

ARTICOLO

La rinunciabilità della domanda di concordato preventivo: principali implicazioni pratiche tra normativa vigente e “*de jure condendo*”

- A cura degli avvocati Luca Pasquini e Jacopo Villa

Il presente contributo intende offrire una sintetica panoramica del dibattito sorto attorno alla fattispecie della rinuncia alla domanda di concordato preventivo, analizzando le principali implicazioni, offrendo, altresì, una lettura della recente novità legislativa di cui all’art. 9, comma 5-*bis*, della legge n. 40 del 2020 ed infine uno spunto su quella che sarà la disciplina di tale fattispecie nel (sempre più “lontano”) Codice della Crisi.

1. *Nulla quaestio* sul riconoscimento della facoltà di rinuncia, qualche discussione su tempistiche e modalità di estrinsecazione

Molto spesso la dottrina e la giurisprudenza si sono poste l’interrogativo in ordine alla rinunciabilità della domanda di concordato, a cui è seguita unanimemente una risposta affermativa.

All’imprenditore è infatti pacificamente riconosciuta la potestà di rinunciare alla domanda di concordato, sia nel caso in cui la stessa sia stata depositata con la riserva di presentare in un secondo momento tutta la documentazione prescritta dall’art. 161, 2° e 3° comma, l.f., o che fosse *ab origine* accompagnata dal piano e dalla proposta.

È stato invece controverso l’orizzonte temporale entro il quale la stessa potesse essere validamente effettuata; vi era, infatti, chi sosteneva che tale facoltà potesse essere esercitata sino all’approvazione del concordato da parte dei creditori e chi, invece, riteneva che il termine ultimo fosse da individuarsi nell’emissione del provvedimento di omologa del concordato.

A tale riguardo, la dottrina [1] e la giurisprudenza [2] maggioritarie hanno ritenuto che la

[1] Filocamo, sub art. 175, in Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, p. 1318; Zanichelli, Azzaro, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fall.*, 2007, pp. 742 e ss. Ambrosini-Aiello, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, p. 8. Sul punto v. anche Bellé, *La modifica e il ritiro della domanda di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, pp. 650-651; Arato, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2015, passim; FERRO, sub art. 163, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, pp. 122-123; NONNO - D’AMORA, *Revoca della proposta*, in FERRO-RUGGERO-DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009, 42.

[2] Trib. Siracusa, 15 gennaio 2014; Cass. 31 marzo 2016, n. 6277, in *www.dejure.it* e Cass. 10 ottobre 2019, n. 25479, in *www.dejure.it*, la quale ha stabilito che “*la proposta concordataria sia comunque rinunciabile da parte del proponente unilateralmente, sino alla omologazione del concordato, momento quest’ultimo che consacra il consenso sulla proposta concordataria già manifestato dal ceto creditorio in sede di approvazione e che avvia il concordato alla sua necessaria e successiva fase esecutiva*”.

rinuncia debba intervenire entro la chiusura del giudizio di omologazione, restando irrilevante il momento dell'approvazione della proposta, ciò anche in ragione dell'impossibilità di ricondurre l'istituto concordatario al mero incontro della volontà del debitore e dei creditori, attesi gli evidenti profili pubblicistici dell'istituto [3]. Il semplice raggiungimento delle maggioranze è inidoneo, di per sé solo, a spiegare gli effetti del concordato, i quali scaturiscono – ex art. 184 l. fall. – dall'omologazione, vale a dire dal provvedimento conclusivo di detta fase giudiziale, che tra l'altro si avvia solo su impulso del debitore [4]. Il ritiro della domanda può quindi legittimamente collocarsi in qualsiasi momento della procedura anteriore all'emissione del provvedimento di omologazione, non rilevando che siano già iniziate o concluse le operazioni di voto.

Ne consegue, quindi, che la domanda di concordato è rinunciabile da parte del debitore fino all'omologazione, mentre durante la successiva fase dell'esecuzione del piano non vi è spazio per il ritiro della domanda, a questo punto ormai definitivamente accolta. Eventuali rinunce intervenute successivamente andrebbero interpretate alla stregua di manifestazioni negative della volontà di adempiere, aprendo così la strada a eventuali istanze di risoluzione del concordato.

Tra i profili oggetto di dibattito vi è quello delle modalità di estrinsecazione di tale rinuncia (che viene assimilata alla rinuncia agli atti ex art 306 c.p.c), essendo in particolare controverso se essa sia rimessa alla libera ed esclusiva disponibilità dell'imprenditore/proponente o se, al contrario, abbisogni per il suo perfezionamento di elementi ulteriori.

Il richiamo all'istituto, prettamente processualistico, della rinuncia agli atti (ex art 306 c.p.c.) impone alcune considerazioni; infatti, assimilando la domanda concordataria ad una qualsiasi domanda giudiziale e ritenendo dunque possibile il ritiro sino all'omologa, ci si è interrogati se detta rinuncia richieda (come avviene in un giudizio civile) l'accettazione *“delle parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione”*.

Sgombrato il campo dall'ipotesi del necessario assenso dei creditori che hanno votato in senso favorevole, che non sono tecnicamente controparti [5], e dei commissari, che non sono tenuti ad una formale costituzione e comunque non hanno un interesse “proprio” alla prosecuzione del concordato, gli unici soggetti costituiti nel giudizio di omologa potrebbero essere: i creditori oppositori (nel giudizio di omologa) oppure i creditori istanti il fallimento. A questo proposito, una parte della dottrina [6] ha sostenuto che *“la rinuncia alla domanda di concordato nel corso del giudizio di revoca, se uno dei legittimati ha svolto istanza di fallimento, presuppone l'assenso di questi ultimi”*, in ragione del fatto che la stessa *“appare suscumbibile*

[3] Il concordato non si può assimilare semplicisticamente ad un contratto, esso infatti non vincola solo le parti che hanno espresso una volontà di adesione, ma anche i “silenti” ed i dissenzienti.

[4] Bene rilevare come la proposta di concordato, pur dopo l'approvazione da parte dei creditori, è nella disponibilità della parte da cui proviene, la quale può ancora ritirarla. Infatti, se la proposta fosse vincolante e irretirabile fin dall'approvazione da parte dei creditori, non dovrebbe essere affatto necessario - come invece è - un nuovo atto di impulso processuale riservato al proponente (ovvero il giudizio di omologa), ma dovrebbe essere possibile pervenire all'omologazione su impulso anche di uno dei creditori consenzienti o dell'organo “ausiliare” della procedura. Al contrario, *il ricorrente è tenuto a compiere alcuni adempimenti, quali l'iscrizione a ruolo e le notifiche ai dissenzienti*; laddove tale iter non fosse realizzato è evidente che il Tribunale non potrebbe disporre l'omologa.

[5] CRIVELLI, La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti, Il Fallimento n. 11/2019 e Trib Perugia, Sez. Fall, 21 dicembre 2019.

[6] GALLETTI, Una riflessione sulla revoca dell'ammissione del concordato: la rinuncia alla proposta con “nuova domanda” dopo l'atto di frode.

nella fattispecie della rinuncia agli atti (art. 306 c.p.c.)”.

Alla stessa conclusione sono giunte alcune pronunce di merito [7], le quali – chiamate a pronunciarsi con riferimento a fattispecie caratterizzate dall’apertura del sub-procedimento ex art. 173 l. fall., nel cui contesto erano state formulate richieste ai sensi degli artt. 6 e 7 l. fall. – hanno subordinato l’efficacia del ritiro della domanda all’accettazione dei creditori istanti per il fallimento.

Questa impostazione presta, tuttavia, il fianco ad alcune critiche. E’ infatti opinabile che in caso di creditori costituiti, questi possano porre un veto rispetto alla rinuncia, infatti, da un lato i creditori oppositori vogliono che non si giunga all’omologa, cosicché la rinuncia del debitore è perfettamente corrispondente al loro interesse; dall’altro il creditore istante il fallimento non ha uno specifico interesse a che il concordato prosegua, dal momento che la chiusura della procedura concordataria rimuove ogni ostacolo a che venga presa in considerazione la sua istanza, in questo caso, poi, vi sarebbe un’indebita sovrapposizione tra due procedimenti chiaramente distinti: da un lato, quello concordatario, dall’altro, l’istruttoria prefallimentare, procedimenti “paralleli” e indipendenti come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità [8]. A tale stregua, deve verosimilmente escludersi che i creditori istanti per il fallimento siano davvero portatori di un interesse giuridicamente rilevante alla prosecuzione della procedura minore [9].

Per quanto sopra, è possibile quindi sostenere che la rinuncia alla domanda di concordato possa intervenire senza la preventiva accettazione di creditori oppositori o creditori istanti il fallimento, del tutto privi di un interesse opposto alla domanda oggetto di rinuncia. Per quanto concerne, poi, le modalità di formalizzazione della rinuncia, si ritiene che debba essere speculare alla domanda [10], quindi, non solo va sottoscritta da chi sia legittimato a spenderne validamente il nome, ma va altresì preceduta da deliberazione ai sensi dell’art. 152 l. fall.. In particolare, è indispensabile che quest’ultima sia assunta e verbalizzata nel rispetto delle prescrizioni di legge, con conseguente intervento del notaio.

Pertanto, in caso di deposito di atto di rinuncia di domanda di concordato, al Tribunale non resterebbe che prendere atto della volontà espressa dalla Società proponente il concordato e, stante il venir meno della domanda, emettere un provvedimento ricognitivo atto a “chiudere” la procedura.

2. Il margine di discrezionalità del Giudice: l’ipotesi dell’abuso di diritto

È poi legittimo porsi l’interrogativo se, pur in assenza di una rinuncia formalmente

[7] Trib. Parma, 2 ottobre 2012, cit. Il provvedimento è stato confermato da App. Bologna, 25 febbraio 2013.

[8] Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit. C. ass., 24 ottobre 2012, n. 18190, in Foro it., 2013, 5, I, 1534;; in precedenza, Cass., 8 febbraio 2011, n. 3059, in Fallimento, 2011, 1201.

[9] Pertanto, riteniamo sia possibile sostenere l’irrelevanza della circostanza che, prima della rinuncia, si sia dato luogo al sub-procedimento di cui all’art. 173 l. fall. o a opposizioni all’omologazione. Più nel dettaglio, quand’anche i creditori intervenienti dovessero considerarsi a tutti gli effetti parti del giudizio di revoca dell’ammissione o di quello di omologazione, ciò non sarebbe comunque sufficiente a rendere indispensabile la loro accettazione della rinuncia, tenuto conto che essi - come detto - non sono portatori di alcun effettivo interesse alla prosecuzione dell’iter concordatario, mirando soltanto all’accoglimento dell’eventuale istanza di fallimento, che l’estinzione del concordato può solo favorire.

[10] NONNO-D’AMORA, Revoca della proposta; AMBROSINI, Profili giuridici della crisi d’impresa alla luce della riforma del 2012.

ammissibile, esista uno spazio di valutazione del Tribunale in ordine al “merito” di tale rinuncia.

Tale interrogativo riguarda la fattispecie in cui l'imprenditore che abbia rinunciato al concordato, quando non si rassegni alla presentazione di una istanza di fallimento in proprio, formula ai creditori una nuova domanda ex artt. 160 ss. l. fall. per la soluzione alla crisi [11].

La legge non vieta la consecuzione tra concordati attraverso il meccanismo del ritiro del ricorso e della contestuale presentazione di analoga iniziativa, il che, pertanto, deve ritenersi ammissibile. Vengono, peraltro, fatti salvi i limiti posti, da una parte, dalla preclusione di cui all'art. 161, 9° comma, l. fall., che impedisce la presentazione di una domanda di concordato “con riserva” da parte dell'imprenditore che, nei due anni antecedenti, abbia depositato identico ricorso e, dall'altra, dal divieto di condotte abusive [12]. E' possibile quindi ipotizzare che vengano rigettate quelle iniziative che si rivelino manifestamente abusive, per tali intendendosi quelle che mirino esclusivamente a procrastinare indefinitamente la protezione interinale dalle misure esecutive e cautelari di cui all'art. 168 l. fall., senza fornire una valida ipotesi di soluzione alla crisi (è il caso, ad esempio, dell'imprenditore che riproponga il medesimo piano e proposta già oggetto di elezione all'esito delle antecedenti operazioni di voto, senza apportare il benché minimo miglioramento).

Di qui la conclusione che, al cospetto del deposito della domanda di concordato che segua quella oggetto di rinuncia, il Tribunale non può applicare una preclusione automatica (ad eccezione, si ripete, dell'ipotesi in cui ricorra la speciale fattispecie di cui all'art. 161, 9° comma, l. fall.), essendo invece chiamato alla valutazione, nel merito, della non abusività del ricorso.

3. La *Consecutio* tra procedure

È evidente come la rinuncia alla domanda e la presentazione di una nuova iniziativa si traducano in una cesura a livello procedurale nell'*iter* concordatario; in questo scenario, infatti, si rende necessaria l'emanazione, in prima battuta, del provvedimento dichiarativo dell'estinzione del vecchio concordato e, poi, del decreto di ammissione al secondo.

La presenza di questa interruzione induce a interrogarsi se lo stesso comporti in ogni caso una netta soluzione di continuità tra le due procedure per quanto attiene agli effetti del concordato (con evidenti ricadute sull'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione nel registro delle imprese del primo ricorso, sulla determinazione del momento di apertura del concorso e sulla prededucibilità dei debiti sorti in occasione del vecchio concordato, nonché, per il computo del *dies a quo* del periodo

[11] Ciò può accadere per le più svariate ragioni, ad esempio può accadere che l'imprenditore si avveda – direttamente o alla luce dei rilievi del commissario – di vizi della procedura non utilmente emendabili; oppure, l'introduzione di un regime più favorevole per le procedure instaurate a partire da una determinata data, con conseguente incentivo per l'imprenditore ad abbandonare la vecchia domanda per depositarne una nuova.

[12] Si veda Tribunale di Perugia, sez. fall., 21 dicembre 2018, su Il Fallimento 11/2019.

sospetto ai fini dell'esperimento delle azioni revocatorie).

La risposta a tale quesito riteniamo risieda nel principio della *consecutio* tra procedure concorsuali [13]. Pertanto, ogni qualvolta il passaggio dalla prima procedura alla seconda avvenga senza soluzione di continuità a livello logico e temporale (ovvero quando il decreto che dichiara estinto il concordato reso oggetto di rinuncia sia emanato contestualmente a quello di ammissione del nuovo), gli effetti del nuovo concordato retroagiscono alla data del primo ricorso.

Diversamente, laddove la dichiarazione dell'estinzione della prima procedura e l'apertura della nuova non intervengano contestualmente, ma siano separate da un'apprezzabile discontinuità (tanto logica quanto temporale), non sembra vi siano i margini per l'utile invocazione della *consecutio*, con la conseguenza che –ferma la protezione ex art. 168 l. fall. che scaturisca dalla pubblicazione della seconda domanda nel registro delle imprese – gli effetti del nuovo concordato non possono legittimamente retroagire alla data di quello originario.

4. Le novità introdotte dalla normativa “emergenziale”: l'operatività dell'*automatic stay*

Anche la legislazione emergenziale relativa al Covid-19 è intervenuta sulla fattispecie della rinuncia alla domanda di concordato. Infatti, la legge n. 40/2020 di conversione del Decreto “Liquidità” ha aggiunto il comma 5-bis all'art. 9, ai sensi del quale: *“il debitore che, entro la data del 31 dicembre 2021, ha ottenuto la concessione dei termini di cui all'articolo 161, sesto comma, o all'articolo 182-bis, settimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può, entro i suddetti termini, depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, pubblicato nel registro delle imprese, e depositando la documentazione relativa alla pubblicazione medesima. Il Tribunale, verificate la completezza e la regolarità della documentazione, dichiara l'improcedibilità del ricorso presentato ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o dell'articolo 182-bis, settimo comma, del citato regio decreto n. 267 del 1942”*.

Da quanto precede si ricava che il debitore che abbia depositato “domanda prenotativa” possa, entro lo spirare del termine concessogli dal tribunale (eventualmente prorogato), oltre che depositare il piano concordatario o l'accordo di ristrutturazione dei debiti anche rinunciare alla procedura e dichiarare di aver predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d) con conseguente dichiarazione di improcedibilità della domanda prenotativa.

La norma, in effetti, pare formulata in modo tale da escludere controlli di sorta, da parte del tribunale, sulla fattibilità del piano, dovendosi esso limitare a verificare solo “la completezza e la regolarità della documentazione”.

[13] Cassazione Civile, Sez. I, 11 giugno 2019, n. 15724 e Cassazione Civile, Sez. I, 8 aprile 2013, n. 8534 e Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in Fallimento, 2010, 1136, con nota di FERRO.

Sul piano pratico la soluzione di depositare un piano di risanamento in luogo di una domanda di concordato (o di omologazione di un accordo) era configurabile anche prima dell'intervento del Legislatore, dalla sua espressa previsione normativa discendono però ora espressamente conseguenze sistematiche.

Il comma 5-bis dell'art. 9 sembra recare con sé una conseguenza rilevante, dato che configura una situazione finora non prevista dal nostro sistema concorsuale, ovvero l'operatività dell'*automatic stay* potenzialmente applicata per un istituto di natura, appunto, interamente stragiudiziale qual è il piano attestato di risanamento.

Nonostante tale novità, che amplia ovviamente gli strumenti di tutela a disposizione del debitore, è bene rilevare che, ove l'impresa, pur interessata da un piano attestato, venga ritenuta ciò nondimeno insolvente, ciascun creditore e il pubblico ministero avranno pur sempre la possibilità di chiederne ed ottenerne il fallimento immediatamente dopo la rinuncia al concordato, non essendo tale iniziativa in alcun modo preclusa dalla legge.

Tale nuova disposizione impone poi una riflessione sulla possibilità di una *consecutio* fra procedure, con le conseguenti implicazioni. Occorre quindi distinguere il caso in cui l'impresa torni in *bonis* grazie all'esecuzione del piano attestato di risanamento da quello in cui venga dichiarata fallita.

Nel primo caso non è possibile qualsiasi *consecutio*, per la semplice ma decisiva ragione che il piano attestato di risanamento non è una procedura, bensì un istituto concorsuale.

Nel secondo caso una *consecutio* fra preconcordato (o preaccordo 182 bis) e fallimento successivo parrebbe in effetti teoricamente ravvisabile, nei casi in cui la "parentesi" del piano attestato non rappresenti, ai fini che ci occupano, una cesura radicale, potendosi quindi sostenere una continuità nell'insolvenza emersa al momento del deposito del preconcordato/preaccordo.

5. La disciplina della rinuncia nel Codice della Crisi

Un ultimo (ancora necessario) interrogativo è se le cose stiano diversamente in base al Codice della Crisi ("CCII"), la cui entrata in vigore è stata posticipata (al 1° settembre 2021). Da un punto di vista strutturale la risposta è negativa per quanto riguarda la natura della domanda di concordato, pur innestata nell'ambito del c.d. "procedimento unitario".

L'importante novità è che l'art. 43 CCII stabilisce espressamente la possibilità di rinuncia della domanda di cui all'art. 40 CCII (e quindi anche alla domanda di concordato) sancendo altresì che il Tribunale provvederà con pronuncia di estinzione. Ciò significa che il legislatore ha inteso avvicinare l'istituto della rinuncia rilevante ai nostri fini a quello proprio del codice di rito, ed in particolare alla rinuncia agli atti di cui all'art. 306 c.p.c.. La norma certo non è identica a quella che regola la rinuncia all'ordinaria domanda di cognizione ordinaria, perché non solo dal punto di vista generale non occorrerà l'accettazione delle altre parti, ma si stabilisce anche che il Tribunale debba porre le spese a carico di chi ha dato causa alle stesse. L'effetto di tale rinuncia, così come disciplinato dall'art. 43 CCII, sarà l'emissione di una pronuncia di estinzione.

L'art. 43 CCII però contiene un'altra disposizione, che tempera notevolmente l'effetto che l'estinzione ha sul procedimento. Infatti, è stabilito al comma 2 che, anche in caso di rinuncia, il Pubblico Ministero intervenuto mantiene la sua legittimazione di chiedere l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale; ciò, al fine di evitare di lasciare la crisi senza governo. Inoltre, sempre l'art. 43 CCII dispone che il Tribunale, quando pronuncia l'estinzione, deve darne comunicazione al P.M., che così potrà procedere ai sensi dell'art. 38, comma 2, CCII.