

LaScala

STUDIO LEGALE
in association with
FIELD FISHER WATERHOUSE

Focus on

L'INERZIA DEI COMMISSARI GIUDIZIALI E LIQUIDATORI DEL CONCORDATO PREVENTIVO: POSSIBILI RIMEDI

Aprile 2013

www.lascalaw.com
www.iusletter.com

Milano Roma Torino Bologna Firenze Ancona Vicenza Padova Verona
London Paris Hamburg Brussels Manchester Munich Dusseldorf

Oggetto del presente Focus è l'individuazione e l'esame delle possibili azioni che possono essere intraprese nei confronti degli organi di una procedura di concordato preventivo (commissari e liquidatori) che non diano impulso all'attività liquidatoria.

Per espressa previsione normativa (art. 165 l.f. per quanto concerne il commissario giudiziale e art. 182, comma II, l.f. per quanto riguarda il liquidatore giudiziale), le azioni esperibili nei confronti dei commissari e dei liquidatori giudiziali di una procedura di concordato preventivo sono le stesse previste per il curatore fallimentare.

In particolare:

1) **reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (art. 36 l.f., nel testo in vigore dal luglio 2006)**: la norma prevede che i creditori possono proporre reclamo non solo avverso gli atti di amministrazione del curatore/commissario giudiziale/liquidatore giudiziale (anche se quest'ultimo non compie propriamente atti di amministrazione), ma anche avverso comportamenti omissivi dello stesso (oltre che del comitato dei creditori). Al fine di "procedimentalizzare" il reclamo dell'atto omissivo, è stato introdotto un meccanismo che consente di cristallizzare l'omissione e di individuare il momento a decorrere dal quale possa essere proposto il reclamo. La norma prevede infatti che venga rivolta all'organo inerte una diffida ad adempiere: lo spirare del termine in essa assegnato senza che vi sia stato riscontro, consente la formazione di una sorta di atto reclamabile, analogamente alle procedure amministrative di impugnazione di atti omissivi, sulla base del principio del silenzio significativo. Il termine per proporre il reclamo è di otto giorni dalla conoscenza dell'atto o, in caso di omissione, dalla scadenza del termine indicato nella diffida;

2) **revoca del curatore (art. 37 l.f.)**: alla luce della peculiare figura del commissario giudiziale non è possibile estendere integralmente allo stesso la disciplina della revoca del curatore. Legittimati, infatti, a richiedere la revoca del commissario sono il Giudice delegato ovvero il Tribunale d'ufficio, escludendosi così la legittimazione del comitato dei creditori e dei creditori. Sussiste però la possibilità che questi ultimi soggetti possano sollecitarla rivolgendosi agli organi legittimati, esponendo le ragioni che consigliano la sua sostituzione. Le

cause di revoca del commissario giudiziale possono essere costituite dalla mancata diligenza nell'adempimento dei propri doveri richiesta dall'art. 38 l.f.. La revoca del commissario, analogamente a quella del curatore, presuppone un obbligo di motivazione.

Con riguardo al liquidatore giudiziale, invece, occorre precisare che, essendo tale figura considerata in alcuni casi quale organo della procedura (ovvero quando viene nominato dal tribunale "d'ufficio") ed in altri quale mandatario del debitore e dei creditori (quando tale figura è prevista nella proposta di concordato preventivo presentata dal debitore), secondo alcuni il potere di revoca giudiziale sarebbe limitato ai casi in cui il Tribunale abbia provveduto alla nomina discrezionale del liquidatore e non anche quelli in cui quest'ultimo sia stato designato nella proposta (PALUCHOWSKI 09, 1774; VITIELLO 08, 1600; FABIANI-NARDECCHIA 07, 1754). In senso contrario è stato però osservato che la fase della liquidazione deve sempre realizzarsi in un contesto proceduralizzato e di controllo pubblico secondo i canoni dettati dall'art. 182 l.f., nel cui ambito il Tribunale può procedere alla revoca del liquidatore comunque nominato (DI CECCO 10, 2238; NARDECCHIA 10, 346 e già Tribunale di Roma 03.07.1996). La revocabilità del liquidatore può essere sollecitata da qualsiasi interessato;

3) **azione di responsabilità (art. 38 l.f.):** l'applicabilità dell'art. 38 l.f. si pone in rapporto alla funzione rivestita dal commissario giudiziale ed alle peculiarità della sua funzione, che lo distinguono dal curatore. Infatti, il commissario giudiziale non riveste alcuna funzione gestoria della procedura, ma unicamente di controllo sull'esecuzione da parte del debitore delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo. La natura dell'incarico impone una responsabilità che si aggancia a quella del professionista, calibrandosi così in relazione all'attività che il commissario deve porre in essere e alla professionalità che deve possedere nell'attuazione delle funzioni di controllo, di informazione e di impulso. La natura della responsabilità del commissario oscilla: secondo l'opinione prevalente sarebbe extracontrattuale, provenendo l'incarico dall'autorità giudiziaria (PERRINO 08, 1495; Tribunale Bologna 14.01.1964), mentre, secondo altri, sarebbe contrattuale, trattandosi di un incarico professionale assoggettato ad accettazione (PRINCIPE 06, 1013).

La legittimazione all'azione che, in assenza di termini o anche di rendiconto, dovrebbe ritenersi assoggettabile agli ordinari termini di prescrizione (5 anni se la consideriamo una responsabilità di tipo extracontrattuale o 10 anni se contrattuale) spetta al debitore, ai cred-

itori sia singolarmente che collettivamente ed al curatore nell'ipotesi di successiva dichiarazione di fallimento (non si ammette invece la legittimazione del nuovo commissario, atteso che quest'ultimo non può agire in sostituzione del debitore ovvero dei creditori - MAFFEI ALBERTI 09, 958; PRINCIPE 06, 1014).

Per quanto riguarda la responsabilità del liquidatore giudiziale, si rileva che, anche prima delle riforme della legge fallimentare, egli aveva una responsabilità nei confronti dei creditori per l'inadempimento del mandato conferitogli ovvero *“dell’obbligo istituzionale di assolvere con diligenza all’incarico di realizzare il valore dei beni ceduti ai fini del riparto”* (cfr. Cass. Civ. n. 4177/2000. Si veda anche Cass. Civ. n. 6042/78 che ha ritenuto legittimati i singoli creditori ad agire nei confronti del liquidatore per inadempimento del *“compito di realizzare i beni e di ripartire il ricavato, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione”*; BAVETTA 96, 163 ss.). La responsabilità si configurava come contrattuale per chi riteneva la natura privatistica dell'ufficio e riconduceva alla disciplina del mandato il rapporto tra il liquidatore ed i creditori, mentre, per chi riteneva il liquidatore organo pubblico della procedura, si riproponevano le questioni circa la natura contrattuale o extracontrattuale della relativa responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio. La qualificazione alternativa è stata attualmente basata sulla distinzione tra l'ipotesi di designazione del liquidatore nella proposta (nel qual caso di ravvisa una responsabilità contrattuale nei confronti del debitore ed extracontrattuale nei confronti dei creditori e dei terzi) e l'ipotesi di nomina giudiziaria del liquidatore (nel qual caso sarebbe sempre di natura extracontrattuale);

4) **azione disciplinare**: oltre alla responsabilità disciplinare interna alla procedura concorsuale che, come detto al precedente punto 2), può condurre alla revoca dall'incarico ed alla responsabilità civile di cui al precedente punto 3), su commissari giudiziari e liquidatori incombe altresì una responsabilità disciplinare nei confronti dei rispettivi ordini di appartenenza. Normalmente infatti i soggetti che ricoprono tali incarichi sono dottori commercialisti, ragionieri o avvocati iscritti ad albi e che hanno dunque degli obblighi deontologici verso gli ordini di appartenenza. E' possibile presentare un esposto all'ordine di appartenenza del commissario giudiziale o liquidatore di cui si vuole denunciare un illecito disciplinare nel termine di cinque anni dal compimento dell'atto *“incriminato”*. Le sanzioni previste per gli avvocati sono l'avvertimento, la censura, la sospensione dall'esercizio pro-

fessionale per un tempo non inferiore ai due mesi e non superiore all'anno, la cancellazione e la radiazione, mentre quelle per i dottori commercialisti sono la censura, la sospensione dall'esercizio professionale per un tempo non superiore ai due anni e la radiazione dall'albo.

Da ultimo si segnalano i **profili penali** a cui il commissario giudiziale o il liquidatore, così come il curatore, possono andare incontro. Il commissario può essere punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore ad € 206,00 quando “prende interesse privato” in qualsiasi atto della procedura di concordato preventivo direttamente o per interposta persona o con atti simulati (art. 228 l.f., espressamente richiamato dall'art. 236, comma II n. 3, l.f.) e con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da € 103,00 ad € 516,00 quando riceve o pattuisce una retribuzione non dovuta (art. 229 l.f., espressamente richiamato dall'art. 236, comma II n. 3, l.f.). Quanto alla responsabilità penale del liquidatore, la legge fallimentare non contiene in realtà alcuna fattispecie di reato proprio (le Sezioni Unite della Cassazione Civile, con la sentenza n. 43428/10, hanno ad esempio escluso il reato di bancarotta fraudolenta o semplice). Coloro che riconoscono al liquidatore giudiziale la qualità di pubblico ufficiale ritengono configurabili tutte le ipotesi di reato proprio del pubblico ufficiale (ad esempio, omissione di atti d'ufficio o falsità in atti pubblici, ecc.).