



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

CAPITOLO 1 IL CONCORDATO CON RISERVA

SOMMARIO: **1.** Il concordato con riserva quale procedura concorsuale vera e propria - **2.** L'organo deputato alla modulazione del termine. Il Giudice: Monocratico o Collegiale - **3.** L'istruttoria del giudice: i controlli del giudice già nella fase della concessione del termine per l'integrazione documentale. I finanziamenti urgenti e l'art. 700 c.p.c. - **4.** Poteri istruttori del Tribunale - **5.** Rifiuto del termine da parte del Tribunale in caso di sussistenza dei requisiti minimi di legge - **6.** Termine di cui all'art. 161, comma 6. Natura e decorrenza - **7.** Termine perentorio o ordinatorio - **8.** Proroga del termine e doppia proroga - **9.** Impugnazione del provvedimento che nega il termine, oppure ne concede uno inferiore a quello richiesto o che rifiuti la proroga richiesta - **10.** Gli obblighi informativi: natura contenuto e sanzione - **11.** L'ausiliario del giudice *ex art.* 68 c.p.c. e l'assenza dello spossessamento del debitore. I poteri del precommissario - **12.** Il controllo giudiziario: fattibilità giuridica ed economica. Un confine sempre più labile. La garanzia di pagamento del 20% dei creditori ammessi - **13.** Il controllo giudiziario e la concorrenza di offerte e proposte - **14.** La decisione pregiudiziale sulla domanda di concordato preventivo rispetto alla procedura per la dichiarazione di fallimento pendente. Il principio della prevenzione.

1. Il concordato con riserva quale procedura concorsuale vera e propria

Le plurime, continue ed ormai sistematiche innovazioni alla legge fallimentare generano sempre più confusione negli operatori del diritto, costretti ad inseguire il legislatore nei suoi impervi cammini per tentare di conferire coerenza al sistema normativo nel suo complesso, con sempre maggiori costi per l'economia rispetto ai futuribili benefici [Fabiani 15, 3].

Il D.L. 27/06/2015, n. 83 convertito in L. 06/08/2015, n. 132, pubblicata in G.U. 20/08/2015 (con entrata in vigore in alcuni casi dalla data di emanazione del Decreto legge ed in altri dal giorno successivo alla conversione in legge), ha di nuovo sparigliato le carte, inserendo non solo le offerte e le proposte concorrenti ai sensi, rispettivamente, degli artt. 163-*bis* e 163 l. fall., ma anche modificando la disciplina dei rapporti giuridici pendenti ai sensi dell'art. 169-*bis* l. fall. ed introducendo i

nuovissimi istituti dell'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e della convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 182-*septies* l. fall., consegnando al Tribunale ulteriori poteri di valutazione e controllo che, talora, sembrano sconfinare nel merito, creando un contrasto (almeno apparente) con le iniziali finalità privatistiche del riformatore e con gli arresti delle Sezioni Unite della Suprema Corte [Cass. SS. UU., n. 1521/2013].

Pertanto, a seguito delle immancabili modiche normative "balneari" (i Decreti legge sono stati quasi sempre emessi nei mesi estivi), anche dove sembrava esservi uniformità di vedute ed orientamenti consolidati si è generata confusione.

Una rivisitazione dell'evoluzione del concordato preventivo con riserva si rende necessaria, non solo per l'avvenuta introduzione normativa del "pre-commissario giudiziale" già in sede di primo vaglio del Tribunale sulla domanda di concordato con riserva ai sensi dell'art. 161 comma 6 l. fall. (D.L. 21/06/2013, n. 69, convertito in L. 09/08/2013, n. 98), ma anche per le innovazioni legislative in tema di prededuzione, subito abrogate a partire dal 25/06/2014, ad opera del D.L. 24/06/2014, n. 91 art. 22, comma 7. Infatti, come noto, con il decreto motivato che fissa il termine per il completamento della domanda il Tribunale può nominare il (pre)commissario giudiziale di cui all'art. 163, comma 2, n. 3, l. fall.

Con la recente novella di cui all'art. 11, comma 3-*quater*, L. n. 9/2014 (ovviamente subito abrogata nel giugno 2014) vi è stata una riduzione del perimetro di applicazione della prededuzione essendo necessario per il riconoscimento della stessa che proposta, piano e documentazione siano presentati dal debitore entro il termine fissato dal giudice, eventualmente prorogato.

Il comma 2 dell'art. 111 l. fall. si interpreta(va) nel senso che "i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, comma 6, del regio Decreto n. 267/1942... sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163... senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato artt. 161, comma 6".

Pertanto, nel periodo di vigenza di tale modifica normativa (in realtà assai limitato), diventava necessario computare in modo corretto tale termine, tenendo conto della decorrenza, della sospensione feriale e della

proroga eventuale, oltre che di una seconda proroga (ove ritenuta possibile) e del termine concesso ai sensi dell'art. 162, comma 1, l. fall.

Inoltre, diventava fondamentale che tra la presentazione della domanda di concordato preventivo ed il decreto di ammissione non vi fosse soluzione di continuità. Ci si domandava cosa potesse accadere, allora, se il ricorso era presentato senza la necessaria adozione della delibera societaria *ex art.* 152 l. fall. ed il Tribunale concedeva il termine per l'integrazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., oppure nell'ipotesi in cui si ritenesse necessaria la difesa tecnica *ex art.* 82 c.p.c. o si richiedesse una istruttoria supplementare per verificare se l'impresa era fallibile o meno, oppure nel caso di incompetenza per territorio in cui il primo Tribunale non trasmetteva gli atti al Tribunale ritenuto competente. Erano questi casi di "soluzione di continuità"?

Certo si resta meravigliati dinanzi alla evoluzione del legislatore "emergenziale", che ha avuto sempre tanta fretta da condurre l'interprete alla situazione di partenza, come in un divertente (poco) gioco dell'oca [ad una oscillazione del pendolo della tutela degli interessi protetti, dal debitore al ceto creditorio, fa riferimento Ambrosini 15, 5].

Il vecchio concordato preventivo, prima del D.L. n. 35/2005, prevedeva il pagamento del 40% dei creditori chirografari e lasciava al Tribunale ogni valutazione di convenienza della proposta anche d'ufficio.

Ebbene, dopo una serie di evoluzioni e voli pindarici, come per incanto, il legislatore d'urgenza del 2015, ha ripristinato la soglia del 40% dei creditori chirografari da "pagare" (non quindi da "soddisfare"). Ciò in quanto se è vero che la soglia per l'ammissione del concordato preventivo con cessione dei beni è stata fissata al 20% dell'ammontare dei creditori chirografari, però se il debitore non vuole correre il rischio della gara con gli altri proponenti, ossia i creditori che hanno acquisito crediti sino al 10% della debitoria complessiva, allora deve presentare una proposta che offra ("assicuri") ai creditori il pagamento del 40% dei creditori chirografari. Con l'aggiunta di una nuova ipotesi di controllo "forte" del Tribunale che può autorizzare, senza neppure l'attestazione del professionista ed in assenza di proposta, piano e documentazione, il debitore a contrarre debiti prededucibili interinali ("funzionali a urgenti necessità"), di limitato importo (anche se in verità l'importo potrebbe anche essere rilevante se trattasi della continuità aziendale di una grande impresa), per lo svolgimento dell'attività aziendale che va dalla

presentazione della domanda in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. fino alla scadenza del termine concesso dal Tribunale.

Se prima non vi era dubbio che il controllo del Tribunale si spingeva fino alla valutazione della convenienza, e se dopo il D.L. n. 35/2005, i profili privatistici sembravano avere sferrato un duro colpo ai poteri autoritari del Tribunale esercitabili d'ufficio, dopo le legislazioni d'urgenza sono sempre più le ipotesi in cui il Tribunale decide prima dei creditori, e senza le attestazioni del professionista, con l'introduzione nella fase di concordato in bianco della presenza del precommissario giudiziale. Insomma, la figura del professionista attestatore che verifica la fattibilità del piano in posizione di indipendenza rispetto al debitore ed ai suoi ausiliari, resta annacquata dalla presenza ingombrante dell'organo pubblico che si aggira all'interno dell'azienda e che comporta spese rilevanti a carico del debitore.

La scommessa della privatizzazione delle procedure concorsuali pare scricchiolare; comunque, la prima questione che deve essere affrontata attiene alla natura del concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., in quanto gran parte della dottrina ritiene ora che non si sia in presenza di una vera e propria procedura concorsuale, ma solo di un procedimento atipico ed amorfo, destinato a trasformarsi miracolosamente, come per incanto, in procedura concorsuale solo a seguito del decreto di ammissione al concordato preventivo; dal bozzolo nascerebbe la farfalla.

Pare, invece, che si sia, in ogni caso, in presenza senza dubbio di una vera e propria procedura concorsuale [in tal senso in motivazione Trib. Reggio Emilia 11/03/2015; *contra* Patti 15, 821 per il quale non già la mera presentazione della domanda di concordato preventivo, tanto meno con riserva, produce l'instaurazione di un regime concorsuale, ma soltanto il decreto di ammissione alla procedura].

È singolare la circostanza che la riforma fallimentare nasca da un Decreto legge (D.L. n. 35/2005) e si chiuda con un Decreto legge (n. 83/2012, poi D.L. n. 179/2012, poi D.L. 21/06/2013, n. 69, convertito in L. n. 98/2013, poi D.L. 23/12/2013, n. 145, convertito in L. 21/02/2014, n. 9, con abrogazione dell'art. 11, comma 3-*quater* a decorrere dal 25/06/2014, in virtù del D.L. 24/06/2014, n. 91 art. 22, comma 7; ora D.L. n. 83/2015), a suggellare la fretta del legislatore, ma anche i caotici innesti sulle vecchie norme.

Eppure, nel frattempo è stata istituita la Commissione Ministeriale presso il Ministero della Giustizia, che ha già messo a punto un articolato

schema di disegno di legge. Non si è voluto attendere l'esito dei lavori della Commissione; sicché è molto probabile che alcune delle norme del D.L. 27/05/2015 saranno emendate con una prossima Legge delega e con i successivi Decreti legislativi.

Stando alle norme già in vigore, è evidente la volontà del legislatore di dotare il concordato preventivo e gli altri strumenti di regolazione negoziale della crisi di impresa di nuovo *appeal*, facilitando l'emersione immediata della crisi [ma sono stati eliminati i meccanismi di allerta e prevenzione inseriti dal tavolo tecnico ed espunti dai tecnici del ministero: in tal senso vedi Lamanna, 12, 9; ora gli istituti di allerta e prevenzione fanno capolino nella bozza di disegno di legge delega della Commissione Rordorf] e tutelando il patrimonio del debitore nella delicatissima fase che lo accompagna verso il decreto di ammissione alla procedura.

Il legislatore ha così, a tale scopo, concesso al debitore uno strumento di enorme impatto sul tessuto economico (un'arma micidiale), potendo questi bloccare il corso delle azioni esecutive e cautelari con la presentazione presso la cancelleria del Tribunale di un semplice ricorso, che viene pubblicato sul registro delle imprese delle imprese ad opera del Cancelliere entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Il blocco può durare anche per oltre un anno, in quanto ai tempi del concordato preventivo con riserva (120 giorni iniziali + 60 per la proroga), possono aggiungersi ulteriori termini per la scelta - consentita al debitore dalla seconda parte dell'art. 161, comma 6, l. fall. - di accedere agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, comma 3, l. fall. (altri 60 giorni), con la moratoria di ulteriori 120 giorni *ex art. 182-bis*, comma 1, l. fall. per i creditori prelatizi. Il tutto agevolato dalla sospensione feriale dei termini che si applica anche alla procedura di concordato preventivo [Cass. n. 2706/2009], per un totale di un anno e un mese (per il 72,5% dei giudici, però, il termine concesso ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall. non è assoggettato a sospensione feriale - quesito 66 - ora ridotta ad un solo mese dall'1 al 31/08/ di ogni anno). L'effetto domino per l'economia è palese, non potendo gli altri creditori riscuotere i propri crediti nei confronti del debitore che si è trincerato dietro l'usbergo del concordato prenotato [Lamanna 12, 9].

Dopo il D.L. n. 83/2015 è ben possibile il passaggio dal concordato "prenotato" *ex art. 161*, comma 6, l. fall. all'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari ai sensi dell'art. 182-*septies* l. fall., costituendo quest'ultimo una *species* del *genus* rappresentato dagli

accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall. come si evince dal chiaro tenore della norma ("Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'art. 182-*bis*, in deroga agli artt. 1372 e 1411 del Codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto").

Allo stesso modo, in un ideale chiasma, l'art. 182-*bis*, comma 8, l. fall., in tema di accordi di ristrutturazione, prevede che alla fase eventuale e prodromica di cui ai commi 6 e 7, possa seguire il deposito di una domanda di concordato preventivo con conservazione degli effetti protettivi. Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione divengono così procedure interscambiabili o, per meglio dire, *double face*.

In tali ipotesi l'effetto sospensivo è di molto dilatato. Infatti, l'art. 182-*bis*, ultimo comma, l. fall. dispone che, quando il Tribunale assegna al debitore, con il Decreto (di blocco delle azioni esecutive o cautelari) di cui al comma 7, il termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione, il debitore può depositare entro il medesimo termine una domanda di concordato preventivo, con conservazione degli effetti di cui ai commi 6 e 7.

In tal caso, con riferimento al blocco delle azioni cautelari ed esecutive, al termine di giorni novanta (trenta per la fissazione dell'udienza *ex art. 182-bis*, comma 6 - automatic stay - e sessanta per la presentazione dell'accordo in base al comma 7) deve aggiungersi quello relativo alla domanda in bianco (120 + 60), per un totale di giorni 270 (30 + 60 + 120 + 60).

Seri dubbi di costituzionalità sono stati avanzati dalla dottrina, proprio per la violazione del diritto di difesa (*rectius* di azione) dei creditori estranei all'accordo e della menomazione della tutela giurisdizionale dei diritti, tanto che anche chi propugna la piena legittimità della moratoria dei 120 giorni ha precisato che il legislatore ha maggiormente valorizzato l'interesse della ristrutturazione della crisi di impresa e dei creditori aderenti all'accordo rispetto a quello dei creditori estranei [Ambrosini 12, 66]. Ciò anche tenendo conto della moratoria annuale di cui alla disciplina del sovraindebitamento *ex art. 8*, comma 4, L. n. 3/2012 limitatamente all'accordo di composizione della crisi con continuità aziendale ed al piano del consumatore *ex art. 12-bis* L. n. 3/2012. Altri dubbi di legittimità costituzionale affiorano con riferimento alla possibilità per i terzi di presentare domande di concordato preventivo concorrenti con quella del debitore, nel caso in cui la società

sia solo in crisi e non in stato di insolvenza. Va, però, precisato che la Commissione Rordorf si è spinta ancora più in là rispetto al D.L. n. 83/2015, prevedendo nella bozza di disegno di Legge delega che i terzi possono presentare domanda di concordato preventivo ma solo in ipotesi di insolvenza e non in caso di semplice crisi societaria [se vi è insolvenza accertata dal Tribunale con il decreto di ammissione al concordato preventivo non vi è lesione dell'art. 42 Cost., in tal senso Bozza 15, 12; Fabiani 15, 8, invece, si spinge a ritenere ammissibile la proposta concorrente del terzo anche in caso di mera crisi].

Nella relazione accompagnatoria alla bozza di disegno di Legge delega si delinea una specifica nozione di "crisi", intesa come non "insolvenza in atto", ma come "pericolo di futura insolvenza". Si chiarisce, infatti, che si legittimano "anche i terzi a proporre domanda di concordato", ma "una simile possibilità, che evidentemente è funzionale a stimolare anche lo stesso debitore a formulare eventuali proposte concordatarie effettivamente appetibili, prima che lo scivolamento nell'insolvenza possa schiudere le porte ad iniziative di estranei, è però limitata all'ipotesi in cui il debitore versi in stato di insolvenza, e non di semplice crisi, perché solo in questa ipotesi appare giustificato un meccanismo che, in base ad un piano proposto da soggetti terzi, potrebbe anche comportare la sottrazione dell'azienda al proprio originario titolare" (cfr. art. 7 del disegno di Legge delega "introdurre la possibilità, ove il debitore versi in stato di insolvenza, che il procedimento sia promosso anche da terzi, nel rispetto dei principi del giusto processo e del contraddittorio").

La natura di procedura concorsuale della fase "preliminare" di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. emerge nitidamente già dalla norma di interpretazione autentica dell'art. 111 l. fall. ove si afferma espressamente tale qualifica ("i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, comma 6..."). Nella stessa norma proprio alla medesima locuzione ("procedura aperta") si fa riferimento come nel concordato preventivo ammesso ai sensi dell'art. 163 l. fall. Si traccia, quindi, un perfetto parallelismo tra le due fasi di un'unica procedura di concordato preventivo.

Tra l'altro, l'effetto naturale della pubblicazione del ricorso *ex* art. 161, comma 6, l. fall. nel registro delle imprese è proprio quello del blocco delle azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 168 l. fall., proprio come nel caso di pubblicazione del ricorso per concordato preventivo ordinario.

Dal deposito del ricorso sorgono le prededuzioni per gli atti di ordinaria amministrazione, proprio come avviene nel fallimento e nel concordato preventivo ordinario ai sensi dell'art. 111 l. fall.

È stata prevista per legge la figura del (pre)commissario giudiziale già nella fase di "osservazione" al momento della concessione del termine per il successivo deposito di piano, domanda e documentazione.

Gli obblighi informativi sono stati, poi, rafforzati e resi doverosi da parte dell'imprenditore, rendendo maggiormente evidente la natura di procedura concorsuale del "concordato con riserva".

2. L'organo deputato alla modulazione del termine.

Il giudice: monocratico o collegiale

Pur essendo una questione forse marginale, tuttavia le prime discordanze interpretative inducono a trattare anche la questione della individuazione dell'organo decisionale (monocratico o collegiale) sulla concessione del termine per l'integrazione della domanda.

L'organo deputato alla concessione del termine per l'integrazione del ricorso, con domanda, piano e documentazione pare spettare al Tribunale in composizione collegiale. Militano per questa interpretazione: la menzione espressa del Tribunale in tutti gli altri commi dell'art. 161 (comma 7: atti urgenti di straordinaria amministrazione; comma 8: obblighi informativi) diversamente dal comma 6 ("entro un termine fissato dal giudice"); la complessità della decisione da adottare, anche con riferimento al prolungato blocco delle azioni esecutive e cautelari (se si tiene conto anche della sospensione feriale dei termini); il rito camerale che disciplina il procedimento *ex art. 50-bis*, ultimo comma, c.p.c., ove si prevede la composizione collegiale [Trib. Oristano 25/09/2012; in motivazione, in ordine alla composizione del Tribunale nei procedimenti in materia di liquidazione degli onorari di avvocato *ex art. 14*, comma 2, D.Lgs. 01/09/2011, n. 150 vedi Corte cost. n. 65/2014]. Tale tesi è stata fatta propria dall'89,9% dei giudici delegati nel testo redatto dall'OCI - Osservatorio sulle Crisi delle Imprese - [quesito 63 in Ferro-D'Amora-Fabiani 13, 112].

L'altra tesi poggia sull'argomento testuale del comma 6 dell'art. 161 l. fall. ("giudice"), sul fatto che anche ove si utilizza l'espressione "Tribunale" può intendersi anche "in composizione monocratica" oltre che collegiale, nonché sulla possibilità per il collegio di delegare il giudice monocratico per l'esame del ricorso e per la concessione del

termine [Trib. Pistoia, 04/10/2012], oltre che sulla incongruità di rendere il collegio destinatario degli obblighi informativi e della relativa attività di controllo. Del resto, l'art. 162, comma 1, l. fall., laddove prevede la concessione del termine nella domanda "completa" utilizza il termine Tribunale, ma nella prassi anche il giudice relatore poteva (e può) concedere tale termine (nell'art. 15, comma 1, l. fall. si fa riferimento espresso al Tribunale in composizione collegiale, prevedendosi la delega al comma 3); nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento l'esclusione della trattazione collegiale è prevista per legge (art. 10 L. n. 3/2012, come modificata dal D.Lgs. n. 179/2012, convertito in L. n. 221/2012, in vigore dal 18/01/2013 "Il reclamo si propone al Tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento"), come nell'art. 161, comma 6, l. fall. ("giudice"). Solo nel caso in cui il giudice non sia in grado di fissare il termine (obbligatorio e, quindi, con carattere di mero provvedimento di natura organizzativa) per assenza dei requisiti processuali del ricorso, la decisione sulla ammissibilità spetta al collegio.

Deve, però, osservarsi che le lacune riscontrabili nella disciplina dei procedimenti camerale e di quelli speciali devono colmarsi, in mancanza di deroghe esplicite o implicite, con il ricorso alle norme del rito ordinario, costituente il paradigma procedimentale del nostro ordinamento, dal quale essi si differenziano soltanto nei limiti espressamente previsti dalla legge. Pertanto, anche nel procedimento camerale applicato a diritti soggettivi - quale il giudizio di merito relativo alla dichiarazione di paternità o maternità naturale di minori innanzi al Tribunale per i minorenni - che non conosce la figura dell'istruttore, trova applicazione, in difetto di esplicite norme derogative, il principio generale immanente al rito ordinario secondo cui un giudice può essere delegato dal Collegio alla raccolta di elementi probatori da sottoporre, successivamente, alla piena valutazione dell'organo collegiale - alla luce dell'affermato principio la S.C. ha rigettato la tesi del ricorrente secondo cui in un giudizio di dichiarazione giudiziale di paternità naturale doveva ritenersi nulla la prova assunta da un componente del Tribunale dei minorenni su delega del Collegio - [Cass. n. 15100/2005]. Le medesime conclusioni sono state raggiunte dalla Suprema Corte, prima della riforma di cui al D.Lgs. n. 5/2006, con l'attribuzione al giudice relatore della facoltà di audizione del debitore in sede prefallimentare [Cass. n. 6505/1996].



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)