IL RUOLO DELL'O.C.C. NEI RAPPORTI CON I PROFESSIONISTI DEL DEBITORE

***

Filippo Agostini
Dottore commercialista in Pistoia

Sommario: 1. Premessa – 2. Le tipologie di debitore e i loro professionisti – 3. La predisposizione della proposta o della domanda di liquidazione – 4. Il trattamento dei crediti professionali – 5. Problematiche particolari: La meritevolezza -– L'efficacia del decreto di omologa – Rapporti tra procedure esecutive individuali e procedure di sovraindebitamento – Alcune statistiche

***

1. Premessa

Al fine di individuare criteri interpretativi adeguati per cercare di risolvere le problematiche applicative della legge 3/2012 ai casi concreti che, faticosamente, iniziano a circolare nei tribunali è necessario delineare un inquadramento sistematico dei nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio.
La principale riflessione riguarda la possibilità di qualificare le stesse come *procedure concorsuali*: tale classificazione ontologica discende dalla lettura dell'incipit dell'art. 6[1].
La conseguenza diretta è l'applicazione delle regole del concorso dei creditori sancite dall'art. 2741 del codice civile, per il quale tutti i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore (*par condicio creditorum*), salve le cause legittime di prelazione ovvero i privilegi, il pegno e le ipoteche. Con la conseguente ulteriore applicazione delle disposizioni del codice in ordine alla graduazione delle prelazioni.

In estrema sintesi la legge 3/2012 introduce due procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, l'accordo con i creditori e il piano del consumatore[2], che presentano caratteristiche similari al concordato preventivo e una procedura di liquidazione del patrimonio[3] che presenta caratteristiche similari al fallimento.

La similarità alla disciplina del concordato preventivo è più marcata nell'accordo con i creditori poiché l'omologa è subordinata al consenso dei creditori da ottenere con una maggioranza qualificata del 60% dei crediti.

Il piano del consumatore assume invece la connotazione di un "concordato coattivo" nel quale non è prevista la fase di approvazione della proposta per deliberazione dei creditori. La giustificazione di questa peculiare configurazione è individuabile nella

[1] "Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili **a procedure concorsuali diverse** da quelle regolate dal presente capo…"

[2] Sezione prima della legge.

[3] Sezione seconda della legge.

tutela dell'interesse di ordine pubblico economico alla definizione ragionevole delle situazioni di sovraindebitamento di coloro che non svolgono attività economica.
Alla volontà dei creditori, che possono comunque presentare osservazioni o contestazioni, è sostituita la valutazione discrezionale del giudice che scrutinerà la fattibilità, la meritevolezza del consumatore ed eventualmente, in caso di contestazioni dei creditori, la convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria.

La liquidazione dell'intero patrimonio del debitore assume invece i connotati tipici della procedura fallimentare con la differenza sostanziale che l'accesso può avvenire solo per iniziativa dello stesso debitore (similmente al c.d. "auto-fallimento") oppure per conversione da una precedente procedura di composizione omologata nei casi in cui il debitore compia atti di frode o si renda colpevolmente inadempiente nell'esecuzione del piano.

Stabilita dunque la natura concorsuale dei nuovi istituti ed appurata la consonanza dei loro iter procedimentali con quelli delle procedure di cui alla legge fallimentare si può immaginare, per *analogia legis*, di poter risolvere le prevedibili numerose problematiche interpretative che si presenteranno attingendo al bagaglio di elaborazioni dottrinali, giurisprudenziali e di prassi maturate nell'ambito della disciplina concorsuale fallimentare.

2. Le tipologie di debitore e i loro professionisti

La platea dei debitori che potenzialmente può accedere alle tre modalità di composizione della crisi da sovraindebitamento previste dalla legge 3/2012 è vastissima ed eterogenea spaziando dai "micro" indebitamenti dei privati/consumatori tipicamente costituiti da una pluralità di rapporti con banche e/o finanziarie ai "macro" indebitamenti di imprenditori sotto le soglie di fallibilità, professionisti, enti non commerciali, imprenditori agricoli, soci di società che accedono alle procedure della legge fallimentare, tutte tipologie di debitore il cui indebitamento può assumere dimensioni quantitative e gradi di complessità assai rilevanti e del tutto paragonabili a quanto si riscontra nelle procedure concorsuali della legge fallimentare.
Mentre la prima tipologia di debitori, tipicamente dipendenti e pensionati, è spesso poco avvezza ad avvalersi di professionisti soprattutto per la indisponibilità delle necessarie risorse economiche di tal chè la veicolazione verso gli istituti della legge 3/2012 potrà utilmente essere promossa e condotta dalle varie associazioni consumeristiche, per la seconda tipologia di debitori "non consumatori", soprattutto quelli di natura imprenditoriale, sarà ben frequente che il debitore si avvalga, nelle varie fasi della procedura, della consulenza di professionisti delle varie aree di competenza di commercialisti, avvocati, geometri, consulenti del lavoro.

Due problematiche in particolare si intende affrontare con il presente approfondimento: la prima attiene al ruolo dell'OCC e dei professionisti del debitore nella predisposizione della proposta di composizione della crisi o della domanda di liquidazione; la seconda, strettamente consequenziale alla prima, attiene al trattamento dei crediti dei professionisti del debitore nelle procedure di sovraindebitamento.

3. La predisposizione della proposta o della domanda di liquidazione

L'interrogativo a cui si cerca di rispondere è a chi competa l'attività di predisposizione della proposta contenente l'accordo con i creditori o il piano del consumatore e l'attività

di predisposizione della domanda di liquidazione ovvero se il debitore debba svolgere tale attività con l'assistenza dei suoi professionisti oppure dell'OCC.

Occorre dunque analizzare quali sono le funzioni che la legge attribuisce all'OCC nella fase preliminare che va dalla nomina al deposito della proposta o della domanda di liquidazione nelle tre tipologie di procedure.

Accordo con i creditori

- Fornisce *ausilio* al debitore che intende presentare una proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ed eventualmente *attesta* le condizioni per la falcidia dei creditori prelatizi (art. 7 co.1).
- Presenta la proposta all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del proponente, non oltre 3 giorni dal deposito della stessa presso il tribunale. La proposta deve contenere la ricostruzione della posizione fiscale del debitore e l'indicazione di eventuali contenziosi pendenti (art. 9 co.1).
- Attesta la fattibilità del piano da depositare unitamente alla proposta (art. 9 co.2).

Piano del consumatore

- Fornisce *ausilio* al consumatore che intende presentare una proposta di piano contenente le previsioni dell'accordo ed eventualmente *attesta* le condizioni per la falcidia dei creditori prelatizi (art. 7 co. 1-bis e, per rinvio, art. 7 co. 1).
- Presenta la proposta all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del proponente, non oltre 3 giorni dal deposito della stessa presso il tribunale. La proposta deve contenere la ricostruzione della posizione fiscale del debitore e l'indicazione di eventuali contenziosi pendenti (art. 9 co.1).
- Attesta la fattibilità del piano da depositare unitamente alla proposta (art. 9 co.2).
- Redige una relazione particolareggiata… da allegare al piano (art. 9 co.3-bis).

Liquidazione del patrimonio

- Redige una relazione particolareggiata … da allegare alla domanda di liquidazione (art. 14-ter co. 3).
- Da' notizia all'agente della riscossione e agli uffici fiscali, anche presso gli enti locali, competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale dell'istante, della richiesta di relazione ed entro 3 giorni dalla richiesta stessa.

Disposizioni comuni (sezione terza della legge)

- L'OCC, oltre a quanto previsto dalle sezioni prima e seconda della legge, assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso (art. 15 co.5).
- L'OCC verifica la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati e attesta la fattibilità del piano contenente l'accordo con i creditori (art. 15 co.6).
- L'OCC esegue le pubblicità ed effettua le comunicazioni disposte dal giudice nell'ambito dei procedimenti previsti dalle sezioni prima e seconda della legge (art. 15 co.7).
- L'OCC, quando il giudice lo dispone, svolge le funzioni di liquidatore nelle procedure di composizione o di liquidazione del patrimonio (art. 15 co.8).

Una prima lettura della legge può portare a concludere che l'attività di predisposizione della proposta di accordo/piano sia demandata al debitore con l'assistenza dell'OCC. Tale conclusione non è invece così immediata per la domanda di liquidazione del

patrimonio poiché la norma "di indirizzo" di cui all'art. 15 co. 5 si riferisce solo al piano di ristrutturazione e quindi alle procedure di cui alla sezione prima della legge.
Secondo tale impostazione all'OCC sarebbe attribuita una competenza esclusiva nell'assistenza al debitore con la conseguenza che la eventuale proposta già predisposta dal debitore con l'assistenza dei suoi consulenti non avrebbe alcun effetto vincolante sulle successive determinazioni dell'OCC con il rischio concreto di un inutile e gravoso dispendio di energie professionali.

All'opposto, mutuando le dinamiche consuete della legge fallimentare, si potrebbe sostenere che l'attività di predisposizione della proposta debba essere necessariamente demandata al debitore con l'assistenza dei suoi professionisti.
In tale prospettazione l'*ausilio* richiesto all'OCC nell'art. 7 comma 1 potrebbe essere un mero riferimento ai soli compiti strumentali alla proposta ovvero l'attestazione per la falcidia prelatizia (art. 7 co.1), la presentazione agli uffici fiscali (art. 9 co.1), l'attestazione sulla fattibilità (art. 9 co.2), la redazione della relazione particolareggiata da allegare al piano del consumatore (art. 9 co.3-bis) nonchè allo svolgimento delle funzioni demandate all'organismo nelle successive fasi dell'omologa e dell'esecuzione.
Con questa chiave di lettura la previsione di cui all'art. 15 co. 5 per cui l'organismo assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano e alla sua esecuzione assume una connotazione programmatica, dunque una sorta di norma di principio che richiede all'OCC di svolgere un ruolo di assistenza e supporto fattivo a tutti i soggetti coinvolti nella procedura, debitore in primis ma anche ai creditori, compiendo qualunque attività possa rivelarsi utile per il raggiungimento di un esito positivo.
Questa impostazione pare confacente anche alla esigenza di risolvere le argomentazioni critiche giustamente sollevate in ordine alla molteplicità di ruoli potenzialmente confliggenti addossati in capo ad un unico soggetto.
E' noto infatti che la legge attribuisce all'OCC funzioni oltre che di assistenza al debitore, di attestazione, di vigilanza, ed eventualmente di liquidazione unificando nello stesso soggetto lo svolgimento di attività che invece, nel concordato preventivo, sono necessariamente svolte da 3 professionisti diversi per garantire opportuni presìdi di indipendenza.

Probabilmente può essere postulata una terza prospettazione di compromesso tra le due ipotesi appena formulate rivolgendo l'attenzione alla tipologia di "micro" debitore ovvero il consumatore (lavoratore dipendente, pensionato, disoccupato) il quale, sovraindebitato e con scarse risorse economiche presenta le condizioni per accedere alla legge in commento ma non può o non vuole avvalersi di professionisti per l'assistenza necessaria.
La chiave di lettura dell'*ausilio* richiesto all'organismo dall'art. 7 assume in questa ipotesi valenza di eventualità ovvero di possibilità per il debitore di ricorrere all'assistenza facoltativa ma non necessaria dell'OCC anche per l'attività di predisposizione della proposta. Assumendo così il significato della parola ausilio i connotati dell'aiuto, apporto, sussidio.
In questo quadro viene lasciata nella disponibilità del debitore la scelta se avvalersi di propri professionisti o dell'OCC per l'attività di predisposizione della proposta.

Quale che sia la soluzione in concreto perseguita il dato di fatto è che la elaborazione della proposta dovrà necessariamente scaturire dalla interlocuzione tra il debitore con i suoi eventuali consulenti e l'organismo. E' infatti impensabile che il debitore possa presentare all'OCC una proposta preconfezionata e inderogabile poiché la mancata condivisione potrebbe inficiare l'attestazione di fattibilità. Inoltre la valutazione della funzionalità all'accesso alla procedura dell'opera prestata dai consulenti del debitore potrà avere rilievo per il trattamento del relativo credito professionale.

Nella prospettazione in cui l'OCC assume comunque un ruolo attivo nella predisposizione della proposta, o da solo o interagendo con i consulenti del debitore, risiede l'elemento di maggiore criticità poiché l'organismo deve svolgere il ruolo in una posizione di assoluta indipendenza, imparzialità ed equidistanza rispetto ai contrapposti interessi, del debitore alla liberazione dai debiti e dei creditori alla tutela delle loro ragioni, perseguendo quel giusto equilibrio che rappresenta appunto la "composizione della crisi".

4. Il trattamento dei crediti professionali

L'altro aspetto oggetto del presente lavoro riguarda il trattamento dei crediti professionali nell'ambito delle procedure in commento.

Per quanto attiene ai debiti verso professionisti maturati dal debitore anteriormente alla procedura per prestazioni non funzionali alla procedura stessa sarà pacificamente riconoscibile il privilegio generale mobiliare previsto dall' art. 2751-bis co.1 n. 2) per le retribuzioni dovute per gli ultimi due anni di prestazione.

Riguardo alle prestazioni dei professionisti che assistono il debitore nella predisposizione della proposta o della domanda di liquidazione occorre analizzare la possibilità di riconoscere il pagamento in via di prededuzione[4] rispetto agli altri creditori concorrenti.

Nella legge fallimentare sono contenute regole specifiche per le modalità di attribuzione del ricavato ai creditori.
In particolare nel fallimento l'ordine di distribuzione delle somme è regolamentato dall'art. 111 che prevede al n. 1) la categoria dei crediti prededucibili. Questi ultimi sono definiti come quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare da soddisfare con preferenza rispetto a tutti gli altri crediti prelatizi e chirografari.
Nel concordato preventivo vi sono diverse disposizioni specifiche che stabiliscono modalità e condizioni per il riconoscimento e il pagamento di spese in prededuzione.

<u>Procedure di composizione</u>
Nelle procedure di composizione i crediti sorti in *occasione* o in *funzione* di uno dei procedimenti di cui alla sezione prima (accordo con i creditori o piano del consumatore) sono soddisfatti con *preferenza* rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti (art. 13 co.4-bis).

<u>Liquidazione del patrimonio</u>
Analogamente nella procedura di liquidazione del patrimonio la stessa "preferenza", rispetto agli altri creditori, è accordata ai crediti sorti in *occasione* o in *funzione* della liquidazione o di uno dei procedimenti di composizione[5], con esclusione di quanto

[4] L'uso del termine "prededuzione" è impropriamente mutuato dalle procedure concorsuali della legge fallimentare per migliore comprensione poiché la legge 3/2012 discorre di "soddisfazione con preferenza".

[5] L'inciso serve ad accordare la preferenza anche ai crediti sorti nella precedente procedura di composizione convertita in liquidazione ai sensi dell'art. 14-quater.

ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno e ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti (art. 14-duodecies co.2).

I criteri della occasionalità e funzionalità sono gli stessi utilizzati in ambito fallimentare per la definizione dei crediti prededucibili.
I due criteri, quello cronologico (in occasione e quindi durante la procedura) e quello funzionale (in funzione e quindi anche anteriormente alla procedura), sono autonomi e alternativi per cui anche ai crediti sorti prima dell'inizio della procedura ma in funzione strumentale alla stessa godono della prededuzione.

Anche nelle procedure di sovraindebitamento pertanto la collocazione prededucibile dei crediti professionali andrà basata sulla valutazione della funzionalità dell'opera prestata all'accesso alla procedura.

5. Problematiche particolari

La meritevolezza del debitore

La meritevolezza del debitore viene valutata:

1) nel piano del consumatore in seno all'art. 12-bis co. 3: il giudice…omologa il piano… quando esclude che il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali
2) nel procedimento di esdebitazione di cui all'art. 14-terdecies attivabile su iniziativa del debitore all'esito della procedura di liquidazione del patrimonio. In particolare il comma 2 della disposizione prevede che l'esdebitazione è esclusa quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali

La efficacia del decreto di omologa

Nel fallimento la sentenza che lo dichiara produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'art. 133, 1° comma, c.p.c. mentre nei confronti dei terzi gli effetti si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese (art. 16 co.2 l.f.). Inoltre tutti i decreti del giudice delegato sono provvisoriamente esecutivi poiché anche la proposizione del reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento (art. 26 co. 5 l.f.).

Nel concordato preventivo il decreto di omologa, in assenza di opposizioni, non è soggetto a gravame mentre in presenza di opposizioni è provvisoriamente esecutivo.

Nelle procedure di composizione il decreto di omologa non è dotato della provvisoria esecutorietà e diviene pertanto efficace solo dopo che sia divenuto definitivo per la sua mancata impugnazione con il procedimento di reclamo disciplinato dagli artt. 737 e seguenti del c.p.c.

Rapporti tra esecuzioni individuali e procedure di sovraindebitamento

Nella procedura di accordo con i creditori l'inibitoria alla prosecuzione delle azioni esecutive in corso è pronunciata in via generalizzata per default nel decreto di fissazione di udienza (art. 10 co. lett. c).
Nella procedura di piano del consumatore l'inibitoria può essere pronunciata per specifici procedimenti che potrebbero pregiudicare la fattibilità del piano (art. 12-bis co. 2).
Nel caso di avvio di procedura di sovraindebitamento in pendenza di procedura esecutiva su beni oggetto della proposta sono da esplorare le ipotesi di coordinamento tra le procedure concorrenti, in funzione di una loro più efficace gestione, con la possibilità di unificare gli incarichi di delegato alla vendita, OCC e liquidatore in base alle varie combinazioni possibili: delegato e OCC; delegato e liquidatore; delegato, OCC e liquidatore.

Alcune statistiche

Il **tasso di indebitamento** delle famiglie italiane, misurato come rapporto tra debito complessivo e reddito disponibile, nel primo trimestre 2013 è pari a circa il 65%[6]. Considerato che nel 2004 il tasso si attestava al 39% si può riconoscere un vero e proprio allarme sociale derivante dal sovraindebitamento familiare.
La **massa creditizia** affidata alle società di recupero crediti è cresciuta dai 15 miliardi di euro nel 2007 ai 44 miliardi di euro nel 2013 con 36 milioni di pratiche in corso[7].

Il requisito della meritevolezza, nella attuale formulazione, esclude dall'accesso alle procedure una vastissima platea di potenziali beneficiari introducendo una impostazione moralistica che non tiene conto in modo corretto delle dinamiche del mercato del credito al consumo.
La letteratura mostra infatti che spesso il consumatore è del tutto carente della educazione finanziaria necessaria per una corretta valutazione nella gestione degli strumenti finanziari ai quali può avere accesso. Accesso che è stato negli anni recenti fin troppo agevolato da parte di enti finanziari che hanno erogato finanziamenti con grande disinvoltura cedendo poi i loro crediti incagliati alla filiera delle società di recupero.

Pistoia, 20 marzo 2014

[6] Osservatorio Assofin: Associazione Italiana del Credito al Consumo e Immobiliare – Crif – Prometeia vol. 35.

[7] Unirec: associazione che raccoglie in Confindustria Servizi le aziende specializzate nel recupero credito.