

Università degli Studi di Perugia



DIPARTIMENTO DI ECONOMIA

Corso di Laurea Magistrale in Amministrazione
e Legislazione Aziendale

TESI DI LAUREA

*Il concordato preventivo con riserva e
il concordato preventivo con continuità aziendale*

LAUREANDO
Giada Bianchini

RELATORE
Prof. Luigi Farenga

Anno Accademico 2013-2014

Ringraziamenti

E' mio desiderio innanzitutto ringraziare il Professor Luigi Farenga per il prezioso insegnamento durante il mio percorso di studi, per la grande disponibilità e cortesia dimostratemi e per tutto l'aiuto fornito durante la stesura di questo elaborato.

Il pensiero più importante va alle colonne della mia vita, i miei genitori Massimo e Francesca, poiché sono stati, sono e saranno sempre il mio punto di riferimento; per tutti i valori che hanno saputo trasmettermi e perché, con il loro incrollabile sostegno morale ed economico, mi hanno permesso di raggiungere questo traguardo importante. Grazie per avermi costantemente incoraggiato e stimolato, grazie per avermi concesso l'opportunità di vivere un'importante esperienza all'estero e per aver sostenuto e condiviso tutte le mie più importanti scelte di vita.

Un sentito ringraziamento a mia sorella, Gaia, per la sincerità del suo affetto, per la certezza della sua presenza, per la gioia di un suo sorriso, per la mano sempre tesa che mi ha fatto trovare e per tutti gli indimenticabili momenti che abbiamo condiviso insieme.

Ringrazio profondamente Alessio per il coraggio e la forza che mi ha spinto a trovare, per essere sempre stato al mio fianco, per non aver mai smesso di credere in me, per l'amore e la serenità che mi dona ogni giorno, per tutte le gioie che mi sta regalando e per il nostro concreto progetto di vita insieme.

Grazie ai miei adorati nonni Alberto e Antonietta, per avermi insegnato l'importanza del sacrificio e l'umiltà di chi ha trascorso un'intera vita in campagna, a nonna Giovanna, che vive questo traguardo con grande soddisfazione, a nonno Ottorino, che non ha potuto aspettare questi momenti di cui sarebbe stato certamente fiero.

Ringrazio Gianni e Manuela, per avermi accolto nella loro famiglia come una figlia e per dimostrarmi un affetto sincero ogni giorno.

Un ringraziamento particolare va al Dott. Giuseppe Fornari, con profonda stima e riconoscenza per avermi dato la possibilità di conoscere le luci e le ombre della libera

professione e per avermi consentito di capire il percorso professionale da intraprendere. Grazie a tutte le ragazze che in questi due anni hanno condiviso quotidianamente con me i dubbi, le ansie e le aspirazioni di un domani ormai così vicino.

Un grazie a tutti coloro che mi sono stati vicino, con affetto sincero, condividendo le tappe di questa strada e comprendendo il grande valore che per me ha avuto questo obiettivo.

Ed infine un grazie ed un augurio a me stessa...

Indice

Introduzione	1
Capitolo 1: L'istituto del concordato preventivo	4
1.1. L'istituto del concordato preventivo nell'ordinamento italiano	4
1.1.1. Le ragioni storiche dell'istituto	4
1.2. Cenni sulla disciplina del concordato preventivo ante riforma	6
1.2.1. Le tipologie di concordato preventivo nel disegno originario	6
1.2.2. Il requisito della meritevolezza	6
1.2.3. Il controllo giurisdizionale	7
1.2.4. La revoca dell'ammissione alla procedura e la risoluzione	8
1.3. Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali	9
1.3.1. Concordato e fallimento	9
1.3.2. Concordato e accordi di ristrutturazione dei debiti	13
1.3.3. Concordato e composizione delle crisi da sovraindebitamento	18
1.4. La riforma introdotta con il Decreto Sviluppo n. 83/2012	22
1.4.1. Le “misure urgenti per la crescita del paese” e “per lo sviluppo economico”: l'attinenza tra le une e le altre?	22
1.4.2. Il boom delle domande di concordati con riserva nel biennio 2013-2014	25
1.5. L'obiettivo della conservazione dell'attività di impresa come nuovo principio fondante del diritto concorsuale italiano	29
1.6. Il c.d. “concordato preventivo con riserva” come ulteriore strumento per assicurare la conservazione dell'attività di impresa	32

1.7. L' <i>automatic stay</i> statunitense, la <i>procédure de sauvegarde</i> francese e la loro influenza nell'ordinamento italiano	34
Capitolo 2: Il concordato con riserva	40
2.1. La natura del concordato con riserva	40
2.2. La domanda anticipata di concordato	43
2.2.1. Le modalità di presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva	43
2.2.2. Gli effetti immediati del deposito del ricorso	47
2.2.3. Il Tribunale competente	48
2.2.4. La necessaria assistenza di un difensore	49
2.3. I requisiti della domanda di concordato preventivo con riserva	50
2.3.1. I requisiti soggettivi	50
2.3.2. I requisiti oggettivi	52
2.3.3. Il verbale <i>ex art.</i> 152 L.F.	54
2.3.4. L'ulteriore documentazione allegata	57
2.4. Gli effetti del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva e della sua iscrizione nel registro delle imprese	60
2.5. I poteri istruttori del Tribunale sulla domanda di concordato preventivo con riserva e i primi adempimenti	61
2.5.1. Il sindacato del Tribunale	61
2.5.2. La fissazione del termine	64
2.5.3. L'integrazione della domanda	69
2.5.4. Gli obblighi informativi periodici	69

2.6. Il successivo deposito della proposta, del piano e della relazione del professionista attestatore	71
2.6.1. La proposta e il piano	71
2.6.2. La relazione del professionista attestatore	72
2.7. Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione	77
2.8. La prededuzione delle obbligazioni contratte e il pagamento dei creditori anteriori	81
2.9. I finanziamenti <i>ex art. 182-quinquies</i>	83
2.10. I contratti pendenti	87
2.10.1. La sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti	87
2.10.2. I contratti che proseguono <i>ex lege</i>	87
2.11. Le modifiche apportate con il “Decreto del Fare”	95
2.11.1. L'ampliamento delle informazioni	95
2.11.2. La nomina del Commissario Giudiziale	98
2.11.3. La violazione degli obblighi informativi	102
2.12. L'inammissibilità della domanda	104
2.13. La passerella tra concordato con riserva e accordi di ristrutturazione	105
2.14. La fase finale della procedura di concordato preventivo con riserva	109
2.14.1. L'esito c.d. “fisiologico”	109
2.14.2. L'esito c.d. “patologico”	111
2.14.3. L'esito c.d. “anomalo”	114

2.15. I possibili rischi di “abuso” della procedura di concordato preventivo	115
Capitolo 3: Il concordato con continuità aziendale	118
3.1. I presupposti del concordati con continuità aziendale	118
3.2. La prosecuzione dell'attività di impresa: condizioni e quadro normativo	119
3.3. Le modalità attuative del concordato con continuità aziendale	122
3.3.1. Prosecuzione dell'attività da parte del debitore, cessione o conferimento dell'azienda	122
3.3.2. La liquidazione dei beni non funzionali	124
3.3.3. La problematica sull'affitto d'azienda	125
3.4. Le peculiarità del piano	127
3.5. L'attestazione speciale	128
3.6. Gli effetti del concordato in continuità: la cancellazione delle trascrizioni e delle iscrizioni	131
3.7. La moratoria dei crediti privilegiati	132
3.8. Il pagamento dei crediti anteriori	134
3.9. La prosecuzione e lo scioglimento dei rapporti pendenti	138
3.10. I contratti con la Pubblica Amministrazione	140
3.11. La partecipazione alle ATI	143
3.12. La riduzione e la perdita del capitale sociale	143
3.13. Le facoltà di modifica del piano	146
3.14. La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato con continuità	146
3.15. L'esecuzione del concordato con continuità	148

3.16. Profili fiscali e contabili	149
Conclusione	152
Bibliografia	154
Giurisprudenza	159

Introduzione

Le situazioni di crisi aziendale sono state in passato concepite come eventi assolutamente negativi e patologici dal quale le imprese difficilmente sono in grado di risollevarsi. Per tali ragioni la disciplina delle procedure concorsuali è stata per molti decenni imperniata sul principio della liquidazione del patrimonio sociale e sull'intervento autoritativo degli organi della procedura.

L'atteggiamento assunto dal legislatore nei confronti della risoluzione della crisi di impresa ha subito un'evoluzione sempre maggiormente tendente verso la conservazione dei complessi aziendali, abbandonando così la centralità della procedura fallimentare a favore di uno sviluppo delle procedure concorsuali alternative.

Il processo di riforma è culminato con la riforma del diritto fallimentare, grazie al quale il legislatore ha cambiato nettamente prospettiva, improntando le procedure concorsuali sull'autonomia privata e disincentivando la prosecuzione dell'impresa in crisi.

Grazie a tale nuova visione, l'obiettivo fondamentale del diritto concorsuale diviene quello della soddisfazione dei creditori coinvolti nella crisi, abbandonando così la funzione punitiva nei confronti dell'imprenditore insolvente.

Alla luce di questi notevoli cambiamenti, assumono oggi sempre maggiore importanza quella serie di istituti che permettono di prevenire le situazioni di insolvenza, considerate come manifestazioni più evidenti e gravi della crisi d'impresa. Anche nelle ipotesi in cui lo stato di insolvenza si sia già manifestato, assumono un ruolo fondamentale tutti quei processi di risanamento, che hanno come presupposto l'individuazione tempestiva della situazione di crisi e si innescano, successivamente, in un progetto di più ampio respiro, che può trovare collocazione in un piano concordatario.

Infatti, il concordato preventivo può essere considerato, per numerose e differenti situazioni, come strumento ideale per prevenire tempestivamente le pesanti

conseguenze generabili dal perdurare dello stato di insolvenza, consentendo così al debitore di accordarsi con i propri creditori, sia sull'entità che sulle modalità di soddisfazione delle proprie pretese, disponendo della più ampia flessibilità dei contenuti della proposta.

Il tempo necessario per la predisposizione del piano e della proposta sembravano, però, male armonizzarsi con la primaria esigenza di evitare, nelle more, l'aggressione del patrimonio del debitore da parte dei creditori; a tale fine il legislatore italiano, traendo importanti spunti dalla disciplina statunitense, ha introdotto nel nostro ordinamento, con il c.d. Decreto Sviluppo, D.L. n. 83/2012 e la successiva legge di conversione n. 134/2012, l'istituto del concordato con riserva, in cui gli effetti e la protezione accordata al debitore ricorrente decorrono dalla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese del deposito del ricorso, rendendo proponibile lo stesso senza che siano contestualmente depositati la proposta e il piano.

Pertanto, alla luce della riforma del 2012, il conseguimento dell'obiettivo di preservare le strutture produttive ed aziendali nel caso di crisi di impresa è stato affidato alla semplicità del ricorso, alla concessione di un termine concesso per la presentazione della proposta di concordato preventivo e del piano, alla possibilità di far seguire alla proposta di concordato preventivo una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis*, L.F., nonché della possibilità di beneficiare di un trattamento particolare per i rapporti pendenti e di effettuare pagamenti in favore dei creditori sociali, nell'ipotesi in cui un attestatore dichiari, nella procedura di concordato in continuità, che tale pagamento è funzionale ad un miglior soddisfacimento dei creditori sociali.

La riforma del 2012, ha riscosso un notevole successo da parte degli operatori economici, in quanto il nuovo istituto del concordato preventivo con riserva ha consentito una specie di scoperta della procedura concordataria; ma numerose sono state anche le critiche mosse dalla dottrina sia in ordine alla tecnica della normazione

che relativamente all'eccessivo *favor* verso il debitore, in quanto lo stesso istituto veniva, in alcuni casi, utilizzato da imprenditori poco scrupolosi all'esclusivo fine di evitare, o quantomeno, ritardare le iniziative dei propri creditori.

Il rischio dell'uso distorto del concordato preventivo con riserva e l'evidente successo, apparentemente sospetto, hanno indotto il legislatore ad intervenire dopo poco meno di un anno con aggiustamenti ed integrazioni, valutati come necessari ed urgenti.

Gli obiettivi di tale ultima riforma, adottata con il c.d. Decreto del Fare, D.L. n. 69/2013, quali la conservazione della flessibilità e della snellezza dello strumento concordatario, la necessità di evitare l'utilizzo distorto dell'istituto da parte di debitori senza scrupoli e il rafforzamento della tutela del ceto creditorio sono stati perseguiti cercando di lasciare inalterata la struttura generale dell'istituto e intervenendo sia ampliando il patrimonio informativo a favore del Tribunale e dei creditori, sia fornendo la possibilità allo stesso di avvalersi di un ausilio tecnico nella fase di pre-concordato, nonché rafforzando il potere del Tribunale di arrestare il corso della procedura e di reprimere eventuali condotte abusive poste in essere dal debitore.

L'istituto del concordato preventivo

1.1. L'istituto del concordato preventivo nell'ordinamento italiano

1.1.1. Le ragioni storiche dell'istituto

L'istituto del concordato preventivo trae origine nel nostro ordinamento dall'istituto della moratoria, disciplinato nel Codice di Commercio Italiano del lontano 1882. Tale istituto poteva svolgere sia la funzione di prevenzione della procedura fallimentare, generando così un accordo definibile stragiudiziale, sia la funzione di concordato amichevole tra l'imprenditore fallito e i propri creditori, nel momento successivo alla dichiarazione di fallimento.

Il concordato preventivo è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la legge n. 187 del 24 maggio 1903; il legislatore del 1942 ha successivamente introdotto la disciplina del concordato all'interno del titolo III del Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267.

All'istituto del concordato preventivo veniva all'origine attribuita la natura di strumento creato dal legislatore per permettere al debitore onesto e sfortunato di evitare l'inesorabile distruzione della sua impresa e con essa tutta quella serie di conseguenze, particolarmente gravi, sia in sede civile, che in sede penale, che la legge fallimentare del 1942 minacciava nei confronti degli imprenditori falliti.

Infatti, già nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, al paragrafo 37, si legge che in origine la preservazione dell'impresa *“di per se stessa vitale”* aveva costituito la funzione ispiratrice dell'istituto, mentre con il trascorrere del tempo, e quindi già negli anni antecedenti all'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, il concordato aveva cambiato la propria fisionomia assumendo così la diversa finalità di *“mezzo per il debitore di superare onorevolmente il dissesto ed ottenere la sua liberazione attraverso la cessione dei*

beni ai creditori?

L'originaria fisionomia dell'istituto come strumento accordato all'imprenditore, divenuto insolvente, non per sua colpa, per evitare la procedura di fallimento, segnava pertanto in modo inequivocabile quella che era la funzione del concordato preventivo anteriormente alla radicale riforma introdotta nel 2005: il concordato era, quindi, lo strumento di prevenzione del fallimento, considerato come la soluzione più radicale, nonché più dannosa ed infamante per il debitore; pertanto l'istituto del concordato preventivo assumeva altresì natura premiale nei confronti dell'imprenditore che si era comportato secondo correttezza.

Ma se la funzione primaria attribuita all'istituto del concordato preventivo dal legislatore concorsuale era quella di consentire la sistemazione della crisi dell'imprenditore il cui dissesto non era stato conseguenza di dolo o colpa, ma semplicemente l'effetto delle avversità del mercato e della vita, con il trascorrere degli anni venne ad affiancarsi anche la finalità della conservazione dell'impresa. Infatti, se il fallimento era, per definizione, una procedura di natura liquidatoria il cui scopo era quello di soddisfare i creditori, nel concordato preventivo, pur creando un vincolo di relativa indisponibilità sui beni del debitore, onde assicurarne la destinazione al soddisfacimento dei creditori, lo spossessamento attenuato che ne derivava e che pertanto consentiva i poteri di amministrazione ordinaria in capo all'imprenditore stesso, era espressione di una diversa prospettiva: quella della possibile conservazione dell'integrità dell'azienda e della prosecuzione dell'attività d'impresa.

Nella disciplina dettata dal legislatore l'istituto del concordato preventivo mirava a tutelare una pluralità di interessi, in cui accanto alla prospettiva di soddisfare i creditori secondo certe percentuali minime, hanno assunto sempre maggiore importanza, anche alla luce di particolari situazioni di crisi e della volontà di non disperdere il tessuto produttivo e di non pregiudicare i livelli occupazionali, la conservazione dell'impresa e la continuazione dell'attività della stessa.

1.2. Cenni sulla disciplina del concordato preventivo ante riforma

1.2.1. Le tipologie di concordato preventivo nel disegno originario

La legge fallimentare del 1942 prevedeva due tipologie di concordato: quello c.d. per garanzia e quello per cessione di beni. Nella pratica era stata successivamente individuata una terza tipologia, il c.d. concordato misto, che presentava le caratteristiche in parte dell'uno e in parte dell'altro.

Nello specifico, ciò che differenziava il concordato per garanzia dal concordato per cessione di beni era principalmente la struttura della proposta, che nel primo contemplava la conservazione del patrimonio in capo all'imprenditore e la previsione della soddisfazione dei creditori dal attuarsi mediante le garanzie promesse e date per far fronte agli impegni concordatari. Nel concordato con cessione di beni, invece, l'accordo con i creditori prevedeva che il debitore mettesse a disposizione dei propri creditori l'intero suo patrimonio, e che, dal ricavato ottenuto dalla cessione dello stesso, i creditori potessero essere soddisfatti.

In particolare, costituiva condizione necessaria, ai fini dell'omologa della procedura, che il piano prevedesse l'integrale pagamento delle spese di procedura e dei crediti privilegiati e il pagamento in una percentuale non inferiore al 40%, dei crediti chirografari.

1.2.2. Il requisito della meritevolezza

Il requisito della meritevolezza costituiva il presupposto maggiormente significativo dell'istituto concordatario anteriormente alla riforma introdotta nel 2005. L'originaria caratteristica dell'istituto concordatario come strumento accordato all'imprenditore per evitare il fallimento segnava in modo inequivocabile la funzione del concordato come strumento di prevenzione del fallimento, nell'ipotesi in cui lo stesso imprenditore si era comportato secondo correttezza, e di conseguenza non poteva essere accordato al

debitore che non avesse meritato di godere di tale regime di favore.

L'ordinamento giuridico prevedeva, quindi, come interesse pubblicistico quello di ammettere al concordato preventivo soltanto l'imprenditore che si fosse comportato correttamente; in tale ipotesi le conseguenze, più blande e meno severe, per il debitore, sia sotto il profilo civilistico che sotto il profilo delle sanzioni penali, rispetto alla procedura fallimentare erano una conseguenza della citata concezione premiale dell'istituto concordatario.

La giurisprudenza aveva qualificato, soprattutto negli ultimi anni antecedenti alla riforma, il requisito della meritevolezza come criterio valutativo incentrato sulla deontologia professionale, attribuendole così una concezione meno etica ed assiologica. Giova segnalare le pronunzie più recenti secondo cui l'attenzione doveva essere posta non tanto squisitamente sui profili morali, quanto sugli aspetti più professionali ed etici, tra cui rientravano le irregolarità contabili e di bilancio.

La riforma del 2005 ha eliminato una serie di presupposti soggettivi per l'ammissione al concordato preventivo, più o meno riconducibili al presupposto generale della meritevolezza dell'imprenditore, cancellando di conseguenza la stessa meritevolezza dai presupposti dell'istituto concordatario.

1.2.3. Il controllo giurisdizionale

Nella disciplina vigente anteriormente alla riforma del 2005 il Tribunale aveva il compito di effettuare il controllo giurisdizionale sulla proposta di concordato presentata dal debitore; infatti era vigente il principio secondo cui, nell'omologare il concordato, il Tribunale, oltre ad avere il compito di accertare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi, nonché la regolarità della procedura e il raggiungimento delle maggioranze necessarie all'omologa, doveva anche compiere un giudizio di convenienza sulla proposta. Secondo la predetta disciplina, pur in presenza del voto favorevole della maggioranza dei creditori, il Tribunale aveva comunque il

potere di denegare l'operazione, e quindi anche di dichiarare il fallimento della società, nell'ipotesi in cui avesse ritenuto non conveniente la proposta concordataria rispetto a quella fallimentare.

Tale orientamento è stato completamente superato dalla riforma del 2005, ma trovava ragione di esistere nella dichiarata volontà della giurisprudenza di esercitare, oltre ad un controllo di legalità, anche il c.d. controllo di merito sulla soluzione concordataria, con lo scopo di tutelare i creditori più deboli, e come tali sprovvisti dei mezzi e degli strumenti necessari per una valutazione adeguata e corretta sulla convenienza della proposta concordataria.

1.2.4. La revoca dell'ammissione alla procedura e la risoluzione

L'interpretazione data all'istituto del concordato preventivo come beneficio da accordare all'imprenditore la cui insolvenza non fosse la conseguenza di condotte fraudolente o semplicemente colpose, condizionava anche la lettura data dalla giurisprudenza all'art. 173, L.F., in tema di revoca dell'ammissione alla procedura, successivamente al decreto di apertura.

In particolare, i presupposti per la revoca dell'ammissione al concordato preventivo venivano individuati in una serie di condotte, sia antecedenti che successive all'apertura della procedura, definibili come atti di frode, in quanto le stesse erano poste in essere in contrasto con le norme relative ai limiti dei poteri di amministrazione e disposizione in capo al debitore tra cui, a titolo esemplificativo, il compimento di atti di straordinaria amministrazione senza la prescritta autorizzazione o il pagamento di debiti concorsuali, e più in generale, tutte quelle condotte che, indipendentemente dall'efficacia nei confronti dei creditori, potevano interpretarsi come lesive delle regole di concordato.

L'ipotesi di risoluzione del concordato preventivo derivava dalla conseguenza dell'inadempimento degli obblighi assunti dall'imprenditore con l'istituto

concordatario. In tale ipotesi si può parlare non di vizio genetico, ma bensì di un vizio funzionale dell'istituto; peraltro negli anni la stessa giurisprudenza aveva consolidato un'interpretazione piuttosto liberale, anche in considerazione della disposizione normativa che escludeva la risoluzione del concordato, nella tipologia per cessione di beni, ove la percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari fosse risultata inferiore a quella prevista, ponendo il solo limite minimo di una soddisfazione non irrisoria.

Sia la revoca che la risoluzione del istituto concordatario risultano fortemente ridisegnate, sia nei loro presupposti che nella loro disciplina, dalla riforma dell'istituto che ha preso avvio dal 2005.

1.3. Il concordato preventivo e le altre procedure concorsuali

1.3.1. Concordato e fallimento

In epoca antecedente alla riforma del 2005, era opinione comune che la procedura di concordato preventivo si ponesse in un rapporto di pregiudizialità rispetto alla procedura fallimentare; a tale conclusione si giungeva sulla base del testo letterale dell'art. 160, L.F., che disponeva che l'imprenditore *fino a che il suo fallimento non è dichiarato* poteva proporre ai propri creditori un concordato preventivo. Dalla lettura della citata disposizione si traeva la regola secondo cui, sino a quando il fallimento non fosse stato dichiarato, il debitore aveva il diritto di chiedere l'ammissione alla procedura concordataria e che, quindi, l'esame della proposta concordataria si poneva in un rapporto di pregiudizialità rispetto alla dichiarazione di fallimento. Tale orientamento trovava significativa conferma nella stessa denominazione dell'istituto: il carattere preventivo del concordato dipendeva dalla sua fondamentale funzione, quella di prevenire la dichiarazione di fallimento, cioè di impedirla, in un rapporto di pregiudizialità necessaria del procedimento di concordato rispetto a quello di fallimento.

Con le modifiche introdotte nel nostro ordinamento a partire dalla riforma del 2005, tale prospettiva è stata completamente stravolta; infatti è stato soppresso l'inciso “ *fino a che il suo fallimento non è dichiarato*” per pervenire all'affermazione secondo cui tra i due istituti non esiste un rapporto di pregiudizialità, ma un rapporto definibile di consequenzialità logica.

La nuova prospettiva implica che non possa escludersi che, con un procedimento per dichiarazione di fallimento già instaurato, il debitore non possa proporre ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, e viceversa. In tal caso, i due procedimenti andranno trattati unitariamente, non nel senso che vadano riuniti, bensì nel senso che il Tribunale dovrà espletare una serie di verifiche aventi natura ed oggetto complementari, quali la ricorrenza del presupposto soggettivo, la ricorrenza del presupposto oggettivo, per proseguire con la verifica preliminare, rispetto alle verifiche richieste per la dichiarazione di fallimento, e cioè la verifica dei presupposti per l'ammissione alla procedura concordataria. Infatti, se ricorrono tutti i presupposti per l'ammissione al concordato preventivo, l'esito positivo dell'accertamento di tali presupposti costituirà elemento ostativo per la prosecuzione del procedimento per dichiarazione di fallimento; viceversa, in caso di inammissibilità della proposta concordataria, il Tribunale dovrà dichiarare il fallimento.

La giurisprudenza, con il trascorrere degli anni, ha costituito un *corpus* di principi generali afferenti la problematica del concorso fra il procedimento fallimentare e il procedimento concordatario, che vengono di seguito brevemente riepilogati.

In primo luogo, in caso di concorrenza di istanza di fallimento e di domanda di concordato preventivo, il Tribunale deve trattare congiuntamente i due procedimenti; ciò non comporta che gli stessi debbano essere riuniti, ma semplicemente che debbano essere fatti avanzare congiuntamente, simultaneamente sino alla fase della decisione, secondo un coordinamento, utile ed opportuno anche ai fini dell'economia processuale, in quanto la verifica dei presupposti per i singoli provvedimenti, anche se

non coincide perfettamente, presenta numerosi elementi in comune.

Una volta instaurati i due procedimenti, il tribunale deve necessariamente esaminare preventivamente l'istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo sulla base della considerazione che l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è ostativa alla pronuncia della dichiarazione di fallimento - Cassazione Civile Sent. n. 1521/2013 - soltanto all'eventuale esito negativo della procedura concordataria, in caso quindi di pronuncia d'inammissibilità della domanda o di mancata omologazione, il Tribunale provvederà all'esame dell'istanza di fallimento; pertanto in pendenza del procedimento concordatario, il procedimento per dichiarazione di fallimento si ritiene soggetto ad una sorta di sospensione impropria.

La citata regola secondo cui a domanda di ammissione all'istituto concordatario va esaminata antecedentemente all'istanza di fallimento deve essere applicata anche nel caso in cui venga presentata una domanda di concordato con riserva, ai sensi dell'art. 161, ultimo comma, L.F.

In casi piuttosto particolari la giurisprudenza deroga alla descritta disciplina generale in quanto lo stesso Tribunale qualifica la proposizione della domanda di concordato preventivo come manifestamente infondata e abusiva, ovvero nell'ipotesi in cui l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo risulti palese in quanto, ad esempio, mancante degli allegati previsti, o nel caso di presentazione di un'altra domanda nel biennio precedente.

In secondo luogo, in pendenza di una procedura di concordato, è inammissibile la proposizione di una ulteriore domanda di concordato se il procedimento è pervenuto ad una fase in cui si discute della sua prosecuzione o meno, (e cioè se il Tribunale deve decidere circa l'ammissibilità della domanda *ex art. 162, L.F.*, se è già stato avviato il procedimento *ex art. 173, L.F.*, se è scaduto il termine senza che siano state raggiunte le maggioranze, o se il procedimento è giunto alla fase della decisione riguardante l'omologa). In tali casi, nell'ipotesi in cui il Tribunale dichiara la procedura di

concordato inammissibile o improcedibile, revochi l'ammissione o non dichiarì l'omologa del concordato, lo stesso dovrà provvedere sull'istanza di fallimento, ed eventualmente, deliberare circa una nuova domanda di concordato soltanto all'esito negativo del procedimento per dichiarazione di fallimento.

Inoltre, se una nuova domanda di concordato preventivo viene presentata in pendenza di altra domanda, si deve ritenere che si è in presenza di un'unica procedura e non di una nuova e sparata procedura, pertanto il Tribunale non è obbligato a disporre una nuova convocazione del debitore o a consentire una nuova audizione dello stesso.

Infine, nell'ipotesi in cui il fallimento venga revocato, è consentita la presentazione di una domanda di concordato preventivo, però soltanto successivamente a quando il provvedimento di revoca sia divenuto definitivo.

Un ulteriore regola è costituita dalla impossibilità della contemporanea pendenza di due procedure concorsuali riguardanti lo stesso debitore: è evidente che nei confronti dello stesso soggetto non possa pendere contemporaneamente una procedura di concordato preventivo ed una di fallimento, mentre è meno chiaro se sia possibile che in pendenza di una procedura di concordato preventivo, possa darsi avvio ad un'altra procedura di concordato.

Con riferimento al presupposto soggettivo afferente ai due diversi istituti, dall'analisi letterale dell'art. 1, L.F., derubricato "*Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*", sembrerebbe che tale presupposto, costituito dall'esercizio di un'attività commerciale, sia identico per entrambe le procedure.

Approfondendo l'analisi delle relative discipline è possibile giungere alla conclusione che per i soggetti a cui è precluso il fallimento, è altresì preclusa l'ammissione all'istituto del concordato preventivo: così tutti gli imprenditori che non hanno la qualificazione commerciale, gli imprenditori che non superano le soglie dimensionali di cui all'art. 1, comma secondo, L.F., nonché gli imprenditori che hanno natura di enti pubblici e tutti i soggetti che non possono essere identificati come imprenditori, quali i

debitori civili, i professionisti intellettuali e i lavoratori autonomi, non possono essere ammessi alla procedura di concordato preventivo.

Ma non vale la regola inversa secondo cui tutti coloro che sono assoggettabili al fallimento possono accedere alla procedura di concordato preventivo; tra le eccezioni più frequenti e significative è opportuno segnalare i soci solidalmente e illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali di società fallibili e gli imprenditori cessati, ovvero defunti, i quali possono essere altresì dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese ovvero dalla data di morte.

Inoltre, è possibile individuare soggetti che non possono essere dichiarati falliti, ma che possono usufruire del concordato preventivo; si tratta in particolare di quegli imprenditori che sono soggetti alle disposizioni in tema di liquidazione coatta amministrativa, di amministrazione straordinaria, e di amministrazione straordinaria speciale.

In conclusione è possibile osservare come, nonostante dalla lettura dell'art.1, L.F., da cui si evince che sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, con esclusione degli enti pubblici; nella realtà non vi sia perfetta coincidenza tra l'area dei soggetti fallibili e di quelli che possono accedere all'istituto concordatario.

1.3.2. Concordato e accordi di ristrutturazione dei debiti

In tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, la dottrina maggioritaria¹ afferma la natura esclusivamente negoziale dell'istituto negandone in maniera assoluta la natura

¹ Così S. AMBROSINI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, edizione 2007, Bologna; S. AMBROSINI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, edizione 2010, Bologna; M. FABIANI, in *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, pagg. 902 e ss.; M. FABIANI, in *Diritto Fallimentare*, Bologna, 2011, pagg. 686 e ss.; A. PATTI, in *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fallimento*, 2010, pagg. 1100 e ss.; S. AMBROSINI, in *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Il Fallimento*, 2011, pagg. 644 e ss.; M. FABIANI, in *Crescita economica e crisi da sovraindebitamento*, in *Il Fallimento*, 2010, pagg. 451 e ss.; G. FALCONE, in *Profili problematici del concordato con riserva*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, pagg. 392 e ss..

di procedura concorsuale. Tale orientamento adotta diverse argomentazioni a sostegno della tesi privatistica dell'istituto in oggetto quali l'inesistenza di un provvedimento di apertura, nonché l'inesistenza di organi procedurali, il mancato coinvolgimento di tutti i creditori sociali, la non considerazione del ceto creditorio alla stregua di una collettività, il mantenimento del controllo dell'impresa e del patrimonio sociale in capo allo stesso imprenditore. Viene altresì sottolineato, dagli stessi autorevoli autori, che negli accordi di ristrutturazione dei debiti non viene rispettato il principio della *par conditio creditorium*, non viene garantita pertanto la parità di trattamento tra i diversi creditori sociali; inoltre, in passato, i pagamenti effettuati dal debitore non venivano assoggettati a nessun particolare regime di revocatoria e che gli atti costitutivi di diritti di prelazione, salva l'ipotesi della fase anticipatoria, non incontravano nessun limite².

A favore della tesi privatistica dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti trova altresì spazio l'osservazione che lo stesso si basa fondamentalmente su accordi individuali, di natura privata, tra il debitore e i singoli creditori; infatti si genera l'impossibilità di propagarne i successivi effetti ai creditori non che non aderiscono all'accordo, in senso assolutamente opposto a quella che è la regola fondamentale del concordato preventivo. Pertanto, la stessa presenza di creditori estranei all'accordo consente di avvalorare la tesi della non universalità della procedura, e quindi della sua valenza esclusivamente di natura negoziale e/o privatistica.

In senso contrario, parte minoritaria della dottrina³ afferma che l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti presenta caratteristiche tali da consentire la classificazione dello stesso come un istituto avente natura di procedura concorsuale. In particolare si afferma che gli accordi sono destinati ad una regolazione complessiva della situazione di crisi ed interessano perciò la totalità dei rapporti facenti capo all'imprenditore: tutti i creditori, sia aderenti all'accordo che estranei, dovranno essere soddisfatti, i primi,

² Tali ultime due osservazioni possono attualmente considerarsi non più giustificate, in considerazione delle modifiche del 2012 e all'introduzione del nuovo art. 182 *quinquies*, L.F.

³ Così C. TRENTINI, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, pagg. 76 e ss., e in *I concordati preventivi*, Milano, 2014, pagg. 29 e ss.

secondo le intese raggiunte, i secondi, in maniera integrale.

Inoltre, è possibile affermare che la pendenza degli accordi è causa ostativa all'instaurazione di altre procedure, siano le stesse procedure esecutive individuali, che altre procedure concorsuali; gli accordi sono altresì soggetti ad una verifica da parte dell'autorità giudiziaria, la quale ha il potere di garantire la soddisfazione indistintamente di tutti i creditori.

Ulteriore argomentazione adottata per confermare la tesi concorsuale è dettata dalla non lesione della *par conditio*, in quanto tale principio si applica allorché vi sia da ripartire un attivo insufficiente tra più creditori, non quando gli stessi, individualmente, concordino le somme spettanti a ciascuno e, per i creditori estranei all'accordo, si preveda il pagamento integrale. Si evidenzia, altresì, che il debitore non abbia l'assoluta libertà di disporre del suo patrimonio, infatti, una volta che lo stesso abbia pubblicato gli accordi in previsione della loro successiva omologazione, egli deve rispettare il piano presentato, e non discostarsene, in quanto il mancato rispetto del medesimo comporta la sua mancata omologazione.

Si elencano una serie di norme e di principi dettati per il concordato preventivo, che non si applicano all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti:

- il limite dettato dall'art. 160, comma secondo, L.F., non si applica agli accordi, in considerazione che gli stessi sono retti dal principio di autonomia negoziale; pertanto nulla esclude che, negli accordi, sia previsto un trattamento di un creditore chirografario migliore rispetto ad un privilegiato;
- negli accordi il consenso dei creditori deve necessariamente formarsi, almeno per la percentuale necessaria per l'avvio della procedura, anteriormente al deposito del ricorso; invece con il deposito della domanda di concordato preventivo il debitore formula una proposta ai propri creditori, la cui adesione interverrà nel corso della procedura;
- agli accordi non si applicano gli istituti della risoluzione e dell'annullamento;

- non trova altresì applicazione la norma dettata dal combinato disposto degli articoli 169 e 55, L.F., afferenti la sospensione del decorso degli interessi per i creditori chirografari in quanto negli accordi è obbligatorio, per i creditori estranei, il pagamento integrale del capitale, degli interessi, legali o convenzionali, maturati sino alla data del pagamento;
- in caso di successiva dichiarazione di fallimento, è escluso che si possa parlare di consecuzione di procedure;
- la disciplina dettata in tema di concordato preventivo dall'art. 184, L.F., circa il mancato prodursi degli effetti esdebitatori e della falcidia concordataria nei confronti di coobbligati fideiussori e obbligati in via di regresso, è considerata inapplicabile agli accordi di ristrutturazione; quindi per tali procedura trova così applicazione il principio generale, in tema di obbligazioni solidali passive, per cui si trasmettono ai condebitori gli effetti favorevoli; tale diversità di disciplina genera per il debitore un notevole aspetto di vantaggio rispetto alla soluzione concordataria;
- negli accordi non è prevista nessuna successiva fase di controllo da parte dell'autorità giudiziaria, pertanto nell'ipotesi di mancato rispetto, da parte del debitore, degli obblighi assunti, i creditori potranno avvalersi degli ordinari strumenti privatistici, quali l'azione in via esecutiva, l'istanza per la dichiarazione di fallimento, o la richiesta della risoluzione degli accordi raggiunti, con quanto ne segue in ordine alla responsabilità del debitore per gli impegni assunti;
- mente per il concordato vi è esplicito riferimento alla regola dettata, per il fallimento, dall'art. 9, comma secondo, L.F., secondo cui il trasferimento della sede, intervenuto nell'anno antecedente alla presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento e della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, è irrilevante; nessun richiamo è previsto nella disciplina degli

accordi di ristrutturazione dei debiti.

Alla luce delle brevi considerazioni che precedono è possibile evidenziare i seguenti vantaggi e benefici degli accordi di ristrutturazione rispetto all'istituto concordatario:

- il procedimento è più semplice e snello da punto di vista procedurale e tendenzialmente più breve dal punto di vista cronologico,
- non è previsto nessun deposito per spese di procedura,
- non ricorrono i presupposti per l'applicazione della disciplina penale in tema di bancarotta e di reati fallimentare commessi dall'imprenditore e/o da terzi,
- non valendo l'obbligo del rispetto della *par conditio creditorium*, non esistono divieti afferenti il trattamento differenziato dei creditori sociali,
- semplificazione procedurale in termini di comunicazione dell'accordo ai singolo creditori, in quanto è sufficiente la pubblicazione dello stesso nel Registro delle Imprese,
- inesistenza del rischio, per l'imprenditore, dell'interruzione della procedura in conseguenza di atti di frode, ai sensi dell'art. 173, L.F.

E' possibile altresì individuare i seguenti svantaggi che presenta l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti:

- difficoltà, soprattutto in presenza di una platea di creditori particolarmente numerosa e parcellizzata, di raggiungere il quorum del 60% sul totale del passivo,
- non esiste l'istituto del *cram down* e non si applica il principio maggioritario, con la conseguenza che negli accordi non si realizza il rilevante effetto che il concordato consente di piegare i creditori non aderenti alla volontà della maggioranza,
- impossibilità di godere del beneficio dell'esdebitazione per i crediti vantati nei confronti dei creditori dissenzienti,

- valendo la regola dell'accordo con i singoli creditori e del pagamento integrale degli estranei, anche con l'erario è obbligatorio giungere all'accordo diretto, mentre nel concordato l'erario è soggetto alle regole del prevalere della maggioranza,
- rischio che i singoli creditori, anche per importi relativamente modesti, possano creare problemi, fenomeno definito dei *free riders*.

1.3.3. Concordato e composizione delle crisi da sovraindebitamento

L'istituto del concordato preventivo e la procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento si differenziano sotto diversi profili, il primo è relativo al presupposto soggettivo, infatti per definizione, solo i soggetti che non possono essere ammessi alla procedura di concordato preventivo possono accedere alla procedura introdotta con la legge n. 3/2012. Tale affermazione, avente carattere generale, impone delle ulteriori precisazioni, sia perché non vi è assoluta coincidenza tra i soggetti che possono essere dichiarati falliti e i quelli che possono accedere alla procedura di concordato preventivo (quali i soci solidalmente ed illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali, e l'imprenditore cessato ovvero defunto), sia perché non vi è perfetta corrispondenza tra i soggetti che possono essere dichiarati falliti e quelli che possono ricorrere al procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

In particolare, per i soci solidalmente ed illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali, autorevole dottrina ha affermato che la loro possibilità di accedere alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento è alquanto incerta, ma la conclusione positiva sembrerebbe prevalente in quanto, non potendo conseguire per i propri debiti personali, l'esdebitazione attraverso il concordato si rende necessaria l'ammissione alla procedura alternativa accordata ai soggetti non fallibili.

In riferimento all'imprenditore cessato, si ritiene di consentire l'accesso alla procedura

della composizione delle crisi una volta trascorso il termine di un anno dalla cessione dell'attività, in quanto anteriormente a tale termine lo stesso può essere soggetto alla dichiarazione di fallimento.

Per l'imprenditore defunto, la sua soggezione alle procedure concorsuali è una finzione che si giustifica per ragioni eccezionali, in quanto di eredi del *de cuius* sono legittimati, se non rientrano nell'area della fallibilità, a ricorrere alla composizione della crisi da sovraindebitamento.

Le procedure in esame si differenziano altresì anche in ordine ai relativi presupposti oggettivi; in particolare ai sensi dell'articolo 6, comma secondo della legge speciale 27 gennaio 2012, n. 3, si finisce la situazione di sovraindebitamento come una “*situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempiere regolarmente*”. La citata nozione si sovrappone alla definizione dello stato di insolvenza, quale presupposto oggettivo della procedura di concordato preventivo, ma si differenzia in relazione alle fattispecie meno gravi, in cui nell'ambito della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, ciò che appare caratterizzare l'elemento oggettivo è lo squilibrio fra le attività prontamente liquidabili e l'ammontare delle passività, mentre nel concordato preventivo la nozione di crisi fa riferimento, più che ad un concetto definibile statico, in quanto avente natura economico-patrimoniale, ad un profilo finanziario, cioè ad esigenze di credito e di liquidità finanziaria.

La disciplina prevista del legislatore per le due procedure presenta delle similitudini che vengono di seguito brevemente elencate:

- sia nel concordato che nella procedura di composizione mediante accordo la procedura si incentra e prende avvio da una proposta posta in essere dal debitore;
- la proposta fatta dal debitore deve essere approvata dalla maggioranza dei

creditori e, in mancanza di voto espresso, il consenso si ritiene presunto;

- i crediti privilegiati, così come i crediti IVA e i crediti per ritenute alla fonte non versate, debbono essere pagati per l'intero ammontare;
- nell'ipotesi in cui la proposta di accordo preveda la prosecuzione dell'attività di impresa, può consentirsi una moratoria di un anno per il pagamento dei crediti privilegiati, come nel caso previsto dall'art. 186-bis in tema di concordato in continuità;
- in entrambi i casi il deposito della proposta sospende il decorso degli interessi *ex art. 55, L.F.*;
- in pendenza della procedura è prevista la possibilità di revoca della stessa, da parte del Tribunale competente, nell'ipotesi di emersione delle c.d. iniziative o atti di frode di cui all'art. 173, L.F.;
- in entrambe le procedure i creditori debbono essere obbligatoriamente informati, con modalità che differiscono in seguito all'introduzione, per le procedure concorsuali classiche, della regola delle comunicazioni tramite posta elettronica certificata;
- sia nel concordato preventivo che nel procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento l'accordo tra il debitore e i creditori, successivamente all'omologazione, non incide sulla posizione dei fideiussori, dei coobbligati e degli obbligati in via di regresso, nei cui confronti l'intervenuta soluzione della crisi mediante l'accordo omologato non sortisce alcun effetto;
- nell'ipotesi in cui, nel procedimento di omologazione, uno o più creditori sollevino questioni afferenti la convenienza della procedura, il Tribunale ha la facoltà di operare il c.d. giudizio di *cram down*, come nel concordato preventivo;
- l'omologazione, in entrambe le procedure, è vincolante per tutti i creditori anteriori, compresi i dissenzienti, gli assenti, e gli astenuti; i creditori posteriori

non possono altresì aggredire i beni vincolati nella proposta alla soddisfazione dei creditori;

- nel caso di inadempimento è prevista la risoluzione;
- i finanziamenti sorti in funzione alla presentazione della proposta e in esecuzione dell'accordo sono assistiti dalla prededuzione;
- gli atti, nonché i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato sono esenti da azione revocatoria;
- in entrambe le procedure, successivamente all'omologazione delle stesse, ne consegue l'esdebitazione del debitore;
- l'omologazione deve intervenire nel termine di sei mesi dalla data di presentazione della proposta, secondo una disposizione analoga a quella prevista per il concordato preventivo.

A fronte di tali analogie e similitudini, si evidenziano le differenze maggiormente rilevanti:

- la legge speciale sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento ha introdotto una particolare categoria di crediti, il cui trattamento è anteposto a quello di privilegiati: si tratta dei c.d. crediti impignorabili *ex art. 545 c.p.c.*, che debbono essere soddisfatti regolarmente, non essendone prevista né la falcidia, né la dilazione;
- nella composizione del sovraindebitamento la maggioranza dei creditori prevista per l'omologazione della proposta è pari al 60%;
- la c.d. relazione particolareggiata prevista nella procedura di composizione della crisi ha un contenuto diverso rispetto alla relazione del professionista attestatore *ex art. 161, comma terzo, L.F.*, avendo ad oggetto non tanto l'attuabilità del piano, ma quanto la sua probabile convenienza rispetto alla procedura liquidatoria;

- nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento la fase di liquidazione del patrimonio del debitore è disciplinata da una serie di disposizioni particolarmente dettagliate, contrariamente alle discipline della fase esecutiva del concordato, nella quale la mancanza di una regolamentazione precisa e puntuale, non è stata rimediata neanche con i numerosi interventi normati che si sono succeduti dal 2005 ad oggi;
- nell'istituto della composizione delle crisi da sovraindebitamento vi è la presenza dell'organismo di composizione delle crisi a cui è attribuita la duplice funzione di consulente del debitore, nonché attestatore del piano, e la funzione di ausiliario di giustizia. Tale ultima funzione deriva dall'attribuzione allo stesso organo di una serie di compiti, quali quella di informazione dei creditori, di raccolta dei voti e di tramite con l'autorità giudiziaria, funzioni che possono essere paragonate a quelle attribuite al commissario giudiziale nel concordato preventivo. Allo stesso organo di composizione della crisi da sovraindebitamento sono altresì attribuiti una serie di compiti da eseguire nella successiva fase esecutiva, sia dal punto di vista prettamente esecutivo, sia come organo di controllo.

1.4. La riforma introdotta con il Decreto Sviluppo n. 83/2012

1.4.1. Le “misure urgenti per la crescita del paese” e “per lo sviluppo economico”: l'attinenza tra le une e le altre?

Dal 2005 al 2013, con cadenza quasi annuale, il legislatore fallimentare è intervenuto sulla disciplina delle procedure concorsuali, apportando modifiche e variazioni, talvolta anche sostanziali, in riferimento agli istituti previsti per affrontare la crisi d'impresa.

Probabilmente è piuttosto naturale che, di fronte ad una materia che presenta spiccati profili di contiguità con l'economia, il diritto debba seguire quelli che sono i bisogni e

le necessità delle imprese caratterizzate da una continua e crescente evoluzione.

Il costante stato di riforma della legge fallimentare dell'ultimo decennio è stato caratterizzato da un susseguirsi continuo di nuove norme e disposizioni introdotte grazie a provvedimenti legislativi d'urgenza emanati per affrontare le diverse e mutevoli esigenze di mercato⁴.

In particolare, passando in rassegna i titoli e le epigrafi con cui sono state battezzate le leggi contenenti le principali norme di riforma della legge fallimentare succedutasi, con periodicità pressoché annuale, a partire dal 2005 ad oggi, si evidenzia l'intento ottimistico del legislatore che risuona attraverso quegli obiettivi scaramantici, quali “*disposizioni per la crescita*”, o per “*lo sviluppo*” o per “*la competitività*”, al cui raggiungimento avrebbero dovuto concorrere le numerose disposizioni di modifica della legge fallimentare.

Resta tuttora inspiegabile come norme finalizzate a regolare, per loro natura, solo situazioni di insolvenza o di crisi d'impresa, possano consentire non soltanto a conservare e a mantenere in vita qualche impresa affetta da temporanee e non troppo significative situazioni di squilibrio economico-finanziario, ma addirittura possano contribuire allo sviluppo ed alla crescita del sistema economico ed industriale del nostro paese, specialmente in questo particolare momento storico, caratterizzato dalla grave e negativa congiuntura economica.

Negli anni antecedenti alla riforma del 2012, autorevole dottrina⁵ segnalava la necessità di introdurre, in ambito fallimentare, alcuni interventi normativi di vario tipo; tra questi assumevano particolare rilievo quelli focalizzati, da un lato, sull'introduzione di

⁴ Così M. FABIANI, in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, doc. 303/2010, in *ilcaso.it*, il quale ha rilevato che “*senza entrare nell'agone se sia meglio un cantiere sempre aperto pronto a recepire le esigenze del mercato ovvero se sia meglio lasciar sedimentare le norme e attenderle alla prova dei fatti almeno per un certo tempo dato, ciò che mi preme segnalare è il fatto che purtroppo, ancora una volta, si sia privilegiata la tecnica del rattoppo, magari un buon rattoppo, rispetto alla tecnica dell'intervento strutturale. Si deve essere consapevoli che in un arco della storia, ormai non più breve e fuggevole, le vere riforme sono tutte state varate con la decretazione d'urgenza, e tuttavia, senza il timore di apparire nostalgici, un tweet in meno e un libro in più non avrebbero cagionato danno*”.

⁵ Così F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”* Giuffrè Editore, Milano, 2012, pagg. 10 e ss.

misure di allerta e di prevenzione della crisi d'impresa, e, dall'altro, sull'introduzione di misure di incentivazione selettiva dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, aventi come finalità la continuazione dell'attività d'impresa e la conservazione dell'azienda e del suo valore .

Tali misure avrebbero costituito il fulcro centrale di una disciplina destinata a prevenire tempestivamente l'insolvenza irreversibile, consentendo così il salvataggio e la conservazione di quelle imprese che fossero ancora economicamente sane.

Infatti, le misure di allerta e di prevenzione costituiscono un incentivo indispensabile al fine di consentire una più tempestiva emersione della crisi aziendale, in modo da indurre ed invogliare gli imprenditori a non celare la situazione di crisi ai propri *stakeholders*. Conseguentemente all'incentivazione, l'introduzione di una disciplina avente carattere premiale in favore degli istituti di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti con continuità aziendale, rispetto di istituti meramente liquidativi, e dissolutivi dell'impresa stessa, significa rispettare profondamente e coerentemente la fondamentale funzione a cui assolve, o dovrebbe assolvere, il diritto fallimentare, e cioè quella di liquidare le imprese inefficienti e salvare quelle imprese che, anche se momentaneamente in una situazione di crisi, hanno ancora un valore per il mercato nel suo complesso.

Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, noto come Decreto Sviluppo, e convertito successivamente con la legge 7 agosto 2012, n. 134, avente come finalità fondamentale l'adozione di misure maggiormente finalizzate a sostenere la crescita e lo sviluppo economico, ha notevolmente integrato e modificato soprattutto la disciplina del concordato preventivo, nonché degli accordi di ristrutturazione di debiti e dei piani di risanamento, con qualche riflesso anche nella disciplina del procedimento fallimentare.

In particolare, l'art. 33 del citato decreto, rubricato “*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*”, contenuto nel capo III (“*Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali*”), costituisce la prevalente norma di riforma, avente come finalità

principale l'ulteriore potenziamento, conformemente alle disposizioni dell'intervento riformatore del biennio 2005 – 2007, degli strumenti di composizione delle crisi di impresa.

Nel suddetto testo normativo non figurano disposizioni afferenti le misure di allerta e di tempestiva emersione dello stato di crisi, mentre alcune disposizioni della nuova disciplina di favore per i concordati preventivi e per gli accordi con continuità aziendale sembrerebbero finalizzate alla salvaguardia del debitore piuttosto che alla conservazione dell'impresa. Già in tempi immediatamente successivi all'emanazione del D.L. 22 giugno 2013, n. 83, alcuni autori avevano evidenziato le ombre della nuova disciplina e i rischi derivanti dalla mancanza di misure di allerta e di prevenzione della crisi d'impresa⁶.

1.4.2. Il boom delle domande di concordati con riserva nel biennio 2013-2014

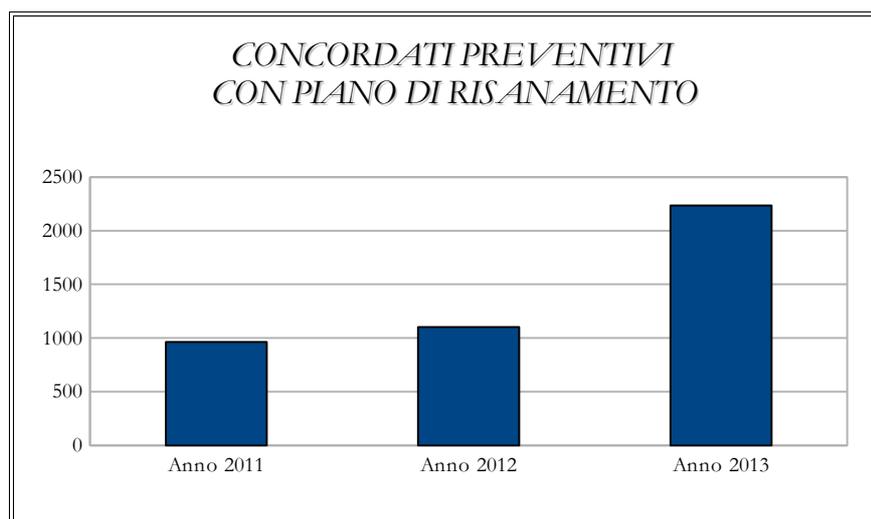
In conseguenza dell'introduzione dell'istituto del concordato con riserva, la numerosità delle procedure di concordati preventivi ha presentato un notevole incremento già a partire dai primi mesi successivi all'entrata in vigore della disciplina afferente tale nuovo istituto.

In particolare, dall'analisi del grafico seguente è possibile evidenziare come nell'anno 2013 vi sia stata un'impennata dei concordati preventivi, più che raddoppiati rispetto all'anno precedente; tale notevole aumento è da imputare all'introduzione dell'istituto del concordato con riserva. Infatti, mentre nel biennio 2011-2012 la numerosità delle procedure di concordato tradizionali, cioè con piano di risanamento, si attestava intorno alle 1000 procedure annue (960 nel 2011, 1102 nel 2012), con un incremento

⁶ Così F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, il quale scriveva: *"è dunque non irragionevole prevedere che, per effetto della finale caratterizzazione iperliberistica imposta all'intervento normativo (trattandosi in alcune parti – come per le domande di pre-concordato – in una micidiale arma di difesa ad oltranza di cui può abusivamente fruire il debitore insolvente tout court), possano aumentare, anziché diminuire, i seri rischi di contagio epidemico della crisi dell'imprenditore insolvente alla contigue imprese creditrici (per il noto 'effetto domino' che determina dissesti a catena quando il mancato pagamento dei debiti, per la sua dimensione e frequenza, abbia idoneità a ripercuotersi sistematicamente e massivamente su quote rilevanti di mercato)"*.

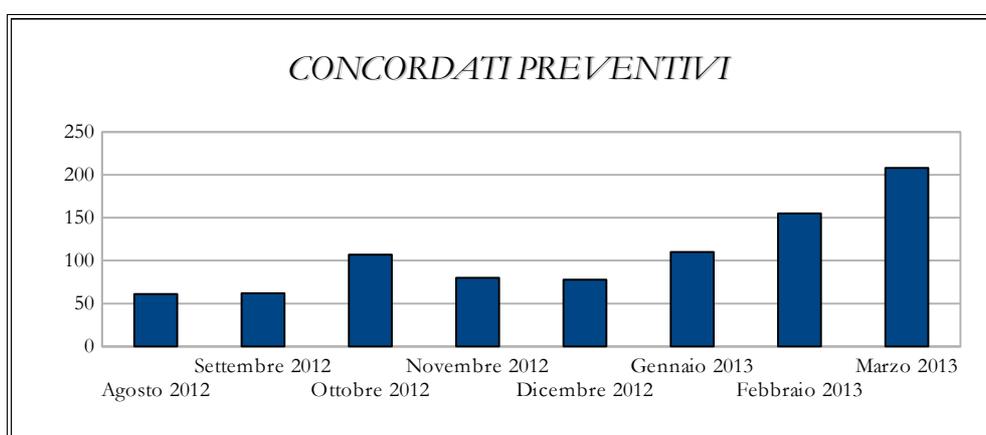
annuo pari al 14,6%; tale lieve aumento potrebbe trovare giustificazione nell'entrata in vigore, in data 11 settembre 2012, delle disposizioni riguardanti l'istituto del pre-concordato.

Nell'anno 2013, in cui per tutto il periodo era in vigore la nuova disciplina, le procedure di concordato preventivo hanno superato la quota annua di 2000 (2234), generando un incremento percentuale rispetto all'anno precedente pari al 102,7%.

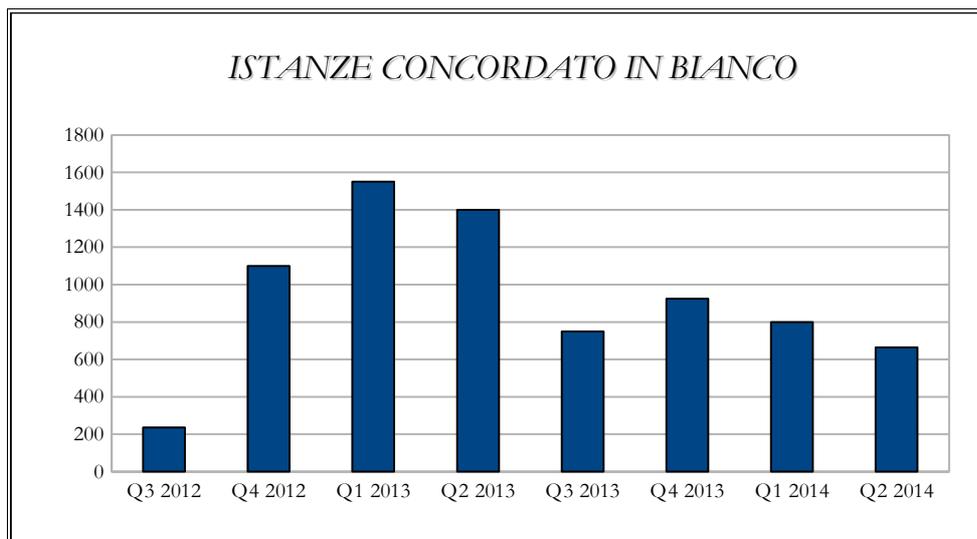


Analizzando più dettagliatamente i dati forniti da Cerved Group, in riferimento all'Osservatorio su fallimenti, procedure e chiusure di imprese, è possibile evidenziare che già nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore del c.d. Decreto Sviluppo, la numerosità delle procedure di concordato preventivo è aumentata drasticamente; infatti a fronte delle circa 60 procedure mensili relative al periodo ante decreto, si possono contare valori superiori alle 100 procedure già nei primi mesi del 2013. In particolare si riporta il prospetto numerico relativo al periodo da Agosto 2012 a Marzo 2013, da cui è possibile evincere l'incremento dei concordati preventivi, pari al 76% su base annua.

<i>Mese</i>	<i>Numero</i>
Agosto 2012	61
Settembre 2012	62
Ottobre 2012	107
Novembre 2012	80
Dicembre 2012	78
Gennaio 2013	110
Febbraio 2013	155
Marzo 2013	208



Il deposito delle istanze in bianco di ammissione alla procedura di concordato preventivo è riepilogato nel grafico seguente: In particolare si evidenzia come nei primi due trimestri del 2013 si è raggiunto l'apice del ricorso al nuovo istituto del concordato con riserva, mentre già nel secondo semestre del 2013 si registra una frenata del ricorso alla suddetta procedura in corrispondenza dell'introduzione dei correttivi alla normativa, in particolare fu prevista la possibilità per il Tribunale di nominare un Commissario Giudiziale, al fine di monitorare, già nella fase immediatamente successiva al deposito dell'istanza di ammissione alla procedura, il comportamento del debitore. Tale novità ha generato una riduzione del ricorso allo strumento del pre-concordato che si è acuita anche nei trimestri successivi; in particolare nel primo

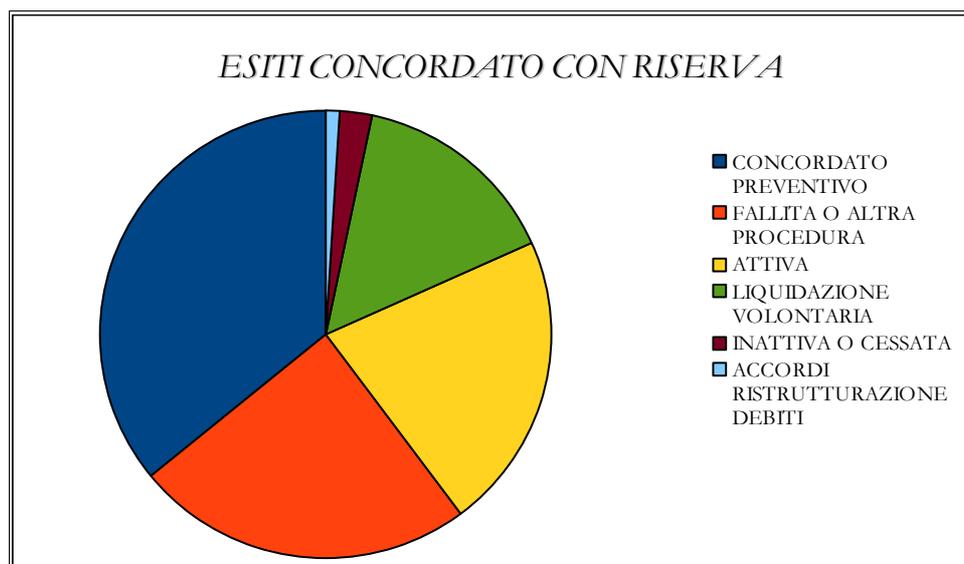


trimestre del 2013, in cui si contano circa 800 domande di concordato in bianco, pari al 48% in meno rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, mentre nel periodo tra Aprile e Giugno 2014 si contano 665 pre-concordati aperti, il 52,2% in meno rispetto al secondo trimestre 2013 e dato in assoluto più basso da fine 2012.

Nel periodo intercorrente tra Luglio 2013 e Giugno 2014 si registra la presentazione di circa 3.200 domande di concordato in bianco, contro le oltre 4.200 circa della fase antecedente alla manovra correttiva del c.d. Decreto del Fare, con una riduzione su base annua pari al 32%.

Infine, si rappresentano graficamente gli esiti delle procedimento iniziato con il deposito della domanda di pre-concordato da cui è possibile evidenziare che nel 35,9% dei casi comporta l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, nel 21,5% dei casi la continuazione dell'attività di impresa, mentre nel 41,6% dei casi l'esito è quello della conclusione dell'attività d'impresa, o tramite la procedura fallimentare, o tramite la cessazione o liquidazione volontaria dell'impresa.

ESITI DEL CONCORDATO CON RISERVA	%
IN CONCORDATO PREVENTIVO	35,9
FALLITA O ALTRA PROCEDURA	24,3
ATTIVA	21,5
LIQUIDAZIONE VOLONTARIA	15,0
INATTIVA O CESSATA	2,3
ACCORDI RISTRUTTURAZIONE DEBITI	1,0



1.5. L'obiettivo della conservazione dell'attività di impresa come nuovo principio fondante del diritto concorsuale italiano

Il legislatore italiano, al pari di quanto è avvenuto in altri ordinamenti europei e nell'ordinamento statunitense, ha gradualmente abbandonato la tradizionale concezione meramente liquidatoria delle procedure concorsuali ed ha gradualmente attribuito rilievo ad una prospettiva definibile di risanamento e/o di ristrutturazione.

Negli anni successivi all'introduzione nell'ordinamento italiano della disciplina delle procedure concorsuali, le stesse erano considerate esclusivamente come una forma di esecuzione collettiva sui beni del debitore da realizzarsi nell'assoluto rispetto del principio inviolabile della *par condicio creditorum*; tale prospettiva è stata nel tempo

modificata dallo stesso legislatore determinando una nuova concezione delle procedure concorsuali, in forza della quale le medesime devono principalmente mirare alla salvaguardia e alla conservazione dell'attività dell'impresa ed dei valori aziendali⁷.

La mutata prospettiva adottata dal nostro legislatore viene consolidata sia dalle diverse leggi che hanno introdotto nuove procedure concorsuali la cui principale finalità, sancita espressamente nelle relative normative, è quella di recuperare l'equilibrio economico delle attività imprenditoriali e di conservare altresì l'integrità dell'impresa medesima⁸, sia dalle varie riforme della legge fallimentare che si sono susseguite nell'ultimo decennio.

In ordine alle riforme della legge fallimentare che si sono susseguite dal 2005 ad oggi si fa particolare riferimento alla c.d. prima riforma della disciplina del concordato preventivo, attuata con la L. n. 80 del 2005, che ha permesso alterazioni della *par condicio creditorium* consentendo, per la prima volta nel nostro ordinamento, la differenziazione del trattamento dei creditori, mediante la suddivisione in differenti classi in presenza di diverse qualificazioni giuridiche e di diversi interessi economici, così come previsto dall'art. 160, comma primo, lettere c) e d), L.F.

Sempre con la riforma prevista dalla L. n. 80/2005 è stato precisato che, ai sensi dell'art. 160, comma primo, lettera a). L.F., il piano concordatario può anche prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei credito attraverso qualsiasi forma, allontanando così le rigidità previste dalla previgente disciplina, tra cui la percentuale minima di soddisfazione, la meritevolezza della proposta o la valutazione della

⁷ Così V. BONELLI in *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, il quale ha rilevato che: “Da almeno un decennio l'obiettivo della legislazione in materia concorsuale non è più quello dell'eliminazione dal mercato dell'impresa insolvente, cioè quello della sua 'liquidazione' per consentire una migliore allocazione delle risorse rimesse in circolazione con la vendita dei cespiti ma quello della 'continuazione' dell'attività di impresa”.

⁸ Si fa riferimento a: 1) D.Lgs. 8/7/1999, n. 270 (c.d. Legge Prodi-bis), il cui presupposto è il “recupero economico delle attività imprenditoriali”; 2) L. 18/2/2004, n. 39 (c.d. Legge Marzano), rivolta alle imprese che intendono “avvalersi della procedura di ristrutturazione economica e finanziaria” prevista dall'art. 27, comma secondo, lett. b), della già citata legge Prodi-bis; 3) L.27/10/2008, n. 166 (c.d. Legge Marzano-bis), che ha integrato sotto diversi profili la citata legge Marzano, alla luce della necessità di ampliarne l'operatività “alla ristrutturazione di grandi imprese in crisi non solo finanziaria, ma anche di tipo industriale, individuando per le grandi imprese operanti nei settori dei pubblici servizi essenziali volta a garantire la continuità nella prestazione di tali servizi”.

convenienza del piano fatta dal Tribunale.

Anche con la nuova disciplina fallimentare dei contratti pendenti ad esecuzione continuata e periodica, introdotta nell'ordinamento con il D.Lgs. n. 169/2007, con cui si prevede, nell'ipotesi di subentro del curatore nel contratto, il pagamento integrale anche del prezzo delle consegne già avvenute o dei servizi già erogati, è stata privilegiata la continuità delle forniture dei beni e dei servizi oggetto dei contratti a svantaggio della *par conditio creditorium*.

Medesima finalità di conservazione dell'impresa e dei beni aziendali è ravvisabile nella nuova disciplina dei criteri di liquidazione fallimentare, prevista dall'art. 105, comma primo, L.F., secondo cui la liquidazione atomistica dei singoli beni è disposta soltanto quando la vendita dell'intero complesso aziendale non consente una maggiore soddisfazione dei creditori. Tale disciplina conferma la volontà del legislatore di conservare l'impresa, considerata pertanto come bene da salvaguardare,

Inoltre, sia le disposizioni previste in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, che quelle previste in tema di accordi di risanamento hanno come finalità principale quella di consentire all'impresa di superare la situazione di crisi e/o di tensione, nella prospettiva della continuazione della sua attività.

In particolare, ai sensi dell'art. 67, comma terzo, lettera d), L.F., non sono soggetti all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti, nonché le garanzie concesse sui beni del debitore, a condizione che gli stessi siano posti in essere in esecuzione di un piano c.d. attestato idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria del debitore.

Le riforme che si sono susseguite nell'ultimo decennio hanno dettato una linea di tendenze che, almeno a livello normativo, hanno eliminato, o quantomeno ridotto, un importante *gap* tra il diritto concorsuale italiano e quello degli altri Paesi industrializzati; differenziale che determinava una forte discrasia e concorrenza tra ordinamenti che, ormai, cominciava a manifestarsi a danno dell'ordinamento italiano⁹.

⁹ Così M. ARATO, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.

In realtà la concorrenza tra i diversi ordinamenti potrà considerarsi superata in modo definitivo allorché l'applicazione delle nuove norme italiane si accompagnerà a tempistiche di esecuzione delle procedure concorsuali paragonabili a quelle degli altri Paesi industrializzati¹⁰.

A conferma del nuovo approccio adottato dal legislatore italiano in ordine al principio della conservazione dell'attività di impresa si rileva che già la Relazione Ministeriale al D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, evidenziava la necessità di ispirarsi sia “*ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali)*”, sia “*ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale*”.

La giurisprudenza costituzionale, in particolare con la Sentenza 22/7/2010, n. 270, ha immediatamente preso atto della mutata prospettiva adottata dal legislatore italiano, ed ha sottolineato “*la nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell'impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro) conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni*”.

1.6. Il c.d. “concordato preventivo con riserva” come ulteriore strumento per assicurare la conservazione dell'attività di impresa

Le modifiche apportate alla Legge Fallimentare con il D.L. n. 134 del 2012, c.d. Decreto Sviluppo, confermano assolutamente la mutata concezione delle procedure concorsuali fatta propria dal legislatore italiano, secondo cui le procedure devono

¹⁰ Sicuramente non si pretende di imitare la tempistica, una settimana, con il quale il Giudice Peck è riuscito a cedere gli *assets* di Lehman, ma non si possono più tollerare procedure nelle quali le lentezze esecutive distruggono ricchezza e danneggiano i creditori.

principalmente tendere alla salvaguardia dei valori aziendali e devono perciò privilegiare la 'ristrutturazione', anziché la 'liquidazione' dell'impresa.

Per la prima volta nel nostro ordinamento, con il nuovo art. 186-*bis*, L.F., è stata dettata una specifica disciplina del c.d. concordato con continuità aziendale, che rappresenta ad oggi la tipologia di concordato preventivo che, anche nella precedente elaborazione dottrinale, era destinata a dare attuazione al disposto dell'art. 160, comma primo, lettera a), L.F., secondo cui il piano di concordato può prevedere anche la ristrutturazione dei debiti.

Con la disciplina introdotta con suddetto Decreto Sviluppo, il legislatore ha notevolmente ampliato l'ambito di applicazione del c.d. concordato con continuità aziendale rispetto alla definizione che allo stesso veniva fornita dalla dottrina prima dell'introduzione dell'art. 186-*bis*, L.F.; infatti prima dell'introduzione della nuova norma la dottrina e la prassi avevano definito come concordati c.d. di ristrutturazione o di risanamento quelli in cui l'attività proseguiva successivamente alla ristrutturazione in capo allo stesso imprenditore, senza cioè che l'attività venisse ceduta a terzi estranei¹¹.

Con l'introduzione dell'art. 186-*bis*, L.F., viene precisato che costituisce concordato con continuità aziendale sia in concordato che preveda la prosecuzione dell'attività, non solo in capo all'originario imprenditore, ma anche in capo a terzi, laddove in precedenza si riteneva che tale tipo di operazione configurasse la figura del c.d. concordato liquidatorio, atteso che l'originario imprenditore liquidava la sua attività di impresa cedendola ad un terzo e con le somme ricavate dalla vendita dell'attività medesima provvedeva a soddisfare i propri creditori. Una differente forma di concordato in continuità è costituita dal c.d. concordato misto, in cui l'attività prosegue mediante l'utilizzazione, e quindi il mantenimento in esercizio, di una parte soltanto dell'attivo, mentre un'altra parte dell'attivo non funzionale all'esercizio dell'attività di impresa viene liquidata atomisticamente.

¹¹ Così M. ARATO in *Il concordato con continuità aziendale*, in ilfallimentarista.it, 3 agosto 2013.

Secondariamente, il legislatore ha anche introdotto una serie di disposizioni chiaramente rivolte a superare quella serie di principi che hanno da sempre ispirato la concezione liquidatoria delle procedure concorsuali e ad accogliere la prospettiva di ristrutturazione di tali procedure.

Ad esempio, nell'ambito del concordato preventivo, qualora lo stesso sia con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-*bis*, L.F., è consentito pagare i creditori concorsuali al di fuori di ogni riparto anche in violazione del principio della *par conditio creditorum* se ciò permette la miglior soddisfazione di creditori, e quindi di valorizzare nel miglior dei modi l'attività d'impresa.

Sempre grazie alle nuove disposizioni è possibile contrarre nuovi debiti se finalizzati alla conservazione dell'attività d'impresa, i crediti che sorgono godono del beneficio della prededuzione sia in ipotesi di successivo fallimento, sia nell'eventuale successivo concordato, ipotesi che si verifica nel caso in cui gli stessi sono sorti in occasione di un accordo *ex art. 182-bis*, L.F., sia infine nell'ambito della stessa procedura all'interno della quale gli stessi sono stati concessi. Al debitore è consentita anche la concessione di garanzie reali a favore dei titolari dei nuovi crediti prededucibili ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma terzo, L.F.

Infine, lo stesso legislatore ha rafforzato e semplificato la procedura grazie a cui al debitore è consentito di ottenere il c.d. *automatic stay* rispetto alle possibili iniziative esecutive e/o cautelari dei creditori insoddisfatti.

1.7. L'*automatic stay* statunitense, la *procédure de sauvegarde* francese e la loro influenza nell'ordinamento italiano

Nell'ordinamento statunitense uno degli istituti di diritto fallimentare più noti e importanti è costituito dall'*automatic stay*, un istituto che consente al debitore di beneficiare di una temporanea protezione dalle eventuali azioni dei creditori mediante il deposito di un atto con il quale il debitore medesimo manifesta la propria volontà di

addivenire ad una ristrutturazione del proprio indebitamento.

L'istituto dell'*automatic stay* rappresenta il principale strumento per consentire la ristrutturazione e il risanamento dell'impresa, allo scopo di salvaguardare la continuità e i valori delle attività aziendali.

Tale procedimento permette al debitore di godere di una protezione anticipata temporanea rispetto alle iniziative dei creditori, protezione che normalmente scatta soltanto nel momento dell'avvio della procedura concorsuale, in modo da consentire al debitore di comprendere, con maggiore serenità, se la sua impresa sia destinata ad una liquidazione o ad un risanamento e, conseguentemente, di poter così predisporre un piano il più possibile soddisfacente per i propri creditori.

Nello specifico, l'*automatic stay* è un effetto tipico dell'avvio della procedura prevista dal *Chapter XI del Bankruptcy Code*, procedura che inizia con il deposito di una richiesta (*petition*) da parte del debitore medesimo, nel quale dichiara di essere in stato di tensione finanziaria e di voler addivenire ad una ristrutturazione della propria posizione debitoria; non è necessario che il debitore dimostri di essere in stato di insolvenza, ne tanto meno che lo stato di insolvenza perduri da un certo periodo.

La legittimazione attiva al deposito della suddetta domanda spetta a qualsiasi imprenditore, ad eccezione di alcune tipologie di imprese, quali banche, società di assicurazione, istituzioni finanziarie, broker, che sono sottoposte a discipline speciali in tema di procedure concorsuali.

La procedura descritta al *Chapter XI* viene altresì denominata "*debtor in possession*" in quanto, anche successivamente al deposito della *petition* la gestione dell'impresa viene affidata al debitore, al quale il tribunale competente può affiancare un *trustee*, con il compito di supervisionare le attività poste in essere dal debitore, ovvero lo stesso tribunale può nominare altri esperti con il compito di esaminare specifici atti compiuti dal debitore e di effettuare apposite relazioni su tali atti e sull'andamento generale dell'impresa.

In aggiunta alla nomina, facoltativa del *trustee* e/o degli esperti, la disciplina statunitense prevede la costituzione obbligatoria di un apposito comitato dei creditori chirografari, e prevede altresì la facoltà in capo al tribunale competente e al *United States Trustee*, un rappresentante del *Department of Justice* responsabile della supervisione delle procedure concorsuali, di nominare altri specifici comitati dei creditori con il compito di valutare la proposta di ristrutturazione presentata dal debitore.

Il principale effetto determinato dal deposito della *petition* viene appunto definito con il termine *automatic stay*, vale a dire la protezione, quasi assoluta, del debitore da qualsiasi azione esecutiva svolta dai creditori nei suoi confronti, senza necessità di alcun provvedimento giurisdizionale o di notifica ai creditori stessi.

Nel periodo di *automatic stay*, il debitore può porre in essere determinati atti solo a seguito di apposita autorizzazione ottenuta dal tribunale competente; nello specifico si tratta dell'autorizzazione al pagamento dei dipendenti, dell'autorizzazione alla prosecuzione dei programmi per i consumatori, dell'autorizzazione al pagamento dei fornitori strategici e dell'autorizzazione all'assunzione di nuova finanza assistita da privilegi, pegni o ipoteche su beni di proprietà del debitore.

Il principale obbligo in capo al debitore consiste nella predisposizione e presentazione ai creditori di un apposito piano di ristrutturazione, il cui contenuto può essere il più ampio possibile a condizione che però consenta il risanamento della situazione debitoria dell'impresa stessa. Il termine previsto per la predisposizione del suddetto piano di ristrutturazione è di centoventi giorni dal deposito della *petition*, mentre il termine per chiederne l'accettazione è di centottanta giorni dal deposito della *petition*; i suddetti termini possono essere prorogati al massimo, rispettivamente, fino a diciotto e venti mesi.

La fase successiva al deposito del piano di risanamento da parte del debitore è costituita dalla votazione e dall'eventuale approvazione da parte dei creditori, con una maggioranza dei due terzi dell'ammontare dei crediti e del 50,1% del numero dei

creditori. Successivamente all'approvazione del piano dalla maggioranza dei creditori, lo stesso deve ricevere la *confirmation* da parte del tribunale; solo nel caso in cui superati due passaggi, ad esso deve poi essere data esecuzione.

Le notevoli potenzialità dell'*automatic stay* sono state immediatamente colte dai legislatori europei che, in maniere diverse, hanno progressivamente mutato il loro approccio al diritto delle procedure concorsuali e hanno cercato di introdurre istituti simili nei propri rispettivi ordinamenti.

In particolare, il legislatore francese, nel 2005, ha introdotto nel proprio ordinamento la *procédure de sauvegarde*. Tale procedura ha come finalità principale quella di favorire le soluzioni delle crisi d'impresa in un'ottica di ristrutturazione, e non di liquidazione, attribuendo così al debitore la facoltà di predisporre un piano di ristrutturazione, c.d. *plan de sauvegarde*, consentendogli così di beneficiare, per un periodo di tempo determinato, della protezione da possibili azioni esecutive e cautelari dei propri creditori.

Nello specifico, la *procédure de sauvegarde* è una procedura concorsuale, in quanto coinvolge l'intero patrimonio del debitore e tutti i soggetti che hanno con lo stesso un rapporto giuridico, sottoposta alla vigilanza dell'autorità giudiziaria ed ispirata al rispetto del principio concorsuale della *par conditio creditorum*.

I requisiti fondamentali, il cui rispetto consente l'accesso al tale procedura, sono definibili come requisito soggettivo e requisito oggettivo, e più precisamente, da un lato, la circostanza che il debitore sia un imprenditore individuale, ovvero un soggetto esercente una professione autonoma, o una persona giuridica di diritto privato e, dall'altro, la circostanza che il debitore sia in uno stato di tensione finanziaria, senza però versare in stato di *cessation des paiements*, cioè in uno stato in cui costui non è in grado di far fronte alle sue passività esigibili con il proprio attivo disponibile.

Infatti, nel caso in cui il debitore si trovi in stato di *cessation des paiements* al momento della richiesta di ammissione alla *procédure de sauvegarde*, ovvero nel caso in cui venga a

trovarsi in tale situazione nel corso della suddetta procedura, il tribunale competente non potrà né accogliere la richiesta del debitore, né consentire la continuazione della procedura già iniziata; in tal caso il tribunale potrà esclusivamente disporre l'apertura dell'analoga *procédure de redressement judiciaire*, la quale presuppone appunto che il debitore si trovi in stato di *cessation des paiements* da non più di sessantacinque giorni, ovvero all'ulteriore procedura di *liquidation judiciaire*.

Nell'ipotesi in cui il tribunale riscontri la sussistenza di tutte le condizioni previste dalla legge, ammette il debitore alla *procédure de sauvegarde* e, dal momento di tale ammissione, decorre il c.d. *période d'observation*, della durata massima di sei mesi, prorogabili di ulteriori sei mesi su istanza motivata del debitore, del commissario giudiziale o del pubblico ministero¹².

Contestualmente alla decisione in ordine all'ammissione del debitore alla *procédure de sauvegarde*, il tribunale competente nomina uno o più commissari giudiziali, c.d. *administrateur*, con il compito di assistere il debitore nella predisposizione del piano di ristrutturazione che dovrà essere sottoposto ai creditori e all'approvazione dello stesso tribunale, e vigilare sulle attività compiute dal debitore stesso. Pertanto, nel corso del *période d'observation* la gestione dell'impresa, e il possesso dei beni, restano di competenza dello stesso debitore, sottoposto alla vigilanza del commissario giudiziale; ciò non toglie, però, che il compimento di determinati atti possa essere compito solo dopo esplicita autorizzazione del giudice delegato alla procedura; in tal caso si tratta di atti di straordinaria amministrazione quali il pagamento di creditori anteriori all'apertura della procedura.

Il principale compito che il debitore deve svolgere nel *période d'observation* consiste nella predisposizione del piano di ristrutturazione che non può avere un contenuto esclusivamente liquidatorio e deve pertanto necessariamente prevedere la continuazione dell'attività di impresa con modalità tali che ne consentano il risanamento. I soggetti

¹² In casi eccezionali, il tribunale su istanza del solo pubblico ministero, può concedere un'ulteriore proroga di sei mesi del termine del *période d'observation*, la cui durata massima non può comunque eccedere i 18 mesi.

destinatari del *plan de sauvegarde* sono anzitutto i creditori; l'ordinamento francese prevede, a seconda dei casi, l'obbligo o la facoltà per il debitore di costituire comitati dei creditori. In particolare, le disposizioni del *Code de Commerce* prevedono espressamente la costituzione di due comitati dei creditori, il comitato degli istituti di credito e il comitato dei principali fornitori di beni e servizi, nell'ipotesi in cui l'impresa debitrice soddisfi i seguenti requisiti: obbligo di certificazione contabile dei bilanci, numero di lavoratori subordinati superiore a centocinquanta e fatturato superiore a venti milioni di Euro.

Il normale sbocco della *procédure de sauvegarde* consiste pertanto nella presentazione, da parte dell'impresa debitrice, del *plan de sauvegarde* ai propri creditori che devono successivamente partecipare alla votazione. Nell'ipotesi di maggioranza dei creditori favorevole al piano di ristrutturazione, lo stesso verrà successivamente sottoposto al controllo del tribunale.

Nel caso in cui, entro il termine fissato, il debitore non depositi nessun piano di ristrutturazione il tribunale dichiarerà aperta la procedura di *redressement judiciaire* o la procedura di *liquidation judiciaire*.

L'effetto tipico dell'apertura della *procédure de sauvegarde* consiste nella creazione di un'automatica protezione per il debitore nei confronti delle iniziative dei creditori, i quali non potranno avviare, né proseguire azioni individuali nei confronti del debitore e del suo patrimonio. Pertanto, anche nell'ordinamento francese si è realizzato l'*automatic stay* tipico dell'ordinamento statunitense, con le finalità di preservare gli *assets* produttivi e consentire così al debitore di poter predisporre il piano di ristrutturazione al riparo dai possibili attacchi dei propri creditori.

Il concordato con riserva

2.1. La natura del concordato con riserva

L'istituto del concordato con riserva è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il Decreto Legge rubricato “*Misure urgenti per la crescita del Paese*” del 22 giugno 2012, n. 83, successivamente convertito con la Legge 7 agosto 2012, n. 134 ed entrato in vigore il successivo 11 settembre 2012.

Tale istituto ha manifestato già a livello lessicale una certa poliedricità, in conseguenza della mancanza di una esplicita definizione legislativa, generando così una singolare creatività, sia nei provvedimenti che in dottrina e soprattutto nella prassi, in ordine alle espressioni coniate per denominare il nuovo istituto, tra cui figurano le espressioni “concordato preventivo con prenotazione” (Checcherini, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. Fall.*, 2013), “domanda prenotativa di concordato preventivo” (Fabiani, *La domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Foro.it*, 2012), “domanda anticipata di concordato” (Falcone, *Profili problematici del concordato con riserva*, in *Dir. Fall.*, 2013), “concordato preventivo senza piano” (Trib. Asti 24 settembre 2012, in *ilcaso.it*), “domanda anticipata di concordato preventivo”, “riserva di concordato” o “prenotazione di concordato”(Trib. Pistoia 30 ottobre 2012, in *ilfallimentarista.it*), “concordato in bianco” (Panziani, *Il concordato in bianco*, in *ilfallimentarista.it*); “concordato preventivo con riserva” (Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013; Del Linz, *La domanda di concordato con riserva*, in *Giur. Comm.*, 2013), “concordato al buio” o “pre-concordato” (Vella, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013).

Per coerenza lessicale con le disposizioni di cui all'art. 161, sesto comma, L.F., si ritiene preferibile l'espressione concordato con riserva in quanto è lo stesso legislatore che consente all'imprenditore di depositare la domanda di concordato riservandosi di

depositare successivamente la proposta, nonché il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo.

Lo strumento del concordato preventivo con riserva costituisce certamente il fulcro dell'ultima riforma in materia fallimentare, ispirata fortemente al modello statunitense del *Chapter 11 del Bankruptcy Code*, avente come finalità esplicita quella di concedere al debitore che si trova in uno stato di crisi, in conseguenza del deposito di una scarna domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il tempo necessario per elaborare e predisporre un dettagliato piano concordatario o di ristrutturazione dei debiti, completo della proposta di concordato, al riparo delle azioni esecutive e cautelari dei creditori¹³. L'intento del legislatore appare condivisibile in quanto finalizzato ad assicurare al debitore la possibilità di ottenere con la massima tempestività gli effetti protettivi della procedura concordataria, con il fine ultimo di incentivare l'emersione dello stato di crisi e di insolvenza.

Parte della dottrina¹⁴ osserva, però, che sarebbe stato preferibile che tali disposizioni fossero state accompagnate da una più generale disciplina riguardante gli strumenti di allerta, costituendo gli stessi gli unici mezzi veramente idonei a consentire l'emersione veramente tempestiva della crisi d'impresa e ad incentivare pertanto l'accesso immediato alle misure conservative e risanatorie.

Le disposizioni in tema di concordato con riserva rappresentano un riconoscimento esplicito della distinzione che la dottrina, già antecedentemente alla riforma del 2012, aveva individuato tra la domanda di concordato e la proposta concordataria; in quanto la prima rileva nel suo aspetto processuale, mentre la seconda è caratterizzata dalla

¹³ L. PANZIANI, in *Il concordato in bianco*, in ilfallimentarista.it evidenzia che “*l'esperienza americana non considera con favore i casi in cui la richiesta di ammissione alla procedura non è accompagnata od immediatamente seguita dalla presentazione del piano. La prassi è anzi nel senso che la domanda segue ad accordi già intervenuti almeno con una parte dei creditori, ai quali si è accompagnato sovente il mutamento del management con nuovi amministratori specialisti nella ristrutturazione e non compromessi con la precedente gestione*”. M. FABIANI, in *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in ilcaso.it, dopo aver indicato che l'esperienza statunitense si ritiene largamente positiva, ha posto in luce i rischi del modello “*calato nella nostra esperienza nella quale l'etica non pare facilmente comporre un sintagma con impresa*”.

¹⁴ Così F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pag. 41; L. PANZIANI, in *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove prospettive?*, in ilfallimentarista.it.

natura negoziale¹⁵.

Si definisce così una netta distinzione tra domanda, proposta e piano, in quanto la domanda, o ricorso, costituisce l'atto che introduce il procedimento ed è contenuto in un'istanza depositata presso il Tribunale competente, la proposta consiste, invece, in una formulazione rivolta ai creditori afferente gli elementi negoziali della soluzione concordataria prospettata agli stessi, mentre il piano rappresenta il programma redatto in forma analitica con cui il debitore si prefigura di conseguire le condizioni per l'adempimento della proposta, con indicazione della tempistica degli atti previsti nel piano medesimo.

Secondo parte della dottrina l'introduzione dell'istituto del concordato con riserva costituisce espressione dell'accentuato *favor* del legislatore verso le soluzioni concordatarie e negoziali della crisi di impresa con la finalità di preservare le strutture produttive ed aziendali da eventuali azioni esecutive o cautelari che potrebbero pregiudicare definitivamente le sorti dell'azienda¹⁶.

Numerose sono state anche le critiche rivolte all'istituto del concordato con riserva ed ai suoi possibili abusi costituendo un segnale palese della misura in cui lo strumento si connota per un orientamento ritenuto troppo favorevole alle soluzioni alternative al fallimento ed, almeno in apparenza, troppo incline dalla parte del debitore¹⁷. Il rischio

¹⁵ M. FABIANI, in *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in Foro.it, 2012, distingue altresì tra profilo volitivo, propositivo e argomentativo, rispettivamente della domanda, della proposta e del piano.

¹⁶ L.A. BOTTAI, in *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in Il Fallimento, 2012, pagg. 924 e ss., in cui rileva che “il dato 'politico' di maggior rilievo insiste, pertanto, nella chiara volontà di salvaguardare la continuità aziendale delle imprese, approntando efficaci strumenti normativi – espressi con un linguaggio tecnico finalmente appropriato – per disciplinare la fase più delicata della vita aziendale”; F. CALAGNA, in *Sulla modulazione giudiziale del termine per l'integrazione della domanda di concordato*, in ilfallimentarista.it, secondo la quale “mediante l'introduzione del concordato con riserva il legislatore ha inteso intensificare le misure di protezione offerte all'imprenditore in crisi, concedendogli un ulteriore *spatium deliberandi* durante il quale poter vagliare le concrete prospettive di recupero della propria attività (oppure, ove queste non fossero presenti, la predisposizione di un adeguato piano di liquidazione), senza dover tenere iniziative esecutive o cautelari da parte dei creditori”; F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pag. 41, in cui rileva che la previsione del concordato preventivo con riserva “è certamente utile, andando a colmare un'esecrabile lacuna normativa. E' ben noto, infatti, che spesso l'imprenditore in difficoltà non riesce a predisporre tempestivamente misure di superamento della crisi per la pressione a cui è sottoposta da parte di alcuni creditori più aggressivi”.

¹⁷ Così M. DEL LINZ, in *La domanda di concordato "con riserva"*, in Giurisprudenza Commerciale, 2013.

maggiormente paventato deriva dalla possibilità concessa al debitore di bloccare le azioni esecutive e cautelari con il semplice deposito della domanda c.d. in bianco, nelle ipotesi in cui la stessa venga utilizzata come “arma della disperazione” da parte di imprenditori irrimediabilmente decotti, consentendo così condotte non conformi alla legge che finirebbero per portare danni all'intero tessuto economico.

Altra parte della dottrina ha accolto favorevolmente il suddetto istituto, almeno per ciò che concerne la tempestiva emersione dello stato di crisi¹⁸.

A distanza di anni dall'introduzione dell'istituto del concordato in bianco, in considerazione della numerosità dei concordati con riserva a cui non ha fatto seguito la presentazione del piano e della proposta, è possibile evidenziare come nonostante l'intento del legislatore fosse, in linea di principio, quello di concedere al debitore il tempo necessario per predisporre la proposta, il piano e i documenti richiesti al riparo dalle possibili iniziative dei creditori sul patrimonio sociale, in una situazione di crisi per definizione, in numerose occasioni lo stesso istituto è stato utilizzato dal debitore al solo scopo di guadagnare del tempo nella speranza, poi rivelatasi vana, di trovare soluzioni che già in principio si erano profilate come di impossibile realizzazione, se non, nei casi più critici, per procrastinare la dichiarazione di fallimento.

2.2. La domanda anticipata di concordato

2.2.1. Le modalità di presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva

Ai sensi dell'art. 161, comma sesto, L.F., *“l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice”*.

¹⁸ Così L. STANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 10 e F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il Decreto Sviluppo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, che parla di “luci ed ombre”.

Quindi, secondo le disposizioni di cui all'art. 161, comma sesto, L.F., la domanda di concordato preventivo con riserva deve essere presentata mediante ricorso, conformemente a quanto avviene per il deposito della domanda di concordato c.d. pieno di cui all'art. 161, comma primo, L.F., senza specificazioni riguardanti la sottoscrizione della stessa da parte del debitore o da un difensore munito di procura, e se la domanda suddetta debba essere preventivamente approvata con le modalità prescritte dagli articoli 152, comma secondo, e 161, comma quarto, L.F.

Il ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., costituisce il primo atto, posto in essere dal debitore, avente come finalità l'emanazione da parte del Tribunale del decreto di ammissione alla procedura, che non potrà comunque essere pronunciato se non successivamente al deposito del piano, della proposta e dei documenti allegati. Conseguentemente, anche se la domanda di concordato con riserva si considera il primo atto del procedimento concordatario, il provvedimento che il Tribunale assumerà in conseguenza del deposito non potrà, in nessun caso, essere il decreto di ammissione alla procedura.

Circa la natura del ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., sono state affacciate, sia in giurisprudenza, che in dottrina interpretazioni di segno opposto.

Secondo taluni autori, il ricorso avrebbe la funzione di concedere al debitore un lasso di tempo per consentirgli la *"messa a punto della soluzione concordata della crisi"*¹⁹. Infatti, la predisposizione della domanda definitiva di concordato preventivo e l'allegazione della documentazione richiesta, ai sensi dell'art. 161, comma secondo e terzo, potrebbe richiedere molto tempo, generando così un eventuale pregiudizio degli equilibri patrimoniali e della stabilità aziendale di un'impresa già in difficoltà; pertanto il protrarsi della presentazione di una domanda di concordato preventivo c.d. pieno, potrebbe rendere maggiormente vulnerabile l'azienda rispetto alle iniziative esecutive e cautelari dei singoli creditori.

Parte minoritaria della dottrina sostiene la tesi secondo cui il ricorso *ex art.* 161,

¹⁹ Tribunale Pistoia 30 ottobre 2012, in Fallimento, 2013.

comma sesto, L.F., presenterebbe, in via alternativa, la natura di domanda di concordato preventivo ovvero di istanza per l'ottenimento di un termine di protezione a mero contenuto organizzativo; tale tesi consentirebbe la distinzione tra fattispecie forti e fattispecie deboli, a seconda che il debitore anticipi, già nel ricorso, alcuni elementi della proposta e/o del piano, o eviti assolutamente di anticipare il contenuto degli stessi. Le critiche rivolte a tale tesi si fondano, principalmente, sull'arbitrarietà delle distinzioni e sull'assunto secondo cui la domanda di concordato con riserva introduce la procedura di concordato.

E' prassi comune sostenere che il ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, si risolve in "poche pagine", ma ciò non deve portare alla conclusione secondo cui esso si sostanzierebbe in un a specie di "*foglietto sostanzialmente vuoto di contenuto*"²⁰, in cui il debitore ricorrente esprime una scarna e sintetica dichiarazione di volontà di presentare, successivamente, la proposta e il piano, senza che la stessa presenti effettivi contenuti sostanziali.

E' infatti nel significato di domanda prenotativa che la giurisprudenza maggioritaria ha elaborato il contenuto della stessa, indicando il contenuto e la documentazione da allegare al ricorso al fine di evitare facili speculazioni che avrebbero permesso la presentazione di domande di concordato c.d. prenotative, aventi come unico fine quello di ritardare altre procedure concorsuali, quali il fallimento.

Anche secondo parte della dottrina²¹, dalle disposizioni normative vigenti è possibile distinguere, in riferimento al contenuto del ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, tra un contenuto c.d. necessario ed un contenuto c.d. eventuale; il primo consiste nell'insieme di informazioni e di documentazione allegata che la domanda di concordato preventivo deve necessariamente avere, la cui mancanza determinerebbe l'emanazione di una dichiarazione di inammissibilità.

Il contenuto c.d. eventuale è il contenuto che non è prescritto dalle norme di legge a

²⁰ Così F. LAMANNA, in *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in ilfallimentarista.it.

²¹ Così M.ARATO in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pagg. 60 e ss.

pena di inammissibilità, ma che varia in funzione degli atti che il ricorrente ha intenzione di compiere durante l'intervallo di tempo intercorrente dalla data del deposito *ex art.* 161, comma sesto, L.F., e la scadenza del termine concesso dal Tribunale per il deposito della domanda di concordato preventivo o del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'introduzione di indicazioni afferenti il percorso di ristrutturazione che il debitore intende perseguire, la descrizione delle linee guida²² del piano mediante il quale la stessa verrà posta in essere, nonché le richieste di autorizzazioni relative al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, o l'autorizzazione per l'ottenimento di nuovi finanziamenti o la richiesta di autorizzazioni al pagamento di fornitori strategici anteriori al deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva, ai sensi dell'*art.* 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., costituiscono esempi del contenuto c.d. eventuale della domanda prenotativa. Tali elementi possono altresì essere presentati dal debitore anche nel corso della procedura, contestualmente alla definizione del percorso di ristrutturazione previsto.

Come già riportato in precedenza, non solo la dottrina, ma anche parte maggioritaria della giurisprudenza tende ad allargare il contenuto del ricorso, principalmente subordinando la concessione delle diverse autorizzazioni al chiarimento da parte del debitore delle sue reali intenzioni circa il proprio percorso di ristrutturazione aziendale. Tale orientamento trova giustificazione sia nell'impossibilità di concedere autorizzazioni in presenza di una domanda di concordato preventivo con riserva assolutamente generica, sia in considerazione del fatto che, in assenza delle linee guida del piano di ristrutturazione, l'esperto che deve attestare la funzionalità delle autorizzazioni richieste, nonché il Tribunale che deve concedere l'autorizzazione, non si troverebbero nelle condizioni di comprendere se gli atti per cui le autorizzazioni

²² Tribunale Reggio Emilia, 25 ottobre 2012, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, secondo cui nel ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., debbano essere indicati “*almeno i tratti essenziali della proposta e del piano*”, in modo da consentire al Tribunale di comprendere se ricorrano i presupposti per l'autorizzazione al compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

vengono richieste, siano o meno funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori, evento che costituisce la condizione fondamentale a cui il rilascio delle stesse autorizzazioni è subordinato.

2.2.2. Gli effetti immediati del deposito del ricorso

La presentazione della domanda di concordato preventivo non comporta l'immediata improcedibilità delle istanze di fallimento pendenti al momento del deposito, ma il relativo divieto diventa operativo soltanto successivamente all'esito della fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo e rimane tale sino alla definitiva omologazione. Soltanto nell'ipotesi in cui si manifestasse l'inammissibilità della domanda ovvero la mancata omologazione il Tribunale procederà alla valutazione delle istanze di fallimento sospese.

Nell'ipotesi in cui sia pendente, al momento della presentazione del ricorso *ex art. 161*, comma sesto, L.F., istanza di fallimento, il tribunale avrà l'obbligo di sospendere il procedimento pre-fallimentare fino alla definizione della domanda prenotativa, ovvero fino all'omologa o fino agli eventuali provvedimenti che rendono non proseguibile la procedura di dichiarazione di inammissibilità di rigetto della domanda, nonché la revoca della procedura *ex art. 173*, L.F., o mancanza di approvazione dei creditori della proposta concordataria²³.

Si segnala che diverse sentenze di merito²⁴ hanno ritenuto necessario un coordinamento tra la procedura di fallimento e la procedura di concordato preventivo, attraverso il bilanciamento degli interessi in contrasto²⁵, parimenti tutelati dall'ordinamento positivo, giungendo alla conclusione che il giudice potrebbe dare precedenza all'istanza di fallimento, precludendo la prospettiva concordataria, solo

²³ Tribunale Milano, Verbale del Plenum del 18 ottobre 2012.

²⁴ Tribunale Terni, 18 luglio 2012, in *ilcaso.it*.

²⁵ Si fa riferimento all'interesse del creditore a promuovere l'esecuzione concorsuale contro il debitore in stato di insolvenza, e quello del debitore di accedere agli strumenti alternativi di soluzione della crisi; interesse, quest'ultimo, indubbiamente rafforzato dalle recenti riforme protese a stimolare composizioni concordate della crisi, ritenute preferibili rispetto all'estremo esito fallimentare.

nelle ipotesi in cui la domanda di concordato preventivo sia non rituale ed incompleta, ove essa si configuri come un'evidente forma di abuso dello strumento concordatario, ovvero quando la stessa pregiudichi evidentemente ed irrimediabilmente una più proficua liquidazione fallimentare in danno dei creditori.

2.2.3. Il Tribunale competente

Le disposizioni di cui all'art. 161, comma sesto, L.F, non specificano in modo chiaro quale sia il Tribunale competente; di talché si ritiene applicabile la disposizione di cui all'art. 161, comma primo, L.F., secondo cui la competenza spetta al giudice del luogo ove l'impresa ha la propria sede principale, risultando irrilevanti eventuali cambiamenti di sede intervenuti nell'anno antecedente al deposito della domanda di concordato preventivo con riserva. Pertanto, la competenza spetta al medesimo Tribunale competente a conoscere la successiva domanda di concordato preventivo c.d. piena o la successiva domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Nell'ipotesi in cui più società sono collegate tra di loro, il Tribunale competente si determina, singolarmente, per ciascuna società secondo la propria sede sociale, anche nel caso in cui l'assoggettamento delle varie società ad una direzione unitaria possa, nei fatti, comportare l'individuazione della sede effettiva in coincidenza con la sede legale della società controllante.

Anche nella procedura di concordato preventivo con riserva, non trova applicazione la norma speciale dettata dall'art. 9-*bis*, L.F., che consente il Tribunale adito, nel caso in cui ritenga di dover declinare la propria competenza dispone la trasmissione d'ufficio del fascicolo al Tribunale ritenuto competente.

In riferimento alla questione circa il soggetto a cui compete la sottoscrizione della domanda di concordato con riserva si rimanda al paragrafo 2.3.4.

2.2.4. La necessaria assistenza di un difensore

Preliminarmente, occorre osservare che il ricorso *ex art.* 161, sesto comma, L.F., costituisce l'unico atto con cui il debitore proponente si rivolge al Tribunale, dal momento che per l'avvio del procedimento di concordato preventivo è necessario solo il successivo deposito del piano, della proposta e dei documenti allegati, escludendo quindi che il debitore debba presentare un successivo ricorso per l'avvio del procedimento.

La questione relativa alla necessità che il ricorso debba essere presentato con l'assistenza di un avvocato è emersa dalle disposizioni del Tribunale di Milano²⁶, il quale ha espressamente specificato che “*trattandosi di domanda formulata 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*”. A tale conclusione si giunge sulla base del principio generale di cui all'art. 82, secondo comma, c.p.c., a tenore del quale, nell'ipotesi in cui venga adito il Tribunale con un procedimento giurisdizionale, la parte deve essere assistita da un avvocato, salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti.

Nel caso della domanda di concordato preventivo con riserva non vi è nell'ordinamento alcuna espressa norma che legittimi il debitore a presentare la domanda *ex art.* 161, comma sesto, L.F., senza l'ausilio di un difensore.

L'interpretazione formulata dal Tribunale di Milano costituisce l'orientamento maggioritario della giurisprudenza; ma è stata anche oggetto di numerose critiche e di interpretazioni divergenti²⁷, che considerano sufficiente la sottoscrizione del ricorso da parte del debitore e, nel caso in cui il ricorrente sia una società, dal proprio legale rappresentante. Peraltro, in tale ipotesi è necessario che il debitore documenti l'esistenza in capo al sottoscrittore di adeguati poteri di rappresentanza; la prassi dei

²⁶ Tribunale di Milano – Seconda Sezione Civile Fallimenti – Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di concordato preventivo a seguito del Decreto Sviluppo, Verbale del plenum del 20 settembre 2012.

²⁷ Tribunale di Monza – Orientamenti del Plenum “*Domanda di concordato con riserva di produzione della proposta, del piano e della documentazione*”, 9 ottobre 2013, in cui è scritto che “*non si reputa necessaria l'assistenza di un legale*”.

giudici di merito è quella di verificare l'esistenza dei suddetti poteri in capo a chi sottoscrive il ricorso ed, in caso di dubbi o incertezze, richiedere chiarimenti o supplementi di istruttoria.

Secondo altri autorevoli autori²⁸, la firma del debitore deve essere autenticata, al momento della presentazione del ricorso, almeno dal funzionario di Cancelleria onde evitare possibili strumentalizzazioni dell'istituto concordatario.

Si precisa però che, mentre nell'ipotesi di domanda di concordato *ex art.* 161, comma primo, L.F., il contenuto negoziale dell'atto, che prevede la formulazione di una proposta ai creditori, giustifica la disposizione che la stessa domanda sia proposta con ricorso sottoscritto dal debitore, il ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., non contiene alcuna proposta rivolta ai creditori, in quanto lo stesso ha la sola natura di ricorso al Tribunale competente, pertanto parte della dottrina²⁹ ritiene che non si ravvisino le ragioni per cui il ricorso debba essere firmato dal debitore o dal suo legale rappresentante.

2.3. I requisiti della domanda di concordato preventivo con riserva

2.3.1. I requisiti soggettivi

Preliminarmente, si rappresenta che siccome la domanda di concordato preventivo con riserva introduce una procedura concordataria, non ricorrono presupposti diversi rispetto a quelli richiesti per la domanda di concordato preventivo di cui all'art. 161, comma primo, L.F.

Pertanto, per ciò che concerne il requisito soggettivo si ritiene che siano legittimati a presentare domanda di concordato preventivo con riserva gli imprenditori che sono assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo ai sensi dell'art. 1, L.F.

²⁸ Così E. CECCHERINI, in *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 2, pagg. 319 e ss.

²⁹ Così C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pagg. 270 e ss.

Si ritiene doveroso precisare che, secondo la parte della dottrina³⁰, vi sono degli imprenditori che, benché non siano soggetti alle disposizioni sul fallimento e concordato preventivo, in quanto non superano le soglie di fallibilità di cui all'art. 1, L.F., sarebbero comunque legittimati ad accedere alla procedura di cui all'art. 182-*bis*, L.F.; si fa riferimento agli imprenditori c.d. non fallibili, tra cui rientra la figura dell'imprenditore agricolo, a cui sembrerebbe concessa, in alternativa all'ammissione alla procedura della composizione della crisi da sovra-indebitamento di cui alla L. n. 3/2012, l'ammissione alla procedura di cui all'art. 182-*bis*, L.F.

Tenendo pertanto conto che uno dei possibili sbocchi della procedura di concordato preventivo con riserva è, appunto, la procedura di cui all'art. 182-*bis*, L.F., si potrebbe ipotizzare che i soggetti c.d. non fallibili siano comunque legittimanti a presentare domanda prenotativa di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

A tale questione la dottrina unanime da risposta negativa in quanto per gli imprenditori c.d. non fallibili la procedura della composizione delle crisi da sovra-indebitamento debba prevalere su tutte le altre procedure concorsuali, in ragione del principio di specialità delle disciplina prevista dalla Legge n. 3/2012.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono si ritiene escluso che possa essere ammesso alla procedura di concordato preventivo con riserva l'imprenditore agricolo e gli altri imprenditori c.d. non fallibili. Tale interpretazione è adottata altresì senza restrizioni dalla giurisprudenza di merito.

Quindi, i soggetti legittimati a presentare domanda di concordato preventivo con riserva sono:

- gli imprenditori commerciali, nel rispetto dei limiti dimensionali;
- le società di fatto, le società di persone collettive irregolari, in quanto non è più

³⁰ E' stata anche ampiamente discussa la legittimazione ad accedere alla procedura di cui all'art. 182-*bis*, L.F., per banche, SIM, SICAV e SGR, che ai sensi, rispettivamente, dell'art. 80, comma sesto, D.Lgs. n. 385 del 1993 e dell'art. 57, comma terzo, D.Lgs. n. 58 del 1998, sono soggette esclusivamente alla procedura della liquidazione coatta amministrativa con esclusione di qualsiasi altra procedura concorsuale.

previsto il requisito dell'iscrizione al Registro delle Imprese; tale soluzione appare condivisibile in quanto l'imprenditore non iscritto può sempre iscriversi al Registro delle imprese contestualmente al deposito del ricorso in Tribunale, ovvero potrebbe essere iscritto d'ufficio;

- le società in liquidazione;
- le imprese che, considerando le dimensioni, potrebbero essere assoggettate alle procedure di amministrazione straordinaria in quanto le stesse procedure presuppongono uno stato di insolvenza conclamato ed irreversibile.

In relazione alla domanda di preconcordato depositata dall'imprenditore cessato o dagli eredi dell'imprenditore defunto, parte minoritaria³¹ della dottrina ritiene che il ricorso possa essere comunque presentato entro un anno dalla cessazione dell'attività o della morte, mentre altri autori³² ritengono che, essendo lo stato di crisi uno dei presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, tale requisito difetterebbe nell'ipotesi di imprenditore cessato o defunto.

La dimostrazione del possesso dei requisiti soggettivi può essere agevolata, oltre che allegando, a pena di inammissibilità, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, indicando nel ricorso i valori riferiti all'attivo e ai ricavi dell'ultimo triennio ed ai debiti esistente alla data della presentazione della domanda prenotativa. Con riferimento al requisito soggettivo relativo alla qualifica di imprenditore commerciale, lo stesso può essere dimostrato con la descrizione dell'attività svolta, nonché allegando certificati della CCIAA ovvero di altri documenti comprovanti l'effettiva attività svolta, quali, ad esempio, autorizzazioni e licenze.

2.3.2. I requisiti oggettivi

La sussistenza del requisito oggettivo dello stato di crisi deve essere valutata sulla base

³¹ Così M.ARATO, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pag. 42.

³² Così C. TARENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 254; conforme Tribunale di Pescara 20 ottobre 2005, in *ilcaso.it*.

delle risultanze emergenti dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; eventuali dubbi circa la sussistenza dello stato di crisi, tali da legittimare il provvedimento di ammissione alla procedura, possono essere risolti facendo ricorso al potere assegnato allo stesso Tribunale, ai sensi dell'art. 162, comma primo, L.F., di concedere un termine al debitore ricorrente per integrare la documentazione già presentata al momento del deposito del ricorso.

Essendo particolarmente dettagliata la dimostrazione del requisito oggettivo di cui all'art. 160, commi primo e terzo, L.F., in quanto non appare sufficiente descrivere sommariamente lo stato di insolvenza o di crisi dell'impresa, la prassi evidenzia come frequentemente già nella domanda sono riportati alcuni indici di capacità finanziaria, dalla cui lettura l'interprete può comprendere in maniera più agevole quale è lo stato in cui l'impresa si trova, di crisi o di insolvenza³³.

Tra i presupposti per l'accesso alla procedura di concordato preventivo vi è anche l'inesistenza di impedimenti processuali, quali la pendenza di altra procedura concorsuale e la presentazione nel biennio precedente di un'altra domanda di concordato preventivo con riserva cui non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ovvero l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma primo, L.F.

La *ratio* della suddetta norma consiste nel precludere al debitore di reiterare domande di concordato preventivo aventi finalità meramente dilatorie e prive di qualsiasi concreta volontà di addivenire ad una veloce composizione della propria crisi aziendale.

La disposizione prevista dall'art. 161, comma nono, L.F., secondo cui la domanda c.d. prenotativa “è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura

³³ Tra gli indici finanziari più frequenti vi è l'indice dell'indebitamento finanziario netto, dato dalla differenza tra le poste passive di natura finanziaria (debiti finanziari e titoli di debito emessi dalla società) e quelle attive (disponibilità liquide ed altre attività finanziarie presenti nell'attivo). Tale indicatore, se considerato isolatamente, esprime il livello di indebitamento; mentre confrontato con il patrimonio netto esprime la solidità o meno della struttura.

di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”, presenta la finalità di imporre al debitore, nel momento in cui decide di accedere alla procedura di concordato preventivo con riserva, di intraprendere un percorso di ristrutturazione in modo serio e convinto che lo porti o alla presentazione di una domanda di concordato preventivo, ovvero al deposito di un ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, comma primo, L.F.

E', infatti, solo in presenza di un comportamento convinto e concludente del debitore ricorrente che il legislatore ritiene legittimo limitare in modo piuttosto significativo i diritti dei creditori attribuendo al debitore la protezione da ogni eventuale iniziativa cautelare od esecutiva posta in essere dagli stessi.

Contrariamente, nell'ipotesi in cui al debitore sia concessa la possibilità di reiterare, senza alcun limite, la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva senza che la stessa sfoci in una procedura concreta, quale il concordato preventivo definitivo o l'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, comma primo, L.F., il debitore stesso sarebbe incentivato, non a proseguire un serio percorso di ristrutturazione, ma a procrastinare la propria situazione di crisi, provocando così un pregiudizio insanabile nei confronti dei propri creditori.

2.3.3. Il verbale *ex art. 152* L.F.

La disposizione di cui all'art. 161, comma quarto, prevede che *“per le società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152”*.

La spinosa questione relativa alla preventiva approvazione o deliberazione ai sensi dell'art. 152, comma secondo, L.F., necessita di approfondite considerazioni.

Preliminarmente va ricordato che il ricorso per concordato preventivo introduce una vera e propria procedura di concordato preventivo, anche se momentaneamente priva della proposta e del piano e dei documenti allegati *ex art. 161*, comma secondo, L.F.; ciò implicherebbe che devono essere applicate tutte le norme generali dettate dal

legislatore circa il contenuto del ricorso per l'ammissione dalla procedura di concordato preventivo, con la precisazione che tale regola generale deve essere coordinata con le disposizioni specifiche per l'istituto del concordato con riserva.

Pertanto, secondo l'orientamento³⁴ per cui nel momento in cui il debitore deposita la domanda prenotativa di concordato preventivo *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, il ricorrente richiede l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, già con il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva si imporrebbe il rispetto dei requisiti procedurali di cui agli articoli 152, comma secondo, e 161, comma quarto, L.F.; implicando così che la delibera assembleare o la determina dell'organo amministrativo della società debitrice deve risultare da verbale redatto da un notaio. A giustificazione di tale tesi si considera l'assunto che comunque, seppur prenotativo, si tratta sempre di un ricorso contenente la domanda di concordato con riserva di presentare la proposta definitiva successivamente³⁵; e che quindi, considerato il rilievo e le possibili conseguenze derivanti dall'iniziativa intrapresa con la presentazione della domanda, sembrerebbe ragionevole imporre, anche per la domanda prenotativa di

³⁴ Tribunale Modena, 28 novembre 2012, in *ilcaso.it*, la quale ha osservato che “*con il ricorso ex art. 161 VI co. l.f. l'imprenditore, nel mentre chiede un termine per integrare la documentazione di corredo della domanda prevista dai commi secondo e terzo dell'art. 161 l.f., formula già istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo e questa, per ragioni di certezza e pubblicità, deve quindi essere deliberata dall'amministratore nelle forme previste dal quarto comma dell'art. 152 l.f., salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto*”. Tribunale Cagliari, 20 settembre 2012, *ilcaso.it*; Tribunale Mantova, 14 marzo 2013, in *ilcaso.it*, il quale ha osservato che “*con il ricorso ex art. 161 VI co. l.f. L'imprenditore, nel mentre chiede un termine per integrare la documentazione di corredo della domanda prevista dai commi secondo e terzo e dell'art. 161 l.f., formula già istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo e questa, per ragioni di certezza e pubblicità, deve quindi essere deliberata dall'amministratore nelle forme previste dal quarto comma dell'art. 152 l.f., salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto*”. M. DE LINZ, in *La domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2013, in cui sostiene che la domanda di concordato preventivo con riserva deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152, L.F., in quanto tale articolo, a cui si rifa l'art. 161, L.F., menziona la domanda di concordato senza migliore specificazione, sia perché la domanda di concordato con riserva è una vera e propria domanda di concordato, sia pure priva del piano e della proposta, si infine per le rilevanti conseguenze che dal deposito della domanda prenotativa possono conseguire.

³⁵ Così E. CECCHERINI, in *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, pagg. 323 e ss., il quale giustifica l'obbligatorietà del deposito della deliberazione *ex art. 152 L.F.*, adducendo che per le società di persone il concordato ha incidenza immediata sui patrimoni personali dei soci, mentre per le società di capitali, il deposito senza la relativa deliberazione genererebbe possibili speculazioni da parte del debitore a danno di creditori a seguito del divieto di prosecuzione o di inizio di azioni esecutive e cautelari a suo carico dal momento del deposito della domanda di prenotazione.

concordato, l'apposita deliberazione dell'organo amministrativo ovvero l'acquisizione della volontà della maggioranza dei soci.

Infatti, la *ratio* e le finalità perseguite dagli articoli 152, comma secondo, e 161, comma quarto, L.F., consistenti nel garantire che una decisione avente notevole rilevanza, sia per il debitore che per i suoi creditori, venga sottoposta a specifiche autorizzazioni, sussisterebbero anche nel caso di deposito della domanda di concordato preventivo con riserva.

Nello specifico, nell'ipotesi di domanda presentata da una società di persone la deliberazione dovrà essere approvata dai soci che rappresentino la maggioranza assoluta del capitale sociale, mentre nelle società di capitali l'atto dovrà essere deliberato dall'organo amministrativo; in entrambi i casi la predetta deliberazione deve risultare da verbale redatto da un notaio e, secondo un'interpretazione più rigorosa³⁶, la stessa deliberazione dovrebbe essere pubblicata anteriormente al ricorso nel Registro delle Imprese.

La revisione del 2012 ha introdotto la distinzione tra domanda, proposta e piano; ma la disposizione di cui all'art. 152, risalente al 1942, si riferisce indistintamente alla proposta, genericamente denominata.

Pertanto, parte della dottrina³⁷ e della giurisprudenza³⁸ ritiene che la delibera assembleare o la determina dell'organo amministrativo *ex art.* 152, comma secondo, L.F., e il relativo verbale redatto da notaio si riferiscono non alla domanda di concordato con riserva, ma alla proposta e alle condizioni del concordato nella formulazione definitiva; pertanto, secondo tale interpretazione, i requisiti previsti dagli articoli 152, comma secondo, e 161, comma quarto, L.F., devono essere presenti al momento in cui il debitore deposita in Tribunale la domanda definitiva di concordato

³⁶ Tribunale Pisa, 21 febbraio 2013, in *ilcaso.it*.

³⁷ Così M. VITIELLO, in *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pagg. 31-32, in cui afferma: “La delibera notarile deve essere prodotta unitamente alla proposta, tenendo conto che ciò che rileva è dare prova della corrispondenza tra l'oggetto della delibera ed il contenuto delle proposte. La delibera o determina risultante dal verbale notarile che si riferisca alla domanda in bianco può essere considerata inutile, e quindi non necessaria”.

³⁸ Tribunale Milano, 21 febbraio 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Milano, 24 ottobre 2012, in *ilcaso.it*.

preventivo, quindi nel momento in cui costui dimostra inequivocabilmente di voler accedere alla suddetta procedura.

A sostegno di tale tesi vi è l'osservazione secondo cui nel pre-concordato, per definizione, il piano e la proposta non vengono depositati contestualmente al ricorso, ma il debitore formula riserva espressa di depositarli nei termini concessi dal Tribunale; e che, quindi, al momento del deposito della domanda *ex art.* 161, comma sesto, L.F., i termini della proposta e del piano non sono ancora noti allo stesso debitore, di talché l'adempimento di cui all'*art.* 152, comma secondo, L.F., non può essere esaurito con il primo atto, precedente la domanda prenotativa, ma necessariamente deve essere integrato da un atto successivo, nel momento in cui il piano e la proposta siano stati definitivamente redatti e depositati.

2.3.4. L'ulteriore documentazione allegata

Ai sensi dell'*art.* 161, comma sesto, L.F., devono obbligatoriamente essere allegati alla domanda di concordato preventivo con riserva, a pena di inammissibilità, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e, per disposizione introdotta con la manovra del 2013, c.d. Decreto del Fare, un elenco nominativo dei creditori con i relativi crediti.

L'obbligo di presentazione dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi trova giustificazione nell'esigenza di consentire al Tribunale di verificare in capo al debitore la sussistenza del presupposto soggettivo del superamento delle soglie di fallibilità cui all'*art.* 1, comma secondo, L.F., e del requisito oggettivo dello stato di crisi.

Tale sommaria verifica si rende necessaria al fine di individuare i possibili casi di utilizzo strumentale della procedura di concordato preventivo con riserva da parte di debitori che, invece che essere intenzionati a fornire plausibili proposte di ristrutturazione della propria posizione debitoria, sono intenzionati unicamente a ritardare, o a non pagare, i propri creditori.

Inoltre, sarebbero ritenute ammissibili, come produzioni documentali, soltanto i

bilanci già depositati presso il Registro delle Imprese.

Non è ammessa la produzione di documenti equipollenti, quali il Modello Unico, in quanto caratterizzato dalla natura frammentaria e scollegata dei dati dallo stesso desumibili, tenuto conto altresì della sua inidoneità ad evidenziare l'evoluzione economica, finanziaria, e patrimoniale dell'impresa.

L'obbligo di deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi potrebbe risultare difficoltoso e problematico laddove il ricorrente non abbia ancora approvato il bilancio relativo all'ultimo esercizio. Si segnala la prassi, piuttosto rigorosa, adottata da alcuni Tribunali³⁹, che richiedono che in tali casi sia depositata una situazione economico-patrimoniale aggiornata ad una data antecedente di non oltre un mese⁴⁰ dalla presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva.

Tale orientamento è stato criticato da diversi autori, sia perché sembrerebbe introdurre una non giustificata disparità di trattamento tra società che non hanno approvato il bilancio relativo all'ultimo esercizio e società che hanno adempiuto tempestivamente a tale obbligo, sia perché la una situazione economico-patrimoniale non antecedente di oltre trenta giorni la data del deposito del ricorso appare non conforme ad altre disposizioni di legge e ad orientamenti consolidati in materia di deposito di situazioni patrimoniali infra-annuali⁴¹.

Nell'ipotesi in cui il ricorrente non sia tenuto per legge alla redazione del bilancio annuale, come nel caso delle società di persone o degli imprenditori individuali, si ritiene che all'atto del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva debbano essere allegate le scritture contabili di cui all'art. 2214, c.c., nonché una

³⁹ Tribunale Milano - Seconda Sezione Civile Fallimenti – Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di concordato preventivo a seguito del Decreto Sviluppo, Verbale riassuntivo del Plenum del 20 settembre 2012; Tribunale Monza, Orientamenti del Plenum “*Domanda di concordato con riserva di produzione della proposta, del piano e della documentazione*”, 9 ottobre 2013; Tribunale Asti 24 settembre 2012, in ilfallimentarista.it; Tribunale Bolzano, 25 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013.

⁴⁰ La predisposizione di una situazione economico-patrimoniale, specie in realtà imprenditoriali di elevate dimensioni, è un'attività che richiede tempi piuttosto lunghi; ciò potrebbe rendere complicato il rispetto del breve requisito temporale richiesto dalla giurisprudenza.

⁴¹ Ad esempio nel caso di operazioni straordinarie di fusione, in cui si richiede che la situazione patrimoniale non sia antecedente di oltre 120 giorni alla data in cui viene compiuto l'atto.

situazione economico-patrimoniale aggiornata.

A seguito dell'emanazione del Decreto del Fare, il corredo documentale da allegare alla domanda di concordato preventivo con riserva si è ampliato, richiedendo altresì il deposito, a pena di inammissibilità, di un elenco nominativo ed analitico dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti, senza però l'indicazione delle rispettive cause di prelazione.

La funzione di questo ulteriore documento è ricollegata al potere in capo al Tribunale, introdotto con il medesimo decreto del 2013, di convocazione dei creditori, come disciplinato dall'art. 161, comma ottavo, L.F.

La *ratio* è verosimilmente corretta, ma si osserva che non risulta prescritto che l'elenco contenga anche gli indirizzi ed i recapiti dei singoli creditori; cosicché se lo scopo era quello di consentire al Tribunale di convocare agevolmente i creditori nel corso della procedura di concordato preventivo con riserva, la norma avrebbe dovuto specificare più dettagliatamente il contenuto del suddetto elenco.

Infine, si segnala un orientamento giurisprudenziale⁴² che ha integrato l'insieme delle produzioni documentali prescritte, il cui deposito è richiesto unitamente al ricorso *ex* art. 161, comma sesto, al fine di consentire agevolmente al Tribunale il compimento dei necessari accertamenti in ordine alla sussistenza in capo al debitore ricorrente dei requisiti oggettivi e soggettivi per accedere alla procedura di concordato preventivo con riserva.

In particolare, viene richiesto il deposito di un certificato camerale aggiornato, al fine di verificare la competenza territoriale del Tribunale medesimo, nonché copia delle dichiarazioni fiscali ai fini IVA, delle dichiarazioni dei redditi e delle scritture contabili obbligatorie, al fine di verificare la sussistenza dei requisiti di fallibilità.

⁴² Linee Guida del Tribunale di Milano, Verbale del Plenum del 20 settembre 2012; Linee Guida del Tribunale di Monza, Verbale del Plenum del 9 ottobre 2012.

2.4. Gli effetti del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva e della sua iscrizione nel registro delle imprese

Al momento del deposito del ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, secondo la disposizione di cui al comma quinto del medesimo articolo, la domanda di concordato preventivo con riserva viene “*comunicata al Pubblico Ministero ed è pubblicata, a cura del cancelliere, presso il Registro delle Imprese entro il giorno successivo al deposito in Cancelleria*”.

Il deposito e l'iscrizione della domanda di concordato preventivo con riserva producono importanti conseguenze, sia per il debitore ricorrente, sia per i creditori e per tutti gli atti dagli stessi posti in essere antecedentemente al deposito del suddetto ricorso.

In particolare, dalla data del deposito della domanda prenotativa, il debitore è sottoposto al regime previsto dall'*art. 161, comma settimo, L.F.*, secondo cui allo stesso è consentito porre liberamente in essere tutti gli atti di ordinaria amministrazione, mentre è preclusa la possibilità di compiere gli atti di straordinaria amministrazione, ad eccezione degli atti urgenti autorizzati dal Tribunale.

Ulteriori effetti del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva consistono nell'impossibilità per il debitore di provvedere al pagamento dei creditori antecedenti, se non in presenza delle condizioni di cui all'*art. 182-quinquies, comma quarto, L.F.*, nonché nell'impossibilità di contrarre nuovi debiti in assenza delle condizioni previste dall'*art. 182-quinquies, comma primo, L.F.* E' altresì prevista l'applicazione della disciplina prevista dall'*art. 182-sexies*, consistente nell'inapplicabilità delle norme sulla riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto e 2482-ter c.c., nonché delle norme sullo scioglimento delle società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli. 2484, n. 4) e 2545-duodecies c.c.

L'inapplicabilità delle norme di cui sopra deriva dall'interpretazione dell'apertura della procedura di concordato preventivo come causa di sospensione degli obblighi di

ricapitalizzazione e della causa di scioglimento delle società.

La pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel Registro delle Imprese ha come finalità principale il prodursi degli effetti protettivi previsti dall'art. 168, L.F.; di talché dalla data di pubblicazione del ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., nel Registro delle Imprese, a tutti i creditori per titolo o causa anteriore è precluso, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sull'intero patrimonio del debitore ricorrente. Gli stessi creditori non possono neanche acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la data di pubblicazione del ricorso sono inefficaci ai creditori anteriori al concordato, secondo le disposizioni di cui all'art. 168, comma terzo, L.F.

2.5. I poteri istruttori del Tribunale sulla domanda di concordato preventivo con riserva e i primi adempimenti

2.5.1. Il sindacato del Tribunale

In riferimento ai poteri attribuiti al Tribunale nella fase iniziale della procedura di concordato preventivo con riserva, il legislatore ha previsto che lo stesso debba fissare il termine entro cui il debitore dovrà presentare la proposta e il piano concordatario o, in alternativa, il ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182-*bis*, comma primo, L.F.

Secondo le disposizioni di cui all'art. 161, comma sesto, L.F., il suddetto termine deve essere compreso tra sessanta e centoventi giorni, salvo proroghe concesse. Già l'utilizzo del participio “*fissato*” piuttosto che “concesso” sembra lasciar intendere che la fissazione del termine si configuri come una sorta di automatismo, funzionale all'esercizio di un diritto in capo al debitore, a fronte di un potere giudiziale vincolato, che conserva margini di discrezionalità soltanto all'interno di una forbice temporale

predeterminata.

Proprio in virtù dell'automaticità relativa alla concessione di tale termine, purché siano rispettati i presupposti oggettivi e soggettivi, risulta evidente che il Tribunale debba necessariamente compiere uno scrutinio preliminare in ordine alla sussistenza dei presupposti e delle condizioni previste dalla legge.

A fronte di tali necessità la giurisprudenza ha cercato, fin dalle fasi immediatamente successive all'emanazione della Legge. n. 134/2012, di ritagliarsi un ruolo incisivo nella valutazione delle istanze di concordato preventivo con riserva, al fine di evitare un abuso dello strumento da parte dei debitori con lo scopo di dilatare i tempi della propria crisi e non proseguire un percorso seriamente destinato alla ristrutturazione.

Tra le prime manifestazioni relative a citato orientamento giurisprudenziale⁴³ si segnalano una serie di pronunce riguardanti l'ampiezza del sindacato del giudice sul contenuto della domanda di concordato preventivo con riserva.

In particolare, il Tribunale avrebbe il potere/dovere di verificare:

- la propria competenza ai sensi dell'art. 9, L.F.;
- le regolare formalità della domanda, con particolare riguardo alla legittimazione ad agire in capo al soggetto che l'ha sottoscritta, o di colui che ha rilasciato la procura;
- la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi previsti per l'ammissione alla procedura concordataria;
- l'inesistenza, nel biennio precedente il deposito del ricorso, di precedenti domande *ex art. 161, comma sesto, L.F.*; tale impedimento rileva esclusivamente con riferimento a precedenti domande prenotative, non

⁴³ Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Siena, 23 ottobre 2012, in [Fallimento](#), 2013; Tribunale Perugia, 4 ottobre 2012, in [Fallimento](#), 2013; Tribunale Terni, 8 ottobre 2012, in [Fallimento](#), 2013; Tribunale Mantova, 27 settembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Velletri, 18 settembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Benevento, 29 agosto 2013, in [ilcaso.it](#); Tribunale Lecco, 19 settembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Milano, 21 settembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Bolzano, 25 settembre 2012, in [ilfallimentarista.it](#); Tribunale Roma, 14 novembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Palermo, 2 ottobre 2012, in [Fallimento](#), 2013; Tribunale Cagliari, 20 settembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Ancona, 17 settembre 2012, in [ilcaso.it](#).

rilevando altresì la presentazione di precedente istanza *ex art. 161, comma primo, L.F.*;

- l'avvenuto deposito della documentazione prevista dalla legge, quali i bilanci degli ultimi tre esercizi e l'elenco dei creditori.

Pertanto, il controllo esercitato dal Tribunale non si limiterebbe al rispetto delle prescrizioni di legge o alla verifica dell'unica preclusione sancita dall'*art. 161, comma nono, L.F.*, ma si estenderebbe alla verifica giudiziale dei presupposti per l'azione di deposito del ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, con lo scopo di evitare possibili strumentalizzazioni ed abusi dell'istituto concordatario⁴⁴. Tale opinione giurisprudenziale consente la conciliazione sia delle esigenze del debitore di beneficiare in tempi piuttosto brevi degli effetti protettivi *ex art. 168, L.F.*, sia del giudice di verificare che la richiesta presentata dal ricorrente sia assistita almeno dai quei requisiti che consentano, inizialmente, l'accesso alla procedura di concordato preventivo con riserva e, successivamente, alla procedura di concordato c.d. pieno o al procedimento *ex art. 182-bis, L.F.*

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario non è stato comunque immune da critiche e da pronunce contrarie, tra le quali si segnala l'orientamento⁴⁵ secondo cui il controllo del giudice non potrebbe estendersi oltre un sindacato meramente formale e limitato ai soli requisiti prescritti dalla legge, in considerazione del fatto la procedura *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, non è pienamente riconducibile al *genus* concordatario, in quanto la domanda prenotativa consente all'imprenditore sia di presentare un concordato preventivo, che un accordo di ristrutturazione dei debiti. Pertanto, secondo tale opinione giurisprudenziale, le verifiche poste in essere dal Tribunale dovrebbero limitarsi alla sussistenza della competenza del giudice adito, alla sussistenza del requisito della commercialità dell'imprenditore, senza considerare il controllo inerente

⁴⁴ Così P. VELLA, in *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 1, pagg. 82 e ss.

⁴⁵ Tribunale Pistoia, 30 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 74, secondo cui "oltre quello ovvio della competenza territoriale e quello di corredo documentale normativamente previsto, unico presupposto di accesso sia quello relativo alla legittimazione attiva".

il superamento delle soglie di fallibilità, e al controllo circa l'avvenuto deposito della documentazione prescritta ai sensi dell'art. 161, comma sesto, L.F.

Tesi diametralmente opposta alla suddetta tende ad estendere il controllo del giudice sulla domanda prenotativa di concordato preventivo anche alla verifica ed alla deliberazione del *fumus* del ricorso e della sua non strumentalità⁴⁶.

La prevalente giurisprudenza⁴⁷ ha individuato un caso nel quale al Tribunale è concesso il potere di indagare la possibile strumentalità della domanda di concordato preventivo con riserva; si fa riferimento al caso in cui la domanda prenotativa sia stata depositata dal debitore successivamente all'esito negativo della procedura di concordato preventivo in precedenza avviata, ovvero nell'imminenza della declaratoria di inammissibilità della domanda definitiva di concordato preventivo. E' stata quindi sindacata, da parte della giurisprudenza, la legittimità di tali comportamenti alla luce dell'istituto dell'abuso del diritto ed ritenendo che i comportamenti suddetti possano integrare un utilizzo definibile strumentale della procedura *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, ove, alla luce dell'esame dei fatti, emerga che il debitore abbia rinunciato alla domanda *ex art. 161, comma primo, L.F.*, ed abbia depositato la domanda di concordato preventivo con riserva con tempismo eclatante, cioè in concomitanza delle udienze fissate per la discussione della revoca ai sensi dell'art. 173, L.F., o dell'inammissibilità della domanda ai sensi degli articoli 162 e 179, L.F.

2.5.2. La fissazione del termine

Secondo le disposizioni di cui all'art. 161, comma sesto, L.F., in conseguenza all'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva, il Tribunale dovrà necessariamente procedere alla fissazione del termine entro cui il debitore ricorrente sarà tenuto a depositare la

⁴⁶ Tribunale Tortona, 8 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 80.

⁴⁷ Tribunale Milano, 4 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013; Tribunale Monza, 15 gennaio 2012, in *ilcaso.it*; Tribunale Messina, 30 gennaio 2013, in *ilcaso.it*.

proposta e il piano concordato definitivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, comma primo, L.F.

Tale termine dovrà avere una durata compresa tra sessanta e centoventi giorni, prorogabili di ulteriori sessanta in presenza di giustificati motivi; nell'ipotesi di pendenza di istanza di fallimento, secondo le disposizioni di cui all'art. 161, comma decimo, il termine sarà vincolato alla durata minima di giorni sessanta, prorogabile di altri sessanta giorni, in presenza di giustificati motivi.

Il provvedimento di concessione del termine, così come quello, eventuale, di proroga, è di competenza esclusiva del Tribunale in composizione collegiale; lo stesso Tribunale ha la facoltà di nominare un giudice relatore, a cui possono essere anche demandati poteri istruttori, senza che allo stesso sia delegata la decisione circa la concessione o la proroga dei termini.

Sia la dottrina, che la giurisprudenza, sono assolutamente unanimi nella considerazione che la fissazione del termine per il deposito del piano e della proposta concordataria definitiva o del ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, comma primo, L.F., costituisca una sorta di automatismo in quanto il Tribunale è obbligato a fissare tale termine allorché ritenga ammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva. Il giudice dispone, invece, di discrezionalità quanto alla determinazione della misura del termine, tra un minimo e un massimo, nell'ipotesi in cui non penda alcuna istanza di fallimento nei confronti del debitore.

Al fine della concessione di un termine superiore a quello minimo previsto dalla legge, nell'ipotesi in cui non sia pendente un'istanza di fallimento, è onere del debitore ricorrente formulare una richiesta esplicita nel ricorso *ex art. 161*, comma sesto, L.F., in cui viene altresì adeguatamente motivata la richiesta medesima⁴⁸. Le motivazioni potrebbero basarsi su ragioni di complessità della proposta e del piano di ristrutturazione, nonché sulla complessità del numero, dell'ammontare e del rango dei

⁴⁸ Tribunale Perugia, 4 ottobre 2012, secondo cui *“la giustificazione di un termine superiore al minimo deve risiedere in aspetti particolarmente complessi della proposta concordataria e/o del piano”*.

crediti, sulle difficoltà nella ricostruzione delle giacenze e nell'apprezzamento delle voci dell'attivo.

Si ritiene che, in mancanza di esplicita richiesta di concessione del termine più ampio, ovvero in mancanza di adeguata motivazione, il Tribunale dovrebbe concedere il termine minimo di sessanta giorni⁴⁹.

Quanto al *dies a quo*, per il computo del termine, a fronte di alcune pronunce di merito⁵⁰ secondo cui detto termine decorreva dalla data di pubblicazione del ricorso *ex* art. 161, comma sesto, L.F., nel Registro delle Imprese, la prevalente giurisprudenza⁵¹ si è successivamente orientata nel senso di ritenere che il suddetto termine decorre dal giorno della comunicazione del provvedimento del Tribunale o del suo deposito presso la Cancelleria, al fine di neutralizzare i tempi di decisione del Tribunale medesimo. Tale interpretazione consente di evitare che il debitore debba essere soggetto alla consistente variabile del carico di lavoro dell'ufficio giudiziario adito o ad eventuali supplementi di istruttoria richiesti dal Tribunale⁵².

In relazione alla fissazione del termine per la presentazione della proposta e del piano o per il deposito del ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, sorge anche la problematica relativa all'applicazione, o meno, della sospensione feriale dei termini di cui alla L. n. 742/1969; a tal fine si riportano i due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Il primo orientamento⁵³ ritiene che tale termine sia soggetto alla sospensione feriale dei termini sul presupposto della sua natura definibile processuale.

⁴⁹ Tribunale Palermo, 2 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 81, secondo cui “*in assenza di elementi di valutazione in ordine alla complessità delle operazioni necessarie per la formulazione della proposta, nonché della predisposizione del piano, il termine non può che esser fissato da questo Tribunale nella misura minima prevista dalla legge in giorni sessanta*”.

⁵⁰ Tribunale Perugia, 4 ottobre 2012, in *ilcaso.it*.

⁵¹ Tribunale Bolzano, 25 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013; Tribunale Ravenna, 6 marzo 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Bergamo, 15 febbraio 2013, in *Fallimento*, 2013; Tribunale Modena, 29 marzo 2013, in *ilcaso.it*.

⁵² Così M. ARATO, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli Editore, Milano, 2013.

⁵³ Tribunale Catania, 25 luglio 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Roma, 3 luglio 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Pescara, 7 maggio 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Reggio Emilia, 9 agosto 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Palermo, 20 giugno 2013, in *ilcaso.it*.

Il differente orientamento dei giudici di merito⁵⁴ ritiene non applicabile alla fattispecie la sospensione feriale dei termini in quanto il termine *ex art. 161, commi sesto e decimo, L.F.*, non avrebbe natura processuale; considerando, inoltre, che l'applicazione di tale sospensione consentirebbe al debitore di beneficiare della protezione dalle eventuali azioni esecutive e cautelari dei creditori per un ulteriore termine di quarantacinque giorni (trenta a partire dal 2015).

La negazione della natura non processuale del termine risulta alquanto difficile in considerazione del fatto che lo stesso termine è fissato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale che ha ad oggetto il compimento di un atto processuale⁵⁵.

In considerazione della natura della procedura di concordato preventivo con riserva e delle rilevanti limitazione dei diritti dei creditori, si potrebbe sostenere che l'applicazione della sospensione feriale dei termini a tale procedura finirebbe per determinare una dilatazione dei termini che il legislatore ha stabilito come massimi e con il conseguente pregiudizio in capo ai singoli ceto creditorio che vedrebbe, oltremodo, ulteriormente compressi i propri diritti nei confronti del debitore⁵⁶.

Si segnala che la disciplina dettata per la sospensione feriale dei termini non si applica ai procedimenti caratterizzati dal requisito dell'urgenza; sembrerebbe a tal fine condivisibile il recente orientamento espresso da parte della giurisprudenza, secondo cui nel caso di concordato preventivo con riserva il presupposto dell'urgenza risulta esistente in quanto si generano nei confronti dei creditori, i pesanti effetti dell'*automatic stay* di cui all'art. 168, L.F., e a carico del ricorrente, l'obbligo della concessione da parte del Tribunale delle autorizzazioni per il compimento degli atti straordinari ed urgenti, nonché la presenza di specifici obblighi informativi periodici⁵⁷.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che, ove il Tribunale debba fissare il termine ai sensi dell'art. 161, commi sesto e decimo, L.F., e tale termine cada nel periodo di

⁵⁴ Tribunale Perugia, 27 luglio 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Milano, 31 luglio 2013, in *ilcaso.it*.

⁵⁵ Tribunale Vicenza, 22 marzo 2013, in *ilcaso.it*.

⁵⁶ Tribunale Monza, 6 agosto 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Perugia, 29 luglio 2013, in *ilcaso.it*.

⁵⁷ Tribunale Terni, 31 luglio 2013, in *ilcaso.it*.

sospensione feriale intercorrente dal 1 agosto al 15 settembre (1 - 31 agosto a partire dal 2015), il Tribunale medesimo debba dichiarare l'urgenza del procedimento di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 92, comma secondo, R.D. n. 12/1941, derogando così alla regola generale di cui all'art. 1, della L. n. 742/1969.

Ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 161, commi sesto e decimo, L.F., il termine per il deposito della proposta e del piano di concordato preventivo definitivi ovvero dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, L.F., può essere prorogato di non oltre sessanta giorni in presenza di giustificati motivi. Si osserva come la legge prescrive che i motivi non necessitano di essere gravi, ma è sufficiente che siano quantomeno giustificati⁵⁸.

In tale caso il Tribunale ha un potere discrezionale sia in ordine alla concessione o meno della proroga in oggetto, sia con riferimento alla durata di tale ulteriore termine, che non potrà comunque eccedere i sessanta giorni⁵⁹.

Come nel caso di concessione di termine superiore a quello minimi, la richiesta di proroga deve necessariamente essere richiesta in un'apposita istanza in cui vengono altresì indicati i motivi e le ragioni che giustificano tale richiesta. L'analisi delle motivazioni esplicitate a supporto della richiesta consentiranno al giudice di stabilire la durata della proroga medesima, che in nessun caso potrà eccedere i sessanta giorni.

Anche la proroga, come il termine iniziale, deve disporsi con provvedimento del Tribunale⁶⁰; si segnala inoltre come la decisione afferente la proroga sia uno dei momenti in cui si può manifestare maggiormente il rischio di comportamenti abusivi da parte dei debitori, soprattutto nell'ipotesi in cui sia pendente una contemporanea istanza di fallimento.

L'ultimo comma dell'art. 161, L.F., disciplina che, nel caso in cui sia pendente procedimento per la dichiarazione di fallimento, il termine massimo che può essere concesso è di sessanta giorni; in presenza di giustificati motivi il Tribunale può

⁵⁸ Tribunale Pescara, 7 maggio 2013, in *ilcaso.it*.

⁵⁹ Tribunale Novara, 18 marzo 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Pordenone, 6 maggio 2013, in *ilcaso.it*.

⁶⁰ Tribunale Terni, 28 gennaio 2013, in *ilcaso.it*.

accordare una proroga per ulteriori sessanta giorni, con discrezionalità di fissare un termine più breve.

2.5.3. L'integrazione della domanda

Nell'ipotesi in cui il ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., o la documentazione ad esso allegata siano incompleti, ancorché le disposizioni normative non prevedano espressamente il potere in capo al Tribunale di concessione di un termine per integrare il ricorso e per produrre nuovi documenti, è prassi frequente che tale termine venga comunque accordato⁶¹.

La suddetta interpretazione deriva sia dall'applicazione, alla procedura del concordato preventivo con riserva, delle disposizioni di cui all'art. 162, comma primo, L.F., in cui viene attribuito al debitore un termine non superiore a quindici giorni per l'integrazione del piano e per la produzione di ulteriori documenti; sia dall'applicazione del principio generale di cui all'art. 182 c.p.c., che consente al giudice di concedere un termine per la regolarizzazione della costituzione⁶².

2.5.4. Gli obblighi informativi periodici

Con le disposizioni normative introdotte con il c.d. Decreto Sviluppo, D.L. 83/2012, era stata introdotta la regola di cui all'art. 161, comma ottavo, L.F., secondo cui il Tribunale, con il decreto di ammissione, poteva disporre di obblighi informativi periodici.

Già in sede di prima interpretazione era stata segnalata da diversi autori la caratteristica costituita dall'ampio margine di discrezionalità⁶³ in favore del Tribunale per la determinazione degli adempimenti informativi esposti; era stato altresì osservato

⁶¹ Circolare Tribunale Crotone del 17 gennaio 2013.

⁶² Tribunale Ancona, 15 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013; Tribunale Bolzano, 25 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 102.

⁶³ Così M. DEL LINZ, in *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013.

come, nonostante il tenore letterale della norma sembrasse addurre ad un tenore prescrittivo, non sempre tali obblighi venivano disposti⁶⁴.

La dottrina⁶⁵ rilevava come la disciplina degli obblighi informativi, benché avente come finalità fondamentale quella di consentire al Tribunale adito di avere un periodico monitoraggio delle attività poste in essere dal debitore nel corso della procedura di concordato preventivo con riserva e di riuscire in tale modo a limitare i casi di utilizzo strumentale e/o abusivo di tale procedura, rischiava di risolversi in uno strumento di non particolare utilità.

L'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 161, comma ottavo, L.F., è stata la più variegata possibile, vi sono stati decreti i cui è stato imposto di depositare una relazione informativa sulla gestione finanziaria e patrimoniale dell'impresa con cadenze variabili dai sette ai trenta giorni⁶⁶, una relazione sulle operazioni attive e passive compiute dal debitore⁶⁷, nonché una relazione circa lo svolgimento della attività propedeutiche alla predisposizione de piano concordatario o al deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sottoscritta dal professionista indipendente designato dal ricorrente⁶⁸.

Il successivo D.L. n. 69/2013, noto come Decreto del Fare, ha completamente riscritto l'art. 161, comma ottavo, L.F.; si rimanda al paragrafo 2.11.

⁶⁴ Così P. VELLA, in *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 1.

⁶⁵ Così V. BALESTRA, *Gli obblighi informativi periodici nel c.d. preconcordato*; in *Il Fallimento*, 2013, pagg. 106 ss.; PANZIANI, in *Il concordato in bianco*, in ilfallimentarista.it; M. FABIANI, in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordataria della crisi d'impresa*, in ilcaso.it.

⁶⁶ Tribunale Crotona, 4 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 101, ha imposto una relazione con cadenza quindicinale; Tribunale La Spezia, 25 settembre 2012, in ilfallimentarista.it; Tribunale Pisa, 19 settembre 2012, in ilfallimentarista.it, e Tribunale Asti, 24 settembre 2012, in ilfallimentarista.it, hanno imposto una relazione con cadenza mensile.

⁶⁷ Tribunale Velletri, 18 settembre 2012, in ilfallimentarista.it; Tribunale Modena, 14 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 106; Tribunale Mantova 27 settembre 2012, in *Fallimento*, 2013.

⁶⁸ Tribunale Terni, 12 ottobre 2012, in ilcaso.it.

2.6. Il successivo deposito della proposta, del piano e della relazione del professionista attestatore

2.6.1. La proposta e il piano

Le attuali disposizioni in tema di concordato preventivo con riserva rappresentano un esplicito riconoscimento da parte del legislatore della distinzione che la dottrina aveva in precedenza individuato tra domanda di concordato, nel suo aspetto processuale, e proposta concordataria, quanto alla sua natura negoziale⁶⁹.

Il contenuto della proposta è stato tendenzialmente liberalizzato, in quanto non sono più previste percentuali minime di soddisfacimento, né modalità di soddisfazione e ristrutturazione dei crediti predeterminate *ex lege*; ciò non implica però che la proposta possa avere un contenuto indefinito ed esclusivamente affidato alla volontà del debitore proponente.

In particolare, secondo le disposizioni di cui all'art. 161, comma secondo, L.F., il debitore deve presentare, in aggiunta al ricorso, *“una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle clausole di prelazione; l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili”*, nonché *“un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”*

Secondo la citata disposizione, la volontà di addivenire ad un concreto percorso di ristrutturazione deve essere incanalata in un piano, cioè in un programma analitico di azioni coordinate, con tempistiche prestabilite, attraverso il quale si prevede il raggiungimento degli obiettivi prefissati nella proposta⁷⁰.

⁶⁹ P. VELLA, in *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 1, pag. 84, fa riferimento ad *“una scissione diacronica tra una prima fase di natura anticipatoria e tipicamente processuale – la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo -, ed una seconda fase, posticipata e di natura più propriamente sostanziale – il deposito della proposta concordataria e del piano destinato a realizzarla-”*.

⁷⁰ Per tale distinzione, Tribunale Reggio Emilia, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, 25 ottobre 2012.

Il piano rappresenta cioè un elemento imprescindibile della proposta concordataria, la cui esistenza condiziona l'inammissibilità della proposta medesima; il legislatore ha sottolineato l'essenzialità del piano ed il suo collegamento funzionale alla proposta⁷¹ provvedendo a fornire una breve indicazione descrittiva⁷² del contenuto e della sua finalità, consistente principalmente nella specificazione del come e del quando adempiere le proposta negoziale.

Il contenuto specifico della proposta, non trovando nella legge un definizione altrettanto esplicita ed esaustiva, viene individuato nel cosa adempiere, cioè nell'indicazione dei trattamenti satisfattivi, eventualmente anche differenziati, offerti dal debitore ricorrente ai propri creditori.

L'esistenza e la completezza del piano e della proposta, nonché la loro concretezza e serietà, vengono soggette a plurime verifiche, sia da parte dell'esperto *ex art. 161, L.F.*, sia da parte del Tribunale e del commissario giudiziale, a cui si affianca la verifica di merito riservata ai singoli creditori.

Tali continue verifiche implicano che il piano e la relativa proposta contengano previsioni, afferenti sia le azioni da compiere, che le modalità di compimento, nonché le tempistiche e gli obiettivi da raggiungere, che siano determinate o, almeno, determinabile *ex ante*, in modo da essere validate e valutate ai fini dell'apertura della procedura, nel corso e all'esito della stessa

2.6.2. La relazione del professionista attestatore

Anche in seguito alla riforma apportata con il Decreto Sviluppo, il prevalente orientamento interpretativo riconosce la centralità del ruolo rivestito dal professionista nelle procedure preventive e la natura essenzialmente privatistica del medesimo.

La novella legislativa ha confermato l'indipendenza della figura del professionista,

⁷¹ Così S. AMBROSINI, in *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *ilcaso.it*, doc. 306/2012, parla di “*rapporto di continenza*” tra proposta e piano.

⁷² Si fa riferimento all'inciso di cui all'art. 161, comma secondo, lett. e), L.F., in cui viene riportata l'espressione: “*un piano contenente descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*”.

secondo specifici requisiti espressamente richiamati, e l'assenza di vincolo o interessi ricollegabili all'impresa per cui è chiamato a svolgere il compito di verifica.

Il professionista attestatore, ai sensi della disposizione di cui all'art. 161, comma terzo, L.F., è designato ed incaricato dal debitore, e non dal Tribunale, ed ha come compito fondamentale quello dell'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano proposto dal debitore, esercitando così una funzione valutativa e di certificazione con contenuto probatorio, non assumendo, invece, la veste di consulente tecnico d'ufficio.

La relazione che è incaricato di redigere è destinata ai creditori e non al Tribunale, in virtù del quale, parte della dottrina penalistica riconosce all'attività asseverativa svolta dal professionista un carattere privatistico, escludendo così che il professionista possa essere qualificato come pubblico ufficiale e/o di incaricato di pubblico servizio ed intravedendo, invece, la qualità di esercente un servizio di pubblica necessità in ragione dell'abilitazione statale e della natura obbligatoria della prestazione professionale.

Il professionista incaricato deve essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma terzo, lettera d), L.F., e quindi deve essere indipendente e non legato all'impresa o a coloro che sono portatori di interessi personali o professionali nell'operazione di risanamento tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio. Il professionista attestatore deve, inoltre, essere iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lettere a) e b), L.F.

Alla luce della disciplina attualmente vigente in tema di concordato preventivo, il professionista deve attestare *“la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo”*; ai fini di una più completa ed esaustiva verifica relativamente alla veridicità dei dati aziendali, si ritiene opportuno che la stessa sia preceduta da una breve relazione sull'iniziativa intrapresa dal debitore e sulle circostanze che sono state riferite allo stesso professionista, nonché sugli incontri e sulle ricognizioni dallo stesso effettuate

sulla documentazione e sui dati contabili esibitagli, secondo le generiche prescrizioni del codice civile.

Il professionista ha quindi il compito di riferire dell'esame della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa in crisi, con il riscontro fisico-contabile delle immobilizzazioni tecniche detenute, delle giacenze di cassa e di magazzino, delle schede dei fornitori, dei clienti e delle banche; tali risultati possono essere confrontati con le eventuali informazioni desunte da terzi, con la verifica presso l'Amministrazione Finanziaria, gli istituti di previdenziali e con la circolarizzazione dei crediti. Occorre, inoltre, che il professionista svolga un'analisi sui rapporti contrattuali in essere, sui contenziosi pendenti, sulle eventuali garanzie personali e reali rilasciate, sulla situazione debitoria complessiva e di quella dei soci illimitatamente responsabili, cioè su tutte quelle circostanze che potrebbero potenzialmente condizionare e compromettere l'effettiva attuazione del piano.

Pur in assenza di precise indicazioni normative, la dottrina è conforma nel ritenere che l'attestazione della veridicità dei dati aziendali non possa semplicemente tradursi in una mera corrispondenza e trascrizione dei dati contabili ed extra-contabili riportati dal debitore nel ricorso⁷³, ma deve, piuttosto, consistere in una dichiarazione che confermi l'esistenza di risultanze reali tali da generare il convincimento che la situazione aziendale accertata sia quella effettiva e che, quindi, le prospettive emerse rivestano un sufficiente grado di attendibilità. In conseguenza di ciò, l'attestazione afferente la veridicità dei dati aziendali non costituisce un documento rappresentativo di fatti, ma un giudizio concreto e supportata da adeguate motivazioni, tale da indurre la fattibilità del piano.

La relazione del professionista non deve basarsi sull'adozione di schemi prestabiliti, ma deve rendere manifesti i criteri, gli strumenti e le metodologie adottate nel procedimento di controllo della contabilità della debitrice.

⁷³ Tribunale Novara, 29 giugno 2012, in Fallimento, 2012, secondo cui non si ritiene ammissibile che il professionista si attenga ai dati forniti dal debitore, ma lo stesso deve effettivamente e concretamente verificare e controllare i dati riportati dal debitore nel ricorso.

L'attestazione di fattibilità del piano deve essere predisposta sia con riferimento al profilo giuridico, sia a quello economico; consiste in una prognosi, e come tale si basa su una congettura, alla quale però si perviene sulla base di una specifica capacità ed esperienza. Il professionista non può semplicemente limitarsi ad affermare la fattibilità del piano depositato dal debitore, ma ha il dovere di compiere una coerente valutazione sorretta da un'adeguata motivazione, esprimendo con argomentazioni logiche e coerenti come sia pervenuto al risultato rappresentato, adempiendo così alla funzione informativa e dimostrativa affidatagli.

La relazione del professionista inerente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano deve essere connotata da correttezza, chiarezza, veridicità ed esaustività, al fine di garantire una consapevole valutazione della proposta da parte della massa creditoria⁷⁴.

Ai sensi della disposizione di cui all'art. 161, comma terzo, ultima parte, L.F., nelle ipotesi di modifiche sostanziali della proposta o del piano è necessario che il professionista rediga un supplemento di relazione con cui estenda la sua attestazione alle stesse modifiche. Secondo la giurisprudenza l'inciso “*modifiche sostanziali*” indica i casi in cui intervengono delle innovazioni di notevole importanza, tali da modificare in maniera rilevante la proposta e il piano presentati, quali a titolo esemplificativo, la presenza di un nuovo assuntore o la diversa composizione delle classi⁷⁵.

In aggiunta alle attestazioni generali di cui all'art. 161, comma terzo, L.F., la nuova disciplina prevede anche diverse c.d. attestazioni speciali, quali, ai sensi dell'art. 182-*quater*, comma primo, L.F., l'attestazione per i finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, l'attestazione *ex art 182-quinquies*, comma primo, relativa ai nuovi finanziamenti funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, l'attestazione ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., afferente l'essenzialità per la prosecuzione dell'attività

⁷⁴ Tribunale Piacenza, 3 luglio 2008, in Fallimento, 2009.

⁷⁵ Tribunale La Spezia, 8 febbraio 2011, in Fallimento, 2011, pag. 752, in tema di nuovo assuntore; Tribunale Milano, 20 ottobre 2011, in ifallimentarista.it, in tema di diversa composizione delle classi.

d'impresa del pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi e la funzionalità dello stesso ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, l'attestazione *ex art. 186-bis* relativamente alla prosecuzione dell'attività di impresa e alla sua funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori, nonché l'attestazione di cui all'*art. 169-bis*, relativamente allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti ed, infine, l'attestazione *ex art. 186-bis*, comma quarto, in ordine alla continuazione dei contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni nell'ipotesi in cui lo stesso professionista attesti la conformità degli stessi al piano e la ragionevole capacità di adempimento dei contratti medesimi.

In considerazione dell'evoluzione delle prestazioni attualmente richieste al professionista, la responsabilità civile e penale del professionista attestatore si è estesa a dismisura.

In particolare, relativamente alla responsabilità civile del professionista attestatore, parte della dottrina ritiene che la stessa possa trovare inquadramento nella disciplina generale del codice civile, in virtù della quale il professionista risponde a titolo di responsabilità contrattuale *ex art. 1176 c.c.*, nei confronti dell'imprenditore che gli conferisce l'incarico. L'eventuale ipotesi di concorso di colpa del debitore determina la riduzione del danno, secondo la gravità e le conseguenze che ne sono derivate; considerando l'attività del professionista attestatore una prestazione rientrante nella disposizione di cui all'*art. 2236 c.c.*, in quanto riferita alla soluzione di problemi tecnici connotati da speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni causati solo in ipotesi di dolo o colpa grave⁷⁶.

Parte della dottrina ritiene che la responsabilità del professionista verso tutti i creditori potrebbe assumerne la qualifica di natura contrattuale, in considerazione della configurabilità di un vincolo di protezione e di tutela verso gli stessi.

Alcuni autori⁷⁷ sostengono, inoltre, che nella misura in cui il piano coinvolgesse la

⁷⁶ Così G. LO CASCIO, in *Il professionista attestatore*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 11, pag. 1334.

⁷⁷ Così S. FORTUNATO, in *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2009.

posizione dei terzi che hanno fatto affidamento nell'attestazione della soluzione concordataria, subendo un'incisione della loro posizione economico-patrimoniale a seguito del comportamento assunto dal professionista, dovrebbero sussistere i presupposti della responsabilità extra-contrattuale.

In relazione alla responsabilità penale del professionista attestatore, si rappresenta che la fattispecie introdotta, di recente, con l'art. 236, L.F., è ricollegabile ai reati contro la fede pubblica e trova fondamento nell'esigenza di affidamento del contenuto delle relazioni e delle attestazioni redatte dal professionista e di garanzia di un'adeguata informazione di tutti i creditori al fine della valutazione informata della proposta avanzata dall'imprenditore che si trova in stato di crisi.

A tal fine, il comportamento penalmente rilevante emerge tra le fattispecie alternative dell'esposizione di informazioni false e delle omissioni di informazioni rilevanti. L'elemento oggettivo del reato si può individuare nel dolo generico e nella consapevolezza dell'esposizione sia delle falsità esposte, sia delle informazioni omesse incidenti sul contenuto dei giudizi espressi.

2.7. Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione

Con la disposizione di cui all'art. 161, comma settimo, L.F., il legislatore ha dettato una specifica disciplina relativa al compimento degli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione nel corso della procedura di concordato preventivo con riserva.

In particolare è previsto che *“dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni”*.

In virtù di tale disposizione il debitore può liberamente compiere gli atti di ordinaria amministrazione e, nell'ipotesi di nomina di commissario giudiziale, lo stesso deve comunque vigilare il debitore sul compimento di tali atti. La vigilanza del commissario giudiziale, anche sugli atti di ordinaria amministrazione, risulta assolutamente

necessaria in considerazione che, ai sensi dell'art. 161, comma settimo, L.F., i crediti di terzi derivanti dal compimento anche di tali atti sono prededucibili ai sensi dell'art. 111, L.F.

A differenza delle disposizioni afferenti la procedura di concordato preventivo di cui all'art. 167, in cui è prescritta la necessità dell'autorizzazione per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, nell'ipotesi di concordato preventivo con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma settimo, L.F., il debitore può compiere, previa autorizzazione del Tribunale, esclusivamente gli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

Pertanto, nella procedura di concordato preventivo con riserva non è consentito al debitore di compiere atti di straordinaria amministrazione che non siano urgenti; tale soluzione appare equilibrata in considerazione del fatto che nel corso del concordato con riserva non vi sia chiarezza su quale sarà il percorso di ristrutturazione previsto dal debitore, sicché in tale lasso di tempo è solo l'atto di straordinaria amministrazione caratterizzato dal requisito dell'urgenza che può essere autorizzato. Nell'ipotesi in cui si consentisse al debitore di compiere indistintamente qualsiasi atti di straordinaria amministrazione, vi sarebbe il rischio di un possibile pregiudizio per il ceto creditorio⁷⁸.

Il carattere dell'urgenza dell'atto costituisce un aspetto non secondario che deve essere adeguatamente valutato⁷⁹; tale requisito non pone particolari problemi interpretativi, infatti si reputa urgente l'atto che, se non compiuto immediatamente, è in grado di determinare un danno all'impresa ovvero una mancata utilità per l'intero ceto creditorio.

Il confine tra ordinario e straordinario apparentemente potrebbe apparire netto, ma

⁷⁸ Così F. LAMANNA, in *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità' aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in *ilfallimentarista.it*.

⁷⁹ Così M. FABIANI, in *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, dove sostiene che il requisito dell'urgenza dovrebbe essere valutato alla luce della migliore soddisfazione dei creditori, ciò che consentirebbe di ritenere urgenti anche gli atti oggettivamente non tali, quando il ritardo nel loro compimento possa determinare una perdita di vantaggi.

nell'applicazione pratica vi potrebbero essere delle operazioni che risiedono in c.d. zone d'ombra non facilmente identificabili; infatti alcune operazioni potrebbero essere considerate ordinarie in una normale fase di gestione, mentre potrebbero risultare straordinarie nella fase liquidatoria dell'impresa.

Considerando la *ratio* della disposizione normativa, consistente nell'intento di evitare tutti quegli atti che potrebbero comportare un pregiudizio ai creditori sociali, sia sotto il profilo della diminuzione del valore del patrimonio del ricorrente, sia avendo riguardo alle prospettive di attuazione del piano concordatario medesimo, si ritengono atti di straordinaria amministrazione tutti quegli atti che, considerati con specifico riguardo alla situazione economico, patrimoniale e finanziaria del debitore, nonché alla proposta ed al piano, siano suscettibili di recare un pregiudizio, sia pure potenziale, alla massa creditoria.

A tal fine si rappresenta che la prevalente giurisprudenza concorsuale formatasi⁸⁰ sull'art. 161, comma settimo, L.F., ha fatto riferimento alla speculare nozione contenuta nell'art. 167, comma secondo, L.F., facendo così proprio il consolidato orientamento della Corte di Cassazione sull'interpretazione delle disposizioni relative alla procedura di concordato preventivo, secondo cui il carattere di straordinarietà dipende dall'idoneità dell'atto posto in essere “*a incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determina la riduzione ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi*”⁸¹; con la conseguenza che non si ritengono atti di straordinaria amministrazione gli atti attinenti alla gestione caratteristica dell'azienda e gli atti “*che siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio, che abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto, ma soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo e che*

⁸⁰ Tribunale Terni, 12 ottobre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Terni, 28 dicembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Lucca, 30 aprile 2013, in [ilcaso.it](#).

⁸¹ Cassazione 20 ottobre 2005, n. 20291; nonché Cassazione 11 agosto 2004, n. 15484.

*comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto*⁸².

Contrariamente, si ritengono atti di ordinaria amministrazione tutti quegli atti rispetto ai quali possa compiersi un giudizio di neutralità rispetto alla prospettiva concordataria, e che quindi non comportino pregiudizio alcuno alla massa creditoria.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si considerano atti di ordinaria amministrazione, e quindi come tali non necessitanti di autorizzazione da parte del Tribunale, il conferimento dell'incarico da parte del debitore ai professionisti in ordine alla redazione del piano e delle proposte, nonché alla predisposizione della relazione di attestazione⁸³, l'avvio delle procedure di licenziamento collettivo⁸⁴, la messa in mobilità dei dipendenti⁸⁵, il pagamento ai dipendenti delle spettanze antecedenti il deposito della domanda di concordato con riserva⁸⁶.

Costituisce, altresì, atto di ordinaria amministrazione la continuazione dell'utilizzo delle linee di credito c.d. autoliquidanti a breve termine concesse dagli istituti di credito all'imprenditore ricorrente, in considerazione e della funzione di conservazione dell'attività di impresa senza incidere innovativamente sul patrimonio sociale⁸⁷; contrariamente nel caso di una nuova apertura di credito, così come qualsiasi altra ipotesi di nuovi affidamenti o finanziamenti bancari, si rileva la straordinarietà dell'atto posto in essere.

Infine, costituiscono atti di straordinaria amministrazione la stipula di una transazione⁸⁸, la stipula di contratti di subappalto⁸⁹, nonché la stipula di un contratto definitivo di compravendita⁹⁰.

⁸² Cassazione 15 maggio 2003, n. 7546.

⁸³ Tribunale Terni, 28 dicembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Lucca, 21 maggio 2013, in [ilcaso.it](#).

⁸⁴ Tribunale Cosenza, 6 marzo 2013, in [ilcaso.it](#).

⁸⁵ Tribunale Milano, 23 novembre 2013, in [ilcaso.it](#).

⁸⁶ Tribunale Novara, 15 aprile 2013, in [ilcaso.it](#).

⁸⁷ Tribunale Milano, 11 dicembre 2012, in [ilcaso.it](#), conforme Tribunale Terni, 12 ottobre 2012, in [ilcaso.it](#).

⁸⁸ Tribunale Novara, 29 marzo 2013, in [ilcaso.it](#), con specifico riferimento ad una transazione relativa ad un credito della società ammessa al procedimento e prudenzialmente non incluso nell'attivo della procedura.

⁸⁹ Tribunale Vicenza, 7 febbraio 2013, in [ilcaso.it](#).

⁹⁰ Tribunale Torino, 3 gennaio 2013, in [ilcaso.it](#).

Al fine dell'autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, il Tribunale ha la facoltà di avvalersi del diritto di richiedere sommarie informazioni al debitore e, in seguito alle modifiche apportate con il c.d. Decreto del Fare, deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. In tal caso, si evidenzia come l'acquisizione del parere del commissario giudiziale abbia natura obbligatoria ma non vincolante per il Tribunale

Il compimento di atti di straordinaria amministrazione senza la preventiva prescritta autorizzazione del Tribunale, costituisce una fattispecie rilevante ai fini del compimento di atti non autorizzati, e come tale comporta che il Tribunale medesimo dichiari l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva⁹¹.

2.8. La prededuzione delle obbligazioni contratte e il pagamento dei creditori anteriori

Ai sensi dell'art. 161, comma settimo, L.F., “*i crediti dei terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore*” nella fase intercorrente tra la data del deposito del ricorso *ex* art. 161, comma sesto, L.F., e la data del decreto di cui all'art. 163, L.F., sono prededucibili ai sensi dell'art. 111, L.F., oltre che esenti da revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67, comma terzo, lettera e), L.F.

Tale disposizione ha colmato lo iato esistente tra la fase antecedente al deposito della domanda di concordato, caratterizzata dalla normalità degli atti posti in essere dall'imprenditore *in bonis*, e la fase successiva all'apertura della procedura di concordato preventivo con riserva disciplinata dall'art. 167, L.F.; restava infatti scoperta proprio la fase intermedia, una specie di limbo in cui il compimento di atti negoziali da parte del debitore era ingessato da una serie di timori da parte dei terzi afferenti la validità e l'efficacia degli atti negoziali intrattenuti con l'imprenditore.

La prededucibilità delle spese sostenute nel periodo di preconcordato è essenziale per

⁹¹ Tribunale Pinerolo, 9 gennaio 2013, in *ilcaso.it*.

l'operatività dell'impresa, altrimenti verrebbe a crearsi una sorta di blocco, di inoperatività con il conseguente deterioramento degli *assets* aziendali.

Quindi, le spese sostenute aventi carattere ordinario e quelle aventi carattere straordinario, purché autorizzate dal Tribunale, sono tutelate rispetto ai crediti sorti antecedentemente al deposito della proposta di concordato, siano essi prededucibili ai sensi dell'art. 111, comma primo, L.F., che privilegiato o chirografari. Tale prededucibilità è limitata esclusivamente agli atti legalmente compiuti dal debitore e, quindi, gli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati ma comunque compiuti ricadono sotto la personale responsabilità del liquidatore civile, oltre al fatto che il compimento degli stessi comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 162, L.F.

Le disposizioni di cui all'art. 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., consentono all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato preventivo, anche nell'ipotesi di domanda prenotativa *ex* art. 161, comma sesto, L.F., di essere autorizzato al pagamento di crediti anteriori per prestazioni essenziali. Tale disposizione ha il pregio di aver fatto chiarezza su alcune questioni largamente dibattute dalla dottrina; in particolare dal tenore letterale della norma è palese che l'autorizzazione al pagamento dei creditori pregressi può essere richiesta sia nell'ipotesi di procedimento di concordato preventivo con riserva, sia nel procedimento di concordato preventivo c.d. pieno, a condizione però che si faccia riferimento alla fattispecie del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis*, L.F., cioè nell'ipotesi in cui la prosecuzione dell'attività di impresa assume rilievo centrale per il ceto creditorio.

Condizione fondamentale per la concessione dell'autorizzazione da parte del Tribunale è l'attestazione da parte di professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma terzo, lettera d), in cui lo stesso attesti che le prestazioni rese dai creditori per i quali si richiede l'autorizzazione al pagamento sono “*essenziali per la prosecuzione*”

dell'attività di impresa”, nonché “*funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori*”. La norma in esame richiede un'attestazione speciale da parte del professionista indipendente che si presume possa essere rilasciata solo ove il piano e la proposta concordataria siano in uno stadio piuttosto avanzato; infatti, solo in tale caso, l'attestatore sarà in grado di poter esprimere una valutazione afferente l'essenzialità delle prestazioni di cui si chiede l'autorizzazione al pagamento e la funzionalità delle stesse ad assicurare un migliore soddisfazione dei creditori⁹².

In riferimento all'oggetto dell'attestazione si ritiene che il giudizio circa l'essenzialità delle prestazioni deve esser condotto non solo in relazione alla tipologia della fornitura, sulla rilevanza della stessa per l'attività d'impresa e per la sua continuazione, quanto piuttosto sulla base di un'analisi di sostituibilità del fornitore e della possibilità, o meno, per il debitore di trovare valide e rapide alternative al medesimo, tale per cui non viene messa in crisi la continuità aziendale dell'impresa.

In riferimento all'attestazione afferente la funzionalità del pagamento dei crediti pregressi alla migliore soddisfazione del ceto creditorio, l'analisi che deve svolgere l'attestatore consiste in una comparazione tra l'ipotesi in cui il pagamento venga effettuato e la situazione in cui lo stesso non avvenga; la suddetta analisi dovrà condurre alla conclusione che è preferibile per i creditori la prima situazione, nella misura in cui non compromette, o compromette in misura inferiore, la redditività dell'impresa.

2.9. I finanziamenti ex art. 182-quinquies

Uno degli elementi fondamentali in qualsiasi piano di ristrutturazione che prevede la continuazione dell'attività di impresa è relativo alla concessione di nuova finanza;

⁹² Tribunale Modena, 29 maggio 2013, in ilcaso.it, il quale ha rilevato che “è necessario che vi sia un piano non solo abbozzato ma sufficientemente definito nelle sue linee portanti, un apprezzabile stato di avanzamento della sua plausibilità sotto il profilo, ad esempio, del raggiungimento degli accordi che lo debbono rendere operativo, un'attestazione che, pur a fronte della non definitività del piano stesso, ne sancisca la corretta formulazione e la maggior convenienza per i creditori?”.

prima dell'emanazione del Decreto Sviluppo, la disciplina dei finanziamenti concessi alle imprese in difficoltà era contenuta esclusivamente nell'art. 182-*quater*, L.F., che consentiva al debitore di poter accedere a finanziamenti c.d. esecutivi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero di finanziamenti funzionali, cioè finalizzati, all'ammissione al concordato preventivo o all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, escludendo quindi la possibilità di beneficiare di finanziamenti strumentali all'attuazione del piano di concordato o di ristrutturazione. Restavano pertanto esclusi i finanziamenti da effettuarsi nel periodo c.d. interinale, intercorrente tra la data di deposito della domanda di concordato preventivo e la data del decreto di omologa.

Ai sensi del disposto di cui all'art. 182-*quinquies* il debitore “*può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111*”.

Le vigenti disposizioni consentono quindi al debitore di poter contrarre nuovi finanziamenti a condizione che un esperto attesti che gli stessi siano funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori; la suddetta disposizione consente che l'autorizzazione concessa dal giudice possa riguardare anche finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità, senza che gli stessi siano già oggetto di specifiche trattative, e consente inoltre che a garanzia di tali finanziamenti il debitore possa concedere pegni o ipoteche.

Più in dettaglio, l'art. 182-*quinquies*, comma primo, consente all'imprenditore che ha presentato domanda di concordato di essere autorizzato a stipulare finanziamenti, nelle forme ritenute più idonee, aventi natura prededucibile *ex* art. 111, L.F., ed esenti da azione revocatoria⁹³. Inoltre, ai sensi dell'art. 217-*bis*, L.F., le operazioni di finanziamento autorizzate dal Tribunale sono esenti dai reati di bancarotta.

⁹³ L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare non si evince esplicitamente dall'art. 182-*quinquies*, comma primo, L.F., ma dall'art. 67, comma terzo, lett. e), L.F., in virtù del quale sono esenti da revocatoria, oltre gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione di un concordato preventivo e di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, anche gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso *ex* art. 161.

Il debitore deve proporre al Tribunale un'apposita istanza, distinta rispetto alla domanda di concordato, che può comunque essere formulata con lo stesso ricorso, in tal caso costituendo un capo autonomo di domanda, ovvero con un atto separato, successivo.

Le disposizioni di cui al comma primo non pongono limitazioni circa il soggetto finanziatore, pertanto i finanziamenti c.d. interinali potranno essere concessi da qualunque soggetto, sia esso un istituto di credito che un soggetto privato.

Il Tribunale, su richiesta presentata dal debitore, e a condizione che si tratti di finanziamenti funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, può autorizzare il debitore ad acquisire finanziamenti anche nell'ipotesi in cui, ai sensi del comma secondo, non siano stati ancora oggetto di trattative specifiche, tali da consentire l'individuazione della tipologia di finanziamento e dell'entità dello stesso. In conseguenza di tale disposizione, non appare condivisibile l'orientamento secondo cui nell'istanza *ex art. 182-quinquies*, comma primo, L.F., il debitore deve precisare la tipologia di finanziamenti che intende contrarre, l'ammontare e il soggetto finanziatore.

Si evidenzia la sottile differenza circa la disciplina prevista per il pagamento dei crediti anteriori, per i quali è prevista l'attestazione relativa alla convenienza per i creditori e l'essenzialità degli stessi al fine della prosecuzione dell'attività di impresa, e la disciplina relativa ai finanziamenti concessi in corso di procedura per la cui autorizzazione non è richiesto il requisito della continuità d'impresa. Considerando la rilevanza e l'incidenza, talvolta anche notevole, di tali operazioni l'orientamento adottato sia dalla dottrina⁹⁴ che dalla giurisprudenza di merito⁹⁵ è di assumere un atteggiamento il più possibile prudentiale.

La disciplina afferente i finanziamenti interinali è incentrata sull'attestazione speciale che deve essere rilasciata dall'esperto di cui all'art. 67, comma terzo, lettera d), L.F., che

⁹⁴ Così C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pagg. 312 e ss.

⁹⁵ Tribunale Milano, Verbale del plenum del 18 ottobre 2012.

ha il compito, in *primis*, di verificare il fabbisogno finanziario del debitore fino alla data di omologa del concordato preventivo, e successivamente dovrà attestare che il finanziamento per cui si richiede l'autorizzazione è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori.

Il contenuto dell'attestazione presuppone un'analisi dei valori patrimoniali attivi e passivi dell'impresa debitrice, nonché una comparazione tra la situazione in cui il finanziamento non venga concesso e la situazione in cui il finanziamento sia autorizzato da parte del Tribunale, ponendo particolare attenzione al fatto che la concessione del finanziamento, per definizione, non potrà mai essere neutra⁹⁶ o indifferente per il debitore, in quanto comporterà comunque l'emersione di un debito prededucibile *ex art. 111, L.F.*, che dovrà necessariamente essere considerato al momento della predisposizione del piano e della proposta concordataria. A tal fine si evidenzia che anche nell'ipotesi in cui il finanziamento generi un reddito negativo, ciò non preclude che l'attestazione e l'autorizzazione siano concesse, in virtù della possibilità che la presenza di una perdita sia bilanciata da un apprezzamento dei cespiti e del patrimonio dell'impresa; contrariamente deve escludersi la possibilità di autorizzare la concessione del finanziamento nel caso si preveda una perdita o un deprezzamento di valore del patrimonio, non controbilanciato da altri vantaggi⁹⁷.

L'attestazione in ordine alla migliore soddisfazione del ceto creditorio deve accertare che l'erogazione di tali finanziamenti ed in particolare l'assunzione del carattere della

⁹⁶ Così S. AMBROSINI, in *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, secondo cui “la terminologia usata dalla legge non sembra consentire di prefigurare operazioni che risultano semplicemente neutre (o a somma zero) per la massa dei creditori: il requisito della loro 'migliore' soddisfazione sta a significare che senza l'erogazione di quei finanziamenti le prospettive di soddisfacimento del ceto creditorio risultano inferiori, il che val quanto dire che il sacrificio connesso all'assunzione di un ulteriore debito, per di più prededucibile, è giustificato in quanto gli effetti positivi scaturenti dalla disponibilità di quelle nuove risorse sopravanzino gli oneri che ne derivino”.

⁹⁷ Tribunale Terni, 16 gennaio 2013, in *ilcaso.it*, il quale ha osservato che, nella sua attestazione *ex art. 182-quinquies*, comma primo, L.F., l'esperto deve attestare la veridicità dei dati aziendali e che “ciò che occorre soprattutto attestare è che, nella prospettiva alternativa a quella voluta dal debitore, i creditori riceverebbero una soddisfazione inferiore; ma, per far ciò, l'attestatore deve ovviamente considerare anche il peso finanziario della prededuzione spettante agli istituti di credito, specie a fronte di erogazioni di tanto elevato importo, che potrebbero in ipotesi precludere o ridurre grandemente la soddisfazione degli altri creditori, magari più di quanto non avverrebbe con un anormale cessione liquidatoria”.

prededucibilità consenta l'ottenimento di un risultato vantaggioso per i creditori rispetto all'alternativa in cui i finanziamenti non siano erogati.

In relazione all'arco temporale a cui l'attestatore deve fare riferimento, si considera un orizzonte temporale del fabbisogno che si estende, comunque, sino alla data di omologa.

Il compito dell'attestatore risulterà ancora più complesso nell'ipotesi in cui il debitore richieda l'autorizzazione alla costituzione di pegni o ipoteche su propri beni a garanzia dei finanziamenti richiesti, ciò in virtù del fatto che le suddette garanzie incideranno direttamente sulle ragioni di soddisfazione dei creditori prededucibili, tanto da poter addirittura compromettere le ragioni creditorie⁹⁸.

2.10. I contratti pendenti

2.10.1. La sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti

Precedentemente alla riforma apportata con il Decreto Sviluppo, nessuna disposizione risultava dettata circa il trattamento dei rapporti pendenti nel concordato preventivo, era, infatti, pacificamente ritenuto pacificamente che al concordato preventivo non potesse applicarsi la disciplina inserita negli articoli 72 e seguenti., L.F., in tema di fallimento.

L'opinione prevalente era nel senso che i rapporti pendenti al momento del deposito della domanda di concordato preventivo proseguissero normalmente, tale per cui la loro integrale esecuzione veniva ritenuta la regola. Si riteneva, infatti, che i rapporti pendenti proseguissero e che continuassero a produrre i normali effetti, salvo quelli incompatibili con il generale regime dell'istituto concordatario.

⁹⁸ Così L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, in *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione de principi di best practice*, in ilfallimentarista.it, secondo cui “ben più complessa, poi, è l'attestazione speciale nel caso in cui venga richiesta l'autorizzazione a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti; giacché l'incapacità dei flussi di cassa a coprire il servizio del debito relativo ai 'finanziamenti prededucibili' potrebbe compromettere le ragioni creditorie, soprattutto ove l'oggetto della garanzia pignorativa o ipotecaria sia costituito da asset non strategici, compromettendo definitivamente le ragioni di altri creditori prededucibili”.

Con il Decreto Sviluppo, il legislatore ha affrontato per la prima volta la tematica relativa ai contratti pendenti nella procedura del concordato preventivo, in particolare con le norme contenute nell'art. 169-*bis*, L.F., e nell'art. 186-*bis*, comma terzo, L.F., in tema di concordato in continuità.

Nello specifico ai sensi dell'art. 169-*bis*, comma primo, L.F., “*il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta*”.

Il legislatore ha tentato di contemperare le esigenze divergenti dei diversi soggetti coinvolti da tale disciplina, tra cui l'interesse del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione del contratto, l'interesse dei creditori concorsuali a non subire i costi della prosecuzione del contratto e l'interesse dell'impresa debitrice a realizzare il piano concordatario senza il vincolo dei contratti pendenti che ostacolano il processo di ristrutturazione.

Al fine di rispettare i diversi interessi in gioco, la nuova disciplina consente al debitore di liberarsi, o di sospendere temporaneamente, l'esecuzione di quei contratti che rendono difficile il percorso di riorganizzazione e, conseguentemente, di trattare come credito concorsuale il diritto di credito vantato dal contraente *in bonis* che subisce la sospensione e lo scioglimento del contratto.

Dal complesso di tali disposizioni, è facile intuire come il legislatore ha implicitamente confermato la regola generale, già consolidata nell'interpretazione giurisprudenziale antecedentemente all'emanazione dell'art. 169-*bis*, L.F., secondo cui i contratti in corso di esecuzione proseguono.

Al contrario, la sospensione e lo scioglimento di un contratto pendente costituiscono un'eccezione all'applicazione della regola generale e, come tali, devono trovare applicazione soltanto nei casi strettamente necessari.

In relazione all'applicabilità delle disposizioni afferenti la prosecuzione dei contratti pendenti all'istituto del concordato con riserva, si osserva che l'art. 169-*bis*, L.F., si riferisce genericamente al “ricorso di cui all'art. 161”; tale sibillina espressione ha indotto parte della giurisprudenza⁹⁹ ad affermare l'inapplicabilità della disciplina all'istituto prenotativo adducendo sia che laddove il legislatore ha optato per estendere determinati istituti al concordato con riserva lo ha espressamente fatto, sia in virtù della natura provvisoria dello stesso e quindi difficilmente compatibile con l'effetto risolutivo dei rapporti in ipotesi di scioglimento.

A sostegno di tale tesi si osserva come l'istituto del concordato con riserva apparirebbe difficilmente compatibile con la risoluzione dei rapporti pendenti per i quali sarebbe necessaria, ai fini della concessione dell'autorizzazione da parte del Tribunale, l'indicazione del programma che il ricorrente intende attuare per la soluzione concordataria.

Affinché il Tribunale possa compiere una valutazione adeguata in ordine alla ricorrenza dei presupposti per concedere l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti, parte della dottrina¹⁰⁰, nonché della giurisprudenza di merito¹⁰¹, propendono

⁹⁹ Tribunale Vicenza, 25 giugno 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Pistoia, 30 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 74; Appello Brescia, 19 giugno 2012, in *ilcaso.it*; Tribunale Verona, 31 ottobre 2012, in *ilcaso.it*, dispone che: “la disciplina di cui all'art. 169 bis legge fall., la quale consente al proponente il concordato di richiedere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso, è applicabile unicamente nell'ambito del ricorso per concordato di cui al primo comma dell'art. 161 legge fall. e non nel caso in cui venga presentata domanda di concordato con riserva di presentazione del piano e della documentazione di cui al sesto comma della stessa norma”.

¹⁰⁰ Così A. PATTI, in *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, pag. 272, in cui l'autore dichiara: “personalmente, credo che il chiaro riferimento dell'art. 169 bis al ricorso di cui all'art. 161 non possa eluderne il suo sesto comma, non essendo necessario l'esplicito richiamo del comma, trattandosi piuttosto di scarsa organicità e coerenza, anche lessicale, di un legislatore alquanto alluvionale”; P.F. CENSONI in *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, pag. 10 dichiara: “mi pare difficilmente contestabile (anche se non è mancata qualche isolata voce contraria) che la norma, almeno in astratto, sia applicabile ad ogni ipotesi di pre-concordato: infatti il generico e unitario riferimento al 'ricorso di cui all'art. 161', non consente di escludere dall'ambito dell'esercizio delle facoltà previste a favore del contraente 'con riserva', anche se per questa è opportuno tener conto di alcune precondizioni”; Tribunale di Milano, Verbale del Plenum del 18 ottobre 2012, Linee Guida, in cui “verosimilmente il legislatore non intendeva riferirsi anche al ricorso di pre-concordato, ma siccome ha utilizzato l'espressione 'il debitore nel ricorso di cui all'art. 161' deve concludersi per l'inevitabile estensione della norma anche al pre-concordato, visto che anch'esso si presenta con ricorso”.

¹⁰¹ Tribunale Salerno, 25 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, pag. 75; Tribunale Vercelli, 20 settembre 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Piacenza, 5 aprile 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in

per l'applicazione dell'art. 169-*bis*, L.F., anche all'istituto del concordato preventivo con riserva, adducendo la possibilità in capo al debitore di operare una certa *disclosure* del piano, anche se non nella sua interezza ma almeno delle sue linee guida, con indicazione dell'incidenza dello scioglimento rispetto alla continuazione del contratto in essere¹⁰².

Tale tesi sembrerebbe preferibile in quanto la previsione di cui all'art. 169-*bis*, L.F., è formulata in termini generali e risulterebbe alquanto difficile ritenere che non possa applicarsi al concordato con riserva, che è comunque una procedura concordataria, sia pure in una fase iniziale ed introduttiva; inoltre l'espressione secondo cui l'autorizzazione alla sospensione ed allo scioglimento possa essere richiesta nel ricorso *ex art.* 161, L.F., lascia propendere per l'applicabilità anche all'istituto di cui al comma sesto.

Infine, anche la *ratio* della facoltà concessa al debitore di sciogliere o sospendere i rapporti pendenti trova giustificazione nell'intento del legislatore di evitare pregiudizi per i creditori, sotto il profilo dell'aggravamento della situazione di crisi e, conseguentemente, della possibile compromissione della soluzione concordataria.

Non troverebbe giustificazione l'applicazione al concordato con riserva di tutto l'insieme di norme in ordine agli effetti tipici del deposito della domanda di concordato, se poi venissero preclusi gli effetti circa la facoltà di ottenere l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso che potrebbero, gravemente ed irrimediabilmente, causare pregiudizio per i creditori.

Negare l'applicabilità di tale facoltà in capo al debitore significherebbe indurlo alla presentazione della domanda, con immediato deposito della proposta e del piano, contrastando lo spirito di fondo dell'istituto del concordato con riserva.

L'autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti implica, sicuramente, la

ilcaso.it; Tribunale Catanzaro, 23 gennaio 2013; Tribunale Modena, 30 novembre 2012; Tribunale La Spezia 24 ottobre 2013, in *Fallimento*, 2013, pag. 77.

¹⁰² Tribunale Vercelli, 20 settembre 2013, ritiene ammissibile “*in situazioni particolari ed a fronte di una disclosure pressoché totale sul tipo di concordato che verrà presentato*”; Tribunale Monza, 16 gennaio 2013, Tribunale Monza, 21 gennaio 2013; Tribunale Ravenna 24 dicembre 2012.

parziale rivelazione da parte del debitore del piano, ma non è necessario che la *disclosure* avvenga nella sua interezza¹⁰³; considerando altresì che per alcune tipologie di rapporti lo scioglimento si profila come utile alla procedura indipendentemente dalla tipologia di piano e della proposta che il debitore intende presentare. Vi sono inoltre alcuni rapporti pendenti per la cui limitata rilevanza economica, non sembrerebbe che la proposizione del piano costituisca un presupposto fondamentale.

Ai fini della concessione dell'autorizzazione da parte del Tribunale, il debitore ha il compito di provare la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, dell'urgenza di provvedere allo scioglimento e, soprattutto, della convenienza per i creditori. Dottrina e giurisprudenza rilevano che la presentazione di istanze di scioglimento formulate in modo generico e sprovviste di adeguato contenuto probatorio e motivazionale siano inammissibili¹⁰⁴, in quanto l'esercizio dei poteri autorizzativi in capo al Tribunale esige che l'istanza sia corredata di sufficienti informazioni circa il valore patrimoniale dei rapporti in corso di esecuzione, dei beni oggetto dei medesimi contratti, nonché del contenuto essenziale del piano e della proposta¹⁰⁵.

Conseguentemente, sia in virtù dell'incidenza del provvedimento autorizzativo sugli interessi del terzo contraente, sia in considerazione che lo stesso può arrecare un pregiudizio invece che un vantaggio per i creditori, la giurisprudenza ritiene che in difetto di un quadro sufficientemente chiaro circa il contenuto della proposta concordataria e del piano, difficilmente l'autorizzazione allo scioglimento sarà accordata, ed in tal caso l'adozione del provvedimento della sospensione appare preferibile in quanto meno incisivo ed irreversibile¹⁰⁶.

¹⁰³ Si segnala l'orientamento estremamente rigoroso del Tribunale di Milano – Seconda Sezione Civile Fallimenti – Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di concordato preventivo a seguito del Decreto Sviluppo, Verbale del plenum del 20 settembre 2012, secondo cui la concessione dell'autorizzazione è condizionata all'immediata disponibilità del piano e della proposta.

¹⁰⁴ Tribunale Biella, 13 novembre 2012.

¹⁰⁵ Tribunale Biella, 13 novembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale La Spezia, 25 ottobre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Mantova, 27 settembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Novara, 3 aprile 2013, in [ilcaso.it](#).

¹⁰⁶ Tribunale Monza, 16 gennaio 2013; Tribunale Monza, 21 gennaio 2013, in [ilcaso.it](#); Tribunale Modena, 28 novembre 2012, in [ilcaso.it](#); Tribunale Modena, 30 novembre 2013.

Anche nell'istituto del concordato con riserva trova attuazione la disciplina generale individuata dalla giurisprudenza in sede di autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti e, quindi, è necessaria l'instaurazione del contraddittorio con la parte contrattuale *in bonis*¹⁰⁷, soprattutto in ordine alla quantificazione dell'indennizzo spettante; deve inoltre essere valutato il bilanciamento degli interessi del terzo che subisce i non irrilevanti effetti dell'interruzione del rapporto con gli interessi della procedura e quindi di tutti i creditori. Infine, deve essere considerato come criterio decisivo quello della effettiva utilità dello scioglimento per la procedura e, di conseguenza, degli interessi della massa dei creditori.

La soluzione maggiormente adottata dalla giurisprudenza¹⁰⁸ è di preferire la sospensione allo scioglimento in quanto misura meno radicale e reversibile, considerando nell'istanza di autorizzazione allo scioglimento può essere implicitamente ricompresa, in via subordinata, quella di sospensione; con la conseguenza che il Tribunale ha la facoltà di autorizzare la sospensione dei contratti in essere anche nelle ipotesi in cui sia stata presentata dal debitore unicamente l'istanza di scioglimento degli stessi¹⁰⁹.

La sospensione può essere autorizzata per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta, pertanto la durata massima è pari a complessivi quattro mesi. In ipotesi di sospensione di contratti in essere si realizza una sorta di moratoria *ex lege*, in cui il debitore concordatario è esonerato dall'obbligo di adempiere alle proprie obbligazioni ma, trascorso il periodo di sospensione, il contratto prosegue e quindi le stesse vanno nuovamente adempiute in quanto la sospensione è, per definizione, una scelta provvisoria.

Anche nel caso di istanza di sospensione, dato che la stessa non è priva di conseguenze potenzialmente pregiudizievoli sia per il debitore che per il contraente *in bonis*, la

¹⁰⁷ Così C. MANCUSO, in *Autorizzazione allo scioglimento del contratto in corso di esecuzione e principio del contraddittorio*, in *Il Fallimento*, 2014, n. 5, pagg. 558 e ss.

¹⁰⁸ Tribunale Pistoia, 30 ottobre 2012.

¹⁰⁹ Tribunale Monza, 16 gennaio 2013; Tribunale Piacenza, 5 aprile 2013.

giurisprudenza maggioritaria ritiene che il Tribunale, per poter provvedere in ordine alla sospensione, debba essere adeguatamente informato sulla tipologia di concordato che il debitore intende proporre e sulle linee guida del piano che è in fase di elaborazione.

Tra le principali tipologie di contratti oggetto dei provvedimenti del Tribunale vi sono i contratti bancari¹¹⁰, con particolare riferimento ai contratti di conto corrente, con la giustificazione della necessità della sospensione al fine di evitare il prodursi degli effetti del c.d. patto di compensazione¹¹¹, nonché i contratti di anticipazione bancaria¹¹² o di *swap*¹¹³.

Nelle ipotesi in cui il debitore decida di sciogliere o sospendere un contratto pendente, la nuova disciplina prevede che il contraente *in bonis* “*ha diritto ad un indennizzo in misura equivalente al danno conseguente al mancato adempimento*”. Sebbene il *quantum* sia ragguagliato alla stregua delle norme che regolano il risarcimento del danno, il tenore letterale della norma di cui all'art. 169-*bis*, comma secondo, parla di indennizzo, in virtù del fatto che l'interruzione del rapporto non deriva da inadempimento contrattuale, ma da una causa legittima, stante l'autorizzazione giudiziale.

Pertanto, la quantificazione dell'indennizzo in relazione all'equivalente *quantum* del risarcimento non si sottrae alle regole generali; quindi il giudice chiamato ad effettuarla dovrà attenersi ai criteri che riguardano il risarcimento del danno.

Il credito vantato dal contraente *in bonis* deve essere soddisfatto come credito anteriore al concordato, cioè come concorsuale, e non come credito prededucibile¹¹⁴.

In virtù del fatto che la sospensione dipende da una moratoria legale, il debitore non

¹¹⁰ Tribunale Bologna, 12 giugno 2013; Tribunale Busto Arsizio, 11 febbraio 2013.

¹¹¹ Tribunale Bologna, 12 giugno 2013; Tribunale Lucca, 21 maggio 2013, in [ilcaso.it](#); Tribunale Bergamo, 7 giugno 2013, in [ilcaso.it](#); Tribunale Piacenza, 1 marzo 2013, in [ilcaso.it](#); Tribunale Busto Arsizio, 11 febbraio 2013; Tribunale Como, 5 novembre 2012; Appello Brescia, 19 giugno 2013; Tribunale Milano, 11 dicembre 2012, in [ilcaso.it](#).

¹¹² Tribunale Como, 5 novembre 2012

¹¹³ Tribunale Monza, 16 gennaio 2013.

¹¹⁴ Il credito vantato dal contraente *in bonis* non è prededucibile; di regola avrà rango chirografario. Così G. REBECCA in *Contratti pendenti: sospensione e scioglimento nel concordato in continuità e nel concordato in bianco. I contratti bancari*, in [ilfallimentarista.it](#), 14 maggio 2013.

può considerarsi inadempiente e non è così tenuto a pagare né interessi di mora, né interessi convenzionali.

Tale disposizione è stata oggetto di critiche in quanto attribuisce un diritto al risarcimento del danno in conseguenza dell'esercizio da parte del debitore di una facoltà concessagli dalla legge, sottoponendo il credito risarcitorio spettante al contraente alla falchia concordataria piuttosto che qualificarlo come credito prededucibile¹¹⁵.

L'indennizzo ha sempre carattere omnicomprensivo e va comunque pagato in moneta concorsuale secondo le previsioni di trattamento che la proposta concordataria riserva ai creditori aventi medesimo rango del contraente *in bonis*.

2.10.2. I contratti che proseguono *ex lege*

Ai sensi dell'art. 169-*bis*, comma terzo, “*lo scioglimento del contratto non estende alla clausola compromissoria in esso contenuta*”; quindi in tale caso soltanto la clausola compromissoria *ex art. 808 c.p.c.*, resta produttiva di effetti, consentendo che le controversie nascenti dal contratto siano decise dall'organo arbitrale.

Tale eccezione sembrerebbe rispondere alla finalità di non incidere sulla competenza arbitrale già prevista, resta tuttavia il dubbio circa il senso di conservare tale competenza quando i contratti ad essa sottomessi sono travolti dallo scioglimento.

L'art. 169-*bis*, comma quarto, L.F., stabilisce i casi in cui la possibilità di scioglimento e/o sospensione non trova applicazione; si fa riferimento ai rapporti di lavoro subordinato ed ai contratti di cui agli articoli 72, comma ottavo, 72-*ter* e 80, comma primo, L.F.

Il riferimento esplicito ai rapporti di lavoro subordinato e quello effettuato mediante rinvio ad alcune norme afferenti i rapporti pendenti nel fallimento, trova giustificazione

¹¹⁵ Così P.F. CENSONI, in *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, pagg.19 e ss.; M. VITIELLO, in *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, in *ilfallimentarista.it*.

nel fatto che tra le suddette norme i contratti di lavoro non sono specificatamente regolati, in quanto disciplinati parzialmente nell'art. 2119, comma secondo, c.c.

Quindi, in aggiunta ai contratto di lavoro subordinato, proseguono *ex lege*:

- i contratti preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis, c.c., 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 d'impresa dell'acquirente, nel ipotesi in cui il concordato sia stato richiesto dal promittente venditore;
- i contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare;
- i contratti di locazione di immobili, se il concordato è richiesto dal locatore.

Si segnala che il D.L. nella versione originaria non prevedeva la fattispecie relativa ai contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare; la scelta di escludere dalla possibilità di scioglimento solo i contratti di lavoro, nonché i preliminari di cui all'art. 72, comma ottavo, e le locazioni immobiliari poteva quindi attribuirsi al fatto che tali contratti lambiscono interessi di rilievo e di rango costituzionale. In sede di conversione è stata aggiunta anche l'esclusione relativa ai contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare; il cui inserimento determina una “*sgradevole disintonia*”¹¹⁶ in quanto non riguarda contratti di rilievo costituzionale, ponendosi rispetto alle altre ipotesi con un elevato grado di arbitrarietà.

2.11. Le modifiche apportate con il “Decreto del Fare”

2.11.1. L'ampliamento delle informazioni

Il patrimonio informativo è stato ampliato sia in riferimento alla fase introduttiva della procedura che nella fase successiva alla fissazione del termine *ex art.* 161, comma

¹¹⁶ Così F. LAMANNA in *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pag. 55.

sesto, L.F.

In particolare, è previsto l'obbligo per il debitore di depositare con il ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., oltre ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, anche l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, consentendo così di disporre già anteriormente al deposito del piano, di ulteriori informazioni in ordine all'ammontare dei debiti sociali.

Inoltre, è stato previsto che, in seguito alla pronuncia del decreto che fissa il termine per il deposito della proposta e del piano, si applicano le disposizioni di cui all'art. 170, comma secondo, L.F., che impongono al debitore di tenere a disposizione del giudice delegato e del commissario giudiziale, se nominato, i libri contabili obbligatori.

Con le modifiche introdotte con il c.d. Decreto del Fare n. 69/2013, convertito con modifiche nella L. n. 98/2013, è stato completamente riscritto l'art. 161, comma ottavo, L.F., secondo cui il Tribunale è tenuto a disporre degli obblighi informativi periodici con il decreto di cui all'art. 161, comma sesto, L.F.

Tale disposizione sancisce che la prescrizione afferente tali obblighi è un obbligo in capo al Tribunale e non una mera facoltà, come interpretato nella disciplina ante modifica del 2013.

E' stato altresì stabilito che i suddetti obblighi informativi periodici devono essere assolti dal debitore con cadenza almeno mensile, laddove la precedente formulazione della norma non stabiliva una determinata periodicità lasciando al giudice il compito di stabilire discrezionalmente la cadenza con cui il ricorrente avrebbe dovuto assolvere ai propri obblighi informativi periodici.

Le relazioni informative devono riguardare, oltre che gli aspetti di gestione dell'impresa, anche tutte le attività poste in essere per la predisposizione del piano e della proposta.

Pertanto, l'elemento fondamentale di novità rispetto alla previgente normativa è costituito dalla limitazione della discrezionalità con riguardo alla tempistica, in quanto

gli obblighi informativi devono essere adempiuti con periodicità almeno mensile; la formulazione della norma induce a ritenere che al Tribunale sia preclusa la fissazione di un termine più ampio, ma non sia preclusa la fissazione di un termine più breve, con conseguente aggravio dell'onere informativo in capo al ricorrente.

Tali obblighi informativi devono essere assolti dal debitore sotto la vigilanza del commissario giudiziale, se nominato.

Il nuovo art. 161, comma ottavo, L.F., pur lasciando ampia discrezionalità al Tribunale nell'indicazione degli obblighi informativi periodici da imporre al ricorrente, precisa che gli stessi dovranno comunque riguardare la *gestione finanziaria dell'impresa e dell'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano*¹¹⁷. Tale precisazione riveste particolare importanza in quanto è proprio la corretta ed adeguata vigilanza sull'attività posta in essere per la predisposizione della proposta e del piano da parte del debitore che costituisce la misura più rilevante al fine di evitare un uso distorto e/o strumentale della procedura di concordato preventivo con riserva.

In capo al ricorrente vi è altresì l'obbligo ulteriore di depositare, sempre con cadenza almeno mensile, una situazione finanziaria dell'impresa, che deve essere pubblicata, entro il giorno successivo al deposito in Cancelleria, nel Registro delle Imprese a cura del cancelliere.

In ordine ai criteri con i quali va esposta la gestione finanziaria si ritiene che la stessa debba illustrare sia le operazioni attive e passive compiute nel periodo di riferimento, sia i rendiconti relativi all'andamento finanziario dell'impresa e tutti gli altri elementi in grado di consentire il monitoraggio necessario ad evitare l'utilizzo strumentale della procedura¹¹⁸.

¹¹⁷ Il modello di decreto collegiale ex art. 161, sesto comma, L.F., del 4 luglio 2013 del Tribunale di Milano, in www.osservatorio-oci.org prescrive che il ricorrente, alla scadenza dei termini fissati, “*depositi in Cancelleria una situazione finanziaria aggiornata dell'impresa, trasmettendone una copia al commissario giudiziale, cui dovrà inviare anche una breve relazione informativa ed esplicativa, redatta dal suo legale, sullo stato di predisposizione della proposta definitiva, nonché sulla gestione corrente, anche finanziaria, allegandovi l'elenco delle più rilevanti operazioni compiute, sia di carattere negoziale, che gestionale, industriale, finanziario o solutorio, di valore comunque superiore ad euro 5.000,00, con l'indicazione della giacenza di cassa e delle più rilevanti variazioni di magazzino*”.

¹¹⁸ Così L. SALVATO, in *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Il Fallimento*, 2013,

2.11.2. La nomina del Commissario Giudiziale

Già in epoca antecedente emanazione delle modifiche normative introdotte dal c.d. Decreto del Fare, D.L. n. 69/2013 la prassi adottata da alcuni Tribunali¹¹⁹, a seguito della presentazione dei ricorsi *ex art. 161*, comma sesto, L.F., fu quella di applicare le disposizioni di cui all'*art. 68 c.p.c.*, che prevedono la possibilità di nominare consulenti tecnici o ausiliari affidandogli il compito di vigilare sui ricorrenti e sull'adempimento da parte degli stessi degli obblighi informativi e sull'attività svolta per la presentazione della proposta e del piano concordatario definitivo, o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, L.F.

Con l'introduzione del Decreto del Fare è stata attribuita al Tribunale la facoltà di nominare il commissario giudiziale di cui all'*art. 163*, comma secondo, n. 3); tale disposizione è chiaramente influenzata dalle normative straniere in tema di *automatic stay* ove è espressamente previsto il potere del giudice competente di nominare un commissario avente il compito di vigilare sulle attività poste in essere dal debitore nel periodo dell'*automatic stay*.

Il verbo “*può*” non consente dubbi in ordine al carattere meramente facoltativo della nomina; la discrezionalità della stessa sembrerebbe escludere che il Tribunale debba esplicitare le ragioni per cui, eventualmente, non la dispone¹²⁰.

Si ritiene, comunque, che nella prassi la motivazione in ordine alla nomina possa divenire una regola diffusa, considerando sufficiente una sommaria motivazione relativa alle ragioni della designazione¹²¹.

n. 10, pagg.1215 e ss.

¹¹⁹ Tribunale Pisa, 19 dicembre 2012, in ifallimentarista.it; Tribunale Asti, 24 settembre 2012, in ifallimentarista.it; Tribunale La Spezia, 25 settembre 2012, in ifallimentarista.it; Tribunale Benevento 26 settembre 2012, in ilcaso.it.

¹²⁰ Così L. SALVATO, in *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 10, pagg. 1216 e ss., secondo cui “*non è vaporizzabile quindi, la modifica apportata in sede di conversione che, prescrivendo la necessità del decreto motivato, è coerente con l'esistenza dell'obbligo della motivazione solo qualora sia anticipata la nomina di un organo tipico dell'istituto ordinario*”.

¹²¹ Si segnala il modello di decreto collegiale del Tribunale di Milano del 4 luglio 2013, che quanto alla motivazione contiene la seguente formula: “*che in base alla concreta situazione patrimoniale e finanziaria emergente dalla documentazione contabile prodotta sia opportuno disporre sia la nomina di un commissario giudiziale ai sensi dell'art. 161, comma 6, come modificato dal D.L. n. 69/2013, con la conseguente fissazione di una cauzione per*

La precisazione del legislatore in ordine alla facoltà concessa al Tribunale è apprezzabile sia in considerazione che la stessa determina un ulteriore costo in capo al debitore che, al momento del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, versa in uno stato di crisi, sia perché in tale procedura il debitore potrebbe optare per la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, procedimento che non richiede la presenza di alcun commissario giudiziale o altro ausiliario e/o consulente¹²².

Si ritiene, quindi, opportuno che la nomina del commissario giudiziale avvenga soltanto nelle procedure di concordato preventivo con riserva particolarmente complesse, in cui il Tribunale avverte effettivamente l'esigenza di avvalersi di un soggetto indipendente che vigili attentamente sul debitore e sulle attività dallo stesso poste in essere.

Si segnala una recente pronuncia giurisprudenziale¹²³ che ha ritenuto legittima la nomina quale commissario giudiziale, di un organo collegiale nell'ipotesi in cui l'impresa ricorrente sia di rilevanti dimensioni e la procedura appaia di rilevante complessità, nonché presenti delicati risvolti sociali.

La nomina del commissario giudiziale può essere effettuata con il decreto che fissa il termine di cui al primo periodo dell'art. 161, comma sesto, L.F. o con provvedimento successivo. Infatti, in considerazione della strumentalità della figura a scongiurare un uso distorto della procedura e considerando altresì la possibilità che le esigenze tutelate con la nomina di tale organo emergano dopo il deposito del ricorso, si ritiene che la designazione può avvenire, anche, in occasione dell'eventuale proroga del

le spese di procedura".

¹²² In senso contrario F. LAMANNA, in *Il decreto "del fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, secondo cui "non può nemmeno suggerirsi al Tribunale di astenersi dall'effettuare la nomina del commissario giudiziale le volte in cui il ricorrente, ad esempio, anticipasse con ricorso l'intenzione di presentare un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, L.F. " in quanto "tale espressione di volontà potrebbe anche troppo facilmente tradursi in un mezzo per evitare la nomina del commissario giudiziale, e quindi lo svolgimento di un'attività di controllo, ben potendo poi il debitore cambiare direzione e proporre un concordato preventivo vero e proprio, comportamento che non potrebbe in effetti né considerarsi abusivo, né per altra ragione vietato o illegittimo, atteso che lo stesso art. 161, comma 6, consente l'esercizio di tale facoltà".

¹²³ Tribunale Benevento, 29 agosto 2013, in *ilcaso.it*.

termine, ovvero quando il ricorrente richiede di essere autorizzato a compiere atti di straordinaria amministrazione, oppure nell'ipotesi in cui sorgano da parte del Tribunale ragioni di sospetto in ordine alla manifesta inidoneità dell'attività preordinata alla predisposizione della proposta e del piano.

Parte della dottrina¹²⁴ avvale la tesi restrittiva secondo cui la disposizione di cui all'art. 161, comma sesto, L.F., precisa in modo inequivocabile che la nomina del commissario giudiziale debba avvenire con il decreto che fissa il termine, non potendo quindi avvenire in un momento successivo a tale decreto.

Relativamente ai poteri in capo al commissario giudiziale, si evidenzia come, in virtù del richiamo delle disposizioni di cui all'art. 163, comma secondo e terzo, L.F., siano applicabili, oltre alle disposizioni specificamente dettate per la procedura di concordato preventivo con riserva, anche le disposizioni dettate per il commissario giudiziale nominato nella procedura di concordato preventivo, con l'eccezione di quelle norme che risultano incompatibili con la procedura di concordato preventivo con riserva.

Pertanto, al commissario giudiziale nominato nell'ambito della procedura di concordato preventivo con riserva non competeranno gli obblighi del commissario giudiziale nominato nella procedura di concordato preventivo, quali l'obbligo di redigere la relazione *ex art.* 172, L.F., e l'obbligo di depositare il proprio parere ai sensi dell'art. 180, comma secondo, L.F.

In considerazione della strumentalità della nomina rispetto allo scopo di garantire un più stringente controllo in funzione anti-elusiva degli scopi della procedura di concordato preventivo con riserva, al commissario giudiziale sono stati attribuiti compiti che si articolano in un controllo generale che verte sul compimento di attività fraudolente e sulla congruità dell'attività posta in essere dal debitore ai fini del

¹²⁴ Così M. ARATO in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli Editore, Torino, 2013; G.B. NARDECCHIA, in *Più controlli sul concordato con riserva*, in *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 2013; I.L. NOCERA, *Preconcordato: gli effetti della nomina del commissario giudiziale*, in *Il quotidiano giuridico*, 25 giugno 2013.

concordato ed, in particolare, sull'adempimento degli obblighi informativi periodici e sul compimento di specifici atti da parte del debitore.

Relativamente al compimento di attività fraudatorie, il commissario giudiziale deve accertare se il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti in frode, e qualora riscontri il compimento di una delle suddette condotte previste dall'art. 173, L.F., dovrà riferirne immediatamente al Tribunale che, verificata la sussistenza delle stesse, potrà dichiarare improcedibile la domanda di concordato preventivo con riserva e dichiarare il fallimento del debitore, in presenza dei presupposti di legge.

Il commissario giudiziale deve, inoltre, vigilare sull'amministrazione dei beni e sull'esercizio dell'impresa da parte del debitore ai sensi dell'art. 167, comma primo, L.F., ha il dovere di formulare il proprio parere circa le eventuali autorizzazioni richieste dal debitore al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 161, comma settimo, L.F.

Inoltre, al commissario spetta un'attività di controllo ai fini dell'accertamento dell'eventuale manifesta inidoneità della proposta e del piano che, tenuto conto del testo letterale della norma, va svolta attraverso la vigilanza sull'adempimento da parte del debitore degli obblighi informativi periodici stabiliti dal Tribunale, nonché attraverso una verifica dell'attività compiuta da debitore, per accertare che la stessa sia finalizzata alla predisposizione della proposta e del piano. Nel caso in cui il commissario verifichi che tale attività non sia manifestamente idonea alla suddetta finalità, lo stesso dovrà riferirne tempestivamente al Tribunale affinché valuti l'adozione di provvedimenti di cui all'art. 161, comma ottavo, L.F.

La nomina del commissario giudiziale può giustificare la prescrizione del deposito da parte del debitore ricorrente di una somma da accantonare quali spese di giustizia, in conto del futuro compenso spettante al medesimo, gravando così l'impresa in crisi di

un costo aggiuntivo, che secondo la Relazione governativa risulterebbe comunque contenibile in quanto il compenso spettante al commissario giudiziale dovrebbe essere liquidato “*tenendo conto del compenso minimo*”¹²⁵.

Tale compenso dovrà comunque essere calcolato in funzione delle attività che sono affidate al commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo con riserva, che risultano essere diverse dalle attività del commissario giudiziale nel concordato preventivo, ed in funzione delle condizioni economiche del debitore ricorrente; di talché all'atto della nomina il Tribunale dovrà verificare attentamente la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del ricorrente per fissare un compenso del commissario giudiziali il più possibile adeguato.

Con il medesimo decreto di nomina, il Tribunale dovrebbe altresì stabilire la tempistica del pagamento del compenso professionale spettante al commissario giudiziale.

La questione attinente la possibile nomina del medesimo soggetto che ha ricoperto la funzione di commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo con riserva, nella successiva procedura di concordato preventivo non è stata affrontata del legislatore e, nonostante la dottrina si sia mostrata possibilista, la prassi adottata da alcuni Tribunali è orientata, per ragioni di opportunità, nel senso di evitare che un soggetto che ha rivestito una determinata qualifica in una procedura concorsuale possa rivestire una differente qualifica in una diversa procedura concorsuale afferente il medesimo creditore.

2.11.3. La violazione degli obblighi informativi

In armonia con l'intento di evitare l'uso distorto della procedura, il legislatore ha dedicato particolare attenzione alla violazione degli obblighi informativi, nonché alla repressione di condotte del debitore incompatibili con le finalità della procedura.

¹²⁵ Nella Relazione governativa, in virtù “*dell'intento di contenere al massimo grado i costi della procedura*” si prevede che “*i costi del commissario potranno essere contenuti tenendo conto del compenso minimo previsto dal decreto del Ministero della giustizia 25 gennaio 2012, n. 30*”.

Preliminarmente si rappresenta che mediante la novellazione dell'art. 161, comma sesto L.F., è stato previsto che, nelle ipotesi in cui il commissario giudiziale accerti che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'art. 173, L.F., lo stesso ne riferisca immediatamente al Tribunale ai fini della dichiarazione di improcedibilità della domanda. Pertanto, qualora si accerti che il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, abbia dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività inesistenti o commesso atti in frode, e cioè abbia compiuto atti univocamente sintomatici dell'intento elusivo della presentazione del ricorso, la sanzione prevista dall'ordinamento è la dichiarazione di improcedibilità *ex art. 173*, comma secondo. Tale previsione risulta coerente con la notevole rilevanza degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore e con le conseguenze sui diritti dei creditori che si producono a seguito del deposito del ricorso *ex art. 161*, comma sesto, L.F.

La violazione degli obblighi informativi imposti dalle disposizioni di cui all'art. 161, comma ottavo, L.F., comporta per espressa previsione del medesimo comma, l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 162, commi secondo e terzo, L.F., secondo cui la proposta di concordato è inammissibile, con riserva e possibilità di dichiarare il fallimento del debitore.

E' stata altresì introdotta una specifica sanzione per il caso in cui il debitore, ancorché adempia formalmente agli obblighi informativi sullo stesso incombenti, dimostri che la sua attività non sia manifestatamente idonea alla predisposizione della proposta e del piano. E' ragionevole presumere che la distinzione tra giudizio di congruità dell'attività strumentale alla predisposizione del piano e della proposta da una mera valutazione sui medesimi atti sia al quanto difficile e soggetta a facili contestazioni.

Pertanto, nelle ipotesi in cui il Tribunale rilevi che l'attività del debitore sia manifestatamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, avrà il potere, previa audizione del debitore, del commissario giudiziale, se nominato, e dei creditori, di abbreviare il termine fissato con il decreto di cui all'art. 161, comma sesto,

L.F. La suddetta sanzione è finalizzata ad evitare ulteriori pregiudizi per i creditori nell'ipotesi in cui risulti palese che il debitore ha fatto ricorso alla procedura di concordato preventivo con riserva al solo strumentale fine di prolungare la propria situazione di crisi.

Si segnala che, comunque, in tali casi di utilizzo strumentale dell'istituto del concordato preventivo con riserva, al Tribunale non sia stato concesso il potere di dichiarare immediatamente inammissibile la proposta di concordato preventivo strumentalmente depositata dal debitore¹²⁶.

Alla luce delle considerazioni che precedono la violazione delle prescrizioni informative, ad eccezione del caso in cui il debitore non compia attività idonee alla predisposizione del piano e della proposta, è causa che legittima il Tribunale ad adottare immediatamente il decreto di inammissibilità ai sensi dell'art. 162, L.F., previa instaurazione del contraddittorio col debitore e, in ipotesi di istanza di fallimento presentata dai creditori o dal Pubblico Ministero, provvedere alla dichiarazione di fallimento.

2.12. L'inammissibilità della domanda

La dichiarazione di inammissibilità della domanda, ai sensi dell'art. 162, L.F., potrà avvenire sia nell'ipotesi in cui il debitore non provveda a depositare la proposta e il piano nel termine assegnatogli dal Tribunale, sia nel caso di violazione degli obblighi informativi periodici *ex art. 161, comma ottavo, L.F.*, ovvero qualora il commissario giudiziale riscontri il compimento di una delle condotte fraudolente previste dall'art. 173, L.F.

La dichiarazione di inammissibilità è, inoltre, possibile nel caso in cui il giudice competente rilevi che il debitore, nei due anni precedenti alla data del deposito del

¹²⁶ Secondo F. LAMANNA, in *Il decreto "del fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in tali casi i Tribunali abbrevieranno il termine così tanto da renderlo di immediata, imminente scadenza, "non avendo sensi, una volta acquisita la convinzione che l'attività compiuta dal debitore sia inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, attendere oltre, creando potenzialmente ulteriori danni ai creditori".

ricorso *ex art. 161*, comma sesto, L.F., ha presentato un'altra domanda di concordato preventivo con riserva a cui non ha fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché nell'ipotesi in cui venga ravvisata la fattispecie dell'abuso del diritto¹²⁷ in ordine all'utilizzo strumentale dell'istituto.

In ordine alla declaratoria di inammissibilità *ex art. 162*, L.F., è lo stesso Tribunale che, verificata la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, adotta il decreto di inammissibilità non soggetto a reclamo, previa instaurazione del contraddittorio con il debitore e, in ipotesi di pendenza di istanza di fallimento, potrà provvedere alla dichiarazione del fallimento del debitore.

Parte della dottrina¹²⁸ ritiene il venir meno dell'effetto inibitorio *ex nunc*, muovendo dalla circostanza che l'espressa previsione di un effetto retroattivo della cessazione degli effetti, pur contenuta nel decreto legge, non ricompare successivamente nella legge di conversione.

2.13. La passerella tra concordato con riserva e accordi di ristrutturazione

Nel momento in cui l'imprenditore avverte di trovarsi in uno stato di difficoltà, non è facile che lo stesso riesca a stabilire nell'immediatezza quale sia lo strumento più idoneo per affrontare e risolvere la crisi in cui versa. In considerazione di questo dato di fatto, il legislatore ha ritenuto opportuno anticipare la protezione del patrimonio del debitore dagli attacchi che possono esperire i creditori sociali, ed ha inoltre stabilito che la scelta dell'ingresso in un percorso "protetto" non debba essere obbligatoriamente a senso unico, in quanto potrebbe verificarsi la situazione che, acquisite maggiori informazioni sul proprio stato di crisi, l'imprenditore ritenga

¹²⁷ La fattispecie dell'abuso del diritto si manifesta "*in tutti quei comportamenti che, pur consistendo nell'uso formalmente legittimo di poteri discrezionali riconosciuti dalla legge, risultano in realtà finalizzati a provocare difficoltà o far sorgere complicazioni, o mirano comunque a scopi dilatori*".

¹²⁸ Secondo F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, "*la mancata presentazione in termini del piano e dei documenti, o della richiesta di omologa degli accordi, dovrebbe determinare il venir meno dell'effetto inibitorio solo ex tunc*".

preferibile adottare uno strumento diverso rispetto a quello immaginato all'origine.

E' per tali ragioni che il legislatore, con la riforma del 2012, ha introdotto una sorta di duplice e reciproco passaggio tra l'istituto del concordato preventivo con riserva e l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In particolare, la disposizione di cui all'art. 161, comma sesto, L.F., prevede che, l'imprenditore che ha già presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco, possa “*nello stesso termine e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso*” pubblicare e depositare un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma primo, L.F.

Con una modifica apportata, con il D.L. n. 83/2012, all'art. 182-*bis*, ottavo comma, L.F., è stata introdotta la simmetrica facoltà di depositare, entro i termini della procedura anticipatoria degli accordi, una domanda di concordato preventivo invece che il ricorso per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, prevedendo altresì che “*si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo*”, cioè il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive da parte di singoli creditori e il divieto di acquisire titoli di prelazione.

Tale reciproco passaggio da una procedura all'altra è stato da autorevole dottrina definito con il termine di “*passerella*”¹²⁹.

In particolare, il procedimento anticipatorio degli accordi di ristrutturazione introdotto dal legislatore con la finalità di consentire al debitore di compiere le trattative con i propri creditori senza il timore di iniziative da parte degli stessi che potessero compromettere il rispetto degli accordi, si presenta come istituto sicuramente utile ma non privo di rischi, sia in ordine alla complessità della documentazione che deve essere depositata contestualmente all'istanza, sia relativamente alla necessità di instaurare un contraddittorio con tutti i creditori, che devono essere informati sull'iniziativa intrapresa dal debitore e a cui è stata concessa la facoltà di opporsi alla concessione del

¹²⁹ Così M. FABIANI, in *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, doc. 335/2012.

termine da parte del Tribunale.

Considerando, quindi, la complessità sotto il profilo del corredo documentale, la possibilità di opposizione da parte dei creditori e la ricorrenza di presupposti richiesti dalla legge per l'avvio del procedimento in oggetto si presume che tale istituto è destinato a subire la concorrenza del concordato con riserva¹³⁰.

La dottrina ha, altresì, precisato come gli effetti della domanda prenotativa di concordato siano più ampi rispetto agli effetti del pre-accordo.

In particolare, tra gli effetti tipici del deposito della domanda di concordato con riserva vi sono: la sospensione degli interessi, l'inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese, l'inopponibilità degli atti trascritti successivamente alla pubblicazione del concordato, la facoltà di sciogliersi o di sospendere i contratti pendenti e tutta la particolare disciplina prevista per l'istituto del concordato con continuità.

Nell'ipotesi di presentazione di domanda di pre-accordo a cui faccia seguito il deposito della domanda di concordato preventivo, si evidenzia come, sin dalla data di deposito del pre-accordo, si producono una serie di effetti che proseguiranno anche nel caso di successivo concordato preventivo, tra cui: gli effetti relativi al divieto di azioni cautelari ed esecutive, la prededuzione dei finanziamenti autorizzati in corso di procedimento dal Tribunale, l'irrevocabilità dei pagamenti dei creditori, anche anteriori, autorizzati, l'inapplicabilità delle norme di cui agli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-*ter*, c.c. e l'inapplicabilità delle cause di scioglimento di cui agli articoli 2484, n. 4 e 2545-*duodecies* c.c.

In tale caso, tutti gli effetti tipici dell'istituto del concordato preventivo si produrranno soltanto a far data dalla pubblicazione della domanda dello stesso nel Registro delle Imprese. Si ritiene impensabile che, per effetto del passaggio dalla proposta di accordo al concordato preventivo c.d. pieno, gli effetti di tale ultimo istituto possano prodursi

¹³⁰ Così C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 317.

con effetto anticipato a far data dal deposito del ricorso *ex art. 182-bis*, comma primo, L.F.

Nell'alternativa ipotesi di presentazione di domanda di concordato preventivo in bianco e successiva presentazione di ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, si pone il problema relativamente ad alcuni degli effetti previsti per l'istituto concordatario che potrebbero ritenersi non compatibili con il regime del procedimento di cui all'*art. 182-bis*, L.F.

In particolare si fa riferimento al decorso degli interessi, all'inefficacia degli atti e delle ipoteche trascritte, allo scioglimento ed alla sospensione dei rapporti pendenti e al concordato con continuità aziendale. In tali casi, le soluzioni proposte dalla dottrina¹³¹ sembrano di distinguere a seconda del tipo di effetti prodotti; per il decorso degli interessi e l'efficacia delle ipoteche iscritte si ritiene che la mancata presentazione della domanda definitiva di concordato preventivo comporterebbe il decadere degli effetti propri di tale procedura. Anche in relazione allo scioglimento dei rapporti pendenti la tesi accolta dalla stessa dottrina prevede che gli effetti sarebbero condizionati a che al concordato con riserva non faccia seguito il procedimento degli accordi di ristrutturazione¹³². Tale soluzione non sembrerebbe tenere in considerazione l'espressa previsione normativa secondo cui “*sino all'omologazione*” si verificherebbe, nell'ipotesi di consecuzione di accordi al concordato in bianco, la conservazione “*degli effetti prodotti dal ricorso*”.

Nonostante nell'istituto degli accordi non si producano i medesimi effetti del concordato preventivo, la previsione che consente il passaggio dal concordato con riserva agli accordi è stata prevista dal legislatore con la finalità di consentire al debitore di godere di una tutela anticipatoria nel lasso di tempo concessogli per la predisposizione della proposta maggiormente idonea alla soluzione della crisi aziendale

¹³¹ Così M. FABIANI, in *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, doc. 335/2012.

¹³² Contrario a tale tesi è G. TERRANOVA, in *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 1, secondo cui l'effetto sostanziale prodottosi non può essere posto nel nulla.

in cui versa. Siccome il legislatore ha ritenuto che l'esito del percorso di ristrutturazione potesse essere, indifferentemente, la procedura di concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sembrerebbe opportuno che una serie di effetti prodotti dal concordato debbano essere conservati anche nell'ipotesi di successiva omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti; in particolare ciò vale per l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione della domanda di concordato, norma che in astratto si potrebbe ritenere anticipatoria del divieto di acquisizione di ipoteche non concordate in corso di procedimento di omologazione degli accordi, sia pure nel termine di soli sessanta giorni.

2.14. La fase finale della procedura di concordato preventivo con riserva

2.14.1. L'esito c.d. "fisiologico"

L'analisi dell'esito c.d. fisiologico della procedura di concordato con riserva si differenzia in funzione del deposito, da parte del debitore, della domanda di concordato preventivo c.d. definitiva o del ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182.-*bis*, comma primo L.F.

Nella prima ipotesi, entro il termine fissato dal Tribunale il debitore ricorrente provvederà al deposito della domanda di concordato preventivo definitiva corredata dalla documentazione prevista dall'art. 161, comma primo, L.F., e quindi:

- una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- uno stato analitico e estimativo delle attività;
- l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- l'elenco dei titolari di diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso

del debitore;

- il valore dei beni e i creditori degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- un piano contenente una descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta;
- la relazione di attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano prevista dall'art. 161, comma terzo, L.F.

In seguito al deposito della domanda definitiva di concordato e alla sua successiva pubblicazione nel Registro delle Imprese si genera l'automatica prosecuzione, senza soluzione di continuità, degli effetti del deposito e della pubblicazione della domanda di concordato preventivo con riserva *ex art. 161, comma sesto, L.F.* Conseguentemente, in conformità alle disposizioni di cui all'art. 182-*sexies*, L.F., il deposito della domanda definitiva di concordato preventivo consentirà al debitore di beneficiare dell'inapplicabilità, sino alla data di omologa, delle norme previste dagli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-*ter*, c.c., prevedendo inoltre la non applicabilità delle norme afferenti la causa di scioglimento delle società per riduzione o perdita del capitale sociale previste dagli articoli 2484, n. 4, e 2545-*duodecies*, c.c.

Il legislatore ha altresì disposto l'ultrattività, sino al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo *ex art. 163, L.F.*, della disciplina prevista per la procedura di concordato preventivo con riserva relativa agli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione; di talché successivamente al deposito del decreto di cui all'art. 163, L.F., il regime degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione sarà sottoposto all'ambito di applicazione dell'art. 167, L.F.

Nell'ipotesi in cui il debitore abbia deciso di optare per il deposito del ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis, comma primo, L.F.*, il debitore dovrà depositare lo stesso unitamente alla documentazione prevista ai sensi del medesimo comma, tra cui assume particolare rilievo la relazione del professionista

che attestino la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo con riferimento alla idoneità dello stesso ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo nei termini previsti dall'art. 182-*bis*, comma primo, lettere a) e b).

In conseguenza del deposito del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e di tutta la documentazione allegata, gli effetti in precedenza prodotti in funzione del deposito *ex art.* 161, comma sesto, L.F., continueranno a prodursi fino all'omologazione dell'accordo.

In tale caso, si ritiene non applicabile fino alla data del decreto *ex art.* 163, L.F., la disciplina sul compimento degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione prevista per il concordato preventivo con riserva, in virtù del fatto che la suddetta disciplina è dettata esclusivamente per il caso in cui il debitore, successivamente al ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F., depositi una domanda di concordato definitiva; atteso che nel procedimento di cui all'art. 182-*bis*, comma primo, L.F., non è previsto alcun decreto di ammissione ai sensi dell'art. 163, L.F.

2.14.2. L'esito c.d. "patologico"

L'esito definibile patologico consiste nella successiva declaratoria di improcedibilità o inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva. Le fattispecie che possono portare a tale risultato sono diverse e sono state oggetto di successivo intervento del legislatore che con il Decreto del Fare è intervenuto per mettere chiarezza in un panorama giurisprudenziale e dottrinale piuttosto variegato.

La prima ipotesi in cui la procedura prenotativa può sfociare in una declaratoria di inammissibilità consiste nel caso in cui il debitore violi gli obblighi informativi imposti dal Tribunale ai sensi dell'art. 161, comma ottavo, L.F. Al verificarsi di tale fattispecie il legislatore ha previsto l'applicazione dell'art. 162, commi secondo e terzo, L.F., in virtù del quale il Tribunale dichiarerà l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo e, nell'ipotesi di pendenze di istanze di fallimento e di sussistenza dei

presupposti di legge dovrà provvedere alla dichiarazione di fallimento del debitore.

Tale sanzione troverà applicazione esclusivamente nell'ipotesi di sanzione formale degli obblighi informativi periodici, mentre nell'ipotesi in cui il debitore adempia comunque formalmente a tali obblighi pur senza svolgere un'attività effettivamente relativa ai fini della redazione e del piano e della proposta definitiva di concordato, il Tribunale ha, esclusivamente, il potere di abbreviare il termine precedentemente concesso per la produzione di tali documenti.

Ulteriore situazione che può generare una conclusione della procedura di concordato preventivo con riserva definibile patologica consiste nel compimento, da parte del debitore, di atti senza le prescritte autorizzazioni giudiziali nella fase successiva al deposito del ricorso *ex art.* 161, comma sesto, L.F.

Già in epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore del c.d. Decreto Sviluppo, a parere della giurisprudenza di merito¹³³ si riteneva applicabile l'art. 173, comma terzo, L.F., nell'ipotesi in cui il debitore avesse compiuto atti estranei a quelli previsti dagli articoli 161, comma settimo e 182-*quinquies*, L.F.; in altre fattispecie la stessa giurisprudenza¹³⁴ si era limitata a dichiarare comunque l'inammissibilità della domanda prenotativa, senza però fare esplicito riferimento all'art. 173, L.F.

Tale questione interpretativa è attualmente risolta dalle modifiche apportate all'art. 161, comma sesto, L.F., con il Decreto del Fare, in virtù del quale il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte di cui all'art. 173, L.F., ha l'obbligo di riferirne immediatamente al Tribunale che, verificata la sussistenza di tali condotte, può dichiarare l'improcedibilità della procedura.

Nell'ipotesi in cui, su istanza dello stesso debitore, ovvero su richiesta del Pubblico Ministero, il Tribunale accerti i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, L.F., provvederà alla dichiarazione del fallimento del debitore con contestuale sentenza.

Laddove, nel caso in cui nei confronti del medesimo debitore non siano pendenti

¹³³ Tribunale Bologna, 27 febbraio 2013, in ilfallimentarista.it; Tribunale Reggio Emilia, 14 marzo 2013, in ilcaso.it; Appello Bologna 25 giugno 2013, in ilcaso.it.

¹³⁴ Tribunale Pinerolo, 7 gennaio 2013.

istanze di fallimento, si verificherà il paradosso secondo cui il debitore che ha violato le disposizioni afferenti la procedura di concordato preventivo con riserva, sarà sottratto all'insieme delle rigide prescrizioni dettate per la suddetta procedura. In tale caso, secondo il recente orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³⁵, il Tribunale, ove sussistano i presupposti, ha il compito di segnalare al Pubblico Ministero l'insolvenza del debitore *ex art. 7, L.F.*

La norma di cui all'art. 161, comma sesto, L.F., fa esplicito riferimento all'accertamento delle condotte in frode da parte del commissario giudiziale; ma, nell'ipotesi in cui lo stesso non sia stato nominato, si ritiene che lo stesso Tribunale possa comunque, una volta venuto a conoscenza del compimento dei suddetti atti, dichiarare improcedibile il ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*

In conseguenza dell'esito c.d. patologico della procedura, tutte le protezioni previste dagli articoli 182-*sexies* e 168, L.F., verranno meno ed, in particolare, saranno nuovamente applicabili le disposizioni afferenti la riduzione del capitale sociale per perdite e lo scioglimento delle società per riduzione del capitale sociale al di sotto delle soglie minime previste dalla legge. Inoltre, i creditori potranno riavviare o proseguire le azioni cautelari ed esecutive nei confronti del debitore; nonché le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la data di pubblicazione nel Registro delle Imprese del ricorso *ex art. 161, comma sesto*, riacquisteranno piena efficacia nei confronti di tutti i creditori.

Infine, si rappresenta che in seguito alla pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva, al debitore è preclusa la possibilità, per i due anni successivi, di depositare un nuovo ricorso ai sensi dell'art. 161, comma sesto, L.F., oltre il deposito del ricorso *ex art. 182-bis, comma primo, L.F.*, ciò in considerazione del principio generale di cui all'art. 161, comma nono, L.F., volto ad evitare che il debitore disponga autonomamente dei tempi di risoluzione della propria crisi. Alla luce di tale considerazione, per il biennio successivo il debitore potrà unicamente depositare una

¹³⁵ Corte Cassazione SS.UU. 18 aprile 2013, n. 9409.

domanda definitiva di concordato preventivo, ovvero un ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma primo, L.F.

2.14.3. L'esito c.d. “anomalo”

Nel caso in cui, entro il termine fissato dal Tribunale, il debitore non provvede al deposito né della domanda definitiva di concordato, né del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, si applica l'ultimo periodo dell'art. 161, comma sesto, L.F., che espressamente richiama l'articolo 162, commi secondo e terzo, L.F., secondo cui il Tribunale ha il potere di dichiarare inammissibile la domanda di concordato e, in presenza di istanze di fallimento pendenti, di dichiarare il fallimento del debitore, ove sussistano i presupposti di legge.

Alla luce di tali disposizioni, nell'ipotesi in cui non siano pendenti istanze di fallimento, il mancato deposito nel termine prefissato della domanda definitiva di concordato o del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti avrà come paradossale conseguenza la remissione *in bonis* del debitore, che avrà l'unica preclusione dell'impossibilità di depositare nel biennio successivo un nuovo ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, ovvero di un nuovo ricorso *ex art. 182-bis, comma primo, L.F.*

Anche in questo caso, secondo l'orientamento giurisprudenziale dettato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 9409 del 18 aprile 2013, il Tribunale, ai sensi dell'art. 7, L.F., ha il compito di segnalare al Pubblico Ministero lo stato di insolvenza del debitore, al fine di dichiarare il fallimento dello stesso in seguito al deposito di un'istanza di fallimento da parte del P.M.

Infine, si rappresenta che anche nella fattispecie di esito c.d. anomalo della procedura di concordato preventivo con riserva non troveranno più applicazione le protezioni per il debitore ai sensi degli articoli 182-*sexies* e 168, L.F.

2.15. I possibili rischi di “abuso” della procedura di concordato preventivo

L'istituto del concordato preventivo con riserva ha costituito una dei maggiori novità nel panorama delle procedure concorsuali italiane la cui *ratio* era quella di consentire all'imprenditore in crisi di trovare il migliore percorso per la ristrutturazione e il risanamento della propria posizione debitoria, al fine di salvaguardare la propria impresa ed i propri valori aziendali, assicurando così la continuità aziendale ed il conseguente mantenimento dei livelli occupazionali e produttivi.

Tuttavia, già nei mesi successivi alla sua introduzione sono sorte diverse critiche relative all'attribuzione in capo agli imprenditori di uno strumento potenzialmente in grado di limitare in modo eccessivo i diritti dei creditori, in quanto privati della possibilità di iniziare o di proseguire, a pena di nullità, azioni esecutive e cautelari nei confronti dell'impresa debitrice.

Si segnala inoltre come, già in seguito alle prime riforme degli anni duemila, lo strumento concordatario veniva spesso usato dal debitore in maniera distorta e strumentale, a fini dilatori, in quanto consentiva di bloccare le azioni esecutive pendenti¹³⁶ e di ottenere la sospensione dell'istruttoria pre-fallimentare di cui all'art. 15, L.F.

Già in quegli anni l'imprenditore in crisi, depositando una domanda di concordato preventivo, anche se palesemente non attuabile o inammissibile, riusciva a conservare la disponibilità e l'amministrazione dei beni, nonché l'esercizio dell'attività di impresa, con la conseguenza che lo stesso poteva agevolmente distrarre il patrimonio aziendale e sottrarlo alla sua finalità di assicurare la soddisfazione dei creditori, anche in virtù del notevole lasso di tempo intercorrente fino alla pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato ed il ridotto ambito di applicazione dell'azione revocatoria fallimentare¹³⁷.

La Suprema Corte¹³⁸, già all'epoca, aveva individuato due differenti tipologie di abuso

¹³⁶ L'estensione al divieto in relazione anche alle azioni cautelari è stata operata dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2013, n. 83.

¹³⁷ Così P. FARINA, in *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 1/ pagg. 63 e ss.

¹³⁸ Cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3586; Cassazione, 23 giugno 2011, n. 13817.

dello strumento concordatario, quali la proposta non seria e caratterizzata da finalità dilatorie e la proposta che viola il principio della buona fede nell'ipotesi in cui il debitore compia operazioni dirette a diminuire la garanzia patrimoniale con la finalità di indurre i creditori ad accettare una proposta più vantaggiosa rispetto alla liquidazione di un attivo ormai depauperato. In considerazione di tali comportamenti *contra legem* la Cassazione riteneva necessario applicare la sanzione dell'inammissibilità del concordato.

Anche nel sistema concorsuale attualmente vigente le innovazioni apportate nella procedura di concordato preventivo finiscono per disattendere le regole, previste dall'art. 2740, c.c., posto che la mancata introduzione di misure di allerta e la mancata previsione di ipotesi tassative, in quanto fondate su interessi riconosciuti dallo stesso ordinamento come meritevoli di tutela, che avrebbero legittimamente consentito, e quindi giustificato, la deroga all'attuazione del principio generale della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740, c.c.*

Infatti, con l'introduzione delle modifiche apportate con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, il rischio di abuso dello strumento concordatario da parte del debitore ricorrente è sicuramente più elevato che nel passato¹³⁹, sia in considerazione della protezione accordata al debitore dalle azioni esecutive e cautelari per il periodo decorrente dalla data del deposito del ricorso *ex art. 161, comma sesto, L.F.*, sia in relazione alla disposizione di cui all'art. 168, comma terzo, L.F., secondo cui le ipoteche giudiziali iscritte, nei novanta giorni antecedenti la data di pubblicazione del ricordo di pre-concordato nel Registro delle Imprese, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori. Quindi, è risulta facilmente intuibile come le ragioni del ceto creditorio siano, inaudita altera parte, postergate agli interessi del debitore, senza che lo stesso sia obbligato a

¹³⁹ Tale preoccupazione è condivisa anche dalla giurisprudenza, tra cui si segnala Tribunale Milano, 24 ottobre 2012, in *ilcaso.it*, ove si precisa che “*anche nell'area degli strumenti di composizione della crisi aziendale possa ravvisarsi abuso del diritto, qualora istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano devianti dalla loro funzione tipica; ciò che può verificarsi quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano svolte con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'automatic stay*”.

fornire garanzie circa il deposito di una proposta concordataria seria, affidabile e conveniente.

Lo stesso legislatore, con l'emanazione del successivo D.L. n. 69/2013, ha cercato di intervenire sulla disciplina del concordato con riserva al fine di evitarne, o almeno limitarne, un utilizzo abusivo.

Il concordato con continuità aziendale

3.1. I presupposti del concordato con continuità aziendale

La perdita della continuità aziendale può essere la causa di una rapida e grave perdita di valore del patrimonio complessivo dell'imprenditore e può trovare rappresentazione nelle ipotesi di dissoluzione delle capacità produttive dei complessi industriali, di addebiti di penali per ritardi o inadempimenti su contratti in corso, di affievolimento della capacità di riscossione dei crediti, nonché di peggioramento o perdita dei rapporti commerciali¹⁴⁰.

In considerazione del fatto che, già al momento della sua incapacienza, il patrimonio del debitore è virtualmente destinato ai creditori sociali, appare scontato come il diritto concorsuale consideri prioritario salvaguardare l'integrità dello stesso al fine di consentire il migliore soddisfacimento della massa creditoria.

Tale principio generale potrebbe trovare attuazione anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore, qualora l'impresa sia ancora dotata di un valore di avviamento positivo, decida di mantenere la stessa in attività al fine di destinare il valore del patrimonio aziendale ai propri creditori, nelle forme e nei modi che concretamente assumerà la soluzione della crisi, forme che possono avere natura negoziale o natura concorsuale.

Invece, nell'ipotesi in cui l'impresa produca già perdite ripetute ed, anche in una prospettiva futura, si ritiene che stessa non assumerà un valore superiore a quello che deriva dalla somma dei singoli beni appartenenti alla stessa, la continuazione dell'attività di impresa genererebbe un aggravamento della situazione economico-finanziaria, in considerazione del fatto che l'impresa assorbe più valore di quello che crea.

E' per tali ragioni che la continuità aziendale non deve essere tutelata a prescindere, ma

¹⁴⁰ Così L. STANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, n. 10/2012, pagg. 1222 e ss.

esclusivamente nei casi in cui il complessivo valore del patrimonio del debitore possa ridursi qualora l'attività di impresa venisse interrotta piuttosto che proseguita.

Il suddetto accertamento risulta particolarmente complesso e delicato, è per tali ragioni che le norme in materia di crisi di impresa gli dedicano grande attenzione.

Secondo la dottrina prevalente il *favor* verso la prosecuzione dell'attività d'impresa, in particolare in seguito alle recenti modifiche normative, costituirebbe una possibile chiave di lettura del diritto concorsuale; a conferma di tale tesi si evidenzia come le norme afferenti il nuovo istituto del concordato con continuità non sono le uniche a contenere disposizioni a favore della continuità aziendale, posto che tutta la disciplina della novella è improntata dalla volontà del legislatore di facilitare il conseguimento di tale obiettivo. Secondo alcuni autori, il perseguimento dell'obiettivo della continuità aziendale sembrerebbe addirittura implicare un profondo rinnovamento di concetti e prospettive nell'affrontare i problemi alla base dello studio del diritto concorsuale¹⁴¹.

3.2. La prosecuzione dell'attività di impresa: condizioni e quadro normativo

Il fenomeno del concordato preventivo in cui l'attività prosegue e non cessa era stato attentamente esaminato già dalla dottrina in epoca antecedente alle modifiche apportate nel 2012, modifiche che hanno introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del concordato con continuità aziendale.

La dottrina qualificava l'istituto con la terminologia di *concordato di risanamento* distinguendo tra concordato di risanamento diretto o indiretto in base all'ipotesi in cui il debitore mantenesse o meno la titolarità dell'impresa all'esito della procedura di concordato. Nel concordato diretto l'impresa continuava ad essere gestita dal vecchio imprenditore, mentre nel concordato di risanamento indiretto la gestione passava a terzi soggetti attraverso lo strumento dell'affitto di azienda o del conferimento della

¹⁴¹ Così G. TERRANOVA, in *Il concordato con "continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 1, pagg. 1 e ss., secondo cui si passa "da un sistema imperniato sul soggetto (l'imprenditore insolvente) e su una visione statica dei rapporti (i debiti e la loro garanzia patrimoniale) ad un sistema imperniato sull'attività (l'impresa) e su una visione dinamica delle sue relazioni (il ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari)".

stessa in una *new-co*.

Le principali problematiche che l'istituto del concordato di risanamento presentava erano relative alle difficoltà, soprattutto nell'ipotesi di concordato diretto, di reperire nuova finanza indispensabile per gestire la fase di rilancio e, nel caso di concordato preventivo indiretto, nella controversa successione nei rapporti pendenti in quanto non era prevista una specifica disciplina dei rapporti pendenti¹⁴².

Con la riforma del 2012 è stato introdotto *ex novo* l'istituto del concordato con continuità aziendale, disciplinato dalle norme di cui agli articoli 186-*bis* e 182-*quinquies*, dando così fondamento normativo alla dottrina prevalente ed alla prassi giurisprudenziale che, già negli anni antecedenti, avevano fatto riferimento ai c.d. concordati di risanamento.

Il legislatore della riforma ha trovato ispirazione per la netta distinzione tra la disciplina del concordato preventivo e del concordato con continuità in funzione delle diverse finalità, esclusivamente liquidatorie ovvero di prosecuzione dell'attività d'impresa.

In considerazione di questa separazione si reputa significativo che, nel passaggio dal decreto legge alla legge di conversione, sia scomparsa dal comma primo dell'art. 186-*bis*, L.F., l'espressione che consentiva l'applicazione all'istituto del concordato con continuità delle norme di cui agli articoli 160 e ss., L.F., in quanto compatibili.

La soppressione della c.d. clausola di chiusura della disciplina del concordato in continuità trova spiegazione esclusivamente nell'esigenza di distinguere nettamente le due normative in considerazione, dal momento che non vi sono dei dubbi circa l'applicazione all'istituto del concordato con continuità di tutte le norme, strumentali e procedurali, regolanti la procedura di concordato preventivo, se non incompatibili con l'ipotesi della prosecuzione dell'attività d'impresa.

Il nuovo istituto introdotto con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, e successivamente

¹⁴² Così G. SCHIANO DI PEPE, in *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel Decreto Legge, 83/2012. Prime considerazioni*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2012, n. 5, pagg. 482 e ss.

convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, aveva tra le finalità fondamentali quella della conservazione dei complessi produttivi¹⁴³ e della conservazione dei *valori organizzativi*¹⁴⁴ e, quindi, indirettamente il mantenimento di certi livelli occupazionali. In considerazione del fatto che il concordato con continuità rappresenta soltanto una delle ipotesi delle soluzioni concordatarie e, considerando altresì, che la clausola generale del concordato è costituita dal migliore soddisfacimento dei creditori, si reputa che il principio ispiratore dell'istituto del concordato con continuità aziendale sia, più che il mantenimento dei complessi produttivi, il raggiungimento della migliore soluzione negoziale della crisi sempre nell'interesse dei creditori¹⁴⁵.

Alcuni autori¹⁴⁶ osservano come la dizione concordato *con* continuità aziendale sia più appropriata della dizione concordato *in* continuità aziendale, in quanto l'obiettivo della conservazione dei valori organizzativi nel sistema della novella può essere perseguito non solo in maniera diretta ed esclusiva, lasciando quindi l'imprenditore a gestire i propri affari, ma anche in maniera indiretta o mista, trasferendo a terzi l'azienda nel suo complesso o soltanto alcuni suoi rami; in tal caso la continuazione dell'attività da parte di un soggetto diverso dal debitore è soltanto uno degli obiettivi della procedura. Nella pratica, l'adozione dello strumento del concordato con continuità nella variante della continuità aziendale pura, cioè contemplante la prosecuzione dell'attività in capo al medesimo imprenditore con la conseguente estinzione dei debiti attraverso gli utili che l'impresa prevede di realizzare entro il periodo di riferimento del piano concordatario, è stata piuttosto rara. Più frequentemente la prosecuzione dell'attività è stata realizzata attraverso la separazione dell'azienda dall'imprenditore a cui era affidata precedentemente la gestione, mediante la cessione dell'azienda a terzi soggetti o il suo

¹⁴³ Secondo A. PENTA, in *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2012, n. 6, pagg. 673 e ss., l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di “*recidere il cordone sanitario che in passato si formava intorno ad un'impresa che versasse in una situazione di crisi economico-finanziaria*”.

¹⁴⁴ Così G. TERRANOVA, in *Il concordato con “continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 1.

¹⁴⁵ Così C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 393.

¹⁴⁶ Così L. QUATTROCCHIO – R. RANELLI, in *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practice*, in *ilfallimentarista.it*.

conferimento in una o più società di nuova costituzione, ovvero mediante cessione dell'azienda in seguito alla temporanea gestione della stessa da parte di terzi in virtù di un contratto di affitto di azienda.

Secondo le disposizioni dell'art. 186-*bis* la disciplina di favore prevista in caso di continuità aziendale trova applicazione in tutte le suddette varianti in cui l'attività di impresa collegata ad un'azienda comunque prosegue in capo allo stesso imprenditore, o in capo a terzi¹⁴⁷. Infatti, l'odierna disciplina del concordato preventivo delinea la continuità in senso tanto soggettivo quanto oggettivo¹⁴⁸, essa, infatti, sussiste sia qualora l'imprenditore prosegua l'attività in proprio, sia se lo stesso proceda alla cessione del complesso produttivo ad un soggetto terzo.

Infine, si precisa che, sebbene le nuove norme facciano riferimento alla continuità dell'azienda, questa può essere conservata o gestita con criteri di continuità, ma ciò che effettivamente può proseguire è l'attività d'impresa.

3.3. Le modalità attuative del concordato con continuità aziendale

3.3.1. Prosecuzione dell'attività da parte del debitore, cessione o conferimento dell'azienda

Il primo comma dell'art. 186-*bis*, L.F., prevede espressamente che la disciplina di favore prevista in caso di continuità aziendale trova applicazione in tutti i casi in cui l'imprenditore prosegue nella sua attività d'impresa, sia quando la gestione sia diretta e a tempo indeterminato (*“prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore”*), sia quando la stessa gestione sia funzionale al mantenimento dei valori aziendali in

¹⁴⁷ M. FABIANI, in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *ilcaso.it*, doc. 303/2012, osserva che *“la nozione di continuità aziendale utilizzata dal legislatore è spuria in quanto sono accomunate al medesimo destino sia quelle imprese in cui l'azienda in esercizio viene trasferita (o conferita) a terzi sia quelle in cui l'attività d'impresa resta in capo al medesimo imprenditore”*.

¹⁴⁸ Così S. AMBROSINI, in *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, 4 agosto 2013, articolo che riproduce il contenuto del paragrafo sul concordato in continuità di cui al saggio *Profili giuridici della crisi d'impresa alla luce della riforma del 2012*, in *Ambrosini – Andreani – Tron*, in *Crisi d'impresa e restructuring*, Milano, 2013, pagg. 79 e ss.

funzione di una cessione di azienda (“*la cessione dell'azienda in esercizio*”), realizzabile anche con il conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione (“*il conferimento dell'azienda in una o più società*”). Secondo alcuni autori¹⁴⁹ si tratta di una specie di esercizio provvisorio dell'attività di impresa, in vista del ritorno *in bonis* della stessa oppure del trasferimento a terzi dell'azienda in esercizio.

Nel caso di cessione dell'azienda in esercizio i creditori sono destinati ad essere soddisfatti principalmente con i proventi della cessazione della stessa.

Relativamente all'ipotesi di conferimento dell'azienda, è possibile trovare similitudini con la liquidazione mediante conferimento di cui all'art. 105, comma ottavo, L.F., in cui è previsto che il debitore conferisce l'azienda priva di debiti, se non quelli per cui è voluto dalle parti il trasferimento, in una o più società e il ceto creditorio è soddisfatto direttamente dal debitore con il corrispettivo derivante dalla cessione della partecipazione o dalla società conferitaria, nel caso in cui si ponga come assuntore.

Si precisa come l'ipotesi di conferimento dell'azienda in esercizio possa attuarsi solo in una o più società, laddove la cessione d'azienda non deve effettuarsi necessariamente a favore di società, potendo assumere la veste di acquirente qualsiasi imprenditore, anche individuale.

La conseguenza di tale norma è che in tutti i casi in cui l'azienda passi nella disponibilità di un soggetto diverso dall'imprenditore proponente la normativa di cui all'art. 186- *bis* non possa trovare applicazione.

Quindi, il piano imperniato su una cessione aziendale o su un affitto si potrebbe considerare in continuità soltanto sino al momento del passaggio delle consegne dal proponente all'acquirente o all'affittuario. Non si configurerebbe, quindi, un concordato con continuità aziendale nell'ipotesi in cui la cessione o l'affitto fossero conclusi prima del deposito della domanda di concordato¹⁵⁰.

La tecnica normativa adottata dal legislatore (“*Quando...si applicano*”) prevede che

¹⁴⁹ Così M. ARATO, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista*, 3 agosto 2013; F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pag. 58.

¹⁵⁰ Così M. VITIELLO, in *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

l'applicazione della norma non dipende da un'opzione del debitore, in quanto è la conseguenza del fatto che la continuità aziendale in una delle tre forme previste è parte della complessiva operazione concordataria che lo stesso intende attuare; infatti l'imprenditore ha la facoltà di scegliere se mettere o meno in atto la fattispecie della continuità aziendale, ma se la scelta propende nel senso della continuità la disciplina applicabile è esclusivamente quella di cui all'art. 186-*bis*, L.F.

Tale conclusione sembrerebbe coerente sia con il presupposto che la continuità aziendale può essere nell'interesse dei creditori, ma ciò non è scontato, sia con il tenore delle norme che, in caso di continuità, non prevedono soltanto agevolazioni, ma anche cautele.

In particolare, le cautele derivano dalla peculiarità che il bene “continuità” sia piuttosto ambivalente, sia in considerazione del fatto che la decisione riguardante la continuità dell'attività aziendale non possa essere rimandata perché la perdita della medesima è tendenzialmente irreversibile, sia perché le cautele introdotte dalla legge mirano a ridurre il rischio che la continuità aziendale si risolva in un danno per i creditori.

3.3.2. La liquidazione dei beni non funzionali

L'ultima parte dell'art. 186-*bis*, comma primo, dispone che il piano può prevedere anche la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, senza che tale liquidazione infici la continuità del concordato medesimo. Pertanto, secondo tale disposizione appartiene alla categoria dei concordati con continuità aziendale anche quello in cui l'attività prosegue mediante il mantenimento in esercizio di una parte soltanto dell'attivo, il c.d. concordato misto.

In realtà, già prima della riforma del 2012, in virtù dell'ampio contenuto del piano di concordato preventivo ai sensi dell'art. 160, L.F., la prassi definiva le fattispecie di concordato con ristrutturazione e di concordato con cessione; con l'introduzione dell'art. 186-*bis*, L.F., è pertanto possibile considerare nella categoria dei concordati con

continuità anche la fattispecie del concordato misto.

Alla luce di tale considerazioni si può considerare la norma di cui all'art. 186-*bis*, comma primo, L.F., appartenente a quell'insieme di disposizioni che svolgono la funzione tipica di recepire nozioni già condivise dalla maggioranza della dottrina.

In ordine alla possibilità che il concordato con continuità possa qualificarsi come tale anche nell'ipotesi in cui i beni liquidati siano di valore rilevante, la giurisprudenza¹⁵¹ ha individuato il discrimine tra concordato con continuità e concordato liquidatorio nella prevalenza “*in termini quantitativi e qualitativi*” del valore dell'azienda rispetto a quello dei beni liquidati.

Quanto al requisito della mancanza di funzionalità dei beni da liquidare rispetto all'esercizio dell'impresa, è necessario capire se la funzionalità debba indagarsi in relazione all'attività di impresa come esercitata dal debitore al momento della presentazione della domanda o concordato ovvero in relazione alle prospettive future di esercizio dell'impresa. Si ritiene preferibile la seconda interpretazione perché consente una maggiore elasticità nelle scelte gestionali e sembrerebbe maggiormente coerente con il primario obiettivo della riforma di favorire la continuità aziendale.

3.3.3. La problematica sull'affitto d'azienda

La dottrina ha sollevato la problematica relativa alla possibilità o meno di considerare, tra le ipotesi di esercizio temporaneo dell'attività d'impresa, quella relativa all'affitto di azienda; in considerazione del fatto che il legislatore, accanto alla fattispecie della c.d. continuità diretta in capo allo stesso imprenditore, non fa alcuna menzione dell'ipotesi dell'affitto di azienda, enunciando soltanto la cessione di azienda in esercizio e il suo conferimento in una o più società.

Alcuni autori¹⁵² ritengono che il concordato possa definirsi con continuità aziendale

¹⁵¹ Tribunale Mantova, 19 settembre 2013.

¹⁵² Così A. PATTI, in *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 3, pagg. 261 e ss.

anche qualora l'affitto d'azienda sia anteriore alla data di deposito del ricorso *ex art.* 161, L.F.; altra parte della dottrina¹⁵³ ritiene che la fattispecie dell'affitto d'azienda trova applicazione soltanto nell'ipotesi in cui la stipulazione del relativo contratto costituisca un elemento del piano concordatario, come tale di futura realizzazione, purché l'affittuario si impegni irrevocabilmente al successivo acquisto del complesso aziendale o di un ramo dello stesso¹⁵⁴.

In tale ultimo caso, in considerazione della dipendenza della fattibilità del piano dai flussi derivanti dal pagamento da parte dell'affittuario sia dei canoni pattuiti che del prezzo di acquisto, l'attestazione del professionista deve incentrarsi sull'idoneità dell'affittuario-promissario acquirente a far fronte ai propri impegni, considerando, quindi, sia il patrimonio di cui lo stesso dispone o le garanzie su cui è in grado di fare affidamento, sia l'effettiva realizzazione di un adeguato e verosimile piano industriale.

Contrariamente vi sono delle sentenze¹⁵⁵ in cui si ritiene che la fattispecie del concordato con continuità non trovi esistenza addirittura qualora l'affitto ha luogo successivamente al deposito della domanda.

Secondo altri autorevoli autori¹⁵⁶, la problematica dell'affitto di azienda trova giustificazione soltanto in riferimento alla c.d. continuità contrattuale, nonché alla possibilità concessa all'imprenditore di stipulare contratti con la P.A., e al trattamento dei creditori prelatizi. Tale affermazione trova giustificazione nel fatto che le residue norme generali che facilitano la continuità aziendale trovano comunque applicazione o, in caso di affitto, non hanno addirittura ragione di esistere.

In considerazione delle interpretazioni di cui sopra, si potrebbe ritenere che se l'affitto

¹⁵³ Così S. AMBROSINI, in *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 4 agosto 2013.

¹⁵⁴ Perentorio, sul punto, A. MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, 2013., secondo cui “nessun dubbio che, in tal caso, la norma in esame si applichi direttamente, per espressa previsione del 1° co., laddove si fa riferimento ad un piano che preveda la cessione dell'azienda in esercizio”.

¹⁵⁵ Tribunale Terni, 12 febbraio 2013, in *ilcaso.it*; secondo cui non si configura la fattispecie del concordato con continuità aziendale, con la conseguenza che non vi sarebbe l'onere di redigere piano e la relazione del professionista con lo specifico contenuto di cui all'art. 186-bis, comma secondo, lett. a) e b).

¹⁵⁶ Così L. STANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 10, pagg. 1230 e ss.

dell'azienda è successivo alla domanda, il concordato è da qualificare come con continuità e, quindi, i contratti in corso proseguono e vengono ceduti all'affittuario; contrariamente, se l'affitto è antecedente alla presentazione del ricorso *ex art. 161, L.F.*, in pendenza di concordato la continuità non vi è mai stata e quindi non possono trovare applicazione le norme relative alla fattispecie del concordato in continuità aziendale. In tale ultimo caso, in virtù del fatto che l'affitto è stato effettuato prima della procedura e al di fuori della stessa, non trova applicazione la disciplina fallimentare, ma trovano applicazione le regole del Codice Civile. Ne consegue, quindi, l'inapplicabilità delle norme relative alla continuità contrattuale, alla capacità di concorrere a gare per l'assegnazione di contratti pubblici e alla disciplina del pagamento dei fornitori strategici.

Secondo alcune pronunce della giurisprudenza¹⁵⁷ la soluzione dell'affitto d'azienda può ritenersi compatibile con l'istituto del concordato con continuità nell'ipotesi in cui tale negozio si inserisca in un piano che preveda che l'affitto, in corso di procedura, sia strumentale ad una successiva cessione e che, quindi, si prefiguri una situazione in cui all'affitto faccia poi seguito, successivamente all'omologa, la cessione dell'azienda a titolo definitivo. In base a tali pronunzie sembrerebbe possibile distinguere l'affitto fine a se stesso, dall'affitto finalizzato al successivo trasferimento dell'intero complesso aziendale o di un ramo di esso; il primo non rientrerebbe nel perimetro della fattispecie di cui all'*art. 186-bis, L.F.*

3.4. Le peculiarità del piano

Ai sensi della disposizione di cui all'*art. 186-bis, comma secondo, lettera a), L.F.*, il piano di concordato, oltre a contenere un'analitica descrizione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, secondo quanto previsto dall'*art. 161, comma*

¹⁵⁷ Tribunale Cuneo, 29 ottobre 2013, in *ilfallimentarista.it*, in cui si definisce la continuità aziendale in termini oggettivi anziché soggettivi, sottolineando che ciò che rileva è che l'attività prosegua; Tribunale Mantova, 19 settembre 2013, in *ilcaso.it*; Tribunale Reggio Emilia, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, 25 ottobre 2012, pagg. 6-7.

secondo, lettera e), L.F., deve anche contenere “*un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*”.

Con la citata prescrizione il legislatore ha imposto al debitore ricorrente di effettuare una specifica e dettagliata analisi degli effetti e dei costi relativi alla continuazione dell'attività d'impresa, al fine di consentire agli organi della procedura e ai creditori di compiere le valutazioni di rispettiva competenza.

Sulla base di tale disposizione il debitore dovrà indicare i risultati previsti dalla prosecuzione dell'attività, nonché i costi da sostenere e le relative modalità di finanziamento e di copertura, per tutto il periodo in cui la continuazione dell'impresa sia rilevante per i creditori.

La norma non prescrive la durata minima del periodo di riferimento del piano, ma la stessa varia in funzione della struttura assunta dallo specifico piano di concordato; nell'ipotesi di cessione a terzi dell'attività, si ritiene opportuno che il piano individui i costi e i ricavi sino alla cessione dell'attività a terzi oppure fino a quando la gestione rimane in capo alla società ricorrente. Nell'ipotesi di prosecuzione dell'attività in capo alla medesima impresa, l'indicazione analitica dei costi e dei ricavi si reputa che debba estendersi sino a quando l'impresa non torni *in bonis*, e cioè fino a quando i creditori concorsuali non siano stati soddisfatti.

In conseguenza della disposizione *ex art. 186-bis*, comma secondo, lettera a), L.F., l'imprenditore dovrà predisporre, per il lasso di tempo rilevante nel caso concreto, i conti economici, i piani di cassa e gli stati patrimoniali prospettici.

3.5. L'attestazione speciale

Affinché il concordato possa qualificarsi con continuità, costituisce presupposto fondamentale che la relazione del professionista presenti uno speciale contenuto attestatorio; in particolare, ai sensi dell'*art. 186-bis*, comma secondo, lettera b), L.F., il

professionista di cui all'art. 161, comma terzo, L.F., deve attestare, oltre alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano, anche che l'attività d'impresa prevista dal piano concordatario sia “*funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*”.

Lo scopo di tale disposizione consiste nella riduzione dell'asimmetria esistente tra il Tribunale e il ricorrente, attraverso la validazione delle affermazioni del debitore, in considerazione che lo stesso espone i propri creditori alle incertezze ed ai rischi della continuità aziendale.

Alla luce della citata disposizione occorre che l'attestatore dichiari che la prosecuzione dell'attività d'impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; è possibile ritenere che la relazione soddisfi tale requisito se il professionista attesta che la prospettata soluzione della crisi mediante la continuità aziendale è quella che, rispetto ad ogni altra soluzione possibile, è maggiorante vantaggiosa per i creditori. Quindi, la continuazione dell'attività d'impresa deve essere valutata come soluzione preferibile per i creditori, non solo rispetto alla liquidazione fallimentare, ma anche rispetto ad altre soluzioni concordatarie.

Pertanto, l'attestazione del professionista, che si baserà sulle informazioni e sui dati diligentemente raccolti¹⁵⁸, dovrà avere un contenuto piuttosto specifico; infatti il professionista ha l'obbligo di attestare sia i dati relativi ai costi ed ai ricavi della prosecuzione d'impresa, che dovranno già essere indicati analiticamente nel piano, nonché gli ulteriori elementi che il medesimo piano dovrà precisare, quali le risorse finanziarie e le relative coperture. In secondo luogo, l'attestatore dovrà quindi dichiarare che la soluzione appare come la più conveniente per la soddisfazione di creditori, non solo rispetto alle alternative rappresentate dalle diverse procedure ma anche rispetto ad un ipotesi concordataria che non prevede la prosecuzione dell'attività

¹⁵⁸ Così L.STANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 10, pagg. 1226, in cui si precisa che il professionista “*deve agire al meglio di scienza e coscienza, ma la legge non gli chiede di essere infallibile. Se in seguito emergeranno informazioni diverse, sarà compito del debitore e degli organi della procedura agire di conseguenza. La responsabilità del professionista deve essere misurata alla luce dell'art. 2236 c.c. (soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà) e dunque egli risponde solo in caso di dolo o colpa grave. In caso di dolo, poi, scatta la responsabilità penale di cui all'art. 236-bis, c.c.*” e inoltre “*il compito del professionista diverrebbe quasi impossibile se gli si chiedesse di fornire non giudizi di probabilità, ma certezze*”.

d'impresa.

L'attestazione della funzionalità della prosecuzione al miglior soddisfacimento dei creditori va riempita di contenuti concreti, a seconda che faccia riferimento alla fattispecie di prosecuzione a tempo indeterminato o all'ipotesi della successiva cessione dell'azienda in esercizio. In tale ultimo caso l'attestazione deve fare riferimento all'opportunità ed alla convenienza dell'esercizio, provvisoriamente imputabile al debitore in concordato; ciò significa accertare l'utilità dello stesso che può derivare sia dall'ottenimento di utili, sia dal mantenimento della vitalità dell'azienda finalizzato alla conservazione del suo valore di mercato, in vista di una successiva cessione o conferimento. Al contrario, nel primo e più problematico caso si potrebbe ritenere che l'espressione miglior soddisfacimento dei creditori richiami i livelli di soddisfacimento del ceto creditorio, e quindi più in generale, la convenienza della prosecuzione dell'attività rispetto all'ipotesi delle liquidazione atomistica dei beni integranti il complesso aziendale.

In generale, resta vigente il principio secondo cui esclusivamente i creditori possono compiere la valutazione circa la migliore soddisfazione delle loro pretese¹⁵⁹; ragionando diversamente si sovvertirebbe il principio generale del riconoscimento esclusivo ai creditori di arbitri della soluzione concordataria. Risulta perciò evidente che, dovendo attestare che la continuazione dell'impresa corrisponde alla migliore soddisfazione dei creditori, il professionista potrà compiere una valutazione oggettiva, non potendo tenere conto delle posizioni e delle inclinazioni personali dei singoli creditori.

¹⁵⁹ Che solo i creditori possano decidere qual è la migliore soluzione è affermato con chiarezza da A. PATTI, in *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il Fallimento*, 2013, pagg. 1099 e ss.

3.6. Gli effetti del concordato in continuità: la cancellazione delle trascrizioni e delle iscrizioni

La disposizione di cui all'art. 186-*bis*, comma terzo, dispone che *“il giudice delegato, all'atto della cessione o del suo conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni?”*.

La collocazione di tale norma in un comma che parla di prosecuzione o scioglimento dei contratti pubblici o con le pubbliche amministrazioni appare alquanto incongrua ed inadeguata.

Tale norma non può che trovare applicazione per qualsiasi tipo di concordato nell'ipotesi di trasferimento o conferimento di azienda; attribuendo al giudice delegato il potere di disporre, all'atto della cessione o del suo conferimento, la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni, senza ulteriori condizioni.

In tema di concordato preventivo, già la previsione di cui all'art. 182, ultimo comma, L.F., che rinvia all'art. 108, L.F., in quanto compatibile, prevede sempre la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni ad opera del giudice delegato *“una volta riscosso integralmente il prezzo”*.

Quindi, attualmente, in materia di concordato con continuità aziendale, la suddetta cancellazione non è condizionata all'integrale pagamento prezzo; risulta così applicata al concordato preventivo in continuità una possibilità prima prevista solo dall'art. 64, D. Lgs. n. 270/1999 in materia di amministrazione straordinaria.

Si rappresenta come la nuova disposizione non condiziona la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni neanche all'intervenuto soddisfacimento dei creditori garantiti o, almeno, del loro consenso; la mancanza di tali condizioni consente, inoltre, la possibilità di provvedere alla cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni in qualunque momento abbiano luogo la cessione o il conferimento d'azienda.

3.7. La moratoria dei crediti privilegiati

L'istituto del concordato preventivo presenta la regola generale, relativa alla soddisfazione dei crediti privilegiati, secondo cui gli stessi vengano soddisfatti per l'intero ed immediatamente all'omologazione ovvero, se trattasi di crediti assistiti da prelazioni speciali, che debbano essere pagati subito dopo la liquidazione e il relativo incasso del prezzo di realizzazione dei beni su cui gravano.

La riforma apportata con il D.L. n. 83/2012, Decreto del Fare, ha introdotto la disposizione di cui all'art. 186-*bis*, comma secondo, lettera c), L.F., secondo cui “*il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160, secondo comma, una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*”.

La possibilità di differire sino ad un anno la soddisfazione di privilegiati costituisce un notevole vantaggio competitivo del concordato con continuità rispetto alle altre forme di soluzioni negoziali della crisi d'impresa.

Tale previsione appare quanto mai opportuna soprattutto nell'ipotesi di c.d. concordato di ristrutturazione, in cui l'attività prosegue in capo allo stesso imprenditore, sia perché introduce normativamente la possibilità di pagare con dilazioni anche i creditori privilegiati, sia perché disciplina *ex lege* i termini massimi di pagamento.

Già antecedentemente all'introduzione della citata norma la prassi presentava casi in cui la proposta concordataria contemplava il pagamento ritardato dei creditori privilegiati, con corresponsione degli interessi legali compensativi del ritardato pagamento o, in presenza dei presupposti di cui all'art. 160, comma secondo, L.F., del calcolo della falcidia conseguente alla mancata corresponsione degli interessi e l'attribuzione del diritto di voto per la parte di credito degradata al chirografo in conseguenza del mancato pagamento degli interessi stessi.

La legge di conversione n. 134 del 7 agosto 2012 ha introdotto la precisazione secondo

cui gli stessi creditori privilegiati “*non hanno diritto al voto*”; tale previsione costituisce un'ulteriore manifestazione del *favor* verso il concordato con continuità aziendale, in quanto al di fuori dello stesso avrebbero diritto al regolare pagamento e, se fosse loro consentito di votare, essi esprimerebbero verosimilmente voto contrario in considerazione che per loro le alternative sarebbero prevedibilmente più favorevoli, almeno con riferimento alla tempistica. Secondo l'interpretazione di parte della dottrina¹⁶⁰ il diritto al voto viene concesso ai creditori privilegiati nella misura in cui agli stessi sia riservato un trattamento diverso da quello di *default*, il quale prevede che il pagamento avvenga per intero e immediatamente dopo la cessione del bene dato in garanzia ovvero, nel concordato con continuità in cui non è prevista l'alienazione del cespite, entro un anno dall'omologazione.

Alla luce dell'introduzione della di cui all'art. 186-*bis*, comma secondo, lettera c), L.F., secondo parte della dottrina¹⁶¹ la vigente disciplina consentirebbe quindi una moratoria senza corresponsione degli interessi e senza riconoscimento del diritto di voto; altri autori¹⁶² ritengono che nessuna previsione eccezionale consente di estendere la disciplina di favore del concordato con continuità aziendale fino a derogare la regola di cui, seppur nei limiti di cui all'art. 55, L.F., per cui i crediti assistiti da prelazione continuano a produrre interessi, anche successivamente all'avvio della procedura concordataria.

Infine, si si sottolinea la diversa terminologia dell'art. 186-*bis*, comma secondo, lettera c), L.F., che parla di pagamento dei creditori privilegiati, rispetto alla norma di cui all'art. 160, commi primo e secondo, L.F., che fa riferimento alla soddisfazione di creditori. Il termine soddisfazione è sicuramente più ampio di pagamento, in quanto la

¹⁶⁰ Così S. AMBROSINI, in *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 4 agosto 2013.

¹⁶¹ Così M. VITIELLO, in *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pag. 49; M. ARATO, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista*, 2012, secondo cui a fronte di una norma che consente che il piano preveda una moratoria fino ad un anno dall'omologazione appare giustificato “*ritenere che in tal caso la dilazione sia senza interessi e non sia necessaria l'ammissione al voto dei creditori privilegiati di cui il piano preveda la soddisfazione entro un anno dall'omologa*”, anche in considerazione del fatto che per il debitore consiste nell'utilizzo di una facoltà prevista dalla legge.

¹⁶² Così C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014; L. STANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 10, pag. 1239.

soddisfazione può avvenire anche con forme soddisfative diverse quali la conversione o la *datio in solutum*. Alla luce della predetta diversa terminologia, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto creare una disparità di trattamento tra i creditori privilegiati di un concordato liquidatorio, che possono quindi essere soddisfatti anche con una *datio in solutum*, rispetto ai creditori privilegiati di un concordato in continuità aziendale, che invece devono essere obbligatoriamente soddisfatti con il pagamento dei relativi crediti.

3.8. Il pagamento dei crediti anteriori

Ai sensi della disposizione di cui all'art. 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., il debitore può chiedere al Tribunale l'autorizzazione “*a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione per i creditori*”.

Ad una prima lettura la norma sembrerebbe contenere uno strappo ai principi generali che regolano il concorso dei creditori con titolo anteriore al momento della pubblicazione della domanda di concordato con continuità nel Registro delle Imprese. Nella pratica tale disposizione può qualificarsi come norma che, dal un lato potenzia le possibilità operative del debitore che vuole proseguire l'attività d'impresa, sganciandolo dall'obbligo di rispettare la *par conditio creditorum*, mentre dall'altro tutela la massa creditoria con la previsione della necessità che, sia l'essenzialità dei pagamenti per la prosecuzione dell'attività, sia la previsione della loro funzionalità ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori, siano attestati da un professionista indipendente.

Già in epoca antecedente all'introduzione dell'art. 182-*quinquies*, pur in mancanza di esplicita disciplina, era ritenuto ammissibile che il debitore differenziasse il trattamento dei suoi creditori chirografari, utilizzando l'istituto delle classi ed individuando quale criterio di aggregazione di una classe la natura strategica dei creditori, in quanto

fornitori di beni o servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività. In tal caso era consentito al debitore di prevedere un soddisfacimento migliore, ed addirittura il pagamento integrale, dei creditori appartenenti alla classe dei fornitori strategici, a condizione che venissero comunque integralmente soddisfatti tutti i creditori privilegiati. Si segnala, inoltre, che anche prima dell'introduzione dell'articolo in esame, il debitore ammesso alla procedura di concordato aveva la possibilità di farsi autorizzare dal Tribunale ad eseguire il pagamento anticipato di alcuni creditori concorsuali, qualificando lo stesso come atto di straordinaria amministrazione e, come tale, autorizzabile dal Giudice Delegato *ex art. 167, L.F.*

La norma, di cui all'art. 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., fissa dei limiti ben precisi in ordine all'individuazione del profilo oggettivo: non può essere soddisfatto qualsiasi credito anteriore, ma soltanto quei crediti che siano il corrispettivo della fornitura di beni e/o della prestazione di servizi. Per quanto ampia possa intendersi la nozione di fornitura di beni e di prestazione di servizi¹⁶³, la giurisprudenza si esprime a favore della non applicabilità della norma di cui all'art. 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., ai crediti anteriori relativi a finanziamenti bancari, ai crediti derivanti da contratti di locazione¹⁶⁴; è stato altresì escluso che rientrassero nella suddetta previsione i crediti arretrati dei lavoratori e i crediti della Cassa Edile¹⁶⁵. Appare piuttosto discutibile l'esclusione della disciplina relativamente ai crediti dei dipendenti in quanto la prestazione che gli stessi svolgono è una prestazione di servizi, non diversa da quella del professionista intellettuale.

La disciplina dell'art. 182-*quinquies*, comma quarto, L.F., per consentire l'autorizzazione, da parte del Tribunale, al pagamento di crediti anteriori relativi alla fornitura di merci o alla prestazione di servizi richiede espressamente che un professionista, in possesso dei

¹⁶³ Anche in considerazione della norma di cui all'art. 2082 c.c., secondo cui si definisce imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, è quindi possibile individuare in tutte le attività imprenditoriali l'esistenza di beni o di servizi.

¹⁶⁴ Tribunale Modena, 29 maggio 2013, in ilfallimentarista.it.

¹⁶⁵ Tribunale Modena, 14 dicembre 2012, in ilcaso.it.

requisiti previsti dall'art. 67, comma terzo, lettera d), L.F., rediga un'attestazione speciale relativa al duplice requisito dell'essenzialità del pagamento rispetto alla prosecuzione dell'attività di impresa e della funzionalità dello stesso alla migliore soddisfazione dei creditori.

L'interpretazione del requisito dell'essenzialità presuppone un attento scrutinio dell'effettivo rilievo del pagamento ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa. In particolare, andrà considerato se il pagamento di cui si chiede l'autorizzazione e per il quale l'attestatore ha dichiarato l'essenzialità per la continuazione dell'attività rivesta obiettivamente tali caratteristiche, e cioè se l'eccezione alla regola generale della *par conditio creditorum* sia effettivamente giustificata alla luce della necessità di conservare od di ottenere le prestazioni di quel determinato creditore.

Nello specifico, le prestazioni devono essere essenziali, cioè indispensabili, e infungibili, non potendo essere assicurate da altri fornitori¹⁶⁶.

Si rappresenta, inoltre, come la funzionalità del pagamento potrebbe derivare dall'acquisizione di future prestazioni da parte di un fornitore che vanta altresì crediti per prestazioni anteriori alla domanda, il quale si rifiuta di eseguire ulteriori prestazioni se non venga pagato anche delle prestazioni già effettuate nei confronti del medesimo debitore.

Quanto alla funzionalità rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori, la stessa si configurerà nel caso in cui il pagamento del credito concorsuale viene valutato come avente l'effetto di migliorare il patrimonio del debitore e, comunque, le prospettive di soddisfazione dei creditori. Tale condizione troverà conferma sia quando il pagamento si rende idoneo a generare un reddito, sia nell'ipotesi di generazione di un incremento patrimoniale¹⁶⁷; il presupposto richiesto andrà escluso nei casi in cui la diminuzione generata dal pagamento non trovi adeguata contropartita ed il risultato finale sia il decremento del patrimonio del debitore.

¹⁶⁶ Tribunale Modena, 29 maggio 2013, in ilcaso.it.

¹⁶⁷ Tribunale Terni, 16 gennaio 2013, in ilcaso.it.

La norma stabilisce che la ricorrenza dei presupposti dell'essenzialità della prestazione per la prosecuzione dell'attività di impresa e la funzionalità per il migliore soddisfacimento dei creditori deve costituire oggetto di specifica attestazione da parte di un professionista indipendente.

La presenza dei requisiti di legge per il pagamento dovrà essere accertata, da parte del professionista e del Tribunale, con rigore tanto maggiore, quanto più elevato sia l'importo del pagamento da autorizzare e/o il suo impatto sul patrimonio del debitore.

L'attestazione non è richiesta nell'ipotesi in cui il debitore richieda di essere autorizzato ad effettuare pagamenti *“fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengono apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori?”*. In tale caso il Tribunale deve comunque autorizzare il pagamento, ma le informazioni saranno fornite al giudice direttamente dal debitore.

L'autorizzazione non si ritiene, invece, necessaria qualora il pagamento venga effettuato direttamente dal terzo, senza che le risorse finanziarie transitino in alcun modo per il patrimonio del debitore¹⁶⁸.

La giurisprudenza ha chiarito che la relazione di attestazione, oltre ad avere per oggetto i requisiti del pagamento, deve preliminarmente riguardare la veridicità dei dati contabili in quanto presupposto indefettibile per le specifiche valutazioni richieste e per la successiva autorizzazione del Tribunale, anche se la norma di cui all'art. 186-*bis*, comma quarto, L.F., non imporrebbe tale attestazione sui dati contabili.

Nel caso in cui l'autorizzazione venga richiesta, nell'ambito di una procedura di concordato con continuità introdotta con la domanda di concordato con riserva, prima dell'ammissione alla stessa, il professionista, per attestare la sussistenza delle condizioni di legge, dovrà avere già sufficientemente chiaro il contesto generale in cui il pagamento da eseguire si collochi. La giurisprudenza¹⁶⁹ ha espresso un certo timore e mostra un atteggiamento particolarmente prudente, segnalando la necessità che la

¹⁶⁸ Così G. TERRANOVA, in *Il concordato “con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica”*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n.1, pagg. 41 e ss.

¹⁶⁹ Tribunale Modena, 29 maggio 2013, in ilfallimentarista.it.

valutazione del Tribunale debba basarsi, se non sul piano e sulla proposta definitiva, almeno su una veritiera anticipazione degli stessi.

Infine, si segnala come l'autorizzazione del giudice a pagare debiti pregressi assume, nell'ambito del concordato preventivo con continuità, un significato diverso rispetto all'analoga autorizzazione nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione prevista dall'art. 182-*quinquies*, comma quinto, L.F. In particolare, mentre nell'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti non essendo in discussione il pagamento integrale dei creditori non aderenti all'accordo, l'autorizzazione ha la funzione di rendere certo e sicuro un pagamento che il debitore, in assenza di qualsiasi divieto a riguardo, potrebbe comunque eseguire nel contesto del concordato con continuità aziendale tale autorizzazione ha l'effetto di consentire una violazione della *par conditio creditorium* rispetto a creditori aventi il medesimo rango che potrebbero restare parzialmente insoddisfatti. In conseguenza di ciò, l'autorizzazione al pagamento può essere concessa dal Tribunale solo qualora venga attestato da parte del professionista che tale violazione risulti vantaggiosa per i creditori nel loro complesso.

3.9. La prosecuzione e lo scioglimento dei rapporti pendenti

Preliminarmente, si riporta come, ai sensi dell'art. 169-*bis*, L.F., la prosecuzione dei rapporti pendenti, costituisce regola generale nell'istituto del concordato preventivo¹⁷⁰; il debitore ha però la facoltà di chiedere al Tribunale, o dopo il decreto di ammissione, al Giudice Delegato l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso. Tale norma generale trova applicazione anche nella fattispecie del concordato con continuità aziendale per cui il legislatore, allo scopo di favorire la prosecuzione dell'attività, amplia la suddetta disciplina assicurandone l'attuazione anche in presenza di clausole contrattuali impeditive.

In particolare, la disposizione di cui all'art. 186-*bis*, comma terzo, L.F., prevede che

¹⁷⁰ Così L. ABETE, in *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, pag. 1110.

“fermo quanto previsto nell'art. 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura”, precisando inoltre che “sono inefficaci eventuali patti contrari”.

La citata disposizione, prevedendo l'inefficacia di tutti quei patti che prevedano la risoluzione di qualunque contratto per effetto dell'apertura della procedura, ricalca la previsione di cui all'art. 72, sesto comma, L.F., secondo cui sono inefficaci tutte le clausole negoziali che facciano dipendere la risoluzione contrattuale dalla dichiarazione di fallimento di uno dei contraenti.

Pertanto, la peculiarità del concordato con continuità è rappresentata dall'inesistenza della facoltà, in capo al contraente *in bonis*, di sciogliersi dal contratto pendente secondo le regole generali di diritto comune ovvero facendo valere apposite clausole di scioglimento nell'ipotesi di apertura della procedura concorsuale¹⁷¹.

Con l'espressione “*apertura della procedura*” si intende il momento di deposito del ricorso *ex art. 182-bis*; l'inefficacia dei patti contrari e l'inapplicabilità delle norme che prevedono la risoluzione dei contratti pendenti non tutelano i concordati senza continuità aziendale. Tali procedure, conseguentemente, restano soggette allo scioglimento automatico dei contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni che sono in esecuzione alla data di deposito del ricorso.

La previsione di cui all'art. 186-bis, comma terzo, L.F., non trova applicazione qualora, già prima della presentazione della domanda di concordato con continuità, il contraente *in bonis* avesse già promosso azione di risoluzione del contratto per inadempimenti già verificatisi in epoca antecedente, in considerazione che la risoluzione retroagisce alla data della domanda e prescinde dall'assoggettamento alla procedura concorsuale, come analogamente disposto, nell'ambito del fallimento, dall'art. 72, comma quinto, L.F.

¹⁷¹ Così A. PATTI, in *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 3, pagg. 261 e ss.

3.10. I contratti con la Pubblica Amministrazione

La disposizione di cui all'art. 186-*bis*, comma terzo, L.F., trova esplicita applicazione anche ai contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni, a condizione che il professionista di cui all'art. 67, L.F., designato dal debitore, attesti “*la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento*” del debitore.

Tale attestazione speciale, va ad aggiungersi a quella generale prevista alla lettera b) del comma secondo del medesimo articolo ed avente ad oggetto la funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori.

L'attestazione speciale deve, quindi, avere un duplice contenuto: il primo, principalmente a tutela dei creditori, inerente la conformità al piano della prosecuzione del contratto. Alla nozione di conformità dovrebbe essere attribuito un significato di coerenza, nel senso che l'esecuzione dello stesso e i relativi effetti debbano essere previsti nelle grandezze economiche e finanziarie del piano concordatario.

Il secondo contenuto, posto a presidio dell'interesse della Pubblica Amministrazione, fa riferimento alla ragionevole capacità di adempimento dell'impresa. Quindi, il professionista attesterà, nell'interesse di creditori e dello stesso debitore, che il contratto pubblico è effettivamente funzionale alla realizzazione del piano, in mancanza di cui non sarebbe neppure giustificabile l'eventuale aggravio del passivo prededucibile, e nell'interesse della Pubblica Amministrazione, che le risorse in possesso dell'imprenditore sono tali da consentirgli di dare esecuzione agli obblighi previsti nel relativo contratto pubblico.

L'attestazione afferente la capacità di adempimento del contratto non può però prescindere dalla verifica della sussistenza, sia attuale che prospettica, delle risorse tecnico organizzative e finanziarie necessarie all'adempimento dei contratti in essere, dovendosi estendere fino alla verifica della sussistenza dei requisiti previsti dal codice dei contratti pubblici per la partecipazione all'affidamento.

Sempre ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma terzo, L.F., del principio della continuazione dei contratti pendenti con la Pubblica Amministrazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda, o di rami della stessa, in cui i contratti sono stati trasferiti. Poiché tale subentro è previsto “*in presenza dei requisiti di legge*”, il cessionario dell'azienda o la società conferitaria avranno l'obbligo di documentare la sussistenza di tutti i requisiti di qualificazione previsti dal D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento dell'appalto. In tale caso l'attestazione di conformità dell'esperto dovrebbe contemplare sia la verifica di riferibilità del contratto pubblico al ramo d'azienda oggetto di trasferimento, sia la stessa trasferibilità ai sensi del disposto dell'art. 116, D.Lgs. n. 163/2006, con specifico riferimento all'effettiva configurabilità quale ramo aziendale dell'insieme di beni, diritti e rapporti oggetto di trasferimento.

La valutazione in ordine alla ragionevole capacità di adempimento nell'ambito di un piano di risanamento c.d. indiretto comporta, in aggiunta, che il professionista esamini il piano di continuità della società cessionaria o della società conferitaria del ramo.

Alcuni autori¹⁷² hanno rilevato la diversità morfologica dei sintagmi “*contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni*” e “*contratti pubblici*”, rispettivamente utilizzati nel primo e nel terzo periodo dell'art. 186-*bis*, comma terzo, L.F., proponendosi comunque, per dare coerenza alla norma in considerazione della sua *ratio*, di considerarli sinonimi, anche se contratti pubblici dovrebbero, a rigore, considerarsi solo quelli rientranti nel campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. n. 163/2006.

Relativamente alla possibilità, in capo al debitore, di stipulare nuovi contratti nell'ambito del concordato con continuità, si rappresenta come in tale istituto l'imprenditore non viene spossessato dei poteri gestori, ma è previsto un regime autorizzatorio per gli atti di straordinaria amministrazione, tendenzialmente teso a dare copertura a tutte le fasi della procedura concordataria.

Invece, nessun vincolo è previsto per il compimento, da parte dello stesso, degli atti di

¹⁷² Così F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pag. 68; P. PIZZA, in *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione: la sorte dei contratti in corso*, in ilfallimentarista.it.

ordinaria amministrazione; quindi, se l'attività contrattuale è inerente all'attività principale posta in essere dall'impresa, non si dovrebbe qualificare la stessa come atto di straordinaria amministrazione¹⁷³.

A tale riguardo, l'art. 186-*bis*, comma quarto, L.F., prevedendo che *“l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici”* estende il beneficio oltre la prosecuzione dei contratti preesistenti, consentendo la partecipazione anche a nuove procedure di assegnazione dei contratti pubblici.

La partecipazione alle suddette procedure di assegnazione di contratti pubblici è possibile soltanto a condizione che l'impresa presenti in gara la relazione del professionista relativa alla conformità del contratto al piano e la ragionevole capacità dell'impresa di adempiere allo stesso, nonché una speciale di garanzia finalizzata ad assicurare comunque l'esecuzione del contratto, che si formalizza in una dichiarazione di un altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto, quali requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica ed economica, e di tutte le altre certificazioni richieste per l'affidamento dell'incarico *“il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto”*. La norma fa espresso riferimento all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, la cui applicazione viene estesa alle imprese in concordato.

Ai fini dell'armonizzazione della disciplina concorsuale, in tema di contratti con le pubbliche amministrazioni, e della disciplina dei pubblici appalti contenuta nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il Decreto Sviluppo ha coerentemente modificato l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici introducendo un'apposita deroga alla regola di esclusione

¹⁷³ Così G.P. MACAGNO, in *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014, n. 6.

di cui al comma primo, lettera a), del medesimo articolo secondo cui “*sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*”.

3.11. La partecipazione alle ATI

Ai sensi della disposizioni di cui all'art. 186-*bis*, comma quinto, L.F., all'impresa in concordato con continuità, è consentito di “*concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese*” a condizione che la stessa non rivesta la qualità di mandataria e che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tale ipotesi la dichiarazione di impegno, di cui al comma quarto, può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento temporaneo.

Pertanto, l'impresa può concorrere in un raggruppamento temporaneo di imprese esclusivamente nella qualità mandante; di talché nell'ipotesi di fallimento dell'impresa proponente nel corso della gara o successivamente alla stipulazione risulta già individuato il soggetto che ne prenderà il posto. Tale previsione riveste un ruolo importante anche alla luce della previsione di cui all'art. 37 del Codice dei contratti pubblici finalizzata ad assicurare l'esecuzione del contratto pubblico.

3.12. La riduzione e la perdita del capitale sociale

La disciplina del concordato in continuità presenta elementi di convergenza tra norma di diritto concorsuale e norme di diritto societario¹⁷⁴, in quanto assieme ai principi della *par condicio creditorium* trova esistenza anche il principio del *going concern* e della

¹⁷⁴ Secondo S. AMBROSINI, in *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, articolo del 4 agosto 2013, “*il concordato in continuità è, per sua natura, crocevia di norma di diritto concorsuale e di diritto societario*”.

continuazione dell'attività di impresa.

Secondo le disposizioni di cui all'art. 2484, comma primo, n. 4, c.c., rientra tra le cause di scioglimento delle società di capitali la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, in conseguenza di perdite subite nell'esercizio. Antecedentemente alla riforma del 2012, tale norma trovava applicazione anche nell'ipotesi di società in concordato, con la conseguenza che la continuazione dell'attività presupponeva la necessaria ricapitalizzazione delle perdite subite; la suddetta ricapitalizzazione non doveva obbligatoriamente preesistere al momento dell'adozione del piano, in quanto poteva rappresentare uno degli elementi a cui doveva darsi seguito nella relazione di attestazione. Già in quel periodo parte della dottrina¹⁷⁵ sosteneva che, sino al momento in cui il piano non avesse trovato esecuzione, la società in concordato avesse comunque la possibilità di continuare a svolgere l'attività caratteristica nonostante l'intervento di una causa di scioglimento.

La riforma apportata con il Decreto Sviluppo, n. 83/2012 e la successiva legge di conversione, n. 134/2012, ha introdotto la disposizione di cui all'art. 182-*sexies*, L.F., secondo cui dalla data del deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, anche nell'ipotesi di domanda c.d. in bianco *ex art.* 161, sesto comma, L.F., e sino alla data del decreto di omologazione, “*non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile*”. Inoltre, per lo stesso lasso temporale “*non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile*”.

La possibilità concessa all'imprenditore di sospendere gli obblighi relativi alla conservazione del capitale sociale è stata considerata, da autorevole dottrina¹⁷⁶, una forma di “*finanziamento indiretto*”, in quanto, attraverso l'allargamento delle maglie della

¹⁷⁵ Così M. ARATO, in *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività di impresa*, in *Crisi di impresa: casi e materiali*, a cura di BONELLI, Milano, 2011, pagg. 137 e ss.

¹⁷⁶ Così P. VELLA, in *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 657, pag. 666.

normativa sulla ricostituzione del capitale sociale, si consente l'utilizzo delle risorse disponibili per la realizzazione del piano, con precedenza rispetto agli obblighi di legge sul capitale.

Tale disposizione determina notevoli ripercussioni anche sul piano contabile; infatti, anche nell'ipotesi in cui l'erosione del capitale sociale imponga l'adozione di criteri di liquidazione, la possibilità di mantenere in attività la stessa impresa, nella prospettiva e con l'auspicio di un suo successivo risanamento, può generare l'adozione, quantomeno in relazione ad alcune poste contabili, di una prospettiva di *going concern*, con la conseguente sottovalutazione delle svalutazione e il relativo contenimento della perdita subita.

La valutazione di tali aspetti prettamente contabili riveste particolare attenzione qualora il termine per l'approvazione del bilancio venga a scadere nell'imminenza del deposito della domanda di concordato preventivo.

Alla tesi secondo cui l'incombente dell'approvazione del bilancio di esercizio possa essere superato dalla predisposizione della situazione patrimoniale aggiornata prevista dall'art. 161, L.F., sembrerebbe preferibile la tesi secondo cui si ritiene obbligatorio provvedere alla formazione dell'approvazione del bilancio, soprattutto in considerazione che lo stesso, al contrario della situazione patrimoniale aggiornata, è altresì accompagnato dalla relazione del Collegio Sindacale o del Revisore Unico ed è soggetto a peculiari disposizioni in materia di pubblicità.

Infine, si rappresenta l'obiettiva difficoltà connessa alla scelta degli adeguati criteri di stima delle singole poste, i quali presumibilmente non potranno prescindere dal contenuto del piano o delle sue linee guida; condividendo la tesi secondo cui, anche qualora sia prospettata la continuità aziendale nonostante l'intervenuto azzeramento del capitale sociale, è opportuno che nella nota integrativa sia dato conto dei differenti valori che discenderebbero dallo scenario liquidatorio.

3.13. Le facoltà di modifica del piano

La disposizione di cui all'art. 186-*bis*, comma sesto, L.F., dispone che “*resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato*”.

Viene, pertanto, concessa al ricorrente la facoltà di modifica delle proposta attraverso la predisposizione di un nuovo piano, il cui contenuto può essere il più vario possibile, fino all'ipotesi di continuazione dell'attività d'impresa o della sua ripresa, sotto altri presupposti ed in diverse condizioni in virtù dell'inidoneità di quelli originari.

Quindi, mentre nel concordato ordinario la facoltà di modificare la proposta è riconosciuta, ai sensi dell'art. 175, secondo comma, L.F., soltanto fino all'inizio delle operazioni di voto; nel concordato con continuità aziendale al debitore è concessa la possibilità di modificare la proposta in qualsiasi momento, potendo lo stesso avanzare una nuova proposta sulla base del presupposto straordinario consistente nell'impossibilità di proseguire la procedura, sia perché oggettivamente la continuità è venuta meno per cessazione dell'attività imprenditoriale, sia perché la prosecuzione dell'attività si dimostri manifestamente dannosa per i creditori. E' per tale ragione che il legislatore ha appunto, previsto per la procedura del concordato con continuità, l'inesistenza di un limite procedimentale per la modifica della proposta da parte del debitore.

3.14. La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato con continuità

Il concordato con continuità presenta un'ulteriore particolarità rispetto all'istituto del concordato preventivo attinente alla revoca dell'ammissione alla procedura, sia con riferimento ai presupposti della stessa revoca, sia con riferimento all'esito del procedimento di cui all'art. 173, L.F.

L'art. 186-*bis*, comma sesto, L.F. dispone che “*se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannosa per i creditori, il Tribunale provvede ai sensi dell'art. 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare*

la proposta di concordato”.

Nello specifico, si tratta di una una divaricazione rispetto al regime ordinario, non nel senso che non sia applicabile la disciplina generale di cui all'art. 173, L.F., relativamente ai presupposti per l'avvio del sub-procedimento e per il suo svolgimento e la relativa conclusione; ma nel senso che, secondo le disposizioni di cui all'art. 186-*bis*, ultimo comma, L.F., sono previste due disposizioni speciali per la revoca dell'ammissione alla procedura.

L'utilizzo dell'avverbio manifestatamente, con riferimento alla dannosità della prosecuzione dell'attività, indica che deve trattarsi di una situazione di pregiudizio non lieve, ma talmente grave da essere a tutti evidente.

Inoltre, nell'ipotesi in cui si verificano i presupposti per la revoca dell'ammissione al concordato con continuità, in deroga alla regola generale secondo cui alla revoca consegue, se sia stata in precedenza formulata istanza, la dichiarazione di fallimento, il proponente ha la facoltà di modificare la proposta di concordato già presentata.

Più in particolare, il Tribunale può applicare le disposizioni di cui all'art. 173, L.F., e, quindi, provvedere a revocare l'ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale, se l'attività dell'impresa cessa, ovvero, la continuità dell'esercizio dell'impresa si rivela manifestatamente dannosa per i creditori.

Sembra piuttosto logico che, quando il piano abbia come presupposto costitutivo proprio la continuità dell'impresa, tanto che, giusto in funzione di essa, ne sia stata attestata la fattibilità, la successiva cessazione dell'esercizio cambi radicalmente la natura del piano incidendo negativamente sulla sua fattibilità

Nell'ipotesi di sussistenza di tali condizioni il Tribunale adito, ha la facoltà di avviare il sub-procedimento *ex art.* 173, L.F., ma al debitore è concessa la speciale facoltà di modificare la proposta, mediante la deposizione di un nuovo piano.

3.15. L'esecuzione del concordato con continuità

L'inserimento delle disposizioni in tema di concordato con continuità nel capo VI del titolo III, rubricato “*Dell'esecuzione, della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo*” non sembrerebbe casuale in quanto nel piano del concordato con continuità la prosecuzione dell'attività d'impresa assume, anche, il valore di modalità esecutiva del concordato medesimo; infatti, successivamente all'omologazione, non sarebbe possibile prevedere la diversa soluzione della liquidazione dei beni.

Durante la fase di esecuzione del concordato con continuità aziendale l'imprenditore ha il poter di compiere qualsiasi atto, inclusi quelli di straordinaria amministrazione, e senza necessità di ottenere l'autorizzazione ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 167, comma secondo, L.F.

Al commissario giudiziale non spettano poteri di co-gestione, ma prerogative di vigilanza e monitoraggio relativamente all'esatto adempimento del piano.

Eventuali disallineamenti rispetto al piano oggetto di omologa, determinano causa di risoluzione qualora risultino idonei a determinare un grave inadempimento. I suddetti disallineamenti possono dipendere, oltre che dalla condotta dello stesso imprenditore, anche dall'evolversi della situazione di mercato in se non perfettamente conforme a quello previsto dal piano, generando la necessità di modificare i relativi presupposti.

Nell'ipotesi di eventuali modifiche apportate dall'imprenditore al piano, si ritiene che le stesse debbano essere approvate da tutti i creditori non ancora soddisfatti; in alternativa, il debitore dovrà procedere alla rinuncia alla domanda di concordato, depositando un nuovo ricorso *ex art.* 160, L.F.

L'art. 186-*bis* non contiene, inoltre, nessuna norma specifica relativa all'esecuzione del concordato di ristrutturazione, quello in cui l'attività viene proseguita dal medesimo debitore. In tale ipotesi l'attività gestoria prosegue in capo agli stessi amministratori, in quanto non è prevista la nomina di un liquidatore giudiziale, sotto il controllo del commissario giudiziale e del giudice delegato. Non essendoci norme specifiche

attinenti la fase esecutiva, è opportuno che il decreto di omologa indichi le successive modalità di esecuzione del concordato.

3.16. Profili fiscali e contabili

La procedura di concordato preventivo, sotto il profilo fiscale, non risulta disciplinata da nessun articolo specifico e, conseguentemente, è assoggettata alle regole ordinarie di determinazione del reddito fiscale imponibile, salvo eccezioni.

In particolare, nel concordato con cessione di beni, secondo le disposizioni di cui all'art. 86, comma quinto, TUIR, la vendita dei beni medesimi ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo di plusvalenze o di minusvalenze, comprese quelle relative alle rimanenze ed al valore di avviamento, in ossequio del principio della c.d. neutralità fiscale. Sia la giurisprudenza che l'Amministrazione Finanziaria¹⁷⁷ hanno ritenuto che la suddetta disposizione agevolativa sulla non tassabilità delle plusvalenze debba trovare applicazione anche nell'ipotesi di trasferimento a terzi dei beni di proprietà della società in concordato.

Invece, nell'ipotesi di concordato con garanzia non è prevista un'esenzione in quanto tale procedura non prevede la cessione del patrimonio aziendale a terzi, ma il rilascio di specifiche garanzie reali o personali da parte del debitore, il quale in caso di esito positivo della procedura ha la facoltà di proseguire l'attività imprenditoriale.

Si ritiene auspicabile che l'Amministrazione Finanziaria fornisca opportuni chiarimenti interpretativi con riferimento alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, che si differenzia sostanzialmente dal concordato preventivo liquidatorio.

Tuttavia, considerando che l'art. 186-*bis*, L.F. disciplina che il concordato preventivo continuità può concretizzarsi anche con una cessione d'azienda in esercizio ovvero con conferimento della stessa in una o più società, anche di nuova costituzione, o prevedendo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa; ne consegue che, sotto il profilo prettamente fiscale, si potrebbero riscontrare delle

¹⁷⁷ Risoluzione Agenzia delle Entrate 1 marzo 2004, n. 29/E.

parziali similitudini con il concordato preventivo liquidatorio.

In base alle disposizioni di cui all'art. 88, comma quarto, TUIR, la riduzione di debiti dell'impresa in sede di concordato preventivo o fallimentare, per effetto della c.d. falciatura concordataria, non viene considerata come sopravvenienza attiva tassabile.

Si evidenzia come il principio contabile OIC n. 12 definisce ristrutturazioni aziendali come quelle “operazioni di riassetto aziendale normalmente originate da condizioni di necessità connesse al superamento di situazioni di difficoltà economica che devono comportare un profondo cambiamento nella struttura produttiva, commerciale ed amministrativa a seguito dell'attuazione di un piano di ristrutturazione come conseguenza del quale l'attivo aziendale residuo da tale piano viene inserito in un nuovo ciclo economico e contabile”.

Gli oneri di ristrutturazione si classificano nel conto Economico tra la voce E.21 oneri straordinari.

Sul libro giornale, la sopravvenienza attiva derivante dalla riduzione dei debiti in conseguenza dell'omologazione da parte del Tribunale della procedura di concordato preventivo potrà essere rilevata come di seguito elencato:

<i>Diversi</i>	<i>a</i>	<i>Diversi</i>
<i>Debiti v/ classe creditori A</i>			
<i>Debiti v/ classe creditori B</i>			
<i>Debiti v/ classe creditori C</i>			
		<i>Debiti v/procedura concordato preventivo</i>	
		<i>Sopravvenienza attiva</i>	

Le eventuali plusvalenze realizzate, nell'ipotesi di concordato preventivo con cessione di beni, alla stregua delle sopravvenienze attive, non sono imponibili ai fini IRES ed IRPEF, in base alle disposizioni di cui all'art. 86, comma quinto, TUIR.

Con risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 29/E del 1 marzo 2004, L'Amministrazione Finanziaria ha affermato che, ai fini IRAP, le plusvalenze realizzate

e le sopravvenienze attive scaturenti dalla riduzione dei debiti i sede di concordato preventivo, si possono configurare come proventi straordinari classificabili alla voce E.20 del Conto Economico e, quindi, esclusi dal concorso alla formazione del valore della produzione imponibile ai fini IRAP.

Tale interpretazione ministeriale riprende quanto già indicato nella Circolare n. 141/E del 4 giugno 1998, la quale precisava che nella voce A.5 del Conto Economico rientrano solo le plusvalenze derivanti dall'alienazione di beni strumentali a seguito della fisiologica sostituzione dei cespiti, conseguente al deperimento economico-tecnico da essi subito nell'esercizio della normale attività produttiva dell'impresa; non ricorrendo i predetti presupposti, la plusvalenza presenta natura straordinaria e deve essere rilevata alla voce E.20 del Conto Economico, con conseguente esclusione dalla base imponibile IRAP.

Conclusione

Le riforme apportate alla disciplina dell'istituto del concordato preventivo con il D.L. n. 83/2012 e il successivo D.L. n. 69/2013 hanno inciso profondamente sulla natura e sulla filosofia dello strumento concordatario.

Le modifiche apportate con il Decreto Sviluppo e, successivamente, con il Decreto del Fare sono state accolte con particolare entusiasmo da parte del sistema imprenditoriale e degli operatori economici, in modo tale da determinare un *boom* di ricorsi per procedure di concordato preventivo, anche in considerazione del difficile e grave momento di crisi che stanno attraversando le imprese e l'intero mercato nazionale.

In particolare, il legislatore fallimentare negli ultimi anni ha messo a disposizione del debitore numerosi strumenti destinati a favorire la conservazione dei valori organizzativi. Tali misure, però, presentano caratteri di ragionevolezza ed utilità soltanto se riferite a contesti nei quali l'impresa attraversa una crisi finanziaria, ma presenta altresì una situazione patrimoniale ed economica piuttosto stabile. In tali casi l'utilizzo tempestivo dello strumento concordatario consentirebbe la conservazione dell'impresa e del suo valore aziendale, valore che, soprattutto in anni di grave recessione economica, deve essere assolutamente tutelato.

Purtroppo, in virtù di un'interpretazione eccessivamente liberista e di un utilizzo distorto dello strumento concordatario, troppo spesso il debitore ricorre al concordato preventivo quando ormai la situazione economico-finanziaria è irrimediabilmente compromessa; in tali ipotesi, invece che favorire la conservazione del complesso aziendale, si genera una pericolosa disperazione di valori con il conseguente aggravamento dello stato di crisi. Tale ulteriore perdita di valori può far riferimento sia ai costi vivi da sostenere al momento dell'apertura del concordato preventivo, quali le spese di procedura e i compensi dei professionisti, sia alla perdita relativa alla credibilità degli impegni contrattuali, all'inefficacia degli strumenti destinati al recupero del credito in caso di inadempimento, nonché alla distribuzione del rischio d'impresa

tra il titolare dell'iniziativa economica e i terzi contraenti, ovvero in termini di competitività del mercato.

La mancanza di adeguate misure di allerta, l'eccessivo *favor* del legislatore nei confronti del debitore, unitamente all'utilizzo spregiudicato dello strumento concordatario da parte di imprenditori poco scrupolosi potrebbero comportare seri rischi per il sistema economico nel suo complesso in seguito ad una specie di contagio della crisi dell'imprenditore insolvente alle contigue imprese creditrici. Tale contagio, si genererebbe per il noto effetto domino, determinando il rischio di dissesti a catena nell'ipotesi in cui il mancato pagamento di debiti, a causa dell'elevata dimensione e della notevole frequenza, sia idoneo a generare ripercussioni sistematiche e massive su quote rilevanti di mercato, causando così una perdita di valore per l'intero mercato.

A distanza di anni dall'introduzione della riforma apportata con il Decreto Sviluppo, in considerazione della numerosità dei ricorsi *ex art.* 161, comma sesto, L.F. a cui non ha fatto seguito la presentazione del piano e della proposta, si reputa che, nonostante l'intento del legislatore fosse quello di tutelare l'imprenditore dalle possibili iniziative dei creditori sul patrimonio sociale, concedendogli il tempo necessario per predisporre la proposta, il piano e gli ulteriori documenti, in numerose - e forse in troppe! - occasioni l'istituto del concordato preventivo con riserva è stato utilizzato da sprovveduti imprenditori al solo scopo di guadagnare del tempo nella speranza, successivamente rivelatasi vana, di trovare soluzioni che già in principio si erano profilate come di difficile, o addirittura, di impossibile realizzazione.

In virtù delle considerazioni di cui sopra, si ritiene auspicabile che il legislatore intervenga introducendo delle reali e concrete misure di allerta della situazione di crisi, tali da impedire, o almeno ridurre, il propagarsi della stessa tra gli operatori economici, al fine ultimo di salvaguardare la stabilità e la credibilità del mercato, soprattutto in un momento di particolare crisi economico-finanziaria come quella che sta attraversando negli ultimi anni il nostro Paese...

Bibliografia

- L. ABETE, in *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, pagg. 1110 e ss.,
- S. AMBROSINI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, edizione 2007, Bologna,
- S. AMBROSINI, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, edizione 2010, Bologna,
- S. AMBROSINI, in *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 4 agosto 2013,
- S. AMBROSINI, in *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Il Fallimento*, 2011, pagg. 644 e ss.,
- S. AMBROSINI, in *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *ilcaso.it*, doc. 306/2012,
- S. AMBROSINI, in *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*,
- M. ARATO, in *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività di impresa*, in *Crisi di impresa: casi e materiali*, a cura di BONELLI, Milano, 2011, pagg. 137 e ss.,
- M. ARATO, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli Editore, Torino, 2013,
- M. ARATO in *Il concordato con continuità aziendale*, in *ilfallimentarista.it*, 3 agosto 2013,
- V. BALESTRA, *Gli obblighi in formativi periodici nel c.d. preconcordato*; in *Il Fallimento*, 2013, pagg. 106 ss.,
- L.A. BOTTAI, in *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2012, pagg. 924 e ss.,
- V. BONELLI in *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011,
- F. CASA, in *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186-bis l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 11, pagg. 1379 e ss.,
- F. CALAGNA, in *Sulla modulazione giudiziale del termine per l'integrazione della domanda di concordato*, in *ilfallimentarista.it*,

E. CECCHERINI, in *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, pagg. 316 e ss.,

P. F. CENSONI in *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *ilcaso.it*,

M. DE LINZ, in *La domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2013,

M. FABIANI, in *Crescita economica e crisi da sovraindebitamento*, in *Il Fallimento*, 2010, pagg. 451 e ss.,

M. FABIANI, in *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 2010, pagg. 902 e ss.,

M. FABIANI, in *Diritto Fallimentare*, Bologna, 2011, pagg. 686 e ss.,

M. FABIANI, in *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *ilcaso.it*,

M. FABIANI, in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, doc. 303/2012,

M. FABIANI, in *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *Foro.it*, 2012,

M. FABIANI, in *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, doc. 335/2012,

M. FABIANI, in *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*,

G. FALCONE, in *Profili problematici del concordato con riserva*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, pagg. 392 e ss.,

P. FARINA, in *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 1, pagg. 63 e ss.,

G. FARNETI, in *La fattibilità del concordato preventivo in continuità nella prospettiva dell'azionalista*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 8, pagg. 1013 e ss.,

F. S. FILOCAMO, in *L'esattezza della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*,

2012, n. 11, pagg. 1269 e ss.,

S. FORTUNATO, in *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2009,

F. LAMANNA, in *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, Giuffrè Editore, Milano, 2012,

F. LAMANNA, in *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità' aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in *ilfallimentarista.it.*,

F. LAMANNA, in *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *ilfallimentarista.it.*,

F. LAMANNA, in *Il decreto "del fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*,

G. LO CASCIO, in *Concordato preventivo; natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 5, pagg. 525 e ss.,

G. LO CASCIO, in *Il professionista attestatore*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 11, pagg. 1325 e ss.,

G. LO CASCIO, in *Il punto sul concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2014, n. 1, pagg. 7 e ss.,

G. P. MACAGNO, in *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014, n. 6, pagg. 670 e ss.,

A. MAFFEI ALBERTI, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da Alberto Maffei Alberti, 2013,

C. MANCUSO, in *Autorizzazione allo scioglimento del contratto in corso di esecuzione e principio del contraddittorio*, in *Il Fallimento*, 2014, n. 5, pagg. 558 e ss.,

G.B. NARDECCHIA, in *Più controlli sul concordato con riserva*, in *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 2013,

I. L. NOCERA, *Preconcordato: gli effetti della nomina del commissario giudiziale*, in *Il quotidiano giuridico*, 25 giugno 2013,

M. ORLANDI, in *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Il Fisco*, 2012, pagg. 7386 e ss.,

A. PALETTA, in *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 9, pagg. 1037 e ss.,

L. PANZIANI, in *Il concordato in bianco*, in ilfallimentarista.it,

L. PANZIANI, in *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove prospettive?*, in ilfallimentarista.it,

A. PATTI, in *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 3, pagg. 261 e ss.,

A. PATTI, in *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Il Fallimento*, 2010, pagg. 1100 e ss.,

A. PATTI, in *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il Fallimento*, 2013, pagg. 1099 e ss.,

A. PENTA, in *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2012, n. 6, pagg. 673 e ss.,

P. PIZZA, in *Il concordato preventivo di imprese fornitrici della pubblica amministrazione: la sorte dei contratti in corso*, in ilfallimentarista.it,

L. QUATTROCCHIO – R. RANELLI, in *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione dei principi di best practice*, in ilfallimentarista.it,

C. RAVAZZIN, in *Concordato preventivo più snello per la tempestiva risoluzione della crisi d'impresa*, in *Corriere Tributario*, 2012, n. 34, pagg. 2631 e ss.,

G. REBECCA in *Contratti pendenti: sospensione e scioglimento nel concordato in continuità e nel concordato in bianco. I contratti bancari*, in ilfallimentarista.it, 14 maggio 2013,

L. SALVATO, in *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 10, pagg. 1209 e ss.,

G. SCHIANO DI PEPE, in *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel Decreto Legge, 83/2012. Prime considerazioni*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*,

2012, n. 5, pagg. 482 e ss.,

L. STANGHELLINI, in *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, n. 10/2013, pagg. 1222 e ss.,

G. TERRANOVA, in *Il concordato con "continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, 2013, n. 1, pagg. 1 e ss.,

F. TETTO, in *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 6, pagg. 675 e ss.,

C. TRENTINI, in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, pagg. 76 e ss., e in *I concordati preventivi*, Milano, 2014, pagg. 29 e ss.,

C. TRENTINI, in *I concordati preventivi*, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pagg. 312 e ss.,

P. VELLA, in *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in *ilcaso.it*, doc. 320/2012,

P. VELLA, in *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 1, pagg. 82 e ss.,

P. VELLA, in *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, n. 657, pagg. 666 e ss.,

P. VELLA, in *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2014, n. 5, pagg. 520 e ss.,

M. VITIELLO, in *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 2013,

VITIELLO, in *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, in *ilfallimentarista.it*,

Giurisprudenza

2003

Cassazione 15 maggio 2003, n. 7546

2004

Cassazione 11 agosto 2004, n. 15484

2005

Cassazione 20 ottobre 2005, n. 20291

2008

Tribunale Piacenza, 3 luglio 2008

2011

Tribunale La Spezia, 8 febbraio 2011

Tribunale Milano, 20 ottobre 2011

Cassazione, 14 febbraio 2011, n. 3586,

Cassazione , 23 giugno 2011, n. 13817,

2012

Tribunale Ancona, 17 settembre 2012

Tribunale Ancona, 15 ottobre 2012

Tribunale Asti, 24 settembre 2012

Tribunale Benevento 26 settembre 2012

Tribunale Biella, 13 novembre 2012

Tribunale Bolzano, 25 settembre 2012

Tribunale Cagliari, 20 settembre 2012

Tribunale Como, 5 novembre 2012

Tribunale Crotone, 4 ottobre 2012

Tribunale La Spezia, 25 settembre 2012

Tribunale La Spezia, 25 ottobre 2012

Tribunale Lecco, 19 settembre 2012

Tribunale Mantova 27 settembre 2012
Tribunale Milano, 21 settembre 2012
Tribunale Milano 24 ottobre 2012
Tribunale Milano, 11 dicembre 2012
Tribunale Modena, 14 settembre 2012
Tribunale Modena 28 novembre 2012
Tribunale Modena, 30 novembre 2012
Tribunale Modena, 14 dicembre 2012
Tribunale Monza, 15 gennaio 2012
Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012
Tribunale Novara, 29 giugno 2012
Tribunale Palermo, 2 ottobre 2012
Tribunale Perugia, 4 ottobre 2012
Tribunale Pisa, 19 settembre 2012
Tribunale Pisa, 19 dicembre 2012
Tribunale Pistoia 30 ottobre 2012
Tribunale Ravenna 24 dicembre 2012
Tribunale Roma, 14 novembre 2012
Tribunale Salerno, 25 ottobre 2012
Tribunale Siena, 23 ottobre 2012
Tribunale Terni, 18 luglio 2012
Tribunale Terni, 8 ottobre 2012
Tribunale Terni, 12 ottobre 2012
Tribunale Terni, 28 dicembre 2012
Tribunale Tortona, 8 ottobre 2012
Tribunale Velletri, 18 settembre 2012
Tribunale Verona, 31 ottobre 2012

Appello Brescia, 19 giugno 2012,

Tribunale di Milano – Seconda Sezione Civile Fallimenti – Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di concordato preventivo a seguito del Decreto Sviluppo, Verbale del plenum del 20 settembre 2012

Tribunale di Milano, Linee guida del Plenum del 18 ottobre 2012

Tribunale di Monza – Orientamenti del plenum Domanda di concordato con riserva di produzione della proposta, del piano, della documentazione del 9 ottobre 2012

Tribunale Reggio Emilia - Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012, 25 ottobre 2012

2013

Tribunale Bergamo, 15 febbraio 2013

Tribunale Bergamo, 7 giugno 2013

Tribunale Benevento, 29 agosto 2013

Tribunale Bologna, 27 febbraio 2013

Tribunale Bologna, 12 giugno 2013

Tribunale Busto Arsizio, 11 febbraio 2013

Tribunale Catania, 25 luglio 2013

Tribunale Catanzaro, 23 gennaio 2013

Tribunale Cosenza, 6 marzo 2013

Tribunale Cuneo, 29 ottobre 2013

Tribunale La Spezia 24 ottobre 2013

Tribunale Lucca, 30 aprile 2013

Tribunale Lucca, 21 maggio 2013

Tribunale Mantova 14 marzo 2013

Tribunale Mantova, 19 settembre 2013

Tribunale Messina, 30 gennaio 2013

Tribunale Milano 21 febbraio 2013

Tribunale Milano, 31 luglio 2013
Tribunale Milano, 23 novembre 2013
Tribunale Modena, 29 marzo 2013
Tribunale Modena, 29 maggio 2013
Tribunale Modena, 30 novembre 2013
Tribunale Monza, 16 gennaio 2013
Tribunale Monza, 21 gennaio 2013
Tribunale Monza, 6 agosto 2013
Tribunale Novara, 18 marzo 2013
Tribunale Novara, 29 marzo 2013
Tribunale Novara, 3 aprile 2013
Tribunale Novara, 15 aprile 2013
Tribunale Palermo, 20 giugno 2013
Tribunale Perugia, 27 luglio 2013
Tribunale Perugia, 29 luglio 2013
Tribunale Pescara, 7 maggio 2013
Tribunale Piacenza, 1 marzo 2013
Tribunale Piacenza, 5 aprile 2013
Tribunale Pinerolo, 7 gennaio 2013
Tribunale Pinerolo, 9 gennaio 2013
Tribunale Pisa 21 febbraio 2013
Tribunale Pordenone, 6 maggio 2013
Tribunale Ravenna, 6 marzo 2013
Tribunale Reggio Emilia, 14 marzo 2013
Tribunale Reggio Emilia, 9 agosto 2013
Tribunale Roma, 3 luglio 2013
Tribunale Terni, 16 gennaio 2013

Tribunale Terni, 28 gennaio 2013
Tribunale Terni, 12 febbraio 2013
Tribunale Terni, 31 luglio 2013
Tribunale Torino, 3 gennaio 2013
Tribunale Vercelli, 20 settembre 2013
Tribunale Vicenza, 7 febbraio 2013
Tribunale Vicenza, 22 marzo 2013
Tribunale Vicenza, 25 giugno 2013
Appello Bologna 25 giugno 2013
Appello Brescia, 19 giugno 2013
Circolare Tribunale Crotona del 17 gennaio 2013
Corte Cassazione SS.UU. 18 aprile 2013, n. 9409