



ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

CORSO DI FORMAZIONE PER GESTORI DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

2° INCONTRO- 09 ottobre 2018

**L'ACCORDO DEL DEBITORE :
ASPETTI PECULIARI**

Avv. Cecilia Ruggeri

a) squilibrio tra le obbligazioni contratte ed il patrimonio destinate a soddisfarle (situazione che può anche essere temporanea)

**Nozione di sovraindebitamento:
Art. 6 L. 3/2012**

b) irreversibile incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni

Soggetti che possono accedere alla procedura da sovraindebitamento:

a) il Consumatore (art. 6 comma 2 lettera b L. 3/2012)

b) soggetto che non soggiace ad altre procedure concorsuali previste dall'ordinamento

a) la nozione di consumatore non è quella mutuata da codice del consumo, in quanto l'elemento identificativo non è sulle qualità soggettive del destinatario della norma; l'attenzione viene puntata invece sulla natura dei debiti contratti. Il concetto è stato chiarito da Cass.2016 n. 1869 secondo la quale, ai fine dell'accesso alla procedura da sovraindebitamento, può essere considerato consumatore anche un soggetto che eserciti attività imprenditoriale o professionale e che chieda l'accesso alla procedura per ottenere l'esdebitazione di debiti contratti per scopi estranei all'attività esercitata, a meno che si tratti di debiti nascenti da tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea(quali l'Iva e le ritenute non versate), le quali comunque vanno versate integralmente ai sensi dell'art. 7, comma 1 terzo periodo .

L'elemento identificativo della nozione di “consumatore” si sposta dunque dalla qualifica del soggetto che richiede l'accesso ad una procedura da sovraindebitamento, alla fonte genetica del debito.

Appare coerente con tale distinzione la giurisprudenza che si è occupata di analizzare il caso del fideiussore che ha prestato la garanzia per attività di impresa o imprenditoriale di un soggetto terzo: secondo Trib. Milano 2015 e Trib. Torino 7 Agosto 2017 non può definirsi consumatore chi ha prestato garanzie fideiussorie a favore di una impresa cui non sia estraneo (perché ad esempio, come nel caso di s.r.l., è socio ed amministratore unico); viceversa può qualificarsi consumatore, secondo Trib.Rovigo 13 dicembre 2016, il soggetto che abbia prestato garanzie personali a favore di un soggetto terzo che eserciti attività imprenditoriale o professionale, a lui non riconducibile.

La procedura da sovraindebitamento prevede tre tipi di procedure:

a) il piano del consumatore



procedura riservata
esclusivamente al
consumatore

b) l'accordo del debitore



procedura prevista
per il soggetto cd
“non fallibile”

c) la procedura di liquidazione dei beni



la terza procedura è comune
sia al consumatore che al
soggetto fallibile

Esistono infatti tratti distintivi essenziali di queste due procedure che non consentono al debitore non fallibile di ricorrere al piano del consumatore: il piano del consumatore non prevede una percentuale minima di soddisfazione dei creditori; inoltre è soggetto al giudizio di meritevolezza che il giudice è chiamato ad esprimere sul comportamento del debitore- consumatore nella fase dell'indebitamento (cd “debitore incolpevole”); nell'accordo del debitore invece prevale l'aspetto contrattuale in quanto è necessario che il piano sia approvato dai creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Oltre a ciò, il sindacato del giudice prescinde del tutto dal giudizio di meritevolezza che connota il piano del consumatore, articolandosi su un piano completamente diverso: il giudice sarà chiamato ad esprimere un giudizio di fattibilità della proposta, andando ad accertarne la sostenibilità e l'effettiva realizzabilità (la valutazione del Tribunale in questo caso è molto più simile al giudizio di fattibilità che il giudice è chiamato ad esprimere in sede di “ concordato preventivo”). In tale contesto ovviamente il giudice dovrà astenersi dal valutare la convenienza della proposta, essendo tale analisi di competenza esclusiva del ceto creditorio.

La legge 3/2012 non fornisce un elenco tipico dei soggetti che possono ricorrere all'accordo del debitore, non soggiacendo per legge ad altre procedure concorsuali.

La dottrina e la giurisprudenza hanno provato a fornire delle risposte e a delineare una serie di ipotesi

Può ricorrere al piano del debitore:

1) l'imprenditore non fallibile perché al di sotto delle soglie previste dall'art. 1 L.F. e cioè l'imprenditore che dimostri il possesso congiunto di tali parametri:

a) un attivo patrimoniale inferiore ad € 300.000 nei tre antecedenti la richiesta di fallimento

b) ricavi lordi inferiori ad € 200.000 nel triennio antecedente alla dichiarazione di fallimento)

c) debiti scaduti e/o non definitivamente accertati non superiori ad € 500.000.

2) l'imprenditore soprasoglia che abbia debiti scaduti inferiori ad € 30.000;

3) l'imprenditore individuale che abbia cessato l'attività da oltre un anno (art. 10 L.F.); sembra invece che non possa ricorrere alla procedura l'imprenditore collettivo (“rectius” la società) che sia stato cancellato dal Registro Imprese da oltre un anno, in quanto decorso tale termine il soggetto giuridico si estingue;

4) L'erede dell'imprenditore defunto, che abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario, quando sia decorso oltre un anno dal decesso. In questo caso, ai sensi dell'art. 11 L.F. non è più possibile ricorrere al fallimento. Tuttavia, nel caso il cui l'erede abbia accettato l'eredità puramente e semplicemente, si dovrà accertare, attesa la confusione dei patrimoni, che l'impresa risultante dall'accettazione sia “ sotto soglia” ai sensi dell'art. 1 L.F.

5) **il socio illimitatamente responsabile di una società di persone** che sia fuoriuscito da oltre un anno dalla compagine sociale (art. 147 L.F).Sussiste contrasto giurisprudenziale se ammettere il socio illimitatamente responsabile all'accordo del debitore, quando faccia ancora parte della compagine sociale e la società sia ancora in vita. Trib. Rimini 13 marzo 2018 ammette tale possibilità ritenendo che l'art. 147 L.F. sia norma eccezionale in quanto contempla l'estensione del fallimento ad un soggetto che di per sé sarebbe non fallibile; quest'ultimo infatti per effetto dell'art. 147 L.F. fallisce solo in quanto fallisce la società (per estensione e non in via diretta); Trib. Milano 18 Agosto 2016 viceversa proprio facendo leva sull'art 147 L.F., che prevede il fallimento anche per il socio illimitatamente responsabile, giunge al risultato opposto. La pronuncia del Tribunale di Rimini appare forse più condivisibile in quanto la L. 3/2012 contempla all'art 12 comma 5 la risoluzione dell'accordo quando sia intervenuto il fallimento del debitore; pertanto in caso di sopraggiunto fallimento della società, si potrà estendere il fallimento anche al socio illimitatamente responsabile che nel frattempo abbia fatto ricorso all'accordo del debitore, potendosi quest'ultimo risolvere ai sensi dell'art. 12 comma 5.

6) **L'imprenditore agricolo.** La fattispecie tuttavia ha presentato dei problemi applicativi.

Si segnala a tal proposito Trib. Pistoia del 14.10.2014. L'imprenditore iscritto al Registro Imprese quale imprenditore agricolo, aveva chiesto l'accesso alla procedura dell'accordo del debitore; in contemporanea un creditore aveva chiesto il fallimento. In sede di udienza prefallimentare il debitore si era limitato a produrre il certificato di iscrizione al registro delle Imprese, nella sezione Imprese Agricole ed a segnalare la nomina del professionista quale gestore della crisi da sovraindebitamento. Il giudice fallimentare ha dichiarato comunque il fallimento dell'impresa sulla base di una duplice considerazione:

1) il debitore non aveva dimostrato di rientrare tra gli imprenditori agricoli, non essendo sufficiente a tal fine la mera iscrizione nel registro imprese. Il debitore avrebbe dovuto invece dimostrare, ai sensi dell'art. 2135 c.c. il collegamento funzionale dell'attività esercitata con il fondo rustico



2) il debitore inoltre non aveva neanche dimostrato di essere al di sotto della soglia di fallibilità, così come delineata dall'art. 1 L.F.

7) **La Start up innovativa.** In tale ipotesi, a differenza del caso dell'imprenditore agricolo, il Trib. Milano 22 settembre 2017 ha ritenuto che la mera iscrizione nel registro Imprese delle Start up innovative fosse requisito sufficiente per escludere la fallibilità. Dunque l'iscrizione al registro delle Imprese ha efficacia costitutiva, sottraendo al giudice qualunque campo d'indagine teso a individuare la natura dell'impresa. Probabilmente le diverse soluzioni giurisprudenziali che abbiamo visto nel caso dell'imprenditore agricolo e della Start up innovativa, risiedono nel fatto che la legge fornisce dei criteri e dei requisiti stringenti e tassativi perché una società possa definirsi Start up innovativa, mentre la nozione di imprenditore agricolo è più indeterminata e sfumata (facendo leva solo sull'art. 2135 c.c. e quindi essenzialmente sul criterio del collegamento funzionale dell'attività esercitata al fondo rustico).

8) **Gli enti privati che non esercitano attività commerciale** (associazioni non riconosciute,enti non profit, fondazioni ecc.); si segnala Trib Prato 27 luglio 2017 che ha ammesso al piano del debitore un ente no- profit che svolgeva un servizio di assistenza (trasporto di malati con ambulanza), prevedendo che l'associazione potesse continuare l'attività sociale, salvaguardando i posti di lavoro dei dipendenti.

9) **Enti pubblici non economici.** E' pacifico che non sono soggetti alla L. 3 /2012 gli enti pubblici (Trib. Treviso 12 maggio 2016). Tuttavia occorre distinguere gli enti pubblici economici (soggetti alla liquidazione coatta amministrativa) dagli enti pubblici non economici(che perseguono finalità pubbliche e si limitano a conseguire il pareggio tra costi e ricavi). Il Tribunale di Catania con decreto di fissazione di udienza n. 620 del 1 febbraio 2017 ha ammesso alla procedura il Teatro Stabile di Catania (ente regionale non economico) che ha raggiunto un accordo con i creditori garantendo la continuità aziendale e preservando i posti di lavoro.

10) **professionisti, associazioni professionali e società tra professionisti.**

RAPPORTI TRA PROCEDURA DA SOVRAINDEBITAMENTO ED ESECUZIONE FORZATA

Nel piano del debitore l'art 10 comma 1 stabilisce che, dopo il deposito dell'accordo, il giudice fissa l'udienza finalizzata a sottoporre il piano all'approvazione dei creditori; con il decreto di fissazione di udienza non possono, a pena di nullità: essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, azioni finalizzate ad ottenere sequestri sui beni del debitore, acquisiti diritti di prelazione sul patrimonio del debitore (art. 10 comma 2 lett. c). La sospensione non opera nei confronti di titolari di crediti impignorabili.

Con la fissazione del decreto di udienza dunque opera il cd. “automatic stay”, derivante direttamente dalla legge (analogamente a quanto prevede l'art. 51 L.F. per il fallimento e l'art 168 L.F. per il concordato preventivo). -

Analogo effetto automatico lo si ritrova nella liquidazione (nel decreto di fissazione di udienza per dare esecuzione alla liquidazione ai sensi dell'art. 14 quinquies comma 2 lett. b)

L'automatic stay non opera però per il piano del consumatore.

Si ha quindi una differenza sostanziale tra i due istituti, in quanto nel piano del consumatore il giudice che fissa l'udienza per l'omologa non dispone automaticamente la sospensione dei procedimenti esecutivi pendenti, essendo chiamato ad effettuare una valutazione dei contrapposti interessi del debitore e dei creditori (si ha dunque un margine di discrezionalità che invece manca nell'accordo del debitore); si segnala Trib. Verona 20 Aprile 2016 che ha disposto la sospensiva argomentando che tale provvedimento appariva indispensabile per dar corso alla procedura da sovraindebitamento, posto che il bene pignorato rientrava tra quelli messi a disposizione dal consumatore per dare esecuzione al piano.

Il decreto del giudice del sovraindebitamento che dispone la sospensione delle procedure esecutive produce l'effetto dell'atto di pignoramento (art. 10 comma 5).

Trattasi di un pignoramento che, secondo la dottrina, ha un effetto generale su tutto il patrimonio del debitore (alla stregua del fallimento). Alla luce di tale considerazione, qual è l'effetto del provvedimento di sospensione sulle procedure esecutive pendenti?



a) L'effetto sospensivo sulle procedure esecutive pendenti è temporaneo ed è destinato a decadere nel caso in cui l'accordo o il piano non vengano omologati (nel frattempo gli atti di esecuzione compiuti medio tempore sono nulli); viceversa, che nel caso in cui l'accordo o il piano vengano omologati l'effetto diviene definitivo e l'esecuzione pendente deve essere dichiarata improcedibile.

b) Qualora l'accordo venga omologato, il pignoramento sul patrimonio generale del debitore esplica i propri effetti anche sui crediti sorti posteriormente all'omologa; tali creditori infatti **non** potranno procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano (art. 12 comma3 L 3/2012). Questa disposizione marca un elemento di profonda differenziazione con l'art. 168 L.F:nell'ambito della procedura di concordato preventivo il combinato disposto dell'art. 168 L.F. e dell'art. 184 L.F. (secondo il quale il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel Registro delle Imprese) **consente** ai creditori sorti posteriormente di porre in essere quelle iniziative anche esecutive, prodromiche alla soddisfazione dei loro crediti (come ad esempio l'istanza di fallimento).

Analisi di alcune criticità operative emerse nella prassi giudiziaria nel disciplinare i rapporti tra procedura da sovraindebitamento ed esecuzione forzata:

1) Può il debitore/consumatore, prima che intervenga il decreto sospensivo disposto nella procedura da sovraindebitamento previsto dalla L 3/2012, ricorrere al giudice dell'esecuzione per ottenere la sospensione dell'esecuzione pendente?

La giurisprudenza si è espressa per lo più negativamente (Trib Bari 19 maggio 2017 e Trib. Busto Arsizio 30 maggio 2018): l'unico giudice che può sospendere l'esecuzione è solo quello del sovraindebitamento. Infatti il giudice dell'esecuzione può procedere alla sospensione del processo esecutivo solo quando sia stata proposta opposizione all'esecuzione e sussistano gravi motivi (art. 624 c.p.c.) ,oppure quando la sospensione sia stata richiesta da tutti i creditori (art. 624 bis c.p.c.). Il giudice dell'esecuzione non può dunque sospendere se non nei casi tassativamente previsti dalla legge (e tra questi casi non rientra la pendenza di una procedura da sovraindebitamento).

Tale conclusione però non pare condivisibile, in quanto i gravi motivi previsti dall'art. 624 c.p.c. ben potrebbero risiedere nella pendenza di una procedura da sovraindebitamento (la valutazione affidata al G.E. che è chiamato a pronunciarsi caso per caso , sulla base della situazione concreta).

2) Cosa succede nel caso in cui la sospensione disposta dal giudice del sovraindebitamento interviene su una procedura esecutiva in cui il bene è già stato liquidato ed è stata disposta dal g.e. l'assegnazione del ricavato al creditore procedente?

In caso di fallimento, l'art. 107 L.F. consente al curatore fallimentare di intervenire nel processo esecutivo al fine di chiedere l'assegnazione delle somme ricavate in quella sede.

Non si ha norma analoga in caso di procedura da sovraindebitamento:

Trib. Firenze 6 luglio 2016 ha ritenuto di estendere in via analogica anche al sovraindebitamento l'art. 187 disp. att. c.p.c. che prevede l'intangibilità e la definitività dell'aggiudicazione, in caso di eventi estintivi o di chiusura anticipata del processo esecutivo. Il Trib. di Firenze ha altresì stabilito che, fatto salvo il diritto dell'aggiudicatario, il corrispettivo della vendita andava rimesso al professionista nominato dall'OCC o dal Tribunale, a garanzia della par condicio creditorum. In questa ipotesi infatti la procedura esecutiva può dirsi ancora pendente, poiché a norma dell'art. 553 c.p.c. il diritto dell'assegnatario si estingue solo con il pagamento

3) Cosa succede se la procedura da sovraindebitamento intervenga nella procedura esecutiva nella quale non solo sia già stata disposta l'assegnazione, ma sia già intervenuto il pagamento a favore del creditore precedente?

In ambito fallimentare il caso è risolto dall'art. 44 L.F. il quale stabilisce l'inefficacia dei pagamenti eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento. La giurisprudenza ha stabilito che il pagamento che interviene (ad esempio in una procedura di pp3) successivamente al fallimento (ancorché il provvedimento di assegnazione delle somme sia anteriore alla declaratoria di insolvenza) soggiace alla sanzione dell'inefficacia. Non si trova disposizione analoga nella procedura da sovraindebitamento.

In mancanza di una disposizione di legge espressa, Trib. Milano 9 luglio 2017 ha ritenuto di non poter estendere la disciplina di cui all'Art. 44 L.F. anche al sovraindebitamento.

4) Il creditore fondiario può, in caso di pendenza di procedura da sovraindebitamento, iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale ai sensi dell'art. 41 TUB?

La risposta sembra essere negativa; infatti secondo Tribunale di Modena 1 giugno 2017 l'automatic stay previsto per il sovraindebitamento non soggiace ai limiti previsti in ambito fallimentare dall'art. 51 L.F. (secondo il quale il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali incontra il limite del credito fondiario il quale, ai sensi dell'art. 41 TUB può iniziare o proseguire l'esecuzione anche in pendenza di fallimento, salvo poi dover comunque insinuare il proprio credito con le forme previste dal rito fallimentare).

Tale principio comporta poi una ulteriore conseguenza: il Curatore fallimentare che deciderà di intervenire nella esecuzione immobiliare in cui è presente il creditore fondiario, avrà diritto di incamerare solo il ricavato che eventualmente residua dopo la soddisfazione del fondiario (ipotesi prevista dallo stesso art. 41 TUB); viceversa, il liquidatore o l'OCC che interverrà nella procedura esecutiva immobiliare potrà incamerare tutto l'attivo (anche in presenza di un creditore fondiario) per poi redistribuirlo tra tutti i creditori sulla base della proposta o del piano.

ALCUNE CRITICITA' SORTE NELLA PRASSI GIUDIZIARIA E PRIME RISPOSTE DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA

a) E' ammissibile la richiesta al Presidente del Tribunale della nomina di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 L.F., quando nello stesso circondario del Tribunale sia stato costituito un OCC?

Alla domanda è stata data risposta negativa da **Cass Civ. Ord. Sez 6 n°19740 del 2017** . La Cassazione afferma che la norma che prevede la nomina del professionista ad opera del Presidente del Tribunale è transitoria, in quanto subordinata all'entrata in vigore del regolamento previsto dall'art. 15 comma 3 (che è effettivamente entrato in vigore con il D.M 24 settembre 2014 n. 202); inoltre il richiamo contenuto nell'art 7 prevede istituzionalmente, per la gestione della crisi da sovraindebitamento, solo la presenza dell'OCC.

b) E' possibile liquidare un fondo spese a favore del professionista nominato per gestire la crisi ?

Nell'ambito del concordato preventivo la liquidazione di un fondo spese è prevista dall'art. 163 L.F.; nel caso in cui il debitore non provveda nei quindici giorni successivi, il Tribunale può, ai sensi dell'art. 173 L.F. revocare l'ammissione al concordato.

Non si rinviene disposizione analoga; tuttavia il Tribunale potrebbe comunque liquidare il fondo spese a favore del professionista chiamato a gestire la crisi in virtù del combinato disposto di due disposizioni: l'art. 8 d.p.r. Maggio 2002 n. 15 (T.U. delle spese di giustizia) prevede che ciascuna parte si faccia carico degli oneri economici connessi agli atti processuali ai quali intende dare impulso; art. 13 comma 4 bis e art. 14 duodecies della legge sul sovraindebitamento, secondo cui l'accordo del debitore o il piano del consumatore devono garantire in via prioritaria i crediti prededucibili e cioè quelli sorti in occasione e/o in funzione della procedura.

Tuttavia in caso di mancato versamento del fondo spese la legge non stabilisce alcuna sanzione .

c) Sono falcidiabili l'IVA e le ritenute non versate nelle procedure da sovraindebitamento?

L'accordo del debitore viene omologato solo nel caso in cui la proposta sia approvata dai creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti globalmente considerati.

E' prevista dunque la possibilità di pagare solo parzialmente i creditori privilegiati, ivi compresi i crediti di natura tributaria.

Pertanto la falcidia, con l'espresso assenso del creditore favorevole alla proposta di accordo del debitore, potrà riguardare i crediti degli enti locali (IMU, tassa rifiuti ecc..). Tale principio sembra però subire una eccezione.

Infatti l'art. 7 comma 1 stabilisce espressamente che i tributi costituenti risorse proprie dell' Unione Europea (e cioè l'IVA e le ritenute non versate) devono essere corrisposti per intero, essendo solo ammesso il pagamento in via dilazionata.

La norma in commento tuttavia, appare non omogenea rispetto al sistema attuale previsto per le cd. Procedure concorsuali maggiori (transazione fiscale ex art. 182 ter L.F e concordato preventivo) e ciò a causa di una modifica del quadro normativo intervenuta medio tempore.

Antecedentemente al 2016 la falcidia dell'IVA e delle ritenute non versate era espressamente esclusa nella transazione fiscale. Si dibatteva se invece tale possibilità potesse concretizzarsi nell'ambito del concordato preventivo; tuttavia anche in questo caso la giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte costituzionale si erano espresse negativamente, partendo dal principio di derivazione comunitaria di intangibilità dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea.

Tale consolidato orientamento giurisprudenziale è stato messo in discussione e sostanzialmente disatteso dalla pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 7 aprile 2016 che ha contemplato, nell'ambito delle procedura di concordato preventivo e di transazione fiscale, la possibilità di falciare anche l'IVA e le ritenute non versate, qualora vi siano possibilità di incassi anche parziali dei tributi, maggiori rispetto a quello che si conseguirebbero in caso di ricorso ad altre procedure liquidatorie.

La pronuncia della Corte di Giustizia Europea è stata poi di fatto recepita dal legislatore che nel 2016 (comma 81 della n. 232/2016) ha novellato l'art. 182 ter prevedendo anche per la transazione fiscale la falciabilità dell'Iva e delle ritenute.

La modifica in oggetto però non ha riguardato anche le procedure da sovraindebitamento, essendo rimasto invariato l'art 7.

In sostanza, attualmente, abbiamo un sistema asimmetrico tra procedure concorsuali maggiori e sovraindebitamento non giustificabili in alcun modo, sotto un profilo di giustizia sostanziale.

La giurisprudenza, rispetto a tale problematica, appare divisa: a) Trib.Udine 14 maggio 2018, ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale, ritenendo non manifestamente infondata la questione dell'illegittimità costituzionale dell'art 7, per violazione degli art 3 e 97 Cost.; b) Trib. Pistoia 26 aprile 2017 e Trib. Torino 7 agosto 2017 hanno invece disapplicato direttamente l'art. 7, partendo dal presupposto che il giudice nazionale in caso di contrasto tra normativa interna e principi comunitari pacificamente affermati e riconosciuti, debba in ogni caso applicare questi ultimi.