

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

### SALUTI INIZIALI E RINGRAZIAMENTI.

Prima di iniziare la mia relazione voglio rivolgere un caloroso e sentito ringraziamento all'Associazione Avvocatura Indipendente che ha patrocinato ed organizzato questo interessante convegno sul sovraindebitamento, il primo organizzato a Firenze, e soprattutto al suo presidente l'Avv. Andrea Pesci a cui rivolgo un ringraziamento speciale.

La relazione che mi riguarda concerne il ruolo dell'avvocato come professionista del debitore e, dunque, di quel soggetto che può accedere alle procedure speciali previste dalla Legge n.3/2012 e successive modifiche (D.L.179/2012) che, come è stato già detto sono l'accordo del debitore, il piano del consumatore e la liquidazione dei beni (e l'esdebitazione art. 14 terdecies L.3/2012).

La legge sul sovraindebitamento, dunque, riconosce al debitore la facoltà di redigere un accordo con i creditori. Il debitore, deve essere esclusivamente una persona fisica, ossia un consumatore, una microimpresa e non essere assoggettabile a procedure concorsuali, e si deve trovare in una situazione di perdurante squilibrio tra obbligazioni assunte e patrimonio prontamente liquidabile, nonché in una definitiva incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Quando nello studio dell'avvocato si presenta un DEBITORE che rappresenta una situazione di sovraindebitamento quali sono le attività preliminari che l'avvocato è tenuto a svolgere per poter capire se quel soggetto può beneficiare o meno delle procedure previste dalla Legge 3/2012?

Innanzitutto, cosa si intendere per DEBITORE e chi può essere considerato tale per poter accedere alla procedura.

La prima disamina concernerà la definizione di DEBITORE e la sussistenza in capo allo stesso dei **requisiti soggettivi previsti dall'art. 6, comma 1, della Legge n.3/2012 ovvero non essere assoggettabile a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo** per poter proporre l'accordo di composizione della crisi o il piano del consumatore.

**IL CONSUMATORE** può avvalersi della procedura del cd. Piano del consumatore. Cosa si intende per consumatore? La definizione ce la dà l'**art. 6 della L.3/2012** (per consumatore si intende quel debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta) definizione che va integrata con quella prevista dall'**art. 3, comma 1, lett. a) del Codice del Consumo** che assimila il "consumatore" all'"utente" con la conseguenza che la differenza tra le due

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

figure deve rilevarsi dalla specificità dei contratti effettivamente conclusi; mentre tale differenza pare irrilevante ai fini dell'accesso alla procedura. La norma consente di connotare la figura del consumatore in senso positivo perché potrà essere solo una persona fisica, ed in negativo perché le obbligazioni assunte devono essere estranee e non riferibili ad attività di impresa o professionali.

Il CONSUMATORE può avvalersi di tale procedura, presentando un piano che deve contenere una PROPOSTA AMMISSIBILE (ricordiamo che il concetto di consumatore deve essere inteso in senso rigoroso nel senso che la verifica del requisito di cui all'art. 6 L.3/2012 deve essere effettuata interpretando in senso stretto e rigoroso il rapporto di funzionalità al privato consumo delle obbligazioni contratte, poiché diversamente non potrebbero giustificarsi i benefici procedurali riconosciuti a tale procedura, caratterizzata dalla maggiore semplicità del procedimento rispetto a quello degli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento e dalla soggezione al solo controllo del Tribunale e non dalla approvazione dell'accordo della maggioranza dei creditori – in questo senso si è pronunciato anche il **Tribunale di Milano 16.05.2015 – Giudice Francesca Mammine** e in precedenza già il **Tribunale di Bergamo con provvedimento del 16.12.2014 Giudice Vitiello**).

Un aspetto interessante che si pone in tema di consumatore si ha quando le cd. masse debitorie sussumibili in capo a persone fisiche si presentino in maniera composita, ovvero formate da debiti di natura diversa da quella personale. La norma contemplata dalla legge in oggetto nulla dice in merito a questa tipologia di debiti, ma osservando la relazione illustrativa al D.L. n.179/2012 sembra effettivamente escludersi la applicabilità del piano del consumatore quando le passività esposte siano di natura non omogenea o composita (sviluppare il punto).

### L'IMPRENDITORE COMMERCIALE SOTTO SOGLIA

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, L. F. sono esclusi dal fallimento e dal concordato preventivo gli imprenditori commerciali che dimostrino il possesso congiunto dei seguenti parametri:

- avere avuto in ciascuno dei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore un:
- attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore ad € 3000.000,00;
- ricavi lordi complessivi annui non superiori ad € 200.000,00;
- avere alla data di deposito della istanza di fallimento o all'udienza prefallimentare debiti di ammontare non superiore ad € 500.000,00 compresi i debiti non scaduti e quelli non definitivamente accertati con efficacia di giudicato.

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

La giurisprudenza prevalente sostiene che spetta all'imprenditore dimostrare il mancato superamento congiunto dei parametri dimensionali previsti dalla legge (**Cass Civ. SS. UU. n.5685/2015**).

**L'IMPRENDITORE COMMERCIALE SOPRA-SOGLIA MA CON DEBITI INFERIORI AD EURO 300.000,00**

**L'IMPRENDITORE CESSATO DA OLTRE UN ANNO**

**L'IMPRENDITORE AGRICOLO**

**L'EREDE DELL'IMPRENDITORE DEFUNTO** (se questo ha accettato l'eredità puramente e semplicemente e non con beneficio d'inventario perché così verificandosi la confusione dei patrimoni, sarà possibile per l'erede accedere alla procedura di sovraindebitamento solo se la sua impresa non sarà fallibile (perché sotto soglia o agricola).

Possono beneficiare di questa procedura anche i **PROFESSIONISTI** anche la forma associata di professionisti può utilizzare questa procedura, in generale tutti i lavoratori autonomi.

Possono beneficiare di questa procedura le **ASSOCIAZIONI PROFESSIONALI** anche gli **ENTI PRIVATI** non commerciali (associazioni sportive dilettantistiche, comitati, organizzazioni di volontariato, enti lirici, ONLUS, Istituti di patronato e varie e le Associazioni non riconosciute (**Tribunale di Treviso sentenza 20/05/2015 - art. 10 Legge 3/2012**), possono avvalersi di tale procedura tutti i soggetti previsti dall'**art. 36 c.c.** (contenuto) anche il **SOCIO ILLIMITATAMENTE RESPONSABILE** che ha prestato garanzia per la società può beneficiare di tale procedura (lo ha detto anche la **Cassazione civile sentenza 3022/2015** che ha stabilito che “la responsabilità illimitata del socio illimitatamente responsabile di una società di persone per le obbligazioni sociali trae origine dalla sua qualità di socio e si configura come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale. Pertanto, l'atto con cui il socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui, ma per un'obbligazione propria).

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

Com'è possibile comprendere, allora, se le procedure di concordato preventivo e di fallimento sono applicabili a poche migliaia di soggetti, le procedure previste dalla Legge sul sovraindebitamento sono applicabili a milioni di persone e questo è il motivo per cui a questa Legge va data ampia diffusione e ne va spiegato il contenuto.

**ART. 6, comma 2, lett.a) L.3/2012** - requisito oggettivo: **SOVRAINDEBITAMENTO** che è la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente (ad esempio è stato ritenuto sussistente il requisito del sovraindebitamento in un caso di Accordo del debitore quello di una signora che aveva fatto ricorso a tanti finanziamenti a tassi prossimi all'usura non avendo immobili da costituire in garanzia, le cause dovute alla malattia del padre poi deceduto, una successiva malattia della signora agli occhi, tanti interventi e spese mediche fuori sede per operarsi con perdita di giorni di lavoro e spese ulteriori per le cure, tanti interventi chirurgici agli occhi con la necessità di chiedere ulteriori finanziamenti e infine anche la malattia della madre con ulteriori problemi).

COMPORAMENTO DEL DEBITORE - VALUTAZIONI PROPEDEUTICHE PER CAPIRE SE L'ACCORDO E' FATTIBILE E SE SI PUO' BENEFICIARE DEL PIANO DEL CONSUMATORE.

Una volta valutato se trattasi di un soggetto DEBITORE (requisito soggettivo) che rientra tra quelli che possono beneficiare delle procedure speciali, occorrerà da parte del professionista operare tutta una serie di valutazioni propedeutiche affinché l'accordo o il piano del consumatore che andremo a depositare dinanzi al Tribunale risponda ai requisiti di fattibilità e accoglibilità; per fare questo il professionista dovrà - attraverso una serie di step successivi - operare una serie di valutazioni che proprio la legge richiede e che porteranno alla stesura di una relazione finale, e che sono:

**DISAMINA DEGLI ARTICOLI 7, 8, 9 DELLA LEGGE N.3/2012.**

**ART. 7, comma 1, della Legge n.3/2012:** IL DEBITORE (qui inteso in senso ampio), in stato di sovraindebitamento, può proporre ai creditori con l'ausilio degli organismi di composizione della crisi di cui all'art. 15, un accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti sulla base di un piano che, assicurato il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'art. 545 c.p.c. e delle altre disposizioni

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

contenute in leggi speciali preveda scadenze e modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, indichi le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti e le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni.

E' possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono essere soddisfatti integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi.

In ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'imposta di valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento. Fermo restando quanto previsto dall'art. 13, comma 1, il piano può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267. il gestore è nominato dal giudice.

**ART. 7, comma 1 bis, della Legge n.3/2102:** qui si parla invece del CONSUMATORE che si trova in uno stato di sovraindebitamento e che può proporre con l'ausilio degli OCC un piano contenente le previsioni di cui al comma 1.

**ART.7, comma 2, Legge. n.3/2012:** affinché la proposta sia ammissibile non devono sussistere le seguenti CAUSE DI INAMMISSIBILITA' DELLA PROPOSTA (vale tanto per il debitore in generale che per consumatore):

(art.7, comma 2, L.3/2012)

a) se il soggetto è sottoposto a procedure concorsuali diverse da quelle in oggetto (concordato preventivo, fallimento ecc...)

b) se il debitore ha fatto ricorso, nei precedenti cinque anni, ai procedimenti di cui al presente capo;

c) se il debitore ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli art. 14 e 14 bis Risoluzione dell'accordo / Revoca e cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore. (Mentre l'art. 14 parla della risoluzione dell'accordo che può essere richiesta da qualsiasi creditore e si ha quando il proponente non adempia agli obblighi derivanti dall'accordo; quando le garanzie promesse non vengano costituite; quando l'esecuzione dell'accordo divenga impossibile per ragioni non imputabili al debitore; inoltre se nel frattempo il debitore ha acquisito le condizioni per essere assoggettato al fallimento, la sentenza pronunciata a suo carico risolve l'accordo).

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

Diverso é invece il contenuto di cui **all'art. 14 bis della legge** che parla di situazioni in cui il debitore ha: dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti e in tutti quegli altri casi in cui il piano è diventato impossibile). Questo punto verrà ripreso meglio *infra* quando parleremo degli atti in frode ai creditori.

d) fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale (scritture contabili e dichiarazione dei redditi). In sinergia con il commercialista per dare un esatto quadro della questione.

**ART.8 DELLA LEGGE N.3/2012** parla del contenuto dell'accordo o del piano del consumatore.

**ART. 9 DELLA LEGGE N.3/2012:** parla del deposito della proposta.

**Comma 1:** la proposta di accordo è depositata presso il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore. Il consumatore deposita la proposta di piano presso il tribunale del luogo dove ha la residenza. La proposta non oltre 3 giorni deve essere presentata, a cura dell'organismo di composizione della crisi, all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del proponente e deve contenere:

- 1) La ricostruzione della sua posizione fiscale (qui in sinergia con il commercialista);
- 2) L'indicazione di eventuali contenziosi pendenti (qui ruolo primario dell'avvocato).  
In questo secondo caso il professionista deve operare anche una valutazione di tutti gli elementi necessari a ricostruire l'esatta posizione debitoria del soggetto e dovrà, per esempio, prendere in considerazione l'elenco di tutti i finanziamenti contratti dal soggetto che chiede di essere ammesso alla procedura e valutare se vi siano dei contratti di finanziamento che sono stati risolti dalle finanziarie e passati agli uffici legali di recupero del credito in conseguenza del mancato pagamento.

Oppure dovrà valutare se ci sono cause pendenti in Tribunale, vertenze di natura lavorativa se trattasi di piccolo imprenditore sotto-soglia, in questo caso allora il problema é quello di vedere se deve essere rispettata la "**par condicio creditorum**" oppure se vi é una alterazione della stessa.

Nel caso della procedura relativa al piano del consumatore non sembra vi sia alcuna disposizione che sancisca la obbligatorietà della cd. "**par condicio creditorum**" (art. 12 ter L.3/2012) mentre l'accordo del debitore prevede un

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

trattamento diverso dei creditori che debbono rappresentare almeno il 60% del valore aventi diritto di voto.

In ogni caso entrambe le procedure dovranno soddisfare:

- il regolare pagamento dei crediti impignorabili
- il pagamento integrale (qui solo dilazione non falcidia) dei crediti IVA, e delle ritenute operate e non versate
- il pagamento, anche parziale, dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, seppure previsto in maniera inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni.
- Nulla viene, invece, detto in merito ai creditori chirografari e, nel silenzio della Legge, (vi é un evidente vuoto normativo) forse si potrebbe propendere per una ricostruzione più ampia possibile nel senso che, essendo il consumatore un cd. CONTRAENTE DEBOLE, si potrebbe accordare allo stesso la più ampia possibilità di decidere come soddisfare i creditori chirografari. (interpretazione ampia e improntata al *favor* verso il consumatore) anche perché i creditori in questa procedura non hanno diritto di esprimersi sul piano.

**L'art. 9, comma 2, della Legge n.3/2012:** invece richiede che unitamente alla proposta devono essere depositati l'elenco di tutti i creditori, con indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore (facendo quindi riferimento alla esistenza di beni immobili, di beni mobili, della tipologia di lavoro che svolge se é lavoratore autonomo oppure lavoratore dipendente...deve anche indicare se sono stati effettuati atti di disposizione negli ultimi 5 anni, corredati dalle dichiarazioni dei redditi e dell'attestazione della fattibilità del piano, ovvero che questa scelta si presenta migliore rispetto all'alternativa liquidatoria, nonché deve indicare l'elenco di tutte le spese correnti necessarie al sostentamento della famiglia, previa indicazione del nucleo familiare corredata possibilmente anche dal certificato dello stato di famiglia).

---

Tra le varie valutazioni propedeutiche che il professionista dovrà svolgere per valutare la fattibilità e realizzabilità dell'accordo o del piano c'è anche quella relativa agli:

- 1) **ATTI IN FRODE AI CREDITORI (art. 10, comma 3, Legge n.3/2012 - art. 12 bis, comma 1, Legge 3/2012).**

Nel complesso iter di valutazione della fattibilità dell'accordo o della proposta il professionista incaricato dovrà prendere in considerazione anche la presenza o meno di



## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

atti in frode ai creditori, anche se l'ultimo vaglio sulla sussistenza o meno del requisito spetterà al Giudice.

La norma generale a cui fare riferimento é l'**ART. 2740 c.c.** che dispone che “Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni (1218 c.c.) con tutti i suoi beni presenti e futuri” (2901, 2910 c.c.). Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge”.

Che cosa si deve intende per **ATTI IN FRODE AI CREDITORI**.

Ci si domanda se gli **ATTI DI FRODE** di cui parlano le disposizioni della Legge n.3/2012 possano essere individuate semplicemente negli atti in frode ai creditori o anche in quelle che esigono che la condotta del debitore fosse volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori (in questo caso il richiamo sembra farsi anche **agli artt. 14 e art. 14 bis della Legge 3/2012** che parla di debitore che dolosamente o con colpa grave ha aumentato e diminuito il passivo, ovvero sottratta e dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti).

La Legge 3/2012 prevede due tipi di atti di frode:

- 1) Quelli previsti dagli **Art. 10, comma 3, Legge. 3/2012 e dall'art. 12 bis, comma 1, della L.3/2012** (con formula cd. Ampia).
- 2) Quelli previsti dagli **artt. 14 e 14 bis della legge** che sono tipizzati;

La normativa sulla crisi da sovraindebitamento non è sempre cristallina e la Giurisprudenza dei Tribunali in materia di sovraindebitamento é ancora scarna nell'individuare il contenuto di cosa debba intendersi per **atto in frode ai creditori**, tuttavia sembra possano estendersi – in via analogica – le considerazioni svolte in tema di concordato preventivo (ART. 173 L. Fall. - subprocedimento che ha la funzione di *disclosure* della procedura di concordato preventivo), essendo tra l'altro la procedura sia di accordo del debitore sia quella del piano del consumatore affine al **CONCORDATO**.

Si può, quindi, propendere per una **accezione in senso ampio** del concetto di atti in frode ai creditori da applicare anche alla crisi da sovraindebitamento.

In una importante pronuncia della **Corte d'Appello di Firenze del 01/04/2014** in tema di **atti di frode rilevanti ex art. 173 L.F.** (che riprende la massima della **Cassazione 23387/2013**) i Giudici fiorentini affermano che “gli atti di frode” presupposto della revoca dell'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 Legge fall. non possono più essere semplicemente individuati negli atti in frode ai creditori, ovvero in quei comportamenti volontari idonei a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto



## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

creditorio, ma esigono che la condotta del debitore fosse volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè situazioni che se conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta.

“In sostanza, davanti al compimento di atti in frode persino la proposta più allettante va scartata in quanto ferisce principi superiori irrinunciabili, dettati a protezione della serietà, prima ancora della legalità, della definizione concorsuale dell'insolvenza nel rispetto della “**par condicio creditorum**”.

Altra considerazione, in tema di “atti di frode” é stata sempre svolta anche dalla **Corte d'Appello di Milano, 10 gennaio 2014**, ove si sottolinea che “la nozione di atto di frode, di cui all'art.173 L. Fall. esige che la condotta del debitore abbia avuto caratteristiche decettive ovvero sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori. Di conseguenza non può parlarsi di “atti di frode” quando il debitore ha fatto piena e corretta menzione di tali atti nella proposta concordataria”.

Anche la **Cassazione Civ. Sez. I del 26.06.2014** ha ulteriormente ampliato l'ambito delle fattispecie rilevanti ai sensi dell'art.173 L. fall. precisando che *“la rilevanza, ai fini e per gli effetti di cui all'art. 173 L. Fall., della natura fraudolenta degli atti posti in essere dal debitore e potenzialmente decettivi nei riguardi dei creditori, è ravvisabile anche nell'ipotesi in cui l'inganno effettivamente realizzato sia stato reso noto ai creditori prima del voto”* e nonostante la circostanza che, successivamente a tale comunicazione, vi sia stato un voto favorevole da parte della maggioranza dei medesimi.

### ESEMPI DI ATTI IN FRODE:

Ad esempio, l'accertamento da parte del commissario giudiziale, di atti di occultamento o dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più creditori, dell'esposizioni di passività insussistenti o della commissione di atti in frode da parte del debitore, determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 L.F., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento (**Cassazione civile sez. I, 26/06/2014**).

Ancora, sembra che il legislatore abbia inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere atti contemplati dal citato art. 173 L. Fall. Individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e, quindi, nel loro accertamento un ostacolo obiettivo ed insuperabile alla prosecuzione della procedura (**Cass. Civ. Sez. I, 26/06/2014**).

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

NON SONO STATI CONSIDERATI ATTI IN FRODE:

- l'omessa informativa ai creditori dell'esistenza di un contenzioso civile avente ad oggetto la richiesta di pronuncia costitutiva di usucapione di un terreno di modesto valore, essendo detta omissione inidonea ad influire sulla genuina formazione del consenso dei creditori, sotto il profilo delle reali prospettive di soddisfacimento (**Tribunale di Rimini 17.07.2015**).
- ancora (**Cassazione civile, Sez. I, 04.06.2014**) non sono stati considerati atti in frode, ma semplici irregolarità contabili, non ostante di per sé all'ammissione ed alla omologazione del concordato e delle quali non è stata evidenziata in modo puntuale una valenza decettiva per il ceto creditorio, comportamenti quali :
  - a) l'intestazione del 99% delle quote ad una signora mai interessatasi dell'azienda;
  - b) il ritardato deposito dei bilanci relativi agli anni di crisi di impresa;
  - c) l'irregolare tenuta dei registri IVA, del registro degli acquisti, del registro dei correttivi e del registro riepilogativo;
  - d) la vendita all'ingrosso sottocosto delle rimanenze di magazzino senza fatturazione e senza autorizzazione ex art. 15 d. Lgs. 31/03/1998 n.114.
    - Non sono considerati atti in frode gli illeciti gestionali o contabili idonei a determinare poste di danno (irrilevanti come atti in frode).

\*\*\*\*\*

Nella legge sul sovraindebitamento, il concetto di assenza di **atti in frode ai creditori** è stato previsto tanto per l'Accordo di composizione della crisi (Art. 10, comma 3, Legge. 3/2012) sia dall'art. 12 bis, comma 1, della L.3/2012 per il procedimento del PIANO DEL CONSUMATORE.

La RATIO sottesa è la medesima, ovvero quella di assicurare che non vi sia sottrazione dei beni alla garanzia del credito).

Infatti con una interessante pronuncia, il Tribunale di Reggio Emilia ha ritenuto sussistente un atto in frode ai creditori anche in un caso di ACCORDO DEL DEBITORE.

### CASI PRATICI:

#### A) ACCORDO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI: PROPOSTO E RIGETTATO.

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

La massima: “Costituisce atto in frode ai creditori – ostativo alla composizione della crisi da sovraindebitamento (ai sensi dell’articolo 10, comma 3°, della Legge 27/1/2012, n. 3) – il TRUST istituito dal debitore successivamente al manifestarsi della situazione di squilibrio patrimoniale e, inoltre, con modalità e clausole tali da far presumere l’intento del disponente di mantenere il controllo sui beni sottraendoli alla garanzia patrimoniale.”

Tribunale di Reggio Emilia, decreto 11 marzo 2015, Giudice Varotti

**Nel caso di specie si trattava di un TRUST diretto a sottrarre alla garanzia generica dei creditori i beni oggetto dell'atto di conferimento.**

In questo caso il debitore con una scrittura privata autenticata del 31.03.2014 aveva costituito un TRUST denominato “Anna” espressamente regolato dalla Trust Jersey Law del 1984.

In detta scrittura il debitore aveva maturato l'esigenza di preservare l'integrità del proprio patrimonio personale avvertendo l'obbligo, morale e giuridico, di provvedere ai suoi eredi in modo tale che essi non risentissero di alcuna vicenda personale o economica che potesse in futuro riguardare l'esponente. Per tutelare questa esigenza egli ha designato quale trustee il proprio fratello Alberto e guardiano il proprio legale Avv. Enrico Prost., indicando quali beneficiari i propri figli viventi al termine del trust o, in mancanza, i propri discendenti.

Le finalità perseguite attraverso il TRUST possono essere di vario genere, finalità successorie, finalità liquidatorie ecc. ma anche finalità illecite, quali quelle elusive di norme imperative, di evasione fiscale, di riciclaggio.

Nella presente fattispecie, il cd. TRUST ANNA appare caratterizzato da intenti elusivi del disposto dell'articolo 2740 c.c. e ciò per i seguenti motivi:

- 1) perché il TRUST è stato istituito in data 31/03/2014 quando la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte dall'odierno proponente e il suo patrimonio prontamente liquidabile era già palese;
- 2) perché le finalità del TRUST apparivano totalmente fantasiose ed irrealizzabili in quanto i beni in trust dovrebbero essere amministrati e gestiti nell'interesse della prole del debitore, che al momento presente non è nemmeno coniugato e, almeno da quello che consta agli atti, non è neppure stabilmente con qualcuno;

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

- 3) perché è stato designato trustee il fratello del disponente, legato al disponente da vincoli di parentela e sprovvisto (almeno stando da quello che risulta agli atti) di profili professionali coerenti con la complessità dell'attività gestoria;
- 4) perché ha assunto il ruolo di guardiano l'Avvocato Prost, presumibilmente legato da mandato professionale nei confronti dello stesso disponente o dal trustee;
- 5) perché l'atto istitutivo del TRUST è stato redatto nella stessa data del rogito di dotazione che ha preso la forma della scrittura privata autenticata da Notaio, precauzione questa notoriamente utilizzata dai Notai in presenza di atti giuridici di dubbia validità o efficacia.
- 6) perché i poteri di gestione dei beni in trust sono confermati in maniera tale da consentire al disponente un ampio controllo sulle scelte del trustee.

Da tutti questi elementi è possibile desumere che il TRUST ANNA appare diretto ad ottenere la cd. SGREGAZIONE DEI CESPITI DESCRITTI NEL ROGITO DI CONFERIMENTO, in modo da mantenere la stessa destinazione che essi avevano prima dell'istituzione del trust.

Trattandosi, nel caso di specie, di un TRUST diretto a sottrarre alla garanzia generica dei creditori i beni oggetto dell'atto di conferimento e ricorrendo l'art. 15, comma primo, lettera e) della Legge n. 364/1989 e l'inderogabilità dell'articolo 2740 c.c. impediscono il riconoscimento del trust del debitore.

Pertanto, sussistendo un atto di frode compiuto dal debitore in data antecedente alla presentazione del ricorso per sovraindebitamento, l'accordo proposto ai creditori non può essere omologato.

\*\*\*\*\*

La stessa cosa si è rilevata in un caso di **TRUST SHAM (o Trust fittizio)**, infatti una recente pronuncia della Suprema Corte (**Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione V penale, del 7 novembre 2014, n. 46137**) in tema di trust c.d. "fittizio", in quanto istituito con l'unico e accertato fine del disponente di sottrarre i propri beni ai creditori, offre lo spunto per una serie di riflessioni sullo stato dell'arte della giurisprudenza in materia e sul, purtroppo non raro nel nostro Paese, distorto ed illegittimo ricorso ad un istituto le cui finalità e la cui natura sono ben più nobili rispetto all'elusione fiscale o la sottrazione dei beni ai creditori. Risultava, dunque, evidente la simulazione dell'atto istitutivo del trust utilizzato *"come mero espediente per creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi, comprese quelle erariali"*.

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

\*\*\*\*\*

### **B) ACCORDO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI: ACCOGLIMENTO DEL RECLAMO E ANNULLAMENTO DEL DECRETO DI INAMMISSIBILITA' DELLA PROCEDURA DA SOVRAINDEBITAMENTO - ESCLUSIONE DEGLI ATTI IN FRODE.**

E' annullabile il decreto con cui il Giudice di prime cure ha ritenuto inammissibile la composizione della crisi da sovraindebitamento mediante l'istituzione di un TRUST LIQUIDATORIO giudicato in contrasto con l'interesse dei creditori, poiché l'evidenziare la mancanza della legge regolatrice, della clausola che prevede la riconsegna dei beni al curatore fallimentare nell'ipotesi di fallimento del debitore e di qualsiasi indicazione in ordine alle scadenze e modalità di pagamento dei creditori, deve essere considerata come oggetto di richiesta di integrazioni e modifiche della proposta originaria da parte del giudice, con la conseguente regressione del procedimento alla fase in cui si è verificata la nullità e una nuova sottoposizione al vaglio di cui all'art. 10, comma 1, della Legge 27.01.2012 n.3 da parte di diverso Giudice e, in caso positivo, al nuovo voto da parte dei creditori. **(Tribunale di Ragusa - provvedimento del 18.03.2014).**

Si trattava anche in questo caso di un TRUST cd. Liquidatorio istituito da parte di un Imprenditore agricolo in cui il Giudice di prime cure aveva ritenuto la proposta non a carattere fraudolento ma semplicemente contraria "all'interesse e al pregiudizio dei creditori" perché:

- si poteva avere possibile sottrazione all'azione revocatoria fallimentare del trust;
- mancava la clausola di restituzione dei beni al curatore in caso di fallimento;
- mancava la previsione della legge applicabile al trust (la cd. Jersey Trust Law del 1984);
- la non necessarietà di tale modalità liquidatoria a fronte di possibili strumenti non lesivi degli interessi dei creditori rappresentati dall'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore;

Il provvedimento in oggetto, stabilisce che nel concetto di "FRODE" non rientra qualunque soddisfacimento del ceto creditorio e, quindi, risulta estraneo a tale qualificazione il comportamento del debitore che, già nel ricorso, abbia indicato gli atti di disposizione del patrimonio, stipulati anteriormente, implicanti la concessione di diritti di godimento a terzi e che, successivamente, esaminati dal commissario giudiziale siano

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

ritenuti suscettibili di depauperare detto patrimonio, pregiudicando la fattibilità della proposta concordataria”.

Pertanto, il Giudice del Reclamo, lo accoglie, annulla il Decreto del Tribunale reclamato e assegna termine di 15 gg. per depositare le integrazioni dell'accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento.

### C) PIANO DEL CONSUMATORE E ATTI IN FRODE AI CREDITORI

Per quanto riguarda gli “atti in frode ai creditori” nel caso di piano del consumatore va rilevato che se il professionista durante la relazione propedeutica ed accompagnatoria rileva la presenza di atti in frode addirittura la proposta non viene neanche presa in considerazione poiché elemento imprescindibile é la DILIGENZA e l'assenza di COLPA del consumatore nella assunzione delle obbligazioni e il fatto che il consumatore non abbia colposamente determinato il sovraindebitamento.

Altra considerazione relativa agli atti in frode ce la offre sia l'**art. 14** che l'**art.14 bis della legge** che sembra aver tipizzato le condotte nelle quali può incorrere il DEBITORE.

Ma se gli artt. 10 e 12 della Legge n.3/2012 fanno riferimento ad un accertamento antecedente la proposizione dell'accordo o del piano del consumatore, gli artt. 14 e 14 bis sembrano fare doppiamente riferimento sia:

- 1) Al debitore che ha già fatto ricorso, nei cinque anni precedenti, ad una procedura di cui alla Legge n.3/2012 e che però ha subito per cause a lui imputabili uno dei provvedimenti di cui agli artt. 14 e 14 bis (il richiamo é all'art. 7, comma 2, lettera c) e lettera d) della Legge n.3/2012) con conseguente inammissibilità della proposta;
- 2) Al debitore che per la prima volta presenta un accordo o un piano del consumatore che viene omologato e successivamente si ha la risoluzione dell'accordo o la revoca o la cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del debitore per comportamenti dello stesso in frode ai creditori.

Si ha infatti, risoluzione dell'accordo, e può essere chiesta da qualsiasi creditore, quando:

- il proponente non adempia gli obblighi derivanti dall'accordo;
- le garanzie promesse non vengano costituite;
- l'esecuzione dell'accordo divenga impossibile per ragioni imputabili al debitore;
- Inoltre, qualora il debitore abbia nel frattempo acquisito le condizioni per essere assoggettato al fallimento, la sentenza pronunciata a suo carico risolve l'accordo.

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

Si ha invece revoca o cessazione degli effetti dell'accordo omologato, su istanza di qualsiasi creditore, quando:

- sia stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo;
- sia stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo;
- siano state simulate dolosamente attività inesistenti.

Il termine per proporre il ricorso è di sei mesi dalla scoperta della causa e, in ogni caso, entro un anno dalla scadenza fissata per l'ultimo adempimento previsto.

---

Un altro aspetto da valutare da parte del professionista, che assiste il debitore-consumatore nella proposta del piano, sarà anche quello di valutare il contenuto previsto dall'**art. 12, comma 3, della Legge n. 3/2012**, sebbene la Legge n.3/2012 parli solo di rispetto dei requisiti previsti dagli artt. 7, 8 e 9 per quanto riguarda l'ammissibilità del proposta.

In realtà, bisognerà anche valutare la cd:

### **2) MERTEVOLEZZA DELLA CONDOTTA E ASSENZA DI COLPA DEL DEBITORE-CONSUMATORE.**

E' prevista dall'**art. 12 bis, comma 3, della L. 3/2012** non parla esplicitamente di MERITEVOLEZZA ma parla di consumatore che “ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali”.

Il legislatore ha in questo caso **tipizzato** una ipotesi di SOVRAINDEBITAMENTO COLPEVOLE quella del soggetto che ricorre al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

Determinanti saranno, quindi, allora in questo caso tutte le informazioni raccolte e relative alle scelte fatte dal consumatore (ad. es l'oggetto dei suoi acquisti, l'entità dei propri guadagni al momento della effettuazione degli acquisti, se il debitore poteva permettersi tale spesa o l'ha effettuata in modo del tutto irresponsabile).



## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

Questo passaggio rappresenta uno SNODO CRUCIALE dell'intera procedura poiché la possibilità di ottenere o meno l'omologa ai sensi dell'art. 12 bis Legge n.3/2012 dipenderà in misura prevalente da come saranno interpretati dall'organo giudiziario i dati forniti.

La MERITEVOLEZZA di cui all'art. 12 bis comma 3 della L.3/2012 per negligenza del debitore il quale, al momento della stipula dell'ultimo (e più oneroso) contratto di finanziamento non poteva non essere consapevole delle proprie difficoltà economiche. Si ha riguardo alla natura "non colposa" del sovraindebitamento.

(Il controllo sulla meritevolezza del debitore e sulla fattibilità e convenienza del piano sottostante alla proposta viene realizzato con l'ausilio dell'Organismo di composizione della Crisi.)

**Primo esempio:** è stato ritenuto **meritevole** il caso di una signora che presentando un piano del consumatore con una esposizione debitoria pari ad € 53.494,43 ha chiesto la riduzione ad € 27.000,00 per avere ricorso a n.5 contratti di finanziamento dal 2007 al 2012 essendo titolare di una pensione INPS di € 1450,00 ed avendo all'interno del nucleo familiare anche il figlio che a causa di una grave malattia insorta nel 2011 aveva perso la capacità lavorativa.

Infatti è stato valutato che, in base alle cause del sovraindebitamento e alla diligenza prestata nell'assumerle, che la signora aveva fatto accesso ai finanziamenti per mancanza di liquidità e per fornire aiuti economici al proprio figlio, che l'incapacità di adempiere alle obbligazioni e all'accumularsi dei debiti era dovuto all'aumento delle spese correnti necessarie per la vita quotidiana.

E' stata valutata anche la diligenza prestata dalla signora nell'adempire le proprie obbligazioni, infatti è stato valutato che la signora non aveva subito né protesti né esecuzioni individuali negli ultimi cinque anni e che nei rapporti con le società finanziarie aveva in gran parte adempiuto, eventualmente anche con rinegoziazioni e dilazioni.

Che il piano proposto era conveniente rispetto alla alternativa liquidatoria (si risparmierebbero i tempi lunghi di una liquidazione del patrimonio).

Il piano è fattibile perché l'importo mensile offerto costituisce circa il 21% del reddito netto percepito, peraltro la durata della procedura da stimarsi in circa 8 anni a partire dall'omologa va ritenuta compatibile con la speranza di vita, quantificata, tenuto conto dell'età della debitrice e delle tabelle di mortalità, in circa 19 anni.

In sostanza il sovraindebitamento non è STATO colpevolmente attribuito alla stessa ma è stato ricondotto a cause estranee ed imprevedibili, infatti il progressivo indebitamento, soprattutto negli anni 2011 e 2012 si era incrementato proprio con la malattia del figlio e il

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

tentativo di fare accesso al credito proprio per consentire al figlio di tenere in piedi la propria attività economica e lavorativa.

Risulta quindi chiaro che non sussista alcuna colposità nell'indebitamento avendo la signora contratto obbligazioni astrattamente compatibili con le capacità reddituali della famiglia e, quindi, nella prospettiva positiva di adempierle.

**Secondo esempio:** E' stato ritenuto **meritevole** di interesse il piano del consumatore presentato da un debitore che, avendo ricevuto un'eredità negli anni 2007 e 2008 di circa 70/80 mila euro, aveva ampliato i propri finanziamenti anche su suggerimento di alcune banche . Infatti non risultava alcuna colposità nell'indebitamento poiché il consumatore aveva contratto obbligazioni astrattamente compatibili con le sue capacità reddituali e quindi nella prospettiva di poterle adempiere.

Altra questione:

In sostanza si dovrà valutare se il debitore abbia chiesto un finanziamento quando già versava in una situazione economica precaria (in casi come questo il Tribunale di Pistoia ha revocato l'omologa del piano del consumatore in quanto il finanziatore-creditore ha chiesto la revoca dell'omologa per assenza di condizioni di meritevolezza ai sensi dell'art. 12, comma 3, della Legge n.3/2012 per palese negligenza da parte del soggetto che, al momento della assunzione dell'obbligazione e in particolare al momento della stipula del finanziamento non poteva non essere consapevole della sua difficoltà economica). Il finanziamento però era stato concesso lo stesso, tra l'altro era anche garantito dalla cessione della propria pensione INPS nella misura di 1/5 purtuttavia in un secondo momento uno dei finanziatori decide di chiedere la revoca dell'omologa.

Qui ci sarebbe da analizzare anche la disciplina dei contratti di credito ai consumatori che imporrebbe al cd. Finanziatore di valutare - in una fase precontrattuale - il merito di credito del richiedente, ma nulla specifica in caso di soggetto "non meritevole".

Si potrebbe lavorare sull'interpretazione dell'**art. 124 bis del TUB (VERIFICA DEL MERITO CREDITIZIO)**: la disposizione potrebbe essere il nucleo normativo a partire dal quale sviluppare strumenti di tutela in caso di cd. "credito irresponsabile".

Una funzione minima essenziale potrebbe essere quella di valutare accuratamente (da parte del soggetto finanziatore) le caratteristiche del finanziamento e degli specifici effetti pregiudizievoli che un'assunzione non sufficientemente meditata potrebbe produrre sul patrimonio del futuro debitore.

La valutazione del cd. **Merito creditizio** è una operazione che si svolge in una fase precontrattuale comunque governata dalla regola della buona fede, prima ancora che dalla

## IL RUOLO DELL'AVVOCATO COME PROFESSIONISTA DEL DEBITORE NONCHE' COME ORGANO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI.

normativa di settore. Colui che finanzia il consumatore non è obbligato ad astenersi dal concedere prestiti in caso di precarie condizioni economiche del richiedente, ma non ha neppure libertà assoluta di erogare finanziamenti anche a soggetti immeritevoli. Ci si potrebbe trovare di fronte a condotte azzardate e non sempre limpide del finanziatore.

La correttezza riempie di contenuto gli aspetti potenziali della relazione e proietta sulla contrattazione una luce che rende manifeste situazioni nelle quali il contratto di credito è e può essere fonte di danno per il soggetto che riceve il finanziamento.

Si scorgono con chiarezza i tratti distintivi di una responsabilità precontrattuale per violazione dell'affidamento incolpevole.

Da un lato vi è il consumatore che continua a sovraindebitarsi dall'altro vi è la responsabilità del creditore che, erogando il finanziamento sul presupposto della "intrinseca sostenibilità" in rapporto al suo merito di credito valutato dal finanziatore crea un legittimo affidamento.

Anche questo aspetto, dovrà essere indagato dal professionista quando andrà a redigere la relazione e valutare se il debitore-consumatore sia "meritevole" e se vi sia stata o meno "violazione dell'affidamento incolpevole".

---

Un'ultima questione, è quella che ha dato attuazione attraverso il D. M. pubblicato nella gazzetta ufficiale del 27.01.2015 con cui si è dato attuazione a quanto previsto dall'art. 15 L.3/2012 riguardante le funzioni dell'OCC e l'individuazione di professionisti in possesso dei requisiti di cui all'art. 28 L.F.

Il professionista è nominato dal Presidente del Tribunale o dal Giudice da lui delegato, su istanza del debitore (la relativa domanda si presenta alla Cancelleria della Volontaria Giurisdizione con contributo unificato da € 98 + marca da € 27).

Un ultimo importante rilievo, infine, si è avuto con l'art. 13 del d.l. 27 giugno 2015 n.83 che ha previsto la riformulazione dell'art. 480 c.p.c. che stabilisce che il PRECETTO deve contenere l'avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore e ciò a riprova dell'importanza sempre crescente di questa Legge.