



TRIBUNALE DI TERNI

– UFFICIO FALLIMENTARE –

Il Collegio, riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

Dott. Girolamo Lanzellotto, Presidente

Dott.ssa Paola Vella, Giudice del. relatore

Dott. Mario Montanaro, Giudice

visti gli atti del procedimento per dichiarazione di fallimento della società “GRUPPO XXXX s.r.l. società a socio unico”, promosso dal “Consorzio XXXXXXXX Sc.a r.l.” con ricorso del 20.12.2012 (n. 111/12 RIF); esaminati gli atti e le memorie autorizzate depositate dalle parti, in data 14 e 15 febbraio 2013, ha emesso il seguente

DECRETO

Richieste conclusive delle parti

Il Consorzio ricorrente ha insistito “affinché il presente procedimento venga riconosciuto ammissibile e coordinato con la procedura di concordato preventivo”, contestualmente facendo “richiesta di accesso agli atti ed ai documenti presentati dalla società Gruppo XXXX” nell’ambito della procedura di concordato preventivo NRG 9/2012, con specifico riferimento ai *report* mensili, alle relazioni riepilogative e a “tutta la ulteriore documentazione che sarà presentata”.

La società resistente ha insistito per la definizione del “giudizio prefallimentare con una dichiarazione di nullità e/o improcedibilità”.

Sequenza cronologica procedurale

Su ricorso della società Gruppo XXXX s.r.l. dell’8.10.2012, il tribunale, con decreto ex art. 161 co. 6 L.Fall. del 12.10.2013, ha fissato alla società Gruppo XXXX s.r.l. (ed alle altre tre società del gruppo, previa riunione dei rispettivi ricorsi) “termine di giorni 120, dalla data di pubblicazione dei ricorsi nel registro delle imprese” – avvenuta in data 9.10.2013 - (dunque con scadenza al 6.2.2013) “per consentire il deposito della proposta, del piano e di tutta la documentazione prevista ai sensi dell’art. 161, commi 2 e 3, L.Fall.”.

Su istanza ex art. 6 L.Fall. presentata dal Consorzio XXXX Sc.a r.l. in data 20.12.2012, il giudice delegato dal tribunale, con decreto ex art. 15 L.Fall. del 22.12.2012, ha fissato l’udienza prefallimentare del 4.2.2013 per l’audizione del creditore ricorrente e del debitore concordatario.

Su richiesta del 21.1.2013, il tribunale, con decreto del 28.1.2013, ha concesso al debitore concordatario la proroga richiesta di giorni 60, a far tempo dalla scadenza del termine originariamente fissato, per il deposito di proposta, piano di concordato preventivo e documentazione necessaria.

Rapporto tra procedimento prefallimentare e concordato preventivo: precedenti di legittimità

La Suprema Corte ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla questione dei rapporti tra procedimento per dichiarazione di fallimento e procedura di ammissione a concordato preventivo.

In un primo arresto (Cass. 5.6.2009, n. 12986, pres. Proto - rel. Nappi, in Fall., 2010, 445 s.), relativo a fattispecie in cui si lamentava che il fallimento fosse stato dichiarato senza (previa) pronuncia sulla domanda di concordato preventivo (successivamente proposta), la Suprema Corte ha incidentalmente declinato i rapporti tra le due procedure in termini di “pregiudizialità”, muovendo dal rilievo che “l’art. 162 L.Fall. prevede la dichiarazione di fallimento come

conseguenza pur solo eventuale della dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo”.

Con una successiva pronuncia (Cass. 4.9.2009, n. 19214, pres. Proto - rel. Piccininni, in Fall., 2010, 427 ss.), il Giudice di Legittimità ha poi escluso il diritto del debitore di ottenere un differimento della trattazione dell'istruttoria prefallimentare per fare ricorso a procedure concorsuali, osservando che *“la recente riforma della legge fallimentare, per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare”.*

In un ulteriore arresto (Cass. sez. VI, ord. 8.2.2011, n. 3059, pres. Proto – rel. Macioce) la Cassazione ha espressamente escluso la sussistenza di una ipotesi di pregiudizialità tra procedimento prefallimentare e procedimento di ammissione a concordato preventivo, perciò negando la necessità della sospensione del primo, ex art. 295 c.p.c. (ogni ulteriore ipotesi di sospensione, facoltativa, analogica o di opportunità, costituendo ormai *“un indebito diniego della potestas judicandi contro il quale è dato ricorso al regolamento di cui all’art. 42 c.p.c.”*), in attesa della definizione del secondo, non avendo questo (in ipotesi *“processo pregiudicante”*) ad oggetto una situazione sostanziale che rappresenti il fatto costitutivo o un elemento fondante della situazione sostanziale esaminata nel primo (in ipotesi *“processo pregiudicato”*). In quel contesto si è osservato che *“il rapporto tra procedimento di ammissione al concordato e procedimento aperto dalla richiesta di fallimento non viene dal legislatore qualificato in termini che consentano di rinvenire la sostanza della pregiudizialità, nei termini dianzi indicati: da un canto la inesistenza di una sovrapposibilità anche parziale delle situazioni esaminate nelle due procedure; dall’altro canto la insuscettibilità della prima a sfociare in una autonoma decisione irrevocabile, e come tale impugnabile”*; dunque, quel rapporto tra le due procedure viene descritto in termini di *“conseguenzialità (della seconda all’esito negativo della prima) ed assorbimento (dei vizi del diniego della prima nella fase impugnatoria della seconda)”*, secondo un meccanismo *“che agisce sul piano esclusivamente dei processi e non introduce interferenze sostanziali tra le situazioni litigiose”*, implicando *“una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti, un coordinamento solo parzialmente realizzato dalle norme (e sostanzialmente affidato alle tecniche organizzative del singolo Ufficio)”*.

Da ultimo, e a seguito di ulteriori pronunce contrastanti, il massimo organo nomofilattico (Cass. SS.UU. 23.1.2013, n. 1521) è tornato a negare che la trattazione del procedimento per dichiarazione di fallimento sia subordinata all'avvenuta definizione del procedimento per concordato preventivo, disattendendo l'assunto per cui l'istanza di fallimento sarebbe equiparabile all'atto introduttivo di una procedura esecutiva, come tale preclusa dall'art. 168 L.Fall., con conseguente improponibilità o improcedibilità del procedimento per dichiarazione di fallimento fino al passaggio in giudicato del provvedimento di rigetto del concordato. Le Sezioni Unite hanno dunque affermato:

- il venir meno del criterio della prevenzione (Cass. n. 18190/12), che in precedenza correlava le due procedure, posponendo la pronuncia di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa, in ragione dell'inciso contenuto nell'art. 160 L.Fall., ed ora eliminato, per cui l'imprenditore poteva proporre il concordato preventivo *“fino a che il suo fallimento non sia stato dichiarato”*;

- l'impossibilità di desumere la persistenza del criterio di prevenzione, in via interpretativa, dai principi vigenti in materia;

- l'esclusione dell'ipotesi di una pregiudizialità necessaria, in ragione della non sovrapposibilità delle situazioni esaminate nelle due distinte procedure (Cass. n. 3059/11) e della natura eccezionale dell'istituto della sospensione, in quanto limitativo dell'esercizio del diritto di azione, tale da doversi applicare solo quando *“la situazione sostanziale dedotta nel processo pregiudicante rappresenti il fatto costitutivo di quella dedotta nella causa pregiudicata”* (Cass. n.

14670/03), ipotesi non ricorrente nel caso in esame;

- l'esclusione di ulteriori ipotesi di sospensione discrezionale, impropria o atecnica, in quanto non contemplate dal vigente codice di rito;

- la declinazione del rapporto tra concordato preventivo e fallimento in termini di consequenzialità (eventuale del fallimento, all'esito negativo della procedura di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento), tali da determinare una mera esigenza di coordinamento fra i due procedimenti (Cass. n. 3059/11);

- l'esclusione che la facoltà del debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento rappresenti un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione (Cass. n. 18190/12, Cass. n. 19214/09), trattandosi della semplice esplicazione di un diritto di difesa, che non contempla la possibilità di "disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare", incidendo negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo e paralizzando altresì le future iniziative recuperatorie del curatore (Cass. 18190/12; Cass. 10383/97);

- l'esistenza di una consequenzialità logica tra le due procedure che però non si traduce anche in una consequenzialità procedimentale, ferma restando la connessione fra l'eventuale decreto di rigetto del ricorso per concordato (sia in fase di ammissione che di omologazione) e la successiva, anche non contestuale, sentenza di fallimento, "dovendosi in tal caso farsi valere i vizi del decreto mediante l'impugnazione della sentenza di fallimento" (Cass. n. 3586/11; Cass. 8186/10; Cass. 9743/08).

Rapporto tra istruttoria prefallimentare e concordato preventivo: orientamento dell'Ufficio

Come già rilevato in un precedente dell'Ufficio (Trib. Terni 18.7.2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012, Ms. n. 749), il tema dei rapporti tra le due procedure concorsuali in questione vede fronteggiarsi due interessi in competizione, parimenti tutelati dall'ordinamento positivo: quello del creditore, a promuovere l'esecuzione concorsuale contro il debitore in stato di insolvenza, e quello del debitore, ad accedere agli strumenti alternativi di soluzione della crisi. Mancando però una specifica regolamentazione dell'eventuale "conflitto processuale" tra questi due interessi, la soluzione non può che essere cercata per via sistematica, facendo ricorso ai principi generali.

Al riguardo, è indubitabile il *favor* espresso da numerose norme dell'ordinamento concorsuale per la soluzione concordataria, prima fra tutte l'art. 168 L.Fall., che protegge il patrimonio del debitore nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso ex art. 160 L.Fall. e la definitività del provvedimento di omologa del concordato, ritenuto necessario per valutare ritualità, legittimità, fattibilità e convenienza della proposta concordataria per il ceto creditorio, attraverso un vaglio solo in parte rimesso all'autonomia negoziale, secondo un modello maggioritario temperato dalla possibilità del cd. *cram down* (art. 180 co. 4 L.Fall.).

Tuttavia, la preclusione procedimentale che l'art. 168 L.Fall. riserva - in forma di nullità, ovvero di inammissibilità o improcedibilità - alle azioni esecutive e cautelari, non sembra applicabile al procedimento per dichiarazione di fallimento, pacificamente declinato come giudizio di cognizione, speciale e sommario, sia pure destinato a risolversi, in ipotesi di accoglimento, in una forma di esecuzione collettiva (concorsuale).

In effetti, quella forma di protezione non preclude azioni individuali di cognizione e di condanna (ad esempio azioni di accertamento del credito, azioni revocatorie ordinarie, azioni risarcitorie ecc.), così realizzando un bilanciamento degli interessi tra creditori e debitore, perseguito anche attraverso lo spossessamento attenuato del debitore (artt. 161 e 167 L.Fall.) e il controllo su eventuali atti di frode da parte del commissario giudiziale (art. 173 L.Fall.).

In un sistema così strutturato, sembra doversi concludere che il tribunale possa precludere al debitore la facoltà (ampiamente riconosciuta - ed oggi anzi incentivata - dall'ordinamento) di coltivare l'ammissione al concordato preventivo, dando invece la precedenza all'istanza di fallimento proposta dal creditore (o dal p.m.), solo laddove la domanda di ammissione a concordato preventivo, alternativamente: *i*) non sia rituale e completa, ai sensi degli artt. 160 e

161 L.Fall.; *ii*) configuri una evidente forma di abuso dello strumento concordatario, anche attraverso condotte penalmente sanzionabili (ad es. bancarotta fraudolenta per distrazione, ex art. 216 n. 1 L.Fall., ovvero bancarotta semplice ex art. 217 n. 3 e 4 L.Fall., per aver compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, ovvero aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento); *iii*) pregiudichi, definitivamente e in concreto, una più proficua liquidazione fallimentare, in danno della massa dei creditori (ad es. per il consolidamento di un'ipoteca, o la maturazione *medio tempore* della prescrizione di eventuali azioni di massa esperibili dal curatore).

Le peculiarità del “concordato con riserva”

Il sedimentato giurisprudenziale sul tema delle interferenze tra procedimento per dichiarazione di fallimento e procedura di concordato preventivo va aggiornato alla luce delle recenti disposizioni sul cd. concordato con riserva, di cui invero non si occupano i precedenti richiamati.

In effetti, i nuovi commi 6 e 10 dell'art. 161 L.Fall. sembrano descrivere un quadro di ancor più marcata preferenza per la soluzione concordataria, ritagliando per il debitore un apposito *spatium deliberandi* anche nell'ipotesi in cui sia già pendente un procedimento prefallimentare.

Invero, laddove l'art. 161 L.Fall. prevede che il deposito della proposta, del piano e della documentazione deve avvenire «entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni» – ma vincolato alla durata minima di sessanta giorni ove penda procedimento per la dichiarazione di fallimento (co. 10) – «e prorogabile, per giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni» (co. 6), il verbo adottato («fissato», piuttosto che «concesso») e la lessicalità anodina della formula normativa («entro un termine») lasciano arguire che si tratti di una sorta di automatismo, funzionale all'esercizio di un diritto, a fronte di un potere giudiziale vincolato, che conserva margini di discrezionalità solo all'interno di una forbice temporale predeterminata.

Accanto all'argomento lessicale, milita a favore dell'obbligatorietà anche quello sistematico, poiché l'attivazione del procedimento di cui all'art. 162, co. 2 e 3, L.Fall. (convocazione del debitore in camera di consiglio per la declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato ed eventuale fallimento, su istanza di parte), avviene espressamente dopo l'infruttuosa scadenza del termine fissato, in caso di mancato deposito della proposta completa di concordato (o in alternativa di un accordo di ristrutturazione dei debiti), ovvero in ipotesi di inosservanza degli obblighi informativi periodici imposti dal tribunale, ai sensi dell'art. 161, co. 8, L.Fall.

Certamente, anche in questa nuova latitudine può sostenersi che il Tribunale possa rifiutare la concessione del termine qualora emergano situazioni di particolare gravità, specie con evidenti implicazioni di carattere penale; non a caso il quinto comma dell'art. 161 L.Fall. prevede (si ritiene anche con riferimento al ricorso di cui al sesto comma), accanto alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, anche la sua comunicazione al pubblico ministero, evidentemente in vista di una eventuale richiesta di fallimento, ex art. 7 L.Fall.

In ogni caso - e con specifico riferimento all'ipotesi di pendenza del procedimento per dichiarazione di fallimento, presa in considerazione dall'ultimo comma dell'art. 161 L.Fall. - il sistema si limita a prevedere una contrazione (da centoventi a sessanta giorni) del termine massimo da fissare in prima battuta, senza escludere la possibilità di una successiva proroga, di ulteriori sessanta giorni.

Quanto poi all'inciso iniziale «fermo quanto disposto dall'articolo 22, primo comma», si ritiene che esso debba interpretarsi non già nel senso che, in caso di pendenza di procedimento prefallimentare, la fissazione del termine possa avvenire solo dopo l'adozione del provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento (che altrimenti si conferirebbe a quel semplice inciso una eclatante portata in termini di “pregiudizialità inversa”, del procedimento prefallimentare rispetto al concordato preventivo), bensì nel senso che può essere concesso un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni solo in caso di rigetto dell'istanza di fallimento ex art. 22, primo comma, L.Fall. (ed anche in pendenza di reclamo ai sensi del successivo secondo comma, che infatti non è espressamente richiamato).

In altri termini, la preclusione di un termine iniziale superiore a sessanta giorni in pendenza di un'istruttoria prefallimentare verrebbe meno (con riespansione della discrezionalità giudiziale fino al termine massimo di centoventi giorni) solo dopo che il tribunale abbia rigettato la domanda di fallimento, a prescindere dalla eventuale pendenza di reclamo avverso tale decisione.

Conclusioni

Così riepilogati i termini della vicenda in fatto e diritto, occorre innanzitutto sottolineare che il creditore istante non ha insistito per la declaratoria di fallimento, limitandosi a chiedere che, previo riconoscimento dell'ammissibilità del procedimento per dichiarazione di fallimento, esso sia coordinato con la pendente procedura concordataria, anche tramite l'accesso agli atti e ai documenti presentati dal debitore ai fini dell'ammissione al concordato preventivo.

Ciò premesso, dovendo procedersi ad un coordinamento tra le due procedure pendenti, secondo le indicazioni nomofilattiche della Suprema Corte, non si ritiene percorribile né una pronuncia di sospensione necessaria del procedimento per dichiarazione di fallimento, in attesa della definizione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (difettando i presupposti di pregiudizialità necessaria ex art. 295 c.p.c.), né una pronuncia di sospensione impropria (in quanto non prevista dall'ordinamento), ma nemmeno una pronuncia di "nullità" - *rectius* inammissibilità / improcedibilità - dell'istanza di fallimento, ex art. 168 L.Fall., come richiesto dal debitore, non costituendo l'istruttoria prefallimentare un procedimento esecutivo o cautelare in senso stretto.

Anche l'ipotesi di una riunione dei due procedimenti, in applicazione analogica dell'art. 274 c.p.c., non sembra percorribile, difettando - a rigore - i presupposti tassativi delle ragioni di connessione ex artt. 31 e ss. c.p.c. (cause accessorie, cause di garanzia, cumulo soggettivo, accertamenti incidentali, eccezione di compensazione, cause riconvenzionali).

Poiché, peraltro, l'interesse del creditore istante si concentra sul diritto ad una piena informazione sull'*iter* concordatario, il coordinamento tra le due procedure sembra in questa prima fase adeguatamente realizzabile attraverso un rinvio a data successiva alla scadenza del termine fissato per il deposito della proposta di concordato preventivo (2 aprile 2013), in modo tale che il creditore possa prendere contezza dell'effettivo deposito di una completa domanda di concordato, e valutare la convenienza della proposta rispetto alla prospettiva fallimentare. Trattandosi di una regolazione concorsuale della crisi, una istanza di fallimento del creditore presentata prima della fase (necessaria) delle votazioni e di quella (eventuale) dell'omologazione andrebbe supportata da specifiche segnalazioni su eventuali profili di illiceità, illegittimità o dannosità delle iniziative assunte dal debitore, altrimenti dovendosi dare precedenza alla soluzione concordataria, posto che gli interessi dei creditori sono ora adeguatamente tutelati dal nuovo secondo comma dell'art. 69-bis L.Fall., che fa retroagire i termini delle azioni revocatorie o di inefficacia alla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese; inoltre, la comunicazione della domanda di concordato al P.M., ex art. 161 co. 5 L.Fall., rappresenta indubbiamente un valido presidio di natura penalistica.

Resta fermo che, ove in sede di ammissione (ed anche precedentemente) il Tribunale dovesse convocare il debitore in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 162 co. 2 L.Fall., verrà convocato anche l'attuale ricorrente, che come ogni altro creditore e lo stesso P.M. potranno presentare, rispettivamente, istanza o richiesta di fallimento.

P.Q.M.

Fissa l'udienza dell'11 aprile 2013, ore 13,30 dinanzi al G.D. per l'audizione delle parti.

Autorizza sin d'ora il creditore istante ad estrarre dal fascicolo di concordato preventivo della società GRUPPO XXXX S.r.l. con unico socio copia dei *report* e delle relazioni depositate dal debitore in ottemperanza agli obblighi informativi imposti dal Tribunale. Si comunichi.

Terni, 25.2.2013

Il G.D. est.

IL PRESIDENTE