

## *Concordato preventivo con riserva e termine annuale di fallibilità (brevi note su un possibile abuso)*

La recentissima entrata in vigore del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (pubblicato in G.U. del 26 giugno 2012), convertito - con relevantissime modiche - dalla legge 7 agosto 2012 n. 134 (pubblicata in G.U. 11 agosto 2012) sta richiedendo un considerevole sforzo interpretativo ed applicativo da parte di dottrina e giurisprudenza; in particolare, la maggior parte dei dubbi sta nascendo, in pressochè tutti gli uffici giudiziari, con riguardo al nuovo istituto del cd. concordato in bianco, o con riserva, introdotto con l'art. 161 co. 6 l.f.

Sono ormai noti a tutti i benefici che il legislatore si è prefigurato di conseguire con la sua introduzione (anticipazione della emersione della crisi; facilitazione nell'accesso a questo strumento concorsuale da parte del debitore), ma anche i rischi che ne conseguono (abuso dello strumento concordatario; pregiudizio dei diritti dei creditori). E, in effetti, le prime criticità che stanno emergendo in molti uffici attengono proprio alla interferenza tra procedimento per la dichiarazione di fallimento e procedura di concordato preventivo, specie, quest'ultimo, se laconicamente proposto, come ora consentito dal legislatore.

In particolare, una volta superato normativamente (con l'aggiunta - *in extremis* - del secondo comma dell'art. 69-bis l.f.) il problema del possibile consolidamento di atti *lato sensu* revocabili - essendosi fatti così retroagire i termini di cui agli artt. 64, 65, 67 co. 1 e 2 e 69 l.f. alla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, in luogo della data del fallimento -, restano forti perplessità sulla obbligatorietà o meno della concessione del termine di cui all'art. 161 co. 10 l.f. (anch'esso provvidenzialmente ridotto solo con la legge di conversione, ma senza analoga efficacia dirimente di tutte le possibili criticità), laddove il ricorso per concordato sia depositato da un imprenditore già raggiunto da istanza di fallimento e per il quale sia imminente la scadenza del termine annuale di cui all'art. 10 l.f., o comunque in modo tale che la concessione del termine minimo di 60 giorni determini il superamento dell'anno dalla cancellazione dell'imprenditore dal registro delle imprese, che preclude la declaratoria di fallimento.

La formulazione dell'art. 161 co. 6 l.f., in termini di facoltà, per l'imprenditore ("può"), di depositare una domanda di concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione necessaria, cui corrisponde, con una lessicalità anodina ("entro"), la fissazione di un termine da parte del giudice, sembrerebbe deporre per l'automatismo di quest'ultimo, in quanto funzionale all'esercizio di un diritto; la discrezionalità del tribunale restando invece relegata all'interno dello *spread* tra minimo (60 giorni) e massimo (120 giorni) del termine concedibile, nonchè - stavolta anche in pendenza di procedimento prefallimentare - in vista della sua eventuale proroga, "in presenza di giustificati motivi", di ulteriori giorni 60.

Ebbene, nella descritta ipotesi di imminente scadenza del termine annuale ex art. 10 l.f., in pendenza di procedimento prefallimentare, per impedire l'eventuale abuso dello strumento concordatario pare siano prospettabili tre percorsi ermeneutici:

A) un primo in qualche modo riconducibile al principio della *consecutio procedurarum*, su cui si registra una recente convergenza normativa (art. 69-bis co. 2 l.f.) e giurisprudenziale (Cass. n. 18437/10);

B) un secondo connesso al tema dei presupposti soggettivi del concordato preventivo e della corrispondente legittimazione attiva;

C) un terzo iscritto in un approccio più strettamente processuale, con riferimento all'art. 162 l.f.

A)

La prima idea - ossia di precludere il rilievo dell'ultrannualità a far tempo dal deposito della domanda di concordato preventivo - subisce forse la seduzione del nuovo art. 69-bis co. 2 l.f. (peraltro dettato a tutt'altro fine), ma sconta oggettivamente il confronto con l'art. 22, co. 5, l.f., che consente il decorso del termine annuale di cui all'art. 10 l.f. ben oltre la domanda di fallimento, e non solo oltre la stessa pronuncia di rigetto, ma anche fino al deposito del decreto della corte d'appello in sede di reclamo: unico momento oltre il quale, quand'anche si verificasse, quell'effetto preclusivo ultrannuale non potrebbe essere più rilevato (e di conseguenza il fallimento potrebbe essere comunque dichiarato).

Appare evidente la difficoltà di equiparare, a quel momento, il semplice deposito della domanda di concordato preventivo, per quanto in forza di ragionevoli argomentazioni, però non supportate da concreti riferimenti normativi.

In altri termini, l'idea - sottesa - di una equiparazione, *quoad effectum*, della domanda di concordato preventivo alla domanda di fallimento (*rectius*, alla dichiarazione di fallimento, posto che la domanda di fallimento non determina alcun effetto anticipatorio, nè alcuna sospensione o interruzione di quel termine annuale), sembra cedere di fronte al rilievo che non solo la domanda di fallimento, ma anche tutto il successivo corso del relativo procedimento, sino alla pronuncia della corte di appello *ex art. 22 l.f.*, non riveste alcun effetto impeditivo sul decorso del termine annuale.

B)

La seconda ipotesi attinge, invece, ad una rivisitazione dell'idea che l'eliminazione del requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese da almeno due anni, operata con la prima riforma concordataria, consenta di proporre la domanda di concordato preventivo anche all'imprenditore cancellato dal registro suddetto.

In effetti quella cancellazione, che per gli imprenditori individuali e le società di persone rappresenta (stante la sua natura dichiarativa) una presunzione semplice di estinzione, per le società di capitali ha addirittura natura costitutiva, e comporta l'estinzione della persona giuridica, ai sensi dell'art. 2495, co. 2, c.c.

C'è dunque da chiedersi come sia altrimenti praticabile, una volta estinto il soggetto imprenditoriale, il richiamo dell'art. 161, co. 4, all'art. 152 l.f., ai fini della approvazione e sottoscrizione della domanda; ma anche come sia da leggere, in simili condizioni, il senso di una "aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa", che l'imprenditore è tenuto a

produrre, ai sensi dell'art. 161 co. 2 lett. a), a pena di inammissibilità (ex art. 162 l.f.).

Sembra insomma potersi concludere che l'imprenditore cancellato dal registro delle imprese non sia legittimato a proporre domanda di concordato preventivo.

D'altro canto, ed in chiave sistematica, l'art. 10 l.f. - a differenza, ad es., dell'art. 1 l.f., espressamente dettato per l'individuazione delle "imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo"-, è una norma speciale dettata in tema di fallimento, a tutela dell'imprenditore che sia soggetto passivo di un ricorso proposto dai creditori o dal P.M., e limitatamente al caso in cui l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla cancellazione dal registro delle imprese o entro l'anno successivo; peraltro con facoltà di prova contraria (della effettiva continuazione dell'attività) solo a favore di creditori e P.M. e solo nei confronti dell'imprenditore individuale o dell'impresa collettiva che sia stata cancellata d'ufficio dal registro delle imprese.

Si tratta dunque di disposizioni e condizioni difficilmente compatibili con l'opposta ipotesi in cui sia proprio l'imprenditore a prendere l'iniziativa per il perseguimento di un beneficio, quale è indubbiamente (ancora) l'ammissione al concordato preventivo.

Semmai, maggiori problemi di coordinamento possono porsi laddove si ritenga ammissibile il ricorso per autofallimento, ex art. 14 l.f., anche da parte dell'imprenditore cancellato dal registro delle imprese; conclusione che, peraltro, non risulta affatto univoca nel (sul punto invero scarno) panorama dottrinale e giurisprudenziale.

C)

Una terza via potrebbe essere quella di valorizzare il dato testuale dell'art. 162 co. 2 l.f., norma cardine nel crocevia tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento, con tutte le sue possibili inferenze.

Infatti, quella norma potrebbe configurare una sottospecie del procedimento per la dichiarazione di fallimento, sempre ad istanza di parte ma semplificato rispetto alle articolate scansioni dell'art. 15 l.f., in quanto costituente una sorta di appendice logica (e non necessariamente anche cronologica) di una procedura di concordato preventivo non andata a buon fine, in ragione della ritenuta inammissibilità della domanda per insussistenza dei presupposti di cui agli artt. 160 co. 1 e 2, e 161 l.f.

Il richiamo, ivi contenuto, all'accertamento dei (soli) "presupposti di cui agli articoli 1 e 5" potrebbe così lasciar immaginare che (solo) in quel tipo di procedimento per dichiarazione di fallimento, il (precedente o successivo) sovrapporsi con la procedura di concordato preventivo impedisca l'attivarsi della preclusione annuale di cui all'art. 10 l.f.

Senonchè, è proprio nella formulazione della norma che si annida la debolezza di una simile tesi, posto che l'*incipit* del comma 2 colloca la valutazione della eventuale inammissibilità della domanda di concordato preventivo - da cui deriva la possibilità di dichiarare il fallimento, su istanza di parte - (solo) "all'esito del procedimento", e quindi in un momento necessariamente successivo alla scadenza del termine di 60 giorni concesso dal tribunale per il completamento della domanda.

Salvo sostenere, come pure si è detto sostenibile, che quella concessione del termine non sia affatto obbligatoria, e che sia invece rimesso alla discrezionalità del tribunale valutare se vi siano elementi ostativi alla sua concessione, come appunto nel caso in cui essa si ponga come un ostacolo - verosimilmente surrettizio - alla possibilità di accoglimento di una istanza di fallimento già presentata.

Fino poi ad ipotizzarsi, portando la tesi alle sue estreme conseguenze, che anche una successiva istanza di fallimento possa, in quelle condizioni, legittimare addirittura la revoca del termine già concesso; e sempre che non si ritenga che anche il procedimento per dichiarazione di fallimento, prima ancora della sentenza dichiarativa, soggiaccia all'*automatic stay* di cui all'art. 168 co. 1 l.f., condividendo la natura cautelare o esecutiva che altri ravvisa invece, rispettivamente, solo nei provvedimenti *ex art.* 15 co. 8 o negli effetti (artt. 42 s. l.f.) che scaturiscono solo dalla dichiarazione di fallimento.

In conclusione, il percorso ermeneutico che presenta minori frizioni con la tesi della obbligatorietà della concessione del termine di cui all'art. 161 co. 6 e co. 10 l.f. (che a dire il vero traspare da ogni interstizio della *voluntas legis* ispiratrice del recente intervento legislativo) sembra essere quello sub B). specie in pendenza del termine annuale di cui all'art. 10 l.f.

Resta comunque ferma l'opzione alternativa di ritenere sempre e comunque facoltativa la concessione del suddetto termine, tenuto conto di tutti gli interessi in gioco e (sia pure) al solo fine di evitare, motivatamente, possibili abusi dello strumento concordatario.

**Paola Vella**