

Consecuzione delle procedure e revocatoria fallimentare

di Giuseppe Rebecca, Studio Rebecca & Associati di Vicenza - Schio

Analizziamo un tema molto interessante, anche per i collegati effetti pratici, anche se invero un po' trascurato dalla dottrina. Trattiamo della consecuzione delle procedure, ante e post 2012.

Prima del cosiddetto Decreto Sviluppo del 2012, che ha risolto in modo per certi versi abbastanza chiaro la questione, tre erano le tesi avanzate relativamente a questo aspetto.

Ora tutto è più chiaro, anche se qualche incertezza c'è ancora.

Le tesi precedenti

Sintetizziamo le tre tesi precedentemente avanzate:

- 1) – tutto è come prima;
- 2) – le cose sono variate, relativamente al requisito dell'insolvenza;
- 3) – la consecuzione è inapplicabile.

Secondo la prima tesi, si farà riferimento all'inizio della prima procedura; anche noi eravamo di questo avviso.

Concordato preventivo e conseguente fallimento costituiscono due fasi di uno stesso procedimento, per cui ne consegue l'unitarietà dei procedimenti. Tesi questa che trova giustificazione nell'identità dei presupposti sostanziali (stesso tribunale, stesso giudice delegato, coincidenza frequente sempre tra commissario e curatore) e la tutela giurisprudenziale garantita.

Si ha così una traslazione degli effetti del concordato sul fallimento, appunto l'anticipazione degli effetti del fallimento sul concordato.

Altri hanno invero sostenuto un possibile cambiamento (seconda tesi), essendo state dettate norme diverse, e comunque essendo il piano di risanamento o di ristrutturazione non più necessariamente legato alla insolvenza.

Altri ancora (terza tesi) sostenevano che in ogni caso non tutti gli effetti della dichiarazione di fallimento potrebbero retroagire, e tra questi indicano l'azione revocatoria, per la quale, quindi, non avrebbero effetto eventuali situazioni di insolvenza precedenti (concordato preventivo).

La Cassazione (Sentenza n. 18437 del 6/08/2010), contrariamente a quanto inizialmente poteva ritenersi, ha precisato che il principio della consecuzione delle procedure trova applicazione anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa fallimentare, in base alla quale il fallimento non può essere dichiarato d'ufficio, ma richiede l'iniziativa o di un creditore o del Pubblico Ministero e l'accertamento in

concreto sia dei requisiti di cui alla L. Fall., art. 1 (identici tanto per il fallimento che per il concordato preventivo) sia dello stato di insolvenza dell'imprenditore, di cui alla L. Fall., art. 5; la sentenza di fallimento costituisce infatti l'atto terminale del procedimento, non assumendo rilievo l'abbandono in sede normativa dell'automatismo della dichiarazione di fallimento. Pertanto quando si verifichi a posteriori – con sentenza passata in giudicato – che lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato in realtà coincideva con lo stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va retrodatata alla data della presentazione della predetta domanda. Secondo il Tribunale di Venezia (Sentenza n. 1237/11 del 14/15 novembre 2011), dichiarato improcedibile il concordato, non sussistono i presupposti per ritenere che la società sia tornata in *bonis*, con conseguente cessazione degli effetti del decreto di ammissione; il lasso temporale intercorrente tra la dichiarazione di improcedibilità del concordato e la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce infatti il tempo utile necessario, allo stato della legislazione vigente, per proporre, da parte di uno dei soggetti legittimati, l'istanza di fallimento e per l'adozione del conseguente provvedimento da parte del Tribunale. La sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta dopo soli 28 giorni, comprova, *ex post*, che lo stato di crisi in base al quale l'imprenditore ha chiesto di essere ammesso a concordato preventivo, era in realtà uno stato di insolvenza; sicché l'identità del presupposto porta ad escludere la possibilità di ammettere l'autonomia delle due procedure con conseguente retrodatazione alla domanda di ammissione al concordato della data di opponibilità della compensazione. Da parte nostra siamo dell'avviso dell'invarianza, rispetto a prima.

Si sono pronunciati per il principio della consecuzione delle procedure:

- Prof. Paolo Felice Censoni, Manuale Diritto Fallimentare, Cedam, 2009, pagg. 465.
- Tribunale di Siracusa, Sentenza del 19 novembre 2010, Relatore Dr Giuseppe Artino Innaria (in www.unijuris.it).

Il Tribunale ha confermato il principio della consecuzione delle procedure che sono quindi considerate in modo unitario. Più in particolare, ha affermato che ai fini dell'applicazione delle nuove norme si fa riferimento alle procedure in essere al 17 marzo 2005.

- Corte di Cassazione, Sezione I, 6 agosto 2010 n. 18437, Relatore Fioretti (in www.ilcaso.it).

La Cassazione conferma che anche con la riforma si applica il principio della consecuzione delle procedure. Ne consegue la retrodatazione alla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo del conteggio degli interessi e

della data di opponibilità delle compensazioni, essendo irrevocabile lo stato di crisi accertato dal Tribunale.

“Il Collegio ritiene che il principio della consecuzione delle procedure debba trovare applicazione anche dopo l’entrata in vigore della nuova normativa fallimentare”.

Dalla sentenza pare comunque che il principio sia applicabile solo quando, dalla sentenza di fallimento, emerge che l’insolvenza che lo ha determinato sussistesse già all’epoca della domanda di concordato preventivo.

- Corte di Cassazione, Sezione I, 26 marzo 2010, n. 7273, Relatore Fioretti
La Corte nega l’applicazione del principio della consecuzione delle procedure ai crediti personali nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, in quanto l’efficacia del concordato preventivo della società riguarda i soli debiti della stessa. Indirettamente, è così confermato il principio per gli altri casi.
- Tribunale di Mantova, 9 aprile 2009, Relatore Alessandra Venturini
Il Tribunale si è pronunciato per consecuzione, anche se fa una premessa di esistenza di stato di insolvenza.
- Prof. Danilo Galletti, “Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il “nuovo” curatore fallimentare ne Il Fallimentarista – Numero Zero - Giuffrè.
- Tribunale di Monza, 5 gennaio 2011, estensore Giani.
- Cassazione n. 2335 del 17 febbraio 2012, “anche dopo la riforma della legge fallimentare, nel caso in cui, dopo l’ammissione di una società di persone al concordato preventivo, segua la dichiarazione di fallimento della medesima società e dei soci illimitatamente responsabili, ai sensi della L. Fall., art. 147, il termine di cui alla L. Fall., art. 67, per l’esercizio dell’azione revocatoria dell’atto personale posto in essere dal socio decorre dal decreto di ammissione della società alla prima procedura concorsuale, e non dalla data della sentenza di fallimento del socio, atteso che il carattere meramente consequenziale e dipendente del fallimento del socio rispetto a quello della società comporta che, ai fini della dichiarazione di fallimento, abbia rilevanza unicamente lo stato di insolvenza della società, indipendentemente dalla sussistenza o meno dello stato di insolvenza personale del socio, dovendosi escludere un vulnus all’affidamento dei terzi, cui sono noti sin dalla data di apertura della prima procedura i soggetti potenzialmente sottoposti al fallimento in esito alla stessa”.
- Cassazione n. 4959 del 27 febbraio 2013.

Consecuzione di procedure – Tabella di sintesi

Applicabilità
Prof. Paolo Felice Censori
Prof. Danilo Galletti
Tribunale di Mantova, 09/04/2009
Cassazione n. 7273 del 26/03/2010 (indirettamente)
Cassazione n. 18.437 del 06/08/2010
Tribunale di Siracusa, 19/11/2010
Tribunale di Monza, 05/01/2011
Cassazione n. 2335 del 17/02/2012
Cassazione n. 4959 del 27/02/2013

Il decreto “Sviluppo”

Il decreto “Sviluppo” (D.L. 83/2012 convertito, con modifiche nella Legge 134 del 7 agosto 2012), lo stesso decreto che ha introdotto il cosiddetto “concordato in bianco”, è intervenuto in modo specifico sulla questione della consecuzione delle procedure all’art. 69-bis, comma 2.

Così precisa tale secondo comma:

“Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese”.

È stato ora previsto normativamente quanto già la maggior dottrina e la giurisprudenza prevalente avevano peraltro interpretato.

Nel caso di consecuzione di procedure, e quindi nel caso in cui a un concordato faccia seguito una dichiarazione di fallimento, i termini per la revocatoria fallimentare si riferiscono alla prima procedura, e più precisamente alla pubblicazione della domanda di concordato preventivo.

È stata utilizzata l’espressione “termini” che parrebbe incongrua; più che di termini, si tratta infatti di tempi, di riferimenti temporali, in quanto gli articoli di legge esplicitamente richiamati si riferiscono appunto ad un periodo, non ad un termine.

Altra questione riguarda la data di riferimento. Ora si prevede di far riferimento alla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese. Precedentemente il riferimento era

discusso, e la tesi che a nostro avviso aveva la preferenza era la data di presentazione della domanda di concordato, che peraltro non andava allora iscritta nel Registro delle imprese.

Ci si può anche chiedere cosa succeda nel caso in cui il fallimento non faccia seguito alla procedura di concordato preventivo senza soluzione di continuità, nel senso che la procedura, ad esempio, non sia omologata, ma il fallimento sia dichiarato solo successivamente, magari anche dopo parecchio tempo.

Vista la norma, si applicherà il principio della consecuzione? Dal tenore letterale della norma si può ritenere di sì, anche se sul punto potrebbero essere sostenute tesi discordi. In ogni caso il Tribunale di Venezia, Sentenza 15/11/2011, estensore dottoressa Gabriella Zanon, ha ritenuto che un lasso di tempo di soli 28 giorni tra dichiarazione di improponibilità e dichiarazione di fallimento fosse ininfluenza, a questi fini, e quindi ha accertato la consecuzione.

Ad ogni buon conto, con la nuova norma trova anche applicazione pratica la previsione normativa della decadenza dall'esercizio della causa di revocatoria, per la quale non avevamo individuato casi di possibile specifica concreta applicazione.

Ricordiamo infatti che per i fallimenti dichiarati dal 16 luglio 2006 la decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria è fissata in 3 anni (precedentemente 5 anni) dalla dichiarazione del fallimento e comunque 5 anni dall'atto. Ci si era chiesto quando potesse applicarsi questo diverso termine. Ora si è chiarito, da un punto di vista pratico, quando potrebbe verificarsi questa applicazione del maggior termine; con la consecuzione delle procedure la norma trova così piena applicazione. I termini di 3 e 5 anni, dichiarati di natura decadenziale dal legislatore, sono stati ritenuti invece di natura prescrizione (Tribunale di Napoli, 2 maggio 2013. Di contrario avviso Riccardo Conte¹).

Con la previsione del cosiddetto concordato "in bianco" (art. 161, c. 6, l.f.), tenuto conto che tra presentazione della domanda e presentazione del piano possono passare anche 180 giorni, nel caso di successivo fallimento si viene ad estendere il periodo di riferimento per una eventuale azione di revocatoria fallimentare. Ci si riferisce ovviamente agli atti e ai pagamenti effettuati prima della iscrizione della domanda, che

¹ Ne *Il Fallimento*, n. 3/2014, pag. 310, estensore De Matteis "Secondo questo organo giudicante la soluzione più corretta è quella che richiede in ogni caso, ai fini dell'interruzione della prescrizione, e quindi anche in caso di atto interruttivo costituito dalla notificazione di una domanda giudiziale, ai sensi dell'art. 2943, comma 1, c.c., che l'atto sia giunto nella sfera di conoscibilità del destinatario, e cioè che la notificazione si sia perfezionata anche per quest'ultimo".

Nella stessa rivista, il commento di Riccardo Conte, Azione revocatoria e termini di prescrizione e decadenza, "L'Autore dopo aver ricordato l'insegnamento delle Sezioni Unite (sent. n. 8830 del 2010) in relazione al diverso momento in cui, sia per quel che concerne gli atti giudiziari, sia per quel che concerne atti stragiudiziali, è impedita la decadenza o è interrotta la prescrizione, esamina la sentenza del Tribunale napoletano in relazione alla natura de termini dell'art. 69 l.fall. riguardo all'azione revocatoria ordinaria. Non condivide la soluzione a cui è pervenuto il Tribunale, ritenendo che il termine triennale previsto da quest'ultima norma è da ritenere di decadenza e non di prescrizione".

per gli atti compiuti post presentazione della domanda il riferimento sarà diverso, come vedremo.

Nel caso in cui poi non fosse effettivamente presentata la domanda di concordato, o la stessa domanda di concordato non fosse dichiarata ammissibile, varrà lo stesso la previsione? Ritenevamo di sì, in quanto una eventuale condotta omissiva da parte del debitore verrebbe ad incidere in modo retroattivo e negativamente non tanto sul debitore, quanto piuttosto sui creditori, i quali avevano fatto affidamento sulla non revocabilità. Per un aspetto analogo, vedasi anche Tribunale di Terni, 17 gennaio 2014, estensore Paola Vella, relativamente alla questione prededuzione² ne www.ilcaso.it (nello stesso senso, anche Tribunale di Bolzano, 25 febbraio 2014, est. Francesca Bortolotti ne Il caso del 6/03/2014).

² “L’art. 161, co. 7 l.f., laddove stabilisce che “dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all’articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell’articolo 111”, non deve intendersi nel senso che quel rango prededucibile sia condizionato all’effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo entro il termine assegnato dal Tribunale, poiché, così facendosi, una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) non già sul debitore medesimo, bensì sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti, in quanto sorti per effetto degli “atti legalmente compiuti” dal debitore (i.e. atti di ordinaria amministrazione ed atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale), con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo pre-concordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi di impresa”. In senso contrario, invece, da noi peraltro allora non condiviso, riportiamo la risposta data dal sito FALLCO (Zucchetti Software Giuridico S.r.l.) in data 26/11/2013.

La domanda era: “Si può ritenere la consecuzione tra procedure in caso di concordato con riserva e successivo fallimento (depositata la domanda in bianco ma poi il Tribunale non ammette e dichiara il fallimento)?

La risposta è stata: “No perché il c.d. concordato con riserva non è una procedura che possa collegarsi al fallimento, ma si sostanzia nella concessione di un termine per depositare la proposta concordataria, il piano e la relativa documentazione, producendo per intanto degli effetti, che anticipano quelli che produrrà il concordato una volta ammesso. Tali effetti anticipatori si conservano nel successivo concordato, che dovrebbe essere lo sbocco naturale, o, come la legge espressamente prevede, nell’accordo di ristrutturazione omologato, nel mentre, il mancato deposito alla scadenza del termine concesso (o prorogato) della proposta e del piano di concordato, con la relativa documentazione, o di una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, determina l’applicazione dell’art. 162, commi secondo e terzo, per cui la domanda di preconcordato, previa convocazione dell’interessato, va dichiarata inammissibile e, su istanza dei creditori o del P.M., può essere dichiarato il fallimento, se ne ricorrono i presupposti. La dichiarazione di inammissibilità chiude l’iter processuale iniziato con la domanda di preconcordato, sicché gli effetti inerenti al procedimento che con questa domanda giudiziale la parte aveva promosso non possono più realizzarsi perché non potrà più essere aperta la procedura concordataria vera e propria che si sarebbe saldata con la iniziale domanda facendo retroagire gli effetti fin da quella data; la dichiarazione di fallimento è un fatto ulteriore, che si ricollega a diversi presupposti, per cui non può essere considerato una consecuzione della originaria domanda, la declaratoria di inammissibilità della quale ha determinato un effetto ex tunc – con cessazione degli effetti protettivi a far data dal deposito del ricorso – in considerazione del fatto che gli effetti in questione derivano dalla pubblicazione della domanda di preconcordato in attesa del completamento promesso, per cui, mancando il completamento e un provvedimento del giudice che stabilizzi la provvisorietà di quegli effetti, questi perdono efficacia ex tunc. Noi non eravamo di questo avviso, come illustreremo più avanti.

Recentemente è intervenuta anche la Cassazione (n. 6031 del 14 marzo 2014) evidentemente su un caso ante variazione del 2012. Per la parte che interessa, questa è la massima “la consecuzione tra procedure non è esclusa dalla circostanza che tra procedura “minore” e procedura principale sia intercorsa una soluzione di continuità, atteso che la continuità tra procedura non si risolve in un mero dato temporale, configurandosi, per converso, come fattispecie di consecuzione (più che di successione) tra le medesime. Il fallimento è, dunque, il logico corollario della condizione di dissesto che ha dato causa alla precedente procedura concorsuale”. E questo principio, logico, pare applicabile anche post variazione normativa.

La legge di conversione del decreto Destinazione Italia e sua successiva pronta abrogazione

La legge di conversione del decreto Destinazione Italia (si tratta della legge n. 9/2014, in vigore dal 22 febbraio 2014) con una norma interpretativa dell'articolo 111 della legge fallimentare aveva specificato che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo con riserva erano sì prededucibili, ma alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione fossero presentati entro il termine fissato dal giudice e che la procedura fosse aperta in base all'articolo 163 della legge fallimentare. Si subordinava quindi la prededuzione al completamento della domanda.

La norma, invero subito molto discussa, pur riferendosi alla prededuzione, aveva effetto anche per la revocatoria. Infatti metteva in evidenza come non esistesse consecuzione di procedure nel caso in cui la domanda preventiva di concordato in bianco non fosse seguita da tutta la documentazione che deve accompagnare la domanda stessa.

Per un commento, vedasi la completa analisi di Filippo Lamanna³ e l'interessante approfondimento di Paolo Vella ne www.ilcaso.it del 18 marzo 2014.

In definitiva si era ritornati al concetto precedente di “senza soluzione di continuità” e quindi anche e per la revocatoria valeva lo stesso concetto.

Se ed in quanto il concordato prenotativo, cui ha fatto seguito la domanda completa di concordato, avesse dovuto sfociare in fallimento, la revocatoria avrebbe avuto decorrenza dalla prima procedura. Altrimenti no.

Ma tanto rumore per nulla. Nell'*espace d'un matin* la norma di interpretazione autentica è stata abrogata e quindi *tamquam non esset*. Si tratta del D.L. 24 giugno 2014 n. 91 (art. 22, comma 7), Decreto crescita e competitività entrato in vigore il 25 giugno 2014.

³ Ne www.ilfallimentarista.it del 25 marzo 2014.

Conclusione

La consecuzione delle procedure può comportare un grande effetto circa le conseguenze pratiche nel successivo fallimento, e ciò soprattutto per quanto concerne le azioni revocatorie.

Aver anticipato i tempi di riferimento per l'esercizio dell'azione revocatoria a 6 mesi prima della pubblicazione della domanda di concordato può dare la possibilità all'esercizio di azioni revocatorie altrimenti non perseguibili.

Certamente forte sarà il dibattito circa l'inquadramento della fattispecie, se cioè un fallimento segua o meno un concordato preventivo, visto anche che ora non è più esplicitamente richiesta la continuità, quanto piuttosto il fatto che una procedura ,diversa, consegua all'altra. Questo sarà sicuramente punto di vivace discussione.

www.unijuris.it