, invece, con l'esercizio provvisorio rimarrebbero in capo alla procedura. In fase di redazione del programma il curatore sarà chiamato ad esprimersi proprio sulla convenienza ed opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di suoi rami, a terzi, in vista di una miglior prospettiva liquidatoria.

Sotto il profilo funzionale, tale strumento appare come un fondamentale supporto al mantenimento in vita dell'azienda ogniqualvolta il curatore non possa o non ritenga utile iniziare o proseguire l'esercizio provvisorio dell'impresa in attesa di pianificare e organizzare, nel programma di liquidazione, i tempi e modi (non scontatamente brevi) delle vendite secondo le procedure competitive che si riveleranno opportune.

Sia il tenore letterale delle norme di riferimento, sia la loro applicazione pratica rendono probabile il ricorso all'esercizio provvisorio o all'affitto dell'azienda prima che il programma di liquidazione sia completato ed approvato. All'interno del programma di liquidazione, pertanto, il curatore potrà trovarsi a dover fornire dettagliate informazioni su un esercizio provvisorio ovvero un affitto d'azienda già disposti ex art. 104 e 104-*bis* della legge fallimentare ed ancora in corso, e solo in casi eccezionali provvederà a illustrare al comitato dei creditori l'opportunità di prevederli *ex novo*.

Nel caso in cui l'affitto d'azienda o di un suo ramo sia pendente alla data della dichiarazione di fallimento, si applica l'art. 79 della legge fallimentare. Dato che entrambe le parti possono recedere entro 60 giorni dalla dichiarazione di fallimento, il curatore nel programma di



liquidazione può riferire le decisioni adottate, anche in relazione alla disciplina dei rapporti preesistenti.

### **12.3. Modalità di liquidazione dell'azienda.**

La considerazione del programma come antecedente della liquidazione dell'attivo importa un ulteriore vincolo per il curatore, tenuto a considerare, ai sensi dell'art. 105, che la liquidazione dei singoli beni è possibile solo ove risulti prevedibile che *«la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori»*.

Il concetto di maggior soddisfazione dei creditori, richiamato dal primo comma dell'art. 105, va certamente, ancorché non unicamente, ricondotto al massimo prezzo di cessione complessivamente ricavabile. Nel caso della cessione dell'azienda in funzionamento la maggiore soddisfazione del creditori deriverà dalla valorizzazione dell'avviamento, che verrebbe altrimenti disperso in caso di smembramento dell'azienda; nel caso di cessione in blocco di beni e diritti la maggior utilità sarà fondata sia sui minori costi collegati alla liquidazione complessiva dei beni, sia sul presupposto che anche i beni meno appetibili non resteranno invenduti, essendo forzatamente aggregati a quelli di maggiore interesse.

La massimizzazione del complessivo ricavato della vendita, peraltro, non è l'unico elemento di utilità delle vendite aggregate, giacché la celerità della vendita dell'intero attivo fallimentare potrà contribuire ad evitare la svalutazione degli elementi patrimoniali e a diminuire i costi della loro conservazione, favorendo una rapida liquidazione a cui corrisponderà inevitabilmente una rapida chiusura della procedura, con ovvio contenimento anche dei costi della medesima.

Del resto, l'obbligo del curatore di illustrare le proprie scelte rispettando il criterio primario di liquidazione (costituito dalla vendita dell'azienda ovvero di beni e di rapporti in blocco) emerge chiaramente dall'art. 104-ter, comma 2 il quale opera un riferimento diretto all'«azienda» sia alla lett. a), ove prevede che il programma deve segnalare la possibilità della continuazione dell'esercizio d'impresa o dell'affitto d'azienda, che alla lett. d), in cui evidenzia che il programma



deve indicare la possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli beni, di beni o rapporti giuridici in blocco.

Ora, nell'ipotesi in cui il curatore ritenga opportuna la vendita dell'intera azienda sulla base del grado di soddisfazione quantitativa (derivante dall'importo ricavabile dalla liquidazione) e qualitativa (inerente l'opportunità di continuazione dei rapporti con l'impresa) dei creditori, può alternativamente valutare, nel programma di liquidazione:

1. la prosecuzione dell'attività e la successiva vendita dell'azienda,
2. la vendita immediata dell'azienda.

Nel primo caso il curatore potrebbe ritenere opportuna la continuazione dell'impresa perché prevede che la stessa importi l'alienazione dell'azienda ad un valore superiore a quello ritraibile senza prosecuzione di attività (ed essere addirittura obbligato ad una simile scelta dalla necessità di evitare la disgregazione del compendio aziendale) come potrebbe, invece, ritenere conveniente la vendita d'azienda non preceduta da alcuna attività d'impresa.

Ad ogni modo, il curatore deve ipotizzare le modalità di cessione del complesso aziendale rispettando, come previsto dall'art. 105, comma 2, sia i principi dell'art. 107 che i requisiti formali e pubblicitari previsti per l'atto di trasferimento dall'art. 2556 c.c.

A tal riguardo, non si può prescindere dalla descrizione dei singoli elementi patrimoniali (contratti, crediti, debiti), specie quando il curatore, ai sensi dell'art. 105, comma 9, intenda ottenere il pagamento del prezzo *«mediante accollo di "debiti" da parte dell'acquirente solo se non viene alterata la graduazione dei "crediti"»*.

In più, diviene essenziale la previsione dei limiti agli eventuali accordi sindacali previsti dall'art. 105, comma 3 sul *«trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente»* e sulle *«ulteriori modifiche del rapporto di lavoro»*, evidenziando in che misura simili patti incidano sul prezzo di vendita, ed, in ultima analisi, sulla stessa decisione del curatore di privilegiare un'apparente convenienza della vendita unitaria.

Il riferimento alla composizione d'azienda ed al contenuto degli accordi sindacali si inserisce, come detto, nel più ampio ragionamento sulle modalità di liquidazione del complesso aziendale, che non si esauriscono nella vendita, ma che comprendono anche l'affitto diretto alla cessione unitaria



dello stesso all'affittuario e, secondo l'art. 105, comma 8, il conferimento in una o più società, eventualmente di nuova costituzione (c.d. "good company") con successiva alienazione delle partecipazioni.

A più attenta analisi, l'ammissibilità di ipotesi alternative di liquidazione consente al curatore di prevedere, insieme, la vendita dei singoli beni e quella dell'intero complesso aziendale, sottoponendo, però, la scelta tra le alternative programmate ad una preventiva verifica di convenienza.

Il curatore potrebbe, addirittura, prescindere dall'esistenza di un'azienda e prevedere contestualmente l'alienazione dell'intero patrimonio, di beni in blocco individuati secondo la volontà dell'offerente e di singoli beni per poi valutare, agli esiti delle procedure, la soluzione preferibile.

### **13. Cessione d'azienda, di singoli rami, di rapporti giuridici individuabili in blocco.**

Nel programma di liquidazione il curatore dovrà seguire un ordine logico nelle scelte che riguardano l'oggetto della vendita preferendo, innanzi tutto, la vendita dell'azienda o di suoi rami; solo qualora questa non sia conveniente o possibile sarà ipotizzata la vendita dei beni in blocco ovvero, in ultima istanza, la vendita atomistica dei singoli beni.

Con riferimento alla possibilità di vendere l'azienda il curatore dovrà verificare, preliminarmente, se l'azienda stessa sia in funzionamento ovvero se, in quel momento, sia già definitivamente cessata: soltanto nel primo caso, infatti, l'oggetto della compravendita sarà l'universalità dei beni e diritti organizzati per l'esercizio dell'impresa, mentre nel caso di impresa cessata la vendita riguarderà, più propriamente, un blocco di beni e diritti privi di vitalità imprenditoriale.

Nel caso di vendita dell'azienda, inoltre, il curatore dovrà verificare la presenza di un avviamento positivo giacché la constatazione di un *badwill* renderebbe incompatibile con il fine ultimo sopra indicato la scelta di procedere alla vendita dell'azienda in funzionamento. In tal caso il curatore dovrebbe propendere per l'immediata cessazione dell'attività d'impresa e procedere alla vendita, in blocco o atomistica, dei beni e diritti che la compongano.



Quanto, invece, all'individuazione dei singoli rami dell'azienda alienabili separatamente, occorrerà verificare la loro effettiva indipendenza ed autonomia produttiva, attuale o prospettica, e contestualmente valutare la maggiore appetibilità del complesso dei singoli rami rispetto all'intera azienda.

Va rilevato che nei casi sopra ricordati sarà possibile, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 105, determinare il perimetro dell'azienda anche attraverso un'ipotesi di accollo delle passività aziendali da parte dell'acquirente, a condizione però che non sia alterato l'ordine dei privilegi.

Un'interessante modalità di liquidazione dell'azienda, o di un suo ramo, è prevista dall'ottavo comma dell'art. 105, che prevede la possibilità, per il curatore, di conferire in una o più società l'azienda o i rami d'azienda nonché beni o crediti, con rapporti contrattuali in corso, per poi vendere le partecipazioni societarie ottenute in cambio del conferimento. Anche in questo caso è possibile conferire passività aziendali, da fare accollare alla società conferitaria, a condizione che non venga alterata la graduazione dei privilegi. Questa soluzione merita attenzione perché potrebbe consentire la conservazione dell'azienda in funzionamento, enucleandola dalla massa attiva e destinandola ad un soggetto *in bonis* (la società conferitaria) deputato a proseguire ordinariamente l'attività d'impresa, consentendo nel frattempo al curatore di individuare il miglior offerente per la cessione delle quote della società.

La possibilità di massimizzare i ricavi delle vendite può, poi, essere realizzata anche dalle c.d. cessioni aggregate, raggruppando e destinando alla vendita vari gruppi di beni o diritti omogenei per natura o destinazione. In questo modo verrebbe grandemente agevolata la vendita dei beni che, singolarmente valutati, appaiono scarsamente appetibili.

#### **14. Liquidazione atomistica.**

La liquidazione dei singoli beni dovrà essere disposta solo quando il curatore ritenga che la vendita o il conferimento dell'azienda, di suoi rami o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori. La vendita parcellizzata dei beni, pertanto, appare come un metodo residuale e andrà perseguita dal curatore solo previa valutazione negativa in merito alla convenienza di cessioni che comprendano insieme più ampi di beni e diritti.



Riguardo la specificazione delle condizioni di vendita dei singoli beni, vi potrà essere una previsione di massima circa il prezzo di vendita, ma dovranno, invece, essere indicati in modo specifico quantomeno i criteri per la determinazione del prezzo e l'individuazione dell'acquirente.

Le modalità di alienazione dei diritti sulle opere dell'ingegno, sulle invenzioni industriali e sui marchi si sottraggono alle regole generali sulla liquidazione delle attività fallimentari, seguendo le «rispettive leggi speciali».

In particolare, l'art. 137, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 80 ha regolato la proprietà industriale prevedendo che i diritti patrimoniali (di utilizzare economicamente le opere dell'ingegno di cui all'art. 2575 c.c. e di attuare e disporre delle invenzioni atte ad avere un'applicazione industriale previste dall'art. 2585 c.c.) possono formare oggetto di esecuzione forzata, mediante applicazione delle norme del codice di procedura civile relative all'esecuzione sui beni mobili.

Per quanto concerne il trasferimento del marchio, invece, valgono le regole poste dall'art. 2573 c.c.; esso può, quindi, essere alienato anche separatamente dall'azienda o da un ramo particolare di essa, tranne nel caso in cui sia costituito da un segno figurativo o da una denominazione di fantasia che lascino presumere che il diritto all'uso esclusivo non possa che essere trasferito insieme all'azienda.

## **15. Concordato fallimentare.**

Il curatore deve illustrare eventuali proposte di concordato fallimentare – che si pongono come alternativa alla liquidazione – da parte di un terzo o di un creditore ed il relativo contenuto. Anche in questo caso è improbabile che nei ristretti tempi previsti per la predisposizione del programma possano pervenire proposte concordatarie, ad eccezione del particolare caso di operazione già in essere al momento della dichiarazione di fallimento. L'eventuale approvazione del programma di liquidazione, che contenga la descrizione di una tale proposta, non sostituisce in alcun modo l'autonomo procedimento di esame, approvazione ed omologa del concordato. Il programma deve dare atto dell'eventuale richiesta di sospensione della liquidazione contenuta nella proposta concordataria. Se il concordato non viene omologato, si procede alla liquidazione secondo le modalità descritte nel programma ed alternative al concordato. Nel caso di presentazione di



proposta concordataria dopo la predisposizione del programma, è ipotizzabile una informativa al comitato dei creditori e al giudice delegato sulla attuazione/non attuazione del programma.

## **16. Realizzo dei crediti e azioni recuperatorie.**

Il contenuto del programma di liquidazione, espressamente qualificato dall'art. 104-ter della legge fallimentare come "*atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità ed i termini previsti per la realizzazione dell'attivo*", dovrebbe essere calibrato sulle esigenze di realizzo immanenti alla specifica procedura concorsuale cui si riferisce.

In ogni caso, il programma di liquidazione deve presentare il contenuto minimo previsto dall'art. 104-ter, comma 2, della legge fallimentare, in cui sono comprese, fra l'altro, "*le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito*". La disposizione intuitivamente riguarda la necessità di indicazioni analitiche in merito alle azioni volte ad incrementare o almeno a mantenere la consistenza dell'attivo fallimentare, in vista della migliore soddisfazione dei creditori concorrenti.

Ad un primo esame non risulta invero agevole identificare le cosiddette azioni recuperatorie, in quanto né l'art. 104-ter né altre disposizioni fallimentari o del codice di rito offrono elementi decisivi per la loro definizione. Un tentativo di individuazione può tuttavia essere svolto sulla base di riflessioni più generali. È infatti relativamente più agevole individuare le azioni risarcitorie e revocatorie che il curatore deve sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori. Si tratta:

- a) delle azioni volte ad ottenere il risarcimento di danni patiti dal debitore fallito, in conseguenza di inadempimenti di terzi ovvero di illeciti aquiliani (o extracontrattuali), che il curatore esercita ex art. 43 della legge fallimentare;
- b) delle azioni volte ad ottenere il risarcimento di pregiudizi subiti dai creditori ammessi al concorso, ma che per effetto del fallimento, devono essere esercitate dal curatore (si tratta delle azioni di responsabilità contro i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle s.p.a. o contro società ed enti capogruppo; artt. 2394-bis, 2476, 2486 e 2497 c.c., art. 146 della legge fallimentare);



c) delle azioni revocatorie ordinarie che, prima del fallimento, avrebbero potuto essere intentate da singoli creditori ai sensi dell'art. 2901 c.c. ma che, per effetto del fallimento, sono esercitate direttamente dal curatore in base all'art. 66 della legge fallimentare;

d) delle azioni revocatorie fallimentari, che possono essere esercitate esclusivamente in costanza di fallimento e su iniziativa del curatore.

L'obiettivo delle azioni risarcitorie esercitate dal curatore è quello di accrescere la consistenza dell'attivo fallimentare, mediante la sua ricostruzione (esercizio delle azioni già spettanti al fallito) ovvero mediante apprensione di attività che, secondo il legislatore, una volta dichiarato il fallimento devono essere destinate alla soddisfazione dei creditori concorrenti secondo le regole generali di riparto dell'attivo (volte ad assicurare la *par condicio creditorum*).

L'obiettivo delle azioni revocatorie, analogamente, è quello di apprendere all'attivo fallimentare le risorse già trasferite dal fallito a terzi mediante atti validi ma inefficaci.

La mancata collocazione delle cosiddette azioni recuperatorie fra le categorie di azioni di più agevole individuazione suggerisce di ritenere che il legislatore abbia fatto uso di una formula "residuale", tale da includere qualsiasi rimedio giudiziario che il curatore intenda esperire in virtù del suo potere-dovere di sostituirsi al fallito nei rapporti patrimoniali che fanno capo a quest'ultimo (art. 43 l. f.), diverso da quelli risarcitori o revocatori.

Aver detto che si tratta di una categoria residuale, tuttavia, può risultare insufficiente rispetto all'esigenza di indicare nel programma di liquidazione, analiticamente, tutte le azioni che il curatore intende esperire. Volendo tentare di ricostruire un elenco di tali azioni c.d. recuperatorie, senza pretesa di esaustività, potrebbe farsi riferimento:

a) alle azioni volte alla restituzione di somme di denaro (indebito oggettivo, ad esempio per interessi anatocistici o "ultralegali"; azioni volte alla restituzione di cauzioni già versate dal fallito, per i contratti già sciolti o da cui il curatore intenda sciogliersi; azioni di adempimento per il pagamento dei corrispettivi contrattualmente dovuti al fallito in conseguenza di contratti pregressi; azioni avverso l'illegittimo rifiuto dell'A.F. nei confronti di domande volte ad ottenere il rimborso di imposte indebitamente pagate; ecc.);



b) alle azioni volte alla restituzione di beni mobili o immobili di cui il curatore non abbia la disponibilità (azioni volte ad ottenere il rilascio dei locali di proprietà del debitore fallito, anche in vista della loro alienazione; azioni volte ad ottenere la consegna di beni in esecuzione di obbligazioni contrattuali già assunte da terzi; azioni volte ad ottenere la restituzione di beni detenuti da terzi a qualsiasi titolo, ed in particolare in esecuzione di rapporti contrattuali con il fallito quali subfornitura, appalto, deposito, ecc.; azioni volte ad ottenere la restituzione di beni detenuti da terzi in base a titoli non adeguati; azioni volte ad ottenere la reimmersione nel possesso di beni o anche l'accertamento della proprietà su di essi quali le azioni possessorie e/o di rivendicazione; ecc.);

c) alle eventuali azioni esecutive che la curatela intende promuovere nei confronti di terzi, azioni il cui risultato influenza direttamente l'esito della attività liquidatoria.

Ai sensi dell'art. 104-ter, comma 2, lett. c), il programma di liquidazione deve indicare le azioni "da esercitare". Ci si può chiedere se questa formula intenda far riferimento alle sole azioni che il curatore intende esperire *ex novo*, o anche alle azioni già intraprese dal fallito prima del fallimento e che il curatore intende riassumere ai sensi dell'art. 43 della legge fallimentare.

La lettera della disposizione non dà indicazioni univoche; sembra però più coerente con la finalità complessiva della programmazione dell'attività liquidatoria includere nell'elenco anche le azioni che il curatore intende riassumere. Tale indicazione permette infatti al comitato dei creditori una più attenta ponderazione dell'attività di liquidazione programmata.

È peraltro evidente che spetta alla sensibilità del curatore, sulla scorta delle informazioni già apprese in occasione della redazione dell'inventario e della consultazione della documentazione relativa all'impresa decotta, selezionare le azioni da inserire nel programma di liquidazione, avendo cura di identificare le aree della gestione dell'impresa fallita che presentano maggiori rischi di contesa giudiziaria.

Infatti, le azioni risarcitorie e quelle revocatorie ordinarie potrebbero essere state iniziate già dagli amministratori o dai singoli creditori prima della dichiarazione di fallimento della società e pertanto il curatore dovrà valutare l'opportunità di proseguire le stesse.



Invero, ai sensi dell'art. 43 della legge fallimentare risulta che, ad eccezione dei beni previsti dalla legge, il curatore possa attrarre all'attivo fallimentare tutti i beni del fallito e i diritti ad essi collegati, ivi compresi anche quelli per i quali è stata intrapresa un'azione volta al loro recupero. Per questi la sentenza di fallimento determina l'interruzione del processo, la perdita per il fallito della legittimazione ad agire e la conseguente sostituzione fallimentare del curatore.

Al riguardo occorre osservare che, all'indomani della riforma del codice di procedura civile (art. 305), i processi interrotti per effetto della dichiarazione di fallimento devono essere riassunti entro il termine perentorio di tre mesi dalla conoscenza legale da parte del curatore del fatto interruttivo.

Sono compresi nel fallimento tutti i beni, diritti, poteri e facoltà spettanti al fallito, con la sola eccezione di quei beni previsti dall'art. 46 l.f. L'eventuale inerzia del curatore non sembra lasciare spazio ad una legittimazione processuale del fallito; il curatore in effetti potrebbe disinteressarsi di determinati rapporti patrimoniali senza che ciò precluda la possibilità di interessarsene in un periodo successivo.

La legittimazione processuale del fallito è ipotizzabile qualora il disinteresse sia correlato ad una scelta definitiva del curatore, come ad esempio per eventuali rapporti sopravvenuti caratterizzati da un ammontare di passività superiori al loro valore o per beni preesistenti la cui amministrazione e liquidazione risulti antieconomica e vengano quindi esclusi dal fallimento in forza di un decreto di derelizione.

Non è l'inerzia del curatore, ma l'effettiva e definitiva esclusione dell'azione stessa dal patrimonio separato fallimentare ad attribuire al fallito la legittimazione processuale.

Sembra quindi opportuno inserire all'interno del programma di liquidazione non solo le azioni già iniziate dal fallito che il curatore intende proseguire, ma anche quelle a cui la curatela intende rinunciare.

Da ultimo vanno indicati nel programma di liquidazione i tempi di presumibile realizzazione delle azioni intraprese e le proposte in ordine alla cessione delle azioni revocatorie a terzi dettate, magari, dall'esigenza di concludere più celermente la procedura fallimentare.

\* \* \*



In relazione alle azioni indicate nel programma di liquidazione ai sensi dell'art. 104-ter, comma 2, lett. c), il curatore deve indicarne altresì il possibile esito. La valutazione prognostica demandata al curatore attiene pertanto sia alla selezione delle azioni da esercitare in concreto, sia al risultato utile atteso di tali azioni.

In altre parole: non è sufficiente che il programma di liquidazione enunci indicazioni di principio in ordine al futuro esperimento di azioni recuperatorie (ma lo stesso vale per le azioni risarcitorie o revocatorie), senza specificare quali siano, per ciascuna azione, il fondamento della pretesa esercitata (natura dell'azione), il valore della pretesa (specificando i criteri di quantificazione adoperati), il destinatario (o i destinatari) di tale pretesa, gli elementi a sostegno della pretesa avanzata (con esposizione, ove possibile, dei fatti, degli assunti giuridici e dei principali elementi probatori già raccolti a sostegno della pretesa oltre che l'indicazione delle eventuali circostanze impeditive).

Senza la preventiva identificazione e ponderazione di tali circostanze, infatti, qualunque valutazione espressa dal curatore in ordine al «*possibile esito*» delle azioni che intende esercitare risulterebbe incontrollabile e, in definitiva, arbitraria, urtando contro le esigenze di una razionale programmazione dell'attività liquidatoria e impedendo un'informata valutazione del programma da parte del comitato dei creditori. Il curatore dovrà altresì tenere in considerazione le spese prevedibilmente connesse all'esperimento delle azioni e le "condizioni patrimoniali" dei soggetti nei confronti dei quali intende promuovere (o eventualmente riassumere) azioni giudiziarie in vista dell'acquisizione di risorse all'attivo fallimentare. Particolare importanza dovrà essere data, ad esempio, alla raccolta di informazioni relative alla capienza ed alla solvibilità dei soggetti contro cui il curatore intende agire. A tal fine, in particolare, il curatore potrà avvalersi degli strumenti pubblicitari generalmente accessibili (Registro delle imprese; Agenzia del territorio; Conservatoria; ecc.).

La programmazione dovrebbe pertanto avere ad oggetto anche i rapporti con gli eventuali difensori della procedura.

La preventiva valutazione del possibile esito delle azioni consente al curatore di poter esprimere le proprie valutazioni in merito all'eventuale abbandono della pretesa connessa all'azione di



recupero, qualora essa appaia «*manifestamente non conveniente*». La mancata acquisizione deve essere preventivamente autorizzata dal comitato dei creditori *ex art. 104-ter*, comma 7, l. f.

In sede di definizione del possibile esito il curatore deve altresì valutare il costo-opportunità dell'azione stessa stimando, ove possibile, l'impatto sul fallimento del c.d. *rischio di causa* (tanto in sede cognitiva quanto in sede esecutiva).

In taluni casi può rendersi necessario definire delle strategie recuperatorie scaglionate e concatenate tra loro; ad esempio se si prevede di esperire rimedi giudiziari solamente in conseguenza dell'esito negativo di altri atti di amministrazione volti alla liquidazione dell'attivo, per la parte che si stima non possa essere recuperata per vie bonarie (si pensi al recupero attuato in parte mediante semplice richiesta di adempimento, in parte a seguito di diffida ad adempiere ed in subordine mediante azioni cognitive o esecutive poste in essere per l'effettivo recupero delle attività). La definizione del possibile esito di strategie siffatte richiede delle differenti stime connesse all'esito di ciascuno *step* previsto per la liquidazione; tali stime saranno tanto più aleatorie quanto maggiori saranno gli *steps* e le variabili connesse all'esito di ciascuna azione. È pertanto opportuno che il programma di liquidazione rechi elementi di dettaglio e non indicazioni generiche così da procedere più agevolmente all'approvazione degli atti conseguenti; in caso contrario, si corre il rischio di dover integrare il programma in conseguenza delle circostanze sopravvenute ed in origine non previste.

L'art. 104-*ter* della legge fallimentare impone inoltre la definizione dei termini per la realizzazione dell'attivo, richiedendo così al curatore di stimare i tempi necessari per la definizione delle azioni stesse. Nella definizione dei tempi è, però, richiesto di stimare non solo il termine finale per la realizzabilità del piano di liquidazione ma potrebbe rendersi necessario prevedere e comunicare anche i termini stimati di inizio delle azioni ma soprattutto gli eventuali termini intermedi rilevanti in cui sia possibile scomporre l'azione (si pensi alle eventuali azioni scaglionate e/o concatenate).

Nell'ambito delle procedure concorsuali in genere, e del fallimento in particolare, dev'essere prestata una particolare attenzione all'individuazione dei crediti già vantati dall'imprenditore, in vista di un efficace realizzo. La fonte di tali crediti, come in precedenza esposto, può essere la più varia (crediti connessi alla concessione di finanziamenti, anche infragruppo; crediti per forniture pregresse; crediti relativi a cauzioni già versate dal fallito; crediti tributari; crediti per conferimenti



o apporti non ancora liberati; ecc.). Ulteriori suddivisioni potrebbero essere articolate tenendo presente l'ammontare di ciascun credito, la solvibilità dei soggetti debitori, la loro nazionalità, ecc.

Già intuitivamente, pertanto, è possibile rilevare che la predisposizione di strategie volte ad un efficace realizzo dei crediti del fallito rappresenta uno dei punti nevralgici della programmazione dell'attività liquidatoria.

Ai sensi dell'art. 106 l. f. il curatore può cedere i crediti, compresi quelli fiscali e futuri, ed anche se in contestazione; può altresì stipulare mandati per la riscossione di detti crediti. Il riferimento all'istituto generale della cessione dei crediti, che si verifica in una pluralità di operazioni, anche atipiche, vale ad assicurare al curatore margini sufficientemente ampi per la scelta delle operazioni più opportune in vista del realizzo di tali crediti. Gli eventuali crediti strettamente personali e/o indisponibili non potranno invece essere ceduti dal curatore.

La cessione di crediti per i quali pende un giudizio, pur espressamente menzionata, non pone particolari difficoltà concettuali trattandosi comunque di diritti compresi nel patrimonio del fallito. Nel caso di crediti futuri, invece, può rendersi necessario svolgere qualche riflessione ulteriore. Tali crediti potrebbero derivare dall'esecuzione di rapporti in cui il curatore sia subentrato, o abbia deciso di subentrare (la cessione di crediti futuri è espressamente contemplata, ad esempio, dalle vigenti disposizioni in tema di cessione di crediti d'impresa, o *factoring*), ovvero dipendere dal positivo esito di giudizi in corso. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, sembra più corretto ritenere che ricorra la fattispecie che l'art. 106 della legge fallimentare denomina cessione delle azioni, che condivide con la cessione del credito la finalità di convertire il patrimonio del fallito in denaro, in funzione della soddisfazione dei creditori dell'imprenditore decotto. Un ostacolo alla cessione delle azioni potrebbe però derivare dal codice di rito, che sottopone al consenso della controparte l'estromissione di chi abbia trasferito, per atto tra vivi a titolo particolare, la posizione sostanziale sottostante all'azione (art. 111 c.p.c.).

Le modalità attraverso cui recuperare all'attivo fallimentare somme di denaro a fronte dei crediti vantati dal fallito sono perciò varie. Il curatore può infatti occuparsi, anche indirettamente, della relativa riscossione (si pensi all'utilizzo dei cc.dd. mandati all'incasso); può procedere alla loro cessione con modalità *pro-solvendo* (cioè conservando in capo al fallimento il rischio



dell'inadempimento dei debitori ceduti) o *pro-soluto*; ancora può esperire, nei casi patologici, i rimedi giudiziari previsti dalla legge.

Nell'ottica di un efficiente e celere realizzo dei crediti ricompresi nel fallimento, tuttavia, il curatore potrà valutare anche l'opportunità di recuperare somme all'attivo mediante operazioni più complesse, come ad esempio la "cessione in blocco" di crediti, nei confronti di cessionari specializzati o eventualmente attraverso operazioni di cartolarizzazione (ad oggi poco frequenti nella prassi ma che potrebbero risultare vantaggiose in presenza di crediti di ammontare consistente, in ragione dell'intervento di operatori professionali).

Al fine di consentire al comitato dei creditori un'adeguata ponderazione della complessiva strategia liquidatoria, è perciò necessario che il curatore ipotizzi scenari plausibili, e formuli di conseguenza delle proposte, anche articolate, in ordine alle attività che intende intraprendere per il miglior realizzo dei crediti fallimentari.

A seconda delle circostanze concretamente ricorrenti, infatti, il curatore potrebbe preferire il ricorso a modalità di realizzo uniformi per tutti i crediti, ovvero distinte a seconda delle caratteristiche degli stessi. In concreto, è possibile ipotizzare che il curatore, all'interno del programma di liquidazione, indichi una serie di azioni volte al realizzo dei crediti, eventualmente subordinandone alcune all'esito di altre.

Così, è possibile
- che il programma di liquidazione indichi come modalità prioritaria di realizzo dei crediti la diffida ad adempiere ( <i>step 1</i> );
- che, per la parte non incassata dietro semplice richiesta, preveda l'attribuzione di mandati all'incasso in favore di soggetti specializzati ( <i>step 2</i> );
- che subordini al mancato incasso attività ulteriori, come ad esempio: o la selezione di possibili cessionari di tali crediti ( <i>step 3a</i> ), ovvero o l'intrapresa di azioni giudiziarie, anche esecutive, sui debitori inadempienti ( <i>step 3b</i> ).

La formulazione di tali ipotesi, ove possibile, dovrà essere integrata dalla valutazione del curatore in ordine al possibile esito di ciascuna delle attività programmate. A tal fine, è opportuno che il



curatore raccolga preliminarmente le informazioni necessarie per stimare, con l'inevitabile approssimazione del caso, i tempi di ciascuna delle azioni programmate. Tale obiettivo potrà essere conseguito anche attraverso la comunicazione con gli altri operatori coinvolti nello svolgimento delle attività programmate. Il curatore potrà, ad esempio, reperire informazioni sulla presumibile durata dei procedimenti giurisdizionali che intende intraprendere direttamente dai legali cui l'incarico sarà affidato sulla base della sensibilità ed esperienza professionale del professionista; può basarsi, in altri casi, anche su dati medi e/o di dominio pubblico relativi alla durata dei processi, tenendo conto, per quanto possibile, delle specificità del caso. Il curatore potrà ancora reperire utili informazioni in merito ai tempi del realizzo presso i soggetti cui intende conferire mandati all'incasso dei crediti, in ragione della loro esperienza professionale e specializzazione.

Tali informazioni, anche sinteticamente, dovranno essere esposte in seno al programma di liquidazione. Si tratta infatti di elementi di importanza decisiva ai fini della valutazione del piano da parte del comitato dei creditori. A seconda dei casi, infatti, potrebbe essere ritenuta preferibile una strategia di liquidazione da attuare in tempi brevi, anche a costo di sacrificare in parte le pretese creditorie; in altre ipotesi, invece, potrebbe essere ritenuta più opportuna una strategia maggiormente "conservativa", anche se di attuazione meno celere. La circostanza che il comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 40 l. f., debba essere composto in modo da «rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei creditori», può essere considerata indicativa dell'esigenza di calibrare il contenuto del piano sulle specifiche esigenze di cui i creditori ammessi al concorso (e per essi il comitato che li rappresenta) sono portatori. Tali informazioni sono da ritenersi rilevanti per la definizione di eventuali proposte di modifica della strategia di liquidazione da parte del comitato dei creditori ex art. 104-ter, comma 4, della legge fallimentare.

\* \* \*

Nella scelta dei soggetti cui affidare incarichi connessi al realizzo delle posizioni creditorie e nella individuazione dei cessionari dei crediti il curatore deve rispettare i criteri di cui all'art. 107 della legge fallimentare che gli impongono l'adozione di «*procedure competitive*» e «*adeguate forme di pubblicità*» che assicurino la «*massima informazione e partecipazione degli interessati*».



Tale disposizione, nell'ottica di un incremento dell'efficienza complessiva della procedura fallimentare, impone al curatore di porre in essere gli atti esecutivi del programma di liquidazione *«tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate (...) da parte di operatori esperti»*. Il ricorso a *«procedure competitive»* rischia, per un verso, di rendere meno celere la liquidazione delle attività fallimentari, ma dovrebbe assicurare una conversione in denaro delle attività fallimentari più vantaggiosa sotto il profilo "quantitativo", e comunque allineata alle stime di recupero inizialmente formulate in seno al programma di liquidazione.

Appare necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori qualora il curatore intenda richiedere l'assistenza di un legale per valutazioni sull'esperibilità e sulla quantificazione di un'azione revocatoria o di responsabilità o per consulenze di natura stragiudiziale.

E' da sottolineare in questo ambito che, a norma dell'art. 144 del d.lgs. 115/2002, è prevista anche per le procedure fallimentari la possibilità di accedere all'istituto del patrocinio gratuito, che si rileva particolarmente utile nel caso di fallimenti nei quali non sono presenti disponibilità liquide, ma dove è possibile il recupero di liquidità attraverso l'attivazione di contenziosi su crediti da recuperare o su azioni risarcitorie. In questi casi il giudice delegato, nell'autorizzare la causa, attesterà anche la mancanza di disponibilità liquide in capo al fallimento. Tale attestazione vale quale ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

## **17. Azioni risarcitorie.**

Il programma di liquidazione deve indicare gli atti di *mala gestio* rilevati e gli effetti dannosi che ne sono derivati in via diretta ed immediata. Nelle società la responsabilità civile di amministratori e sindaci costituisce responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni poste a loro carico dalla legge e dallo statuto, dal quale è scaturito un danno alla società e/o ai creditori della stessa.

L'individuazione del danno risarcibile risulta relativamente semplice quando l'azione di responsabilità è riferita a singole operazioni compiute dall'organo amministrativo (quali possono essere distrazioni, dispersione di beni della società, violazioni tributarie o previdenziali, atti posti in



essere in conflitto di interessi). In questi casi il danno risarcibile è quello risultante dal pregiudizio al patrimonio derivato dall'aver posto in essere detti atti.

Diverso invece è il caso in cui si contesti agli amministratori una complessiva *mala gestio* protratta nel tempo; il caso più frequente di azioni promosse *ex art. 2394-bis c.c.* e art. 146 della legge fallimentare riguarda la prosecuzione dell'attività anche dopo la perdita del capitale sociale. Per l'identificazione del danno risarcibile la giurisprudenza ha fatto frequentemente ricorso al metodo del deficit fallimentare, metodo che consiste nella quantificazione del danno attraverso la differenza tra l'attivo acquisito e il passivo accertato nel corso della procedura concorsuale. Questo approccio "tradizionale" è stato lungamente contrastato dalla dottrina e ritenuto di residuale applicazione; anche la giurisprudenza di merito ed in seguito la Corte di Cassazione hanno ritenuto il metodo del deficit fallimentare un metodo residuale applicabile in casi eccezionali, in via suppletiva e nell'ambito di un'adeguata struttura motivazionale, in presenza di contabilità tenuta in modo irregolare e tale da impedire la ricostruzione delle vicende societarie oppure qualora il dissesto sia frutto dell'intera gamma di atti posti in essere dagli organi sociali.

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, il danno andrebbe determinato come differenza tra passivo al momento della causa di scioglimento ed il passivo esistente alla dichiarazione del fallimento, ovvero come differenza tra passività derivanti da nuove operazioni e attività derivanti da queste; o ancora come differenza tra i patrimoni netti individuati nel momento in cui si verifica la causa di scioglimento e nella dichiarazione di fallimento.

Da rilevare che, ai sensi dell'art. 2484 c.c. gli effetti dello scioglimento del contratto sociale si producono dalla data di iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa. Gli effetti a carico degli amministratori quindi scattano da tale momento. Ai fini della responsabilità civile quindi, non basterà dimostrare che si è verificata una perdita di capitale sociale, ma si dovrà anche provare il comportamento negligente degli amministratori nell'accertamento di questa perdita e la mancata o la tardiva attivazione per impedire l'aggravamento della situazione. Il danno risarcibile quindi risulterà in relazione all'effetto dannoso che tale ritardo nell'accertamento ha provocato alla società.

In base a quanto stabilito poi dall'art. 2486 c.c. gli amministratori, in presenza di una causa di scioglimento della società e fino al subentro nella gestione dei liquidatori, possono compiere atti



di gestione al fine di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale; di qui la conseguenza che, in caso di perdita di capitale sociale, il curatore non potrà chiedere come danno ogni perdita derivante dalle operazioni compiute successivamente alla causa di scioglimento, bensì potrà porre a base della responsabilità solo gli atti che contrastino con la finalità di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Da ultimo, va rilevato quanto stabilito per la società a responsabilità limitata dall'art. 2476 comma 7 c.c. riguardo la responsabilità prevista a carico dei soci che intenzionalmente abbiano deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società. La natura della responsabilità solidale dei soci con gli amministratori è quindi legata a un attivo e consapevole ruolo di gestione da questi assunto.

### **18. Azioni revocatorie.**

Il programma di liquidazione prevede l'indicazione dettagliata di tutti gli atti revocabili nel periodo sospetto e al di fuori delle esenzioni indicate dal nuovo art. 67 della legge fallimentare; riferirà inoltre sugli atti e le garanzie revocabili ex art. 64 della legge fallimentare e art. 2901 c.c. nonché sulle rimesse solutorie in conto corrente disciplinate dall'art. 70 comma 3 della legge fallimentare.

L'indicazione, alla lettera c dell'art. 104-ter comma 2 della legge fallimentare del generale riferimento alle «azioni revocatorie da esercitare», sta a indicare che, oltre alle revocatorie fallimentari disciplinate all'art. 67 della legge fallimentare, il curatore debba dare informazione circa le azioni revocatorie ordinarie di cui all'art. 66 della legge fallimentare, che intende esercitare o riassumere.

L'art. 106 comma 1 della legge fallimentare ammette la cessione delle azioni revocatorie concorsuali. Il testo novellato della norma di riferimento pone un solo limite: le azioni revocatorie devono essere già intraprese e quindi deve trattarsi di giudizi pendenti; a differenza del concordato fallimentare, quindi, non è ammessa la cessione di azioni autorizzate ma non iniziate.

L'espressione «azioni revocatorie concorsuali» pone in dubbio la possibilità di cedere le azioni revocatorie ordinarie intraprese dall'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento. Saranno quindi cedibili le azioni revocatorie ordinarie e fallimentari esperite dal curatore ai sensi dell'art.



66 e 67 della legge fallimentare oltre che le azioni di inefficacia (art. 64 e 65 della legge fallimentare).

Benché non espressamente indicato nella norma, è da escludere che le azioni revocatorie possano essere cedute al fallito, ai prossimi suoi congiunti, ai soggetti a cui la procedura è stata estesa e alle società del gruppo di cui fa parte la società insolvente.

Della cessione delle azioni revocatorie deve essere dato conto all'interno del programma di liquidazione, indicando tutte le modalità che si seguiranno per l'operazione tenendo conto che è applicabile alla fattispecie quanto previsto dall'art. 107 della legge fallimentare. in materia di cessione dell'attivo. Dovrà quindi il curatore far ricorso a procedure competitive, previa stima e adeguata pubblicità.

Si è osservato come la cessione delle azioni revocatorie comporti alcuni problemi relativamente alle informazioni richieste dal cessionario. Questi infatti, dinanzi al rischio di insuccesso dell'azione, potrebbe avanzare il diritto ad esaminare oltre al fascicolo della procedura, anche le decisioni in merito alla controversia, i pareri dei legali ed ogni altra documentazione riguardo l'oggetto della cessione con il rischio che, qualora la vendita non andasse a buon fine, terzi soggetti siano a conoscenza di informazioni delicate che potrebbero potenzialmente incidere negativamente sull'esito dell'azione. Le soluzioni possono essere o di effettuare una vendita in blocco senza possibilità di conoscere altro che il fascicolo del fallimento o in alternativa concludere accordi di segretezza prima della consultazione del fascicolo e dei pareri legali.

### **19. La segretezza parziale del programma di liquidazione.**

E' agevole osservare come il contenuto del programma di liquidazione si sovrapponga – in alcune parti – a quello della relazione del curatore al giudice delegato e al P. M. di cui all'art. 33 della legge fallimentare.

Orbene, i due documenti hanno natura e finalità diverse, essendo rivolta la relazione ex art. 33 citato prevalentemente al "passato", mentre il programma di liquidazione necessariamente guarda al "futuro", per cui le aree di possibile duplicazione dei contenuti sono limitate al profilo prospettico della relazione ex art. 33 l.f.



In effetti, la relazione in parola deve indicare gli atti che il curatore intende impugnare, nonché quelli già impugnati dai creditori (art. 33, comma 2, l. f.). Tale contenuto evidentemente anticipa la parte del programma di liquidazione che deve trattare le azioni giudiziali e il loro presumibile esito. Non solo, ma la relazione in esame, se si tratta di società, deve esporre anche i fatti accertati e le informazioni raccolte sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci e, eventualmente, di estranei alla società. Dunque, le azioni di responsabilità verso gli amministratori e gli organi di controllo delle società devono essere trattate nella relazione in parola, così come del resto nel programma di liquidazione, con una evidente ripetizione di contenuti.

Tuttavia, il giudice delegato dispone la segregazione delle parti della relazione art. 33 citato relative (i) alla responsabilità penale del fallito (e nelle società di amministratori, liquidatori, direttori generali) e di terzi ed (ii) alle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, nonché (iii) alle circostanze estranee agli interessi della procedura e che investano la sfera personale del fallito (e nelle società di amministratori, liquidatori, direttori generali).

Le parti segretate della relazione ex art. 33 l.f. non entrano nel fascicolo fallimentare, essendo custodite separatamente ex art. 90, comma 1, della legge fallimentare. Pertanto, non possono essere conosciute dal fallito, dai creditori e dai terzi. Nemmeno il comitato dei creditori le può esaminare.

Orbene, in materia di programma di liquidazione manca una norma che disponga la segretazione dei contenuti del programma medesimo su disposizione del giudice delegato. Di conseguenza, i contenuti del programma di liquidazione che si sovrappongono alla relazione in parola non possono essere celati ai membri del comitato dei creditori. Si rileva – a questo riguardo – una asimmetria nel sistema, anche se – a ben vedere – il comitato dei creditori deve comunque essere sentito prima di autorizzare l'esercizio delle azioni di responsabilità ex art. 146 della legge fallimentare.

Tuttavia, la segretazione parziale della relazione ex art. 33 produce effetti – come si è rilevato – anche e soprattutto verso il fallito (e nelle società, verso amministratori, liquidatori, direttori generali), il quale non può esaminare la relazione ex art. 33 citato medesima e *gli altri atti*



*eventualmente riservati su disposizione del giudice delegato* (art. 90, comma 2, della legge fallimentare).

Orbene, stante la lacuna ora rilevata in materia di segretazione del programma di liquidazione, si può ritenere che il giudice delegato, ricevuta la comunicazione del programma di liquidazione approvato, disponga la segretazione di quelle parti del programma di liquidazione che ripetono il contenuto della relazione ex art. 33 citato, i quali siano stati in precedenza segreti ex art. 33, comma 4, della legge fallimentare, interpretando che il programma di liquidazione rientri tra gli *atti eventualmente riservati su disposizione del giudice delegato*, di cui all'art. 90 citato. A ben vedere, il giudice delegato potrebbe segretare in forza della norma da ultimo citata (art. 90) anche altre parti del programma di liquidazione, tanto che siano contenute nella relazione ex art. 33 e che non siano state segretate ex art. 33, comma 4, l.f., quanto che non siano contenute nella relazione ex art. 33.

## **20. I beni da abbandonare (la c.d. *derelictio*).**

E' opportuno che una parte del programma di liquidazione sia dedicata alla illustrazione delle ragioni che costituiscono il fondamento della decisione, già adottata o da adottare, di abbandonare la liquidazione di alcuni beni o attività, perché manifestamente non conveniente per gli interessi della massa. Si tratta sia dei beni non inventariati, perché i terzi vantano su di essi diritti reali o personali chiaramente riconoscibili, sia dei beni inventariati, per i quali il curatore abbia accertato che la liquidazione sia troppo costosa o il realizzo eccessivamente aleatorio. Per tali beni "abbandonati" cessano gli effetti dell'art. 51 della legge fallimentare che vieta le azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del fallito, per cui dopo che il curatore ha comunicato ciò ai creditori, quest'ultimi sono liberi di agire singolarmente su tali beni a tutela dei loro interessi.

## **21. I rapporti pendenti.**

Altra lacuna dell'art. 104-ter della legge fallimentare concerne le proposte del curatore in materia di rapporti pendenti.



Non v'è dubbio che le decisioni in materia di rapporti giuridici preesistenti vengono di regola adottate su proposta del curatore e con l'autorizzazione o il parere favorevole del comitato dei creditori.

Le scelte più urgenti vengono adottate prima che sia perfezionato il programma di liquidazione. Tuttavia, laddove non vi sia l'urgenza della decisione da adottare, pare che il programma di liquidazione sia il documento in cui il curatore illustri riassuntivamente la strategia che intende adottare nelle scelte relative ai rapporti pendenti, esponendo per ogni fattispecie i motivi delle proposte avanzate.

Una esposizione completa dei rapporti pendenti e l'approvazione da parte del comitato dei creditori produce l'effetto che su tutti i rapporti pendenti, che non siano già stati decisi, venga adottata la scelta di cui agli artt. 72 e ss. l.f.

## **22. I collaboratori del curatore (ausiliari, coadiutori, difensori, delegati, stimatori, periti, ecc.).**

Nel programma di liquidazione è auspicabile che siano indicati i collaboratori che il curatore intende utilizzare per la gestione della liquidazione, i cui compensi danno luogo – di regola – a spese della massa, da pagarsi in prededuzione.

Si tratta degli avvocati e difensori della curatela, dei periti stimatori dei beni e delle altre attività fallimentari, dei coadiutori e dei delegati.

Frequente è, poi, l'utilizzo temporaneo dell'opera di ex dipendenti dell'impresa fallita, per i vari adempimenti connessi alla liquidazione fallimentare.

Nei confronti di tali soggetti è preferibile che il compenso sia pattuito prima di attribuire l'incarico, in modo da contenere e programmare i costi prededucibili.

Dato che il programma viene predisposto dal curatore dopo l'inventario, alcuni incarichi sono già stati assegnati al momento in cui si approva il programma di liquidazione, per cui in tal caso se ne può semplicemente dare atto, illustrando le relative informazioni.



## 23. Conclusioni

In conclusione, sulla scorta delle suesposte considerazioni emerge assai chiaramente come il programma di liquidazione assuma nella disciplina riformata della procedura di fallimento un ruolo indubbiamente centrale, in cui si realizzano e riassumono i principi ispiratori della legge delega n. 80/2005 per la riforma della legge fallimentare.

Nella consapevolezza di ciò, i dottori commercialisti e gli esperti contabili hanno voluto dare un contributo, concreto e auspicabilmente utile, allo scioglimento dei principali nodi interpretativi che impediscono nella prassi fallimentare al programma di liquidazione di realizzare il radicale cambiamento voluto dal legislatore nell'ordinamento e nella composizione degli interessi coinvolti dalla liquidazione dell'attivo fallimentare.

Infatti, il presente documento illustra le principali problematiche che la disciplina del programma di liquidazione pone agli interpreti e agli operatori della materia fallimentare, descrivendo, senza alcuna pretesa di esaustività, le linee di comportamento che possono essere adottate da coloro che ricercano delle soluzioni alle questioni che via via si presentano nel quotidiano operare, tanto che si tratti di curatori, quanto di giudici delegati, come pure di creditori dell'impresa fallita, anche chiamati a comporre il comitato dei creditori.

I dottori commercialisti e gli esperti contabili sono sempre disponibili a mettere il "pensiero tecnico" al servizio del paese nella convinzione che cambiare le regole, come è avvenuto con la riforma della legge fallimentare, significa anche cambiare il modo di attuarle perché l'efficacia di una norma si misura con la sua effettiva osservanza da parte di coloro che ne sono i destinatari, vale a dire i cittadini.