



TAVOLA ROTONDA tra MAGISTRATI 28 marzo 2014¹

ELABORATO di SINTESI²

a cura del
Comitato di Redazione

I. ANALISI DEL C.D. DECRETO “DESTINAZIONE ITALIA” (N. 145/2013) IN PARTICOLARE L’ART. 11 C. 3^{QUATER}³ (PRE-DEDUZIONE): AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NORMA.

1. (*teoria*) È stato evidenziato che si tratta di una norma interpretativa inserita nella legge di conversione (*previo parere contrario del Ministero*) e sulla base di uno specifico caso concreto di levatura nazionale, non presente nell’originario Decreto Legge.

La questione verte in sostanza sulla possibilità di cogliere la continuità temporale tra la domanda di concordato con riserva e la successiva presentazione del piano,

¹ Nel presente Contributo è riportata una sintesi dei lavori che si sono svolti nel corso della I Tavola Rotonda organizzata da “Fallimenti e Società – Osservatorio Triveneto di diritto fallimentare e societario” nel pomeriggio del 28 marzo 2014 presso il Residence “Cà Beregana” in Vicenza e che ha visto la partecipazione attiva di 15 magistrati provenienti da Tribunali del Triveneto, 2 componenti del Comitato Scientifico “F&S” e la presenza tra l’uditorio di più di 30 professionisti (*Avvocati, Dottori Commercialisti e Notai*). I lavori si sono svolti grazie all’Introduzione e il coordinamento del Dott. Giuseppe Bozza, Presidente del Comitato Scientifico “F&S”.

² *LEGENDA*: l’elaborato riporta sotto i **numeri romani** i temi maggiormente discussi e, all’interno di questi (declinate coi **numeri arabi**) le diverse questioni (*teoriche e pratiche*) affrontate dai Magistrati e dai Componenti del Comitato Scientifico “F&S”.

³ Si riporta di seguito per maggiore comodità il testo della norma: “3-*quater*. La disposizione di cui all’articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell’articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, 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’articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma”.

in modo da ampliare i benefici della pre-deduzione nel periodo che intercorre tra i due atti.

Il nuovo articolo, pone uno sbarramento temporale nel momento in cui dichiara il venir meno della pre-deduzione, se il piano non viene presentato.

2. (prassi) Facendo riferimento ad una fattispecie concreta attualmente in analisi presso un Tribunale del Triveneto, si è condiviso il caso di una società edilizia con debiti per circa 80 milioni di euro, dichiarata fallita dopo l'inammissibilità del piano di concordato.

Alla presentazione della domanda di concordato con riserva era stato concesso il termine di 180 giorni, nel corso dei quali: 45 dipendenti hanno proseguito l'attività lavorativa, i fornitori hanno continuato le forniture propriamente nella prospettiva di un concordato in continuità aziendale.

Il Tribunale si era esposto sulla pre-deduzione di tali somme, anche in base all'art. 161, co. VII, L.F..

Intervenuto nel mentre il fallimento, il medesimo Tribunale è dell'opinione di mantenere la pre-deduzione sui crediti sorti nel periodo tra la presentazione della domanda in bianco e la dichiarazione di fallimento per mantenere il principio dell'affidamento dei terzi.

A commento del caso esposto, viene evidenziato che la questione della certezza del diritto e del conseguente affidamento dei terzi è da rispettare, ma che la novella in questione lo pone in dubbio o, quanto meno, lo determina nella comparazione con la garanzia della posizione (anche) degli altri creditori, che vedrebbero in tal modo aumentare considerevolmente l'importo delle pre-deduzioni.

I.A. (segue) Tipologia e natura dei crediti in pre-deduzione.

1. (teoria) Viene evidenziata la prassi di riconoscere la pre-deduzione per gli atti che hanno ricevuto l'autorizzazione dal Tribunale (pur rilevando alcune problematiche in base alla nuova norma, che si ritengono di poter superare facendo rientrare gli atti autorizzati tra quelli definiti "*in funzione*").

Viene sottolineato come la nuova disposizione normativa interpreti gli atti sorti "in occasione" e "in funzione" del concordato ex art. 111 L.F., ma che tali non comprendono di per sé tutti gli atti da cui far dedurre una pre-deduzione, richiamata eventualmente da altre disposizioni normative.

2. (prassi) Si pone il caso dell'atto di incarico al professionista della società e la preducibilità relativa, che di per sé non potrebbe essere riconosciuta, salta, a opinione diversa, nel caso in cui rientri nell'ordinaria amministrazione, al pari di altri fornitori e tenuto conto della verifica dei valori richiesti.



Su tale fattispecie concreta, vi è stato chi distinguerebbe se l'incarico al professionista sia stato concordato prima del deposito della domanda di concordato, perchè se fosse stato affidato solo successivamente, dovrebbe rientrare tra gli atti di straordinaria amministrazione.

3. (teoria) Dal caso concreto è emersa la problematica di poter non sempre facilmente distinguere gli atti di ordinaria amministrazione da quelli di straordinaria amministrazione.

Difatti, non pochi hanno evidenziato che se intesa in termini "ristretti", la norma disincentiverebbe notevolmente il ricorso alla procedura del concordato con riserva, che invece il legislatore avrebbe negli ultimi tempi inteso agevolare.

II. REQUISITI FORMALI DEL CONCORDATO CON RISERVA.

1. Assistenza del difensore: ritenuta necessaria dalla maggior parte dei Magistrati presenti, tra i quali taluni prevedono la possibilità di concedere termine per la presentazione della procura, e così sanare il deposito della domanda senza l'assistenza del difensore.

2. Delibera notarile: ritenuta necessaria dalla maggior parte dei Magistrati presenti (anche seguendo gli Orientamenti del Comitato Interregionale dei Notai del Triveneto), tra i quali taluni prevedono la possibilità di concedere termine per la presentazione della delibera.

3. Precommissario: Tutti i magistrati presenti ne prevedono la nomina (*cf. Modello predisposto dall'Osservatorio "F&S"*).

III. *Quesito*: LA SOCIETÀ CANCELLATA DAL REGISTRO DELLE IMPRESE PUÒ PRESENTARE DOMANDA DI CONCORDATO?

Per alcuni Magistrati non è ammissibile in questo caso presentare la domanda di concordato. Per altri invece, in ossequio al rilievo per il quale la società entro un anno dalla cancellazione può fallire, dovrebbe esserle riconosciuta la facoltà di presentare la domanda con la precisa attenzione relativa al termine dei 60 giorni (ed eventuale proroga), che non può superare l'anno succitato dopo il quale non è possibile la dichiarazione di fallimento.

Si deve aver estremo riguardo alla scadenza dell'anno per la dichiarazione di fallimento dalla cancellazione dal registro imprese. A maggior ragione, se pende

Istanza di fallimento, il Tribunale potrebbe non concedere nessun termine e/o non ammettere alla procedura preliminare.

Esempio: se la domanda in bianco viene depositata 8 mesi dopo la cancellazione dal Registro Imprese, si potrebbero assegnare i 60 gg, ma poi non potranno venir concesse eventuali proroghe richieste per il deposito del piano.

IV. DIES A QUO DI DECORSO DEL TERMINE.

1. (*teoria*) Sul punto le posizioni dei Tribunali sono plurali: per taluno i 60 giorni decorrono dalla comunicazione al Registro Imprese del decreto di ammissione alla procedura preliminare (che è bene preveda pure espressamente l'indicazione della data finale); per altri (in maggioranza) dalla citata comunicazione in quanto tale; per altri ancora dal deposito del provvedimento del Giudice.

2. (*teoria*) la sospensione feriale dei termini viene da alcuni concessa e dalla maggior parte esclusa (soprattutto per evitarne l'uso strumentale, tramite il deposito del Ricorso in bianco nella seconda metà del mese di luglio). Per ovviare, alcuni Tribunali pongono l'*urgenza* al Decreto di ammissione al pre-concordato, così (in automatico) non si deve tener conto della sospensione feriale. Urgenza che deve essere posta a maggior ragione nell'ipotesi in cui penda già una istanza di fallimento.

V. Poteri del c.d. “pre-commissario”:

1. (*teoria e prassi*) per taluni magistrati il c.d. “pre-commissario” deve essere tenuto distinto anche nella sua facoltà dal vero e proprio commissario che possiede solo poteri di vigilanza in ordine agli obblighi informativi; è poi opportuno che abbia potere ispettivo sulle attività dell'impresa e obblighi di verifica delle scritture contabili. Esprime parere e controrelazione sulla relazione mensile predisposta dall'imprenditore.

Stante la normativa vigente, il pre-commissario ha meri poteri di vigilanza che si traducono nella verifica dei c.d. “obblighi Informativi”.

Alcuni Tribunali, però, chiedono che il commissario svolga una controrelazione di verifica delle scritture contabili.

Relativamente agli atti potenzialmente revocabili, il C.G. dovrebbe eseguirne un'accurata analisi post-ammissione alla procedura di concordato preventivo (con Istanze *ad hoc* ovvero in sede di relazione *ex art.* 172 L.F.).

Il pre-commissario verifica inoltre se sono stati eseguiti pagamenti di debiti anteriori o operazioni di straordinaria amministrazione senza autorizzazione.

In sunto, possiede compiti di controllo e vigilanza, che non sempre viene

agevolata nel concreto della prassi a causa della condotta della singola azienda, la quale talvolta gli vieta l'accesso ai suoi locali.

VI. RUOLO DEL P.M.:

1. (*prassi*) In alcuni Tribunali, il Collegio comunica subito al P.M. l'avvenuta ammissione di una società al pre-concordato o, comunque, lo stesso P.M. viene avvisato dell'udienza *ex art.* 162 L.F.

VII. SUL COMPENSO DEL PRE-COMMISSARIO:

1. (*teoria e prassi*) Non risulta esservi una linea di condotta comune nei Tribunali sul punto, posto che non ci si può rifare *ictu oculi* ai meri parametri del D.M. 25/01/12 n. 30.

Difatti, nell'ipotesi in esame è stato rilevato che non è dato conoscere né l'attivo realizzato né quello "inventariato", atteso che nel lasso temporale compreso tra la concessione del termine *ex art.* 161, co. VI, L.F. e la declaratoria di ammissibilità (o improcedibilità) non si compie alcuna liquidazione o operazione di inventario. Alcuni Tribunali, peraltro, ritengono che al C.G. sia dovuto il fondo spese a carico della parte ricorrente.

VIII. SUGLI EFFETTI DEL CONCORDATO:

VIII.A. Azioni esecutive:

1. (*teoria e prassi*) La maggior parte dei magistrati ritiene che debbano essere "sospese" le procedure esecutive a carico delle ricorrenti, purchè riguardino il patrimonio del debitore (*anche per i beni che spettano al debitore in forza del contratto di leasing*), fino all'avvenuta omologa del concordato preventivo.

Alcuni magistrati, ad ogni buon conto, dichiarano che la procedura esecutiva è "*allo stato improcedibile*".

Le ipoteche giudiziali sono inefficaci se iscritte 90 giorni prima dell'ammissione della società al pre-concordato. Nel caso in cui se venga presentata la domanda per un nuovo concordato, il termine citato si rinnova.

VIII.B. Cessioni di credito

1. **(teoria e prassi)** Sebbene non vi sia la terzietà della procedura, come nell'ipotesi del Fallimento, le cessioni di credito si ritengono opponibili se notificate prima del deposito del ricorso in bianco.

Per i mandati all'incasso, incorre l'obbligo di restituzione da parte dell'istituto di credito se appunto interviene l'incasso del credito, eccezion fatta nel caso in cui sussista un patto di compensazione (non generico – quindi che preveda l'incasso di determinate fatture).

2. **(prassi)** Nel fallimento la cessione non opera, perchè c'è il blocco del fallimento, ma nel concordato? Si ritiene sussista comunque una cristallizzazione a favore dei creditori.

3. **(teoria)** Cosa prevedere in caso di mandato all'incasso? È stato rilevato che secondo l'orientamento presente in Cassazione l'obbligo della restituzione del denaro da parte della banca sorge nel momento in cui ha incassato e la banca può fare la compensazione con il suo credito per aver anticipato (dato che il suo credito nasce al momento dell'incasso).

VIII.C. Contratti in corso

1. **(teoria)** È stato evidenziato che la parte ricorrente avrebbe facoltà di chiedere lo scioglimento di un contratto solamente prima del deposito del piano concordatario, motivando il collegamento della richiesta con il piano medesimo. La maggior parte dei Tribunali, comunque, concede la “sospensione”, non lo scioglimento, perché se il piano si traduce, poi, in un accordo di ristrutturazione dei debiti, non pare possibile procedere altrimenti.

D'altra parte, è stato ritenuto che non vi possa essere una preclusione assoluta allo scioglimento (es. contratti di leasing) e così la valutazione deve essere svolta caso per caso.

2. **(teoria)** È emersa la netta distinzione tra le fattispecie regolata dall'art. 172 L.F. e dall'art. 169 bis L.F.: il secondo avrebbe una portata generale (può ricomprendere tutto esclusi i contratti restitutori), mentre il primo riguarda i contratti pendenti con prestazioni eseguite da una parte e non dall'altra.

3. **(prassi)** Inoltre, avendo lo scioglimento effetto irreversibile, si pone il problema dell'eventuale non ammissione del concordato preventivo.

Alcuni Tribunali procedono allo scioglimento dei contratti solo se ritenuti inutili ai fini della procedura.

4 **(teoria e prassi)** Ulteriore problematica connessa è quella concernente la previsione di un risarcimento/indennizzo, dai più condivisa.



Le soluzioni ipotizzate sono le seguenti:

- a) accantonamento di un fondo nel piano, per il risarcimento al contraente;
- b) inserimento di una classe apposita per il pagamento del credito verso il contraente;
- c) qualifica di creditore chirografario e pago l'indennizzo in chirografo (orientamento più seguito).

5. (prassi) Circa la necessità dell'instaurazione del contraddittorio è stato rilevato che tale incombente rischia di appesantire la procedura e così allungare i tempi, ma d'altra parte è stato rilevato la posizione recentemente formatasi di alcune Corti di Appello che ritengono imprescindibile la previa formazione del contraddittorio.