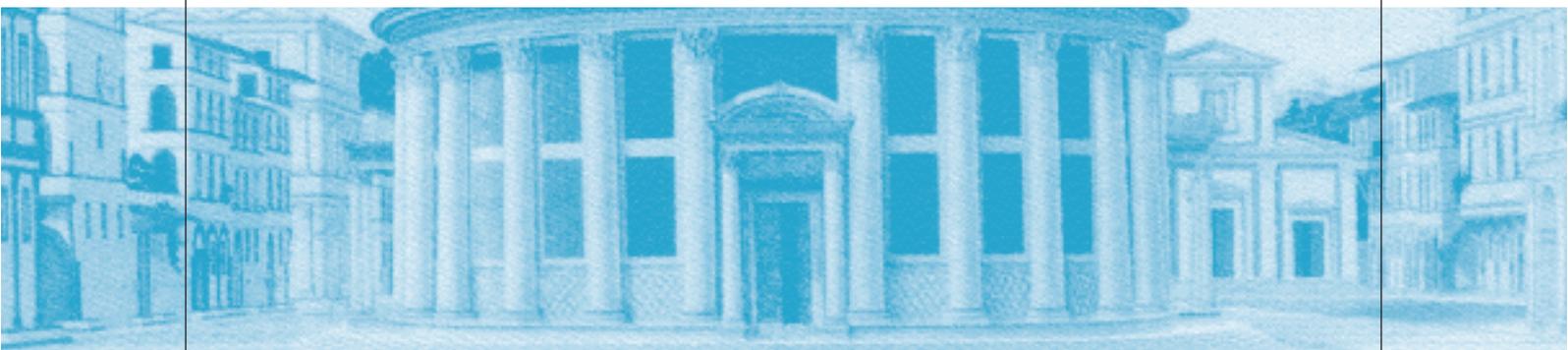


Fondazione Luca Pacioli



**LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE  
IL COMITATO DEI CREDITORI E LA TUTELA DELLE MINORANZE**

*Documento n. 22 del 15 dicembre 2006*

**CIRCOLARE**

## INDICE

|  |      |   |
|--|------|---|
| <i>Premessa</i>                                  | Pag. | 1 |
| Introduzione                                     | “    | 2 |
| <b>1. Le funzioni del comitato dei creditori</b> | “    | 3 |
| 1.1. Funzioni di vigilanza e controllo           | “    | 3 |
| 1.2. Le autorizzazioni                           | “    | 3 |
| 1.3. I pareri vincolanti                         | “    | 4 |
| <b>2. Tutela delle minoranze</b>                 | “    | 6 |
| 2.1. Conflitto di interessi                      | “    | 7 |
| 2.2. Profili di responsabilità                   | “    | 7 |
| 2.3. Azione di responsabilità                    | “    | 8 |

# LA RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE

## IL COMITATO DEI CREDITORI E LA TUTELA DELLE MINORANZE

### *Premessa*

La Fondazione Luca Pacioli, è già intervenuta sulla disciplina delle procedure concorsuali con i seguenti documenti:

- Il Fallimento: gli organi della procedura (*Documento n. 19 del 24 ottobre 2006 – Circolare*);
- Il Fallimento: i presupposti ed il procedimento (*Documento n. 15 del 19 luglio 2006 – Circolare*);
- Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali (*Documento n. 1 del 19 gennaio 2006 – Circolare*);
- Il nuovo concordato preventivo (*Documento n. 28 del 28 ottobre 2005 – Circolare*);
- La nuova revocatoria fallimentare (*Documento n. 21 del 30 giugno 2005 – Circolare*);
- Disposizioni in materia fallimentare previste dalla legge 80/2005 (*Documento n. 13 del 18 aprile 2005 - Scheda di lettura*).

\*\*\*\*\*

Nelle pagine che seguono si analizzano le modifiche, riguardanti le funzioni del comitato dei creditori, introdotte nel Regio Decreto 16 marzo 1942 (c.d. Legge fallimentare) dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 attuativo della riforma del diritto fallimentare.

## Introduzione

Come noto, il fallimento è una procedura nella quale si contemperano esigenze di tipo pubblicistico e privistico. Nel riformulare la disciplina fallimentare, il legislatore si è mosso in una direzione chiara, privilegiando le esigenze private e, in particolare modo, il diritto dei creditori a veder soddisfatte, nel più breve tempo possibile, le proprie istanze creditorie. In quest'ottica la riforma ha potenziato poteri e funzioni svolte dal curatore e dal comitato dei creditori e ridimensionato, invece, il ruolo del giudice delegato.

Nella nuova impostazione sono state attribuite al comitato dei creditori molte nuove funzioni. Oggi, il comitato dei creditori non si limita più alla semplice attività di vigilanza ma si ingerisce direttamente negli atti di liquidazione.

Un mutamento di equilibri così radicale induce a talune riflessioni. Tralasciando le possibili obiezioni alla tesi che vede sostanzialmente nel fallimento un "affare privato", quello che qui interessa è verificare se, una volta tolto l'ombrello protettivo offerto dalla direzione del giudice delegato, come previsto dalla nuova disciplina, il sistema normativo sia comunque in grado di offrire tutela nel caso di eventuali anomalie od utilizzi distorti dei poteri attribuiti agli organi "privati" della procedura ed in particolare al comitato dei creditori.

E' qui necessario ricordare che il comitato dei creditori è ora composto<sup>1</sup> "in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti" (art. 40, comma 2, l. fall.) ed è quindi, in qualche misura, rappresentativo anche dei piccoli creditori. Considerata però la proporzionalità degli interessi rappresentati, è inevitabile che la maggioranza dei membri del comitato sia rappresentativa dei creditori maggiori. Inoltre, visti i gravosi oneri che derivano dalla procedura (assai limitatamente ricompensati dall'eventuale attribuzione di una remunerazione nel limite del 10% di quella del curatore), è verosimile che solo i creditori in grado di sostenere detti oneri avranno interesse a ricoprire il ruolo di membro del comitato dei creditori. In sostanza è facilmente prevedibile che il comitato dei creditori sarà espressione principalmente dei grandi creditori, *in primis*, gli istituti bancari.

Se questo è vero, si pone un delicato problema di "tutela delle minoranze". Cosa avviene nei casi in cui il comitato dei creditori indirizzi le proprie scelte gestionali non in armonia con le esigenze generali della procedura? A seguito della nuova disciplina, i piccoli creditori sono in grado di difendere e tutelare i propri interessi nei confronti dei creditori forti? Queste sono le questioni più delicate poste dalle nuove disposizioni in materia.

Prima di approfondire il tema è necessario richiamare, in breve, le funzioni attribuite dalla riforma al comitato dei creditori.

---

<sup>1</sup> Per un'analisi più approfondita delle modalità di nomina del comitato dei creditori si veda "Il Fallimento: gli organi della procedura" (Fondazione Luca Pacioli Documento n. 19 del 24 ottobre 2006 – Circolare, consultabile su [www.fondazione-lucapacioli.it](http://www.fondazione-lucapacioli.it)).

## 1. Le funzioni del comitato dei creditori

In aggiunta alle originarie funzioni consultive e di controllo del comitato, il nuovo art. 41 della legge fallimentare attribuisce al comitato dei creditori poteri di autorizzazione per gli atti del curatore, con la previsione della partecipazione all'attività gestoria, anche attraverso proprie deliberazioni vincolanti.

L'art. 41 prevede ora che il comitato:

- vigila sull'operato del curatore (funzioni di vigilanza e controllo);
- autorizza gli atti del curatore (funzioni autorizzative);
- esprime pareri nei casi previsti dalla legge, o su richiesta del tribunale e del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni (funzioni consultive).

### 1.1. Funzioni di vigilanza e controllo

Il comitato dei creditori conserva dunque la già attribuita funzione di vigilanza e controllo sull'operato degli altri organi fallimentari ma la riforma amplia in modo deciso tali poteri di controllo.

Tra i poteri generici di controllo vanno innanzitutto menzionati il potere di ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili del fallito ed i documenti del fallimento, il potere di chiedere notizie e chiarimenti al curatore ed al fallito ed il diritto di essere informato su tutte le vicende del procedimento.

A tale funzione può ricollegarsi un'altra serie di poteri:

- la legittimazione a proporre reclamo contro gli atti del curatore (art. 36 LF)
- e contro i decreti del giudice delegato (art. 26 LF)
- la possibilità di chiedere la revoca del curatore (art. 37 LF)
- e anche la sua sostituzione (art. 37-bis)

### 1.2. Le autorizzazioni

Soffermando la nostra attenzione sulla funzione autorizzativa del comitato dei creditori, spicca, in primo luogo, il potere di autorizzare il curatore a tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (*ex* art. 35), potere che era in precedenza attribuito al giudice delegato.

La norma prevede che il curatore informi preventivamente il giudice delegato nelle ipotesi di transazioni (indipendentemente dal loro valore) e nei casi in cui gli atti superino il valore di 50.000 euro, e semprechè tali atti non siano già stati approvati dal giudice stesso perchè previsti dal programma di liquidazione o dalle sue successive integrazioni.

Sembra in realtà poco lineare l'impostazione per cui compete al giudice delegato un compito tanto centrale come l'approvazione del programma di liquidazione (programma nel quale, in linea di massima devono essere indicate tutte le attività da porre in essere nella fase della liquidazione), mentre al tempo stesso, i suoi poteri (e in questo caso anche il semplice potere di vigilanza) vengono limitati in modo tale da prevedere che non debba essere neanche informato degli atti di straordinaria amministrazione di importo inferiore ai 50.000 euro. Quindi il giudice, secondo un'impostazione poco convincente, da una parte continua ad avere penetranti poteri autorizzativi (seppur con il parere obbligatorio del comitato), dall'altra non deve essere neanche informato di alcune attività inerenti la procedura.

Ulteriori nuove funzioni autorizzative attribuite al comitato dei creditori:

- autorizza il curatore a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito (art. 32, l. fall.);
- congiuntamente al giudice delegato, autorizza il nuovo curatore a proporre azione di responsabilità nei confronti del curatore revocato (art. 38, l. fall.);
- autorizza il curatore a rinunciare all'acquisizione dei beni che pervengono dal fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi (art. 42, l. fall.);
- autorizza il curatore a sciogliere i contratti pendenti o a subentrare in luogo del fallito nei contratti stessi (art. 72, l. fall.);
- autorizza il curatore a subentrare in luogo del fallito nei contratti di vendita a termine o a rate (art. 73, l. fall.);
- autorizza il curatore a subentrare in luogo del fallito nei contratti di appalto (art. 81, l. fall.);
- autorizza il curatore a non acquisire all'attivo o a rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente (art. 104-ter).

### 1.3. I pareri vincolanti

Il comitato dei creditori mantiene la funzione consultiva, svolta tramite pareri che possono essere:

- *Facoltativi*, in casi ritenuti opportuni dal Tribunale o dal giudice delegato (attività consultiva eventuale) [es.: art. 23 il comitato dei creditori può in ogni tempo essere sentito dal tribunale; art. 25 il comitato dei creditori può essere convocato dal giudice delegato ogniqualvolta ne ravvisi l'opportunità]
- *Obbligatorie*, in fattispecie imposte dalla legge (attività consultiva necessaria)

I pareri del comitato, in genere, anche se obbligatori, non sono vincolanti. Infatti, secondo il prevalente orientamento dottrinale, la mancata acquisizione di un parere, richiesto come obbligatorio dalla legge, non incide sulla validità degli atti com-

piuti dagli organi fallimentari, ritenendosi il provvedimento sanabile, se non impugnato nei termini.

Ante riforma costituiva unica eccezione l'art. 90 L.F., che condizionava al parere favorevole del comitato dei creditori la possibilità per il tribunale di autorizzare l'esercizio provvisorio di impresa. Post riforma, nel confermare tale disposizione, sono state aggiunte altre fattispecie di pareri vincolanti del comitato dei creditori, che elenchiamo di seguito:

- deve dare la propria approvazione affinché il curatore possa richiedere al giudice, se è prevedibile che le somme disponibili non possano essere immediatamente destinate ai creditori, di ordinare che le disponibilità liquide siano impiegate nell'acquisto di titoli emessi dallo Stato (art. 34, l. fall.);
- di concerto con il curatore, deve offrire il proprio consenso per l'emissione del decreto del giudice delegato con il quale si dispone la restituzione dei beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili (art. 87-bis);
- deve dare parere favorevole affinché il giudice delegato possa autorizzare il curatore alla continuazione temporanea dell'esercizio di impresa; si pronuncia, inoltre, almeno ogni tre mesi, sull'opportunità della sua prosecuzione (art. 104, l. fall.);
- deve dare parere favorevole affinché il giudice delegato, su proposta del curatore, possa autorizzare l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami, quando appaia utile ai fini della più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa (art. 104-bis, l. fall.);
- deve dare parere favorevole affinché il giudice possa autorizzare il programma di liquidazione predisposto dal curatore (art. 104-ter, l. fall.).

## 2. Tutela delle minoranze

Come si vede, ed in estrema sintesi, non vi è momento della procedura che possa prescindere dall'autorizzazione o almeno dal parere del comitato dei creditori.

E' opportuno soffermare la nostra attenzione su alcune peculiari ipotesi che potrebbero concretizzarsi nella pratica.

Tralasciando il caso di inattività dell'organo<sup>2</sup> (risolta dalla previsione di un intervento sostitutivo del giudice *ex art. 41, comma 4, l.fall.*), le ulteriori possibili situazioni critiche hanno a che fare con una gestione della procedura non allineata agli interessi generali dei creditori.

Si possono ipotizzare due casi:

- il comitato autorizza il curatore al compimento di un atto contrario all'interesse generale;
- il comitato nega l'autorizzazione ad un atto indispensabile per l'opportuno svolgimento della procedura.

In entrambi i casi, certamente non può considerarsi tutela sufficiente la previsione dell'art. 36, secondo il quale il reclamo contro le autorizzazioni, i dinieghi o i comportamenti omissivi del comitato dei creditori, può essere proposto esclusivamente per violazione di legge. In altre parole, sulla base della disposizione citata, il giudice non può entrare nel merito e deve limitarsi ad un'esclusiva valutazione di legittimità degli atti. Alcuni commentatori hanno osservato come l'obbligo che le deliberazioni del comitato siano "succintamente motivate" potrebbe lasciare uno spazio aperto alla valutazione delle deliberazioni, da parte del giudice delegato, anche sotto un profilo di merito. Tale tesi, però, non ha alcun riscontro nel testo di legge.

In caso di autorizzazione al compimento di un atto non idoneo al perseguimento degli interessi generali, il giudice potrebbe richiedere la revoca del curatore *ex art. 37*. In questo caso, però, l'utilizzo della norma potrebbe, in primo luogo non essere tempestivo (si pensi al caso di autorizzazioni ad atti di straordinaria amministrazione che non richiedono neanche la preventiva informazione al giudice delegato). In secondo luogo, tale soluzione, non sembra in armonia con la *ratio* sottostante all'intero sistema. Infatti, se si è scelto di privilegiare un confronto dialettico delle parti portatrici di interessi privati (i creditori), estromettendo il giudice da valutazioni di merito e riportandolo ad un ruolo giurisdizionale di risolutore di conflitti, la revoca del curatore autorizzato dal comitato potrebbe apparire non in linea con lo spirito della riforma.

Si ritiene in conclusione che, nel nuovo panorama, la tutela delle minoranze debba essere azionabile direttamente dalle stesse minoranze e non da un giudice, che la legge ha ormai privato dei suoi poteri direttivi e riconsegnato al ruolo di semplice dirimente delle controversie.

Infatti il legislatore ha previsto una serie di disposizioni poste a salvaguardia delle minoranze, sulla falsariga di quelle previste dal nuovo diritto societario.

<sup>2</sup> Si veda "Il Fallimento: gli organi della procedura" (Fondazione Luca Pacioli Documento n. 19 del 24 ottobre 2006 – Circolare, consultabile su [www.fondazione-lucapacioli.it](http://www.fondazione-lucapacioli.it)).

## 2.1. Conflitto di interessi

Innanzitutto, è previsto, come garanzia preventiva, l'istituto del conflitto di interesse, regolato dall'art. 40, quinto comma. La norma dispone semplicemente che il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione, senza fornire ulteriori specificazioni.

Sarà l'esperienza dei casi concreti ad evidenziare come (e se) l'istituto troverà applicazione. Certo è che lo strumento del conflitto di interessi, nell'ambito del diritto societario (art. 2373, c.c.), si è rivelato un valido supporto per la tutela delle minoranze contro le deliberazioni pregiudizievoli.

Va inoltre osservato che proprio la previsione di un possibile conflitto di interesse ci dà, indirettamente, l'indicazione che esiste, anche a seguito della riforma, un interesse generale "della procedura", o quantomeno un "interesse comune" dei creditori. Infatti, un conflitto di interessi presuppone appunto una contrapposizione di interessi: in questo caso, da un lato, quello personale del membro del comitato dei creditori (o del creditore che lo ha designato) e, dall'altro, un interesse generale, quello della generalità dei creditori. In altre parole, introducendo il conflitto di interesse il legislatore prevede che i componenti del comitato dei creditori debbano agire nel rispetto dell'interesse generale, senza perseguire vantaggi (per sé o per terzi) a discapito della generalità dei creditori che rappresentano.

## 2.2. Profili di responsabilità

Altro contrappeso e limite ad un abuso dei poteri del comitato dei creditori è rappresentato dai nuovi profili di responsabilità, anche questi mutuati dalla disciplina societaria.

L'ultimo comma del nuovo art. 41 rinvia all'art. 2407 del codice civile, ossia assimila il regime di responsabilità del comitato dei creditori a quello previsto per i sindaci delle società di capitali.

In base a tale rinvio, i membri del comitato dei creditori:

- devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico;
- sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio;
- sono responsabili solidalmente con il curatore per i fatti o le omissioni di questo, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Peraltro il legislatore prospetta una "sovrapposizione" di disciplina tra organi del fallimento e organi societari che, invece, hanno ben pochi punti di contatto. L'assimilazione tra collegio sindacale e comitato dei creditori è fuorviante in quanto a quest'ultimo, a differenza del primo, sono attribuiti poteri gestori (o quantomeno

di indirizzo) e non semplici poteri di vigilanza. La responsabilità dei sindaci è, da un lato, solidale con gli amministratori per *culpa in vigilando*, dall'altra per fatto proprio nei casi in cui i loro doveri non siano stati svolti con "la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico". Applicare pedissequamente tale disciplina al comitato dei creditori, se può essere comprensibile in materia di responsabilità solidale con il curatore, dall'altro può sollevare qualche perplessità sulla responsabilità per fatto proprio.

Nel caso di diniego di autorizzazione ad un atto che sarebbe nell'interesse della procedura, non è chiaro se sorga un'eventuale responsabilità del comitato connessa con l'obbligo generico di adempimento dei doveri con la professionalità e la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. In altre parole, ci si domanda se rientri nella nozione di adempimento secondo professionalità e diligenza il perseguimento di interessi generali. Anche in questo caso, comunque, sarà la prova dei fatti a darci la misura delle effettive conseguenze dell'operato dell'organo.

### 2.3. Azione di responsabilità

Altro punto importantissimo in materia di tutela dei creditori di minoranza è rappresentato dal rinvio, effettuato ad opera dell'art. 2407, agli artt. 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395 c.c. in materia di azione sociale di responsabilità. In ambito societario tali norme rappresentano vere e proprie disposizioni di chiusura a salvaguardia dei diritti delle minoranze.

Senza dubbio è fonte di dubbi e fortemente criticabile questo modo di operare per successivi rinvii (si rinvia ad una disposizione "in quanto compatibile" che a sua volta rinvia ad altre disposizioni "in quanto compatibili").

Il punto più delicato è senza dubbio l'individuazione dei soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti del comitato dei creditori: l'opera dell'interprete risulta alquanto complessa e laboriosa proprio su un punto fondamentale per la tutela concreta dei piccoli creditori, ma comunque imprescindibile poiché, se non si individuassero i legittimati all'azione, la responsabilità resterebbe lettera morta.

Posto che nel sistema della responsabilità dei sindaci l'azione di responsabilità può essere proposta dall'assemblea (art. 2393), dai soci che rappresentano il 20% del capitale (art. 2393-bis), dai creditori (art. 2394) o dal curatore (2394-bis), oltre che da ciascun socio che sia stato direttamente danneggiato da loro atti dolosi o colposi (art. 2395), quale è dunque l'applicazione di tale norme da ritenersi "compatibile" con la disciplina del comitato dei creditori?

Dovendo trasporre, "in quanto compatibili", tali disposizioni alla disciplina della responsabilità del comitato dei creditori, sembra proponibile:

- sia l'esercizio dell'azione da parte dei creditori che rappresentano il 20% dei crediti, trasponendo così la disposizione dell'art. 2393-bis;
- sia un'azione individuale da parte del singolo creditore direttamente danneggiato (in forza del rinvio all'art. 2395).

In questo senso la tutela dei creditori “di minoranza” risulterebbe assimilata a quella predisposta dal codice civile per gli azionisti di minoranza, e potrebbe rappresentare un equo temperamento tra l’esigenza di un’adeguata deterrenza di comportamenti scorretti o negligenti e quella di evitare azioni pretestuose e di disturbo da parte di singoli piccoli creditori.

Restano, è bene segnalarlo, altre possibili letture del richiamo alle norme in materia di responsabilità dei sindaci: la prima, che consideri applicabile, in materia di legittimazione, solo il richiamo all’art. 2394: stando al quale l’azione di responsabilità è esercitabile da parte dei creditori, dunque da ciascuno di essi indipendentemente dall’entità del credito; peraltro l’art. 2394 presuppone l’insufficienza del patrimonio a soddisfare i crediti, situazione che nell’ambito del fallimento è quantomeno statisticamente ovvia. Tuttavia l’art. 2394-bis prevede che in caso di fallimento le azioni siano esercitate dal curatore: sicché se ne potrebbe desumere che l’azione di responsabilità contro i componenti del comitato dei creditori possa essere esercitata solo dal curatore fallimentare; questo risultato ermeneutico assolutamente incongruo induce allora a preferire, nella prospettiva di una dialettica tra “maggioranza” e “minoranze” nell’ambito dei creditori del fallito, l’interpretazione che focalizzi il richiamo, quale disposizione applicabile, all’art. 2393-bis: e ad attribuire pertanto la legittimazione all’azione di responsabilità ai creditori che rappresentino il 20% del totale.

---

<sup>4</sup> Per approfondimenti vedi di seguito par. 11.