

APPUNTI SUL PRONTUARIO DEGLI ADEMPIMENTI PUBBLICITARI IN MATERIA DI PROCEDURE CONCORSUALI

NICOLA COSENTINO

Premessa.

Il prontuario rivela uno sforzo apprezzabile teso a potenziare il sistema della pubblicità dei fatti inerenti la vita delle imprese occasionati, in particolare, dalla crisi dell'impresa medesima, soprattutto sotto il profilo della completezza di tale pubblicità, con l'obiettivo di colmare le frequenti lacune normative e neutralizzarne gli effetti pregiudizievoli del valore dell'affidamento dei terzi.

Appare evidente come la moltiplicazione delle iscrizioni e l'estensione dell'area della pubblicità, in mancanza di espresse previsioni di legge che la impongano, debbano fare sorgere alcuni interrogativi: è sempre opportuno e risponde ad effettive esigenze di tutela dei terzi la pubblicità di fatti o atti che, non richiesta dalla legge, risponda però ad un'avvertita esigenza di maggiore informazione della platea di operatori economici ?

Esiste un criterio idoneo a selezionare con maggiore rigore quelle vicende delle quali è urgente la pubblicizzazione sul registro delle imprese ?

Si tratta di interrogativi la cui risposta è in grado di incidere profondamente sul sistema di pubblicità, già oggi sede di istanze diverse ed eterogenee: quella della pubblicizzazione dei fatti essenziali della vita dell'impresa, quella genericamente informativa e, in taluni casi, di comunicazione legale, quella di risolvere conflitti relativi alla circolazione di beni afferenti all'impresa.

Passando all'esame dei singoli punti posti dal prontuario, ci si soffermerà su quelli che danno luogo a qualche problematicità, in relazione all'esistenza di orientamenti difformi o di lacune normative e incertezze applicative, senza alcuna pretesa di sistematicità e completezza.

Iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento - Eventi modificativi

Questioni generali

Si discute se il registro debba riportare la sola data di pubblicazione della sentenza di fallimento ovvero se debba riportare anche la data di emissione della sentenza stessa.

La domanda da porsi è quella dell'utilità di aggiungere un'informazione ulteriore a quella essenziale per individuare il momento in cui, per ormai consolidata opinione giurisprudenziale e dottrina e comunque per espressa previsione legislativa (v. art. 16, 2° comma, l.f.) si producono gli effetti della sentenza di fallimento (la data cioè del deposito e della pubblicazione da parte del cancelliere). Il rischio di creare confusione e incertezza sul punto è tale da rendere inopportuna una duplice indicazione.

Competenza.

Un punto che merita attenzione è quello relativo all'ipotesi in cui il fallimento sia dichiarato da più tribunali, caso nel quale l'art. 9 ter l.f., introdotto dalla riforma del 2006, prevede che il fallimento **prosegua** davanti al tribunale competente che lo ha dichiarato per primo (1° comma) e che trovi applicazione la regola secondo la quale restano **salvi gli effetti degli atti precedentemente compiuti** (art. 9 bis 3° comma, l.f.). L'applicazione di tali regole "conservative" implica che la sentenza che per prima ha dichiarato il fallimento, sebbene emessa da tribunale incompetente, ne produce comunque gli effetti e continua validamente a sorreggere, pertanto, la procedura fallimentare successivamente trasferita davanti al tribunale competente.

Tale sentenza pertanto deve risultare nel registro delle imprese onde evitare un'illegittima postdatazione degli effetti del fallimento.

Si noti che la regola della retrodatazione degli effetti del fallimento alla sentenza resa dal tribunale incompetente era già stata fatta propria dalla S.C. in una fattispecie assoggettata alle norme previgenti alla riforma del 2006 (v. Cass., sentenza n. 2422 del 03/02/2006, secondo cui: "in ipotesi di conflitto positivo virtuale di competenza, il blocco degli interessi sui crediti pecuniari, previsto dall'art. 55 della legge fallimentare, si verifica al momento della sentenza dichiarativa di fallimento emessa per prima, anche se da giudice incompetente"). Da tale impostazione deriva che, già nel vigore della precedente disciplina processuale, la sentenza emessa dal tribunale incompetente non potesse considerarsi improduttiva di effetti.

Dunque, appare essenziale conservare l'iscrizione, in particolare, della prima sentenza di fallimento ed evitarne la successiva cancellazione, nell'ipotesi di cui all'art. 9 ter l.f..

Sede legale e sede effettiva

La soluzione dal prontuario proposta risponde al dettato di legge (art. 17, 2° comma, l.f.) il quale prevede l'iscrizione della sentenza sia presso il registro della sede legale sia presso quello della sede effettiva.

Pubblicità della sentenza dichiarativa del fallimento

Con riferimento alla fattispecie di socio illimitatamente responsabile che fallisce, titolare di impresa individuale, si tratta di portare a conseguenza il principio della pubblicità dell'assoggettamento a fallimento dell'impresa. Se tale assoggettamento deriva non già dall'insolvenza dell'impresa individuale del soggetto dichiarato fallito ma dalla sua qualità di socio illimitatamente responsabile della società fallita, ciò appare irrilevante e non esclude la necessità dell'iscrizione.

Qualcuno ha posto in dubbio la possibilità di iscrizione laddove l'impresa individuale sia cessata da oltre un anno, ma a tale interrogativo occorre rispondere che l'assoggettamento a fallimento dell'impresa individuale non deriva in questo caso dalla verifica della sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del fallimento riguardo a quell'impresa ma da un effetto legale che il fallimento determina nei riguardi del soggetto fallito. Pertanto, la circostanza del decorso dell'anno dalla cancellazione è irrilevante.

Si segnala infine la recente sentenza del Tribunale di Mantova che ha rigettato la domanda proposta ex art. 44 l.f. dal fallimento del socio illimitatamente responsabile titolare di impresa individuale in quanto non risultava tempestivamente iscritto sul registro delle imprese il fallimento di tale impresa.

Nessuna osservazione sull'ipotesi di estensione del fallimento al socio illimitatamente responsabile che sia a sua volta una società. Nessun dubbio che quest'ultima, dichiarata anch'essa fallita ex art. 147 l.f., debba risultare tale sul registro delle imprese (si tratta di impresa collettiva assoggettata a fallimento). Laddove si tratti di società di persone, del resto, si produrrà a cascata il fallimento dei singoli soci, con gli effetti e le implicazioni note.

Effetti del fallimento per i soci amministratori e cariche ricoperte in altre società.

In merito alla decadenza dalla carica di amministratore/sindaco/liquidatore derivante dalla dichiarazione di fallimento, il problema si pone per le s.r.l. dato che non si rinviene per detto tipo sociale una norma espressa quale quella di cui all'art. 2382 c.c. in tema di s.p.a..

Il tema dell'applicabilità delle norme in tema di s.p.a. alle s.r.l. costituisce terreno di acceso dibattito dottrinario: semplificando molto, ad una prima tesi, secondo la quale il modello della s.r.l., uscito dalla riforma del diritto societario del 2003, assumerebbe una piena autonomia rispetto al modello della s.p.a. caratterizzandosi per una preminenza dell'elemento personalistico e per un forte avvicinamento, piuttosto, al modello delle società personali, si oppone un diverso orientamento il quale considera a pieno titolo la s.r.l., tutt'ora, una società di capitali, evidenziando che la caratterizzazione personalistica deriva non già dal tipo legale ma dall'utilizzo degli ampi spazi rimessi all'autonomia privata dalla nuova disciplina ed è quindi solo "eventuale".

In posizione intermedia vi è la tesi di quanti ipotizzano il ricorso all'analogia ora attingendo dalle norme in tema di società personali ora da quelle in tema di s.p.a., a seconda di quale sia l'aspetto da normare.

In effetti, l'esame dell'art. 2382 c.c. rivela agevolmente la sua esportabilità nella s.r.l. perché si tratta di norma afferente non tanto al modello organizzativo prescelto (se cioè improntato ad una maggiore o minore rilevanza dell'elemento personalistico) ma alla sussistenza di condizioni essenziali perché un dato soggetto possa assumere o proseguire l'incarico amministrativo. Si tratta dunque di una regola generale, espressione di principi definiti di ordine pubblico, applicabile per via analogica alle s.r.l.. Si pensi, del resto, all'effetto di una negazione di tale soluzione: una società il cui amministratore è fallito o è stato condannato a pena che comporti l'interdizione all'esercizio dei pubblici uffici e di uffici direttivi. Non pare che tale scenario possa dirsi maggiormente rispondente al nuovo carattere personalistico della s.r.l. delineata dalla riforma.

L'applicazione analogica dell'art. 2382 c.c. appare pertanto possibile e corretta.

Chiusura, revoca e riapertura del fallimento

Chiusura del fallimento

Degno di nota è il fatto che il decreto di chiusura del fallimento, ai sensi dell'art. 119, 4° comma, l.f., acquista efficacia solo con il decorso dei termini per il reclamo senza che questo venga proposto o quando il reclamo viene definitivamente rigettato.

Dunque, fino a quel momento, la procedura concorsuale è in essere e gli organi della stessa in carica.

Si tratta di un'innovazione rispetto alla disciplina previgente, la quale era priva di tale espressa previsione e veniva interpretata da parte della dottrina nel senso che il decreto produceva immediatamente i suoi effetti.

Può dubitarsi, dunque, della legittimità della proposta cancellazione della posizione del curatore anteriormente a tale momento, anche se la necessità dell'immediata iscrizione sul registro delle imprese deriva dal disposto di cui all'art. 119, 3° comma, l.f., che subordina il decorso del termine per la presentazione del reclamo alla pubblicazione del decreto con le forme di cui all'art. 17 l.f..

In ogni caso, l'accoglimento di un eventuale (anche se statisticamente improbabile) reclamo, imporrebbe la riattivazione della procedura fallimentare.

Si noti che, con sentenza n. 279 del 23.7.2010 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 119, secondo comma, l.f., nel testo anteriore alle modifiche apportate dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), e dal decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al r. d. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis della legge 14 maggio 2005, n. 80), nella parte in cui fa decorrere, nei confronti dei soggetti interessati e già individuati sulla base degli atti processuali, il termine per il reclamo avverso il decreto motivato del tribunale di chiusura del fallimento, dalla data di pubblicazione dello stesso nelle forme prescritte dall'art. 17 della stessa legge fallimentare, anziché dalla comunicazione dell'avvenuto deposito effettuata a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento ovvero a mezzo di altre modalità di comunicazione previste dalla legge.

C'è quindi da chiedersi quanto “durerà” la previsione del tutto analoga contenuta nel nuovo art. 119 3° comma l.f., di cui si è detto.

Il problema della pubblicità della revoca del fallimento nasce dal fatto che la sentenza di revoca determina la chiusura della procedura relativa solo dal momento del suo passaggio in giudicato, come disposto dall'art. 119, 5° comma, l.f.. Prima di tale momento, gli effetti del fallimento per terzi e fallito continuano a prodursi e gli organi fallimentari continuano a disporre dei poteri loro attribuiti dalla legge. Solo successivamente al passaggio in giudicato è possibile adottare i provvedimenti volti ad attuare gli effetti della decisione.

Ciò avrebbe dovuto comportare, coerentemente, che all'iscrizione della sentenza di revoca si potesse procedere solo dopo che si sia perfezionato il passaggio in giudicato della sentenza.

Il richiamo alla pubblicazione della sentenza di revoca ai sensi dell'art. 17 l.f., contenuto nel disposto di cui all'art. 18, 12° comma, l.f., viene tuttavia inteso nel senso che la norma imponga la pubblicazione immediata della suddetta sentenza di revoca (pur priva di esecutività immediata), così come accade per la sentenza dichiarativa del fallimento (che, al contrario, è immediatamente esecutiva).

Il prontuario cerca di attenuare tale incongruenza con l'inserimento dell'avvertenza della non definitività della sentenza di revoca. Il regime che ne risulta, tuttavia, resta foriero di incertezze e fonte di possibili confusioni, in quanto le informazioni fornite non permettono di dare la giusta evidenza al fatto che il fallimento è ancora in essere – con la conseguenza che lo spossessamento del fallito permane, con tutte le implicazioni che ciò comporta sull'attività negoziale con i terzi – e potrebbero ingenerare l'erronea convinzione della rimessione *in bonis* dell'imprenditore.

Occorrerà forse adottare ulteriori accorgimenti idonei ad evidenziare la permanenza del fallimento e dei suoi effetti, oltre che dei suoi organi, nelle more del passaggio giudicato della sentenza stessa.

La questione della possibilità di procedere alla cancellazione delle società dichiarate fallite laddove il fallimento sia stato chiuso si pone con riguardo alle procedure assoggettate alla disciplina anteriore alla riforma del 2006 (dunque quelle dichiarate prima del 16.7.2006), in quanto per le nuove procedure così dispone espressamente la norma di cui all'art. 118, 2° comma, l.f..

In effetti la giurisprudenza esclude che la chiusura del fallimento determini l'estinzione della società fallita (società posta in stato di scioglimento e liquidazione dalla stessa dichiarazione di fallimento).

Ad esempio, Cass., Sez. 1, *Sentenza n. 9723 del 23/04/2010* ha statuito che “la chiusura del fallimento di una società per ripartizione finale dell'attivo od insufficienza tale da impedire l'utile continuazione della procedura, disposta ai sensi dell'art. 118 legge fallimentare previgente, applicabile "ratione temporis", non ne determina l'estinzione, sia perché con essa non si produce indefettibilmente la definizione di tutti i rapporti che fanno capo alla società, sia perché si verifica, con la fine dello "spossessamento", il riacquisto della libera disponibilità dei propri beni da parte del fallito. Ne consegue che quando la chiusura del fallimento sia avvenuta prima del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio di insinuazione tardiva di un credito, l'accantonamento a tal fine disposto costituisce un residuo attivo del patrimonio sociale, da restituire alla società” ed analogamente Cass., Sez. 5, *Sentenza n. 10606 del 04/07/2003* ha affermato che “in tema di accertamento tributario, è valida la notificazione dell'avviso di accertamento effettuata nei confronti del socio di una società in nome collettivo, in veste di legale rappresentante dell'ente sociale. Ai fini della validità della notificazione, poi, non assumono rilievo, in senso negativo, ne' la circostanza che la società - e quindi il socio per estensione - sia stata dichiarata fallita (in epoca successiva ai periodi d'imposta cui si riferisce il credito tributario), atteso che la società non è privata, per effetto del fallimento, della sua veste di soggetto passivo del rapporto tributario, ne' che sia intervenuta la chiusura del fallimento, la quale non comporta, tra i suoi effetti, l'estinzione della società, che resta in vita fino a quando sono pendenti rapporti giuridici o contestazioni giudiziarie”.

Meno recente Cass., Sez. 1, *Sentenza n. 11361 del 11/10/1999*, secondo cui “così come la dichiarazione di fallimento di una società, se priva la stessa di ogni potere in relazione al suo patrimonio (eccezion fatta per i beni sottratti all'esecuzione concorsuale per disposizione di legge e per i beni sopravvenuti che non siano acquisiti dalla massa), non comporta di per sè alcuna alterazione dell'organizzazione sociale, i cui organi restano in funzione, sia pur con le limitazioni derivanti dall'intervenuta dichiarazione di fallimento, analogamente la chiusura del fallimento fa venir meno lo "spossessamento" della società fallita, con il conseguente riacquisto da parte sua della libera disponibilità dei beni (art. 120 legge fall.) e non comporta invece l'estinzione della società, in coerenza del resto con il principio secondo cui la società non può ritenersi estinta neanche a seguito della sua cancellazione dal registro delle imprese, fin quando sono pendenti rapporti giuridici o contestazioni giudiziarie. (Nella specie la questione era rilevante per stabilire se, in un giudizio diretto a far valere la simulazione di alcuni contratti, era concretamente operativa la necessità di integrare il

contraddittorio nei confronti di società di capitali che era stata parte dei contratti stessi)”.

In dottrina si è osservato, poi, come la richiesta di cancellazione della società non potesse provenire, in assenza di espressa previsione di legge (che è puntualmente arrivata con la riforma del 2006), dal curatore ma dovesse invece essere formulata dagli amministratori della società fallita, tornata in bonis. Si tratta di conclusione coerente con il dato giurisprudenziale del ritorno in carica degli organi amministrativi della società.

Dal complesso di tali argomentazioni, si ricava che alla cancellazione della società fallita non possa procedersi senz'altro e automaticamente dopo al chiusura del fallimento, con riguardo ai fallimenti intervenuti anteriormente al 16.7.2006.

Appare pertanto necessario attivare, per tali società, le ordinarie procedure di cancellazione d'ufficio sussistendone i presupposti normativi, ai sensi del D.P.R. 23.7.2004, n. 247, ovvero ai sensi dell'art. 2490, 6° comma, c.c..

Concordato fallimentare – concordato preventivo – accordi di ristrutturazione

Concordato fallimentare

Dalle norme dettate in tema di concordato fallimentare si evincono i seguenti incombeni pubblicitari:

- iscrizione della proposta di concordato ma solo quando riguardi società di capitali, non quando riguardi società di persone (art. 152 l.f.);
- iscrizione del decreto con il quale il giudice delegato, constatata l'approvazione del concordato, assegna il termine per la presentazione delle eventuali opposizioni;
- iscrizione del decreto di omologa (art. 129, 6° comma, l.f.).

Si segnala che l'art. 129 l.f. prevede in realtà non un unico decreto che assegna termine per la presentazione delle opposizioni e la fissazione dell'udienza di omologa ma due provvedimenti in sequenza, l'uno di assegnazione del termine e l'altro, successivo, di fissazione dell'udienza di omologa. Se si procede all'emissione di due decreti distinti, la pubblicità della data dell'udienza di omologa richiederà che entrambi siano inviati al registro delle imprese.

Va poi considerato che il decreto di omologa del concordato, pur quando non soggetto a gravame perché emesso in assenza di opposizioni, non può contenere anche il dispositivo di chiusura del fallimento, ai sensi dell'art. 130, 2° comma, l.f., dato che tale norma impone al curatore, una volta raggiunta la definitività del decreto, la presentazione del rendiconto finale di gestione ex art. 116 l.f.. Ne conseguono alcuni incombeni che impediscono la chiusura immediata del fallimento (occorre fissare udienza di discussione del rendiconto e liquidare il compenso del curatore), chiusura che avverrà successivamente al loro compimento.

Le vicende relative alla risoluzione e all'annullamento del concordato.

In base all'art. 137, 4° comma, l.f. e all'art. 138, 2° comma, l.f., le sentenze che risolvono o annullano il concordato sono provvisoriamente esecutive e riaprono il fallimento.

Il problema è se le stesse debbano avere pubblicità sul registro delle imprese o meno nel silenzio, sul punto, del legislatore. Evidentemente sì, dovendosi iscrivere, appunto, la sentenza che riapre il fallimento, ai sensi dell'art. 17 l.f.. Oggetto di iscrizione sarà pure l'avvenuta risoluzione/annullamento del concordato, trattandosi di provvedimenti che vanno ad incidere sulla precedente iscrizione del decreto di omologa.

Concordato preventivo.

Gli incombeni pubblicitari sono:

- iscrizione del decreto di ammissione ex art. 166 l.f.,
- iscrizione del decreto con il quale il tribunale fissa udienza in camera di consiglio per l'omologazione del concordato (art. 180, 1° comma, l.f.),
- iscrizione del decreto che decide sull'omologa (art. 180, 5° comma, l.f.),
- iscrizione della sentenza di risoluzione/annullamento del concordato (art. 186, 5° comma, l.f.) con richiamo agli art. 137 e 138 l.f..

Vi sono rilevanti e gravi lacune normative che si riverberano in termini negativi sulla completezza del sistema di pubblicità delle imprese.

Non è prevista la pubblicità della proposta concordataria. Si consideri che gli effetti di cui all'art. 168 l.f. si producono dal momento del deposito del ricorso ma subordinatamente all'ammissione alla procedura di cui all'art. 163 l.f.. Pertanto, se tale ammissione non ha luogo, per qualsiasi ragione,

nessun effetto produce la domanda di concordato. In tal senso si è pronunciata Cass., Sez. 1, Sentenza n. 24330 del 22/11/2007, secondo la quale “nel caso in cui la domanda di concordato preventivo non venga accolta e segua la dichiarazione di fallimento ex art. 162 secondo comma legge fall., è opponibile alla procedura la compensazione del credito del terzo, anteriore alla domanda di ammissione al concordato preventivo, con quello dell'insolvente, successivo al deposito del ricorso ma anteriore alla dichiarazione di fallimento, dal momento che la presentazione della domanda di concordato determina una retrodatazione degli effetti dell'ammissione alla procedura, ove accolta, ma non di quelli relativi alla successiva dichiarazione di fallimento non essendo operante il principio di consecuzione tra le procedure”.

La mancata previsione della pubblicità della proposta di concordato preventivo, dunque, può ricollegarsi al fatto che essa, per produrre effetti, deve necessariamente ricollegarsi al successivo decreto di ammissione alla procedura. Inoltre, non si ravvisa una subordinazione della produzione degli effetti di cui all'art. 168 l.f. all'iscrizione della domanda. Certamente, la mancata iscrizione della proposta pone il problema di precisare la data del suo deposito, a decorrere dalla quale si produrranno i menzionati effetti.

Non è espressamente prevista la pubblicità del decreto di revoca ex art. 173 l.f. ma la necessità di tale iscrizione è recuperabile considerando che il decreto di revoca costituisce provvedimento di segno antitetico a quello del decreto di ammissione, espressamente assoggettato ad iscrizione.

Non è prevista l'iscrizione del decreto che accerta l'avvenuta esecuzione del concordato. Anche in tal caso potrebbe soccorrere la considerazione che si tratta del provvedimento conclusivo di procedura il cui inizio è assoggettato a oneri pubblicitari.

Accordi di ristrutturazione dei debiti.

Gli adempimenti pubblicitari previsti sono:

- pubblicazione dell'accordo (art. 182 bis 2° comma, l.f.),
- pubblicazione del decreto di omologa dell'accordo (art. 182 bis 5° comma, l.f.),
- pubblicazione dell'istanza di sospensione (art. 182 bis 6° comma l.f.).

Nulla si dice del decreto che accoglie l'istanza di sospensione.

Si segnala un'esigenza di maggiore completezza della pubblicazione con la sua estensione alla relazione dell'esperto e al piano.