Premessa

Come noto, la vigente formulazione dell'art. 118, comma II, L.F., modificata dal D.L. 83/2015, convertito con mod. dalla L. 134/2015, pone una serie di problemi interpretativi concernenti non solo il suo ambito concreto di operatività, ma anche le concrete modalità di attuazione. Si aggiungono, poi, problemi concernenti il coordinamento della norma - e del meccanismo da essa introdotto - con il sistema normativo complessivo (ed in particolare con la disciplina fiscale).

Il regime temporale

Si tratta di una disciplina di tipo evidentemente procedimentale e non sostanziale, e come tale deve ritenersi applicabile anche alle procedure aperte prima dell'entrata in vigore della legge di conversione.

La chiusura come atto dovuto?

Il primo problema che si pone è quello di stabilire se, in presenza dei presupposti delineati, la chiusura costituisca atto dovuto.

In realtà, la formulazione della norma ("la chiusura della procedura (...) non è impedita") sembra, in ogni caso, rimettere la decisione ad una scelta ragionata di Curatore e G.D. Ad esempio la pendenza di un giudizio di elevata complessità, con sviluppi potenzialmente imprevedibili e con la necessità di costante monitoraggio potrebbe giustificare la scelta di non chiudere la procedura. Inoltre, la disapplicazione del meccanismo potrebbe essere giustificata dalla pendenza di numerosi giudizi, con necessità di conservare una gestione del contenzioso piena e non in parte limitata, come invece nel caso della chiusura "speciale".

L'accezione di giudizi ex art 118, comma II, L.F. Ambito di applicazione

Il secondo problema interpretativo concerne l'interpretazione della locuzione "pendenza di giudizi", utilizzata dalla norma ed in particolare la necessità di comprendere **se essa sia estesa alle sole controversie "attive", o anche alle controversie "passive"**.

La possibilità di procedere alla chiusura del fallimento anche in presenza di cause attive costituisce un rimedio nuovo di cui dispone il curatore prima esposto all'alternativa tra la prosecuzione pluriennale dei giudizi o il rigoroso rispetto del parametro di durata ai sensi della Legge Pinto. Criticità, questa, che veniva "sfruttata" dalle controparti del Fallimento, allo scopo di ottenere transazioni estremamente favorevoli, se non addirittura per indurre il Curatore all'abbandono della controversia.

Deve quindi ritenersi che la nuova disciplina dell'art. 118, comma II, L.F. operi per le cause c.d. "attive" e cioè per i "giudizi" che sono promossi dal fallimento allo scopo di conseguire poste attive, da ripartire tra i creditori.

Si pone, a questo punto, il problema di stabilire l'**ambito dei giudizi attivi** cui la norma può trovare applicazione.

E' evidente che il giudizio deve essere già stato promosso al momento di attivazione del meccanismo speciale di chiusura: l'ultrattività del Curatore (e del G.D.) è limitata alla "gestione" dei giudizi pendenti, ma non alla instaurazione di nuovi giudizi (cfr. art. 120 L.F. *"giudice delegato e il curatore restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto"*), anche se estesa a tutti i gradi successivi *"curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio"*.

Questo significa, tra l'altro, che ove il Curatore intenda avvalersi dell'eventuale giudizio penale (relativo a reati commessi dai soggetti responsabili dell'impresa fallita) per costituirsi come parte civile dovrà necessariamente attendere il rinvio a giudizio, altrimenti la chiusura del fallimento potrebbe precludere la costituzione di parte civile.

Alla luce dei principi che precedono è inevitabile rilevare la sussistenza di una criticità, qualora al momento della chiusura sia stata autorizzata dal G.D. l'azione per la condanna di un terzo al pagamento di una somma di denaro, ma resti aperto il profilo dell'azione esecutiva in caso di inottemperanza alla statuizione di condanna. Si tratta, tuttavia, di profilo che potrebbe essere superato, ritenendo che la previsione di ultrattività della legittimazione del Curatore si estenda anche alla successiva azione esecutiva.

In caso di chiusura ex art. 118, comma II, la ultrattività della legittimazione del curatore deve ritenersi estesa all'azione esecutiva.

Un difettoso coordinamento tra il richiamo operato dalla norma in questione all'art. 43 L.F. e la mancata modifica dell'art. 120 L.F. (*"Le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite"*) potrebbe indurre a ritenere che il meccanismo non possa trovare applicazione alle azioni revocatorie fallimentari e cioè ad una delle più importanti categorie di azioni attive della procedura. Appare opportuno il formarsi di una interpretazione "ortopedica" del combinato disposto di cui agli artt. 118, comma II, L.F. e 120 L.F., tale da far affermare l'ultrattività della legittimazione del curatore anche (e soprattutto) per le azioni a tutela dei diritti che derivano dal fallimento.

Per quanto riguarda le tipologie di controversie la cui pendenza non ostacola la chiusura ex art. 118 L.F., si deve ritenere che il riferimento normativo concerna in primo luogo tutte le controversie che comportino un flusso pecuniario e quindi: domande di condanna, insinuazioni al passivo ed opposizioni allo stato passivo in altri fallimenti, costituzioni di parte civile e procedure esecutive, anche se su tale profilo sono state sollevate perplessità.

Più complesso è, invece, il problema per le cause che hanno la finalità di recuperare dei beni in natura. Per questi, infatti, sarebbe poi necessaria la successiva attività di liquidazione (e quindi anche un supplemento del programma di liquidazione), mentre il meccanismo contemplato dalla norma è compatibile espressamente solo con riparti

successivi alla chiusura, ma non con liquidazioni supplementari. Né il problema può essere risolto – come suggerito da taluni – con la redazione anticipata di un supplemento al programma di liquidazione (eventuale) da impiegare in caso di esito positivo dell'azione recuperatoria, perché resterebbe il problema della liquidazione, vera e propria, per la quale non è prevista ultrattività dei poteri del Curatore e del G.D.

Deve concludersi che non può procedersi a chiusura ex art. 118, n. 3) nell'ipotesi di giudizi con finalità recuperatoria di beni da liquidarsi successivamente

Rapporti tra l'Art. 118, n. 3) e l'art. 118, n. 4)

Ulteriore problema è costituito dalla compatibilità della previsione di cui all'art 118, n. 3) con l'ipotesi in cui la controversia pendente costituisca l'**unico attivo della procedura**. Sebbene vi siano voci favorevoli all'applicazione della previsione, ci si deve scontrare con il fatto che, al momento della chiusura, il fallimento sarebbe chiuso ex n. 3 (compiuta ripartizione), in uno scenario in cui non vi è stato riparto alcuno, essendovi solo la speranza di riparto in caso di esito favorevole del giudizio pendente. Il provvedimento adottato avrebbe carattere letteralmente contraddittorio e ulteriormente – anche se non costituisce argomento risolutivo – è anche da verificare perfino se una simile soluzione sia compatibile con i sistemi telematici di annotazione delle chiusure in uso presso i tribunali. Ulteriormente, si deve considerare che la chiusura comporterebbe comunque la necessità di liquidare il compenso del Curatore. Compenso che, tuttavia, essendo in quel momento l'attivo pari a 0,00, sarebbe a carico dell'Erario. *Quid*, se poi la controversia fosse vinta e si procedesse al riparto supplementare? Il Curatore, ad esempio, dovrebbe restituire all'Erario la somma equivalente al compenso che ha ricevuto "in anticipo"? Lo scenario della controversia pendente come unico cespite attivo del fallimento, quindi, non appare compatibile con una chiusura anticipata della procedura.

Compenso

Altra questione è se in caso di supplemento di riparto il Curatore abbia diritto ad un **supplemento di compenso**.

La risposta a tale quesito sembra necessariamente positiva.

In primo luogo va detto che l'esclusione del diritto al compenso supplementare potrebbe disincentivare la chiusura anticipata da parte del Curatore. In secondo luogo, ed è considerazione risolutiva, si tratterebbe di interpretazione di dubbia costituzionalità, in quanto verrebbe a ledere irragionevolmente i diritti del Curatore. Da un certo punto di vista, infatti, la situazione del Curatore che opera il riparto "finale" dell'attivo sino a quel momento realizzato, e poi chiude ex art 118, n. 3) L.F., per poi operare un ulteriore riparto a giudizio concluso, non è molto diversa dal Curatore che opera un riparto parziale e chiede un acconto, per poi ripartire gli ulteriori attivi.

Va pertanto adottato il principio per cui, l'eventuale supplemento di riparto a chiusura avvenuta, potrà legittimare il curatore a chiedere un supplemento di compenso.

Il decreto di chiusura

Dispone l'art. 118 nuova formulazione che "le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal tribunale con il decreto di cui all'articolo 119".

Emerge in tal modo il carattere fondamentale assunto dal decreto di chiusura "speciale", che dovrà necessariamente contenere una serie di modalità operative, funzionali alla "gestione" successiva.

La prima di tali modalità è costituita dalla determinazione del riparti supplementare delle sopravvenienze attive derivanti dall'esito positivo del "giudizio" pendente. Modalità che non possono essere quelle di cui all'art 110 L.F. in quanto il regime previsto da tale norma non è compatibile con l'ultrattività parziale degli organi (o con la cessazione dei medesimi: si pensi al Comitato dei Creditori nei fallimenti "vecchio rito" nei quali il 110 L.F. prevede ancora l'intervento di tale organo). Si pensi solo al meccanismo del reclamo ex art. 36 L.F. che non risulta attuabile in uno scenario dove formalmente gli organi sono decaduti ed in parte sono in una sorta di *prorogatio* parziale. Appare, allora, opportuno dettare un regime "semplificato" di presentazione del progetto di distribuzione "supplementare", ad esempio prevedendo che il progetto di distribuzione sia comunicato ai creditori con facoltà degli stessi di presentare osservazioni al G.D., o allo stesso Curatore.

Le necessità operative rendono inevitabile che il decreto di chiusura preveda che il conto corrente della procedura resti aperto, dal momento che, diversamente, non vi sarebbe un rapporto bancario su cui far transitare le sopravvenienze attive derivanti dall'esito positivo del giudizio pendente.

Sempre nel provvedimento di chiusura è opportuno che il tribunale preveda esplicitamente il diritto del Curatore al supplemento di compenso, e – per esempio – confermi le percentuali di scaglione già adottate nel precedente decreto.

Profili operativi e sistematici finali

Il mancato coordinamento della norma con altre previsioni di legge solleva, poi, problemi come quello che scaturisce dalla cancellazione delle società dal Registro delle imprese espressamente prevista dall'art. 118 L.F.

Appare evidente che detta cancellazione potrebbe andare ad incidere sulla stessa legittimazione del Curatore (nonché sui profili di tipo fiscale).

Non dissimile il problema per quanto concerne i profili di ordine fiscale.

In teoria la partita IVA del Fallimento viene a chiudersi quando sono terminate le operazioni attive (art. 35, 4° comma, d.P.R. 633/1972) e pertanto va verificata la compatibilità tra tale meccanismo e la prospettiva che, dopo la chiusura ex art. 118, n. 3), il Fallimento possa acquisire ulteriore attivo o anche – nel contenzioso con l’Agenzia delle Entrate – a conseguire il diritto al rimborso di imposte.

Risulterebbe opportuno, quindi, assicurare al Curatore la possibilità di continuare ad avvalersi del Codice Fiscale (anche al fine di essere sostituito d’imposta su eventuali compensi professionali da erogare *post* chiusura) previa chiusura della partita iva, rendendo la società (che non va cancellata) “inattiva” presso il Registro delle imprese.

Quanto esposto induce ad elaborare i seguenti principi:

- 1) L’art. 118, comma II nuova formulazione L.F. trova applicazione anche alle procedure aperte prima dell’entrata in vigore della legge di conversione.
- 2) La nuova disciplina dell’art. 118, comma II, L.F. opera per le cause c.d. “attive” e cioè per i procedimenti in cui il Fallimento si è fatto promotore di una iniziativa giudiziale finalizzata ad acquisire una posta attiva.
- 3) La necessità di evitare che una lettura letterale renda vana la prosecuzione dei giudizi di cognizione e condanna comporta che in caso di chiusura ex art. 118, comma II, L.F. l’ultrattività della legittimazione del Curatore deve ritenersi estesa all’azione esecutiva.
- 4) Il combinato disposto di cui agli artt. 118, comma II, L.F. e 120 L.F., deve essere interpretato nel senso che l’ultrattività della legittimazione del Curatore si estenda anche (e soprattutto) per le azioni a tutela dei diritti che derivano dal fallimento.
- 5) La chiusura anticipata ex art. 118, comma II, L.F. non può essere adottata nell’ipotesi di giudizi con finalità recuperatoria di beni da liquidarsi successivamente.
- 6) Lo scenario della controversia pendente (o delle controversie pendenti) come unico cespite attivo del Fallimento non appare compatibile con una chiusura anticipata della procedura.
- 7) L’eventuale supplemento di riparto effettuato a chiusura avvenuta legittima il Curatore a chiedere un supplemento di compenso.
- 8) Il decreto di chiusura ex art. 119 L.F. dovrà prevedere in modo specifico un procedimento semplificato per operare il riparti supplementare e – possibilmente – altre modalità di attuazione della chiusura (mantenimento del conto corrente e del codice fiscale, mancata cancellazione della società dal Registro delle imprese).

Bozza del decreto di chiusura

TRIBUNALE DI PESCARA

Il Tribunale, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei seguenti magistrati:

- letta l'istanza che precede;
- sentito il giudice delegato;
- rilevato che le circostanze esposte nell'istanza trovano riscontro nella documentazione in atti;
- rilevato in particolare che è stata compiuta la liquidazione dell'attivo ex art. 118 n. 3) l.f.;
- rilevato che pendono le seguenti cause:
- (Tribunale di/RG/Giudice);

ecc...

-ritenuto che, nel concorso di tali circostanze, devesi dichiarare la chiusura del fallimento a norma dell'art. 118 n. 3) legge fall., avendo il d.l. 83/2015 e successiva legge di conversione, novellato l'art. 118 co. 2 legge fall., il quale ora prevede appunto che la chiusura della procedura ex art. 118 n. 3) legge fall. non è impedita dalla pendenza di giudizi, per i quali il Curatore mantiene la legittimazione processuale, previo riparto dell'attivo (o suo accantonamento in vista degli esiti dei giudizi pendenti);

P.Q.M.

Visti gli artt. 118 n. 3), 118 co. 2 e 119 legge fall.;

DICHIARA

la chiusura del fallimento della società

con sede in ,

Via C.F.:

Fall. n. del , per riparto e in pendenza di cause;

RILEVATO

che, per l'art. 118 co. 2 legg e fall., come novellato dal d.l. 83/2015, convertito con modificazioni dalla l. 132/2015, col decreto di chiusura di cui all'art. 119 legge fall. il tribunale deve dare le disposizioni per il riparto supplementare delle somme relative agli accantonamenti e quelle eventualmente pervenute a seguito della definizione delle cause pendenti;

- vista la chiusura della procedura ex art. 118 co. 2 l.f.;
- rilevato che rimane assegnato (art. 553 cpc) ai creditori già ammessi al passivo il credito litigioso di cui alle predette cause, rispetto alle quali il Curatore manterrà la legittimazione in giudizio, come previsto dalla legge;

DISPONE

- che il Curatore non provveda alla cancellazione della società dal Registro delle Imprese ex art. 118 co. 2 l.f. ma provveda invece a renderla "inattiva";
- che il Curatore provveda invece alla chiusura della p.iva;
- che il Curatore (e per esso il legale della procedura), alla prima udienza utile o nella prima memoria e, comunque, entro 90 giorni dall'emanazione del presente decreto, provveda al deposito del presente decreto nel fascicolo della causa pendente, al fine di rendere edotto il G.I. della stessa della chiusura della procedura e della prorogatio dei poteri del Curatore e per i provvedimenti che lo stesso G.I. riterrà di adottare, anche ai sensi dell'art. 107 c.p.c.;
- che il Curatore prosegua i giudizi pendenti, mantenendo la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi di giudizio, nonché nell'eventuale fase esecutiva, per quest'ultima tuttavia, previa autorizzazione del G.D.;

INOLTRE

- il Curatore dovrà mantenere l'indirizzo PEC della procedura per ogni comunicazione e continuerà ad utilizzare i servizi messi a disposizione dal gestore convenzionato con il Tribunale;
- il curatore dovrà tenere informato il G.D. in ordine all'andamento dei giudizi pendenti mediante relazioni semestrali, redatte ai sensi dell'art. 33 co. 5 l.f., alle quali dovrà essere allegato l'ultimo estratto conto disponibile, laddove la procedura sia chiusa con accantonamenti sul riparto finale;

- le rinunce alle liti (ivi compresa la rinuncia all'impugnazione dell'eventuale provvedimento in tutto o in parte sfavorevole) e le transazioni dovranno essere autorizzate dal G.D. ex art. 118 co. 2 l.f., in luogo del C.D.C.
- le somme ricavate all'esito dei giudizi o delle conseguenti esecuzioni saranno depositate sul conto corrente bancario (o sul libretto), intestato alla procedura, con prelievo vincolato all'autorizzazione del Giudice delegato;
- il Curatore dovrà registrare ogni operazione contabile nell'apposito libro giornale già istituito che manterrà presso di sé e provvederà, inoltre, al pagamento delle spese di giustizia e di amministrazione, previa autorizzazione e mandato del G.D., evidenziando l'importo e il dettaglio delle stesse nelle relazioni periodiche semestrali depositate ut supra nella Cancelleria fallimentare;
- la nomina di avvocati, coadiutori e consulenti tecnici dovrà avvenire previa informativa al Giudice delegato, almeno sette giorni prima dell'affidamento dell'incarico, salve ragioni di urgenza; il G.D. ne liquiderà anche i relativi compensi, previa istanza dei medesimi e parere del Curatore;
- ultimate le operazioni il Curatore, previa sua comunicazione ai creditori, depositerà relazione finale (con forma e contenuti analoghi a quelli del rendiconto), con allegata la prova delle comunicazioni effettuate, unitamente a istanza di liquidazione di supplemento di compenso, laddove in esito alle cause pendenti sia recuperato (o si sia liberato) attivo;
- i pagamenti verranno effettuati sulla base di piani di riparto predisposti dal Curatore in ragione della collocazione e del grado dei crediti, depositati in Cancelleria e visti dal Giudice delegato e quindi comunicati a tutti gli interessati tramite PEC o fax o raccomandata r.r.; i pagamenti ai singoli creditori saranno effettuati quando, decorsi 15 giorni dalla comunicazione, nessun creditore abbia proposto osservazioni/contestazioni (da indirizzarsi al Curatore, che ne darà comunicazione agli altri creditori e le depositerà in Cancelleria unitamente alla prova della comunicazione ai creditori), mediante assegni circolari non trasferibili o bonifici bancari che l'Istituto bancario indicato invierà direttamente agli interessati su richiesta del Curatore, rimettendo al Giudice Delegato l'elenco degli assegni spediti o la distinta dei bonifici eseguiti;
- effettuati i pagamenti, il Curatore provvederà sia a depositare relazione di avvenuta esecuzione ed esaurimento del proprio incarico unitamente al libro giornale, sia a cancellare la società dal registro delle Imprese ;

MANDA

Alla Cancelleria per l'espletamento delle formalità di cui all'art. 17 legge fall.

Pescara

IL GIUDICE EST.

IL PRESIDENTE