

IL CONCORDATO PREVENTIVO CON PRENOTAZIONE

Eros Ceccherini (*)

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. La domanda di concordato con prenotazione. -3. Presentazione della domanda. - 4. Requisiti soggettivi e oggettivi. - 5 Esposizione della proposta e del piano. - 6. Verbale ex art. 152 legge fallim. - 7. Dichiarazioni da inserire nella domanda prenotativa. - 8. La documentazione a corredo della domanda. - 9. Il termine per il deposito della domanda, della proposta del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 legge fallim., il termine concesso dal tribunale in pendenza di dichiarazione di fallimento e le eventuali proroghe. - 10.-La nomina del commissario giudiziale e l'attività del tribunale in ipotesi di condotte previste dall'art. 173 legge fallim. - 11. Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione compiuti nel periodo che intercorre tra il deposito del ricorso e il decreto di cui all'art. 163 legge fallim. e autorizzazione del tribunale. - 12. Informazioni periodiche rese al tribunale dal debitore. - 13. La prevedibilità ai sensi dell'art. 111 legge fallim. dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore nella fase prenotativa. - 14. Scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis legge fallim. -

(*) Commercialista - Revisore Legale dei Conti - Dottore in Giurisprudenza - Cultore in Diritto del Fallimento Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena -

1. Premessa. -Con la legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito con modificazioni il d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (decreto sviluppo), a decorrere dall'11 settembre 2012 sono state introdotte importanti modifiche alla legge fallimentare, così come altrettante importanti modifiche sono state introdotte, con effetto dal 22 giugno 2013, dall'art. 82 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (decreto del fare), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. Con questo contributo si cercherà di evidenziare le novità che hanno interessato l'art. 161 legge fallim. con l'introduzione, e le successive modifiche, dei commi VI, VII, VIII, IX e X e l'art. 169 bis legge fallim., ed in particolare:

- La domanda di concordato con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 legge fallim. entro un termine fissato dal giudice, il termine concesso dal tribunale in pendenza di dichiarazione di fallimento e le eventuali proroghe;

- L'eventuale nomina del commissario giudiziale e l'attività da questo posta in essere a tutela della vigilanza anche sotto l'aspetto della successiva attività che il tribunale è chiamato a svolgere quando il debitore ha posto in essere le condotte previste dall'art. 173 legge fallim.
- Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, con parere del commissario giudiziale se nominato e previa autorizzazione del tribunale, compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 legge fallim.;
- Le modalità di assumere informazioni da parte del tribunale durante la fase prenotativa;
- Gli atti di ordinaria amministrazione compiuti dal debitore nella fase prenotativa.
- La prededucibilità ai sensi dell'art. 111 legge fallim. dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore nella fase prenotativa;
- Gli obblighi informativi periodici disposti dal tribunale, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato e comunque almeno mensilmente e sotto la vigilanza del commissario, se nominato, pena l'applicazione dei commi secondo e terzo dell'articolo 162 legge fallim.;
- La problematica connessa alla richiesta di scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis. Legge fallim.

2. La domanda di concordato con prenotazione. -La domanda di concordato con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 legge fallim. entro un termine fissato dal giudice costituisce la novità assoluta tra quelle introdotte con il "decreto sviluppo" e con il successivo "decreto del fare" a parziale modifica della legge fallimentare. Il concordato prenotativo ha lo scopo di preservare le strutture produttive ed aziendali da eventuali azioni esecutive o cautelari che potrebbero pregiudicare definitivamente le sorti dell'azienda. La complessità della predisposizione della domanda definitiva di concordato preventivo e l'allegazione della documentazione richiesta dal secondo e terzo comma dell'art. 161 legge fallim. potrebbero richiedere molto tempo con pregiudizio degli equilibri patrimoniali e della stabilità aziendale già in difficoltà e quindi il ritardo potrebbe rendere maggiormente vulnerabile l'azienda. L'introduzione di questa norma rappresenta un passo avanti nella tutela delle aziende meno organizzate e sottoposte ad un alto rischio di *default*. La presentazione della domanda di concordato preventivo non comporta l'improcedibilità delle istanze di fallimento pendenti, il relativo divieto è operativo soltanto all'esito della successiva ammissione alla procedura di concordato preventivo e permane sino alla definitiva omologazione. Soltanto nel caso si

manifestasse l'inammissibilità della domanda, oppure la mancata omologazione, il tribunale valuterà le istanze di fallimento sospese¹. Per alcuni tribunali il divieto di cui all'articolo 168 legge fallim. di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, nella fase prenotativa, non comporta una sospensione del processo esecutivo², ma rappresenta una vera e propria estinzione atipica dello stesso riconducibile alle ipotesi previste dall'articolo 187 bis legge fallim., disp. att. c.p.c. Tale interpretazione non permette di riavviare il processo esecutivo neppure dopo l'omologazione; mentre al contrario per altri tribunali³ non è possibile escludere a priori la esperibilità di azioni cautelari nei confronti dell'impresa che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo: sarà il giudice del provvedimento cautelare a valutare di volta in volta se l'adozione del provvedimento richiesto possa risultare in contrasto con la finalità e la funzione proprie del concordato.

Secondo alcuni tribunali⁴ quando sia stata presentata la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo può essere concesso il sequestro conservativo sui beni del debitore; tale esigenza è giustificata dalla necessità di tutelare il patrimonio della società nel periodo che intercorre tra la domanda per l'apertura della procedura e l'eventuale omologazione del concordato.

Nell'ipotesi che sia pendente, al momento della presentazione della domanda di concordato prenotativo, istanza di fallimento, il tribunale avrà l'obbligo di *"sospendere il procedimento pre-fallimentare fino alla definizione di quest'ultima (ossia fino all'omologa o fino agli eventuali provvedimenti che rendano improseguibile la procedura di dichiarazione di inammissibilità o rigetto della domanda; revoca dell'ammissione ex art. 173 legge fallim.; mancanza di approvazione dei creditori; rigetto dell'omologa)"*⁵.

La domanda prenotativa, fin dall'introduzione, è stata definita anche "in bianco o con riserva" in quanto, impropriamente, si ipotizzava un'istanza sotto forma di "ricorso" che non necessitasse di particolari informazioni se non quelle strettamente collegate al debitore ed alla volontà dello stesso di proporre entro un determinato periodo la domanda definitiva di concordato. La norma non specifica alcunché limitandosi ad indicare che *"l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda"*. E' nel concetto di domanda che la giurisprudenza ha

¹ [Tribunale Novara, decreto 21 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*.](#)

² [Tribunale Reggio Emilia, decreto 18 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*.](#)

³ Tribunale Pesaro, decreto 16 marzo 2012, in [www.ilcaso.it](#).

⁴ [Tribunale Verona, decreto 26 gennaio 2012, in *www.ilcaso.it*.](#)

⁵ Tribunale Milano – 2^a sezione civile – Plenum 18 ottobre 2012, in [www.fallimentarista.it](#).

elaborato il contenuto della stessa. Il tribunale deve esercitare un controllo non solo formale della regolarità del ricorso, ma deve verificare anche la legittimità della procedura attraverso il riscontro della propria competenza⁶, seppur il VI comma dell'art 161 legge fallim. specifichi che il debitore ha libertà di presentare entro il termine concesso dal tribunale indistintamente ricorso per concordato preventivo oppure *"in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso ... domanda ai sensi dell'articolo 182-bis legge fallim., primo comma"*. Salvo giurisprudenza minoritaria, la maggior parte dei tribunali hanno indicato il contenuto e la documentazione da allegare al ricorso al fine di evitare facili speculazioni che avrebbero permesso prenotazioni di concordato al solo scopo di ritardare altra procedura oppure altra strategia rivolta anch'essa ad ottenere gli effetti protettivi offerti dal concordato. La domanda prenotativa dovrà contenere i requisiti essenziali per poter individuare il soggetto debitore e la volontà dello stesso a proporre la domanda di concordato preventivo o in alternativa un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallim. Da questa precisazione possiamo, salvo quanto verrà detto nel proseguo, escludere che nella fase prenotativa il debitore debba dare informazioni, come da alcune parti si è sostenuto, circa il contenuto della proposta e del piano concordatario⁷.

Vediamo alcune particolarità relative a problematiche che sono emerse in questa prima fase applicativa:

- a) Se la domanda sotto forma di ricorso debba essere presentata con l'assistenza dell'avvocato.
- b) Se debbano essere esplicitati i requisiti soggettivi ed oggettivi per accedere alla procedura di concordato;
- c) Se debba esserci una esposizione sommaria della proposta e del piano.
- d) Se debba essere redatto, ai sensi dell'art. 152 legge fallim., il verbale da parte del notaio relativo alla deliberazione riguardante la decisione assunta dal liquidatore di presentare la domanda di concordato e la successiva iscrizione al registro delle imprese.
- e) Quali dichiarazioni inserire nella domanda prenotativa.
- f) Quale documentazione allegare a corredo della domanda prenotativa.

⁶ Tribunale Benevento, decreto 26 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

⁷ Tribunale Milano – seconda sezione civile fallimenti – plenum tenutosi in data 20 settembre 2012, in www.altalex.com, ai sensi dell'articolo 47-quater O.G.: *"La possibilità di considerare sufficiente il contenuto minimo nasce dalla considerazione che, se non sono proposte istanze particolari da deliberare contestualmente o comunque subito, il Tribunale non può imporre la ostensione di elementi che ancora sono oggetto di studio. Del resto alla scadenza del termine il debitore può liberamente decidere di depositare o un concordato preventivo o invece un ADR e ciò dimostra quanto sia superfluo chiedere che sia indicato prima il contenuto di ciò che può essere oggetto di una successiva ben diversa determinazione. Inoltre non vi sarebbero mezzi per sanzionare il deposito di un concordato o di un accordo con un contenuto diverso da quello originariamente ipotizzato"*.

3. Presentazione della domanda. -La prima questione, circa la necessità o meno che il ricorso debba essere presentato con l'assistenza dell'avvocato oppure no, è stata fatta emergere dal Tribunale di Milano⁸ il quale per suo conto ha specificato che "trattandosi di domanda formulanda con ricorso occorre l'assistenza sempre di un avvocato. Qualora manchi la procura, è possibile dare corso ad integrazioni istruttorie successive con la sua produzione". Tale interpretazione è stata oggetto di divergenze tra i diversi tribunali⁹, la maggioranza dei quali, a differenza di quello di Milano, considera che sia sufficiente la sottoscrizione del ricorso da parte del debitore; una minoranza considera invece necessaria l'assistenza di un legale, mentre un'altra parte accetta che la proposta sia sottoscritta da un procuratore ad hoc; per contro la maggioranza dei tribunali giudica necessaria l'assistenza tecnico legale nella fase di omologazione del concordato preventivo in presenza di opposizioni ex art. 180 legge fallim., quarto comma. E' opportuno precisare che anche prima delle modifiche introdotte con il Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80 il testo precedente recitava: "la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, firmato dal debitore", apparendo la stessa norma chiara ed esplicita rispetto al fatto che il ricorso dovesse essere sottoscritto dal debitore senza la necessità di assistenza legale pur trattandosi di ricorso giudiziario. E' opportuno precisare che comunque la firma del debitore deve essere autenticata, al momento della presentazione, quanto meno dal funzionario di cancelleria onde evitare possibili strumentalizzazioni dell'istituto concordatario.

4. Requisiti soggettivi e oggettivi. -La seconda questione è se nella domanda si debba indicare il possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi per accedere alla procedura di concordato prenotativo. Pare evidente che il debitore debba indicare il possesso dei richiamati requisiti e che dovrà esplicitarne in forma chiara l'esistenza¹⁰. Il tribunale di Milano¹¹ sostiene che tale valutazione possa essere dallo stesso effettuata sulla base dei bilanci depositati. I bilanci, come dispone la norma, devono essere allegati alla domanda, ma appare del tutto ovvio che il

⁸ Tribunale Milano – seconda sezione civile fallimenti – plenum tenutosi in data 20 settembre 2012, in www.altalex.com.

⁹ M. Ferro, A. Ruggero, A. Di Carlo, *Requisiti formali ed assistenza legale, in Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009, 6 segg.

¹⁰ Tribunale Mantova, decreto 27 settembre 2012, in www.ilcaso.it; Tribunale Benevento, decreto 26 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

¹¹ Tribunale Milano, 2^ sezione civile fallimenti – Plenum 18 ottobre 2012, in www.fallimentarista.it.

debitore debba indicare con attenzione, quanto meno nelle ipotesi di incertezza e di confine con le soglie di cui all'art. 1 legge fallim., i valori riferiti all'attivo ed ai ricavi dell'ultimo triennio e ai debiti esistenti alla data della presentazione della domanda. Che vi debba essere il controllo/verifica del tribunale sul superamento delle soglie è del tutto evidente sempre per evitare un uso strumentale e abusivo dell'*automatic stay* da parte di soggetti che pretestuosamente utilizzerebbero lo strumento del concordato per "non pagare provvisoriamente i propri debiti"; per il tribunale di Milano l'eventuale omissione di queste informazioni può risultare sanabile disponendo un'integrazione d'istruttoria. Per facilitare l'attività del tribunale, limitata ma opportuna, la domanda dovrà contenere tutte le informazioni che permettono di valutare con puntualità i requisiti necessari ed inderogabili per accedere alla procedura di concordato e quindi si rende opportuno predisporre un diagramma nel quale riportare i dati degli ultimi tre esercizi (o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore) relativi all'attivo patrimoniale ed ai ricavi lordi oltre all'indicazione dei debiti, anche non scaduti, superiori alla soglia stabilita dalla lettera c) del secondo comma dell'art. 1 legge fallim. Oppure, non è necessaria la dettagliata esposizione di tutti i valori sopra richiamati, per il fatto che la norma specifica che l'accesso alla procedura di concordato è possibile quando almeno uno dei valori all'interno delle soglie a) e b) oppure il valore della soglia c) venga superato, e quindi appare sufficiente indicare anche il solo valore che permette l'accesso alla procedura. Più complessa appare la dimostrazione del requisito oggettivo di cui all'art. 160 legge fallim. primo e terzo comma, in quanto non è sufficiente dettagliare o solo descrivere lo stato di insolvenza o di crisi dell'impresa, seppur necessario ai fini di una migliore rappresentazione dell'andamento patrimoniale finanziario ed economico, ma occorre riportare nella domanda alcuni indici di capacità finanziaria¹². E' dalla

¹² La posizione finanziaria netta ha la natura di indicatore alternativo di *performance*. L'indebitamento finanziario netto è dato dalla differenza tra le poste passive di natura finanziaria (debiti finanziari e titoli di debito emessi dalla società) e quelle attive (disponibilità liquide e altre attività finanziarie presenti nell'attivo). Questo indicatore se considerato isolatamente esprime il livello di indebitamento, mentre confrontato con il patrimonio netto, come nel caso in esame, esprime la solidità della struttura. Al crescere dell'indicatore (> 1) peggiora, a parità di tutte le altre condizioni, la solidità aziendale).

L'EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) rappresenta l'utile prima degli interessi passivi, imposte e ammortamenti sui beni materiali e immateriali. Spesso l'EBITDA è molto simile al valore dei flussi di cassa prodotti da una azienda. L'indice in esame esprime quanto la PFN sia superiore all'EBITDA e nel caso in esame essa è superiore per quasi sei volte.

Le attività a breve sono rappresentate dalle "liquidità immediate" e da "Crediti a breve termine" con la previsione di trasformazione in numerario entro un anno dalla data di chiusura dell'esercizio oltre a ricomprendere le rimanenze di magazzino (nell'indicatore in oggetto il magazzino è escluso). Le passività a breve, come regola generale, dovrebbero essere estinte entro un anno dalla data di riferimento del bilancio. Esse includono anche la quota dei prestiti a medio e lungo termine da rimborsare entro l'anno, gli anticipi da clienti, i ratei e risconti passivi, i ricavi differiti di competenza dell'esercizio successivo.

lettura degli indici che l'interprete può comprendere in quale stato l'impresa si trovi, di crisi o di insolvenza, per il rispetto del c.d. elemento oggettivo.

E' opportuno che la domanda evidenzi l'esistenza del requisito di imprenditore da parte del debitore, come richiesto dagli articoli 1 e 160 legge fallim.. E' imprenditore commerciale, ai sensi dell'art. 2195 cod. civ. chi esercita professionalmente una o più delle seguenti attività: un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; un'attività intermediaria nella circolazione dei beni; un'attività di trasporto per terra, o per acqua o per aria; un'attività bancaria o assicurativa; altre attività ausiliarie delle precedenti. La definizione data dal codice va quindi oltre all'uso comune del termine "imprenditore commerciale" che indica colui che pratica l'attività di intermediazione nella circolazione dei beni. La parte maggioritaria della dottrina è d'accordo nell'affermare che la definizione data dal codice non è esaustiva e che si possano definire "commercianti" tutti gli imprenditori ad esclusione da quelli definiti dall'art. 2135 cod. civ., che definisce l'imprenditore agricolo. A tal proposito la dimostrazione della qualifica di imprenditore può essere data, oltre alla descrizione dell'attività svolta, con l'allegazione di un certificato della camera di commercio oppure di altri documenti comprovanti l'effettiva attività svolta (autorizzazioni, licenze, ecc.).

5. Esposizione della proposta e del piano. -La terza analisi è relativa all'obbligo o meno di inserire nella domanda, seppur per sommi capi, un'ipotesi di proposta e di piano. La lettura della norma parrebbe escludere la necessità di dover dettagliare, seppur sinteticamente, le linee della proposta e del conseguente piano, anche per il fatto che l'ultima parte del VI comma dell'art. 161 legge fallim. prevede che il debitore, alla scadenza del termine, concesso dal tribunale, possa depositare, in alternativa al concordato preventivo, anche la domanda ai sensi dell'articolo 182-bis legge fallim., primo comma: come potrebbe quindi esser possibile dettagliare una proposta ed un piano concordatario quando il debitore potrebbe optare anche per la ristrutturazione dei debiti? Appare altresì convincente la tesi di coloro che sostengono la necessità di riportare queste informazioni¹³: a) per dare modo al tribunale di autorizzare il debitore a compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione; b) per dare modo al tribunale di autorizzare lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso di esecuzione. Quanto al sub a), come vedremo in seguito, l'istanza per l'autorizzare a compiere atti di straordinaria amministrazione nella fase del termine dovrà essere debitamente dettagliata e supportata da

¹³ Tribunale Reggio Emilia, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012 (versione aggiornata al 25 ottobre 2012 sulla scorta dei primi casi)*, in www.ilcaso.it.

documentazione specifica e dal parere del commissario giudiziale se nominato, mentre il tribunale ha comunque la possibilità di nominare degli ausiliari. Quanto al punto sub b), viceversa, l'eventuale richiesta di sospensione dei contratti, ex 169 bis legge fallim., potrà essere richiesta nella domanda prenotativa oppure nella domanda definitiva e necessiterà di una dettagliata esposizione dei fatti specifici con indicazione della strategia che il debitore intende perseguire per il raggiungimento del fine concordatario. Si è dell'opinione che in via generale la domanda non dovrà contenere, salvo quanto sopra detto e quanto si dirà nel proseguo, alcunché in merito alla proposta ed al piano. Si ritiene che le istanze per l'autorizzazione a compiere gli atti di straordinaria amministrazione debbano essere dettagliate e quindi, se necessario, il debitore dovrà entrare nello specifico della proposta; mentre nell'ipotesi che la domanda preveda la sospensione dei contratti il debitore dovrà contestualizzare tale richiesta indicando se necessario anche le linee strategiche che intende formalizzare e indicando quindi, seppur per sommi capi, la proposta ed il piano del concordato definitivo.

6. Verbale ex art. 152 legge fallim. -La quarta questione è se debba essere redatto nella fase prenotativa, ai sensi dell'art. 152 legge fallim., il verbale da parte del notaio relativo alla deliberazione riguardante la decisione assunta dal liquidatore di presentare la domanda di concordato e la successiva iscrizione al registro delle imprese. L'art. 152 legge fallim., trattando la sottoscrizione della proposta e delle condizioni del concordato, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto, prevede che queste:

a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla precedente lettera b) deve risultare da verbale redatto dal notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese¹⁴. Molti si sono chiesti se anche nella fase prenotativa sia necessaria la deliberazione sopra richiamata oppure se in questa fase interlocutoria non necessiti, anche per evitare costi ed eccessiva ultra-burocratizzazione della procedura. I sostenitori della non necessaria verbalizzazione¹⁵ partono dal presupposto che il

¹⁴ Tribunale Modena, decreto 28 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*. La decisione o la deliberazione della società di accedere alla procedura di concordato preventivo devono risultare da verbale redatto da notaio, ed essere depositate ed iscritte nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 cod. civ. è necessario non solo per la sottoscrizione della proposta e delle condizioni del concordato ma anche per la sottoscrizione ed il deposito della "domanda" propriamente detta.

¹⁵ Tribunale Pistoia, 30 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*. – Secondo la pronuncia di questo tribunale la domanda non può essere condizionata alla produzione di documenti diversi da quelli espressamente previsti dalla legge (bilanci degli ultimi tre esercizi) o necessari per la verifica della competenza del tribunale adito (certificato del registro delle

comma IV dell'art. 161 legge fallim. prevede tale deliberazione per le società quale presupposto dei documenti occorrenti alla domanda di concordato definitivo, viceversa chi sostiene il contrario¹⁶, ossia la necessità della deliberazione, parte dall'assunto che comunque, seppur prenotativo, si tratta sempre di un ricorso contenente la domanda di concordato con riserva di presentare la proposta definitiva. Che al momento del deposito della domanda di concordato prenotativo debba essere presentata anche la deliberazione ex art 152 legge fallim. è scontato per il fatto che è la norma stessa a non fare distinzioni tra una prima fase ed una seconda fase specificando che la proposta e le condizioni debbono essere approvate o deliberate rispettivamente dai soci o dagli amministratori. E' oltremodo sostenibile che vi debba essere l'approvazione dei soci per le società di persone, in quanto il concordato ha immediata incidenza sui patrimoni personali dei soci, ed oltremodo vi debba essere per le società di capitale, in quanto se fosse ammesso il deposito senza la deliberazione si darebbe modo a possibili speculazioni da parte del debitore a danno dei creditori a seguito del divieto di prosecuzione o inizio di azioni esecutive e cautelari a suo carico dal momento della presentazione della domanda di prenotazione. Dovendo dunque concludere che il ricorso per concordato preventivo prenotativo debba essere accompagnato dalla delibera dell'organo amministrativo della società di capitali, pena l'inammissibilità del ricorso, è opportuno precisare quale debba essere il contenuto di questa delibera. Il secondo comma dell'art. 152 legge fallim. puntualizza che, nelle società di capitale, la proposta e le condizioni debbono essere approvate dall'organo amministrativo, mentre in questa prima fase non corre l'obbligo di specificare i termini della proposta e le conseguenti condizioni, che saranno indicate nella versione definitiva, in quanto la norma lascia al debitore la facoltà di presentare una domanda di concordato preventivo oppure un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallim. La deliberazione redatta dal notaio, in questa prima fase, riporterà quindi semplicemente una dizione di questo tipo: *"Proporre ai creditori sociali un concordato preventivo", presentando al Tribunale di ... domanda per l'ammissione alla procedura di "Concordato preventivo", domanda che potrà essere presentata nelle forme e secondo le disposizioni di cui al sesto comma dell'art., 161 della legge fallim. così inserito con le modifiche apportate dal Decreto Legge 22 giugno 2012 n. 83 convertito in legge 7 agosto 2012 n. 134", il debitore chiederà altresì tutte le trascrizioni e le pubblicità del caso richieste dalla legge e solamente opportune".* Appare non pacifico se si debba nuovamente predisporre una ulteriore deliberazione per la presentazione del ricorso per concordato preventivo definitivo: alcuni Tribunali esigono una ulteriore

imprese) e prescinde sia dalla verifica del superamento delle soglie di non fallibilità di cui all'art. 1 legge fallim., sia dalla osservanza degli adempimenti di cui all'art. 152 legge fallim., in quanto si tratta di istituto finalizzato esclusivamente a concedere al debitore imprenditore commerciale una temporanea protezione patrimoniale.

¹⁶ Tribunale Cagliari, decreto 20 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

deliberazione mentre altri ritengono questa richiesta una mera ripetizione e pertanto superflua rispetto alla precedente già prodotta. E' del tutto evidente, come del resto per le diverse prassi applicate dai diversi tribunali, che gli operatori debbano accertarsi di quale sia l'impostazione vigente nel territorio ove operano. A parere di chi scrive la richiesta di una doppia deliberazione non trova fondamento nella norma per il fatto che la prima deliberazione assunta incorpora anche la volontà del debitore di proseguire nella presentazione della proposta definitiva sia essa di concordato preventivo che di ristrutturazione dei debiti. La deliberazione assunta, davanti al notaio per le società di capitali, rappresenta già la manifestazione di volontà dell'organo amministrativo di intraprendere un percorso che nel caso di specie può prevedere due diversi *steep*, uno di tipo preparatorio ed uno di tipo definitivo.

7. Dichiarazioni da inserire nella domanda prenotativa. -La quinta questione riguarda la dichiarazione da inserire nella domanda prenotativa. Il nono comma dell'art. 161 legge fallim. prevede, oltre a quanto indicato in questa analisi, che la domanda prenotativa sia inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, abbia presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Il debitore dovrà dichiarare espressamente all'interno del ricorso quanto sopra indicato in quanto tale dichiarazione costituisce un elemento fondamentale per il perfezionamento del ricorso.

8. La documentazione a corredo della domanda. -La sesta questione collegata alla domanda di concordato prenotativo è relativa alla documentazione da allegare al momento del deposito¹⁷. Il comma sesto dell'art. 161 legge fallim. indica quali unici documenti da allegare i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, ma oltre a tali documenti indichiamo quali documenti necessari il certificato della camera di commercio, la deliberazione ex art 152 legge fallim. (limitatamente alle società di capitali o il verbale di approvazione dei soci per le società di persone), la certificazione dell'avvenuto deposito al registro delle imprese della precedente deliberazione ed

¹⁷ Tribunale Velletri, decreto 17 settembre 2012, in www.ilcaso.it. “il tribunale non è immediatamente chiamato a verificare i presupposti della proposta ai fini dell'ammissione della proposta di concordato “piena” ai sensi degli artt. 162 e seguenti legge fallim., che è rimessa ad un momento successivo alla presentazione della proposta e della integrale documentazione” ... “consegue altresì che deve ritenersi ammissibile una eventuale attività istruttoria, sia pur limitata all'acquisizione di documenti e informazioni pertinenti con l'accertamento da compiere (ove occorrono, produzione del certificato camerale, informazioni ed altri atti utili per valutare la richiesta di un termine maggiore)”.

ogni altro documento utile a comprendere le ragioni del debitore¹⁸. A proposito di bilanci d'esercizio il tribunale di Milano, nella più volte richiamata informativa, analizza l'ipotesi in cui, nel periodo autunnale, oppure in un periodo diverso alla scadenza legale o statutaria di approvazione del bilancio (seppur oltre i termini civilistici per quanto riguarda le società di capitali) *"molte società non hanno ancora approvato il bilancio relativo all'anno precedente"*; in questo caso il tribunale di Milano indica che la società depositi *"una situazione economico-patrimoniale aggiornata (non alla data finale dell'ultimo esercizio, ma ad una data antecedente di non oltre un mese la presentazione della domanda di pre-concordato)"*¹⁹. Il tribunale di Cagliari²⁰ ha addirittura disposto, a seguito della mancanza della *"prova che la deliberazione relativa alla sua presentazione sia stata assunta nel rispetto delle richiamate formalità di legge"* e quindi carente dei requisiti minimi formali di ammissibilità, la dichiarazione di inammissibilità della proposta ai sensi dell'art.162 legge fallim. Per quanto riguarda l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, allegato introdotto con il c.d. "decreto del fare", appare necessario soffermarsi sulla motivazione che ha indotto il legislatore ad una simile introduzione. Sicuramente la previsione di questo documento crea delle difficoltà agli operatori in quanto presuppone una aggiornata tenuta della contabilità al momento della presentazione del concordato prenotativo sia sotto l'aspetto del soggetto creditore che per quanto riguarda il quantificazione del credito. E' del tutto scontato che questo elenco non possa rappresentare la realtà assoluta dei creditori e dei loro crediti per il fatto che vi sono, per alcune tipologie di credito, delle difficoltà di quantificazione che sono dettate da fattori esogeni (utenze in genere) oppure da motivazione di altro genere dettate da quantificazioni collegate a certificazione di terzi (si pensi a lavori concessi in appalto da certificarsi da parte del direttore dei lavori). La domanda che appare opportuno farsi è: cosa accade se vi sono delle discordanze tra questo elenco e i dati finanziari che il proponente ha l'obbligo di fornire al tribunale almeno mensilmente? Il legislatore ha inserito l'obbligo di questo documento proprio per evitare alterazione che potrebbero verificarsi da parte del proponente nel depositare la proposta definitiva, ossia vuole avere già chiarezza sulla quantificazione delle passività complessive rispetto a quello che sarà successivamente il piano che verrà depositato con la proposta definitiva. Nel

¹⁸ Tribunale Ancona, decreto 17 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

¹⁹ Tribunale di Pisa, 21 febbraio 2013, in www.ilcaso.it, ha previsto che i tre bilanci relativi agli ultimi tre esercizi devono essere stati effettivamente approvati e la pubblicazione della relativa delibera nel registro delle imprese deve precedere il deposito del ricorso, non potendo detto adempimento, al pari della delibera di cui all'articolo 152 legge fallim. essere compiuto nel termine concesso per la presentazione del piano. Il Tribunale di Mantova, con decreto del 31 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, ha stabilito che il deposito del modello Unico non può sostituire il deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi.

²⁰ Tribunale Cagliari, decreto 20 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

momento in cui l'elenco non coincida con esattezza con la realtà effettiva dei soggetti creditori e dei loro crediti si renderà opportuno, da parte del proponente, nella prima relazione informativa, conciliare queste divergenze indicandole in un apposito paragrafo e cercando di darne adeguata giustificazione. Qualora la riconciliazione dei dati porti a delle differenze giustificabili, il tribunale non potrà attivarsi per sanzionare il debitore ai sensi dell'art. 173 della legge fallim., diversamente, magari lo stesso commissario giudiziale, se nominato, potrebbe evidenziare queste discordanze e rinviare al tribunale per dichiarare improcedibile la domanda.

9. Il termine per il deposito della domanda, della proposta del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 legge fallim., il termine concesso dal tribunale in pendenza di dichiarazione di fallimento e le eventuali proroghe. - Due sono le date da tenere a riferimento nel momento in cui ci si appresta a depositare la domanda di concordato prenotativo: a) una prima data, che è il giorno del deposito della domanda di concordato, dalla quale fare decorrere il termine concesso dal tribunale per il deposito del concordato definitivo; b) una seconda data, che decorre dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, dalla quale i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Quanto al sub a) la data dalla quale far decorrere il termine è il giorno del deposito e quindi il debitore entro tale termine, che può variare da sessanta a centoventi giorni, dovrà depositare la domanda e la documentazione definitiva²¹. Il sesto comma dell'art. 161 legge fallim. ha previsto altresì che la presentazione del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo possa essere oggetto di proroga, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni²². Nell'ipotesi

²¹ Interessante appare il dibattito giurisprudenziale circa la sospensione o meno dei termini estivi al termine concesso dal tribunale per la presentazione del ricorso definitivo di concordato prenotativo. Vi è una tesi che sostiene che la sospensione del termine è possibile salvo che non sia stata dichiarata l'urgenza del procedimento ex art. 92 Ord. Giudiz. (Tribunale di Reggio Emilia, decreto 9 agosto 2013, in www.ilcaso.it) oppure è applicabile la sospensione dei termini a prescindere dalla dichiarazione d'urgenza (Tribunale di Roma, 3 luglio 2013, Tribunale di Catania, 25 luglio 2013, in www.ilcaso.it); Vi è un'altra tesi che sostiene la non applicazione, a prescindere, della sospensione dei termini estivi (Tribunale di Monza, decreto 6 agosto 2013, Tribunale di Perugia, 29 luglio 2013, in www.ilcaso.it). Vi è una ulteriore tesi che sostiene la non applicabilità della sospensione dei termini nell'ipotesi che sia pendente istanza di fallimento (Tribunale di Terni, 31 luglio 2013, in www.ilcaso.it).

²² Il tribunale non potrà che limitarsi a verificare la plausibilità dei motivi adottati e l'idoneità di essi a giustificare l'assegnazione di ulteriore termine di proroga (Tribunale Pescara, 7 maggio 2013, in www.ilcaso.it). L'istanza di un'ulteriore proroga del termine assegnato dal tribunale ex art. 161, comma 6, legge fallim., non trova ostacolo nella proroga già concessa di un termine – non ancora decorso – inferiore a quello massimo previsto dalla citata disposizione (Tribunale Pordenone, 6 maggio 2013, in www.ilcaso.it); Il tribunale ha margini di discrezionalità solo all'interno della forbice temporale predeterminata tra i sessanta ed i centoventigiorni (Tribunale di Terni, 26 febbraio 2013, in www.ilcaso.it);

che il debitore non adempia entro tale termine, oppure entro tale termine non depositi la documentazione prevista, si applica l'articolo 162 legge fallim., commi secondo e terzo e quindi, se vi sono i presupposti, viene dichiarato il fallimento.

Il provvedimento con il quale il giudice assegna all'imprenditore il termine per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 legge fallim., è di competenza del collegio²³.

La richiesta di proroga in "*presenza di giustificati motivi*", per un periodo non superiore a sessanta giorni, rispetto al termine concesso per l'integrazione della domanda deve essere ampiamente motivata²⁴. Quali possono essere i giustificati motivi onde evitare l'applicazione dell'art. 162 legge fallim.? Certamente non possono essere motivi specifici e contingenti, dovranno esserci delle vere motivazioni quali ad esempio: a) il gran numero di clienti e fornitori da controllare, per i quali sono state fatte delle circolarizzazioni (tanto più complessa può essere la situazione quando la maggior parte di questi siano stranieri); b) la complessità dell'inventario dei beni strumentali oppure dell'inventario dei beni giacenti nei magazzini (tanto più la complessità deriva dalle diverse dislocazioni dei beni ed in particolare se questi sono in città diverse o all'estero); c) la complessità dei conteggi relativi al personale dipendente quando questi sono un numero considerevole (conteggio ratei, calcolo delle indennità, conteggi relativi alla cassa integrazione, ecc.), d) il calcolo delle competenze dovute agli agenti di commercio nell'ipotesi che questi siano un numero considerevole; e) la verifica dei contratti che si intende sospendere ed il relativo conteggio dell'indennizzo equivalente, bene inteso quando questi contratti siano un numero importante oppure di notevole rilievo (si pensi ad un gran numero di contratti di leasing, di noleggio, di telefonia, di appalti, di appalti pubblici, di somministrazione, ecc), f) complessità relativa all'ipotesi di continuità aziendale ex art. 186 bis legge fallim. quando si è chiamati a sviluppare un esame analitico dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato con la puntuale indicazione delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura in presenza di una particolare e complessa operazione straordinaria (si pensi alla cessione di un'azienda di particolare rilievo oppure al conferimento di un'azienda con le relative valutazioni di *assets* intangibili con notevole impatto economico). Nel *range* tra sessanta giorni e centoventigiorni il tribunale ha la massima discrezionalità e l'unica metodologia che potrà adottare non può che essere quella del valutare l'importanza in termini quantitativi dell'azienda ed in base a questa valutazione assegnare il termine. L'unica limitazione alla discrezionalità di assegnare il termine

²³ Tribunale Pisa, decreto 19 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

²⁴ Tribunale Mantova, decreto 27 settembre 2012, www.ilcaso.it.

è quando vi è pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento: in questo caso il termine è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. E' comunque importante che l'eventuale proroga sia richiesta con un congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine, al fine di evitare che la decisione da assumersi da parte del tribunale sia a ridosso della scadenza e quindi a rischio superamento del termine massimo con le conseguenze previste dall'art. 162 legge fallim.

10.-La nomina del commissario giudiziale e l'attività del tribunale in ipotesi di condotte previste dall'art. 173 legge fallim. - Il tribunale, nel decreto **che fissa il termine per il deposito della proposta definitiva, può nominare il commissario giudiziale il quale, ai sensi dell'art. 170 della legge fallim., farà annotazione** sotto l'ultima scrittura dei libri presentati per poi restituirli al debitore che comunque dovrà tenerli a disposizione di quest'ultimo e del tribunale²⁵.

L'introduzione della figura del commissario giudiziale è da ritenersi opportuna, per certi aspetti, ogni qualvolta si sia di fronte ad una procedura che presenti particolari complessità. Sino alla modifica, introdotta con il c.d. "decreto del fare", il proponente non aveva di fronte nessun interlocutore, se non il tribunale ed il giudice relatore non ancora delegato. Una simile situazione, nel poco tempo di vigenza del riformato articolo 161 legge fallim., ha creato delle difficoltà di collegamento nel senso che, non esistendo un interlocutore intermedio, il rapporto si sviluppava esclusivamente con istanze sottoponibili all'attenzione del tribunale. Oggi, con l'intervenuta modifica, seppur molti tribunali optino per la nomina del commissario soltanto in presenza di procedure di una certa rilevanza, il proponente potrà interloquire con il commissario prima di depositare un'istanza per l'ottenimento della prescritta autorizzazione ad effettuare operazioni di tipo straordinario. Tutto questo renderà la procedura maggiormente trasparente nell'ottica collaborativa per comunque addivenire alla raggiungimento degli obiettivi che il proponente si è proposto.

Il commissario giudiziale, in questa fase di prenotazione, è stato previsto non soltanto per l'attività di collegamento tra proponente e tribunale, ma in particolare per l'esercizio della vigilanza e per il rilascio di pareri ogniqualvolta essi siano richiesti. In particolare quando il commissario giudiziale accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173 legge fallim. ossia abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, oppure dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, oppure esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, **deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del**

²⁵ La nomina del Commissario Giudiziale trova applicazione a tutte le procedure pendenti, sia a quelle per le quali ancora non è stato emesso il decreto di concessione del termine sia a tutte le altre (*Tribunale di Pavia, 26 giugno 2013, in www.ilcaso.it*);

procedimento di cui all'articolo 15 legge fallim. e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 legge fallim. , dichiarare il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18 legge fallim.

Il commissario giudiziale, come vedremo nel proseguo, è chiamato a svolgere una particolare attività che si concretizza nel rilasciare pareri in presenza di istanze di autorizzazione a compiere operazioni straordinarie, pareri da rilasciare al tribunale ogni qualvolta si reputi che l'attività svolta dal debitore sia inidonea rispetto alla predisposizione della proposta e del piano, oppure nella vigilanza sulle informazioni che il proponente trasmette almeno mensilmente al tribunale.

11. Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione compiuti nel periodo che intercorre tra il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 legge fallim. e autorizzazione del tribunale. - Dopo il deposito del ricorso di concordato prenotativo e fino al decreto di ammissione il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale e del parere del commissario giudiziale se nominato. L'argomento è estremamente delicato e la sanzione corrispondente è quella prevista dall'art. 162 legge fallim., ossia il fallimento. Occorre analizzare con attenzione, nella fase del termine, di non porre in essere operazioni che possano sconfinare nell'ambito straordinario di gestione²⁶. Il confine tra ordinario e straordinario apparentemente potrebbe apparire netto e quindi inequivocabile, ma nell'applicazione pratica vi possono essere operazioni che risiedono in zone d'ombra non facilmente identificabili. Alcune operazioni potrebbero essere considerate ordinarie in una normale fase di gestione mentre potrebbero risultare straordinarie nella fase liquidatoria dell'impresa; non possiamo neppure catalogare determinate operazioni tra quelle ordinarie ed altre tra quelle straordinarie, in quanto le diverse tipologie di impresa potrebbero portare a

²⁶ Il Tribunale di Novara con decreto del 17 aprile 2013, in www.ilcaso.it, ha stabilito che non è un atto di straordinaria amministrazione e non richiede pertanto l'autorizzazione ai sensi dell'art. 161 legge fallim. il pagamento ai dipendenti di emolumenti riguardanti il periodo anteriore alla presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva. Sempre il Tribunale di Novara con decreto del 29 marzo 2013, in www.ilcaso.it, ha stabilito che è atto di straordinaria amministrazione la stipula di una transazione nel periodo di vigenza del termine del concordato con prenotazione. Diversamente non è considerato atto di straordinaria amministrazione da parte del Tribunale di Cosenza (decreto del 6 marzo 2013, in www.ilcaso.it), il licenziamento collettivo attuato allo scopo di ridurre il personale in misura compatibile con l'equilibrio dell'azienda la cui attività è destinata a proseguire nell'ambito del concordato con continuità aziendale. Il Tribunale di Pinerolo, con decreto del 9 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, ha ritenuto che fossero da ritenersi atti di straordinaria amministrazione il contratto di comodato di un immobile, la ripresa di un'attività produttiva di una società in liquidazione non solo allo scopo di avadere gli ordini già acquisiti ma anche per soddisfare le esigenze dello spazio aziendale; allo stesso modo è stato ritenuto atto di straordinaria amministrazione l'atto di assunzione a tempo determinato di personale dipendente al fine di garantire il funzionamento dello spaccio aziendale. Il Tribunale di Terni, con decreto del 28 dicembre 2012, in www.ilcaso.it ha analizzato con particolare attenzione altre tipologie di atti classificabili straordinari o ordinari.

considerarle in modo diverso: ad esempio la stipula di atti di cessione di immobili, qualora costituisca l'attività caratteristica dell'impresa, non integra la fattispecie degli atti di straordinaria amministrazione, con la conseguenza che la richiesta di autorizzazione al loro compimento dovrà essere dichiarata inammissibile da parte del tribunale²⁷. Per poter individuare gli atti di ordinaria amministrazione, è possibile far ricorso ai principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, in base ai quali debbono ritenersi tali gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti²⁸. Inoltre, per effettuare le verifiche in oggetto, dobbiamo tenere conto dei contratti posti in essere antecedentemente alla data di presentazione del concordato prenotativo e per il principio della continuità prevista dall'art. 169 bis legge fallim. che enuncia la continuazione dei contratti in corso di esecuzione è possibile ad esempio affermare che le operazioni di anticipo o sconto di fatture effettuate presso istituti bancari o di factoring, con sottostante cessione dei crediti anticipati, in corso di esecuzione, siano da ritenersi atti di ordinaria amministrazione²⁹.

In particolari circostanze mal si concilia la gestione dell'impresa, seppur nella fase preconcordataria, con i tempi di decisione del tribunale: in assenza di un giudice delegato e di un commissario giudiziale, se non nominato, il tribunale non ha gli strumenti necessari per poter decidere su specifiche richieste quanto meno in tempi brevi. Se consideriamo il termine che potrebbe essere anche breve di sessanta giorni e la necessità di dover porre in essere operazioni classificate o meglio classificabili straordinarie ed i tempi di decisione del tribunale, è facile comprendere come certe operazioni non siano attuabili, tanto più se vi fosse anche la necessità di nominare un ausiliario.

La norma precisa che il tribunale può assumere "sommarie informazioni" e quali sono gli strumenti che ha a disposizione per assumerle. Il tribunale, in ipotesi di particolare complessità delle istanze, può nominare ausiliari che lo assistano

²⁷ Tribunale Modena, decreto 15 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Terni, decreto 12 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*. Per il tribunale di Terni le operazioni di anticipo o sconto di fatture effettuate presso istituti bancari o di factoring, con sottostante cessione dei crediti anticipati, che siano in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso per concordato, siano da ritenersi atti di ordinaria amministrazione e ciò non solo per l'uso pregresso che ne abbia eventualmente fatto l'impresa, ma anche perché si tratta del tipo di operazioni più diffuso nella prassi commerciale e che consentono lo smobilizzo dei crediti d'impresa in funzione cd. "autoliquidante".

²⁸ Tribunale Terni, decreto 12 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*;

²⁹ Tribunale Terni, decreto 12 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*; Tribunale di Lucca, 21 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*;

nell'opera di valutazione, sotto il profilo tecnico³⁰. L'ausiliario è chiamato molto spesso a rispondere al quesito formulato dal debitore mediante la predisposizione di una relazione che assume le caratteristiche di una vera e propria consulenza tecnica che, una volta depositata, sarà oggetto di valutazione da parte del tribunale con eventuale acquisizione delle conclusioni da inserire nel decreto che verrà emesso in risposta all'istanza di autorizzazione ad effettuare l'operazione straordinaria. Il parere che rilascerà il commissario giudiziale non è certamente vincolante per il tribunale, ma potrà costituire un ottimo strumento di valutazione. Il parere del commissario giudiziale dovrà essere articolato ma conciso nelle conclusioni e dovrà, per chiarezza, rappresentare con esattezza i termini della questione così come il proponente ha rappresentato nell'istanza per il compimento dell'operazione straordinaria. A parere di chi scrive il commissario dovrà rilasciare un proprio parere anche nell'ipotesi in cui non sia tecnicamente preparato a confortare il tribunale su questione sollevate dal debitore e pertanto sarà lui stesso ad indicare al tribunale la necessità di nominare un ausiliario competente nella specifica disciplina. Una volta che l'ausiliario avrà rilasciato il proprio parere, sotto forma di consulenza tecnica, il commissario giudiziale avrà cura di esprimere al tribunale, contestualmente, il proprio parere su quanto periziato.

12. Informazioni periodiche rese al tribunale dal debitore. - Il tribunale, con il decreto di cui al sesto comma, dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa (e con l'introduzione delle modifiche apportare con il cd "decreto del fare" dovranno essere fornite **anche informazioni sull'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano**), che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato dal giudice. In caso di violazione di tali obblighi si applica l'articolo 162 legge fallim. commi secondo e terzo³¹. Gli orientamenti dei diversi tribunali sono eterogenei: la norma, richiedendo al debitore l'obbligo di informazione, non precisa quali informazioni rendere, ma lascia libertà al tribunale di disporre secondo le esigenze della procedura. Le uniche informazioni che la norma indica sono quelle relative alla "gestione finanziaria" e all'attività compiuta sino a quel momento per la predisposizione della proposta e del piano. Il legislatore del c.d. "decreto del fare", andando a modificare la norma introdotta con il c.d. "decreto sviluppo" ha stabilito che il **debitore, con periodicità mensile, depositi una situazione finanziaria dell'impresa. In definitiva l'informativa dovrà contenere un'ampia fotografia di quanto è accaduto o si è manifestato nel**

³⁰ Tribunale La Spezia, decreto 25 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

³¹ Il Tribunale di Monza, con decreto del 22 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, ha stabilito che è compito del tribunale esercitare un controllo nella fase di ammissione sull'adeguatezza delle informazioni contenute nella proposta di concordato preventivo nel duplice senso della completezza e della coerenza rispetto alla proposta.

periodo di osservazione. Possiamo dire, salvo diverse disposizioni previste nel decreto di ammissione alla procedura prenotativa dal tribunale, che la relazione dovrà contenere obbligatoriamente: a) informazioni generiche che saranno precisate dal tribunale oppure saranno discrezionalmente indicate dal proponente; b) informazioni sulla gestione finanziaria; c) una situazione finanziaria meglio comparata con le risultanze alla data di ammissione oppure per le relazioni successive comparata con i dati dell'ultima relazione.

Un'ulteriore novità introdotta con il c.d. "decreto del fare" consiste nella pubblicazione al registro delle imprese, entro il giorno successivo al deposito, a cura del cancelliere, delle note informative periodiche. Questa novità crea maggiore trasparenza e permette agli interessati di consultare l'iter e l'attività svolta dal debitore nel periodo prenotativo. Qualora il termine concesso fosse di sessanta giorni apparirebbe superfluo chiedere l'informativa mensile in quanto il debitore avrebbe appena lo spazio di produrre una sola nota informativa, diversamente apparirebbe più logico chiedere due informative ogni quindici giorni oppure una sola informativa alla scadenza del mese e questo sarebbe possibile visto che il legislatore ha previsto che l'informativa sia resa "almeno" mensilmente. Qualora il termine concesso fosse maggiore dei sessanta giorni il legislatore potrebbe richiedere l'informativa ogni trenta giorni. L'unica certezza che si ricava dalla norma è che tale informazione debba essere resa entro il termine richiesto, pena la sanzione di cui all'art. 162 legge fallim. e quindi il fallimento. Alcuni tribunali indicano espressamente nei provvedimenti di ammissione al concordato preventivo che la nota informativa debba contenere un prospetto delle operazioni attive e passive compiute nel periodo³², che superino una certa soglia, relative all'ordinaria amministrazione, nonché gli oneri finanziari maturati nel periodo; altri tribunali³³ richiedono l'aggiornamento della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa oltre alle indicazioni delle operazioni straordinarie compiute nel periodo, altri³⁴ richiedono il deposito di una informativa contenente un'aggiornata relazione economico finanziaria sull'andamento dell'attività d'impresa, con indicazione di tutti gli atti di straordinaria amministrazione e dei pagamenti di importo superiore ad una certa cifra. Lo scopo dell'informazione da rendersi periodicamente è da ricercarsi essenzialmente nel costante monitoraggio giudiziale che il tribunale esercita sul debitore nella fase transitoria prima della presentazione della proposta definitiva, tutto ciò per il fatto che comunque il debitore è già

³² Tribunale Modena, decreto 14 settembre 2012, in www.ilcaso.it.

³³ Tribunale Asti, decreto 24 settembre 2012, in www.ilcaso.it; Tribunale Firenze, decreto 3 ottobre 2012 (in possesso dell'autore);

³⁴ Tribunale Velletri, decreto 18 settembre 2012, in www.ilcaso.it;

beneficiario di certe garanzie che gli permettono di tutelare il proprio patrimonio da possibili aggressioni di terzi creditori. Premesso che l'informazione debba essere resa, ciò su cui dobbiamo far chiarezza è il contenuto dell'informazione nel rispetto delle prescrizioni normative sopra indicate e nel rispetto delle disposizioni del tribunale riportare nel decreto di apertura della fase prenotativa: a) l'informazione deve riguardare il periodo di osservazione (data del deposito del concordato prenotativo prima scadenza periodica 15/30 giorni); b) quale ne deve essere la parte sostanziale.

In quanto al sub a) l'informazione da rendere al tribunale deve essere circoscritta agli eventi accaduti nel periodo in oggetto (se si tratta della prima informativa il periodo da analizzare sarà dalla data del deposito dell'istanza di concordato prenotativo alla scadenza dei 15/30 giorni), i periodi successivi dovranno ricomprendere il primo giorno non analizzato dalla precedente relazione e sino alla scadenza dei 15/30 giorni, e così via). Quanto al sub b) è necessario fare chiarezza su cosa i diversi tribunali intendono quando indicano: a) prospetto delle attività e delle passività; b) prospetto della situazione patrimoniale finanziaria ed economica; c) relazione economico-finanziaria. La scienza aziendale nel caso di specie viene in aiuto e quindi sarebbe auspicabile che i diversi tribunali, rivolgendosi all'imprenditore, adoperassero una terminologia più puntuale onde evitare che vi sia un'alea di incertezza nel predisporre l'informativa. Cosa significa un prospetto delle attività e passività: in un'impresa le attività e le passività sono tutte quelle indicate nel codice civile all'art. 2424 cod. civ. e quindi cosa dovrebbe essere indicato nel richiamato prospetto, visto che riguarda un preciso momento temporale: le attività e le passività che siano movimentate nel solo periodo di informazione oppure i saldi delle attività e delle passività al termine del periodo di osservazione? Cosa significa inoltre una situazione patrimoniale economica e finanziaria? Anche in questo cosa il tribunale pecca di genericità in quanto, trattandosi di analizzare un particolare periodo temporale, il debitore dovrebbe estrapolare le movimentazioni patrimoniali (art. 2424 cod. civ.), le movimentazioni economiche (art. 2425 cod. civ.) e le movimentazioni finanziarie che non sono altro che ricomprese nella situazione patrimoniale ed inoltre, cosa si intende per relazione economico-finanziaria? Si tratta di estrapolare ed evidenziare i costi ed i ricavi di periodo e le movimentazioni finanziarie che hanno interessato le variazioni dei crediti, dei debiti e della liquidità. Riepilogando, consideriamo che la norma puntualmente precisa che debbano essere rese delle informazioni di carattere gestionale, operativo, strategico e comunque tutte le notizie che possono essere utili per la procedura, oltre all'informazione sulla gestione finanziaria dell'impresa che non sarà altro che: un prospetto, di periodo, contenente le movimentazioni relative alle variazioni dei crediti (clienti, erario, ed altro), dei debiti (fornitori, erario ed altro) e della liquidità (cassa e banca). Oltre a queste informazioni verranno indicate

le eventuali operazioni straordinarie richieste che sono state o non sono state autorizzate dal tribunale. L'informativa avrà quale scopo quello di evidenziare che la gestione del periodo riguarda esclusivamente le operazioni ordinarie e che i movimenti finanziari sono relativi ad esse e che, eventualmente, quelle operazioni straordinarie poste in essere sono state autorizzate con possibile influenza dell'aspetto finanziario.

Il c.d. "decreto del fare" ha introdotto una novità altamente sanzionatoria e limitatoria nei confronti del proponente; la nuova norma è stata inserita per contrastare gli abusi esercitati da coloro che propongono un concordato prenotativo semplicemente per ottenere un termine maggiore rispetto ad una immediata dichiarazione di fallimento o comunque per neutralizzare temporaneamente azioni esecutive e cautelari o comunque per tentare la soluzione concordataria che risulterebbe, per tanti motivi, meno penalizzante rispetto alla dichiarazione di fallimento. La nuova norma prevede che nell'ipotesi si accerti **che l'attività compiuta dal debitore risulti manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo.** A parere di chi scrive limitare il tempo concesso nel decreto di ammissione alla procedura di concordato prenotativo appare non condivisibile quando risulta o risulterebbe l'attività compiuta dal proponente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, senza una fase istruttoria puntuale e precisa, non essendoci gli strumenti idonei a poter valutare se davvero l'attività svolta sia o non sia coerente rispetto alla predisposizione della proposta, non avendo il tribunale le informazioni esatte su come la proposta possa essere formulata. Il legislatore ha fornito tutti gli strumenti per neutralizzare effetti discorsivi derivanti da una proposta di concordato preventivo per addivenire poi al fallimento, infatti **la modifica apportata con il c.d. "decreto sviluppo" al secondo comma dell'art. 69 bis legge fallim. prevede che 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 così come anche i benefici sospensivi di cui all'art. 168 legge fallim. vengono a cessare nel momento in cui viene revocata la domanda di concordato prenotativo.** Il tribunale, comunque prima di addivenire ad una scelta così forte e determinante per le sorti del debitore, ha facoltà di sentire i creditori per acquisirne una opinione circa il possibile fallimento.

13. La prededucibilità ai sensi dell'art. 111 legge fallim. dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore nella

fase prenotativa. - Nel periodo del termine il debitore “può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione” ed eventualmente gli atti di “straordinaria amministrazione” se preventivamente autorizzati dal tribunale, per cui i crediti di terzi sorti per effetto dei richiamati atti legalmente compiuti dal debitore, nel periodo del termine, sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111 legge fallim.

La prededucibilità delle spese sostenute nel periodo interessato dal concordato è essenziale per l'operatività dell'impresa, diversamente verrebbe a crearsi una sorta di paralisi, di inoperatività e quindi il deterioramento degli *assets*, così la norma prevede che le spese sostenute di carattere ordinario e straordinario (se autorizzate) sono tutelate rispetto ai crediti sorti antecedentemente al deposito della proposta di concordato, siano essi prededucibili ai sensi del punto 1 del primo comma dell'art. 111 legge fallim. che privilegiati che chirografari. Potremmo chiederci cosa accada ai debiti contratti per operazioni straordinarie per le quali non è stata richiesta l'autorizzazione oppure a quei debiti contratti per operazioni ordinarie ma considerate non tali dal tribunale in sede di esame della nota informativa. La norma non lascia spazio alcuno: la prededucibilità è limitata ai debiti sorti a seguito di atti legalmente compiuti e quindi atti di straordinaria amministrazione non autorizzati o atti intesi di ordinaria amministrazione ma considerati di straordinaria amministrazione non possono godere della prededucibilità e quindi se compiuti ricadono sotto la personale responsabilità del liquidatore civile, oltre al fatto che il compimento di simili atti comporta l'applicazione dell'art. 162 legge fallim. , e quindi, se vi sono le condizioni, il fallimento.

14. Scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169 bis. legge fallim. - L'art. 169 bis legge fallim. introduce una assoluta novità in tema di concordato preventivo ed in particolare la possibilità di sciogliere o sospendere i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito della domanda di concordato preventivo³⁵. E' concessa al debitore la facoltà di richiedere al tribunale nel ricorso di cui all'articolo 161 legge fallim., oppure dopo il decreto di ammissione al giudice delegato, l'autorizzazione a sciogliere i contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. E' concessa altresì al debitore la possibilità di

³⁵ Tribunale Prato, decreto 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it. Per il Tribunale Prato, antecedentemente all'introduzione delle modifiche di cui alla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito con modificazioni il d.l. 22 giugno 2012 n. 83, a seguito della mancata previsione, nel concordato preventivo, della sospensione dei rapporti pendenti - prevista, invece, dall'articolo 72 per il fallimento, oltre al fatto che nel concordato il debitore conserva l'amministrazione del proprio patrimonio, gli atti di straordinaria amministrazione, per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato, siano soltanto quelli nuovi, quelli cioè sorti nel corso della procedura, e non anche i contratti ed i rapporti giuridici pendenti. E' possibile dedurre che la prosecuzione di un contratto pendente non possa considerarsi atto eccedente l'ordinaria amministrazione, trattandosi di comportamento dovuto per l'imprenditore, il quale è comunque tenuto ad onorare gli impegni presi, e quindi la prosecuzione del rapporto contrattuale pendente non necessita dell'autorizzazione del giudice delegato.

richiedere l'autorizzazione a sospendere i contratti per non più di sessanta giorni, termine eventualmente prorogabile per una sola volta.

Ipotizzare lo scioglimento di determinati contratti, nel momento in cui ci si accinge a progettare una proposta di concordato preventivo, è cosa comune. La scelta di sciogliere alcuni contratti in molte circostanze è consigliabile al fine di evitare ulteriori spese in prededuzione o proseguire iniziative destinate a non essere portate a termine.

L'atto nel quale può essere contenuta la richiesta di sospensione è il ricorso e in tale termine, vista l'assoluta indifferenza di terminologia tra il concordato definitivo ed il concordato con riserva, si considera incluso anche l'atto introduttivo contenente la domanda di concordato prenotativo³⁶. La *ratio* della disposizione, regolante la sospensione dei contratti in corso o il loro scioglimento definitivo, risponde al *favor* della soluzione concordataria anche nella fase susseguente la domanda con riserva. Per il tribunale di Milano³⁷ - considerazione del resto pienamente condivisibile - l'autorizzazione a sospendere i contratti in corso di esecuzione implica l'immediata disponibilità di piani/proposte già nella fase prenotativa. Lo stesso tribunale stabilisce altresì che la sospensione può essere oggetto di proroga solo se c'è continuità temporale tra i due periodi sospensori richiesti (cioè non può verificarsi una prosecuzione del contratto tra la sospensione e la sua proroga), mentre una volta che il contratto sia proseguito dopo la sospensione non può essere più sospeso, ma solo, eventualmente, sciolto. La mera prosecuzione del contratto non ha invece bisogno di autorizzazione³⁸. In ipotesi che vi sia incertezza sulla soluzione definitiva rispetto a determinati contratti in corso di esecuzione è consigliabile la sospensione in attesa di decidere quali siano funzionali all'opzione finale. Inoltre qualora il debitore intenda sciogliere o sospendere determinati contratti dovrà

³⁶ Tribunale Modena, decreto 30 novembre 2012, in www.ilcaso.it; *contra* Tribunale Pistoia, decreto 30 ottobre 2012, in www.ilcaso.it, per il Tribunale di Pistoia lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione non può essere disposto nell'ipotesi di ricorso per concordato prenotativo, potrà tuttavia essere concessa la sospensione di detti contratti per il periodo massimo di 60 giorni. Il Tribunale di Vicenza, con decreto del 25 giugno 2013, in www.ilcaso.it, ha stabilito che la normativa di cui all'art. 169 bis legge fallim. si applica al preconcordato solo per la parte in cui prevede la sospensione dei contratti pendenti, che non ha effetti definitivi. La norma, sempre per il Tribunale di Vicenza, non è applicabile ai contratti di mutuo e anticipazione bancaria, mancando la reciprocità sinallagmatica delle prestazioni ineseguite. Per la Corte d'Appello di Brescia, decreto 19 giugno 2013, in www.ilcaso.it, i provvedimenti di cui all'art. 169 bis legge fallim. debbono essere pronunciati in funzione della continuità aziendale. La S.C., sez. VI, 11 giugno 2013, ha previsto che in caso di ammissione alla procura di concordato preventivo prenotativo e contestuale presentazione di istanza di fallimento l'unica soluzione alla sospensione dei contratti pendenti è quella di rendere improcedibile la domanda di fallimento.

³⁷ Tribunale Milano, seconda sezione civile – fallimenti, plenum, 20 settembre 2012, in www.altalex.com.

³⁸ Tribunale Terni, decreto 12 ottobre 2012, in www.ilcaso.it.

rappresentare, all'interno di una proposta seppur di massima, la tipologia del contratto e l'incidenza del medesimo sulla gestione ordinaria dell'impresa³⁹.

Il tribunale è chiamato a negare lo scioglimento ed a concedere la sola sospensione quando non vi siano elementi sufficienti per ritenere la procedura diretta a soluzione concordataria.

Lo scioglimento del contratto in corso di esecuzione dà diritto al creditore ad *“un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”*, tale risarcimento sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato⁴⁰.

La quantificazione dell'indennizzo equivalente è fondamentale per la costruzione del piano finanziario. L'indennità equivalente ha il compito di assicurare il ristoro del danno a seguito dell'interruzione del contratto: tale risarcimento a seguito di inadempimento deve ricomprendere sia la perdita subita dal contraente che il mancato guadagno (ex art. 1223 cod. civ.). La quantificazione derivante dal mancato guadagno dovrà ricomprendere sia il danno emergente derivante dalla perdita che ha subito il patrimonio del contraente dalla mancata prestazione del debitore che il lucro cessante derivante dai mancati utili che il contraente non ha conseguito dalla cessazione del contratto. La valutazione dell'indennizzo equivalente dovrà essere effettuata con particolare attenzione prendendo a riferimento precisi parametri oppure situazioni analoghe che possono permettere una base di parametrizzazione del calcolo. La divergenza che potrebbe sorgere tra quanto proposto dal debitore e quanto richiesto dal contraente/creditore non potrà che essere motivo di valutazione in via equitativa da parte del giudice (ex art. 1226 cod. civ.).

Il terzo comma dell'art. 169 bis legge fallim. a ragion di logica precisa che lo scioglimento non è applicabile alla clausola compromissoria contenuta nel contratto in corso di esecuzione. La clausola compromissoria è una clausola indipendente, e non viene intaccata neppure dalla nullità stessa del contratto, restando valida ed efficace. Tale prescrizione permetterà, nel caso di insorgere di controversie (ad esempio sulla quantificazione dell'indennizzo equivalente), di devolvere la valutazione ad arbitri. Infine l'ultimo comma dell'art. 169 bis legge fallim., a tutela di particolari soggetti, precisa che ad alcuni contratti non è applicabile lo scioglimento o la sospensione e nello specifico si tratta di: a) rapporti di lavoro

³⁹ Tribunale Mantova, decreto 27 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*, nel caso di specie l'autorizzazione alla sospensione di contratti di leasing pendenti non viene concessa in quanto non è stato delineato il tipo di concordato che sarà proposto e non è stata rappresentata l'incidenza dei canoni di leasing in essere nella gestione ordinaria della società.

⁴⁰ Differentemente a quanto avviene per alcuni contratti nel fallimento: art. 79 legge fallim. Contratto di affitto d'azienda *“l'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'art. 111 legge fallim. n. 1”*; art. 80 legge fallim. Contratto di locazione di immobili *“In caso di fallimento del conduttore, il curatore ... corrisponde al locatore un equo indennizzo ... il credito è soddisfatto in prededuzione ai sensi dell'art. 111 legge fallim. n. 1 e con privilegio dell'articolo 2764 cod. civ.”*;

subordinato; b) preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645 bis cod. civ. aventi ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività dell'impresa acquirente; c) contratto per finanziamenti destinati ad uno specifico affare; d) contratto di locazione di immobili nel caso in cui il debitore è locatore.