

LA GESTIONE DEL SOVRAINDEBITAMENTO DEL DEBITORE “NON FALLIBILE” (D.L. 212/2011)

MASSIMO FABIANI

Sommario: 1. Premessa metodologica. - 2. Crisi del debitore civile. - 3. La duplice contaminazione. - 4. Il presupposto soggettivo. - 5. La situazione di sovraindebitamento. - 6. A-concorsualità della procedura di composizione della crisi. - 7. L'avvio del procedimento. - 8. L'apertura del procedimento. - 9. L'adesione dei creditori. - 10. L'omologazione. - 11. L'esecuzione dell'accordo. - 12. Le impugnative dell'accordo e le altre cause di caducazione degli effetti. - 13. I rapporti con le procedure esecutive e col fallimento. - 14. Gli organismi di composizione delle crisi. - 15. L'efficienza del procedimento e i vantaggi per gli aderenti. Un primo bilancio prospettico

1. Premessa metodologica

Da molti mesi nell'Agenda di Governo si discute di quali possano essere le misure, del più vario taglio, che dovrebbero contribuire a favorire la crescita delle imprese domestiche.

In un processo di crescita che come è noto non può fare a meno di provvedimenti che coinvolgano la giustizia civile visto che le disfunzioni pesano per oltre l'1% del prodotto interno lordo, è naturale che qualche scelta vada compiuta anche sul terreno della regolazione della crisi dell'impresa specie se si considera che non raramente gli operatori cercano di favorire la reimmissione del valore nel circuito della produzione con separazione e abbandono dell'imprenditore dal governo della sua impresa.

Sino ad ora sul versante tradizionale della regolazione concorsuale della crisi dell'impresa non vi sono state novità ma, in un certo qual senso, qualcosa si è mosso con il d.l. 22 dicembre 2011 n. 212 che ha disciplinato, per la prima volta, la crisi del c.d. debitore civile, per questo dovendosi intendere tanto il consumatore (e il professionista) che l'imprenditore non

sottoponibile alle procedure concorsuali per ragioni dimensionali. La sistemazione della crisi del debitore civile, disciplinata per vero in modo frammentario come si vedrà nel prosieguo, consentirà, però, di reimmettere nel circuito economico un soggetto e così ampliando il mercato di fatto si traduce in uno strumento di agevolazione indiretta dello sviluppo delle imprese.

Le riflessioni che seguono giungono dopo una prima lettura e vanno considerate, essenzialmente, come uno stimolo per un dibattito, come un'occasione per discutere di un provvedimento normativo che possiamo considerare ancora *in itinere* vista la prossima conversione in legge.

L'auspicio è che le considerazioni che seguono e il dibattito che ne potrà sortire, si traducano in una sollecitazione ai rami del Parlamento perché correggano non tanto le minime aporie, che pure si trovano disperse qua e là, quanto quegli aspetti di rilievo che ho cercato di far emergere, nella piena consapevolezza della fretteolosità di alcuni rilievi, spero scusabili proprio nell'ottica di essere offerti rapidamente alla comunità dei giuristi e, chissà, al legislatore.

2. Crisi del debitore civile

La scelta di offrire anche a quei debitori che sono esonerati - per statuto o per dimensioni - dalle procedure concorsuali qualche strumento di regolazione della crisi è stata avanzata, un po' timidamente, per la prima volta con il d.l. 6 luglio 2011, n. 98 là dove si è esteso agli imprenditori agricoli il procedimento di cui all'art. 182 bis l.fall. (accordi di ristrutturazione), per poi giungere ad un più completo, ma non ancora maturo, approdo con il d.l. 212/2011.

Tuttavia la soluzione viene da lontano. Dell'insolvenza del debitore civile si parlava già nei primi anni di questo secolo e, dal punto di vista della discussione, al tema era dedicato un numero monografico della rivista *Analisi giuridica dell'economia*; in chiave normativa, invece, di gestione dell'insolvenza del soggetto non fallibile si occupavano alcune disposizioni dello schema di disegno di legge 28.2.2004, più noto come "d.d.l. Trevisanato".

Il testo del d.l. 212/2011 approvato dal Consiglio dei Ministri e poi convertito in legge ___ 2012 n. ___, deriva da un disegno di legge di iniziativa parlamentare che era stato approvato dalla Commissione Giustizia del Senato in sede deliberante, ma che poi era finito su un binario morto

nell'altro ramo del Parlamento per essere poi resuscitato, con una certa fretta, proprio con la decretazione d'urgenza.

Prima di esaminare l'articolato nella sua ampiezza, è opportuno precisare sin da ora che l'opzione di fornire al debitore civile uno strumento di regolazione del suo indebitamento con forme più articolate del processo esecutivo individuale era decisamente opportuna, forse tardiva visto il panorama internazionale sia continentale che anglosassone. Tuttavia la soluzione è stata declinata con modalità tali, soprattutto così complesse, che fanno dubitare su di un impatto positivo sul sistema, aldilà della lodevole intenzione.

3. La duplice contaminazione

Ogniqualvolta il legislatore si cimenta con materie ad alta complessità tecnico-giuridica, l'interprete subito assapora il gusto di andare alla ricerca (in genere con successo) degli errori, delle aporie, delle contraddizioni, delle inefficienze; spesso queste letture si rivelano sterili se non hanno anche una proiezione costruttiva.

Non si sottrae a questa situazione neppure la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento (d'ora innanzi "PCC" posto che è ragionevole che prevarrà tale acronimo); tuttavia, anziché indagare solo sulle cose che sembrano non funzionare, con qualche rischio di stravaganza si proporranno soluzioni di armonizzazione del dato normativo, non senza prima svolgere un rilievo di fondo.

Il vero *handicap* di questo nuovo istituto deriva da due contaminazioni: *i)* in un unico contesto si è deciso di strutturare la PCC sia per l'imprenditore non fallibile che per il debitore civile secondo modalità operative pienamente omogenee, quando è evidente che questa omogeneità non sussiste: basti qui porre in risalto che nell'organizzazione di una impresa, anche piccola, un fattore molto importante è costituito dal lavoro dipendente; *ii)* il procedimento configurato è un compromesso fra il concordato e gli accordi di ristrutturazione, più con le reciproche debolezze che con le reciproche forze.

In tale cornice già si avverte la difficoltà di rendere coerente il procedimento con le regole dei contratti e con le regole del processo.

4. Il presupposto soggettivo

La procedura di composizione della crisi è destinata (art. 2) al debitore che non sia assoggettabile alle vigenti procedure concorsuali. Ciò significa che non vi possono accedere coloro che in caso di crisi/insolvenza sarebbero assoggettabili al fallimento (o concordato preventivo), alla liquidazione coatta amministrativa e all'amministrazione straordinaria della grandi imprese. In sostanza alla PCC dovrebbero potersi accostare tutti coloro che non svolgono attività d'impresa, tutti coloro che sono imprenditori commerciali sotto la soglia di cui all'art. 1 l.fall., nonché tutti gli imprenditori non commerciali e dunque anche gli imprenditori agricoli che sono, pacificamente (seppure fra tante perplessità della letteratura) esonerati dal fallimento.

A questa soluzione si dovrebbe pervenire là dove, come a me pare decisamente preferibile, si assuma che non appartiene al *genus* delle procedure concorsuali lo strumento degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l.fall.

Senonché con una precedente disposizione (il decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111) il legislatore aveva già stabilito che gli imprenditori agricoli potessero sfruttare il procedimento di cui all'art. 182 *bis* l.fall.

Orbene, ad una prima lettura si potrebbe affermare che la PCC non è attivabile dagli imprenditori agricoli in quanto per questi è prevista, con connotati di evidente specialità la disposizione additiva di cui all'art. 182 *bis* l.fall. (che contiene, anche, l'estensione all'imprenditore agricolo della transazione fiscale). Tuttavia, prima di confermare questa impressione, mi pare doveroso ricordare quanto già enunciato nel § 3 e cioè che la PCC e gli accordi di ristrutturazione presentano sì taluni profili di somiglianza ma anche non marginali profili di differenziazione uno dei quali, la possibilità di soddisfare i creditori non aderenti entro un anno (e non alla scadenza) appare particolarmente favorevole.

Per uscire da questa *empasse*, nella prospettiva di ampliare e favorire il *carnet* delle opzioni assegnate al debitore non mi sentirei di escludere che il d.l. 212/2011 si applichi anche all'imprenditore agricolo.

Ancora sul piano del presupposto soggettivo, qualche precisazione merita di essere fatta in ordine alla nozione di consumatore che l'art. 1 richiama. Infatti il rinvio al codice del consumo farebbe pensare che le nuove disposizioni si applichino solo al consumatore inteso in senso tecnico, ma così non può essere perché altrimenti si formerebbe una ingiustificabile zona

griglia costituita da coloro che come i professionisti non appartengono né alla categoria degli imprenditori né a quella dei consumatori. Una volta chiarito questo passaggio, si tratta di verificare quali forme di sovraindebitamento vadano distinte in relazione ai soggetti (cfr., § seguente).

Infine, un limite all'accesso alla PCC è fissato per i debitori "recidivi". Non si può, infatti, farvi ricorso quando ciò è già accaduto entro il triennio precedente.

Poiché, in virtù delle direttive comunitarie, il nostro legislatore si è dovuto occupare della disciplina del credito al consumo e in particolare del profilo del "credito responsabile", era logico che avrebbe rappresentato un evidente disincentivo al credito responsabile il consentire al debitore renitente di promuovere PCC a ripetizione; anzi, un termine di inibizione più esteso, anche sino a cinque anni, avrebbe concorso a ridurre il rischio (più apparente che reale vista la complessità dei meccanismi che conducono all'esdebitazione) di formare professionisti delle PCC, specie in assenza di una tutela penale.

5. La situazione di sovraindebitamento

Nella legge fallimentare e in quella sull'amministrazione straordinaria il presupposto oggettivo è rappresentato dallo stato d'insolvenza o dallo stato di crisi. Nel d.l. 212/2011 si è preferito utilizzare una diversa locuzione "sovraindebitamento", ma si è anche adoperata una tecnica descrittiva che l'art. 5 l.fall., ad esempio, non conosce, visto che l'art. 5 l.fall. non esprime la nozione di cosa sia l'insolvenza ma si limita a prevedere quando essa si manifesta.

Nella nuova disposizione si intende, infatti « una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni ». Un aspetto certamente comune all'insolvenza è costituito dal fatto che la situazione non deve essere transitoria; ed ancora l'incapacità di adempimento regolare delle obbligazioni resta un sintomo evidente anche del sovraindebitamento. Ciò che appare, invece, asintonico è il fatto che si parli, anche, di squilibrio tra obbligazioni e patrimonio liquidabile, ovvero sia una concezione patrimonialistica che nel fallimento è sconfessata salvo che per l'ipotesi delle società in liquidazione. Qui, invece, si è privilegiato l'aspetto statico del rapporto fra debiti e

patrimonio che ha probabilmente una sua giustificazione per il consumatore, ma assai meno per l'imprenditore e forse anche per il professionista.

Tuttavia questa discrasia non appare poi così rilevante ove si osservi che al procedimento si accede solo ad iniziativa del debitore, talché solo il giudice potrebbe sollevare la questione dell'assenza del sovraindebitamento, il che appare assai improbabile in quanto si dovrebbe dimostrare prospetticamente la capacità del debitore, proseguendo la sua attività, di riequilibrare l'esposizione debitoria.

Come accennato, la nozione di sovraindebitamento si sdoppia perché si parla di sovraindebitamento del consumatore che sarebbe caratterizzata da una prevalente esposizione debitoria contratta in qualità di consumatore, ma sulla reale portata di una effettiva differenza si può nutrire, almeno, qualche dubbio.

6. A-concorsualità della PCC

Una volta stabilito chi può attivare la PCC e quando questa possa essere chiesta, si sono affrontati solo i temi più semplici, perché ciò che è più complesso è l'architettura procedimentale, davvero densa di adempimenti.

Sul punto un chiarimento preliminare si impone. La PCC non è una procedura concorsuale parallela rispetto al fallimento e non è neppure una procedura esecutiva collettiva. È un procedimento su base volontaria che si fonda sul raggiungimento di un accordo con una porzione qualificata del ceto creditorio, ma senza alcuna coartazione delle ragioni creditorie di tutti coloro che non partecipano all'accordo. In questa cornice evidente è la somiglianza con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, tant'è che molte delle speculazioni teoriche sorte a proposito di quell'istituto potranno essere più o meno agevolmente importate in questo nuovo procedimento.

Ma la PCC si distacca dagli accordi di ristrutturazione perché il consenso viene raccolto secondo il modello delle procedure concordatarie, pur se non si forma una maggioranza in grado di vincolare la minoranza. Una procedura ibrida che va dunque guardata con molta circospezione per evitare che si finisca per considerarla un piccolo accordo di ristrutturazione.

A proposito del concordato preventivo ho suggerito la distinzione fra piano, proposta e domanda e quella distinzione a me pare reiterabile anche per la PCC. Il debitore, in presenza di sovraindebitamento, quando rileva di non essere in grado di far fronte all'esposizione debitoria secondo i canoni di

regolarità, può organizzare un piano diretto a costituire la provvista da destinare ai creditori ai quali formula una determinata proposta, proposta che poi sarà veicolata davanti al giudice per giungere all'omologazione.

La massima flessibilità prevista negli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l.fall.* e quella comunque ampia prevista nel concordato preventivo (dove si intercettano, però, i vincoli da graduazione e quelli sul soddisfacimento dei creditori privilegiati), sono replicate nella PCC, pur se i creditori sembrerebbero dover essere soddisfatti in denaro (art. 2, 1° comma). Anche qui la prima lettura può rivelarsi fallace, già solo se si guarda anche all'art. 3, 1° comma, là dove si declama che la soddisfazione dei creditori possa avvenire in qualsiasi forma, una per tutte, la cessione di crediti futuri.

Per ciò che attiene al *piano*, il debitore deve organizzare un programma di dismissione dei propri cespiti, può prevedere che siano costituite garanzie (ragionevolmente a favore degli aderenti se si vuole fornire a costoro un incentivo a esprimere il consenso alla proposta, ma non si può escludere che vengano costituite garanzie anche a scopo dimostrativo della fattibilità del piano), può prevedere che i beni facenti parte del suo patrimonio siano affidati ad un fiduciario che li gestisca, li liquidi e poi provveda a ripartirne il ricavato ai creditori.

Poiché come si è visto al § 4, questa procedura riguarda anche gli imprenditori sotto-soglia, non v'è ragione di escludere che l'accordo di ristrutturazione possa prevedere anche la continuità aziendale e dunque la destinazione ai creditori dei flussi di cassa, fermo restando che l'imprenditore deve disporre già delle risorse necessarie per remunerare, sebbene nel più ampio arco di tolleranza annuale, i creditori non aderenti.

Più complessa, mi pare, è la struttura della *proposta*. Infatti, nei concordati il debitore formula una proposta e se questa è accettata, è obbligatoria anche per i dissenzienti (art. 184 l.fall.), quindi la proposta non muta in ragione di un maggiore o minore numero di adesioni. Negli accordi *ex art. 182 bis l.fall.*, il debitore stipula prima un accordo con una quota maggioritaria (60%) e poi lo sottopone al tribunale perché produca effetto nei confronti degli estranei, rispetto ai quali è dovuto l'intero.

Nella PCC il debitore formula una proposta, ma non sa quanti creditori risulteranno consenzienti ed allora diviene assai disagiata prevedere quali e quante risorse debbano essere accantonate per soddisfare gli estranei. Dal momento che l'accordo presuppone un consenso non inferiore al 70% o al 50% (per il consumatore) dei crediti dichiarati, si dovrebbe concludere che al momento della presentazione della proposta il debitore debba dimostrare la capacità di adempiere ai crediti in misura del 30% o del 50%. In sostanza, il

debitore può proporre a tutti i creditori o solo ad alcuni remissioni del debito, novazioni, riduzioni, ma deve programmare che una quota delle sue risorse vadano riservate ai creditori che non aderiscono.

Questo meccanismo spiega perché il debitore possa frazionare il ceto creditorio in classi, previsione che non si ritrova nell'art. 182 *bis* l.fall. Infatti, poiché il consenso è cercato a valle della proposta di accordo, il debitore per favorire la raccolta del consenso, come nel concordato, può distinguere i creditori in classi, ma con la precisazione che l'adesione alla proposta non contempla una doppia maggioranza come previsto nei concordati. Qui il significato della classe è solo quello di raggruppare creditori cui offrire il medesimo trattamento, ma con la precisazione che non essendo previsto il divieto di alterazione della graduazione fra crediti, la classe potrebbe in ipotesi essere costituita anche in modo disomogeneo perché se poi il creditore non aderisce, l'effetto è solo quello che gli spetta il pagamento integrale. Ecco, allora, che là dove si precisa che va stabilito il pagamento integrale dei titolari dei creditori privilegiati salvo rinuncia alla causa di prelazione, in verità si riconosce che il pagamento al creditore privilegiato può essere offerto anche solo percentualmente in quanto se aderisce alla proposta è come se rinunciasse al privilegio. Da questo punto di vista, a me pare che pur in mancanza di singoli accordi con i creditori, sia del tutto legittimo non osservare la *par condicio creditorum*, per la semplice ragione che il consenso individuale consente che ciascuno creditori rinunci a farla valere. È perciò che la PCC non può essere reputato un procedimento concorsuale.

A differenza di quanto è previsto nell'art. 182 *bis* l.fall., il pagamento ai creditori aderenti può essere differito sino ad un anno (v'è da ritenere a far data dall'omologazione), ove il piano appaia attuabile a consentire il pagamento di costoro alla nuova scadenza, ma non può essere dilazionato rispetto ai creditori titolari di crediti impignorabili.

Quando la proposta di accordo concerne un consumatore è possibile includervi, come impegno negoziale, l'esclusione (o una seria limitazione) del debitore dal mercato del consumo, dall'utilizzo dei servizi elettronici di pagamento e dalla sottoscrizione di strumenti creditizi e finanziari. In tale evenienza nella proposta occorrerebbe anche regolare le modalità tramite le quali rendere attuabile questo impegno.

Nella consapevolezza che spesso il patrimonio del debitore non sarà sufficiente per condurre in porto l'accordo, si è stabilito che la proposta di accordo debba essere sottoscritta anche da un terzo quando questi si costituisce garante dell'adempimento della proposta.

7. L'avvio del procedimento

Il primo aspetto da segnalare sul versante processuale è quello della legittimazione che è stata lasciata all'esclusiva iniziativa del debitore. Se i soggetti interessati dalla PCC sono debitore non fallibili, ai creditori che volessero assumere una iniziativa competerebbe, soltanto, l'avvio dell'azione esecutiva singolare.

Il debitore che vuole avvalersi della PCC deposita la *proposta di accordo* in tribunale, quello competente per territorio in ragione della residenza o della sede. Unitamente alla proposta, debbono essere depositati diversi documenti che hanno lo scopo di dimostrare da un lato quali sono le risorse sulle quali i creditori potranno fare affidamento e dall'altro lato quali sono i debiti da soddisfare, ivi comprese le spese del nucleo familiare (o se si vuole pensare all'accordo in continuità d'impresa, i costi della prosecuzione dell'attività). Maggiori adempimenti documentali sono previsti in caso di richiesta presentata dall'imprenditore.

Tuttavia il documento più importante al servizio della proposta è certamente l'attestazione di fattibilità del piano, ovvero la relazione tecnica nella quale si prende posizione in merito alla capacità del debitore di far fronte all'accordo e al pagamento dei creditori non aderenti; un'attestazione che ha un contenuto obiettivo analogo a quello previsto nel concordato preventivo e nell'art. 182 *bis* l.fall. Sul tema v. *infra* § 14.

Quando si iniziò a discutere del trattamento del sovraindebitamento si immaginò un procedimento snello e avulso da formalismi e da interventismo pubblico. Si obiettò, però, che l'assenza del giudice avrebbe potuto rivelarsi un fattore di disincentivo rispetto ai creditori che in situazioni di questo genere hanno come baluardo a loro tutela il giudice del processo esecutivo.

All'esito di questa dialettica ideologica non poteva che sortirne un compromesso: il giudice non viene estromesso dalla crisi ma viene interpellato prima in una fase dal sapore latamente cautelare e poi per suggellare l'accordo con un decreto di omologazione nel quale vanno risolte eventuali contestazioni. Il procedimento, invece, si snoda in *outsourcing*, tramite l'attività demandata all' Organismo di composizione della crisi (d'ora in poi con l'acronimo "OCC").

Secondo il paradigma ormai tipico delle procedure concorsuali riformate, il giudice non deve occuparsi né della gestione del dissesto né del merito del contenuto degli accordi, ma deve effettuare una verifica preliminare alla quale può conseguire un provvedimento a tutela del patrimonio del debitore,

per poi valutare se ricorrono tutti i requisiti di omologabilità che poi si esamineranno.

Ancora una volta, quindi, ci si interrogherà sullo spettro dei poteri che il giudice può esercitare quando è chiamato ad omologare l'accordo.

8. L'apertura del procedimento

Abbiamo già rilevato più volte la contaminazione fra concordato e accordi di ristrutturazione. Ne è chiara testimonianza proprio la fase di apertura, fase che troviamo nel concordato ma non nell'art.182 *bis* l.fall.

Infatti, una volta presentata la proposta di accordo, il giudice (e sul punto occorrerà valutare come qualificare il procedimento in relazione alla composizione tabellare dell'ufficio) fissa un'udienza innanzi a sé disponendo che la proposta sia comunicata a tutti i creditori affinché questi possano comparire e dedurre in merito ai poteri che al giudice competono in questa fase. Infatti, il giudice quando rileva che non emergono atti compiuti in frode ai creditori, senza altre valutazioni dispone (per un periodo non superiore a centoventi giorni) una misura inibitoria che fa divieto a chiunque di intraprendere o coltivare azioni esecutive e sequestri conservativi (non tutte le misure cautelari, dunque) o di acquisire titoli di prelazione, sanzionando con la nullità (e dunque l'impossibilità di una ripresa di efficacia in caso di mancata omologazione) l'inosservanza al divieto. Analoghi effetti "impeditivi" si riflettono sul piano sostanziale sulla sospensione della decorrenza di termini di prescrizione e di decadenza.

Il procedimento si svolge secondo il rito camerale con esplicito richiamo al modello generalista di cui agli artt. 737 ss. l.fall., ma con la precisazione che è a trattazione monocratica.

Il decreto del giudice può essere reclamato al tribunale (ora in composizione collegiale e senza la partecipazione del giudice che ha emesso il provvedimento), v'è da credere nei termini di cui all'art. 739 c.p.c.; si tace sulla ricorribilità per cassazione ma, dal momento che il decreto è sicuramente provvisorio in quanto destinato ad essere assorbito dal decreto di omologazione o reso inefficace dal diniego di omologazione, il ricorso di legittimità va recisamente escluso.

Così pure il legislatore ha ommesso di descrivere cosa accada quando l'inibitoria non venga concessa – perché sono emersi atti di frode - , ma la soluzione mi pare debba essere *tranchant*, e cioè il procedimento deve

arrestarsi subito perché il raggiungimento delle adesioni sufficienti non potrebbe, comunque, “cancellare” la frode.

9. L’adesione dei creditori

Una volta aperto il procedimento con il decreto sull’inibitoria occorre rapidamente raccogliere le adesioni dei creditori per evitare che non si giunga all’omologazione quando nel frattempo sia scaduto il termine di centoventi giorni.

Poiché nulla prevede la legge (e questa appare, proprio, una disattenzione), è il giudice che nel pronunciare l’inibitoria dovrebbe, anche, fissare il termine entro il quale i creditori possono esprimere il consenso alla proposta.

La PCC può avviarsi all’omologazione soltanto se i creditori aderenti rappresentano almeno il 70% dei crediti o il 50% nel caso di sovraindebitamento del consumatore. Tutti i creditori, a prescindere dal loro rango, hanno diritto di aderire e lo devono fare espressamente, con modalità varie e semplificate che tuttavia consentano di ritenere attendibile la provenienza della dichiarazione.

Tutta questa fase è gestita dall’OCC, v. *infra* § 14.

10. L’omologazione

Il procedimento si conclude: *i)* con un decreto che darà atto del mancato raggiungimento della soglia delle adesioni con conseguente caducazione dell’inibitoria e con piena riespansione dei diritti dei creditori; *ii)* con un decreto di omologazione; *iii)* con un decreto di diniego dell’omologazione.

Sub *i)* L’OCC una volta terminata la raccolta delle adesioni, presenta una relazione al giudice con la quale lo informa del mancato raggiungimento dell’accordo; in tal caso il giudice dichiara improcedibile la proposta di accordo e tale provvedimento, reso sempre in sede camerale, ancorché non sia previsto, deve reputarsi impugnabile con reclamo al collegio, ma non anche ricorribile per cassazione posto che la proposta di accordo è sicuramente reiterabile.

Sub *ii)* e sub *iii)* L’OCC redige una relazione sulla raccolta del consenso e ne dà notizia ai creditori i quali entro dieci giorni possono sollevare contestazioni; contestazioni che possono avere ad oggetto l’erroneo calcolo

delle adesioni, ma anche la loro pretermissione dall'elenco dei creditori (e dunque vengano a conoscenza *aliunde* del procedimento), ovvero la non fattibilità del piano e l'incapacità del debitore di adempiere alla proposta. Le contestazioni sono raccolte dall'OCC e trasmesse al giudice (sempre in composizione monocratica) il quale procede col rito camerale per verificare: *i)* che l'accordo sia stato raggiunto per effetto di un numero sufficiente di adesioni; *ii)* che le risorse disponibili siano sufficienti per soddisfare i creditori non aderenti; *iii)* che non siano fondate le contestazioni sollevate dai creditori.

All'esito di questa complessa verifica omologa l'accordo oppure nega l'omologazione. Il provvedimento è reclamabile al tribunale *ex art.* 739 c.p.c.

Nel caso di omologazione v'è da chiedersi se sia ammissibile il ricorso per cassazione e a me pare che, pur fra non trascurabili obiezioni, la soluzione affermativa resti preferibile. Non tanto perché (come si dice a proposito dell'art. 182 *bis* l.fall.) la decisione si risolve in una pronuncia sull'applicabilità o no delle regole del concorso, quanto perché l'omologazione produce ulteriori effetti di inibitoria sulle azioni esecutive. È vero che questi effetti sono transitori, ma il creditore non aderente da una parte - contro la sua volontà - può vedere differita la soddisfazione del suo credito per un anno e in quel periodo non può né iniziare azioni esecutive né salvaguardare il suo credito con l'acquisizione di garanzie giudiziali. Tutto ciò è certamente tollerabile nel quadro di una più complessa sistemazione debitoria, ma nondimeno a quel creditore deve riconoscersi il diritto ad un controllo di legittimità del provvedimento in quanto decide sul suo diritto a procedere con l'azione esecutiva. A ciò si aggiunga che qualora il creditore estraneo avesse già promosso l'espropriazione, la liquidazione del bene non sarà più disposta nel processo esecutivo, ma sarà affidata ad un liquidatore, il che, ancora una volta, può essere tollerato ma non può non essere considerato un *vulnus* al diritto di credito tale da meritare un controllo di legittimità.

Sempre con riferimento alla tutela processuale mette conto rilevare che il giudice decide in camera di consiglio ma nella fase dell'omologazione non è previsto il contraddittorio fra le parti, contraddittorio che *in nuce* potrebbe trovare spazio solo davanti all'OCC. Ecco, allora, che si propone in tutta la sua luce il tema del diritto di difesa nell'ambito della PCC. Infatti, nulla si prevede a proposito dell'assistenza tecnica, del diritto al contraddittorio nel procedimento, del diritto ad essere le parti coinvolte, interessate ad essere udite da un giudice. Non v'è dubbio che tutto questo silenzio voglia celare la volontà di semplificare il procedimento rendendolo vuoto di orpelli e formalismi, ma qui la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale a me pare decisamente e ingiustamente scarificata. Si impone un cambio di passo

importante prima che la questione debba essere, subito, rimessa al vaglio del giudice delle leggi.

Per ciò che attiene agli effetti che si producono con il decreto di omologazione occorre distinguere la posizione dei creditori aderenti da quella dei non aderenti e da quella dei terzi.

L'omologazione rende definitivamente efficace l'accordo che si è formato fra il debitore e coloro che hanno espresso il consenso sulla proposta e dunque su tutti i termini della proposta, ivi comprese le modalità della liquidazione (autogestita o affidata al fiduciario).

L'omologazione, rispetto ai creditori estranei, produce un riscadenziamento obbligatorio (cioè non accettato) sino ad un massimo di un anno, ma al contempo sancisce il loro diritto all'integrale pagamento.

Infine, salvo diverso accordo, l'omologazione non produce effetti sui diritti che i creditori vantano nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati di regresso, fermo restando la diversità della posizione del garante che assume gli impegni della proposta di composizione della crisi.

11. L'esecuzione dell'accordo

Una volta che l'accordo è stato omologato occorre passare alla fase di esecuzione: la fase dell'esecuzione è anch'essa duale in quanto da una parte il debitore deve adempiere alle obbligazioni che ha assunto con la proposta accettata, e dall'altra parte deve soddisfare i creditori estranei alla scadenza originaria o entro l'anno (se così è previsto), ma in misura integrale.

Tutt'altro che agevole è cogliere chi sia il soggetto deputato ad eseguire l'accordo, posto che almeno tre sono le ipotesi in campo: il debitore, il fiduciario, il liquidatore.

Poiché l'apertura della procedura non determina uno spossessamento del debitore, questi non solo conserva la disponibilità dei propri beni (salvo quanto si vedrà *infra*) ma può anche proporsi come soggetto incaricato di eseguire l'accordo, ciò le quante volte reputi di essere un soggetto affidabile agli occhi dei creditori ovvero perché abbia offerto garanzie, anche di terzi, idonee a rassicurare i creditori medesimi.

Il debitore, peraltro, può anche proporre che come modalità di esecuzione dell'accordo il suo patrimonio sia affidato ad un fiduciario da lui nominato, oppure che sia il tribunale a nominare un liquidatore col compito di eseguire l'accordo.

A queste due opzioni che si richiamano all'autonomia del debitore se ne aggiunge una terza, di stampo officioso, nel senso che se nel compendio destinato alla soddisfazione dei creditori taluni beni sono pignorati, allora è il tribunale che dispone la nomina di un liquidatore.

In ogni caso la fase dell'esecuzione è sottoposta alla vigilanza dell'OCC che assume anche il compito di tentare una definizione amichevole di eventuali controversie, controversie che in ogni caso vanno decise dal giudice (sempre nella cornice del procedimento camerale, pur in assenza di un richiamo specifico). L'OCC deve quindi sorvegliare che il debitore (il liquidatore o il fiduciario) adempia all'accordo e rispetti i diritti dei creditori non aderenti.

Come accennato, pur non essendo espressamente prevista una forma di spossessamento, il soggetto che deve eseguire l'accordo può dover chiedere un provvedimento di stampo autorizzatorio al giudice per compiere determinati atti (ad esempio per alienare beni soggetti a pignoramento il giudice deve disporre la cancellazione del vincolo).

E che, comunque, il patrimonio del debitore abbia un vincolo di destinazione lo si ricava dal fatto che sia gli atti dispositivi che i pagamenti sono nulli se posti in essere in violazione dell'accordo.

12. Le impugnative dell'accordo e le altre cause di caducazione degli effetti

Nel § 10 abbiamo visto quali sono gli strumenti che competono alle parti per impugnare il decreto reso nel giudizio di omologazione.

Tutt'affatto diversi sono i rimedi, di matrice strettamente negoziale, che sono previsti a favore dei creditori aderenti, dei creditori non aderenti e finanche dei creditori istituzionali.

Per quanto attiene ai creditori non aderenti poiché questi non sono parte dell'accordo è perfettamente coerente che ad essi non sia riconosciuta alcuna impugnativa negoziale. A loro è riservato, dunque, nel caso in cui il debitore non adempia al pagamento dovuto nei loro confronti il diritto di chiedere al giudice che accerti, sempre nel contesto del procedimento camerale, l'inadempimento e con ciò dichiarare la cessazione degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore. In questo modo l'estraneo riacquisisce il diritto alla tutela esecutiva, ma non per questo viene meno l'accordo che resta efficace sino a che non viene chiesta, dai creditori aderenti, la risoluzione.

La risoluzione dell'accordo presuppone, allora, l'iniziativa di uno o più creditori aderenti i quali lamentino (non oltre l'anno dall'ultimo adempimento previsto nell'accordo) che il debitore non ha adempiuto alle obbligazioni derivanti dall'accordo, o che non sono state prestate le garanzie promesse o che l'adempimento è divenuto impossibile anche per fatti non imputabili al debitore.

Sempre in chiave di impugnative negoziali, ai creditori è altresì attribuita l'azione di annullamento dell'accordo, azione che si fonda, essenzialmente, sulla frode (false rappresentazioni sul patrimonio e sull'esposizione debitoria).

Entrambi questi procedimenti si svolgono secondo il rito camerale ma qui è espressamente previsto il contraddittorio davanti al giudice. Tanto la risoluzione che l'annullamento dell'accordo determinano il venir meno degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore.

Esiste, però, una terza fattispecie che conduce alla rimozione degli effetti dell'accordo. Si dice, infatti, che l'accordo è revocato di diritto se non vengono effettuati i pagamenti in misura integrale alle pubbliche amministrazioni e agli enti previdenziali entro novanta giorni dalle scadenze previste. Questa regola sembra presupporre che questi creditori debbano essere sempre soddisfatti entro novanta giorni e che pertanto andrebbero qualificati come creditori estranei con la differenza che nei loro confronti non è ammessa la dilazione entro l'anno. Non sono persuaso che sia questa la soluzione interpretativa preferibile al lume di quanto stabilito nell'art. 3 là dove non si prevede che la moratoria sia esclusa per i crediti erariali e previdenziali. Ed allora a me pare che il significato della disposizione (art. 6, 5° comma) sia un altro e cioè che – in ogni caso e dunque a prescindere dall'iniziativa dei creditori – l'accordo perda automaticamente efficacia qualora entro novanta giorni dalla scadenza (convenzionale o eventualmente differita sino ad un anno) sia omesso il pagamento integrale (qui da intendersi come totale rispetto all'accordo se previsto) di questi crediti. Se si asseconda questa lettura si colgono due risultati: da una parte non si rende eccessivamente gravoso l'adempimento del debitore costringendolo a destinare una parte delle risorse a soddisfare subito i creditori pubblici (e in questo modo si sopperisce, indirettamente, all'assenza di misure fiscali di favore); dall'altra parte in caso di mancato pagamento si sanziona obiettivamente il debitore che non potrebbe, dunque, fare affidamento sulla disponibilità dei creditori a non attivare i meccanismi di risoluzione.

13. I rapporti con le procedure esecutive e col fallimento

Il lemma *fallimento* è enunciato una sola volta (art. 7, 5° comma) per stabilire che l'intervento, evidentemente sopravvenuto, della dichiarazione di fallimento risolve l'accordo.

Questa previsione, mi pare, valga in quei casi in cui il debitore, originariamente collocato al di sotto delle soglie di cui all'art. 1, 2° comma, l.fall., sia un imprenditore commerciale che varca le soglie durante la PCC, ipotesi non improbabile quanto meno con riguardo all'indebitamento qualificato di cui alla lett.c di tale disposizione. Non si tratta, pertanto, di una norma stravagante, né curiosa perché implicitamente riconosce che l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento sia ammessa anche durante la PCC. Va, infatti, chiarito che la sentenza di fallimento produce la risoluzione dell'accordo il che sta a significare che un accordo si è già concluso ed è già produttivo di effetti.

Ecco, allora, che il fallimento dell'imprenditore che supera le soglie è consentito durante la fase di esecuzione dell'accordo, nonostante l'inibizione delle azioni esecutive, per la semplice ragione che si è modificato il presupposto giuridico e cioè l'essere il debitore un soggetto non sottoposto alle procedure concorsuali. Se viene meno il presupposto è logico che venga meno la PCC.

Per ciò che pertiene al rapporto fra PCC e procedure esecutive, si è visto che, prima il decreto di inibitoria e poi il decreto di omologazione provocano una paralisi delle azioni esecutive (e dei sequestri conservativi), ma questo effetto è in linea con la finalità dell'istituto. Ciò che appare una vera novità sul versante del processo esecutivo è la previsione per la quale i beni sottoposti a pignoramento vengono affidati, in via esclusiva, al liquidatore con la conseguenza che non solo sarà il liquidatore a poterne disporre ma anche con la conseguenza che nel processo esecutivo dovrà essere preso qualche provvedimento dal giudice dell'esecuzione; probabilmente un provvedimento che dichiari l'improcedibilità dell'esecuzione al modo di quanto accade nel fallimento con l'art. 107, 6° comma, l.fall.

14. Gli organismi di composizione delle crisi

Già in più occasioni si è fatto cenno all'istituzione dell'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Le tematiche da affrontare sono due: *i)* i compiti assegnati all'OCC; *ii)* l'assetto organizzativo dell'OCC.

Per quanto attiene al profilo *sub i)*, le funzioni che la legge affida all'Organismo sono caleidoscopiche e trascorrono lungo tutto l'arco temporale della PCC.

L'Organismo interviene già come struttura di supporto per la predisposizione del piano e della proposta di accordo, così cumulando le funzioni di *advisor* legale e finanziario del debitore. Ma sempre all'OCC spetta il ruolo, delicato, di verificare i dati contenuti nella proposta e i documenti allegati, nonché di attestare la fattibilità del piano.

Una volta che l'accordo è depositato, l'OCC deve curare l'effettuazione della pubblicità e si deve occupare della ricezione delle dichiarazioni di consenso dei creditori, per poi presentare una relazione ai creditori, raccogliere le contestazioni e relazionare il giudice con una nota conclusiva sulla fattibilità.

Ed ancora, dopo l'omologazione, l'OCC si adopera per vigilare sull'adempimento dell'accordo e per risolvere le difficoltà insorte nell'esecuzione.

Il legislatore ha così mescolato compiti di supporto al debitore, compiti di fidejussione verso i creditori, compiti di ausilio del giudice e di controllo nell'interesse dei creditori. Una miscela esplosiva che evoca l'immanenza di ripetuti conflitti d'interesse, quei conflitti che nella legislazione concorsuale si vorrebbe drasticamente contenere e che le prassi di questi anni cercano di evitare.

Sicuramente appare distonico rispetto agli altri strumenti di composizione negoziale della crisi che lo stesso soggetto prepari il piano, ne attesti la fattibilità, poi assuma funzioni di tutela dei creditori e di ausilio al giudice. È vero che le indennità che competono all'Organismo sono a carico del debitore ma indirettamente anche dei creditori che vedono eroso il patrimonio del debitore loro destinato, e tuttavia questo non scioglie certo i possibili conflitti e le responsabilità che l'OCC verrebbe ad assumere.

Orbene, per attenuare ma non per elidere queste commistioni, si può immaginare che l'Organismo adotti un regolamento nel quale i diversi compiti vengano attribuiti a professionisti differenti (anche per meglio rispecchiare le diverse professionalità richieste); se, come pare, l'OCC opera come un soggetto "personificato", l'intera attività va imputata all'Organismo e dunque il problema dei conflitti non viene risolto davvero. Ove, invece, si potesse prevedere che la designazione di singoli professionisti da parte dell'OCC di fatto si risolve in una delega di funzioni, allora, forse, le

commistioni potrebbero essere evitate con la nomina di più soggetti. Forse a favore di questa soluzione, meno in linea con lo spirito dell'art. 10, ma sicuramente più rassicurante, potrebbe addursi la disposizione transitoria che attribuisce provvisoriamente i compiti dell'OCC a quei professionisti in possesso dei requisiti per la nomina a curatore. Infatti se le attività dell'Organismo possono essere svolte direttamente da un professionista, non dovrebbe risultare problematico operare mediante delega non meramente interna. Così l'attività del delegato impegnerebbe tanto il professionista quanto l'OCC che lo designa e tutto ciò andrebbe a tutelare di più coloro che sono coinvolti nella crisi, fermo restando che le indennità previste dovrebbero, in tal caso, essere frazionate.

Come enunciato nelle premesse di questo §, l'altro tema da affrontare è quello organizzativo. Gli Ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai (se nel frattempo non saranno aboliti ...) sono iscritti di diritto al registro che sarà tenuto dal Ministero della Giustizia; ad essi si affiancano gli organismi di mediazione già costituiti presso le camere di commercio e gli enti pubblici che vorranno proporsi. Si tratta di una soluzione decisamente (e a mio modo di vedere felicemente) più restrittiva rispetto a quanto è accaduto con l'ingresso della media-conciliazione, ma proprio la previsione che anche organismi di mediazione siano di diritto iscrivibili non rassicura. Non già per la serietà e affidabilità di tali organismi, quanto per ragioni di specifica professionalità. Se non si diventa mediatori professionali con un corso di cinquanta ore di lezione, v'è da dubitare che si possa imparare il mestiere di professionista della crisi senza una adeguata e specifica professionalità.

Si impone, allora, che gli Ordini interessati (e gli altri enti) – ma anche un consorzio fra Ordini del medesimo territorio - procedano alla costituzione di OCC attraverso la predisposizione di un regolamento che faccia anche chiarezza dei vari profili oscuri della legislazione, ma soprattutto non è eludibile che si preoccupino di implementare modelli di formazione specifica per poi selezionare rigidamente i professionisti chiamati a farne parte. È l'ennesima sfida lanciata alle virtù, per vero ancora in parte inesplorate, dell'*outsourcing* giudiziario.

Nel frattempo questo professionista poliedrico sarà scelto dal presidente del tribunale (o dal giudice da esso delegato) e non dal debitore, ancora una volta a comprova della contaminazione fra accordi di ristrutturazione e concordato.

15. L'efficienza del procedimento e i vantaggi per gli aderenti. Un primo bilancio prospettico

Procediamo dagli aspetti positivi. Una volta che il legislatore con la riforma del fallimento aveva imboccato la via dell'esdebitazione per l'imprenditore commerciale persona fisica, era impraticabile conservare un rigido steccato col debitore civile non consentendo a questi di dotarsi di uno strumento appropriato per regolare i propri debiti.

Così pure era necessario attribuire anche all'imprenditore non fallibile uno strumento di tale tenore.

La scelta di istituire gli OCC va in continuità col processo di disintermediazione dell'apparato giudiziario dalle crisi d'impresa.

Ed infine la soluzione di percorrere la via della regolazione amichevole va nella direzione più opportuna.

Molte, però, sono le ombre, alcune delle quali così dense da lasciare perplessi sull'efficienza dello strumento.

Quando con il d.l. 35/2005 venne introdotto l'istituto degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l.fall., tutti i commentatori palesarono una forma di delusione perché, al fondo, l'unico effetto che l'accordo omologato produceva era quello dell'esonero dalla revocatoria fallimentare per gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo (art. 67, 3° comma lett. e, l.fall.). Tuttavia, già con quella sola previsione, evidente era l'interesse ad aderire all'accordo, posto che si potevano conseguire dei benefici senza rischi di loro perdita in casi di insuccesso dell'operazione e di successivo fallimento. In sostanza il rischio dell'insuccesso veniva fatto gravare sui creditori estranei, apparentemente avvantaggiati dalla conservazione del diritto all'integrale pagamento, ma esposti al consolidamento di atti pregiudizievoli in caso di fallimento. Un sistema, tutt'altro che perfetto come le plurime successive addizioni normative hanno dimostrato, ma allineato ai principi di *check and balance*.

Ecco, allora, che l'interrogativo che ci dobbiamo porre a proposito della PCC verte sull'efficienza dello strumento, posto che un interesse immediato a partecipare all'accordo non è agevole da riscontrare. Il creditore che opta per non aderire, nel caso di insuccesso dell'operazione, non rischia un peggioramento della situazione del debitore, mancando una previsione di salvacondotto per gli atti dispositivi eventualmente pregiudizievoli. È chiaro che un interesse ad aderire dal punto di vista pragmatico non va disconosciuto in quanto il perfezionamento di un accordo, magari l'affidamento dell'esecuzione ad un terzo e una possibile (ma non sicura)

celerità del procedimento potrebbero essere sufficienti. Un incentivo ulteriore potrebbe essere rappresentato dal fatto che l'omologazione dell'accordo valga, per gli aderenti, anche come formazione di un titolo esecutivo (al pari del verbale di conciliazione) per coloro che ne fossero sprovvisti. Se ci si arresta qui non è facile pronosticare che i creditori, soprattutto quelli muniti di cause di prelazione, siano davvero spinti ad aderire all'accordo.

Sull'altro versante il blocco delle azioni esecutive e dei pagamenti per un anno forse non sono penalizzazioni tali da indurre all'adesione. Se mai, la rottura dell'equilibrio potrebbe fondarsi sulla previsione per la quale i creditori aderenti vengono soddisfatti subito e quelli estranei dopo o sul fatto che, non essendo garantito il rispetto dell'ordine della graduazione dei crediti, vengano preferiti temporalmente i creditori chirografari. Ma su queste previsioni è inutile affaticarsi e la fantasia degli operatori potrà dispiegarsi ampiamente.

Nell'ottica della struttura del procedimento ho già segnalato che la pretermissione del contraddittorio nel procedimento camerale non mi pare costituzionalmente tollerabile.

Ed infine l'assenza di una tutela penale da un lato e le tematiche che avvolgono gli OCC dall'altro, sollevano il rischio che si professionalizzino i debitori al cospetto di una dubbia professionalizzazione dei caleidoscopici Organismi.

Il tempo per correggersi non manca e il cammino parlamentare del decreto-legge potrà rivelarsi assai proficuo.

Bibliografia specifica (essenziale):

AA.VV., *L'insolvenza del debitore civile dalla prigione alla liberazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2/2004

G. ALPA, *La nota sul credito al consumo*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze*, Torino, Eutekne, 2010, 2010, 43

E. CATERINI, *Credito al consumo, tutela e incoraggiamento del risparmio, sovra indebitamento*, in G. VILLANACCI (a cura di), *Credito al consumo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, 43

F. DI MARZIO, *Sulla composizione negoziata delle crisi da sovraindebitamento*, in *Dir.fall.*, 2010, I, 659

G. FALCONE, *Prestito « responsabile » e sovra indebitamento del consumatore*, in *Dir.fall.*, 2010, I, 642

L. GIRONE, *Il tentativo del legislatore italiano di allinearsi agli ordinamenti internazionali con un provvedimento in materia di « sovra indebitamento » dei soggetti*

non fallibili, nonché interventi in materia di usura ed estorsione, in *Dir.fall.*, 2009, I, 818

A. JORIO – S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2004, 115

P. PORRECA, *L'insolvenza civile*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, Utet, 2009, II, 2098,

G. PUSTERLA, *Il Ddl sull'insolvenza del debitore civile e del piccolo imprenditore: prime note*, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze*, Torino, 2010, 2010, 57