

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI BENEVENTO
Evento formativo

Sabato, 11 maggio 2013
Ore 9,30 – 19,00

RAPPORTI BANCARI E PROCEDURE CONCORSALE

Dott. FLAVIO CUSANI – Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Benevento

INDICE

- 1. L'attualità delle controversie in materia di ricostruzione contabile dei rapporti di conto corrente bancari.**
- 2. L'accertamento del credito bancario nel procedimento per la dichiarazione di fallimento.**
- 3. Il procedimento di formazione dello stato passivo nel fallimento: il ruolo delle parti interessate, del curatore fallimentare, del giudice delegato.**
- 4. I rimedi contro le decisioni del giudice delegato in sede di formazione e dichiarazione di esecutività dello stato passivo.**
- 5. Le azioni esperibili da parte del curatore fallimentare.**
- 6. La ricostruzione contabile del conto corrente bancario nella domanda di concordato preventivo. Il ruolo del commissario giudiziale e del giudice delegato.**
- 7. Il giudizio di omologazione e i relativi mezzi di impugnazione.**
- 8. La ricostruzione contabile del conto corrente bancario e le altre soluzioni concordate delle crisi d'impresa: piano di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti.**

1. L'attualità delle controversie in materia di ricostruzione contabile dei rapporti di conto corrente bancari.

A distanza di oltre dieci anni dal c.d. revirement della giurisprudenza della Corte di Cassazione del 1999, che considerò uso negoziale e non normativo l'anatocismo bancario (Cfr. Cass. Civ. I 16/3/1999 n. 2374; Cass. Civ. III 30/3/1999 n. 3096; Cass. Civ. I 11/11/1999 n. 12507) e dopo le più recenti pronunce dei massimi organi giurisdizionali e costituzionali dello Stato intervenuti a delineare definitivamente i confini dell'illegittimità dell'anatocismo bancario (sent. Cass. S.U. n. 21095 del 4/1/2004; sent. Cass. S.U. n. 24418 del 2/12/2010; sent. Corte Cost. n. 78 del 5/4/2012), le controversie in materia di ricostruzione contabile dei rapporti di conto corrente bancari continuano ad essere oggetto di dispute e orientamenti giurisprudenziali non sempre in linea con le suddette autorevolissime decisioni.

Invero, alcuni giudici non sempre rilevano di ufficio le nullità c.d. di protezione previste dall'art. 127 del D.Lgs. 1/9/1993 n.385 (Testo Unico Bancario) e a volte adottano soluzioni interpretative ingiustificatamente restrittive, come, ad esempio, quella che individua le rimesse di natura solutoria – come tali soggette all'eccezione di prescrizione decennale delle banche – sulla base della contabilità della banca e non invece sul conto ricostruito depurato dalle poste passive illegittimamente addebitate nel tempo. Continua, inoltre, una tendenziale scarsa consapevolezza e sensibilità dei tribunali riguardo agli effetti che dette questioni bancarie possono avere sull'esito delle procedure concorsuali.

Va, infatti, rilevato che le cause bancarie in materia di anatocismo e più in generale di ricostruzione dei saldi finali di conto corrente bancario, continuano ad essere attuali, in quanto, sebbene sia ormai conclamata la nullità per violazione dell'art. 1283 c.c. delle clausole anatocistiche bancarie stipulate anteriormente al 22/4/2000 – data dalla quale l'anatocismo bancario è diventato legittimo alle condizioni formali e sostanziali dettate dall'art. 120 comma 2 T.U.B. (come modificato dall'art. 25 del D.Lgs. 1999/342) e dalla Delibera CICR del 9/2/2000 – ancora oggi, non tutte le banche risultano aver fatto sottoscrivere valide clausole anatocistiche ai propri clienti.

Sul punto giova ricordare che la produzione degli interessi sugli interessi è divenuta legittima in materia bancaria purché in ogni singolo contratto:

1) sia stabilita per ambedue le parti la stessa periodicità del conteggio degli interessi creditori e debitori;

2) sia specificata la durata del periodo trascorso il quale si procede a capitalizzazione degli interessi

3) sia indicato sia il TAN (tasso annuale nominale) applicato agli interessi creditori e debitori

4) sia indicato il TAE (tasso annuo effettivo), vale a dire l'effettivo tasso di interessi creditori e debitori che è conseguenza dell'incidenza sul tasso annuale nominale della capitalizzazione degli interessi alle periodicità previste in contratto¹;

5) vi sia la specifica approvazione per iscritto della clausola anatocistica da parte del cliente, segnalando che sulla specificità dell'approvazione vale quanto elaborato dalla giurisprudenza per le clausole vessatorie di cui all'art. 1341 comma 2 c.c.².

¹ Il tasso annuo nominale (TAN) è normalmente di qualche decimo di punto percentuale inferiore al tasso annuo effettivo (TAE), perché sul primo incide l'effetto della capitalizzazione per periodi inferiori l'anno, in genere per trimestre. Orbene, a volte i contratti di conto corrente bancario con apertura di credito, pur prevedendo la clausola di capitalizzazione degli interessi con pari periodicità trimestrali, indicano nel documento di sintesi delle condizioni economiche un tasso annuo effettivo creditore a favore del cliente che è pari al tasso annuo nominale, laddove il tasso annuo effettivo debitore a carico del cliente è indicato correttamente in qualche decimo di punto percentuale in più del tasso annuo nominale per effetto della capitalizzazione trimestrale (Cfr.; Trib. Grosseto decreto 2/7/2006 n. 1431 registro decreti ingiuntivi; Trib. Reggio Emilia ord. 7/1/2009 n. 7603/07).

² La specifica approvazione scritta richiesta dall'art. 1341 c.c. per le clausole contrattuali onerose deve essere effettuata mediante una sottoscrizione separata e distinta da quella in calce alle condizioni generali del contratto predisposto

Solo quando siano rispettate tutte le predette condizioni formali e sostanziali, non vi è nullità delle clausole anatocistiche bancarie stipulate dal 22/4/2000 in poi.

All'attualità continuano a riscontrarsi nella realtà contrattuale bancaria clausole anatocistiche nulle per mancanza di approvazione specifica scritta da parte del cliente o per mancata indicazione del TAE.

Inoltre la banche continuano a non precostituirsi la prova del corretto esercizio del c.d. ius variandi, vale a dire della modifica peggiorativa delle condizioni contrattuali, segnatamente riguardanti il tasso ultralegale degli interessi passivi a carico del cliente, atteso che le comunicazioni di modifica non vengono iniate al cliente con lettera raccomandata o altro supporto durevole che conservi la prova dell'avviso di ricevimento, per cui ai sensi dell'art. 118 comma 3 T.U.B. esse sono inefficaci per il cliente ne contesti la ricezione.

Altra causa che sovente determina la soccombenza delle banche nelle cause di ricostruzione dei rapporti di conto corrente è la difficoltà delle banche, che oggi sono quelle che risultano da plurime fusioni per incorporazioni e cessioni di rami di azienda, di reperire e produrre prontamente negli archivi locali la documentazione contrattuale e contabile dei vecchi rapporti di conto corrente aperti dalle aziende di credito alle quali sono succedute. A volte, addirittura, le banche, che sono succedute nei rapporti bancari a titolo particolare o a titolo universale per continue successive vicende societarie, incorrono nell'errore di non produrre tutti i titoli che le abilitano ad esercitare i relativi crediti - anche per effetto dell'avvenuta estinzione delle originarie procure speciali (da considerarsi estinte per effetto del noto principio di cui al brocardo "delegatus non potest delegari") - o nel produrre contratti c.d. monofirma, vale a dire con la sola firma del cliente ma non del direttore della banca originaria dante causa che lo stipulò, con la conseguenza che la produzione del contratto in giudizio non perfeziona l'accordo contrattuale. In tale ultimo caso, infatti, non trova applicazione il principio giurisprudenziale secondo cui, in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, il contraente che non abbia materialmente sottoscritto l'atto negoziale può validamente perfezionarlo producendolo nel corso del giudizio, al fine di farne valere gli effetti nei confronti dell'altro contraente³.

E' evidente che in caso di mancata produzione di un valido contratto da parte della banca la conseguenza è quella della inoperatività di tutte quelle clausole contrattuali che gravano il cliente; quindi non solo quelle relative all'anatocismo bancario, ma anche quelle che prevedono interessi ultralegali, commissioni e spese varie, giorni di valuta differiti, ecc.

Peraltro, nei rapporti di conto corrente bancario di vecchia data, difficilmente opera l'eccezione di prescrizione delle rimesse c.d. solutorie (cfr. Cass. S.U. n. 24418/2010), atteso che esse, per essere qualificate tali, presuppongono che il cliente della banca abbia fatto ricorso al credito bancario senza un regolare formale contratto di apertura di credito (c.d. scoperto sine fido) o andando oltre l'importo dell'affidamento concesso (c.d. scoperto ultra fido). Orbene, i rapporti di affidamento bancario risalenti negli anni, spesso avvenivano "de facto", vale a dire "per facta concludentia", senza un formale contratto scritto di apertura di credito, in cui la volontà contrattuale della banca di "affidare" il cliente si desume tacitamente anche da una sola delle seguenti circostanze: la continua prolungata accettazione nel tempo dello scoperto senza formali inviti al c.d. rientro, la segnalazione dell'esposizione debitoria alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, la richiesta di fidejussioni da parte di terzi garanti, l'invio della lettera di revoca dell'affidamento, il calcolo - negli estratti conto - degli interessi passivi intra ed ultra fido o della commissione di massimo scoperto.

dall'altra parte, senza che sia necessario, peraltro, che la distinta sottoscrizione segua una letterale enunciazione della clausola stessa, essendo sufficiente che tale sottoscrizione sia apposta dopo un'indicazione idonea a suscitare l'attenzione del sottoscrittore, quale quella che richiama il numero o il contenuto delle singole clausole onerose, e dovendo, altresì ritenersi assolto l'obbligo imposto dall'art. 1341 secondo comma c.c. anche quando le dette clausole siano individuate, nella dichiarazione di accettazione autonomamente sottoscritta, mediante il riferimento al numero d'ordine e all'oggetto di ciascuna clausola (Cass. Civ.16/7/2002 n. 10285; nello stesso senso Cass. I 28/8/2004 n. 17289)

³ Cfr. Cass. 1414/1999

D'altra parte, ancora oggi, gli avvocati delle banche, avendo un approccio c.d. seriale alle controversie in materia di conto corrente bancario, non sono adusi ad attuare una strategia processuale valutata caso per caso sulla base della specifico petitum e della documentazione prodotta dalla parte avversa, incorrendo in errori relativamente alla tempestività delle eccezioni di prescrizione e delle domande riconvenzionali, in gravi carenze in materia di onere della prova, alla mancata attuazione della c.d. difesa passiva nei casi in cui la stesa possa portare ad esiti favorevoli (la difesa passiva è la mancata produzione degli estratti conto da parte della banca nei casi in cui non siano prodotti dal cliente che rivesta la posizione di attore).

Va rilevato che mentre in sede di procedimenti monitori, di giudizi ordinari di cognizione e di procedimenti sommari la tutela del cliente delle banche trova soddisfacente attuazione nei termini delineati dalle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione (nullità dell'anatocismo bancario, inammissibilità di una capitalizzazione anche solo annuale degli interessi in presenza di clausola anatocistica nulla, decorrenza della prescrizione decennale dell'azione di restituzione dell'indebito dalla chiusura del conto o dall'annotazione delle rimesse solutorie), non sempre la stessa tutela è assicurata in sede prefallimentare nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, in sede fallimentare nel procedimento di ammissione allo stato passivo e di azioni esperibili dal curatore fallimentare, in sede di ammissione e di omologa delle soluzioni concordate della crisi d'impresa (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento).

Lo stesso imprenditore in crisi, spesso non è consapevole che con il tempestivo ricorso ad azioni giurisdizionali ordinarie - quali l'azione di restituzione dell'indebito contabilizzato dalle banche sul conto corrente, l'opposizione a decreto ingiuntivo con accertamento del saldo reale da c/c, l'azione di adempimento (previa contestuale dichiarazione di recesso dal rapporto di c/c) per il pagamento del saldo reale attivo da ricostruzione del conto corrente, l'azione di risarcimento del danno derivante da usura bancaria - può prevenire situazioni di crisi d'impresa da eccessivo indebitamento. Sovente, infatti, trattasi di imprese che hanno lavorato con il costante ricorso al credito bancario sotto forma di apertura di credito in c/c in rapporti di durata pluridecennale e per le quali la depurazione del conto passivo da poste illegittimamente addebitate nel tempo dalla banca può condurre a risultati sorprendenti, quali l'annullamento del debito o addirittura la risultanza di un rilevante saldo reale creditorio.

Ove l'imprenditore non abbia agito a tempo debito nei confronti della banca e si trovi a fronteggiare una crisi finanziaria aziendale deve sapere che attraverso il recupero dell'indebito bancario può risolvere agevolmente la situazione di crisi, fondando proprio su detto recupero la difesa da istanze di fallimento nonché la formulazione di proposte di concordato preventivo, di piani di risanamento, di accordi per la ristrutturazione dei debiti.

La presente trattazione è finalizzata allo studio degli spazi offerti in questa direzione dalla riformata normativa delle procedure concorsuali.

2. L'accertamento del credito bancario nel procedimento per la dichiarazione di fallimento.

Dopo le epocali riforme del triennio 2005-2007 la disciplina del procedimento per la dichiarazione di fallimento, liberata tra l'altro dal c.d. fallimento dichiarato d'ufficio, ha assunto nella legge fallimentare il carattere di procedimento generale per tutte le istruttorie sull'insolvenza, le cui lacune vanno colmate mediante il ricorso alle disposizioni comuni ai procedimenti camerati (artt. 737 e ss. c.p.c.) e, in difetto di regole esplicite, alle norme del rito ordinario (cfr. Cass. n. 15100 del 2005).

In particolare la procedura prefallimentare, senza perdere gli originari caratteri della sommarietà, celerità, camerarietà ed inquisitorialità, è oggi riconducibile nell'ambito della giurisdizione di carattere contenzioso ad esclusiva iniziativa di parte, a cognizione piena e con contraddittorio obbligatorio. Detta "processualizzazione" della procedura prefallimentare ha ricondotto il tribunale fallimentare ed il giudice delegato nel ruolo di organo giurisdizionale

terzo ed imparziale chiamato a decidere sulle contrapposte domande di parte in un processo che contempera gli interessi di parte con quelli pubblici finalizzati ad attuare la c.d. par condicio creditorum nei limiti e nelle forme delineati dalla legge.

L'art. 6 L.F. attribuisce al debitore, ai creditori e al P.M. l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento senza descrivere in modo puntuale il contenuto del ricorso ed in particolare senza indicare la documentazione da allegare a sostegno della domanda. Però, quando ad agire sia un creditore, l'onere a carico del ricorrente di allegare i documenti dimostrativi del credito si ricava, oltre che dai principi generali che regolano l'onere della prova nei giudizi (art. 2697 c.c.), anche dall'art. 93 comma 6 L.F., norma relativa alla domanda di ammissione al passivo conseguente al fallimento dichiarato e quindi applicabile a maggior ragione alla fase prefallimentare.

Nel caso in cui il creditore istante sia una banca che agisca facendo valere un credito da saldo passivo da rapporto di conto corrente bancario chiuso o dal quale abbia receduto non vi è dubbio che a dimostrazione del proprio diritto l'istituto di credito debba produrre: 1) il contratto di conto corrente; 2) tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto alla chiusura dello stesso.

Trattandosi di un diritto di credito che ha fonte in un contratto per il quale la legge prevede la forma scritta a pena di nullità (artt. 117 T.U.B.) necessariamente deve essere prodotta la convenzione scritta intercorsa tra la banca ed il cliente per l'apertura del rapporto di conto corrente, non bastando a tal fine la sola produzione dell'estratto conto intrattenuto con il cliente certificato conforme alle scritture contabili da un dirigente della banca, che invece, per espressa previsione dell'art. 50 T.U.B., è sufficiente per ottenere un decreto ingiuntivo nei confronti del cliente che risulti debitore da saldo di chiusura del conto corrente.

Invero, nel procedimento per ingiunzione la prova del credito è meno rigorosa in quanto il procedimento speciale è disciplinato in modo che ad una prima fase iniziale a cognizione sommaria segue, in via eventuale, la cognizione piena del giudice a seguito di opposizione dell'ingiunto. Nel fallimento riformato, invece, a seguito della processualizzazione della procedura di accertamento dello stato di insolvenza, la prova del credito è invece soggetta allo stesso rigore di un ordinario giudizio di cognizione, sebbene il procedimento conservi gli originari caratteri della sommarietà, cameralità e celerità.

La necessità di produrre tutti gli estratti conto, dall'inizio alla fine del rapporto, deriva dall'unitarietà del rapporto, il cui saldo passivo finale, divenuto esigibile con la chiusura del conto corrente, è provato contabilmente con l'annotazione di tutte le precedenti operazioni svolte sul conto a partire dall'apertura dello stesso. Ne consegue, che in virtù dei principi che regolano l'onere della prova (art. 2697 c.c.), ove la banca non produca tutti gli estratti conto, il credito, per la parte non documentata non potrà considerarsi provato. In particolare si parla di c.d. saldo zero, per indicare il valore dato al saldo virtualmente attivo per la banca non preceduto dalla documentazione giustificativa del credito (vale a dire gli estratti conti relativi al periodo precedente).

Essendo un procedimento a contraddittorio obbligatorio - ricevuta l'istanza di fallimento il tribunale deve convocare il debitore e gli deve concedere un termine non inferiore a quindici giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie difensive, di documenti e relazioni tecniche - al debitore stesso è rimessa in prima battuta la possibilità di allegare e provare nei confronti della banca istante la diversa effettiva consistenza dell'importo del saldo di conto corrente bancario, opponendo:

- 1) La mancanza di contratto scritto e quindi delle relative clausole onerose (art. 117 TUB)
- 2) La nullità dell'anatocismo bancario (per violazione dell'art. 1283 c.c.)
- 3) La nullità della clausola anatocistica successiva al 22/4/200 (per carenza dei requisiti formali e sostanziali di cui agli artt. 120 TUB e 2-6-7 Delibera CICR)
- 4) La nullità della clausola di commissione di massimo scoperto (per carenza di forma o perché indeterminata ed indeterminabile nei criteri di calcolo - artt. 117 TUB e 1418 comma 2 - 1346 c.c.)

- 5) La nullità della clausola di tasso ultralegale (artt. 117 comma 4 e 118 TUB, anche in ragione del mancato efficace esercizio dello ius variandi
- 6) La non debenza o la riduzione degli interessi per superamento del tasso soglia usurario (artt. 644 c.p. e 1815 comma 2 c.c. – L. 108/96)
- 7) L'illegittimità adddebito di poste passive girocontate sul conto corrente da altri rapporti bancari in carenza di apposita clausola (ad es.: rapporti da anticipazione su fatture).

Il debitore a tal fine potrà produrre a supporto la documentazione bancaria contrattuale e contabile in suo possesso o limitarsi a far valere le suddette illegittimità sulla base della documentazione prodotta dalla banca a giustificazione del suo credito. Necessaria sarà la produzione di una consulenza tecnica di parte di ricostruzione del rapporto di conto corrente bancario, laddove non sia stata già effettuata precedentemente in altra sede giurisdizionale. Ancora maggior valore avranno le risultanze di ricostruzioni contabili effettuate con accertamento tecnico preventivo o con c.t.u. in un giudizio civile o penale, ma anche i provvedimenti giurisdizionali non definitivi resi sulla base delle stesse, come le ordinanze di condanna da procedimento sommario o di fine istruttoria e le sentenze di accertamento e di condanna anche non passate in giudicato.

Va ricordato che il Tribunale fallimentare - che è a composizione collegiale, ma che può delegare al giudice relatore anche la trattazione istruttoria del procedimento - con il decreto di convocazione del debitore lo invita al deposito sia dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, sia di una relazione che illustri la situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata dell'impresa. Orbene, se appare giusto ritenere che nei bilanci, in ragione delle regole prudenziali che presiedono alla formazione degli stessi, non possono trovare appostazione come voci attive i crediti da adempimento o di restituzione dell'indebito vantati verso le banche in virtù di ricostruzione del saldo finale di conto corrente depurato da poste passive illegittime (trattandosi tecnicamente di credito contestato e quindi non certo, né liquido ed immediatamente esigibile), non vi è dubbio che i diritti che l'imprenditore ha verso la banca a seguito di ricostruzione contabile del conto corrente possono, anzi devono, essere indicati, descritti e, se possibile, quantificati nella c.d. relazione aggiornata.

L'accertamento della reale situazione economico finanziaria dell'imprenditore, segnatamente sotto il profilo della verifica della effettiva misura del credito fatto valere dalla banca istante o semplicemente creditrice, può avere una decisiva rilevanza sia ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza del debitore, sia ai fini del superamento della soglia minima di indebitamento, fissata dall'art. 15 ult. comma L.F. in euro trentamila, al di sotto della quale non può pronunciarsi il fallimento dell'impresa (per una scelta del legislatore legata al presumibile maggiore ammontare dei costi del procedimento rispetto ai ricavi distribuibili ai creditori).

Per le suddette ragioni, in presenza di crediti da rapporti di c/c bancari, è auspicabile che il tribunale fallimentare attivi tutti i suoi poteri officiosi che gli derivano dalla natura inquisitoria del procedimento e che gli sono espressamente riconosciuti dall'art. 15 comma 6 e 7 L.F. (“... il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. Le parti possono nominare consulenti tecnici”).

La possibilità di disporre una consulenza tecnica contabile di ricostruzione del rapporto di c/c bancario si desume appunto anche letteralmente dal riferimento alla possibilità riconosciuta alle parti di nominare i c.t.p.. Anzi, proprio da detta disposizione, oltre che dalla natura contenziosa a cognizione piena della procedura, si ritiene dalla maggioranza dei commentatori che le esigenze di celerità e speditezza del procedimento siano comunque tali da non rendere incompatibili con esso anche le prove c.d. di lunga indagine, tra le quali comunemente si colloca la consulenza tecnica in generale.

Invero sul punto giova comunque osservare – sebbene tale considerazione nulla aggiunge al dato normativo che espressamente consente il ricorso alla c.t.u. - che non è affatto vero che l'espletamento di una consulenza tecnica contabile allunghi i tempi di definizione della procedura, atteso che è un dato di comune esperienza che nel procedimento sommario si riesce a pervenire ad

una ricostruzione del rapporto bancario tramite c.t.u. in circa trenta giorni e alla decisione in tempi assai brevi. D'altra parte la legge non impone al tribunale termini ordinatori, acceleratori e perentori tali da potersi individuare un termine massimo entro il quale la procedura deve essere definita, né l'esigenza di speditezza – strumentalmente collegata al principio della tutela della par condicio creditorum – è tale da far passare in secondaria importanza la pregnanza dell'accertamento giurisdizionale. Tanto è vero che la maggioranza dei commentatori e la giurisprudenza hanno ritenuto che l'iniziativa probatoria officiosa possa essere estesa anche alle informazioni testimoniali, all'acquisizione di documenti e di informazioni scritte dalla P.A., all'ispezione di cose, all'ordine di esibizione di libri e scritture.

Ciò posto è importantissimo chiarire che il tribunale fallimentare (e per esso il giudice relatore eventualmente delegato) non è vincolato al principio di non contestazione nel rilevare le nullità contrattuali e le pratiche bancarie illegittime. Ciò sia in ragione della natura pubblica degli interessi collegati alla dichiarazione di fallimento dell'impresa insolvente, sia perché le nullità per violazioni di norme imperative e le nullità c.d. di protezione di cui all'art. 127 TUB, devono essere rilevate di ufficio dal giudice, segnatamente se le seconde si risolvono in un vantaggio per il cliente della banca creditrice. E' di lapalissiana evidenza come in caso di insussistenza totale o parziale del debito bancario possano aversi riflessi immediati sull'insussistenza dell'insolvenza e sul non superamento della soglia minima di indebitamento.

D'altra parte, mentre ben può verificarsi che il debitore, per ignoranza giuridica sua o dei suoi consulenti, non conosca le particolari norme e la giurisprudenza di settore che consentono la ricostruzione dei conti correnti anche risalenti negli anni, è oggi quanto meno improbabile che magistrati professionali ignorino fenomeni ormai ultradecennali quali il recupero dell'indebito da rapporti bancari, consacrati in modo definitivo da sentenze delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale.

Comunque, nell'eventualità di pronunce di fallimento da parte di tribunali che non abbiano fatto buon uso dei suddetti principi e disposizioni normative, oggi la legge fallimentare prevede un regime impugnatorio più efficace e garantista rispetto a quello ante riforma.

In particolare l'originaria opposizione alla sentenza di fallimento è stata sostituita prima con l'appello e poi con l'attuale reclamo davanti alla Corte di Appello (art. 18 L.F.), la quale si giova, come per il giudice di prima istanza, del celere ed informale rito camerale e dell'effetto devolutivo pieno, con possibilità di riesaminare non solo tutte le questioni poste e decise in primo grado, ma anche di valutare vizi di legittimità e di merito non sollevati in primo grado e nemmeno non censurati dal reclamante.

Il reclamante, in particolare, non è vincolato dalle preclusioni, decadenze e limitazioni analoghe a quelle previste dall'art. 345 c.p.c. e tipiche dell'appello, potendo allegare fatti e documenti nuovi e richiedere nuove prove.

Alla Corte di Appello è consentita espressamente la possibilità di assumere, anche di ufficio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto del reclamo, previa una verifica completa della sussistenza dei presupposti del fallimento, dei fatti impeditivi alla dichiarazione di fallimento, dei vizi procedurali, anche in assenza di doglianze e dell'assolvimento di un specifico onere probatorio da parte del reclamante.

Non vi è dubbio alcuno, quindi, che il collegio del reclamo possa rilevare le nullità di protezione non rilevate in primo grado, disporre d'ufficio la ricostruzione contabile del rapporto bancario e giungere alla revoca del fallimento ove l'accertamento del minor credito della banca o del credito dell'imprenditore faccia venir meno i presupposti del fallimento stesso.

3. Il procedimento di formazione dello stato passivo nel fallimento: il ruolo delle parti interessate, del curatore fallimentare, del giudice delegato.

Con la sentenza che dichiara il fallimento il Tribunale nomina il giudice delegato alla procedura, nomina e fissa l'udienza per l'esame dello stato passivo (art. 16 L.F.), vale a dire

l'udienza finalizzata all'accertamento dei creditori concorrenti, vale a dire di quelli aventi un diritto di partecipare alla ripartizione dell'attivo fallimentare nei limiti e secondo la graduazione stabilita dalle norme.

I creditori del fallito, appositamente avvisati dal curatore fallimentare sulla base dell'elenco dei creditori, delle scritture contabili e dei documenti depositati dall'imprenditore fallito (art. 92 L.F.), per trasformarsi da creditori concorsuali in creditori concorrenti devono proporre con ricorso un'apposita domanda di ammissione al passivo, secondo il principio della domanda che tradizionalmente da sempre regola il procedimento di accertamento del passivo.

Al ricorso i creditori devono allegare i documenti giustificati del credito (art. 93 comma 6 L.F.), per cui se creditore è una banca vale quanto detto sub paragrafo 2 (onere di allegazione del contratto bancario e delle scritture contabili che lo documentano, che consistono in tutti gli estratti conto nel caso di credito da saldo finale da rapporto di c/c.

Con la riforma del fallimento la domanda di ammissione al passivo ha assunto a tutti gli effetti natura di domanda giudiziale (art. 94 L.F.) ed introduce il procedimento di formazione dello stato passivo, il quale ha oggi una vera e propria natura giurisdizionale contenziosa sommaria, in cui i ruoli del curatore fallimentare e del giudice delegato sono stati rivisti.

Rispetto alla disciplina precedente la riforma del 2006 il curatore redige direttamente il progetto di stato passivo, non più affidato al giudice delegato con l'assistenza del primo. In considerazione della posizione di parte riconosciuta al curatore f. e alla processualizzazione del procedimento, il legislatore della riforma non si limita a chiedere al curatore di prendere posizione su ciascuna domanda, ma gli prescrive di eccepire i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi del diritto fatto valere dal creditore concorsuale nonché l'eventuale inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione (art. 95 L.F.).

La redazione del progetto postula una specifica delibazione delle domande di ammissione allo stato passivo, per cui, rispetto a ciascuna di esse, il curatore f. procederà ad una valutazione di ammissibilità e di fondatezza, sia in riferimento alla sufficienza ed opponibilità della documentazione allegata, sia all'operatività di cause estintive (ad es. eccezione di prescrizione) o di inefficacia (ad es. eccezione revocatoria). Il dato normativo, unitamente alla funzione propria e limitata assegnata dalla legge al procedimento di formazione dello stato passivo, non consente al curatore f. di proporre in questa fase procedimentale domande riconvenzionali.

Diversamente dal passato, il giudice delegato è ora organo giurisdizionale terzo ed imparziale, che accoglie o respinge in tutto o in parte le domande di ammissione al passivo e forma e rende esecutivo lo stato passivo.

Il giudice delegato svolge la sua funzione decisionale sulla base di un contraddittorio scritto ed orale che si instaura prima e durante l'udienza di discussione dello stato passivo, atteso che i creditori e lo stesso fallito (che però, a differenza dei primi e del curatore f. non è parte processuale), esaminato il progetto di stato passivo redatto dal curatore, possono sia presentare osservazioni scritte e documenti integrativi, sia rendere chiarimenti, formulare osservazioni ed eccezioni in udienza, eventualmente contrastando le osservazioni e le eccezioni vecchie e nuove del curatore, semmai chiedendo ed ottenendo, se si controverte su questioni complesse ed il diritto di difesa lo richiede (ad es. produzione di nuova documentazione in udienza da parte del curatore f.), anche il rinvio di trattazione ad altra udienza di discussione, non essendo preclusa tale possibilità da alcuna norma e non essendo ostativo di per sé solo il generale principio di speditezza che presiede le procedure concorsuali. Anzi, la previsione normativa espressa della possibilità di procedere all'ammissione e all'assunzione di mezzi di prova su richiesta delle parti, comporta il più delle volte la necessità di fissare altra udienza di discussione.

Sebbene il terzo comma dell'art. 95 L.F. limita l'ammissione di mezzi istruttori a quelli richiesti dalle parti, non vi è dubbio che il giudice delegato possa, ove necessario, disporre l'espletamento di una c.t.u. contabile, atteso che il principio dispositivo e quello di speditezza cui è soggetto il procedimento di formazione dello stato passivo non escludono il ricorso ai poteri istruttori ufficiali previsti nel giudizio ordinario di cognizione, anche in considerazione del fatto che

la c.t.u. non è un mezzo di prova, ma un mezzo di valutazione della prova, cui il giudice delegato può ricorrere quando trattasi di operazioni valutative complesse richiedenti il ricorso ad uno specialista (è il caso del ricorso ad un ragioniere commercialista per la ricostruzione di un rapporto di conto corrente bancario inficiato da illegittimità).

Al giudice delegato è riconosciuta espressamente la possibilità di decidere sulle domande avuto riguardo non solo alle eccezioni di parte, ma anche a quelle rilevabili di ufficio, quale ad esempio l'eccezione di nullità, segnatamente quelle di protezione di cui all'art. 127 TUB, non essendo vincolato in questo suo potere decisionale dalla non contestazione del credito da parte del curatore f., che ad esempio avesse inserito nel progetto di stato passivo un credito bancario da rapporto di c/c inficiato da anatocismo illegittimo, da tassi ultralegali, C.M.S., valute fittizie ed altri oneri non previsti da valide clausole contrattuali.

Invero la maggioranza dei commentatori esclude al procedimento in questione si applichi il principio di non contestazione, in quanto all'espressione contenuta nel comma 3 dell'art. 95 L.F. (... decide su ciascuna domanda nei limiti delle conclusioni formulate ...) viene riferita alla sola domanda del creditore ricorrente (ad esempio non può il giudice delegato ammettere il credito per un importo superiore a quello indicato dal creditore ricorrente – principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato) e non interpretata nel senso che le carenti ed incongrue motivazioni e conclusioni del curatore f. in ordine all'ammissibilità e fondatezza della domanda di ammissione dei creditori possano vincolare il giudice delegato, chiamato a svolgere le due funzioni giurisdizionali nell'interesse delle parti ma anche del superiore principio della par condicio creditorum. E', infatti, evidente che l'ammissione dei crediti di una o più banche derivanti da saldi contabili di c/c bancari inquinati da rilevanti poste passive indebitamente annotate nel tempo comporta il netto restringimento delle aspettative degli altri creditori chirografari nella ripartizione proporzionale dell'attivo fallimentare.

Quindi, se il curatore fallimentare non rileva le nullità totali o parziali del contratto di c/c bancario ammettendo in tutto o in parte le domande di ammissione al passivo nel progetto da lui redatto, vi dovrà provvedere il giudice delegato, eventualmente dando spazio ai necessari mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

4. I rimedi contro le decisioni del giudice delegato in sede di formazione e dichiarazione di esecutività dello stato passivo.

Contro le decisioni adottate dal giudice delegato in sede di formazione e dichiarazione di esecutività dello stato passivo, i creditori hanno due rimedi: 1) l'opposizione allo stato passivo, proponibile da parte dei creditori i cui crediti non sono stati ammessi in tutto o in parte allo stato passivo; 2) l'impugnazione dello stato passivo, proponibile da parte del curatore f. o dagli altri creditori concorrenti avverso le ammissioni totali o parziali dei crediti.

Il nuovo regime delle impugnazioni, introdotto dal D.Lgs. 5/2006 e rifinito dal c.d. decreto correttivo del 2007, ha rivisto la disciplina previgente, la quale, in considerazione del carattere sommario della verifica dello stato passivo e dell'assenza di un vero e proprio contraddittorio davanti al giudice delegato, prevedeva che opposizioni e impugnazioni si articolassero in tre gradi di giudizio secondo le regole del giudizio contenzioso ordinario.

Ora il procedimento ha natura impugnatoria a cognizione piena, con possibilità di ulteriore impugnazione solo in Cassazione per motivi di legittimità. Anche se ha natura impugnatoria, nel giudizio d'impugnazione non operano le preclusioni tipiche del giudizio di appello (art. 345 c.p.p.), nel senso che il ricorrente, con l'atto introduttivo del giudizio, può chiedere nuove prove e far valere nuovi motivi non dedotti nella fase precedente (cfr. Cass. 4/6/2012 n. 8929), quindi anche quando nell'udienza di discussione dello stato passivo non abbia dedotto specifiche osservazioni o proposto eccezioni contro l'esclusione o ammissione parziale del proprio credito o l'ammissione di creditori concorrenti.

Nel silenzio del legislatore della riforma, sono da ritenere inammissibili le domande riconvenzionali, anche perché già non proponibili in sede di formazione dello stato passivo. Ammissibili sono invece le eccezioni riconvenzionali (ad es. di prescrizione e compensazione, o di nullità, inefficacia, inopponibilità del titolo).

Anche nel sistema riformato continua ad essere negata al fallito la legittimazione attiva all'impugnazione, mentre è stata estesa al curatore f., senza che sia necessaria l'autorizzazione del giudice delegato o del comitato dei creditori; ciò in linea con il fatto che nella formazione dello stato passivo il curatore f. non riveste più il ruolo di ausiliario del giudice delegato ma ha assunto la qualità di parte processuale.

Anche i creditori non ammessi allo stato passivo sono legittimati all'impugnazione contro le ammissioni totali o parziali dei crediti, purché propongano contestualmente opposizione.

Per espresso disposto dell'art. 96 ult. comma L.F., le decisioni che definiscono i giudizi impugnatori dello stato passivo hanno efficacia solo endoconcorsuale, per cui, come per le decisioni non impugunate assunte dal giudice delegato in sede di formazione dello stato passivo, anche i decreti del collegio dell'impugnazione hanno un'efficacia ed una definitività solo endofallimentare, potendo sempre il debitore, una volta ritornato in bonis, attivare un giudizio di ripetizione dell'indebito nei confronti del terzo per quanto questi abbia percepito sulla base di un'ammissione allo stato passivo che dovesse risultare infondata per essere il debito insussistente; così come il creditore, il cui credito non è stato ammesso allo stato passivo, può, dopo la chiusura del fallimento, agire nei confronti del debitore fallito ritornato in bonis, salvi gli effetti dell'eventuale esdebitazione di cui all'art. 142 L.F.

La competenza a decidere le impugnazioni contro lo stato passivo è del tribunale che ha dichiarato il fallimento (competenza funzionale, quindi assoluta ed inderogabile). Del collegio non può far parte il giudice delegato che ha reso esecutivo lo stato passivo (art. 99 comma 10 L.F.), diversamente a quanto accadeva nel sistema previgente, in cui il giudice delegato faceva anche il giudice istruttore nei giudizi di impugnazione.

Riguardo ai mezzi istruttori espletabili nei giudizi di impugnazione, le parti impugnanti non sono precluse della possibilità di produrre nuovi documenti e di richiedere nuove prove con il ricorso, anche se questi non siano stati prodotti e richieste nella fase precedente davanti al giudice delegato (cfr. Cass. 19697/2009). Inoltre, sebbene nella normativa vigente non vi sia nessun riferimento ai poteri istruttori officiosi, non si ritiene che ciò comporti l'impossibilità per il collegio (o per il giudice relatore incaricato anche dell'istruzione del giudizio) di ricorrere a quelle prove (quali la richiesta di informazioni alla P.A., l'assunzione del testimone de relato, la consulenza tecnica), la cui ammissione di ufficio sia contemplata negli ordinari giudizi contenziosi.

Per questi motivi il curatore f. e i creditori, che abbiano impugnato l'ammissione totale o parziale del credito della banca da rapporto di c/c, possono sempre chiedere ed ottenere, anche ove non l'abbiano fatto davanti al giudice delegato, una ricostruzione contabile del rapporto con esclusione delle poste passive addebitate in contrasto con norme inderogabili o in mancanza di valida clausola contrattuale.

Quindi, ove il curatore fallimentare ed il giudice delegato, nella formazione dello stato passivo, abbiano ammesso acriticamente, anche in mancanza di contestazioni del debitore o degli altri creditori, un credito bancario come risultante dalle scritture contabili della banca, senza rilevare di ufficio le nullità che viciano il contratto e le annotazioni di poste passive, si può sempre agire in sede impugnatoria, ottenendo giustizia dal collegio.

5. Le azioni esperibili da parte del curatore fallimentare.

Il curatore f., oltre a compiere tutte le operazioni di procedura che la legge gli assegna nell'ambito di quello che è il processo di esecuzione collettiva, ha anche l'amministrazione del patrimonio del fallito, di cui si deve occupare sia sotto il profilo della conservazione che dell'incremento, ove questo sia possibile, segnatamente proponendo le opportune azioni giudiziali,

escluse quelle di natura strettamente personale, a tutela dei diritti già presenti nel patrimonio del fallito, in sostituzione del quale egli opera a seguito della sentenza di fallimento.

Sotto questo aspetto, il curatore del fallimento ha l'amministrazione del patrimonio del fallito sotto la vigilanza, non più la direzione, del giudice delegato e del comitato dei creditori. La previsione, introdotta dalla riforma del 2006, da un lato conferma il ridimensionamento del giudice delegato quale organo di mera vigilanza della procedura, dall'altro rafforza il ruolo del comitato dei creditori, assegnando ad esso decisivi poteri di autorizzazione e di controllo.

Per stare in giudizio come attore o come convenuto, però, spetta ancora al giudice delegato di dare l'autorizzare in tal senso al curatore f. (art. 31 comma 2 L.F.), che dovrà attivarsi ogni qual volta può recuperare alla massa attiva del fallimento somme di denaro, come quelle acquisibili con l'azione di ripetizione di quanto pagato indebitamente dal fallito a chiusura di conti correnti bancari inquinati da interessi anatocistici, interessi ultralegali, commissioni, spese e giorni valuta non dovuti o anche con domanda di risarcimento dei danni patrimoniale cagionati da banche per condotta usuraria (l'usura pecuniaria presunta o ex lege è oggi prevista espressamente dall'art. 644 c.p. e si ha ogni qual volta si sia stato superamento del tasso soglia usuraio).

Analogamente il curatore f. deve attivarsi per ottenere la revoca di pagamenti e rimesse ricevute dalla banca in relazione a operazioni di finanziamento e rapporti di conto corrente in presenza dei presupposti di revocabilità previsti dalla legge (in particolare per la revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario vedansi il combinato disposto degli artt. 67 comma 3 lett. b e 70 comma 3 L.F.)

Essendo il curatore f. tenuto ad agire nell'esercizio delle sue funzioni con la diligenza professionale di cui agli artt. 1176 comma 2 e 2236 c.c., non vi è dubbio che il curatore che trascuri di agire nei casi suddetti nei confronti della banca, non recuperando l'attivo alla massa fallimentare, vada incontro, nei limiti della colpa grave, a responsabilità risarcitoria nei confronti dei creditori concorrenti, ove i loro crediti dovessero rimanere in tutto o in parte insoddisfatti a causa dell'omissione del curatore.

Si ritiene che come non si dubita che il curatore possa agire con azione revocatoria in relazione a pagamenti ricevuti dalla banca nel corso del rapporto bancario in ordine al quale la banca abbia ottenuto l'ammissione allo stato passivo del proprio credito, così debba considerarsi ammissibile l'azione del curatore ai sensi dell'art. 2033 c.c. (indebito oggettivo) in relazione al rapporto di c/c per il cui saldo contabile creditorio finale la banca sia stata ammessa al passivo fallimentare, pur in assenza di contestazioni o eccezioni riconvenzionali da parte del curatore in sede di formazione e discussione dello stato passivo.

Ciò in considerazione: 1) dell'efficacia solo endoconcorsuale che l'art. 96 ult. comma L.F. attribuisce al decreto che rende esecutivo lo stato passivo e alle decisioni assunte dal tribunale all'esito dei relativi giudizi d'impugnazione; 2) del fatto che non sono state normativamente previste - né la giurisprudenza ritiene ammissibili - in dette fasi di formazione ed impugnazione dello stato passivo le domande riconvenzionali del curatore; 3) della circostanza che la revocatoria delle rimesse e la ripetizione di pagamenti da conto corrente bancario non hanno i presupposti fondanti solo nel rapporto di c/c dedotto dalla banca per ottenere l'ammissione al passivo, ma anche in altri presupposti fattuali oggettivi quali la scientia decotiois ed il tempo dell'operazione (per la revocatoria fallimentare) e la nullità per contrarietà a norme imperative ed il pagamento estintivo (per la ripetizione dell'indebito).

Va ricordato, inoltre, che è dibattuta in dottrina e giurisprudenza la possibilità dello svolgimento di processi in sede extrafallimentare tra creditore e debitore, sia nel senso della perseguibilità di processi già iniziati al momento della dichiarazione di fallimento, sia in relazione alla proponibilità davanti al giudice della cognizione ordinaria di nuove domande dopo il dichiarato fallimento. Già prima della riforma la giurisprudenza riteneva che l'accertamento del credito vantato verso il debitore fallito potesse svolgersi nelle forme e nella sede ordinaria, e in contraddittorio con il fallito, ove il creditore non intendesse partecipare al concorso fallimentare ma

solo conseguire un titolo giudiziale da utilizzare dopo la chiusura del fallimento (cfr. Cass. 28481/2005).

La tesi maggioritaria ritiene che nel sistema delineato dalla legge fallimentare, qualsiasi ragione di credito nei confronti del fallimento deve essere dedotta nel rispetto della regola del concorso (art. 52 L.F.) e con le forme dell'insinuazione nello stato passivo (art. 95 L.F.), con la conseguenza che, qualora a seguito della dichiarazione di fallimento della parte che aveva agito in giudizio nei confronti del debitore, il creditore coltivi la propria azione non chiedendo l'ammissione del credito allo stato passivo, ma riassumendo il giudizio nei confronti del curatore fallimentare subentrato nel processo ai sensi dell'art. 43 L.F., la domanda deve essere dichiarata improcedibile, in quanto inidonea a condurre ad una pronuncia di merito opponibile alla massa, a meno che il creditore non dichiari espressamente di voler utilizzare tale titolo dopo la chiusura del fallimento per agire esecutivamente nei confronti del debitore ritornato in bonis.

E' evidente, dunque, che vi è un interesse del curatore f. a proseguire solo quei giudizi, che avviati dal debitore prima della dichiarazione di fallimento e interrottisi ex lege con la sentenza dichiarativa dello stesso (come ora previsto espressamente dall'art. 43 comma 3 L.F.), possano condurre ad una pronuncia favorevole con recupero di attività al fallimento, come ad esempio le domande restitutorie da pagamenti indebiti su conto correnti bancari, anche proposte in via riconvenzionale in sede di opposizione a decreto ingiuntivo delle banca.

In ordine all'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti di cui all'art. 67 L.F., giova ricordare che i presupposti generali che la regolano (revocabilità dei pagamenti dei crediti certi, liquidi ed esigibili compiuti nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento in favore di soggetto di cui il curatore provi la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore), trovano eccezione in relazione ad una serie di ipotesi previste dal legislatore, tra cui vi sono le rimesse effettuate dal debitore sul conto corrente bancario.

Mentre prima della riforma di cui al D.L. n. 35/2005 – L. 80/2005 non era prevista alcuna speciale disciplina per i rapporti di conto corrente bancario, per cui la giurisprudenza si era assestata nel distinguere tra rimesse solutorie (vale a dire sine fido o extra fido - sempre revocabili) e rimesse ripristinatorie (intra fido - non revocabili), il legislatore della riforma, raccogliendo i suggerimenti di una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina (c.d. teoria del massimo scoperto) ha introdotto una disciplina che, ispirata chiaramente da un intento di favore nei confronti del sistema bancario, esenta dalla revocatoria le rimesse che non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca (art. 67 comma 3 lett. b L.F.), stabilendo inoltre che per le rimesse revocabili in ogni caso la banca deve restituire una somma non superiore alla differenza tra l'ammontare massimo dell'esposizione debitoria del cliente nel periodo per il quale è stata provata la conoscenza dello stato d'insolvenza e l'ammontare residuo al tempo del fallimento (art. 70 comma 3 L.F.).

In tal modo si è passato dall'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, per la quale il carattere solutorio ovvero ripristinatorio delle rimesse doveva essere accertato in una visione atomistica e con riferimento al momento della esecuzione di ciascuna di esse, alla limitazione normativa della revocabilità delle sole rimesse che abbiano ridotto il debito del fallito nei confronti della banca in misura consistente e durevole e sempre nei limiti della differenza tra massimo scoperto e debito residuo.

Ovviamente non vi è dubbio che hanno sempre natura solutoria le rimesse successive alla revoca del fido o alla chiusura del conto corrente (cfr. Corte di Appello L'Aquila 15/7/2011) e che siano revocabili le rimesse che abbiano ridotto in maniera consistente e durevole il debito del fallito anche se assistito da apertura di credito (cfr. Cass. 20834/2010 e Trib. Udine 24/2/2011).

E' certo, inoltre, che la riduzione dell'esposizione debitoria non possa dirsi durevole nell'ipotesi di c.d. partite bilanciate, vale a dire quando la banca dimostri che la rimessa era finalizzata dal cliente ad un successivo pagamento in favore di terzi, poi effettivamente eseguito dalla banca utilizzando la somma versata sul c/c, come ad es. nel caso di versamento di somma e contestuale rilascio di assegni circolari o di contestuale bonifico a terzi di pari importo.

Quest'ultima ipotesi ricade peraltro nella previsione dell'art. 70 comma 1 L.F., che stabilisce che la revocatoria di pagamenti avvenuti per il tramite di intermediari specializzati si esercita e produce effetti non nei confronti dell'intermediario - nel nostro caso la banca - ma del destinatario effettivo del versamento - nel nostro caso il beneficiario indicato nel bonifico.

Giova ricordare in questa sede che ai sensi dell'art. 78 comma 1 L.F. il contratto di conto corrente bancario si scioglie per effetto di fallimento di una delle parti. Orbene è da ritenere che i versamenti effettuati dal fallito dopo il fallimento non possono essere tratti dalla banca a compensazione dell'eventuale credito scoperto di c/c che questa vanta nei confronti del fallito, dovendo essere acquisiti dal curatore f. al patrimonio fallimentare ai sensi e per l'effetto del c.d. spossessamento previsto in via generale dall'art. 42 L.F.

6. La ricostruzione contabile del conto corrente bancario nella domanda di concordato preventivo. Il ruolo del commissario giudiziale e del giudice delegato.

La nuova disciplina del concordato preventivo, come riformato dai diversi interventi legislativi susseguitisi dal 2005 al 2012, ha modificato l'istituto che non ha più come presupposto oggettivo lo stato di insolvenza, ma più in generale la crisi economica dell'imprenditore, e che non è più ancorato a requisiti di natura personale ed economica, superando il carattere premiale dell'istituto, non più riservato all'imprenditore "onesto ma sfortunato". Il concordato preventivo ha così allargato funzione e finalità, potendo atteggiarsi sia come una liquidazione concorsuale tradizionale alternativa al fallimento, senza finalità di conservazione dell'organismo produttivo, sia come rimedio per il risanamento dell'impresa, perseguibile attraverso operazioni idonee alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale anche da parte di terzi compatibili con l'essenziale scopo della soddisfazione almeno parziale dei diritti dei creditori.

La domanda di concordato preventivo, che può intervenire in pendenza o meno di un'istanza di fallimento (art. 161 ult, comma L.F.), può essere presentata dall'imprenditore commerciale completa oppure "in bianco" (anche detta "con riserva").

Nel primo caso la richiesta è completa del contenuto e del corredo documentale previsto dall'art. 161 commi 2 e 3 L.F., vale a dire: a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) lo stato analitico ed estimativo delle attività e delle passività, con l'elenco nominativo dei creditori; c) il piano di adempimento; d) la relazione del professionista di attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano.

Nel secondo caso la richiesta deve essere corredata solo dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, con la riserva di presentare il resto del contenuto e della documentazione su indicata entro il termine che il tribunale deve fissare (minimo sessanta giorni e massimo centoventi giorni, con un'eventuale proroga di altri sessanta giorni se giustificata, quindi con un termine complessivo che può essere anche di centottanta giorni).

Alla sola presentazione della domanda di concordato, sia essa completa o in bianco, e alla sua pubblicazione nel registro delle imprese (cui deve provvedere il cancelliere entro il giorno successivo al deposito) e fino a che il tribunale non si pronunci sull'omologazione, la legge fa derivare:

1) i c.d. effetti protettivi, vale a dire l'impossibilità per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore (art. 168 L.F.);

2) effetti sull'amministrazione dell'impresa, nel senso che dopo il ricorso il debitore può compiere solo gli atti di ordinaria amministrazione e, solo con previa autorizzazione del tribunale, gli atti urgenti di straordinaria amministrazione (art. 161 comma 7 L.F.);

3) la prededucibilità ai sensi dell'art. 111 L.F., quindi in sede di eventuale successivo fallimento, dei crediti dei terzi sorti per atti legalmente compiuti dal debitore (art. 161 comma 7 ult. parte L.F.).

E' evidente quindi, l'opportunità che, in una situazione di crisi di impresa, la legge offre all'imprenditore il quale voglia evitare il rischio di una dichiarazione di fallimento o anche solo

risanare la situazione debitoria perseguendo la continuità dell'attività economica, semmai con l'aiuto di nuovi soci. In tale ottica si pone la facoltà concessa al debitore dall'art. 161 comma 6 ult. parte L.F., consistente nella possibilità di chiedere, nei termini concessi dal giudice dopo la domanda in bianco, non solo l'omologazione di un concordato preventivo ma in alternativa ad esso anche l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis L.F.

L'opportunità rappresentate dal concordato preventivo e dalle altre soluzioni concordate delle crisi d'impresa (appunto accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis e piano di risanamento di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) deve essere capita e colta innanzi tutto dai professionisti che assistono l'imprenditore in crisi, segnatamente il legale, il commercialista e il consulente contabile che provveda alla depurazione e ricostruzione dei rapporti correnti bancari inficiati da poste passive illegittime, il cui impegno professionale svolto in dette procedure è garantito, riguardo al corrispettivo ad essi spettante, dalle norme di esenzione da revocatoria e da quelle sulla prededucibilità dei crediti.

Riguardo ai pagamenti esenti da revocatoria, vengono in rilievo le disposizioni di cui all'art. 67 comma 3 lettere e-f-g, le quali prevedono la non revocabilità:

lett. e) - dei pagamenti posti in esecuzione del concordato preventivo nonché dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (quindi anche degli onorari pagati ai professionisti e consulenti nel corso della procedura, quando siano stati previsti nel piano di adempimento);

lett. f) - dei pagamenti dei corrispettivi per le prestazioni di lavoro di collaboratori anche se non subordinati del fallito (tra le collaborazioni rientrano anche quelle dei professionisti che hanno prestato assistenza all'imprenditore prima e dopo l'avvio della procedura);

lett. g) - dei pagamenti effettuati per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di concordato preventivo (si ritiene comunemente che vi rientrano gli onorari dei professionisti incaricati dall'imprenditore di ideare la proposta concordataria e di predisporre la documentazione richiesta dalla legge (ad es.: pagamenti al legale, al commercialista, all'attestatore, ecc.).

Riguardo alla prededucibilità dei crediti dei professionisti, va ricordato che l'art. 182 quater L.F. (disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti), prevedeva al comma 4 detta prededucibilità per il credito del professionista attestatore della fattibilità del piano, ma la limitava ai casi in cui ciò fosse espressamente disposto nei decreti di ammissione del concordato o dell'accordo. Tale norma aveva indotto la giurisprudenza a prendere un orientamento restrittivo in ordine al problema del riconoscimento della prededucibilità dei crediti professionali di coloro che avessero assistito il debitore nella presentazione dei ricorsi per la soluzione concordata della crisi d'impresa. Si riteneva, infatti, che avendo il legislatore subordinato la prededuzione al positivo vaglio giudiziale dei ricorsi e avendo esso limitato la previsione della prededuzione al solo credito del professionista attestatore, agli altri professionisti che avessero assistito l'imprenditore nell'elaborazione e presentazione dei ricorsi non dovesse applicarsi detta norma. Per cui o si giungeva ad escludere la prededucibilità dei crediti degli altri professionisti o la si ammetteva in base ai principi generali stabiliti per la prededuzione dall'art. 111 comma 2 L.F.. In entrambi casi le soluzioni interpretative prospettate rendevano passibili di incostituzionalità le norme di riferimento, la seconda tesi in particolare perché avrebbe riservato al professionista attestatore addirittura un trattamento peggiore rispetto a quello derivante agli altri professionisti dalle regole generali.

Per tali motivi il legislatore con il D.L. 83/2012 ha opportunamente abrogato il comma 4 dell'art. 182 quater L.F., per cui oggi la disciplina del trattamento di tutti i crediti professionali è tornata ad essere regolata esclusivamente dall'art. 111 comma 2 L.F., il quale considera crediti prededucibili: a) quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge (come ad es. l'art. 161 comma 7 ult. parte L.F. con la formula "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore"); b) quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare.

Attualmente, dunque, la tesi maggioritaria interpreta la suddetta abrogazione nel senso di estendere la prededucibilità ai compensi spettanti a tutte le figure professionali che abbiano prestato la propria attività a favore del debitore in funzione della procedura, qualunque sia l'esito della stessa (quindi anche in caso di non ammissione, di non omologazione, di revoca dell'omologazione) e con riferimento anche a prestazioni professionali svolte anteriormente alla presentazione del ricorso ma ad esso strettamente collegate. Si pensi, ad esempio, all'incarico conferito al c.t.p. per la ricostruzione dei c/c bancari, per verificare, sulla base delle risultanze della consulenza contabile, l'effettiva situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa e la fattibilità del piano di adempimento. Un tale incarico, segnatamente se espletato dopo la presentazione della domanda di concordato in bianco, rientra senza dubbio tra gli atti di ordinaria amministrazione che l'imprenditore è abilitato a compiere senza alcuna autorizzazione, attesa la sua stretta inerenza alla procedura già avviata. Ove dovesse trattarsi di incarichi implicanti, per quantità, durata e complessità della prestazione compensi davvero importanti, è consigliabile che – ad abundantiam e per rendere certa e non contestabile la prededucibilità – il conferimento degli incarichi e gli esborsi previsti per il compenso siano quanto meno genericamente indicati nella domanda di concordato o sottoposti alla prudenziale autorizzazione del tribunale ai sensi dell'art. 161 comma 7 L.F.

L'importanza del problema della prededucibilità di tali crediti non va sottovalutata, atteso che il professionista tendenzialmente offre la propria prestazione professionale all'imprenditore in crisi solo se è sicuro, per l'eventualità che sopraggiunga il fallimento, del pagamento del corrispettivo e della non revocabilità dei compensi già riscossi. Per cui, considerata la chiara voluntas legis di favorire il ricorso agli istituti di soluzione concordata della crisi d'impresa, la prededucibilità dei crediti professionali sorti anteriormente alla dichiarazione di fallimento e in funzione di accesso alle altre predette procedure concorsuali va senz'altro ammessa, anche in considerazione del principio di consecuzione delle procedure concorsuali.

Ciò posto, va rilevata l'importanza che ha nel ricorso al concordato preventivo la ricostruzione dell'effettiva situazione debitoria che l'impresa ha nei confronti delle banche. Sul punto si richiama per brevità, quanto già esposto sub paragrafo 2.

Invero, l'accertamento della reale situazione economico finanziaria dell'imprenditore, segnatamente sotto il profilo della verifica della effettiva misura del credito fatto valere dalla banca istante o semplicemente creditrice, può avere una decisiva rilevanza ai fini dell'ottenimento delle maggioranze necessarie all'approvazione del concordato (o in alternativa dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis L.F.).

Per le suddette ragioni, in presenza di crediti da rapporti di c/c bancari, è auspicabile che ciascuno dei protagonisti della procedura faccia la sua parte.

Innanzitutto il debitore, che deve dare incarico ad uno specialista per far depurare il saldo contabile bancario dalle poste illegittime, a meno che egli non abbia già pronte le consulenze contabili di parte o redatte da uno c.t.u. nel corso di già avviati procedimenti giurisdizionali (accertamento tecnico preventivo, procedimenti sommari, ordinari giudizi di cognizione).

Al fine della predisposizione del piano di adempimento, saranno utilissime le risultanze delle c.t.u. contabili ricostruttive espletate in sede giurisdizionale, particolarmente affidabili ai fini dell'illustrazione del reale debito che si ha nei confronti di una banca creditrice o addirittura per sostenere l'esistenza di crediti da restituzioni e quindi di attività utilizzabili per i pagamenti dei debitori concorsuali.

L'espletamento della consulenza ricostruttiva di parte, invece, può avvenire sfruttando i termini ottenibili dal tribunale con la presentazione della c.d. domanda di concordato in bianco, che ha il vantaggio anche di bloccare preventivamente il possibile effetto pregiudizievole di un'eventuale istanza di fallimento.

In questa fase importantissima è la funzione svolta dal professionista incaricato dell'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano medesimo. Per quanto riguarda l'attestazione della veridicità dei dati aziendali, che le Sezioni Unite della Corte Suprema ritiene essere un presupposto di ammissibilità del concordato verificabile nella sostanza unitamente

al giudizio di fattibilità del piano (cfr. sent. 1521/2013), i commentatori e la giurisprudenza non dubitano che l'attestatore non può limitarsi ad una verifica della corrispondenza dei dati contabili aziendali con quelli esposti nella proposta di concordato, ma deve consistere in un controllo sostanziale della veridicità e congruità della contabilità dell'impresa, con indicazione dei riscontri eseguiti e dei criteri metodologici adottati (cfr. Trib. Novara 29/6/2012). L'attestatore, dunque, a fronte di un credito di una banca da saldo di conto corrente e di un bilancio dell'impresa che lo riporta per l'importo contabile tra le voci del passivo, dovrà analizzare la documentazione contrattuale e gli estratti conto per verificare l'influenza che sul debito aziendale abbiano avuto clausole anatocistiche, di tassi ultralegali, di C.M.S. nulle e indicare quindi quale sia l'effettiva esposizione debitoria o addirittura il credito dell'impresa derivante dalla depurazione di tali effetti sul c/c bancario. Se non lo facesse o non desse valore alle consulenze tecniche ricostruttive esibite dall'imprenditore, egli assevererebbe una situazione passiva non reale od occulterebbe indebitamente un credito dell'impresa verso la banca, potendo incorrere in responsabilità professionale civile contrattuale (nei confronti del debitore committente) ed extracontrattuale (nei confronti degli altri creditori concorsuali), oltre che in responsabilità penale ai sensi dell'art. 236 bis L.F. (falso in attestazioni e relazioni).

E' auspicabile che il tribunale chiamato a pronunciarsi sulla domanda di concordato preventivo riconosca validità ed efficacia alle consulenze ricostruttive (perizie di parte giurate, c.t.u. disposte in altra sede giurisdizionale) e alla relazione dell'attestatore che dà rilevanza ad esse, tenendone conto ai fini dell'emissione del decreto di ammissione della procedura (art. 163 L.F.), eventualmente concedendo al debitore un termine ulteriore per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, quali ad es. relazioni contabili correttive e/o integrative (art. 162 comma 1 L.F.).

Una volta ammessa la procedura, al commissario giudiziale nominato dal tribunale spetta la verifica dell'elenco dei creditori sulla base della documentazione depositata dal debitore e di quella ulteriore aziendale che ritenga di visionare (il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, ma deve tenere a disposizione del commissario e del giudice delegato i libri contabili). La verifica dei crediti operata dal commissario g. ha funzione esclusivamente endoprocedimentale e natura amministrativa, essendo finalizzata esclusivamente all'individuazione dei creditori che potranno partecipare all'adunanza dei creditori, fissata all'uopo dal tribunale con il decreto di ammissione e presieduta dal giudice delegato.

Il commissario g. relaziona poi sulla proposta di concordato, segnatamente illustrando all'adunanza dei creditori le sue osservazioni e conclusioni in ordine al contenuto della proposta e all'esistenza, misura e natura dei crediti.

E' auspicabile che anche il commissario g. riconosca validità ed efficacia alle consulenze ricostruttive (perizie di parte giurate, c.t.u. disposte in altra sede giurisdizionale) e alla relazione dell'attestatore che dà rilevanza ad esse, tenendone conto ai fini delle sue conclusioni, atteso che esse sono di sicuro ausilio ed indirizzo per il giudice delegato.

A quest'ultimo, infatti, spetta di decidere, senza possibilità di istruttoria e sulla base della sola documentazione prodotta, in ordine alle osservazioni e contestazioni sollevate dagli interessati e quindi sull'ammissione provvisoria dei crediti ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze necessari all'approvazione del concordato.

Anche in questa sede il giudice delegato, pur non potendo ricorrere a mezzi istruttori, ha comunque ampi margini di decisione, ad esempio per non ammettere un credito di una banca non assistito da contratto scritto previsto a pena di nullità, o non provato nella sua entità attraverso la produzione di tutti gli estratti conto, o inquinato in tutto o in parte dall'anatocismo illegittimo o da C.M.S. e tassi ultralegali non pattuiti correttamente per iscritto.

In definitiva, mancando nel concordato preventivo, una fase procedimentale destinata alla verifica giudiziale dei crediti concorsuali, l'individuazione dei creditori che abbiano titolo per partecipare all'accertamento dell'ammontare dei loro crediti, necessario per calcolare le maggioranze in sede di votazione del concordato, deriva da una complessa attività di natura

prettamente amministrativa cui concorrono il debitore, il professionista attentatore, il commissario g. ed il giudice delegato.

La conseguenza dell'assenza di un accertamento giurisdizionale dei crediti a fini diversi dal voto comporta che ciascun creditore, ammesso o meno a votare il concordato, e che veda contestate le proprie ragioni di credito può avviare o proseguire ordinari giudizi di cognizione ed ottenere un titolo giudiziale che potrà far valere come prova del credito anche nel corso della procedura di concordato, sia ai fini dell'esecuzione coattiva dello stesso, seppure nei limiti di quanto spettante in base al concordato omologato, vale a dire tenuto conto della natura chirografaria o privilegiata del credito e dell'eventuale falcidia concordataria.

7. Il giudizio di omologazione e i relativi mezzi di impugnazione.

Se con la votazione non si formano le maggioranze dei crediti previste dalla legge per l'approvazione del concordato, il tribunale emette il decreto di improcedibilità, il quale non è soggetto a reclamo, al pari del decreto di inammissibilità. Sebbene l'art. 179 L.F. non richiami il comma 2 dell'art. 162 L.F., questa norma è applicabile per analogia, per cui, il tribunale, se vi è apposita istanza di un creditore o del P.M. e ne accerti i presupposti, dichiara il fallimento del debitore. Ne deriva che, in caso di dichiarazione di fallimento, le doglianze riguardanti la declaratoria di improcedibilità del concordato per mancato raggiungimento delle maggioranze possono essere fatte valere soltanto attraverso il reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento.

Ove invece il decreto di improcedibilità non sia accompagnato dalla dichiarazione di fallimento, nonostante si riconosca al debitore la possibilità di riproporre la domanda di concordato, esso è da ritenersi impugnabile con ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111 Costituzione, trattandosi di un provvedimento avente i caratteri della decisorietà e definitività ed incidendo su un diritto soggettivo del debitore alla prosecuzione della procedura di concordato.

Se, invece, con la votazione si formano le maggioranze dei crediti previste dalla legge e non vi sono opposizioni, il tribunale, seguendo il rito dei procedimenti in camera di consiglio, omologa il concordato con decreto non soggetto a reclamo. L'art. 180 comma 3 L.F. non prevede lo svolgimento di attività istruttoria, per cui normalmente la verifica da parte del tribunale si basa esclusivamente sulle risultanze degli atti e dei documenti contenuti nel fascicolo del procedimento di concordato preventivo, nonché sul parere motivato del commissario giudiziale. Ciò non toglie che il tribunale possa a norma dell'art. 738 c.p.c. nominare un consulente tecnico, segnatamente se vi sono state contestazioni in ordine all'esistenza, misura e natura dei crediti e sia necessario ai fini del controllo sull'ammissione o esclusione dei crediti in sede di votazione, quando vi sia rilevanza sull'esito della votazione del concordato (c.d. prova di resistenza). In tali limiti, quindi, il tribunale dell'omologazione, pur in assenza di opposizioni, può smentire il non corretto operato del giudice delegato, che abbia ammesso a votazione crediti bancari viziati dal calcolo di poste passive illegittime

Se, infine, il concordato viene approvato con le maggioranze previste dalla legge, il debitore, il commissario g. e gli eventuali altri creditori dissenzienti possono proporre opposizione avverso l'omologazione del concordato, ad esempio per motivi attinenti alla regolarità formale del procedimento, all'esito della votazione, alla fattibilità del piano, all'esistenza dei presupposti di ammissibilità della proposta, alla commissione di condotte fraudolente del debitore, alla convenienza della proposta sempre che in quest'ultimo caso l'opposizione provenga da creditori dissenzienti rappresentanti almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto.

Il giudizio di omologazione che segue alle opposizioni, pur seguendo, come tutti i giudizi concorsuali la forma camerale, ha natura contenziosa a cognizione piena e rappresenta, il primo grado di altri due eventuali gradi di giudizi, vale a dire il reclamo davanti alla Corte di Appello e il ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Quando sono proposte opposizioni il tribunale dell'omologazione ha i poteri istruttori tipici degli ordinari giudizi, nel senso che assume, se rilevanti, le prove richieste dalle parti nonché quelle disponibili di ufficio, anche delegando per l'assunzione uno dei componenti del collegio. Vi è, quindi, ampio spazio perché possa essere richiesta o disposta di ufficio una c.t.u. contabile ricostruttiva della reale misura del credito della banca o di accertamento del credito dell'imprenditore derivante da un saldo di c/c bancario non più passivo ma attivo.

Va evidenziato che il decreto con il quale il tribunale omologa o non omologa il concordato preventivo decidendo sulle opposizioni, anche quando abbia affrontato incidentalmente questioni relative alla esistenza, misura e natura dei crediti ai fini interni del calcolo delle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato, non ha alcuna efficacia di giudicato sul rapporto obbligatorio relativo, che resta soggetto agli ordinari mezzi di accertamento giudiziale.

Contro il decreto del tribunale che accoglie o respinge l'omologazione, può essere proposto reclamo alla corte di appello, la quale pure pronuncia in camera di consiglio (art. 183 L.F.). Il reclamo investe la corte di appello del riesame del processo deliberativo in ordine all'accertamento dei presupposti dell'omologazione, estensibile anche ai profili non valutati dal tribunale, per cui la corte di appello potrà rimettere gli atti al tribunale per la rinnovazione di attività processuali irregolari, revocare il decreto di rigetto pronunciando l'omologazione, revocare il decreto di omologazione. In quest'ultimo caso, la corte di appello non potrà dichiarare il fallimento, ove ne sussistano i presupposti, ma dovrà rimettere gli atti al tribunale, cui è riservata tale competenza.

Il reclamante non è vincolato dalle preclusioni, decadenze e limitazioni analoghe a quelle previste dall'art. 345 c.p.c. e tipiche dell'appello, potendo allegare fatti e documenti nuovi e richiedere nuove prove.

La natura camerale c.d. ibrida del reclamo davanti alla corte di appello, consente a quest'ultima di assumere, anche di ufficio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari ai fini della decisione, anche in assenza di doglianze e dell'assolvimento di un specifico onere probatorio da parte del reclamante.

Non vi è dubbio alcuno, quindi, che il collegio del reclamo possa rilevare le nullità di protezione non rilevate in primo grado, disporre d'ufficio la ricostruzione contabile del rapporto bancario e giungere alla revoca del decreto di rigetto dell'omologazione, ove l'accertamento del minor credito della banca o del credito dell'imprenditore da c/c ricostruito posti a base della proposta di concordato preventivo non siano stati tenuti nella giusta considerazione dal tribunale.

Anche se non espressamente prevista, come era invece nel previgente art. 182 L.F., non si dubita dell'impugnabilità in cassazione ex art. 111 Costituzione dei decreti emessi a seguito di reclamo dalla corte di appello, quando questi abbiano i caratteri della decisorietà e della definitività, come nelle ipotesi di decreto di conferma dell'omologazione, di omologazione del concordato in prima istanza rigettato, di conferma del rigetto della domanda di concordato, quando non vi sia stata dichiarazione di fallimento. Non ha, invece, definitività, e quindi non è impugnabile in cassazione, il decreto della corte di appello che annulla il provvedimento di omologazione del tribunale e rimette a questo gli atti per la dichiarazione di fallimento, in quanto in tal caso il decreto sarà impugnabile in uno con la sentenza dichiarativa del fallimento.

8. La ricostruzione contabile del conto corrente bancario e le altre soluzioni concordate delle crisi d'impresa: piano di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'art. 67 comma 3 lett. d) prevede tra i casi di esenzione dalla revocatoria i pagamenti eseguiti in esecuzione di un piano attestato da un professionista indipendente che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

Tale disposizione è espressione del favore del legislatore per le soluzioni concordate delle crisi d'impresa, che, qualora non si ponessero i creditori e i finanziatori al riparo dal rischio di successive revocatorie, avrebbero in concreto serie difficoltà di attuazione.

Come per il piano di adempimento del concordato preventivo l'attestatore deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di risanamento dei debiti.

L'esenzione dalla revocatoria, avente finalità soprattutto di trovare terzi finanziatori che rendano possibile il risanamento dei debiti aziendali e la prosecuzione dell'attività aziendale, opera per tutti gli atti e per i soli atti posti in essere in esecuzione del piano attestato.

Detto piano di risanamento non deve ottenere l'omologazione del tribunale, diversamente dall'accordo di ristrutturazione dei debiti aziendali di cui all'art. 182 bis L.F.

Quest'ultimo deve essere stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti e deve essere accompagnato da una relazione redatta da un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nei termini di cui all'art. 182 bis comma 1 L.F.

Alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese derivano gli effetti protettivi di cui all'art. 168 L.F., già descritti in relazione alla presentazione del concordato preventivo.

Sia per il piano di risanamento, che per l'accordo di ristrutturazione dei debiti, valgono le considerazioni fatte per la proposta di concordato preventivo, sotto il profilo della necessità che sia rappresentata l'effettiva situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa e la fattibilità del piano di risanamento o di ristrutturazione dei debiti, tenendo conto della minore reale misura dei debiti bancari da c/c o addirittura dell'esistenza di crediti dell'impresa che, seppur non appostati in bilancio, derivano dalla ricostruzione dei rapporti di c/c inquinati dall'addebito di poste passive illegittime.

Flavio Cusani