Fallimenti e Società.it
OSSERVATORIO DI DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE
Triveneto

NOTE MINIME A MARGINE DEL CONVEGNO DI VICENZA DEL 15 GENNAIO 2016

di
Francesco Pedoja

Ho partecipato al Convegno di Vicenza organizzato magnificamente dalla rivista fallimenti e società con il contributo dottrinale dell'amico Giuseppe Bozza.

Il convegno si è rivelato interessantissimo e di grande contenuto scientifico.

Alla ricerca di interpretazioni valide e convergenti tra giurisprudenza e dottrina mi corre l'obbligo di evidenziare alcuni argomenti sui quali dissento dalle Conclusioni dei Relatori di turno.

Per quanto riguarda la procedura fallimentare vorrei sottolineare alcune perplessità circa quanto affermato in sede convegnistica, premettendo che l'istituto della chiusura anticipata del fallimento prevista dal secondo comma dell'art 118 L.F., pensata dal legislatore come strumento di deflazione delle cause ex legge c.d. "Pinto", costituisce una cosiddetta simulazione legale della chiusura del fallimento e cioè una chiusura solo formale in quanto permangono almeno parzialmente gli organi della procedura e cioè il curatore e il giudice delegato, ed in quanto il riparto va completato solo all'esito dei giudizi pendenti.

Peraltro, a mio giudizio, l'istituto della chiusura anticipata potrà trovare limitata applicazione se si considera il richiamo esplicito contenuto nell'art. 118 all'art. 43

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Francesco Pedoja | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

nel quale sono previsti solo i rapporti di diritto patrimoniale del fallito, con esclusione pertanto delle cause revocatorie e delle azioni di responsabilità in capo ai creditori e soci; tale ipotesi è rafforzata dalla previsione di cui all'art. 120, co. II, per il quale le azioni esperite dal curatore per l'esercizio di diritti derivanti dal fallimento non possono essere proseguite.

Sempre nell'ambito della procedura fallimentare va richiamata la norma di cui all'art. 43, co. IV, relativa alla accelerazione dei processi nei quali sia parte una procedura concorsuale.

Tale previsione costituisce evidentemente un criterio legale di individuazione di una priorità di trattazione dei giudizi civili, criterio da inserire nei programmi *ex* art. 37 D.L. 98/211e da verificare periodicamente da parte del presidente del tribunale.

Passando alla **procedura di concordato preventivo** non posso esimermi da un breve accenno al problema relativo alla previsione di una percentuale minima che il proponente deve assicurare ai creditori chirografari nei concordati liquidatori.

Il concetto di "assicurazione" è evidentemente un concetto giuridico che equivale nella sostanza a quello di obbligo. Detta previsione costituisce condizione di ammissibilità secondo la previsione dell'art. 160, co. IV, L.F.; la previsione pertanto di una percentuale minima costituisce oggetto di un giudizio di fattibilità giuridica rimesso al tribunale e non certo un giudizio di fattibilità economica rimesso ai creditori secondo la distinzione prevista dalla nota sentenza delle Sezioni Unite 2013.

Devo aggiungere altresì che la formulazione al plurale relativa all'ammontare dei crediti chirografari fa pensare all'esigenza di assicurare una percentuale minima

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Francesco Pedoja | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

globale e quindi media ai chirografari e non la previsione di una specifica percentuale per ogni creditore.

Ciò trova conferma a mio parere in quanto previsto differentemente dall'art. 161 co. II lettera e), ove si richiede che debba essere assicurata una utilità a ciascun creditore.

Va ribadita infine l'importanza della distinzione tra concordato preventivo in continuità e concordato preventivo liquidatorio: a tal proposito il richiamo esclusivo dell'art. 160, co. IV, all'art. 186 bis rafforza significativamente l'opinione secondo la quale il concordato in continuità è esclusivamente quello a continuità diretta almeno nella fase ante omologa. Non è il caso qui di richiamare le ragioni che suffragano questa limitazione già esposte in vari miei precedenti scritti. Unica ulteriore osservazione a suffragio di quanto qui sostenuto, va compiuta con riferimento proprio alla previsione del citato art. 186 bis, in particolare al comma secondo lettera a) ove si indica tra i requisiti richiesti per l'ammissibilità del concordato in continuità che il piano debba *contenere una analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;* ora è evidente che in caso di affitto d'azienda pre-omologa si dovrebbe fare riferimento al piano della impresa affittuaria che peraltro è soggetto terzo rispetto alla debitrice concordataria, ma ciò appare assurdo (ancorché affermato in sede di convegno!).

Passando ora alla previsione di cui all'art. 163 bis relativa alle offerte concorrenti va premesso che il legislatore riteneva di intervenire espressamente sulla materia dei cosiddetti concordati preventivi chiusi, ma invece ha espressamente esteso l'obbligo delle procedure competitive a tutte le offerte formulate nel piano e non solo per le offerte di acquisto di aziende o di rami di azienda ma anche per qualsiasi specifico bene.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Francesco Pedoja | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

A questo proposito va sottolineato che nell'ipotesi di concordati preventivi chiusi è il contratto preliminare che viene ad essere l'oggetto della competizione.

Quanto ai limiti applicativi dell'istituto in esame ai sensi del quinto comma dell'art. 163 bis la procedura si estende anche agli atti da autorizzare ex art. 161, co. VII, evidentemente sul presupposto della richiesta urgenza dell'atto, e cioè l'istituto trova applicazione alle offerte formulate prima del decreto di ammissione e sino allo stesso decreto. Restano pertanto escluse le offerte formulate dopo il deposito del piano e dell'emissione del decreto di cui sopra.

Restano inoltre esclusi tutti gli atti definitivi di cessione o di affitto d'azienda compiuti prima del deposito della domanda di concordato (ancorché qualcuno dei Relatori abbia affermato inopinatamente il contrario!?!).

Quanto ai rapporti tra proposte concorrenti ed offerte concorrenti non condivido le conclusioni formulate in sede convegnistica dai Relatori di turno.

La normativa di cui all'art. 163 bis si applica infatti solo alle offerte formulate nella proposta del debitore; ciò si deduce espressamente dalla formulazione del comma quarto del medesimo art. 163 bis ove si obbliga il solo debitore a modificare la propria proposta sulla base dell'esito della gara competitiva. Tale obbligo non si estende alle offerte formulate nelle proposte concorrenti dei creditori.

Dalla norma dell'art. 163 bis si ricava altresì che lo sbarramento finale per l'esperimento delle procedure per le offerte concorrenti è dato dal riferimento dell'art. 172, co. II, al termine per la modifica delle proposte e cioè 15 giorni prima del giorno fissato per l'adunanza dei creditori.

Un'ultima osservazione relativamente al **disegno di legge delega** elaborato dalla commissione Rordorf: la necessità della emersione anticipata dell'insolvenza a

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Francesco Pedoja | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

mezzo della mediazione avanti gli O.C.C. non pare una soluzione utile e praticabile ai fini richiesti, atteso che non vi è un passaggio diretto, in caso di soluzione negativa sull'accordo tra debitore e creditori, all'Autorità Giudiziaria – anche se il PM – per le iniziative necessarie ai fini della fase liquidatoria e/o concordataria.

Al prossimo convegno.

© "Fallimenti e Società" 2016 | Autore: Francesco Pedoja | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it