

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE



TESI DI LAUREA

in

diritto commerciale

Concordato con riserva o riserva di concordato?

Relatore: Chiar.mo

Prof. Sabino Fortunato

Laureando:

Marta Turchi

Anno Accademico 2013 – 2014

Sommario

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

Capitolo 1 IL CONCORDATO IN BIANCO NELLA LEGGE FALLIMENTARE	3
--	----------

1.1 La Riforma del “Decreto Sviluppo”	3
1.2 I rischi di abuso del diritto	17
1.3 Le modifiche introdotte dal “Decreto del Fare” al concordato preventivo	24
1.4 L’ autonomia istituzionale del concordato con riserva	29
1.5 Profili comparatistici	40

Capitolo 2 LADOMANDA PRENOTATIVA O CON RISERVA ...	49
---	-----------

2.1 Il contenuto del ricorso in bianco	49
2.2 Il giudizio di ammissibilità della domanda di preconcordato	60
2.3 Il termine giudiziale per l’ integrazione della domanda in bianco	68
2.4 Gli obblighi informativi periodici	83
2.5 Il commissario giudiziale	89
2.6 Gli effetti della domanda	97

Capitolo 3 LA FASE INTERINALE	99
--	-----------

3.1 I poteri autorizzatori del tribunale: breve premessa	99
3.2 Gli atti di gestione: ordinaria e straordinaria	100

3.3 La sospensione e lo scioglimento dei rapporti giuridici pendenti nel preconcordato.....	110
3.4 I finanziamenti interinali	126
3.5 Il pagamento dei debiti anteriori.....	132
3.6 Gli esiti “fisiologici” del concordato con riserva.....	138
3.7 Gli esiti “patologici” del concordato con riserva.....	145
CONCLUSIONI	152
Bibliografia	158

INTRODUZIONE

La presente trattazione nasce dalla curiosità per le ultime modifiche della Legge Fallimentare. Il legislatore infatti, è intervenuto dapprima con il Decreto Legge 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, nella Legge 7 agosto 2012, n.134 e a circa un anno di distanza, con il Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98. Tra le novità apportate, nell'ambito di un intervento tutt'altro che organico, quella più rilevante e di maggiore impatto ci è da subito sembrata l'introduzione del cd. "preconcordato" o "concordato con riserva" o "concordato in bianco" o ancora, qualcun altro tra gli innumerevoli nomi che gli sono stati affibbiati.

Già l'eterogeneità della nomenclatura in circolazione ci è parsa un argomento più che sufficiente per indagare sulla struttura e sul funzionamento dell'istituto, che il legislatore ha innestato nell'originario impianto concordatario, al comma 6 dell'art. 161 della Legge Fallimentare.

Così nel capitolo primo si è voluto, innanzi tutto, ragionare sulla *ratio* ispiratrice del più ampio intervento riformatore risalente agli anni 2012-2013, per tentare di comprendere l'*humus* nell'ambito del quale ha avuto origine il concordato con riserva, istituto che, come si è avuto modo di apprendere, subisce grandemente il fascino e l'influenza dei modelli transoceanici del *Bankruptcy Code* statunitense, in particolare, degli *standards* di accesso al *Chapter 11*, che propone una procedura ispirata a finalità risanatorie dell'impresa in crisi. In secondo luogo, si è ritenuto opportuno indagare sulla natura dell'istituto, nonché sulla questione della sua autonomia ovvero della riconducibilità al *genus* concordatario, ritenendo che da ciò potesse quantomeno distinguersi tra un'applicazione diretta o analogica delle norme sul concordato "ordinario".

Nel secondo capitolo si è avuto modo di analizzare la dimensione statica del concordato con riserva: i requisiti di accesso alla procedura, la funzione della riserva, l'esercizio della facoltà di *switch*, ossia il deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione anziché del piano concordatario, la fissazione del termine giudiziale per lo scioglimento della riserva, senza far a meno di notare il difficile compito cui è chiamato il giudice fallimentare, tra impossibilità di anticipare qualsiasi

giudizio di fattibilità e necessità di sventare gli abusi del nuovo strumento per la tempestiva emersione della crisi d'impresa.

Nel terzo, ed ultimo capitolo, si è avuto riguardo al profilo dinamico del concordato. Considerato che si tratta di una procedura *debtor in possession* infatti, la fase interinale, che decorre dal deposito della domanda in bianco fino alla presentazione del piano e della proposta concordatari, ovvero della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, non resta certamente precluso al debitore di compiere atti di ordinaria amministrazione ovvero atti urgenti di straordinaria amministrazione, a condizione che siano autorizzati dal tribunale fallimentare, *ex* comma 7 dell'art. 161, l.fall. In effetti, la norma da ultimo citata, ci è parsa l'unico caso di naturale coordinamento della disciplina degli atti interinali con il concordato. Non è infatti, stato possibile ricostruire altrettanto fermamente la disciplina applicabile al concordato, rispetto alle disposizioni di nuovo conio, relative allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti, *ex* art. 169-*bis* l.fall; ai finanziamenti interinali e al pagamento dei crediti anteriori, *ex* art. 182-*quinquies* l.fall.

La constatazione che il concordato con riserva è una fattispecie a formazione progressiva, potendo ricomprendere nella domanda con riserva un minimo o un massimo di *disclosure* sul piano concordatario, rende variabile la disciplina applicabile all'istituto. Questa fluidità mina la certezza del diritto e pone il tribunale fallimentare nella posizione impropria del legislatore, senza che sia munito di adeguati poteri decisori riconosciutigli dalla legge. Le medesime difficoltà sono condivise dall'esperto attestatore, che si trova nell'impossibilità logica di verificare ove richiesto, il fabbisogno complessivo dell'impresa o la funzionalità dell'atto al miglior soddisfacimento dei creditori.

Da ultimo, si è voluto brevemente ricapitolare gli esiti “fisiologici” e “patologici” di una procedura, che in ambedue i casi ha il carattere della transitorietà e provvisorietà, intendendo nel primo caso, l'auspicata evenienza in cui il debitore che ha presentato una domanda di concordato con riserva, compia il passo successivo con il deposito del piano concordatario o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, e nel secondo tutte quelle ipotesi riconducibili all'insuccesso della procedura, ove giunga ad una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità.

Capitolo 1

IL CONCORDATO IN BIANCO NELLA LEGGE FALLIMENTARE

1.1 La Riforma del “Decreto Sviluppo”

Con il Decreto Legge 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, nella Legge 7 agosto 2012, n.134, il legislatore ha inciso significativamente sulla disciplina delle procedure concorsuali, specialmente quelle concordatarie¹, di cui alla Legge Fallimentare, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Il *favor* per le opzioni concordatarie di gestione della crisi di impresa appare evidente dalle disposizioni fortemente incentivanti le soluzioni alternative al fallimento.

Se tuttavia, il *favor concordati* è scelta legislativa indiscutibile, non significa necessariamente che costituisca la *ratio*² della nuova disciplina concorsuale. È infatti poco utile argomentare la volontà del legislatore per puro amore della procedura in una materia in cui, più che altrove, la forma è sostanza e rivela scelte di politica economica.

Parte della dottrina³ ha ravvisato allora, come la salvaguardia della continuità aziendale sia il *leit-motiv* dell'ondata riformatrice. Fatto, quest'ultimo, reso noto dallo stesso legislatore, alla rubrica dell'art. 33 del relativo decreto, (d'ora in avanti “Decreto Sviluppo”): “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale”. Né si può negare che il tema della “continuità aziendale” sia ormai un grande classico del diritto fallimentare⁴.

¹ Ma non solo: l'art. 50, contenuto nel capo V: “Ulteriori misure a sostegno delle imprese”, ha introdotto modifiche al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, che disciplina l'amministrazione straordinaria; l'art. 55 ha ritoccato la legge 24 marzo 2001, n. 89 che disciplina la ragionevole durata dei processi ed è contenuto nel capo VII, rubricato: “Ulteriori misure per la giustizia civile”.

² *Contra* S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, p. 2, in www.ilcaso.it, secondo il quale «la legge mostra di valorizzare le soluzioni concordatarie in quanto tali, quand'anche orientate in senso liquidatorio»; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1168.

³ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it; M. ARATO, *La conservazione dell'attività di impresa come nuovo principio fondante del diritto concorsuale italiano*, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013; L.A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, p. 924.

⁴ D. CATERINO, *La continuazione dell'attività d'impresa nel cd. preconcordato*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale*,

Che la via preferenziale intrapresa dal riformatore per raggiungere il suddetto obiettivo sia alternativa al fallimento, costituisce una strada quasi obbligata dagli angusti spazi della procedura fallimentare, che sfocia direttamente nella liquidazione dell'unità produttiva, dalla quale difficilmente l'impresa potrà risollevarsi.

Gli interventi più direttamente ispirati alla salvaguardia della continuità aziendale e inevitabilmente al *favor concordati*, sono sintetizzati nei seguenti punti.

1. L'introduzione di una disciplina specifica per il concordato con continuità aziendale, di cui al nuovo art. 186-bis l.fall. Questa tipologia di concordato è una variante di quello di cui all'art. 160 l.fall, non costituisce un autonomo istituto, ma si caratterizza per il contenuto del piano concordatario⁵ che, pur potendo prevedere la liquidazione dei beni non funzionali all'attività d'impresa, mira alla prosecuzione dell'attività. Il piano così orientato deve essere corredato da una analitica indicazione dei costi, dei ricavi, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura per la sua realizzazione, nonché dalla relazione di un professionista, il quale attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori⁶. I vantaggi più rilevanti che la scelta continuativa comporta sono: a) la

“Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 21-22 febbraio 2014; P. MANGANELLI, *Gestione della crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2011, p. 129. L'Autore evidenzia come già con la l. n. 95 del 1979, cd. Legge Prodi, l'obiettivo del legislatore fosse quello di salvaguardare i livelli occupazionali dell'attività d'impresa, anche attraverso la riorganizzazione o conversione dell'attività. E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica “vaghezza”*. *Riflessione a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 338, ritiene che «dal 2005 il baricentro del sistema normativo sulla crisi d'impresa si sia progressivamente spostato dalla prospettiva liquidatoria a quella conservativa». Così anche L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 1209, per il quale «l'obiettivo di preservare le strutture produttive ed aziendali nel caso di crisi d'impresa, divenuto impellente in anni di gravissima recessione dell'economia mondiale in generale e di quella italiana in particolare, è stato alla base di alcuni interventi della riforma della legge fallimentare attuati a partire dal 2005».

Questa tendenza non è solo del diritto italiano, ma europeo come sembra confermare la recente Raccomandazione UE del 14 marzo 2014 n. 135 in www.ilcaso.it.

⁵ L'applicazione della disciplina di cui all'art. 186-bis l.fall., presuppone necessariamente la presentazione di un piano, ai sensi dell'art. 161 lett. e), contenente la descrizione analitica delle *modalità e dei tempi* di adempimento della proposta, introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e un'analitica indicazione dei *costi* e dei *ricavi* attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle *risorse finanziarie* necessarie e delle *modalità di copertura*.

⁶ Si tratta di una condizione ulteriore che estende le competenze del professionista, sommandosi a quelle già previste dal terzo comma dell'art. 161 l.fall, relativamente alla *veridicità dei dati aziendali* e alla *fattibilità del piano*. La continuità aziendale orientata al miglior soddisfacimento dei creditori è presupposto necessario per l'applicazione della disciplina ex art. 186-bis l.fall, come si evince dall'ultimo comma della norma, che dispone l'applicazione dell'art. 173 l.fall, ossia la revoca dell'ammissione al concordato. Secondo A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p.1199, il canone del miglior soddisfacimento dei creditori, dovrebbe orientare tutta la materia delle procedure concorsuali, anche concordatarie, partendo dal presupposto che «la regola *economica*, di ottimizzazione delle risorse in funzione di collocazione competitiva sul mercato appare soggetta alla regola *giuridica* della realizzazione della maggiore soddisfazione del ceto creditorio». Se nonché, è l'Autore stesso a rivelare la preoccupazione di

possibilità di prevedere una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca (salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste la causa di prelazione); b) il fatto che l'ammissione alla procedura concordataria non impedisca la prosecuzione dei contratti pubblici, qualora il professionista designato dal debitore, di cui all'art. 67 l.fall, ne attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento.

2. La nuova disciplina del concordato preventivo, di cui al riformato art. 161 l.fall, introduce un interessante elemento di novità nelle procedure concordatarie perché prevede gli effetti di *automatic stay*, ossia la moratoria delle azioni esecutive e cautelari individuali nei confronti del debitore e del suo patrimonio, dalla pubblicazione della domanda concordataria, indipendentemente da una *disclosure* sul piano, disciplinando al sesto comma, quello che secondo parte della dottrina non è una variante del concordato preventivo ma un nuovo istituto del diritto fallimentare: il concordato con riserva o "in bianco". Senza anticipare aspetti che saranno presi in considerazione nei paragrafi successivi, si vuole qui chiarire quale sia il rapporto dell'istituto in discorso con la continuità aziendale. Certamente la norma facilita l'imprenditore nella scelta della soluzione concordataria per i vantaggi che comporta e parte della dottrina⁷ sottolinea come costituisca una espressione diretta della volontà legislativa di favorire la continuità aziendale; in particolare si evidenzia come l'anticipazione⁸ degli effetti di *automatic stay* «rappresenti l'ultimo (e forse più importante e opportuno) tassello del percorso del legislatore italiano volto a mutare orientamento circa le finalità del diritto concorsuale, che deve mirare, *da un lato*, ad incentivare l'impresa a denunciare per tempo la situazione di crisi e, *dall'altro lato*, a favorire le prospettive di risanamento e

un'alterazione distorsiva delle regole della concorrenza da parte di un'impresa che, proseguendo nella propria attività in una sostanziale continuità economica, tuttavia fruisce di particolari vantaggi, come la possibilità di potersi sciogliere dai contratti pendenti. Mi pare allora, che in un'epoca in cui la regola economica a fondamento del sistema giuridico-economico del secolo scorso vacilla, il legislatore intervenga volgendo le procedure di gestione della crisi a minimizzare gli effetti della crisi sul mercato, senza giungere al risultato paradossale che la salvezza di uno (debitore) implichi il sacrificio di molti (creditori). Nel contemperamento degli opposti interessi, il miglior soddisfacimento dei creditori non può mancare, ma non per questo deve assurgere a principio guida delle nuove procedure concordatarie.

⁷ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013. L'Autore intitola un paragrafo della monografia "Il c.d concordato preventivo con riserva come ulteriore strumento per assicurare la conservazione dell'attività d'impresa"; L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p 1209.

⁸ In realtà gli effetti per i creditori sono stati posticipati alla data di pubblicazione della domanda di concordato (ordinario e con riserva) nel registro delle imprese, anziché alla data di presentazione della domanda. Il legislatore ha tuttavia ridotto i presupposti di ammissibilità della domanda in bianco, o meglio ha scandito in tappe il soddisfacimento dei relativi presupposti. In questo caso, si parla di anticipazione degli effetti rispetto al momento della presentazione del piano concordatario. Questo *lapsus* ricorre in vari autori.

ristrutturazione della propria impresa»⁹. C'è poi chi sottolinea come la prosecuzione dell'attività d'impresa nella fase cd. interinale, che va dal deposito della domanda di ammissione al concordato *ex art.* 161, comma 6, alla presentazione della proposta che include il piano e l'intera documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161, ivi compresa l'attestazione del professionista, sia di mero fatto e nulla abbia a che vedere con la continuità aziendale di cui all'art. 186-*bis* l.fall. Non necessariamente infatti, all'esito della fase interinale, il piano concordatario avrà ad oggetto la continuazione dell'attività aziendale, ben potendo risolversi nella liquidazione dei cespiti patrimoniali¹⁰. Se ne ricava allora, che «la bussola che deve orientare l'interprete nella determinazione del sentiero virtuoso della gestione provvisoria, all'interno della fase interinale preliminare, non sia né la tutela del valore di liquidazione dell'azienda, né la salvaguardia della continuità aziendale, ma più semplicemente la protezione del diritto di scelta dell'imprenditore, sia pure nel quadro generale della protezione degli interessi degli *stakeholders* esterni»¹¹.

In un certo senso è vero che la continuità aziendale di cui al 186-*bis* è “altra” rispetto al concetto applicato al concordato con riserva, non perché gli istituti in discorso siano orientati a finalità diverse, ma per il fatto che sia necessaria una graduazione della tutela della continuità aziendale, a seconda delle prospettive di ripresa e della tempestività dell'intervento. Necessariamente infatti, la tutela della continuità aziendale deve piegarsi al miglior soddisfacimento dei creditori, rispetto all'alternativa liquidatoria, quando la salvezza di uno (debitore), impone il sacrificio di molti (creditori).

⁹ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 21. Concordano sostanzialmente G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 891; P. FARINA, *Il nuovo regime di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p.64; L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p.1209, il quale afferma che «a fondamento dell'introduzione del concordato con riserva sta l'esigenza di concedere al debitore il tempo necessario per predisporre il piano e la proposta a riparo dall'aggressione del patrimonio. Il modo più semplice e congruo per garantire siffatta esigenza è sembrato -traendo spunti dalla disciplina statunitense- quello di anticipare la protezione degli effetti del concordato, alla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, rendendolo proponibile privo del piano e della proposta, con riserva di presentarli in un termine presentato dal giudice».

¹⁰ F. LAMANNA, *Il cd. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it; S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it.

¹¹ D. CATERINO, *La continuazione dell'attività d'impresa nel cd. preconcordato*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, "Orizzonti del diritto commerciale"*, Roma, 21-22 febbraio 2014.

Prospettiva, quest'ultima, tanto più realistica, quanto più tardivo sarà l'intervento del debitore e avanzata la crisi¹².

Il concordato con riserva, nato dall'esigenza pratica di concedere un termine al debitore a riparo dalle azioni individuali, per predisporre un piano che, nella migliore delle ipotesi tenti la salvezza dell'impresa, si atteggia a misura di allerta e aspira ad essere non tanto strumento di gestione, quanto di prevenzione¹³ della crisi d'impresa.

Ecco allora affiancarsi al binomio conservazione-liquidazione, la seconda direttrice del nuovo diritto fallimentare: l'alternativa tra procedure di gestione e di prevenzioni della crisi di impresa.

Questa tendenza della materia fallimentare è tuttavia solamente accennata¹⁴ dal legislatore, come risulta dalla mancata graduazione della tutela della continuità aziendale tra la fase preconcordataria e concordataria, nonché degli effetti protettivi dell'*automatic stay*, che opera in ogni caso, indipendentemente dal contenuto¹⁵ del piano

¹² G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 393.

¹³ Secondo C.P. D'AIELLO, *Il concordato con riserva: una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, "Orizzonti del diritto commerciale"*, Roma, 21-22 febbraio 2014, il concordato con riserva è per l'appunto una procedura concorsuale "cautelare", in quanto «funzionale rispetto all'apertura (eventuale ed alternativa) di altre procedure, ma dotata di autonomi presupposti e connotati di "concorsualità"». Del resto afferma l'Autore che «la qualificazione di tale procedura "concorsuale" in chiave "cautelare" ne esprimerebbe l'attitudine ad imprimere un vincolo di destinazione "universale e generale" sul patrimonio del debitore, non immediatamente funzionale alla soddisfazione dei creditori o alla composizione della crisi d'impresa, bensì all'apertura di una successiva procedura (concorsuale o meno) a ciò devoluta, fallimento compreso». A me pare che l'inquadramento in senso cautelare del concordato con riserva, sia *de iure condito*, più aderente al dettato normativo e si ponga a metà strada tra la lettura dell'istituto in senso privatistico (Caterino) e collettivistico (Arato).

¹⁴ Particolarmente critico è F. LAMANNA, *Il cd. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale il legislatore rivela «un modo tanto ottimistico, quanto rozzo di regolare le misure di risoluzione della crisi». Egli da un lato ritiene la previsione utile, in quanto diretta a colmare del diritto concorsuale, dall'altro sottolinea come «l'*automatic stay* che accompagna ora la possibilità di presentare il concordato preventivo con riserva è, dunque beneficio che, di per sé, non sostituisce l'effetto incentivante delle misure di allerta, e probabilmente in larga misura andrà a vantaggio di imprese ormai decotte, non essendo prevista alcuna modalità di selezione delle imprese beneficiarie». Conclude dunque che il legislatore avrebbe dovuto introdurre una disciplina generale delle misure d'allerta, effettivamente idonee a garantire la tempestiva emersione dello stato di crisi.

¹⁵ Nel nostro ordinamento l'*automatic stay* non è concepito come un istituto premiale per la predisposizione di un piano che garantisca la continuità aziendale. Nell'ordinamento francese, invece, *la procédure de sauvegarde* garantisce l'*automatic stay*, in quanto il piano predisposto dall'imprenditore preveda la continuità anche solo di una parte dell'attività imprenditoriale, pena l'immediata conversione nella procedura in *redressement judiciaire* (o di *liquidation judiciaire*). Se ne ricava che il concordato in bianco vira più verso il modello statunitense, che fa dell'*automatic stay* lo standard di accesso alle procedure anticrisi, senza tuttavia prevederne gli adeguati contrappesi.

(anche liquidatorio) e dallo stato di avanzamento della crisi d'impresa¹⁶, a partire dalla pubblicazione del ricorso.

3. Con il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, il *dies a quo dell'automatic stay* viene posticipato alla data di pubblicazione¹⁷ del ricorso nel Registro delle Imprese e non più di presentazione del ricorso¹⁸, di cui agli artt. 168 e 184, nonché 161 l.fall, come già era per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Del resto, se i creditori sono coloro che maggiormente subiscono gli effetti del divieto di esercitare azioni esecutive e cautelari, appare logico che l'*automatic stay* abbia inizio dal momento in cui possono avere conoscenza del ricorso, ossia dalla data della sua pubblicazione. Questa opzione legislativa si pone a maggior garanzia dei creditori, ma non sempre la tutela del ceto creditorio collima con la salvaguardia della continuità aziendale. L'introduzione del silenzio-assenso¹⁹ come regola per la formazione della maggioranza ai fini dell'approvazione della proposta concordataria fa dei creditori disinteressati a partecipare alla relativa adunanza l'ago della bilancia per l'approvazione della proposta concordataria²⁰. Si rileva da un lato, come la preferenza delle scelte concordatarie sia sempre meno concordata e sempre più automatizzata²¹, così da piegare gli istituti concorsuali c.d. "minori" al raggiungimento di obiettivi di politica economica; dall'altro come la norma sia volta a responsabilizzare il ceto creditorio. In compenso il

¹⁶ Il fatto che il beneficio dell'*automatic stay* sia concesso senza prevedere alcun meccanismo di selezione tra imprenditori in crisi e decotti, rende realistica la possibilità di comportamenti opportunistici e l'istituto inefficace ai fini della rapida emersione della crisi, contrariamente all'intenzione del legislatore. Questo aspetto sarà approfondito nel paragrafo successivo.

¹⁷ Secondo M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, «il che fa riproporre il tema di una efficacia pubblicitaria rispetto ad imprese non iscritte e tuttavia legittime aspiranti al concordato perché l'irregolarità non è più requisito ostativo».

¹⁸ Sebbene la rubrica dell'art. 168 l.fall reciti ancora "Effetti della presentazione del ricorso", il legislatore ha eliminato il difetto di coordinazione tra gli artt. 168 e 184 l.fall. La prima norma infatti, prevedeva che l'inibitoria delle azioni esecutive iniziasse dalla data di presentazione del ricorso; la seconda che gli effetti per i creditori operassero dal decreto di apertura della procedura di concordato.

¹⁹ Il nuovo quarto comma dell'art. 178 l.fall, relativo alle "Adesioni alla proposta di concordato" dispone come segue. "I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza, si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti. Le manifestazioni di dissenso e gli assensi, anche presunti a norma del presente comma, sono annotati dal cancelliere in calce al verbale".

²⁰ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it.

²¹ Si tenga presente che lo sbilanciamento a discapito dei creditori dovuto all'estensione della regola del silenzio-assenso, originariamente applicabile al solo concordato fallimentare, è stata ridimensionata in sede di conversione del Decreto Sviluppo. La legge 7 agosto 2012, n. 134, ha aggiunto infatti, un secondo comma all'art. 179 l.fall per rendere più aderente il voto al mutamento delle condizioni di fattibilità del piano. Dispone la norma che "quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto".

legislatore ha rafforzato la posizione delle minoranze creditorie in sede di omologazione, permettendo di formulare contestazioni, non solo al singolo creditore appartenente alla classe dissenziente, ma anche, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, ai creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, ai sensi del quarto comma dell'art. 180 l.fall, come modificato dal Decreto Sviluppo.

Il legislatore ha infine introdotto una disposizione volta a disinnescare la corsa dei creditori dell'imprenditore in crisi a costituirsi cause legittime di prelazione, disponendo l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato, delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese.

4. La previsione del nuovo art. 169-bis l.fall, finalmente disciplina²² i contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo, colmando una lacuna²³ della materia concordataria. La norma pone come regola²⁴ generale la continuazione dei contratti pendenti. Prevede infatti, la possibilità per l'imprenditore di chiedere lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso, previa adozione del decreto di ammissione alla procedura concordataria, di cui all'art. 161 l.fall. Probabilmente questa è la norma che più di tutte enfatizza la connessione tra *favor concordati* e continuità aziendale, perché condiziona la richiesta di autorizzazione al giudice delegato per liberarsi dei contratti disfunzionali²⁵ alla prosecuzione dell'attività,

²² “Art. 169-bis (Contratti in corso di esecuzione). 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.

In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72 ter e 80 primo comma”.

Si tenga conto del fatto che la disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo è frammentata in più norme, come si evince dal richiamo all'art. 186-bis l.fall, di cui al terzo comma dell'art.169-bis della stessa legge.

²³ In assenza di una disciplina ad hoc, da tempo si era aperto un dibattito tra gli interpreti. Si discuteva se dovesse trovare applicazione, in via analogica, il regime fallimentare (art.72 ss. l.fall); se la prosecuzione dei contratti fosse la regola oppure se fosse da considerarsi atto di straordinaria amministrazione, tale da richiedere l'autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 167 l.fall.

²⁴ Scrive F. LAMANNA, *Il cd. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, «Finora si riteneva per lo più che il concordato preventivo non influisse sui contratti pendenti, che dovevano quindi proseguire in base al principio *pacta sunt servanda*».

²⁵ Alcuni autori rilevano che il giudizio sulla funzionalità del contratto alla prosecuzione dell'attività d'impresa, è un giudizio di convenienza che non può prescindere dalla predisposizione di un piano concordatario. Hanno quindi concluso per l'inapplicabilità della disciplina al concordato in bianco. L'interpretazione sembra supportata dal fatto che l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, ex art. 169-bis, comma 1, viene rilasciata dal giudice delegato, che è nominato con decreto

all'ammissione alla procedura concordataria. La stessa norma prevede inoltre, che il debitore può essere autorizzato alla sospensione dei contratti in corso, per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Verosimilmente questa disposizione troverà applicazione quando l'imprenditore in crisi abbia avanzato una domanda di concordato con riserva. Difficilmente infatti, il giudice autorizzerà lo scioglimento del contratto senza una preventiva e almeno sommaria *disclosure* sul piano.

Il contraente *in bonis* ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno per mancato adempimento. La pretesa creditoria è tuttavia soddisfatta come credito anteriore al concordato, e quindi di tipo concorsuale²⁶.

La disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo non si applica ai rapporti di lavoro subordinato, al contratto preliminare di vendita, al contratto di finanziamento destinato a uno specifico affare, al contratto di locazione di immobili.

5. I crediti prededucibili, ai sensi dell'art. 184-*quater* l.fall, come modificato dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del Decreto Sviluppo e le "disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo", secondo la rubrica del nuovo art. 182-*quinquies* l.fall.

E' ben noto infatti, come l'accesso alla nuova finanza sia un elemento cruciale e imprescindibile per qualsiasi operazione di ristrutturazione. Altrettanto noto è come il legislatore si serva della prededucibilità per incentivare il gettito di finanziamenti alle imprese in crisi.

Se l'art. 182-*quater* l.fall, disciplina i finanziamenti funzionali all'esecuzione del piano e alla presentazione della domanda concordataria, l'art. 182-*quinquies* l.fall, dispone per i finanziamenti erogati nel periodo interinale, che va dalla presentazione della domanda all'ammissione alla procedura. Questi ultimi infatti, prima dell'intervento del Decreto Sviluppo, non godevano di una via preferenziale ed erano privi di disciplina.

di ammissione alla procedura di cui all'art. 163 l.fall. Nella fase che precede lo scioglimento della riserva, si sottolinea come operi il tribunale e non ancora il giudice delegato. *Contra* M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it.

²⁶ Si adotta una soluzione analoga a quella prevista dall'art. 72 l.fall. nella disciplina dei contratti pendenti nel fallimento. Per l'ipotesi di scioglimento infatti, il contraente *in bonis* ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento.

Ante riforma, non potendosi applicare in via analogica le disposizioni in tema di indennizzo *ex* artt. 79 e ss. l.fall, il credito risarcitorio del contraente *in bonis*, che sorgeva in occasione della procedura di concordato, sarebbe stato prededucibile, con grave pregiudizio della par condicio, andando a gravare sui creditori concorsuali.

In primo luogo, è stata resa omogenea la categoria dei potenziali finanziatori²⁷, poiché la prededucibilità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.fall, si applica ai finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione. In secondo luogo, sono parificati ai suddetti crediti anche i c.d finanziamenti ponte, erogati anteriormente alla pubblicazione della domanda di concordato nel Registro delle Imprese o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, a condizione che i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art. 160 l.fall o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededucazione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato. In ultima analisi, sono considerati prededucibili anche i finanziamenti dei soci, ma solo fino all'ottanta per cento del loro ammontare, salvo che l'acquisizione della qualità di socio derivi dall'esecuzione del piano concordatario, come prevede il terzo comma dell'art. 182-*quater* l.fall.

Con il nuovo art. 182-*quinquies* l.fall. il legislatore ha colmato una lacuna del diritto fallimentare, prevedendo una disciplina del mercato dei finanziamenti alle imprese in crisi, nel periodo interinale, che intercorre tra la richiesta di accesso alla procedura preconcordataria e l'ammissione al concordato. Così la norma prevede che il debitore che presenta, anche ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, primo comma, l.fall, o una proposta di accordo ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma 6, l.fall, possa chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.fall, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), l.fall, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori²⁸.

Mentre i commi 4 e 5, dell'art. 182-*quinquies* l.fall, prevedono che "Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'art. 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di

²⁷ Ante riforma la disciplina in questione si applicava ai soli finanziatori bancari.

²⁸ Scrive E. BERTACCHINI, *Crisi di impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. Dalla l. 7 agosto 2012, n.134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 347, «In tal modo si ribadisce che la continuità aziendale non è un valore in sé, ma soltanto in quanto strumentale alla soddisfazione dell'interesse del ceto creditorio».

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 dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per i pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'art. 182-*bis*, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quarto comma, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'art. 67”.

A tutela dei finanziamenti strumentali alla continuazione dell'attività d'impresa, il legislatore è intervenuto anche sotto il profilo penalistico, estendendo le esenzioni dei reati di bancarotta, *ex art. 217-bis*²⁹ l.fall, ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182-*quinquies* l.fall.

6. La norma di cui al nuovo art. 182-*sexies* l.fall. E' direttamente ispirata a preservare la continuità aziendale in quanto esclude l'operatività della causa di scioglimento della società per perdita o riduzione del capitale sociale in caso di presentazione della domanda concordataria, ordinaria o in bianco, della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione ovvero della proposta di accordo di cui al sesto comma dell'art. 182-*bis* l.fall, e sino all'omologazione non si applicano gli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per la riduzione o la perdita del capitale sociale, di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* del codice civile.

Resta ferma l'applicabilità dell'art. 2486 del codice civile, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta, che pone a carico degli amministratori l'obbligo di porre in essere i soli atti conservativi.

²⁹ La norma è stata successivamente rimaneggiata dall'art. 18 del d.l 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

7. La modifica dell'art. 182-*bis* l.fall, per rendere più attraente³⁰ l'accordo di ristrutturazione garantendo l'integrale³¹, non più regolare, pagamento dei creditori non concordatari, e per giunta nel rispetto dei seguenti termini: a) entro cento venti giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro cento venti giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione. La disciplina originaria che inibisce per sessanta giorni dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese, l'esercizio delle azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore è stata confermata, ma in aggiunta ora si prevede l'impossibilità di acquistare titoli di prelazione se non concordati, sempreché l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti e un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), documenti la veridicità dei dati aziendali³² e l'attuabilità dell'accordo.

Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, di cui al terzo comma, può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, secondo quanto già previsto dal sesto comma dell'art. 182-*bis* l.fall.

Il legislatore del 2012 ha previsto una disciplina di *consecutio*³³ tra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, aggiungendo un comma ottavo all'art. 182-*bis* l.fall, che dispone la conservazione degli effetti protettivi dall'esercizio delle azioni esecutive di cui al terzo comma dello stesso articolo, anche quando alla scadenza del termine assegnato dal giudice faccia seguito la pubblicazione di una domanda di

³⁰ Tale prerogativa è messa oggi fortemente in discussione da un concordato preventivo che M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, definisce "onnivoro", in quanto reso particolarmente competitivo dalla possibilità di presentare una domanda in bianco, cui seguono gli effetti di *automatic stay*. La recente riforma ha reso i confini tra questi due istituti del diritto concorsuale più sfumati e labili, considerato che l'accesso agli accordi di ristrutturazione può avvenire attraverso la presentazione di una domanda in bianco, sufficiente a garantire l'*automatic stay* con conservazione degli effetti fino all'omologa.

³¹ In questo modo si permette al debitore di soddisfare i creditori estranei non necessariamente con regolarità cronologica, purché integralmente ed entro quattro mesi dall'omologazione se scaduti, o comunque alla scadenza. Secondo F. LAMANNA la norma che prevede la possibilità di dilazionare il pagamento è inconciliabile con la presunta natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione, che si confermano in qualità di procedure concorsuali. Alla stessa conclusione arriva M. FABIANI, per cui il grimaldello per scardinare la tesi, secondo la quale gli accordi di ristrutturazione si pongono fuori dal perimetro delle procedure concorsuali, è invece l'art. 182-*quinqies*, l.fall. Infatti, la necessità che il debitore sia autorizzato ad effettuare il pagamento dei creditori anteriori, in relazione a prestazioni decisive per la prosecuzione dell'attività, mal si concilia con il concetto di libertà contrattuale.

³² L'ambito oggettivo della relazione del professionista prima della riforma era limitato esclusivamente all'attuabilità dell'accordo.

³³ M. FABIANI, La "*passerella*" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, in www.ilcaso.it.

concordato preventivo³⁴. Questa interscambiabilità tra concordato preventivo e accordo di ristrutturazione è prevista anche al sesto comma dell'art. 161 l.fall³⁵.

A completare il quadro della nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione si pone poi l'art. 182-*quinquies* l.fall, che permette al debitore che abbia presentato un accordo o un preaccordo, di chiedere al tribunale l'autorizzazione ad effettuare i pagamenti in favore dei creditori anteriori, che forniscano prestazioni decisive per la prosecuzione dell'attività, quando vi sia un'utilità certificata da un professionista.

8. Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare. All'art. 67 l.fall è stata prevista un'ulteriore restrizione³⁶ dell'ambito applicativo della revocatoria fallimentare che dopo il Decreto Sviluppo non può colpire gli immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio. Anche qui il legislatore è intervenuto a tutela della continuità aziendale. In sede di conversione è stata poi disciplinata al secondo comma³⁷ dell'art. 69-*bis* l.fall, un profilo di consecuzione tra procedure, prevedendo che, ove la domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i periodi sospetti decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel Registro delle Imprese.

Coerentemente con l'introduzione di misure dirette a rendere più appetibile e tempestiva la scelta concordataria, si assiste ad un potenziamento delle prerogative

³⁴ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, nota che «se si congiungono i circa novanta giorni di cui il debitore si può giovare con il deposito dell'istanza di sospensione con i (fino a) centottanta giorni della cd. "domanda in bianco", si avverte che si può giungere fino a duecentosettanta giorni senza che i creditori possano interloquire sulle iniziative del debitore (salvo che per la fase interinale nel procedimento cautelare dell'art. 182-*bis* l.fall.). Il che pare francamente un po' troppo, al punto che qualcuno potrebbe anche dubitare della costituzionalità del combinato disposto degli artt. 182 *bis* ult.comma e 161 ult.comma l.fall., per violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (art.24 Cost).». Dello stesso parere G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fallimento*, 2013 e F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁵ Nello stesso termine assegnato dal giudice per la presentazione del piano e della proposta a completamento della domanda di concordato in bianco, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182 *bis*, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo.

³⁶ Tale intervento è salutato con favore da M. FABIANI, *"Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l 83/2012 e sulla legge di conversione)"*, in www.ilcaso.it ; *contra* G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fallimento*, 2013. L'Autore critica il continuo estendersi delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare e la conseguente disparità di trattamento per coloro che continuano ad esserne assoggettati.

³⁷ Aggiunta dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, la norma è stata inserita per evitare che la domanda di concordato, specie se in bianco, venga usata per sterilizzare il periodo sospetto, ponendo il debitore al riparo dalla revocatoria fallimentare.

dell'imprenditore in crisi, non senza prevedere adeguate garanzie e contrappesi, di cui sono protagoniste figure³⁸ indipendenti e di controllo. Sicché, altro filone³⁹ dell'ondata riformatrice può essere considerato quello della responsabilizzazione del professionista. In questo senso il Decreto Sviluppo ha sostituito la lettera d) del terzo comma dell'art. 67 l.fall, prevedendo ora che il professionista attestatore debba essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lettere a) e b) l.fall, iscritto nel Registro dei Revisori legali, indipendente, nonché designato dall'imprenditore⁴⁰. L'indipendenza si riscontra: se il professionista non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne il giudizio; se non vi è stato legato nei cinque anni precedenti, neanche per il tramite di soggetti da cui è unito in associazione professionale; se è in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile.

Tra le competenze del professionista è stata generalizzata la verifica sulla fattibilità⁴¹ del piano attestato e veridicità dei dati aziendali⁴², che era originariamente prevista solo

³⁸ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, evidenzia come il professionista attestatore non sia né un consulente tecnico d'ufficio né un consulente tecnico di parte, benché designato dal debitore, per via della sua indipendenza. Potrebbe invece qualificarsi come testimone tecnico, «figura da noi sconosciuta, ma per nulla ignota al mondo anglosassone».

³⁹S. AMBROSINI, *Appunti flash per una miniriforma del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it. L'Autore individua come prima linea direttrice della auspicata riforma proprio «l'indipendenza dell'esperto attestatore e la disciplina della sua responsabilità penale».

⁴⁰ Parte della dottrina rileva come la competenza dell'imprenditore nella nomina del professionista ne pregiudichi l'effettiva indipendenza. In tal senso si veda E. BERTACCHINI, *Crisi di impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. Dalla l. 7 agosto 2012, n.134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 315. L'autrice sottolinea come sarebbe stato più opportuno affidare la nomina al tribunale; G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fallimento*, 2013 p. 9, preferisce «l'ipotesi di un albo speciale, nel quale i professionisti che eseguono l'attestazione potrebbero essere inclusi, previo esame dei requisiti tecnici e di indipendenza, e la nomina da parte del giudice, sia pure a seguito di istanza dell'imprenditore».

⁴¹ Il concetto di attuabilità è stato del resto, del tutto uniformato a quello di fattibilità. Rileva F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo, primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, che: «entrambi i termini sono infatti tributari dell'unitaria nozione anglosassone di *feasibility*».

⁴² «L'innovazione elimina quindi un incongruo divario di discipline così rendendo omogenea l'attività dell'attestatore ed eliminando incertezze applicative e teoriche di cui hanno cercato di profittare imprese non perfettamente in regola con i conti o professionisti attestatori che intendevano sottrarsi alla responsabilità conseguente a false o inesatte o omissive attestazioni sulla veridicità dei dati contabili», così F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo, primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 2012, p. 4. Tuttavia, G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fallimento*, 2013, rileva come «l'effettiva prestazione che può essere richiesta oggi al professionista [...], non è più inquadrabile in un controllo contabile e gestionale limitato ad un'organizzazione produttiva, ma si espande a dismisura, esigendo necessariamente l'intervento di uomini e di mezzi di vasta portata. Stabilire che un professionista adempia un incarico di attestazione di personale conoscenza della veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano concernente qualsiasi gruppo imprenditoriale ed al contempo sanzionarne gravemente e penalmente l'omissione, è inconcepibile oltre che scarsamente incentivante».

per il concordato preventivo. Il ruolo del professionista, completamente ridisegnato dalla recente riforma, non si esaurisce nella fase di ammissione alle procedure concordatarie, ma prosegue nell'iter procedimentale, in ausilio dell'autorità giudicante. Non solo il nuovo art. 161 l.fall prevede che una nuova attestazione vada formata in caso di sostanziale modifica della proposta o del piano, ma le attestazioni saranno richieste anche in corso di procedura e in funzione del compimento di determinate attività.

Le nuove regole di indipendenza si applicano ai piani attestati, al piano concordatario ex art. 161, terzo comma, l.fall e agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis, sesto comma, l.fall, non senza perplessità sulle conseguenze che il difetto di indipendenza potrebbe avere sulla validità dei piani concordatari⁴³.

Per scoraggiare comportamenti opportunistici dell'esperto attestatore il legislatore ha introdotto con la riforma del 2012 la nuova fattispecie delittuosa di cui all'art. 236-bis l.fall, per il falso in attestazioni e relazioni. Dell'efficacia deterrente del nuovo illecito fallimentare dubita, tuttavia gran parte della dottrina⁴⁴ che ritiene più incisiva l'interdizione dall'esercizio dell'attività professionale.

In conclusione, la maggior parte delle novità introdotte dalla riforma del 2012 possono essere lette ai fini della salvaguardia della continuità aziendale, se non altro nel senso di relegare la prospettiva liquidatoria ad *extrema ratio* della disciplina concorsuale, mettendo a disposizione dell'imprenditore tutti i mezzi necessari per il superamento della crisi d'impresa, specialmente quelli che ne garantiscono la tempestiva emersione.

⁴³ La dottrina si interroga sugli effetti che la violazione delle regole di indipendenza del professionista potrebbero avere, non solo sulla revocabilità degli atti pregressi al fallimento, ma anche sulla stessa validità dei piani concordatari. E. BERTACCHINI, *Crisi di impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. Dalla l. 7 agosto 2012, n.134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, si chiede se la mancanza di indipendenza del professionista acclarata dal tribunale, comporti una semplice irregolarità ovvero l'inammissibilità della domanda di concordato o di omologazione dell'accordo.

⁴⁴ G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Fallimento*, 2013, p. 5; L.A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, p. 924; contrariamente M. FABIANI, in *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*", ritiene maturi i tempi per la previsione di una sanzione penalmente rilevante, sebbene contesti la tecnica legislativa per aver formulato in maniera indefinita la fattispecie fondata sull'omessa informazione di fatti rilevanti.

1.2 I rischi di abuso del diritto

Sicuramente interessanti le novità introdotte dal legislatore, non sono supportate da una riforma organica del diritto fallimentare. La mancanza di una chiara classificazione tra procedure di allerta⁴⁵ e di gestione della crisi di impresa, dissemina incertezza sulla tempistica e i presupposti di accesso alle procedure. Così, ad esempio, se il presupposto oggettivo per l'accesso al concordato preventivo è lo stato di crisi, questo non significa che l'imprenditore insolvente non possa accedervi⁴⁶, e lo farà a *fortiori* oggi, che può godere degli effetti dell'*automatic stay*. Un diritto fallimentare così congegnato, inevitabilmente presta il fianco ad abusi, indipendentemente dalla buona fede degli utenti.

Già la nozione di abuso del diritto rimanda ad una falla del sistema: se infatti si procede *contra legem*, si dovrebbe incorrere in una violazione (prima di ricorrere alla figura dell'abuso, bisognerebbe vagliare l'applicabilità dell'art. 173 l.fall). L'abuso del diritto richiama l'idea che il destinatario della norma giuridica stia compiendo un'attività permessa dall'ordinamento, ma che il legislatore non vuole si compia: un limite esterno all'esercizio di una libertà giuridica. In questa area grigia del "si può, ma non si deve", si colloca precisamente l'abuso del diritto.

Da più parti la dottrina rileva come il legislatore, tramite il preconcordato, abbia introdotto uno strumento che consenta la rapida emersione della crisi di impresa, con delle caratteristiche particolarmente accattivanti per l'imprenditore, mutate dalla procedura del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense.

Basta osservare che l'imprenditore potrà presentare un ricorso con una domanda redatta su un "foglietto" sostanzialmente vuoto e solo successivamente, entro un termine fissato dal giudice, compreso tra i due e i quattro mesi e per giunta prorogabile,

⁴⁵ A proposito della necessità di introdurre nell'ordinamento interno misure precisi, F. LAMANNA, *Criticità ed abusi del preconcordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi preconcordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto "Del Fare"*, in www.dirittobancario.it, riporta un interessante dato statistico, tratto da un'analisi condotta dall'Università di Brescia in accordo con la Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano, e da un centro studi nazionale. Risulta, infatti che, già tre anni prima la presentazione della domanda di concordato, 752 imprese su 865 in tutta Italia, per una percentuale pari ad 87, si trovano in una situazione di alta probabilità di fallimento, applicando la formula di Altman ($z\text{-score} < 1,8 = \text{probabilità di fallimento alta}$). «Il dato conferma che la principale ragione dell'insuccesso è il ritardo con cui si rende nota la crisi all'esterno e si cercano misure per superarla. Ciò va ricondotto alla nota mancanza nel nostro ordinamento di misure di allerta e prevenzione che invece sono ben note e rodiate in altri ordinamenti, come ad esempio la Francia».

⁴⁶ Prima della riforma del 2005, l'ammissibilità al concordato preventivo era condizionata dalla ricorrenza dello stato di insolvenza. Il fatto che lo stato di crisi ricomprenda lo stato di insolvenza è ora espressamente previsto dall'ultimo comma dell'art. 160, l.fall, introdotto dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 275, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51. Se ne ricava che i presupposti di accesso alle procedure del fallimento e del concordato preventivo potrebbero ben essere coincidenti.

in presenza di giustificati motivi, di altri due mesi, dovrà depositare il piano e la proposta concordataria. Il periodo di durata della riserva, può teoricamente arrivare a sei mesi. Ma nello stesso termine, in alternativa al piano concordatario, il debitore può presentare una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall. In quest'ultimo caso, la domanda farebbe scattare un termine di protezione aggiuntivo di ulteriori due mesi, se si procedesse direttamente come dice la norma. In maniera innovativa invece, il sesto comma dell'art. 161 l.fall dispone che gli effetti protettivi si conservano fino all'omologazione degli accordi di ristrutturazione, eliminando il rischio che l'omologa intervenga quando ormai sia venuto meno l'ombrello protettivo dell'*automatic stay*.

Secondo la genuina *voluntas legislatoris*, questo lasso di tempo, a partire dalla pubblicazione della domanda sul Registro delle Imprese, a riparo dalle azioni individuali dei creditori, dovrebbe garantire al debitore diligente libertà di azione per la predisposizione di un piano che tenti la salvezza dell'impresa. Ma la facilità di accesso alla procedura e i vantaggi⁴⁷ che ne derivano, inevitabilmente, attrarranno anche imprenditori ormai decotti.

Oltre che per la facilità di accesso alla procedura concordataria, eventuali abusi possono profilarsi per la possibilità di *consecutio* tra procedure, ossia nella pendenza di procedimenti precedentemente istaurati, per godere degli effetti protettivi⁴⁸. Per far fronte al pericolo di abusi, il legislatore del 2012, in sede di conversione del Decreto Sviluppo, ha introdotto alcuni plausibili rimedi.

Per quanto riguarda il primo profilo di criticità (la fase di accesso), ha disposto l'inammissibilità della domanda prenotativa ove il debitore, nei due anni precedenti, ne avesse già presentata una, ai sensi del sesto comma dell'art. 161 l.fall, alla quale non

⁴⁷ Il debitore, nel periodo interinale, può continuare a compiere atti di ordinaria amministrazione ed eventualmente, previa autorizzazione del Tribunale, atti di straordinaria amministrazione (settimo comma art. 161 l.fall), attivare nuovi finanziamenti (*ex primo* comma art. 182-*quinqies* l.fall), effettuare pagamenti di crediti anteriori (se si ritiene applicabile nella fase interinale il quarto comma dell'art. 182-*quinqies* l.fall), nonché optare per lo scioglimento o la sospensione dei contratti pendenti (*ex art. 169-bis* l.fall).

⁴⁸ La domanda di preconcordato, può essere presentata per determinare l'arresto della procedura prefallimentare in itinere. Recentemente la fattispecie è stata affrontata dal Tribunale di Forlì, 12 marzo 2013, e dal Tribunale fallimentare di Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, in www.ilcaso.it. In quest'ultimo caso il ricorso di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161, sesto comma l.fall, veniva presentato lo stesso giorno nel quale era fissata l'udienza per l'esame dell'istruttoria prefallimentare. In questa sede il ricorrente, non domandava il rigetto del ricorso prefallimentare, ma si limitava a chiedere la sospensione della procedura prefallimentare per l'effetto del coevo deposito del ricorso di concordato in bianco, deducendo la pregiudizialità di tale domanda rispetto al ricorso per la declaratoria di fallimento. La domanda con riserva viene dichiarata inammissibile per difetto dei presupposti di ammissibilità (nel caso di specie, infatti erano stati depositati i bilanci degli ultimi tre esercizi, non estratti dal registro delle imprese), nonché per abuso dello strumento concordatario.

abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Il legislatore non prende in considerazione l'ipotesi in cui la domanda con riserva segua a una domanda piena, ovvero a una richiesta di ammissione ad una procedura che presuppone uno stato più avanzato di crisi, come il fallimento. Nonostante l'astratta possibilità⁴⁹ di presentare una domanda prenotativa immediatamente dopo l'istanza di fallimento, parte della giurisprudenza ha interpretato estensivamente la norma di cui al nono comma dell'art. 161 l.fall, ritenendo inammissibile la domanda con riserva non solo nei casi di interruzione anticipata, ma anche qualora la domanda in bianco, faccia seguito ad una procedura cd. "maggiore" qual è il concordato preventivo o il fallimento, non giunta a compimento, nel biennio precedente.⁵⁰ Parte della dottrina⁵¹ parla allora di *consecutio*⁵²

⁴⁹ Così S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it che dimostrano come la rinuncia e la ripresentazione di una nuova domanda concordataria, completa della proposta e del piano non costituisce necessariamente abuso del procedimento. Da un lato, infatti, il debitore ricorrente ha la disponibilità della domanda fino all'omologazione della stessa, dall'altro «le ragioni che possono indurre il debitore a innescare il meccanismo che comporta, di fatto, il regresso dell'iter concordatario allo stadio iniziale, preferendolo alla "strada maestra" della modifica del piano e della proposta, sono molteplici». Infatti, «la legge non vieta la consecuzione tra *itineri* concordatari attraverso il meccanismo del ritiro del ricorso e della contestuale (ma logicamente successiva) presentazione di analoga iniziativa, il che, pertanto, deve ritenersi ammissibile, fatti salvi i limiti posti, da un lato, dal divieto di condotte abusive (di cui si dirà più diffusamente *infra*), dall'altro, dalla preclusione di cui all'art. 161, 9° comma, l. fall». *Contra*, F. LAMANNA, *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*, in www.ilfallimentarista.it; A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it.

⁵⁰ M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 170.

⁵¹ F. LAMANNA, *Possibilità di "consecutio" solo unidirezionale tra preconcordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, sottolinea che «gli artt. 161, comma 6, e 182-bis, comma 6, delineano un sistema in cui è configurabile una successione solo unidirezionale tra procedure: dalla minore (preconcordato o pre-accordo di ristrutturazione) alla maggiore (concordato o accordo di ristrutturazione), non invece una successione al contrario in senso bidirezionale». Dello stesso parere è E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, p. 439, per cui: «Per combattere gli *abusive serial filings* varrebbe a mio avviso la pena, anche nel nostro ordinamento di estendere la preclusione alla proposizione della domanda in bianco a chi abbia già domandato l'accesso, senza successo, ad altre procedure od accordi previsti nella legge fallimentare»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 52, scrive: «In questa situazione, l'art. 161, comma, 9 l.fall è quindi espressione di un principio generale secondo cui il debitore non deve disporre autonomamente dei tempi di composizione della propria crisi e, pertanto, l'applicazione di tale articolo non deve essere circoscritta alla sola fattispecie in esso prevista (vale a dire la reiterazione di una domanda di concordato preventivo in un periodo di 2 anni), ma anche a tutti gli altri casi formalmente diversi da quello in esso specificamente previsto nei quali, però, è presente la medesima esigenza di evitare comportamenti strumentali da parte dei debitori. In particolare, l'art. 161, comma 9, l.fall. dovrà trovare applicazione al caso, già affrontato in giurisprudenza, in cui il deposito di una domanda di concordato preventivo con riserva venga effettuata dopo l'esito negativo di una precedente procedura di concordato preventivo "definitiva" o nell'imminenza della pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato preventivo c.d. "definitiva" precedentemente depositata».

Questa interpretazione della norma a me pare in contraddizione con la disposizione di cui al successivo comma 10, dell'art. 161 l.fall, che presuppone la pendenza dell'istanza di fallimento, durante la proposizione della domanda di concordato in bianco. Non credo infatti, che il rischio di abuso sia

solo “unidirezionale” tra procedure. Di fatto, la tesi nega al debitore ogni possibilità di ripresentare una nuova proposta concordataria, anche quando vi siano *chances* per una soluzione alternativa e più vantaggiosa per i creditori. A noi pare che questa interpretazione, volta ad elidere il rischio di uso dello strumento concordatario per finalità dilatorie, pecca per eccesso, penalizzando anche quei debitori mossi da buoni propositi.

Se da un lato, non sembra si possa precludere all’imprenditore in stato di crisi di reiterare la domanda concordataria al fine di sottoporre ai creditori una nuova soluzione che superi i profili di inammissibilità⁵³, che viziano una sua precedente proposta o il mancato gradimento dei creditori espresso tramite un voto negativo, dall’altro consentire al debitore di proporre domande senza soluzione di continuità, gli permette di godere reiteratamente degli effetti prenotativi della presentazione del ricorso, *ex art.* 168 l.fall, e avalla un uso abusivo della procedura.

maggiore quando nei due anni precedenti sia stata presentata una istanza di fallimento o di concordato rimasta incompiuta. In sintesi: perché il legislatore dovrebbe consentire la *consecutio* tra procedure nella pendenza dell’istanza di fallimento e ritenere inammissibile la domanda in bianco, quando il procedimento fallimentare o concordatario ordinario sia stato abortito nei due anni precedenti la presentazione della domanda di concordato con riserva? Come ulteriore argomentazione si consideri che il legislatore, così attento a coordinare la disciplina del concordato in bianco con quella degli accordi di ristrutturazione, tanto da prevedere la cd. passerella reciproca, non ha introdotto alcuna norma che, dopo la domanda di inibitoria *ex art.* 182-*bis* l.fall, alla quale non abbia fatto seguito la presentazione di un accordo di ristrutturazione o la sua omologazione, vieti la proposizione della domanda concordataria in bianco, e viceversa. Mi pare quindi più conforme al disposto normativo ritenere che il comma nono, regoli tra le condizioni di ammissibilità, i rapporti tra procedure della stessa natura, e il comma successivo l’ipotesi di *consecutio* tra fallimento e concordato con riserva. Del resto, se per il comma 10 si può passare da un’istanza di fallimento a una domanda di concordato con riserva, a fortiori quando la procedura fallimentare e quindi maggiore, sia rimasta paralizzata, nei due anni che precedono la presentazione della domanda con riserva.

Nella sentenza del tribunale di Forlì del 12 marzo 2012, commentata da A. PENTA, *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Fallimento*, 2014, p. 99, si accoglie l’interpretazione restrittiva, disponendo che “per espressa indicazione del legislatore, una domanda di concordato con riserva è inammissibile solo qualora sia stata preceduta da un’altra domanda di concordato con riserva presentata con esito infruttuoso, ma non quando segua una domanda concordataria che abbia palesato fin dall’origine il proprio contenuto”. Della stessa idea G.B. NARDECCHIA, *L’inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 958.

⁵² Come scrive M. FABIANI, *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, il fenomeno della “consecuzione” tra procedure concorsuali si verifica quando «determinati effetti prodotti in una procedura si diffondono anche in un’altra, sia in avanti (è il caso della prededuzione), sia a ritroso (è il caso della revocatoria)». Invero, ai sensi del nono comma dell’art. 161 l.fall, il presupposto dell’inammissibilità della domanda in bianco è l’apertura del medesimo procedimento rimasto incompiuto, nei due anni precedenti. La norma non ha nulla a che fare con la *consecutio*.

⁵³ A favore della considerazione, milita il nuovo secondo comma dell’art. 179 l.fall, introdotto dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 per il quale il mutamento delle condizioni di fattibilità, anche dopo l’approvazione del concordato, deve costituire oggetto di comunicazione ai creditori dal parte del commissario giudiziale. Ma, come ha specificato la Corte di Appello di Firenze, con sentenza del 10 febbraio 2014, l’ipotesi ricomprende anche il caso in cui la proposta cambi *in melius*, non solo *in peius*.

Il contemperamento di queste due opposte esigenze deve essere trovato verificando se la nuova proposta concordataria abbia come unico intento, quello di procrastinare indebitamente l'esame della domanda di fallimento tramite l'abuso dello strumento concordatario, ovvero corrisponda ad un effettivo interesse ad agire dell'imprenditore, al fine di sottoporre di nuovo al consesso dei creditori una domanda che abbia carattere di originalità.

In secondo luogo, la legge di conversione⁵⁴ ha altresì previsto, all'ultimo comma dello stesso art. 161 l.fall, che il termine per lo scioglimento della riserva debba essere di soli sessanta giorni, prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di ulteriori sessanta, qualora sia pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento. Secondo il tenore letterale della norma, non sembra che il tribunale possa rigettare la concessione del termine minimo⁵⁵, potendo invece decidere sulla concessione della proroga, previa richiesta dell'istante. Il debitore, allora vanterebbe una sorta di diritto al rinvio dell'istruttoria fallimentare, indipendentemente da una valutazione sul corretto uso dell'istituto, non potendo il tribunale esprimere alcun giudizio sulla natura meramente dilatoria e strumentale della domanda prenotativa. Questa lettura della norma, come rilevano alcuni autori⁵⁶, esalta il pericolo della surrettizia reintroduzione di una pregiudizialità necessaria tra le procedure, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Pericolo sventato dalla giurisprudenza di legittimità che, nella sentenza 24 ottobre 2012, n.18190⁵⁷, ha sostanzialmente sancito il superamento del criterio della prevenzione, che

⁵⁴ I commi nono e decimo, dell'art. 161 l.fall sono stati entrambi aggiunti dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 che ha convertito con modificazioni il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, con l'intento di limitare i possibili abusi della nuova domanda in bianco.

⁵⁵ Per ridurre ulteriormente il termine a disposizione del debitore, particolarmente ingegnosa appare la proposta interpretativa di G.B NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 960 e ss. L'Autore, sfruttando la lacuna normativa relativa all'esatta individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine, afferma che debba decorrere, non dal decreto di fissazione, quando dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, qualora sia pendente l'istanza di fallimento. «Soluzione rigorosa che può determinare un effetto virtuoso sui debitori, imponendo ad essi un'adeguata attività preparatoria precedente il deposito della domanda con riserva». Invero anche altri aderiscono a questa ipotesi ricostruttiva, per una rassegna si veda V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1181, nt. 38.

⁵⁶ A. PENTA, *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Fallimento*, 2014, p. 99.

⁵⁷ Anche la più recente Cass. 11.06.2013, n.14684 in www.ilcaso.it, afferma che “tra le due procedure non v'è rapporto di pregiudizialità, ma un rapporto riconducibile, al contempo, ai fenomeni della pregiudizialità e dell'assorbimento, che determina una mera esigenza di coordinamento, sostanzialmente affidata alle tecniche organizzative del singolo ufficio giudiziario”. Salvo poi sostenere che “in caso di ammissione del debitore alla procedura minore e di contestuale presentazione di un'istanza di fallimento, l'unica soluzione alternativa alla cd. sospensione impropria sia quella di dichiarare detta domanda improcedibile, ai sensi dell'art.168 l.fall”.

imponesse il vaglio della soluzione concordataria prima del fallimento, come criterio rigido di coordinamento tra procedure.⁵⁸

Tuttavia, i correttivi introdotti in sede di conversione del Decreto Sviluppo, si sono dimostrati di scarsa efficacia, come si evince da un interessante indagine statistica condotta dal Tribunale di Milano sulle domande di concordato in bianco, presentate nel periodo che va dall'11 settembre 2012 al 31 dicembre 2013. Lo studio evidenzia che dei 134 ricorsi definiti nel suddetto periodo, quelli per i quali è stata depositata la proposta nel termine, sono stati 74. Questo significa che per il 41,37% dei ricorsi (ben 60 su 134 di quelli definiti), il piano concordatario o la domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, non è stato presentato in tempo. Verosimilmente queste domande con riserva saranno state presentate al solo scopo di inibire le azioni individuali dei creditori. Dei ricorsi per cui è stata presentata la proposta nei termini, quelli definiti con intervenuta ammissione, sono stati 51, di cui revocati 7.

In sostanza, i ricorsi con intervenuta ammissione non revocata, sono stati circa uno su tre, senza considerare l'accertamento sulla successiva omologazione, che in un certo numero di casi viene negata. Resta dimostrata la scarsa efficacia del concordato in bianco come strumento di prevenzione della crisi di impresa. Se questi dati si considerano unitamente a quelli che accertano il boom delle domande⁵⁹ concordatarie, rispetto al periodo antecedente alla riforma del 2012, se ne ricava che prevalentemente la domanda di concordato in bianco viene presentata, per ritardare il fallimento⁶⁰, anziché per predisporre un congruo piano concordatario.

⁵⁸ Sulla scia dell'orientamento delineato dalla Suprema Corte, particolarmente chiara appare la sentenza del tribunale di Nocera Inferiore del 21 novembre 2013, che qualifica il rapporto intercorrente tra istanza di fallimento e successiva domanda di concordato con riserva, come pregiudizialità logica, e non tecnica. Infatti, là dove il tribunale di merito sospenda l'istruttoria prefallimentare non di sospensione in senso tecnico si discorre, proprio perché non vi è rapporto di pregiudizialità dipendenza (Cass.1468/13), bensì di sospensione impropria volta a verificare l'ammissibilità della proposta concordataria. Di conseguenza non si tratta di riunione dei procedimenti in senso proprio, nel caso di contestuale pendenza tra le due procedure ma di una scelta dell'ufficio sulle modalità di trattazione dei procedimenti. Precisa ancora nel corso delle argomentazioni in diritto che non esiste un diritto automatico alla sospensione dell'istruttoria prefallimentare per effetto del deposito del ricorso per concordato preventivo, come confermato dalla giurisprudenza di legittimità. Tra la dottrina, E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, p. 441, nt. 78, per cui «Non si tratta, si badi, della sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. perché le caratteristiche del procedimento prodromico (processo camerale ed officioso) impediscono di ritenere ad esso applicabili gli istituti tipici del processo ordinario di cognizione».

⁵⁹ Secondo l'indagine statistica del Cerved Group tra l'entrata in vigore delle nuove norme e il 31 marzo (in circa sei mesi), sono state presentate 2.700 istanze, oltre il doppio dei concordati (con piano) presentati in tutto il 2012.

⁶⁰ Vedi nt. 48.

Allo scopo di contenere le domande concordatarie in bianco e di ridurre gli abusi, si è intervenuto nuovamente con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, a dimostrazione dell'incertezza di un legislatore poco attento ai risvolti pratici della materia concorsuale.

Parte della dottrina⁶¹ evidenzia tuttavia, che i correttivi introdotti sono destinati ad operare nel corso della procedura di concordato preventivo con riserva e non nella sua fase iniziale, sicché in fase di accesso alla procedura, il tribunale difetta comunque di efficaci poteri per contrastare il possibile ricorso abusivo al concordato preventivo con riserva. Come alcuni⁶² sottolineano, sarebbe stato sufficiente a ridimensionare le prerogative del debitore, che il legislatore concedesse ai creditori la possibilità di presentare un piano concordatario, come già è nell'ordinamento interno per il concordato fallimentare e per quello statunitense nella procedura di *Chapter 11*, a cui il concordato con riserva sicuramente si ispira. Infatti, in seguito all'iniziativa creditoria⁶³, la possibilità che gli esiti della procedura concordataria prendano una piega imprevedibile per il debitore, avrebbe sicuramente costituito un solido deterrente all'utilizzo abusivo dell'istituto.

Si deve infine aggiungere che, oltre al rischio di abuso dell'istituto, l'ampia possibilità di dilazionare i termini di pagamento, insieme all'inibitoria⁶⁴ delle azioni esecutive e cautelari, pregiudica a dismisura le ragioni dei creditori, tanto da porre seri dubbi di costituzionalità del combinato disposto degli artt. 161 e 182-*bis* l.fall, per violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

Se infatti, si considera che ora l'art. 182-*bis* l.fall, consente di pagare con dilazione di centoventi giorni dall'omologazione dell'accordo, anche i creditori estranei, si può verificare che si posticipino i pagamenti per un tempo superiore all'anno⁶⁵ (quattro mesi

⁶¹ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 25; A. PENTA, *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Fallimento*, 2014, p. 100, nt. 7.

⁶² E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, p. 440.

⁶³ La procedura di *Chapter 11* concede al debitore un periodo di tempo in cui egli ha il diritto esclusivo alla presentazione del piano. A fronte dell'inerzia del debitore, scaduto il termine, la possibilità di presentare il piano è estesa anche ai creditori e al *case trustee*.

⁶⁴ Per una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 168 e 161 comma 6, l.fall si veda P. FARINA, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Diritto Fallimentare*, 2013, parte I, p. 62.

⁶⁵ La recentissima Raccomandazione UE del 14 marzo 2014, n.135, prevede al punto 12) che "la durata della sospensione dovrebbe garantire un giusto equilibrio tra interessi del debitore e dei creditori, in particolare i creditori titolari di una garanzia. La durata della sospensione dovrebbe quindi essere stabilita in funzione della complessità delle misure di ristrutturazione previste e non dovrebbe superare i quattro mesi. Gli Stati membri possono autorizzare il rinnovo del termine, purché siano dimostrati i progressi dei negoziati sul piano di ristrutturazione. La durata totale della sospensione non può essere superiore a 12 mesi. Al punto 13) stabilisce inoltre, che debba essere revocata quando non sia più necessaria per facilitare l'adozione del piano di ristrutturazione.

per il deposito della domanda di omologa/piano concordatario + due di proroga + il tempo necessario per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione + quattro mesi di dilazione dall'omologa per pagare i crediti già scaduti).⁶⁶

Analogamente, se si procede con il concordato ordinario e si presenta un piano con le caratteristiche previste dall'art. 186-*bis* l.fall, la stessa norma prevede ora la possibilità di ritardare i pagamenti sino ad un anno dall'omologazione per i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

1.3 Le modifiche introdotte dal “Decreto del Fare” al concordato preventivo

Proprio il grande successo del concordato in bianco tra le procedure concorsuali, dovuto all'uso improprio dell'istituto, ha indotto il legislatore ad intervenire nuovamente per porre un freno alle pratiche abusive. Con il d.l 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, giunge (per ora) a termine la metamorfosi normativa dell'istituto concordatario. Qui di seguito, sia consentita una breve rassegna delle principali modifiche apportate al concordato preventivo dal 2005 a questa parte.

La prima significativa riforma del concordato preventivo è avvenuta con il d.l 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80 che ha previsto quale presupposto di accesso alla procedura concordataria, lo stato di crisi anziché d'insolvenza. La norma di cui all'art. 160 l.fall prevedeva che l'imprenditore in stato di crisi depositasse (a prescindere dall'iscrizione nel Registro delle Imprese, dal fatto che fosse o meno stato dichiarato fallito nei cinque anni precedenti la domanda

⁶⁶ Come rileva E. BERTACCHINI, *Crisi di impresa tra contraddizioni e giuridica “vaghezza”*. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. Dalla l. 7 agosto 2012, n.134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 333, considerato che le condizioni di accesso al concordato in bianco sono meno rigorose di quelle richieste per la presentazione di un preliminare accordo di ristrutturazione e che la disciplina della *consecutio* tra procedure prevede la conservazione degli effetti protettivi fino all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, è prevedibile che anche il debitore interessato a procedere ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall, trovi più conveniente presentare in prima battuta una domanda di concordato con riserva ed entro il termine assegnato dal giudice, una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”: legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, ritiene che il doppio binario vada salutato con favore, perché non solo la domanda in bianco può sfociare in un accordo di ristrutturazione ma, a norma dell'art. 182-*bis*, comma 8, l.fall, introdotto dal Decreto Sviluppo, alla domanda di inibitoria in virtù di un preaccordo di cui all'art. 182-*bis* comma 6, l.fall, può seguire con conservazione degli effetti, il deposito della domanda di concordato preventivo. Occorrerebbe tuttavia evitare che il doppio binario si trasformi in una illimitata possibilità di accedere senza successo agli strumenti di regolazione della crisi alternativi al fallimento.

concordataria, dall'eventualità che fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio), un piano capace di prevedere una delle seguenti possibilità: la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori, tramite qualsiasi forma, anche mediante la cessione dei beni, l'accollo, l'attribuzione ai creditori di partecipazioni, obbligazioni o altri strumenti finanziari; l'attribuzione dell'attività d'impresa ad un assunto; la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse. La stessa norma precisava poi che ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria, per stato di crisi si intendeva anche lo stato di insolvenza, secondo il terzo comma dell'art. 160 l.fall, introdotto con d.l 30 dicembre 2005, n. 275, convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51.

Contestualmente ai presupposti oggettivi di accesso alla procedura, il legislatore del 2005 ha modificato anche le condizioni di ammissibilità, di cui all'art. 161 l.fall. La domanda concordataria presupponeva una serie di adempimenti, tra cui: a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività, nonché un elenco nominativo dei creditori; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni. Infine era, ed è ancora richiesta, una relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario.

La seconda rilevante modifica si è avuta col d.lgs 12 settembre 2007, n. 169, il quale ha previsto che i creditori muniti di prelazione non venissero soddisfatti integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa legittima di prelazione.

Veniamo ora ai giorni nostri. Rispetto al primo comma dell'art. 161, il d.l 22 giugno 2012, n. 83 ha aggiunto una lettera e) che prescrive il deposito del piano contenente l'indicazione dei tempi e dei modi di adempimento della proposta concordataria, facendo così definitivamente chiarezza sulla nozione di domanda, proposta e piano, venuta in considerazione soprattutto per circoscrivere l'ambito oggettivo dei giudizi del professionista e dei creditori, rispetto alla fattibilità del piano, da un lato e alla convenienza della proposta, dall'altro. Tuttavia, in apparente controtendenza rispetto al primo comma dell'art. 161 l.fall, il sesto ammette che il creditore possa presentare una domanda con riserva, ossia un ricorso con cui chiede l'ammissione alla procedura

concordataria, riservandosi di depositare il piano e il resto della documentazione richiesta dal procedimento ordinario entro il termine fissato dal giudice, che va dai sessanta ai centoventi giorni, ovvero in alternativa, domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, con conservazione degli effetti fino all'omologazione. Nel caso in cui il piano concordatario o la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione non sia presentata nei termini, il ricorso viene dichiarato inammissibile, ai sensi dell'art. 162 l.fall.

Il nuovo settimo comma dell'art. 161 l.fall disciplina alcuni dei poteri del debitore fino all'adozione del decreto di ammissione alla procedura, di cui all'art. 163 l.fall. Il debitore può: previa autorizzazione del tribunale, compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione; atti di ordinaria amministrazione; ottenere finanziamenti prededucibili. È tuttavia obbligato ad adempiere agli obblighi informativi periodici, predisposti dal tribunale, ai sensi del comma ottavo, dell'art 161 l.fall.

Gli ultimi due commi, introdotti dalla legge di conversione del Decreto Sviluppo sono stati analizzati nel paragrafo precedente, al quale si rinvia.

A meno di un anno dalla riforma del 2012 il legislatore è intervenuto per attuare una stretta al concordato in bianco, con un'inversione di marcia, che si profilava già in sede di conversione⁶⁷ del Decreto Sviluppo. Si è ritenuto infatti, che la disciplina concordataria fosse sbilanciata a favore del debitore e che necessitasse di ulteriori contrappesi, così da indurre il debitore ad agire con maggiore oculatezza, nello spirito della norma. Con il "Decreto del Fare" si è operato, su tre fronti. In primo luogo sul piano degli obblighi informativi, sia nella fase iniziale di ammissione alla domanda concordataria, che nella fase cd. interinale. Secondariamente, istituzionalizzando la pratica, già rodada a livello giurisprudenziale⁶⁸, di un interlocutore stabile del tribunale, positivizzato nella figura del commissario giudiziale, che aiuti il giudice a valutare gli sbocchi procedurali nel limbo interinale. Infine, sono stati attribuiti al tribunale maggiori poteri di controllo e sanzionatori.

⁶⁷ Così pare dimostrato non solo dai commi nove e dieci dell'art. 161, l.fall, ma anche dall'aggiunta di un secondo comma all'art. 179 l.fall, in cui veniva in considerazione la figura del commissario giudiziale, già prima del Decreto del Fare. Con cognizione di causa allora, il legislatore del 2012 ha previsto che l'art. 33 del Decreto Sviluppo entrasse in vigore decorsi trenta giorni dalla data di pubblicazione della legge di conversione, sebbene in palese contrasto con i presupposti della decretazione d'urgenza.

⁶⁸ Nel silenzio della legge, i tribunali fallimentari erano già avvezzi alla nomina di un consulente tecnico d'ufficio. Questa pratica tuttavia, veniva in parte criticata non tanto perché non supportata da alcuna previsione normativa, quanto per il fatto che il tribunale disponendo la nomina, andava di fatto, ad aggiungere costi alla procedura.

Per quanto riguarda i nuovi oneri documentali, ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria, il debitore deve ora depositare l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti, oltre ai bilanci degli ultimi tre esercizi, già previsti dalla legislazione del 2012. Si tratta di un blando deterrente al confezionamento di ricorsi veloci, che tuttavia costituisce elemento utile per l'esercizio della facoltà del tribunale di sentire in ogni momento i creditori, i quali potrebbero venire convocati successivamente. L'inserimento del nuovo obbligo documentale è più che ragionevole, trattandosi di un dato di facile reperibilità e sempre nella disponibilità del debitore, come pure l'elenco dei titolari di cause legittime di prelazione che tuttavia non è stato escluso dalla riserva⁶⁹ neppure con il "Decreto del Fare". Si precisa inoltre, che l'inadempimento dell'obbligo in questione, costituisce causa d'inammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 162 l.fall.

Come contrappeso ai rilevanti vantaggi offerti dalla nuova disciplina del concordato con riserva, si è proceduto alla tipizzazione degli obblighi informativi, a garanzia di una maggiore trasparenza delle attività poste in essere dal debitore, finalizzati sia all'esercizio dei poteri autorizzatori del tribunale nella fase interinale, che alla valutazione della eventuale proposta concordataria, da parte dei creditori. In particolare, il comma ottavo dell'art. 161 l.fall, risolvendo alcune questioni interpretative riscontrate a livello giurisprudenziale, ha predisposto che gli obblighi informativi debbano essere adempiuti con cadenza almeno mensile, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, se nominato, e siano tali da ricomprendere il deposito di una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel Registro delle Imprese a cura del cancelliere. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'art. 162, commi secondo e terzo, l.fall, che dispone l'inammissibilità della proposta concordataria. Quando è nominato il commissario giudiziale, il debitore dovrà tenere a disposizione del commissario e del giudice i libri contabili, stante il richiamo al secondo comma dell'art. 170 l.fall. Ci si chiede se quest'obbligo sia prescritto sempre o solo nel caso di nomina del commissario giudiziale. Considerata la specificità dei soggetti ai quali è permesso prendere visione dei relativi documenti, è preferibile l'interpretazione

⁶⁹ La critica è avanzata da F. LAMANNA, *Criticità ed abusi del preconcordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi preconcordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto del Fare*, in www.diritto bancario.it; condivisa da M. POLLIO, P.P. PAPALEO, *La stretta sull'utilizzo del concordato in bianco introdotta dal Decreto del Fare*, in *Amministrazione e finanza*, 2013, p. 9. Del resto, i creditori assistiti da garanzia sono quelli maggiormente penalizzati dalla sospensione delle azioni esecutive e "cautelari" e a *fortiori* se ne dovrebbero conoscere i nominativi. Vedi nt. 65.

restrittiva, nonostante sembri utile che anche i creditori vengano a conoscenza delle scritture contabili, in mancanza di altre informazioni sul piano. Altro interrogativo attiene alla sanzione applicabile in caso di violazione del predetto obbligo. Le soluzioni possono essere due: ridurre il termine previsto per il deposito della proposta concordataria ovvero dichiarare improcedibile la domanda, qualora l'inosservanza venisse assimilata alla violazione degli obblighi di informazione, di cui al comma ottavo, dell'art. 161 l.fall.

Per quanto riguarda i poteri del giudice, si prevede che, sentito il debitore e l'eventuale commissario giudiziale, egli possa abbreviare il termine fissato con il decreto per lo scioglimento della riserva, quando l'attività compiuta dal debitore sia manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori ed ora, può procedere all'adozione del decreto che dichiara inammissibile la domanda concordataria, nelle ipotesi previste dall'art. 173 l.fall, quando faccia rapporto il commissario giudiziale, di cui è stata ammessa la nomina già prima della scadenza del termine giudiziale per il deposito del piano e della proposta, ovvero della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Prima della riforma del 2013 l'applicazione analogica dell'art. 173 l.fall, era stata ammessa dalla giurisprudenza⁷⁰ ma, a rigore, la norma prevede la revoca di un concordato già ammesso con decreto del tribunale, ipotesi impossibile da verificarsi nella fase interinale. Infine, il sesto comma dell'art. 161 l.fall, affida al giudice l'esercizio di un potere discrezionale per la nomina del commissario giudiziale, al quale spetterebbe agire per l'instaurazione del sub procedimento di cui all'art. 173 l.fall.

La misura più efficace tra quelle introdotte per scongiurare l'utilizzo abusivo dell'istituto è proprio l'istituzione della figura di un controllore. Con il decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'art. 163, secondo comma, n. 3, l.fall⁷¹. Il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte fraudolente previste dall'art. 173 l.fall, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del

⁷⁰ Secondo F. LAMANNA, in *Criticità ed abusi del preconcordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi preconcordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto del Fare*, in www.dirittobancario.it, «la legittimità di tale interpretazione analogica poteva peraltro considerarsi confermata dal fatto che lo stesso art.173 l.f viene reputato norma che fa semplice applicazione, in parte de qua, dei principi generali in tema di abuso del diritto, che la S. Corte a sua volta reputa utilizzabili anche in tema di concordato preventivo (e di preconcordato)».

⁷¹ Il commissario giudiziale dovrà quindi essere in possesso dei requisiti richiesti per la nomina del curatore fallimentare, di cui agli artt. 28 e 29 l.fall.

procedimento di cui all'art. 15 l.fall, verificata la sussistenza delle condotte stesse, può con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti, dichiarare il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile. La norma sembra affidare al giudice l'esercizio di un potere discrezionale relativamente alla nomina del commissario giudiziale. Ci si chiede allora quando il tribunale propenda per questa soluzione e quali siano i criteri sulla base dei quali potrà regolarsi. Probabilmente la nomina costituirà una prassi a discapito dei creditori, considerato l'aggravio dei costi procedurali che l'attività del commissario impone. Se poi, verosimilmente, il commissario giudiziale non limiterà la sua attività alla fase interinale, ma proseguirà nel corso della procedura, anche dopo l'adozione del decreto di ammissione, non è ben chiaro cosa avvenga qualora il debitore optasse per il deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione⁷². Infatti, tale figura sembra mal conciliarsi con una procedura che gran parte della dottrina⁷³ considera ancora non concorsuale.

Una volta nominato, il commissario giudiziale dovrà assolvere non solo gli obblighi di vigilanza previsti in via generale ed ordinaria dal primo comma dell'art. 167 l.fall, in relazione all'amministrazione dei beni da parte del debitore (obblighi di vigilanza che si esprimeranno poi, più in particolare, nella vigilanza ai fini della predisposizione della proposta definitiva, come previsto dall'ottavo comma ora modificato), ma anche ad un nuovo specifico obbligo: se accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'art. 173 l.fall, ossia atti di frode o atti soggetti ad autorizzazione e non autorizzati, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento prefallimentare di cui all'art. 15 l.fall, verificata l'effettiva sussistenza delle condotte censurate, potrà con decreto dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o richiesta del pubblico ministero, dichiarare il fallimento, una volta accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, l.fall.

1.4 L'autonomia istituzionale del concordato con riserva

Parte della dottrina ritiene che il concordato con riserva o in bianco non goda dell'autonomia istituzionale del "concordato ordinario", ma debba considerarsi un

⁷² Secondo una recente sentenza del Tribunale di Velletri del 20 marzo 2014, gli obblighi previsti dal tribunale nella fase interinale, si protraggono fino all'omologazione degli accordi di ristrutturazione, ivi compresa la nomina del commissario giudiziale.

⁷³ A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano*, in *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 144.

subprocedimento, una fase del concordato preventivo. Certamente il legislatore non ha voluto prendere posizione sul punto, disciplinando autonomamente questo nuovo strumento del diritto concorsuale, come ha fatto per il concordato in continuità aziendale, di cui all'art. 186-*bis* l.fall e ha lasciato il problema all'interprete. Del resto, dalla sistematicità ametodica con cui il legislatore è solito intervenire nella materia fallimentare, non è dato rilevare alcuna preferenza di opinioni sulla originalità degli istituti. Basta pensare che i piani attestati sono disciplinati in sede di revocatoria fallimentare. La metodologia è quindi un indizio poco probante dell'autonomia dell'istituto.

La questione è stata analizzata ai fini dell'applicazione dell'EIR (*European Insolvency Regulation*)⁷⁴, non è quindi priva di risvolti pratici⁷⁵. La definizione del problema, aiuterebbe a fare chiarezza sui poteri cognitivi⁷⁶ del giudice, ai fini dell'adozione del decreto che fissa il termine per lo scioglimento della riserva e sui rapporti intercorrenti tra la domanda concordataria e le altre procedure, durante la contestuale pendenza.

Con il concordato in bianco il legislatore ha operato un innesto, nella fase iniziale della procedura del concordato ordinario, che continua il suo iter "normale" a partire dal decreto di ammissione *ex art.* 163 l.fall ovvero sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, che procedono regolarmente dal deposito della domanda di omologazione. Questa fase introduttiva, che per ora definiremo preprocedurale, sembra godere tuttavia di una autonoma disciplina (sicuramente applicabili nella fase cd. interinale sono gli artt. 182-*quater* e *quinquies*, e secondo alcuni anche il nuovo art. 169-*bis* l.fall) e produrre i suoi effetti nei confronti del debitore a partire dal deposito del ricorso, come prevede l'art. 161 comma 7, l.fall.

⁷⁴ C.P. D'AIELLO, *Il concordato con riserva: una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale*, "Orizzonti del diritto commerciale", Roma, 21-22 febbraio 2014.

⁷⁵ Così il Tribunale di Pistoia, con decreto del 30 ottobre 2012, "La norma non definisce il nuovo istituto, ma si limita alla sua descrizione, lasciando aperta la via al suo inquadramento tassonomico: concordato con riserva, concordato in bianco, concordato al buio, concordato con prenotazione ecc. La questione non è meramente classificatoria, ma di sostanza visto che ciò che sembra non mutare nella varietà delle formule adottate, è l'appartenenza dell'istituto al genere "concordato" e la sua qualificazione in siffatti termini. E poiché *nomina sunt substantia rerum* se ne deduce una identità quanto ai presupposti e alla possibilità di estensione ed applicazione di meccanismi concordatari".

⁷⁶ Dall'inquadramento della novità normativa come fase endoprocedimentale del concordato ordinario, alcuni autori infatti, arrivano alla conclusione che il Tribunale, già prima della fissazione del termine, ben possa ed anzi debba effettuare una prima valutazione sulla sussistenza dei presupposti cui è subordinata l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo. Così V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1180.

Per valutare l'autonomia dell'istituto bisogna considerare due questioni. In primo luogo, se la domanda di "concordato con riserva" apra una procedura concorsuale e secondariamente, se si tratti di una procedura diversa dal concordato ordinario (la domanda con riserva è diversa dalla domanda di concordato ordinario? Fino a che punto la riserva può ricomprendere il contenuto della domanda senza svuotarla del tutto e modificarne i connotati?), ovvero costituisca una fase endoprocedimentale dello stesso. Chiarito il punto, analizzeremo la natura dell'istituto, nonché l'oggetto della domanda.

Se gli specifici effetti della procedura di preconcordato si esauriscono dove iniziano le procedure ordinarie (e le procedure ordinarie iniziano di fatto, con lo scioglimento della riserva, nonostante il disposto del comma 7 dell'art. 161 faccia presumere che ciò avvenga con l'ammissione al concordato preventivo *ex art. 163 l.fall*, eventualità affatto necessaria), non altrettanto chiaramente è possibile individuare il momento di apertura della procedura, essendo tre⁷⁷ le possibili alternative. Il deposito della domanda di preconcordato; la sua pubblicazione nel Registro delle Imprese; il decreto del tribunale che fissa il termine per il deposito del piano ovvero della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Ognuno dei suddetti momenti si caratterizza per la produzione di alcuni effetti. Infatti, il deposito della domanda limita la libertà di iniziativa del debitore, che potrà compiere atti di ordinaria amministrazione ma non atti urgenti di straordinaria amministrazione, senza la preventiva autorizzazione del tribunale e attribuisce a quest'ultimo la facoltà di assumere sommarie informazioni; la pubblicazione nel Registro delle Imprese della domanda con riserva determina per i creditori lo *stay* delle azioni esecutive e cautelari, nonché la sterilizzazione delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti mentre, il decreto che fissa il termine per lo scioglimento della riserva ammette "provvisoriamente" il candidato alla procedura, previa valutazione dei pur sommari presupposti di ammissibilità e segna, eventualmente, la nomina del commissario giudiziale.

Accogliendo la definizione⁷⁸ del regolamento CE n. 1346/2000, relativa al momento di apertura della procedura di insolvenza, si dovrebbe concludere che la procedura può

⁷⁷ Se ne potrebbe aggiungere una quarta, che individua l'apertura della procedura nell'adozione del decreto di ammissione *ex art. 163 l.fall*. Ma significherebbe negare le premessa da cui si è partiti e cioè che il decreto di ammissione segni la fine della specificità del concordato con riserva e l'inizio della procedura ordinaria. La premessa sembra avvalorata dal settimo comma dell'art. 161, per cui gli effetti del deposito si producono fino al decreto di cui all'art. 163, l.fall.

⁷⁸ Alla lett. f) dell'art. 2 del regolamento CE n. 1346/2000, si intende per "momento in cui è aperta la procedura di insolvenza", il momento in cui la decisione di apertura, sia essa definitiva o meno, comincia a produrre effetti.

dirsi aperta, proprio con il decreto in questione. Serve infatti la decisione di un giudice, sia essa definitiva o meno, sull'apertura (criterio della decisione giudiziale). La definizione è interessante perché ammette implicitamente che la procedura può ben dirsi aperta anche quando i suoi effetti siano provvisori, benché previa decisione sull'ammissibilità.

In questo caso, tuttavia, non si parla di ammissione con riserva⁷⁹ (provvisoria), ma di domanda con riserva, proprio perché a fronte di un controllo meramente formale dei presupposti di ammissione, il giudice non può esercitare alcun potere discrezionale e la sua decisione sarà piena rispetto al contenuto di un ricorso sostanzialmente vuoto. Anche nel concordato ordinario la procedura si considera aperta ben prima del decreto di ammissione. L'ipotesi va quindi esclusa: l'ammissione alla procedura, provvisoria o definitiva che sia, non ne segna l'apertura.

La definizione di diritto comunitario è tuttavia utile per capire come neppure il criterio della stabilità degli effetti sia determinante, per il legislatore, ai fini dell'apertura della procedura, potendo dirsi aperta anche provvisoriamente. Del resto, anche nel concordato ordinario, l'ammissione può sempre essere revocata e gli effetti prodotti *medio tempore* travolti, qualora si verifichi una delle condizioni di cui all'art. 173 l.fall.⁸⁰

Si potrebbe altresì considerare aperta la procedura a partire dalla produzione di effetti "esterni", ossia dall'iscrizione della domanda in bianco nel Registro delle Imprese⁸¹. Di

⁷⁹ Il fatto che il decreto del tribunale, che fissa il termine per lo scioglimento della riserva non presupponga una decisione sull'ammissione alla procedura concordataria, sembra confermato dalla lettera della legge. Infatti, l'art. 161, comma 6, l.fall, prevede che in mancanza di scioglimento della riserva si applichi l'art. 162, commi secondo e terzo, l.fall, (inammissibilità del ricorso), anziché l'art. 173, l.fall (revoca dell'ammissibilità per sopravvenuta mancanza delle condizioni di inammissibilità). In tal senso depone anche il comma 8 dello stesso art. 161, l.fall ove dispone l'applicazione dell'art. 162, commi secondo e terzo, per il caso di violazione degli obblighi informativi disposti con decreto del tribunale. L'alternativa dell'applicazione dell'art. 173 l.fall, avrebbe sicuramente legittimato l'autonomia della procedura. Infatti, alla domanda con riserva avrebbe fatto certamente seguito un'ammissione con riserva, e simmetricamente, alla domanda ordinaria, l'ammissione piena, *ex art.* 163, l.fall. Questa interpretazione vacilla proprio perché dopo il decreto di fissazione del termine il tribunale, può ancora dichiarare l'inammissibilità della domanda *ex art.* 161, comma 6, l.fall. Se ne ricava che anche per il concordato in bianco, l'ammissione al procedimento concordatario è unica e definitiva e avviene con il decreto *ex art.* 163 l.fall.

⁸⁰ Questa constatazione esclude l'indagine sul momento di caducazione degli effetti della procedura, quando per qualche motivo non possa più avere seguito (inammissibilità o revoca dell'ammissione). Infatti, se gli effetti restassero caducati *ex nunc*, allora la procedura li avrebbe prodotti stabilmente e ne resterebbe dimostrata l'apertura. Del resto, anche se gli effetti restassero caducati *ex tunc*, questo dipenderebbe dal fatto che si producono con riserva, ossia dal contenuto della domanda (non dal fatto che siano provvisori quanto condizionati).

⁸¹ In tal senso M. VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico-sistematiche della mini-riforma*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale dopo la riforma intervenuta con il Decreto del Fare, «sembra definitivamente sancito che la pubblicazione nel registro delle imprese della domanda segni *in toto* l'apertura della procedura concordataria. Non soltanto, infatti, il

fatto però, la disciplina della fase interinale, di cui all'art. 161, comma 7 l.fall si applica a partire dal deposito della domanda e la pubblicazione del ricorso, ai sensi del comma 5 dell'art. 161 l.fall, deve avvenire entro il giorno successivo al deposito dello stesso. Il lasso di tempo intercorrente tra deposito e pubblicazione è quindi estremamente ridotto, evitando il rischio che l'imprenditore possa compiere atti di ordinaria amministrazione, all'insaputa dei creditori.

In assenza di specifiche indicazioni del legislatore, non resta che accogliere il criterio cronologico, per cui *prior in tempore, potior in iure*. Si ritiene allora, che la procedura sia aperta dal compimento del primo atto produttivo di effetti, *id est* il deposito della domanda in bianco⁸². Del resto, da un lato l'attività del debitore entra nella sfera di

ricorso ex art. 161 l. fall., anche quando non sia accompagnato da piano, proposta e relazione attestatrice, determina tutti gli effetti tipici del concordato (apertura del concorso, protezione del patrimonio del debitore, possibilità per il debitore di porre in essere atti eccedenti l'ordinaria amministrazione solo se urgenti ed autorizzati dall'autorità giurisdizionale, non revocabilità degli atti e pagamenti legalmente autorizzati, inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti), ma è ora espressamente prevista la nomina immediata dell'organo di vigilanza e rappresentativo della massa dei creditori e l'anticipata applicazione delle norme di cui agli artt. 167 e 173 l. fall».

Contra, F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, scrive: «è da ritenersi che l'effetto protettivo della pubblicazione sul registro delle imprese sia condizionato alla effettiva pendenza della procedura, e che pertanto una pubblicità "anticipata" risulterebbe, da questo punto di vista, inefficace, almeno sino al momento dell'effettivo deposito».

⁸² Sul fatto che la domanda in bianco apra la procedura, se non sul momento di apertura, concorda la maggior parte della dottrina. Particolarmente chiaro, I. ARCURI, *L'andamento economico dell'impresa tra la presentazione del concordato con riserva e il deposito della proposta. Analisi e pronunciamenti dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, «Occorre anzitutto stabilire se, con il deposito del ricorso di pre-concordato si apra il concorso dei creditori non solo formalmente, come pare indubbio, ma anche sostanzialmente. Questo tema costituisce un capitolo del più ampio dibattito fra i sostenitori della tesi secondo la quale il suddetto deposito apre di fatto al procedura di concordato (**tesi sostanzialista**), rispetto a quelli che tendono ad equiparare il periodo interinale ad un periodo di mera osservazione, ulteriormente caratterizzante lo spossamento attenuato che si realizza con la procedura di concordato preventivo, senza però che da ciò conseguano particolari effetti ai fini del concorso (**tesi formalistica**). La conseguenza inevitabile di tali divergenti visioni è che nel primo caso l'inizio del concorso è collocato alla data in cui è presentato il concordato con riserva, mentre nel secondo caso il concorso parte, o meglio partirebbe, con la presentazione della proposta». Tra i "sostanzialisti": lo stesso I. ARCURI, *op. cit.*; G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 395, ove scrive «la domanda anticipata di concordato è vera domanda e, come tale, produce i suoi effetti tipici, indicati nell'art. 168 legge fallim, che ora sono subordinati alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese: il divieto di iniziare azioni esecutive e cautelari, nonché la previsione, di nuova introduzione della inefficacia, rispetto ai creditori anteriori al concordato, delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione.[...] Ma tra gli effetti della pubblicazione della domanda ve ne sono anche altri due di fondamentale rilievo: a) la circostanza che "dopo il deposito del ricorso" (e, quindi, se ne deduce anche dopo il ricorso per concordato con riserva) i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti *legalmente* compiuti sono prededucibili" (art. 161, comma 7); b) la circostanza che gli atti i pagamenti e le garanzie *legalmente* posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161" (e, dunque, anche del ricorso per concordato con riserva) "non sono soggetti all'azione revocatoria" (art. 67, comma 3)». Incidentalmente, anche G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 961; così anche M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1054. *Ex multis*: D. CATERINO, *La continuazione dell'attività d'impresa nel cd. preconcordato*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, "Orizzonti del diritto commerciale"*, Roma, 21-22 febbraio 2014, p. 3; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di*

controllo del tribunale fallimentare, come si evince dal comma 7, dell'art. 161 l.fall, e questo mi pare elemento sufficiente a considerare l'istanza di parte idonea ad avviare la procedura (come è stato dimostrato per la domanda ordinaria)⁸³; dall'altro, il deposito del ricorso segna lo spartiacque tra creditori concorsuali e non, fatto rilevante ai fini del tipico carattere di concorsualità, come si ricava da più di un dato normativo in tal senso (il periodo sospetto ai fini dell'esercizio della revocatoria viene computato a ritroso dalla pubblicazione della domanda, come dispone il nuovo secondo comma dell'art. 69-bis, l.fall in caso di *consecutio* tra procedure; l'esenzione della revocatoria riguarda anche atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161, ex art. 67, comma 3, lett. e) l.fall; la preeducibilità dei crediti sorti dopo il deposito del ricorso, ex art. 161 comma 7, l.fall).

Posto che la domanda in bianco apre una procedura⁸⁴, per verificarne l'autonomia bisogna capire se la domanda è diversa da quella concordataria e poi sciogliere l'ultimo quesito relativo al contenuto della domanda ex art. 161, comma 6, l.fall.

La maggior parte della dottrina⁸⁵ ritiene infatti, che la domanda con riserva introduca una fase della procedura concordataria e anticipi gli effetti dell'istituto tradizionale, a

formalismo), in *Rivista delle società*, 2013, p. 1178, afferma che la domanda ordinaria e in bianco condividono la stessa "natura", ritenendo che quest'ultima apre una nuova fase della procedura concordataria.

Contra E. BERTACCHINI, *Crisi di impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. Dalla l. 7 agosto 2012, n.134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 328. L'Autrice afferma che la domanda in bianco si risolve in una mera richiesta di protezione (tesi formalista).

⁸³ Così V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1178, nt. 33.

⁸⁴ Fatto su cui la dottrina sostanzialmente concorda, indipendentemente dall'individuazione del momento di apertura. In questo senso anche la giurisprudenza. Per la Corte di Appello di Bologna, nella sentenza del 18 dicembre 2013, "a seguito della presentazione di ricorso per concordato preventivo cd. in 'bianco' si verifica l'apertura di un procedimento conservativo del patrimonio dell'imprenditore che si realizza con il blocco di azioni esecutive e cautelari da parte di terzi".

⁸⁵ In questo senso, P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, p. 84, «La struttura del concordato preventivo con riserva, come delineata dall'art. 161, sesto comma, l.fall presenta una scissione diacronica tra la prima fase (necessaria), di natura anticipatoria e tipicamente processuale - la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo -, ed una seconda fase (eventuale), posticipata e di natura più propriamente sostanziale - il deposito della proposta concordataria e del piano destinato a realizzarla - che non è dato rinvenire nel modello principale del concordato preventivo ordinario, in cui il secondo comma dell'art. 161 l.fall. contempla una indubbia sincronia tra ricorso, proposta e piano»; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1178, per cui «Una serie di argomentazioni, peraltro inducono a sostenere che la domanda di concordato con riserva, condivide la medesima natura giuridica della domanda di concordato ordinaria; e che, pertanto, il procedimento innescato dalla domanda con riserva non sia un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si aprirebbe, solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione; ma costituisca piuttosto un procedimento, semplicemente articolato in due fasi (fasi, dunque, endoprocedimentali ovvero "interne" al medesimo e unico procedimento». Chiarissimo anche M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 163, nt. 3,

far data dal deposito della domanda svuotata del piano. Se così fosse, se cioè la domanda dimidiata fosse ancora domanda di concordato⁸⁶, la decisione del giudice dovrebbe essere un'ammissione provvisoria alla procedura, previa verifica dei presupposti di ammissibilità, che tuttavia sono meramente formali.

Le principali argomentazioni a sostegno della suddetta tesi sono le seguenti. La *sedes materiae* della nuova disciplina, che la pone nella norma dedicata al concordato preventivo; alcuni dati testuali, per cui "l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato", come è previsto dal comma 6 dell'art. 161 l.fall e soprattutto il fatto che il legislatore abbia precisato al secondo comma, lett. e) dell'art. 161 l.fall, come il contenuto della domanda "piena" debba ricomprendere anche il piano, accogliendo così la distinzione tra domanda (rivolta al tribunale) e proposta (rivolta ai creditori) non solo sotto il profilo logico, ma anche cronologico⁸⁷. Vengono poi considerati ulteriori indici di ordine sistematico. Al comma quarto dell'art. 182-*quinquies* l.fall, il legislatore dispone che: "il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma [...]", facendo presumere che anche la domanda in bianco sia una richiesta di ammissione alla procedura concordataria. Analogamente in altri punti del testo normativo riformato⁸⁸.

per cui «Si ritiene che la domanda di concordato "con riserva" non rappresenti un *tertium genus* sistematicamente avvicinabile al concordato preventivo, ma costituisca solo una diversa configurazione alternativa della domanda concordataria, introdotta dal legislatore con lo scopo di accelerare l'avvio alla procedura per favorire la soluzione della crisi d'impresa». Implicitamente anche M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1052. Qui l'Autore definisce la domanda «prenotativa di tutti quegli effetti che si consolidano nel momento in cui il tribunale con decreto apre la procedura». L'affermazione considera il decreto di fissazione del termine capace di ammettere il candidato alla procedura concordataria. Invero, anche dopo il decreto l'esito della procedura resta incerto.

⁸⁶ A sostegno del fatto che il meno non sia ricompreso nel più si pone a mio avviso significativamente, il responso del quesito n. 65 del questionario OCI, nell'analisi di M. FERRO, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org. La maggior parte dei giudici ha ritenuto che una domanda piena di concordato preventivo non possa essere ammessa come domanda di concordato in bianco, quando ne sia avanzata richiesta dalla parte istante, condizionatamente alla mancata ammissione della domanda ordinaria, purché ne ricorrano i presupposti. La domanda di concordato in bianco in sintesi, non può fungere da "scudo" per la domanda piena. A mio avviso questo conferma l'autonomia degli istituti "concordatari".

⁸⁷ In particolare questa argomentazione è sostenuta da M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it. L'Autore aveva teorizzato la scissione logica tra domanda, proposta e piano già prima della riforma del 2012, nello scritto *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato e riflessioni sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, p. 172. Anche V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1179; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, p. 84.

⁸⁸ Al comma 1, dello stesso art. 182-*quinquies*, l.fall si dispone che: "Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti [...]"; al comma 1 dell'art. 182-

La ricostruzione in questione si limita tuttavia, al dato letterale e all'impostazione semplicistica che lo stesso legislatore ha fornito. Per capire se la domanda ha carattere di originalità, bisogna scandagliarne il contenuto e valutarne l'oggetto. Non mi pare che con la domanda in bianco, l'imprenditore chieda l'ammissione provvisoria al concordato ordinario⁸⁹, considerato che l'esito della stessa non trova il suo sbocco necessario nell'ammissione alla procedura concordataria, potendo ben risolversi nell'avvio della procedura di cui all'art. 182-bis, l.fall. Allora, la decisione che il giudice adotta con decreto motivato relativamente alla concessione del termine, non presuppone una decisione sull'ammissibilità provvisoria alla procedura concordataria, rimanendo attiva la facoltà di *switch* anche successivamente all'adozione del relativo decreto. L'oggetto della domanda in bianco è il "termine per l'opzionabilità"⁹⁰ di una delle due procedure concorsuali (sempreché gli accordi di ristrutturazione siano ritenuti tali, il che pare confermato dalle recenti modifiche normative e dalla cd. passerella reciproca). Ai fini della concessione del termine, il giudice dovrà valutare, non solo gli scarni presupposti di ammissibilità, ma soprattutto la strumentalità della richiesta del periodo protetto all'apertura di una nuova procedura, limitando così i rischi di abuso dell'istituto.

Questo nesso di funzionalità tra le procedure, emerge in maniera parzialmente equivoca dal dato letterale. Ai sensi dell'art. 161, comma 6 l.fall, infatti, l'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, "riservandosi di" presentare una successiva domanda⁹¹ di apertura di

sexies, l.fall: "Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, [...]".

⁸⁹ *Contra* G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 961, per cui «La domanda con riserva ha la natura di domanda giudiziale introduttiva di un provvedimento giurisdizionale, così come il successivo deposito del piano, della proposta e della documentazione è un atto inerente al procedimento che l'iniziativa di parte promuove al fine di ottenere una serie di provvedimenti degli organi di giurisdizione, primo fra essi, "l'ammissione al concordato preventivo". Il mancato rispetto del termine comporta l'interruzione dell'iter processuale iniziato con il deposito della domanda con riserva».

⁹⁰ A mio avviso, è proprio la previsione di una duplice alternativa a caratterizzare l'autonoma funzione dell'istituto, che è stato definito procedimento "concorsuale cautelare", in quanto strumentale all'accesso di procedure concordatarie. In questi termini C.P. D'AIELLO, *Il concordato con riserva: una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale, "Orizzonti del diritto commerciale"*, Roma, 21-22 febbraio 2014, p. 19. La ricostruzione mi pare quella più convincente e con maggiore capacità descrittiva del fenomeno giuridico, dalla quale, *de iure condendo*, potrebbe derivare l'estrapolazione dell'istituto dal novero delle procedure concordate di risoluzione della crisi, per porsi a fondamento di un autonomo sistema d'allerta.

⁹¹ È anche vero che ai fini dell'ammissione *ex art.* 163 l.fall, dopo lo scioglimento della riserva col deposito del piano concordatario, il legislatore non richiede al debitore di avanzare una nuova domanda di

altre procedure. Ma qual è l'oggetto della riserva? Se la riserva avesse ad oggetto la domanda "piena", l'ammissione alla procedura concordataria sarebbe condizionata al verificarsi di un evento futuro, quale la presentazione del piano, non anche il deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione. Ma allora, la domanda "con riserva" non è quella concordataria. Col risultato che resta dimostrata l'alterità⁹² tra le "domande di concordato".

In sintesi, lo *switch* tra procedure è la chiave di volta⁹³ per capire come l'oggetto della domanda di cui al sesto comma, dell'art. 161 l.fall, non coincida con la domanda di ammissione alla relativa procedura, di cui al primo comma⁹⁴ dello stesso articolo, tanto che chi nega l'autonomia del nuovo istituto, ritenendolo mera fase endoprocedimentale del concordato ordinario, per ragioni di coerenza sistematica, ne auspica la rimozione⁹⁵.

Se ne ricava altresì, che "la riserva" non va riferita alla domanda piena, in quanto la decisione del giudice non ha ad oggetto l'ammissione provvisoria alla procedura

concordato, ma il fenomeno *de iure condendo*, potrebbe essere spiegato in termini di *consecutio* tra procedure.

⁹² M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 28 e seg.

⁹³ Salvo che la facoltà di *switch* non venga ricostruita come una sorta di diritto di conversione all'americana della procedura concordataria in Adr. L'ipotesi è categoricamente esclusa da A. CASTIELLO D'ANTONIO, *I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 145, per cui lo *switch* tra procedure non è «né riconducibile alla nozione (extraformale ed extratestuale) di consecuzione, riflettente una successione di procedure concorsuali giuridicamente contrappuntata da soluzione di continuità; né alla nozione (formale e testuale) di conversione, riflettente -all'opposto- una sostituzione, senza soluzione di continuità, di una procedura concorsuale ad altra di identica natura, sì che la vicenda processuale si compendia in un'unica procedura concorsuale, senza soluzione di continuità tra le due fasi». Parla espressamente di diritto di conversione A. ANGELONI, *La disciplina del nuovo concordato preventivo in a nutshell*, in www.jdsupra.com; M. VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico-sistematiche della mini-riforma*, in www.ilfallimentarista.it, ritiene invece, la facoltà di *switch* «una legittima "variabile di uscita" da una procedura concordataria da considerarsi già pienamente in essere, non certo la dimostrazione che il concordato non possa considerarsi aperto sino all'emissione del decreto di cui all'art. 163 l. fall».

⁹⁴ Tra le ulteriori argomentazioni a favore dell'autonomia dell'istituto si consideri che la domanda in bianco ha condizioni di ammissibilità autonome (*ex* comma 9, art. 161 l.fall) e ha una propria disciplina dell'amministrazione dei beni durante la procedura, di cui al comma 7 dell'art. 161, l.fall, che prescinde dal richiamo di cui all'art. 167, l.fall.

⁹⁵ F. LAMANNA, *Criticità e abusi del preconcordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi preconcordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto "Del Fare"*, in www.dirittobancario.it, per cui, soprattutto dopo l'introduzione del commissario giudiziale che avvicina il procedimento a quello di concordato preventivo, «sarebbe stato allora il caso di eliminare del tutto, in sede di conversione in legge, il secondo periodo del comma sesto dell'art. 161, escludendo in radice la possibilità della cd. passerella, ossia la possibilità di presentare non più la proposta di concordato, ma un accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-bis l.f. (ma anche l'analoga e simmetrica facoltà prevista nell'ipotesi inversa dall'art. 182-bis, ultimo comma), che costituisce una facoltà obiettivamente esorbitante, se si considera che già l'art. 182-bis consente la presentazione di un preaccordo che garantisce effetti protettivi contro aggressioni esecutive ed azioni cautelari analoghi a quelli previsti per il preconcordato».

concordataria fino allo scioglimento della riserva, quanto la concessione di un “termine strumentale” all’avvio di altre procedure, *id est* alla facoltà di *switch*⁹⁶.

Chiarito l’oggetto della riserva, resta da circoscrivere l’oggetto della domanda *ex art.* 161 comma 6, l.fall. Due le ricostruzioni possibili⁹⁷.

L’oggetto della domanda è la richiesta di concessione di un termine di protezione⁹⁸, condizionato dalla successiva apertura di altre procedure. Ne discenderebbe che il termine concesso con decreto motivato ha carattere sostanziale e non processuale⁹⁹, poiché non serve a scandire le tempistiche procedimentali, quanto a rispondere alla

⁹⁶ Identifica l’oggetto della riserva in conformità alla tesi ivi sostenuta, il Tribunale di Pistoia, con decreto del 30 ottobre 2012. “Si tratta a ben vedere non di concordato con riserva o con prenotazione, ma di *riserva di concordato o prenotazione di concordato*, col che si chiarisce che il concordato potrà esserci, come non esserci e non si confonde l’intenzione o la dichiarazione di volontà in ordine ad un fatto col fatto stesso”.

⁹⁷ Un’ulteriore possibilità di ricostruire l’istituto in termini di compromesso tra la tesi della natura concordataria dell’istituto e quella dell’autonomia, che nello specifico, lo considera alla stregua di un diritto del debitore ad ottenere il termine di protezione, è fatta presente da S. POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto, con premesse sulla sua qualificazione e disciplina applicabile*, in www.ilfallimentarista.it. L’Autore ritiene che: «Pur con i limiti connessi alla tipologia di intervento, si segnala come sia possibile e preferibile una terza opzione interpretativa, che eviti di dare una qualificazione astratta a priori della domanda di pre-concordato e distingua, in concreto, tra le ipotesi in cui essa si traduca nella mera domanda di un termine di protezione (fattispecie “deboli”) e quelle, invece, in cui siano presenti alcuni elementi della proposta e/o del piano (fattispecie “forti”)». F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, ritiene altresì che «in definitiva, con tale istituto si paralizza temporaneamente quel potere-dovere del Tribunale di dichiarare inammissibile la proposta che esso sarebbe chiamato ad esercitare ai sensi dell’art. 162, comma 2, in ragione del difetto, appunto, dei presupposti previsti dai commi primo e secondo dell’art. 160, e dai primi quattro commi dell’art. 161, ossia, in sintesi, in ragione della mancanza degli elementi minimi di riconoscibilità di una proposta concordataria valida ed ammissibile, secondo la conformazione tipologica ed i requisiti formali e sostanziali previsti dalle predette norme». L’Autore considera quindi l’istituto di carattere eccezionale e prosegue affermando «il rapporto logico regolazione impone infatti un’interpretazione ed un’applicazione tendenzialmente restrittive dell’istituto».

⁹⁸ Questa ipotesi, assolutamente minoritaria in dottrina e giurisprudenza, ma con il pregio di conferire autonomia alla domanda *ex art.* 161, comma 6 l.fall, è stata accolta dal Tribunale di Pistoia, con decreto del 30 ottobre 2012, per il quale “Pur nella consapevolezza di porsi in posizione asimmetrica rispetto alla corrente ed unanime interpretazione giurisprudenziale, il Tribunale ritiene che la domanda di cui al comma 6 dell’art. 161 debba essere diversamente qualificata in base alla disciplina concreta dell’istituto, che prevede uno strumento eccezionale nelle mani dell’imprenditore in crisi diretto alla costituzione di una protezione tale da lasciare inalterato lo *status quo* per tutto il periodo concesso (*automatic stay*). Si tratta a ben vedere, di una domanda avente ad oggetto la concessione di un termine *operativo* entro il quale opera la protezione di cui all’art. 168”.

⁹⁹ La questione è stata affrontata dai tribunali fallimentari rispetto all’applicazione della sospensione feriale ed è tutt’ora controversa sia in dottrina che in giurisprudenza. A me sembra paradossale e contraria allo spirito della legge la soluzione prospettata da quella parte della dottrina che si prodiga per anticipare la decorrenza del termine concesso per il deposito del piano concordatario, a partire dalla iscrizione del ricorso in bianco nel registro delle imprese e poi ritiene il termine giudiziale, soggetto alla sospensione feriale in quanto avente carattere processuale. In questo senso G.B NARDECCHIA, *L’inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 96, per cui «(il) termine per il deposito della domanda completa che ha una funzione prevalentemente processuale in quanto è inserito in un procedimento di natura giurisdizionale apertosi con il deposito della domanda con riserva e incide sul procedimento medesimo, quale termine idoneo a dare corso alla ulteriore fase dell’ammissione ovvero, in caso di mancato deposito, a provocare l’interruzione del procedimento e la declaratoria d’inammissibilità».

richiesta di protezione avanzata dal debitore¹⁰⁰, che verrebbe a configurarsi come autonomo diritto. E ancora, questo comporterebbe l'impossibilità del tribunale di negare la concessione del termine, previo accertamento degli scarni presupposti di ammissibilità. Oltre che per l'inammissibilità delle conseguenze che ne discenderebbero, a questa interpretazione osta il dato letterale. Per quale ragione, infatti, il legislatore avrebbe fatto riferimento ad una domanda con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione, se avesse voluto introdurre la semplice richiesta di un termine di protezione? Se ne ricava altresì che, poiché la riserva c'è, bisogna pur attribuirgli qualche valore.

L'oggetto della domanda è la richiesta di apertura di una nuova procedura in funzione cautelare¹⁰¹. Infatti, l'imprenditore in crisi chiede lo *stay* delle azioni esecutive e cautelari, a condizione che apra una nuova procedura, entro un termine fissato dal giudice. La ricostruzione è parzialmente diversa dalla precedente, poiché fa oggetto della domanda la richiesta di protezione condizionata alla facoltà di *switch*. Il termine giudiziale opera come limite massimo per l'avverarsi della condizione. In questo caso, la riserva diventa una caratteristica funzionale della domanda, che non è più povera di contenuti rispetto a quella piena, ma resta legittimata nella sua autonomia.

A questa ricostruzione osta solamente l'applicazione dell'art. 162 l.fall, anziché 173 l.fall, dopo il decreto di fissazione del termine, in caso di mancato rispetto degli adempimenti di cui al comma sesto (e ottavo), dell'art 161, l.fall. Infatti, se la decisione del giudice è di ammissione ad una procedura *latu sensu* cautelare, allora il venir meno di una delle condizioni *ex art.* 161, comma 6, l.fall, dovrebbe dar seguito alla revoca dell'ammissione. Questa problematica è stata ridimensionata dal legislatore, con la possibilità di applicazione dell'art. 173 l.fall da parte del commissario giudiziale,

¹⁰⁰ Tribunale di Pistoia, abbracciando la suddetta tesi, con decreto del 30 ottobre 2012, giunge alla conclusione che “è ben possibile che l'istituto in esame sia fine a se stesso, in quanto alla scadenza del termine fissato, l'imprenditore non riterrà di poter presentare né una proposta concordataria né una domanda di omologazione di un ADR ovvero potrà presentare una richiesta di fallimento *ex art.* 14”. Questa conclusione esclude di fatto ogni verifica sulla funzionalità della richiesta del debitore, configurata alla stregua di un diritto, e apre le porte agli abusi, limitando eccessivamente lo spazio valutativo del tribunale. Ed infatti gli stessi giudici di Pistoia arrivano ad affermare: “Non si vede, allora quale elemento valutativo potrebbe essere fondante l'autorizzazione del tribunale in una fase antecedente al deposito della proposta e del piano”.

¹⁰¹ C.P. D'AIELLO, *Il concordato con riserva: una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE) n. 1346/2000*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale*, “Orizzonti del diritto commerciale”, Roma, 21-22 febbraio 2014, p. 19. Sulla generica funzione cautelare delle procedure concorsuali, F. FIMMANÒ, *Il difficile incontro tra diritto commerciale, diritto penale, diritto pubblico sul terreno della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it.

nominato dal giudice con lo stesso decreto, e dalla dottrina¹⁰² che anche prima delle modifiche intervenute col Decreto del Fare, non ha negato l'applicazione analogica della norma. L'applicazione dell'art. 162 l.fall, in questo caso, si potrebbe giustificare con il fatto che la procedura è cautelare e i suoi effetti si consolidano solo dopo la consecuzione di una delle altre due¹⁰³.

1.5 Profili comparatistici

L'ultima riforma della legge fallimentare è sicuramente ispirata a modelli transfrontalieri. Nello studio del nuovo concordato con riserva molti autori evidenziano le analogie con le procedure di *reorganization* del *Chapter 11*, soprattutto per gli effetti di *automatic stay* che seguono alla pubblicazione della domanda in bianco.

In realtà, nell'ordinamento interno lo *stay* delle azioni esecutive (e ora anche cautelari) non è una novità. In primo luogo infatti, al nuovo strumento concordatario si applica comunque l'art. 168 l.fall, rimasto nella sostanza inalterato, salvo che per la posticipazione del *dies a quo* della produzione degli effetti dell'inibitoria, a partire dall'iscrizione nel Registro delle Imprese; l'estensione dell'ambito oggettivo dello *stay* alle azioni cautelari; l'introduzione di un ulteriore strumento di tutela, che prevede l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione del ricorso. In secondo luogo, la previsione dell'inibitoria *ex art. 182-bis* l.fall, che dispone lo *stay*¹⁰⁴ delle azioni esecutive e cautelari per un termine di sessanta giorni dal deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, a condizione che l'accordo sia stato raggiunto con i creditori che rappresentano almeno il

¹⁰² F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, il quale, già prima dell'intervento correttivo del 2013, auspicava maggiori controlli nella fase cd. interinale tramite l'applicazione dell'art. 173 l.fall (norma di chiusura a garanzia della regolarità della procedura), per mano del P.M e dei creditori.

¹⁰³ F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, prende in considerazione il caso in cui l'imprenditore non provvede ad alcun deposito né della documentazione integrativa del concordato, né della domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione e afferma che «in questo caso, se si accede alla tesi per cui l'effetto protettivo connesso alla pubblicazione della domanda con riserva è risolutivamente condizionato al mancato adempimento degli oneri successivi, è da opinarsi che l'effetto medesimo venga meno con efficacia retroattiva».

¹⁰⁴ Il terzo comma dell'art. 182-bis l.fall è stato introdotto con il cd decreto correttivo del 2007. Come scrive F. ROLFI, *L'anticipazione della c.d protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*, in www.ilfallimentarista.it, «Rimaneva in tal modo priva di copertura la fase ancor più delicata dell'elaborazione dell'accordo medesimo, e cioè tutta la fase delle trattative preliminari con l'insieme dei creditori delle imprese in crisi. Per contro, proprio in tale fase appare probabile che i singoli creditori resi definitivamente consapevoli della situazione di difficoltà dell'impresa decidano, in una sorta di gara, di assicurarsi quanto prima possibile titoli di prelazione nei suoi confronti». Fatto, quest'ultimo, che ha indotto il legislatore ad intervenire nuovamente con d.l n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122 del 2010, per anticipare la protezione alla fase delle trattative, di cui al sesto comma, dell'art.182-bis, l.fall..

sessanta per cento dei crediti. In questo caso tuttavia, il blocco delle azioni individuali presuppone il raggiungimento di un accordo con i creditori, sebbene non tutti, presumibilmente i maggiori.

La novità quindi, non riguarda la natura degli effetti prodotti con l'avvio della procedura, quanto il fatto che siano *automatic*¹⁰⁵, ossia scaturiscano a semplice richiesta. Come già visto, l'obiettivo di accelerare l'emersione della crisi è stato perseguito dal legislatore tramite lo svuotamento della domanda concordataria e la generale riduzione delle condizioni di ammissibilità.

La costruzione in negativo della fattispecie procedurale crea, come si è cercato di evidenziare nel paragrafo precedente, non poche questioni definitorie relative alla natura dell'istituto.

La funzione dell'*automatic stay* è unanimemente riconosciuta dalla dottrina come quella di garantire all'imprenditore il tempo necessario alla predisposizione di un piano, possibilmente di ristrutturazione, a riparo dalle azioni dei creditori più aggressivi.

Nel diritto statunitense l'istituto ha la stessa funzione dell'ordinamento interno. Il fine ultimo è quello di assicurare la salvezza dell'impresa. Tuttavia, il medesimo obiettivo è raggiunto partendo da considerazioni diverse. Nel pensiero anglofono infatti, l'impresa, anche quella in crisi, ha un intrinseco valore (*going concern value*)¹⁰⁶, che mantiene fin tanto che resti unita¹⁰⁷; nel nostro ordinamento, la salvezza

¹⁰⁵ Così E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto*, in *Diritto processuale*, 2013, p. 433, «La novità realmente importata dall'ordinamento statunitense non è tanto. Quindi, a mio avviso l'*automatic stay*, quanto la previsione che l'effetto protettivo possa oggi essere conseguito, al pari di quanto accade nell'ordinamento statunitense, con una domanda "in bianco", corrispondente a quella che una dottrina americana ha efficacemente definito come *face sheet petition*». F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'*automatic stay**, in www.ilfallimentarista.it, parla di *automatic stay* "sulla parola".

¹⁰⁶ Del *going concern value* fa parte sicuramente il valore di avviamento, che tuttavia non esaurisce il concetto. È l'insieme delle relazioni che un'impresa operante sul mercato intreccia con i fornitori, gli acquirenti etc, di cui paradossalmente fanno parte anche i creditori. Questi ultimi infatti, concedendo credito, investono nell'impresa e contribuiscono alla formazione del *going concern value*. Sono pertanto i soggetti maggiormente disposti a riconoscerne il valore, poiché sanno esattamente quanto credito è confluito nella sua gestione. Da queste considerazioni si evince che il valore dell'impresa in crisi per i creditori è molto più alto che per qualsiasi altro acquirente. Da qui poi, alla sostituzione della classe degli azionisti con quella creditoria, il passo è breve. B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2010, p. 621, afferma: «il *going concern value* dell'impresa viene ad essere definito come il valore che un nuovo soggetto sarebbe disposto a pagare per mantenere in vita il nesso di relazioni già esistente all'interno di un'impresa».

¹⁰⁷ B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2010, p. 598, scrive che «storicamente, è proprio il riconoscimento dell'esistenza di un *going concern value* e conseguentemente la necessità e l'utilità sociale di preservarlo ad aver costituito la principale giustificazione per la presenza di una procedura come la reorganization stabilita nel *Chapter 11*. Nel solco della tradizione dell'analisi economica del diritto, la dottrina ha cercato di dare una spiegazione in termini di efficienza della

dell'impresa dipende dalla tutela di interessi esterni. In primo luogo, quelli di cui sono portatori i creditori; secondariamente, gli interessi di natura pubblicistica di cui è portatrice la società (il mantenimento dei livelli occupazionali, la necessità di evitare reazioni a catena altamente pregiudicanti dell'andamento dell'economia nazionale). L'approccio del legislatore nordamericano alle procedure concorsuali è opposto al nostro. Nel vecchio continente il fallimento è in primo luogo del debitore¹⁰⁸, e poi dell'impresa¹⁰⁹. Al contrario, c'è un'idea salvifica nel diritto dell'insolvenza d'oltreoceano¹¹⁰: ovviare ai fallimenti del mercato per garantire una corretta allocazione delle risorse¹¹¹. Il fallimento altro non è che inefficienza del mercato. A giustificazione del diritto fallimentare statunitense, in particolare a fondamento dell'*automatic stay*, c'è ancora una volta un problema di ordine economico, cd. *common pool problem*.

procedura, individuandola, appunto nella massimizzazione dell'impresa, e di riflesso della società in senso lato».

¹⁰⁸ F. DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo "diritto fallimentare"*, in www.ilcaso.it, scrive: «La disattenzione all'impresa ne impediva la salvezza; per conseguenza, il credito che pure era stato elargito in vista dell'impresa, era destinato a essere ripagato solo in infima misura: quella raggiunta dalla liquidazione non dell'impresa ma dei beni aziendali, che in se stessi erano di poco e quasi nessun valore, perché valevano solo in quanto inseriti nell'organizzazione produttiva». Nel suo saggio l'Autore evidenzia come alle origini, del fallimento fosse ritenuto responsabile il debitore. Il trattamento che veniva riservato a quest'ultimo svelava una vera e propria vendetta sociale, corollario del principio "chi rompe paga". Egli nota come la disattenzione all'impresa dipenda dalla mancanza di studi approfonditi dei fenomeni economici. Viceversa, gli studi di *law and economics* hanno radici profondissime nell'empirismo inglese. Di qui la considerazione della crisi e del fallimento come conseguenze ineluttabili dell'economia di mercato.

¹⁰⁹ Nell'ordinamento interno, la progressiva "oggettivizzazione" del diritto fallimentare come diritto dell'impresa anziché dell'imprenditore è ravvisata da numerosi autori. A. PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato*, in *Fallimento*, 2013, p. 1039, scrive «parlare di una disciplina di favore del "debitore" non significa riconoscere ingiustificati privilegi all'imprenditore inadempiente, quanto il valore dell'impresa in sé, una condizione di favore per l'impresa-bene comune che ha come contropartita il rigore, la credibilità e la tempestiva elaborazione di un piano "concordato" di soluzione della crisi». M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, p. 174, sostiene che «con la riforma del 2005-2007, il legislatore ha profondamente mutato la disciplina del concordato preventivo che si è trasformato da strumento destinato "all'imprenditore onesto ma sfortunato", in strumento di regolazione della crisi d'impresa». F. PASQUARIELLO, *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2010, p. 12, parla di progressiva oggettivizzazione dell'azienda e del patrimonio dell'impresa, a partire dall'introduzione della disciplina sull'amministrazione straordinaria.

¹¹⁰ Non a caso, il *Chapter 11* è anche noto con il nome di *Reorganization Bankruptcy*.

¹¹¹ P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2011, p. 138, sostiene che «all'originaria impronta dirigitica e punitiva del sistema fallimentare italiano, frutto evidentemente del periodo storico in cui tale complesso normativo è stato concepito, si contrappone la differente filosofia del sistema americano che identifica il fallimento come logica e ineluttabile manifestazione di un sistema economico fondato sul libero mercato, dove l'impresa in crisi deve anzitutto tendere al risanamento e solo in caso d'insuccesso o impossibilità procedere alla liquidazione».

Si tratta di quella situazione¹¹² in cui un gruppo d'individui vanta interessi diversi e configgenti su un insieme limitato di risorse. In caso di insolvenza del debitore infatti, un gruppo di creditori portatore di interessi individuali concorre per accaparrarsi risorse insufficienti al soddisfacimento di ciascuno. Se si applicasse il diritto statutario, i creditori che per primi iniziano l'esecuzione sui beni del debitore (cd. *diligence race*), sarebbero in una posizione privilegiata rispetto agli altri. La corsa che si innesca tra i creditori per accaparrarsi le poche risorse disponibili, non ha solo l'effetto di alterare la *par condicio creditorum*, ma anche quello di distruggere parte del valore dell'impresa (*going concern value*). Fare a pezzi l'impresa e darla in pasto ai creditori, non è una soluzione economicamente efficiente, meglio sarebbe preservarne¹¹³ l'integrità.

Il primo passo verso la salvezza è quindi impedire la *diligence race* attraverso una normativa eccezionale che statuisce lo stop delle azioni individuali dei creditori. Il secondo passo è consentire ai creditori di accordarsi tra di loro e con il debitore. Al di fuori delle procedure concorsuali l'accordo è più costoso e difficile¹¹⁴, perché presuppone costi di transazione più elevati e l'unanimità dei consensi.

¹¹² La dottrina statunitense utilizza un'immagine per descrivere il fenomeno. B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2010, p. 606, nt. 25, riporta quanto segue. «Essi paragonano il patrimonio del debitore ad un lago in cui i creditori, assimilati a dei pescatori, si recano a pescare. Finché i creditori sono pochi e ciascuno pesca un numero limitato di pesci, nessun problema sussiste per l'ecosistema. Tutti i pescatori sono soddisfatti perché hanno pescato il numero di pesci che volevano, e al tempo stesso un numero sufficiente di pesci è rimasto nel lago perché questo si ripopoli e continui ad essere pescoso. Problemi iniziano a sorgere nel momento in cui i pescatori aumentano e il numero dei pesci non è tale da riuscire a soddisfarli tutti. In questa situazione si innesca una sorta di gara tra i pescatori, in quanto solo i primi riusciranno a pescare il numero di pesi che vogliono, mentre quelli che verranno dopo non riusciranno a soddisfarsi in pieno. Al tempo stesso ogni pescatore avrà l'incentivo ad abbandonare quel *self-restraint* che dovrebbe portarlo a limitarsi nella pesca per lasciare un numero sufficiente di pesci affinché questi continuino a riprodursi, perché egli non potrebbe mai avere la certezza che anche gli altri pescatori lo facciano. In tal modo il risultato finale sarebbe un gruppo di pescatori diviso tra soddisfatti e insoddisfatti, ed un lago ormai inutilizzabile per la pesca perché non vi sono più abbastanza pesci perché possa ripopolarsi».

¹¹³ Sebbene l'insolvenza non costituisca un requisito di ammissione alla procedura di *Chapter 11*, la china oltre la quale non si può discendere per salvare l'impresa è *l'economic distress*. La natura della crisi si distingue in *financial* ovvero *economic distress*. Quest'ultima ipotesi riguarda quell'impresa che non è più in grado di stare sul mercato, non avendo ricavi sufficienti neanche a pagare le spese correnti di gestione. Nel *financial distress* invece, l'impresa può trovarsi temporaneamente in crisi, eppure essere ugualmente in grado di generare ricavi. Così B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2010, p. 618.

¹¹⁴ Parte della dottrina statunitense tuttavia, osserva come sempre più frequentemente le riorganizzazioni si sostanziano nella ratifica giudiziale di accordi tra creditori intervenuti prima della richiesta della procedura stessa.

In tal senso L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale «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». Del resto, lo stesso *Bankruptcy Code* prevede una procedura che consente la più rapida conclusione della *reorganization*: il *Prepackaged Plan of Reorganization*. In questa procedura il debitore predispone il piano di riorganizzazione, lo negozia e lo

La procedura¹¹⁵ si apre con l'istanza di ammissione al *Chapter 11* (cd. *petition for relief*), che può essere *voluntary*¹¹⁶, se presentata dal debitore o *involuntary*, se presentata dai creditori¹¹⁷.

Non appena l'istanza viene depositata presso la corte competente, il debitore può beneficiare del c.d. *automatic stay*, (§362 *Bankruptcy Code*) che inibisce temporaneamente l'esercizio delle azioni esecutive individuali verso il patrimonio. Tuttavia, il giudice in alcuni casi può esonerare dal divieto i creditori garantiti, § 362(d). L'*automatic stay* non opera qualora nei sei mesi precedenti il debitore abbia già tentato di avviare, senza successo, una qualsiasi delle procedure concorsuali disciplinate nel *Bankruptcy Code*, come previsto dal combinato disposto dei §§ 362 e 109.

Salvo il caso di frode o di gravi negligenze del debitore, l'imprenditore, previo accertamento del giudice (cd. *order for relief*), non subisce lo spossessamento, circostanza che consente di definire il *Chapter 11* come procedura "*debtor in possession*"¹¹⁸. Le operazioni di straordinaria amministrazione, come le transazioni e i pagamenti di un certo rilievo devono essere autorizzati dal giudice. Il curatore (cd. *trustee*) viene nominato solo ove vengano riscontrate irregolarità nella gestione o veri e propri comportamenti fraudolenti del debitore.

Sebbene non vi sia un limite massimo entro il quale il debitore debba presentare il piano, non appena è ammesso alla procedura di *Chapter 11* (anche detta di

sottopone alla votazione dei propri creditori prima di depositare l'istanza di ammissione al *Chapter 11*. Al momento di presentazione della domanda, il debitore predispose contestualmente il piano di risanamento che avrà ottenuto l'approvazione formale dei creditori. Per un approfondimento della *Prepackaged o Prenegotiated Bankruptcy*, F. GUERRERA, *La ristrutturazione "negoziata" dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in www.ilfallimentarista.it; per una panoramica sulle procedure di *rehabilitation*, P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2011, p. 129; per un'analisi degli opposti schieramenti dottrinali sull'efficacia del *Chapter 11* nella gestione della crisi d'impresa, B. MASSELLA DUCCI TERI, *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2010, p. 597.

¹¹⁵ I soggetti a cui si applica la procedura sono "*persons*", non solo *business*. Si veda a tal proposito il § 303, che specifica coloro contro i quali è possibile procedere negli *involuntary case*.

¹¹⁶ L'istanza del debitore è disciplinata al § 301. Per quanto riguarda il contenuto della petizione, "*The voluntary petition will include standard information concerning the debtor's name(s), social security number or tax identification number, residence, location of principal assets (if a business), the debtor's plan or intention to file a plan, and a request for relief under the appropriate chapter of the Bankruptcy Code. In addition, the voluntary petition will indicate whether the debtor qualifies as a small business as defined in 11 U.S.C. 101(51C) and whether the debtor elects to be considered a small business under 11 U.S.C. 1121(e)*", in www.casb.uscourts.gov.

¹¹⁷ Nel § 303(b) sono specificati i presupposti di accesso per gli *involuntary case*. Mentre nel nostro ordinamento i presupposti soggettivi di ammissibilità alle procedure concorsuali si stagliano dal lato del debitore, viceversa, nel diritto fallimentare statunitense, essendo le procedure accessibili da ambo i lati, le limitazioni maggiori riguardano il ceto creditorio.

¹¹⁸ "The term refers to a debtor that keeps possession and control of its assets while undergoing a reorganization under chapter 11, without the appointment of a case trustee and prior to confirmation of a chapter 11 plan", in www.casb.uscourts.gov

Reorganization Bankruptcy) con l'*order for relief*, scatta un periodo di tempo di centoventi giorni, prorogabile o riducibile dalla corte, in cui egli detiene il diritto esclusivo di predisporre il piano. Scaduto il termine, ciascun creditore o il *case trustee*, se nominato, può depositare il piano. In ogni caso il debitore può convertire la procedura sub *Chapter 11 in liquidation*, secondo il §1112(a), purchè la *reorganization* non sia stata iniziata o precedentemente convertita *involuntary*, e sia DIP (*debtor in possession proceeding*). Si noti che la conversione della procedura può essere richiesta da qualsiasi altro soggetto interessato, nonché dal *trustee*, anche contro la volontà del debitore¹¹⁹. La scelta dei creditori sulla procedura applicabile è quella definitiva, poiché l'iniziativa del ceto creditorio, originaria o successiva che sia, impedisce al debitore di effettuare la *conversion* (o *dismissal*).

Nella prima udienza davanti alla corte fallimentare il debitore solitamente presenta le c.d. "*first day motions*", ossia le richieste di approvazione di determinati provvedimenti necessari per la continuazione dell'attività d'impresa, quali, tra gli altri, l'autorizzazione al pagamento dei dipendenti, la prosecuzione dei programmi per i consumatori ed i pagamenti dei fornitori strategici. Inoltre, in questa fase il debitore chiede al giudice di autorizzare l'accesso alla nuova finanza, che permetta di affrontare sia i costi della procedura che quelli per la prosecuzione del *business* (c.d. *debtor in possession financing*). La nuova finanza autorizzata dal giudice è solitamente assistita da privilegio sui beni del debitore. Nonostante la procedura abbia finalità riorganizzative, il debitore ha a disposizione tutti i rimedi concessi nel *Chapter 7*, tra cui: la possibilità di esperire azioni revocatorie, di sciogliere i contratti in corso di esecuzione e di far valere l'inefficacia delle clausole cd. *ipso facto*, ossia quelle clausole che fanno scattare la risoluzione del contratto o la modifica dei termini contrattuali al semplice manifestarsi dell'insolvenza o dell'apertura di una procedura concorsuale a carico di una delle parti. Allo stesso tempo il debitore è soggetto alle limitazioni caratteristiche delle procedure concorsuali, tra cui, i vincoli per la distribuzione delle somme ed il pagamento dei creditori, che devono necessariamente rispettare un certo ordine di preferenza.

Una volta concesse le autorizzazioni richieste nella *first day hearing*, il debitore che non resti inerte, predispone il *plan of reorganization* per la negoziazione con i creditori. In questa fase, tuttavia sono necessari alcuni adempimenti, tra cui le *disclosure*

¹¹⁹ In caso di *involuntary conversion* è necessaria la prova del ricorso di alcune cause indicate in modo tassativo dal *Code*, al §1112(b), nonché l'approvazione della Corte. Si ricorda inoltre, che la conversione può operare anche in senso inverso: dalla *liquidation* alla *reorganization*. Nell'*involuntary case*, tuttavia, gli oneri a carico dei terzi interessati sono meno gravosi, essendo sufficiente l'obbligo di sentire il debitore in udienza, con relativo avviso.

statements: il debitore deve fornire ai terzi interessati tutte le informazioni relative al *plan of reorganization*, idonee a consentire a qualsiasi ipotetico investitore o creditore una valutazione del piano proposto (c.d. *adequate information*). Terminata la fase delle *disclosure statements*, i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio voto sul piano, che sarà approvato se in ciascuna classe votante, ha ottenuto il voto favorevole di almeno i due terzi del valore nominale dei crediti e la maggioranza per teste dei creditori votanti. Nel caso in cui una classe sia pregiudicata e non accetti il piano, l'unico modo per ottenere l'omologazione (cd. *confirmation*) è costituita dall'accertamento del rispetto dei *cram down standards*¹²⁰ per il pregiudizio previsto per la classe.

L'approvazione del piano è soggetta all'omologazione da parte del tribunale e chiunque può fare opposizione in questa sede. Nel processo di omologazione la corte verifica che siano state rispettate tutte le procedure e soprattutto accerta che: il piano sia fattibile, ossia non vi siano evidenti probabilità che possa essere seguito da una conversione in liquidazione o comunque non vi sia necessità di ulteriore ristrutturazione finanziaria; il debitore sia in buona fede; il piano rispetti tutte le normative applicabili (sia il *Bankruptcy Code* che le altre leggi, non necessariamente fallimentari); il trattamento che ciascun creditore riceve in base al piano non deve essere peggiore rispetto a quello che riceverebbe in caso di procedura di liquidazione, ai sensi del *Chapter 7* (cd. *best interest test*).

Come si capisce la procedura di *Chapter 11* è estremamente flessibile, grazie alla possibilità di *conversion*; estremamente economica, grazie alla remota possibilità di nomina del *trustee*, fatto che la rende generalmente *debtor in possession*; studiata per prevenire gli abusi¹²¹ da parte del debitore. Infatti, mentre nel nostro ordinamento è

¹²⁰ In caso ricorra una classe dissenziente, il piano di riorganizzazione può essere comunque omologato qualora sia *fair and equitable*, ossia soddisfi la *absolute priority rule* codificata al § 1129(b). Alla sezione (1) è previsto che: “*Notwithstanding section 510(a) of this title, if all of the applicable requirements of subsection (a) of this section other than paragraph (8) are met with respect to a plan, the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan*”. I requisiti di omologazione in *cram down* variano a seconda che i creditori siano *secured* (assistiti da cause legittime di prelazione) o *unsecured*.

¹²¹ Nel diritto fallimentare statunitense infatti, l'*automatic stay* è conosciuto fin dal *Bankruptcy Act* del 1978. È quindi roduta la pratica dei comportamenti abusivi degli imprenditori e per contro, altrettanto sviluppati gli strumenti per *combating abusive serial filings*. E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il “decreto sviluppo”*: legge fallimentare e *Bankruptcy Code* a confronto, in *Diritto processuale*, 2013, p. 438, nt. 62, scrive: «Peraltro l'abuso dell'*automatic stay* è tale che negli Stati Uniti si è diffusa la prassi di fare stipulare al debitore clausole di rinuncia all'utilizzo dello stesso (*Prepetition waiver of stay*), cui fino ad un po' di anni fa la giurisprudenza negava efficacia ma che negli ultimi anni sono state giudicate opponibili ed efficaci».

previsto un termine massimo in cui il debitore può presentare il piano, pena l'inammissibilità *ex art. 162 l.fall*, nell'ordinamento statunitense è previsto un diritto di esclusiva temporalmente limitato, in cui solo il debitore è abilitato alla predisposizione del piano. All'inerzia del debitore pone rimedio, operando come correttivo, la possibilità per il *trustee* o per i creditori di presentare il piano. A tale rimedio, più che sufficiente per indurre il debitore ad agire, si aggiunga che i creditori possono prendere in mano la procedura in tutte le sue fasi: all'accesso con la *involuntary petition*; durante lo svolgimento, tramite l'*involuntary conversion* o la predisposizione del piano.

Anche il divieto di riproposizione della domanda in bianco per ben due anni, di cui al comma 9 dell'art. 161 l.fall, che opera come condizione di ammissibilità *ex ante*, ma agisce per il futuro come vera e propria sanzione, si dimostra meno efficace della corrispondente previsione di cui al § 362(b), la quale se ne distingue per la minore ampiezza del limite temporale (sei mesi) e la maggiore estensione dell'ambito oggettivo (tutte le procedure concorsuali).

La flessibilità della procedura si ricava inoltre, dalla modulazione del beneficio di *automatic stay*. Infatti, ove il debitore, nell'anno precedente, abbia già chiesto l'accesso alle procedure per cui trova applicazione il § 362, senza successo, può ancora ottenere il beneficio per il periodo massimo di un mese, sempre che dimostri al giudice di essere in *good faith*, pur dovendo vincere una fitta rete di presunzioni legali, che funziona da filtro all'uso scorretto dell'istituto, come dispone il § 362 (c)(3). Diversamente, la nuova disciplina del concordato in bianco prevede al comma 10 dell'art. 161 l.fall¹²², che in pendenza di fallimento sia concesso per lo *stay*, *rectius* per il deposito del piano, il termine minimo di sessanta giorni, senza che il debitore sia gravato da oneri aggiuntivi, col rischio evidente che l'accesso alla procedura venga strumentalizzato per ritardare il fallimento.

In conclusione, il modello concordatario introdotto con il Decreto Sviluppo va perfezionato e migliorato. La direzione inevitabile del diritto fallimentare interno sembra essere quella di introdurre una serie di misure di allerta che facilitino la tempestiva emersione della crisi, la salvezza dell'impresa e il cd. *fresh restart*

¹²² Le norma interna non è perfettamente paragonabile a quella prevista nel *Bankruptcy Code*. Disciplina infatti, un'ipotesi di *consecutio*, mentre il § 362 (c)(3) riguarda il susseguirsi di domande di ammissione, ove la prima non abbia avuto seguito. In questo caso la comparazione riguarda i possibili rimedi contro l'abuso della domanda in bianco. Anche nell'ordinamento interno infatti, qualora fosse pendente l'istruttoria prefallimentare, il legislatore avrebbe potuto introdurre oneri più gravosi per l'accesso alla procedura, anziché limitarsi a disporre la concessione di un periodo minimo per lo *stay*. In questo modo sarebbe stato previsto un filtro ulteriore all'accesso alla procedura, proprio nel caso in cui è maggiore il rischio di abuso dell'istituto.

dell'imprenditore, preferibilmente con la partecipazione attiva dei creditori, i quali si dimostrano sempre più capaci di prevedere la crisi d'impresa.

Capitolo 2

LADOMANDA PRENOTATIVA O CON RISERVA

2.1 Il contenuto del ricorso in bianco

Il legislatore disciplina in modo essenziale il nuovo istituto “concordatario”, all’art. 161 comma 6, l.fall. La scelta minimalista tuttavia, apre la strada ad interessanti questioni interpretative. Tra le disposizioni di chiara lettura si pone quella per cui il ricorso è l’atto introduttivo della procedura. Il ricorso veicola la domanda di preconcordato¹²³ e una serie di allegati, sulla base dei quali il tribunale fallimentare valuta l’ammissibilità della domanda in bianco e adotta il decreto di fissazione del termine. Premesso che il ricorso contiene la domanda, ma non si esaurisce nella stessa, qui di seguito considereremo prima le modalità di presentazione del ricorso e successivamente, il suo contenuto.

Riguardo al primo aspetto, il legislatore non specifica se il ricorso debba essere sottoscritto dal debitore o, qualora si tratti di una società, dal legale rappresentante, al pari di quanto avviene per la domanda piena, *ex art.* 161, comma 1, l.fall. Sul punto, è pacifico che debbano trovare applicazione le norme dettate per la domanda ordinaria di concordato, sia ove si ritenga che la domanda in bianco introduca la procedura concordataria¹²⁴, che ove si opti per la tesi dell’autonomia dell’istituto¹²⁵. Trattandosi

¹²³Così il comma 6, dell’art. 161 l.fall, di cui per comodità si riporta la prima parte, “L’imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all’elenco nominativo dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e cento venti giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all’omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell’articolo 182 *bis*, primo comma. In mancanza, si applica l’articolo 162, commi secondo e terzo”.

¹²⁴ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1183, «La ratio della norma è comunemente ravvisata in correlazione con la particolare importanza dell’iniziativa e delle sue conseguenze sulla capacità giuridica dell’imprenditore e sulla vita stessa dell’impresa. E la sua portata è genericamente intesa nel senso che non sarebbe sufficiente la sottoscrizione da parte del legale patrocinante, essendo necessaria la specifica sottoscrizione del debitore anche in caso di rappresentanza tecnica; che tuttavia possa ammettersi il conferimento, a tal fine, di una procura speciale, mentre una procura generale, come quella institoria, non si estenderebbe anche alla sottoscrizione di una domanda di concordato, atteso che la stessa non avrebbe a che fare con la “gestione” dell’impresa, ma potrebbe addirittura condurre alla sua cessazione».

¹²⁵ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 56, scrive: «Quanto alla questione circa il soggetto cui compete la sottoscrizione della domanda di concordato

infatti, comunque di domanda giudiziale capace di introdurre il debitore nella procedura concorsuale, necessariamente troveranno applicazione gli artt. 125 c.p.c e 160 l.fall. Sempre sul presupposto che la domanda in bianco sia un atto processuale, dottrina¹²⁶ e giurisprudenza¹²⁷ sostanzialmente concordano sulla necessità dell'assistenza tecnica di un difensore per la presentazione del ricorso.

Più complicata appare invece, la questione relativa all'applicazione dell'art. 152, commi 1 e 2, l.fall. Infatti, l'art. 161, al comma 4, stabilisce che "per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152"¹²⁸, ma non specifica se il richiamo vada esteso alla nuova domanda in bianco, disciplinata al successivo comma 6 dello stesso articolo.

Il problema si è posto in considerazione del fatto che, ove il debitore volesse presentare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione in prima battuta, *ex art. 182-bis l.fall*, gli adempimenti richiesti dall'art. 152 l.fall non sono necessari. Ci si chiede allora se questa stessa considerazione possa essere estesa anche al caso in cui il deposito della domanda di omologazione di un ADR avvenga per l'esercizio della facoltà di *switch*, ossia dopo la presentazione di una domanda di preconcordato.

preventivo con riserva, deve ritenersi che anche in questo caso sia pienamente applicabile la disciplina dettata per la domanda di concordato preventivo e per la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti: di conseguenza, la domanda di concordato preventivo con riserva dovrà essere sottoscritta personalmente dal debitore e, nel caso in cui il ricorrente sia una società, dal legale rappresentante di quest'ultima».

¹²⁶ M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 165, «Tale orientamento appare corretto, in quanto il ricorso "con riserva" costituisce l'atto d'impulso per lo svolgimento dell'intera procedura di concordato preventivo fino all'omologazione, che non richiede una successiva domanda giudiziale, di conseguenza appare evidente l'obbligatorietà del patrocinio legale»; M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1054, «Infine il ricorso va sottoscritto dal debitore e, per quanto la questione sia controversa, a mio avviso deve essere sottoscritto anche da un avvocato, in quanto il ricorso è a tutti gli effetti una domanda giudiziale. È ben vero che il ricorso apre un procedimento camerale ed è noto che la tutela camerale non impone che la parte debba essere sempre rappresentata da un difensore. Peraltro se è ragionevole che la difesa tecnica sia necessaria le quante volte ci si trova al cospetto di un procedimento in cui vi sono più parti in posizione antagonista, a me pare che la domanda sia rivolta verso i creditori e che pertanto si abbia a che vedere con un cd. procedimento plurilaterale per il quale la difesa tecnica è necessaria».

¹²⁷ Tribunale di Milano nel Plenum del 20 settembre 2012; Tribunale di Crotone, nel Plenum del 17 gennaio 2013. *Contra* il Tribunale di Monza, nel Plenum del 9 ottobre 2012, per cui "Non si reputa necessaria l'assistenza di un legale".

¹²⁸ L' art. 152, l.fall recita: "La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale.

La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto: a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile".

Poiché l'art. 152 l.fall dispone che il ricorso sia sottoscritto dal legale rappresentante della società, previa deliberazione dell'organo amministrativo ovvero, per le società di persone, dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, ci si chiede in primo luogo, se la delibera o la determina vadano allegata a far data dalla presentazione della domanda in bianco, ovvero successivamente, alla scadenza del termine giudiziale; secondariamente se, ove richiesto dalla legge, vada allegato il verbale notarile alla delibera o alla determina e in entrambi i casi quali siano le conseguenze della mancata allegazione.

Dottrina e giurisprudenza sono divise. Da un lato, c'è chi¹²⁹ ne esclude l'applicazione nella fase cd. preconcordataria, ritenendo che per evitare contestazioni sull'ampiezza dell'oggetto della delibera assembleare, l'approvazione della proposta o dell'accordo di ristrutturazione non vada depositata fin da subito, ma solo all'atto del deposito della domanda di concordato preventivo "definitiva" (non anche nel caso in cui si scelga la strada degli Adr). Si rileva infatti, che la tesi poggia su due dati. Il primo letterale: la circostanza che l'art. 152, comma 2, l.fall faccia riferimento alla proposta concordataria e alle condizioni del concordato, anziché alla domanda; il secondo sistematico, poiché la disciplina del concordato in bianco è dettata, come già detto, a partire dal comma 6, dell'art. 161 l.fall, ossia successivamente rispetto al rinvio all'art. 152 l.fall.

Dall'altro, i più¹³⁰ concordano sull'obbligatorietà degli adempimenti richiesti dall'art. 152 l.fall, fin dalla presentazione della domanda in bianco, principalmente sul

¹²⁹ Tra la dottrina, M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 59, «pare corretto ritenere che la domanda di concordato preventivo con riserva non debba soddisfare necessariamente i requisiti previsti dagli artt. 152, comma 2, e 161, comma 4, l.fall., risultando invece necessario che tali requisiti siano presenti al momento in cui il debitore deposita la domanda definitiva di concordato preventivo, vale a dire nel momento in cui costui dimostra inequivocabilmente di voler accedere a tale procedura»; R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 29, per il quale «Quanto, infine, agli adempimenti di cui all'art. 152 l.fall., di là dal dubbio che possa trovare applicazione anche in ipotesi di concordato con riserva stante la specialità del richiamo operato dall'art. 161 comma 4 l.fall., è ragionevole restringere il controllo ai soli poteri previsti dal suo comma 1 (i.e., rappresentanza sociale) e non anche al documento indicato dal suo comma 3 (i.e., c.d. determina), in ragione del fatto che l'imprenditore ben potrebbe non ancora definito, all'atto del deposito della domanda di cui all'art. 161, comma 6, l.fall., il suo percorso concorsuale [...]». Tra la giurisprudenza invece, il Tribunale di Milano, nel plenum del 18 ottobre 2012 e il Tribunale di Pistoia, nel decreto del 30 ottobre 2012.

¹³⁰ Tra la dottrina M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1055, secondo cui: «già la semplice domanda redatta ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall. è idonea a provocare una modifica delle regole di gestione imprenditoriale e, dunque, appare coerente che già la domanda venga corroborata dalla deliberazione o approvazione degli organi sociali competenti. Ciò anche quando le condizioni del concordato non siano state ancora delineate [...]. La previsione di cui all'art. 152 l.fall. deve considerarsi allineata a quanto previsto nell'art. 182 c.p.c. (disposizione che sebbene inclusa nel Libro II del codice di procedura civile è considerata espressione di un principio più generale), talché ove la domanda di concordato venga depositata senza che sia allegato il documento dal quale risulti la deliberazione, il tribunale, ravvisato un "difetto di autorizzazione" è tenuto a concedere un termine alla società perché sani il vizio, e se la

presupposto dell'unitarietà della procedura che condivide la medesima natura del concordato preventivo e sul fatto che il ricorso *ex art.* 161, comma 6, l.fall introduce una domanda giudiziale, capace di modificare le regole di gestione imprenditoriale.

Una volta ammessa l'applicabilità dell'art. 152 l.fall, si pone una seconda questione relativa alla necessità del deposito del verbale notarile nei casi prescritti dalla legge, ossia quando la domanda giudiziale di accesso alla procedura concordataria sia presentata da una società per azioni, in accomandita per azioni, e a responsabilità limitata, nonché da una società cooperativa, per cui è in questa sede che il notaio, quando richiesto dalla legge, dovrebbe accertare la legittimazione del ricorrente, più che nella fase successiva di presentazione della proposta, dove non svolge alcuna funzione.

Nelle società di capitali e cooperative infatti, la decisione o la deliberazione su proposta e condizioni devono risultare da verbale redatto da notaio ed essere depositate ed iscritte nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.

In ogni caso, la mancata presentazione del verbale notarile unitamente all'istanza di preconcordato, non determina una pronuncia di inammissibilità della domanda. I più¹³¹ infatti, concordano sostanzialmente nella sanabilità del vizio in questione, tramite l'applicazione dell'art. 182 c.p.c, che seppur dettato nell'ambito del procedimento ordinario di cognizione, viene considerato espressivo di un principio generale,

sanatoria interviene nel termine fissato questa produce effetto sin dal deposito della domanda»; S. CASONATO, *Alcuni aspetti d'interesse notarile nel concordato preventivo "in bianco"*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, pp. 899 e seg; E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 324; S. MANCINELLI, *Le (in)certezze sull'anticipazione della domanda di concordato preventivo*, in www.centrostudiconcorsuali.it.

Tra la giurisprudenza il Tribunale di Napoli, nel decreto del 14 aprile 2014; il Tribunale di Modena nel decreto del 28 novembre 2012; il Tribunale di Pisa, nella sentenza del 21 febbraio 2013.

¹³¹ Così M. FABIANI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org; F. RASILE, *Concordato con riserva: deposito del verbale notarile e delle autorizzazioni ex art. 182-quinquies e obblighi informativi*, in www.ilfallimentarista.it. Secondo l'Autore «la soluzione più semplice (e certamente meno rischiosa, soprattutto laddove la mancata produzione del verbale notarile fosse ritenuta motivo di inammissibilità non sanabile del ricorso, come pure ipotizzato) potrebbe essere quella di allegare fin dal ricorso "con riserva" il verbale redatto da notaio avente ad oggetto la decisione assembleare o la delibera dell'organo amministrativo. In tal modo il notaio avrà già controllato - quantomeno - che la decisione sia stata adottata dall'organo competente, così agevolando anche i compiti del tribunale». L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 47, per il quale: «Nel caso in cui al momento del deposito presso il Tribunale della domanda in bianco *ex art.* 161, comma 6, l.f. non vi sia stata ancora l'iscrizione della delibera societaria nel registro delle imprese, secondo alcuni tribunali deve disporsi immediatamente la convocazione del legale rappresentante dell'impresa per l'adozione del provvedimento di inammissibilità *ex art.* 162, comma 2, l.f. senza possibilità di consentire l'integrazione del ricorso con la successiva iscrizione della delibera societaria nel registro delle imprese, anche se anche in sede di pronuncia di inammissibilità la società potrà produrre l'avvenuta iscrizione della società nel registro delle imprese. Pare più corretto l'utilizzo dell'art. 182 c.p.c, come modificato dalla legge n. 69 del 2009, consentendo una sanatoria successiva del vizio, con effetti *ex tunc* (per *Trib. Ancona*, 15 ottobre 2012, Pres. Est. RAGAGLIA, *Il Fall.*, 1, 2013, 79, l'art. 162 comma primo è una specificazione dell'art. 182 c.p.c)».

relativamente al difetto di autorizzazione¹³². In caso di mancata allegazione del verbale notarile, il tribunale può procedere in due modi: convocare il debitore in camera di consiglio per l'eventuale inammissibilità, come prevede il comma 2, dell'art. 162 l.fall, ovvero disporre un termine entro il quale avvenga il deposito del documento mancante, ex art. 182 c.p.c.¹³³. Quest'ultima soluzione è considerata preferibile¹³⁴ perché consente la sanatoria del difetto procedurale in tempi più brevi.

Prima di procedere all'analisi del contenuto del ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall si reputa necessaria una premessa. Come si è cercato di dimostrare nel paragrafo 1.4, la domanda ha ad oggetto l'ammissione ad una nuova procedura e consiste nella richiesta di protezione anticipata ex art. 168 l.fall. Rispetto all'oggetto della domanda così circoscritto, va individuato il contenuto del ricorso. La circostanza che con lo stesso atto introduttivo siano avanzate più richieste, che tuttavia potrebbero essere formulate successivamente, come lo scioglimento dei contratti pendenti o l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione, attiene a mere ragioni di opportunità e non deve confondere l'interprete.

A tal proposito, dagli studi sulla materia emerge la distinzione tra contenuto "necessario" ed "eventuale" della domanda concordataria, ipotizzando che il primo sia quello minimo, esplicitato dalla norma di legge e il secondo debba essere ricavato dalla stessa, come presupposto dei poteri autorizzatori del tribunale.

Ebbene, questa bipartizione si riscontra frequentemente nel pensiero di coloro che non aderiscono alla tesi dell'autonomia dell'istituto. Chi¹³⁵ ritiene infatti, che il

¹³² L'art. 182 c.p.c., modificato dalla l.del 18 giugno 2009, n. 69 recita " Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi.

Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione".

¹³³ Così, il Tribunale di Modena, 28 novembre 2012; il Tribunale di Mantova, 14 marzo 2013.

¹³⁴ In tal senso, M. MONTELEONE, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

¹³⁵ In tal senso R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 27; M. FABIANI, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo: spunti operativi*, in www.osservatorio-oci.org, e soprattutto, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1055, in cui parla di contenuto "fisiologico" della domanda prenotativa, salvo poi ammettere che «la domanda - o gli atti immediatamente successivi - dovrebbe(ro) contenere anche una seria rappresentazione del percorso che si intende intraprendere»; S. CASONATO, *Alcuni aspetti d'interesse notarile nel concordato preventivo "in bianco"*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 900; M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 164, parla di contenuto "indefettibile" della

concordato in bianco sia una prefase del concordato ordinario tende a considerare unitariamente l'istituto concordatario e a dividerlo in due fasi: una necessaria (anche detta interinale¹³⁶), la seconda eventuale, *id est* successiva allo scioglimento della riserva¹³⁷.

I sostenitori dell'autonomia dell'istituto, benché inserito in seno al concordato preventivo, evidenziano invece, come vi sia una *mise en abyme*, come cioè anche la nuova procedura consti a sua volta di due fasi: una di ammissione e l'altra cd. interinale¹³⁸, che va dal decreto di fissazione del termine allo scioglimento della riserva. Nella fase in questione i poteri autorizzatori del tribunale, riconosciuti dalla norma, richiederanno necessariamente una progressiva *disclosure* sul piano, proporzionale all'eccezionalità delle autorizzazioni, ossia alla straordinarietà degli atti che il debitore intende compiere, ma nulla hanno a che vedere con il contenuto del ricorso per la domanda di preconcordato.

Chiarito il punto, poiché chi scrive sostiene l'originalità dell'istituto, passiamo a considerare in questa sede il contenuto cd. "necessario" del ricorso, rinviando al capitolo successivo la trattazione del contenuto cd. "eventuale". Innanzitutto, prendiamo in considerazione gli allegati richiesti¹³⁹ dalla legge e secondariamente, la domanda posta a fondamento del ricorso.

domanda; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, p. 84. Vedi nt. 85.

¹³⁶ In questo caso la fase necessaria o interinale copre tutta la durata del preconcordato, estendendosi dal deposito della domanda allo scioglimento della riserva.

¹³⁷ Vedi nt. 77, dove si assume come presupposto per la dimostrazione dell'autonomia dell'istituto che a partire dal deposito del piano o dalla presentazione della domanda di omologazione si aprono rispettivamente, la procedura concordataria o gli accordi di ristrutturazione.

¹³⁸ Sulla definizione di "fase interinale" del preconcordato, la dottrina non è unanime. Alcuni infatti, ritengono che la fase interinale vada dal deposito della domanda in bianco allo scioglimento della riserva, coincidendo di fatto, con tutta la durata dell'istituto. Mi pare di capire che questa definizione è fatta propria da coloro che considerano il concordato in bianco una "prefase" del concordato preventivo cd. tradizionale. In tal senso, D. CATERINO, *La continuazione dell'attività d'impresa nel cd. preconcordato*, relazione in *V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale*, "Orizzonti del diritto commerciale", Roma, 21-22 febbraio 2014; I. ARCURI, *L'andamento economico dell'impresa tra la presentazione del concordato con riserva e il deposito della proposta. Analisi e pronunciamenti dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it. Parla invece di fase "intermedia", M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 108. L'Autore pone come spartiacque, il decreto di fissazione del termine, considerando di "ammissione" la fase che decorre dal deposito e "interinale", la fase successiva: dal decreto giudiziale appunto, fino allo scioglimento della riserva. In sostanza, anche nel nuovo istituto, si può ravvisare la struttura bipartita del concordato preventivo, qualora si acceda alla tesi dell'autonomia del preconcordato.

¹³⁹ Secondo L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, «Il contenuto del ricorso si ricava dal confronto tra la disciplina del primo, secondo e terzo comma dell'art. 161 e quella dettata dal sesto comma». Questo *modus operandi* nell'indagine relativa al contenuto del ricorso, si fonda sulla convinzione che la domanda in bianco sia dimidiata rispetto alla domanda piena. Nella trattazione che segue, avendo cercato di dimostrare l'autonomia dell'istituto, l'indagine sul contenuto del ricorso

Il primo degli adempimenti richiesti, il deposito dei bilanci degli ultimi tre esercizi, è strumentale alla valutazione del presupposto dimensionale¹⁴⁰ ai fini dell'ammissibilità alla procedura concorsuale. Il debitore infatti, dovrà dimostrare il superamento di almeno una delle soglie dimensionali di cui al secondo comma, dell'art. 1 l.fall. Certamente, i bilanci degli ultimi tre esercizi devono essere allegati dal debitore, ma ci si chiede se debbano essere regolarmente approvati¹⁴¹. Non tutti gli imprenditori sono infatti tenuti alla redazione dei bilanci, non quelli individuali. Qualora si reputi non necessaria la regolare approvazione, la norma troverebbe più vasta applicazione sotto il profilo soggettivo, essendo sufficiente una dichiarazione sulla situazione patrimoniale dell'impresa.

Più complicata appare la dimostrazione del requisito oggettivo di ammissibilità. Mentre parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁴² rileva l'idoneità dei bilanci anche ai fini della verifica del presupposto oggettivo, altri autori¹⁴³ evidenziano come non sempre sia possibile evincere dai medesimi lo stato di crisi o d'insolvenza.

ruota attorno all'oggetto della domanda. Si avverte altresì, che questo paragrafo si pone in continuità con il paragrafo 1.4.

¹⁴⁰ Così F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1192. *Contra*, il Tribunale di Pistoia, nel decreto del 30 ottobre 2012, ritiene che l'obbligo di allegazione dei bilanci costituisca invero, "semplice filtro di serietà dell'iniziativa dell'imprenditore, in vista delle conseguenze che si riflettono sul ceto creditorio".

¹⁴¹ L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, «Sul punto dovrà attendersi il formarsi della giurisprudenza, ma credo che si possa tener conto anche di bilanci non ritualmente approvati, purché relativi agli ultimi tre esercizi». Così anche M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, che ritiene sufficiente il deposito di una documentazione equivalente, qualora l'impresa non sia tenuta a redigerli; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 64, ritiene che, ove il debitore non sia tenuto alla redazione dei bilanci, debba allegare non solo una situazione patrimoniale aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti il deposito della domanda, ma anche le scritture contabili di cui all'art. 2214 c.c.

¹⁴² Il Tribunale di Milano, nel Plenum 18 ottobre 2012, aveva ritenuto che la valutazione del presupposto oggettivo (e soggettivo) dovesse trarsi dal deposito dei bilanci. In questo senso anche M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 50, afferma «nessun dubbio sul fatto che per poter accedere alla procedura di concordato preventivo con riserva il debitore dovrà dimostrare la sussistenza del requisito oggettivo dello "stato di crisi", la cui sussistenza dovrà essere valutata sulla base delle risultanze emergenti dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi che devono essere depositati dal debitore unitamente al ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall.».

¹⁴³ Secondo E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 321, «non è sufficiente dettagliare o solo descrivere lo stato di insolvenza o di crisi dell'impresa, seppur necessario ai fini di una migliore rappresentazione dell'andamento patrimoniale finanziario ed economico, ma occorre riportare nella domanda alcuni indici di capacità finanziaria»; anche L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, ritiene che «per poter apprezzare le dimensioni dell'impresa, ai fini di verificare che non si tratti di imprenditore sotto-soglia, dovranno essere allegate informazioni sull'attuale e passata situazione economico-patrimoniale, sia pur entro limiti meno rigorosi di quelli altrimenti richiesti dal comma 1 dell'art. 161. Questi elementi serviranno anche per poter apprezzare l'esistenza della situazione d'insolvenza o di crisi».

Dopo il Decreto del Fare la domanda prenotativa deve essere altresì corredata dall'elenco dei creditori e dei rispettivi crediti. Si tratta di una previsione opportuna, considerata la facile reperibilità delle informazioni richieste dal legislatore. Alcuni¹⁴⁴ hanno interpretato la norma a maggior garanzia della serietà della domanda in bianco, mentre altri¹⁴⁵ ritengono che anche questa previsione sia strumentale alla verifica dei presupposti soggettivi, in particolar modo al superamento delle soglie dimensionale relativa all'indebitamento.

In ogni caso, l'adempimento dei requisiti richiesti dal legislatore per la presentazione della domanda *ex art. 161, comma 6, l.fall* non è assolutamente sostitutivo¹⁴⁶ degli allegati che debbono essere presentati alla scadenza del termine giudiziale per il

¹⁴⁴ F. LAMANNA, *Il decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del concordato*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale «evidentemente il Governo ha ritenuto che la presentazione dell'elenco dei creditori possa contribuire a conferire maggiore serietà alla domanda in bianco, quanto meno perché dovrebbe responsabilizzare il debitore nell'indicazione veritiera delle passività da soddisfare. Peraltro il debitore in quanto tenuto ad una contabilità regolare, ben dovrebbe essere al corrente di tale passività già al momento di presentazione del ricorso di concordato, il che lascia comprendere come la riserva di produzione successiva anche di tale documento non avesse, alla stregua del testo originario della norma ora modificata, un valido fondamento razionale. Tuttavia, è da osservare che, sul piano pratico la nuova prescrizione riveste un'utilità marginale, non giocando alcun ruolo di particolare rilievo ai fini del giudizio che il Tribunale deve esprimere al momento in cui è chiamato a concedere il termine (quanto allo specifico punto, deve reputarsi, di accertamento preliminare dello stato di crisi), già potendo contare sui bilanci degli ultimi tre esercizi e, all'occorrenza su una situazione patrimoniale aggiornata; ma potendo servire più che altro come dato conoscitivo per poter individuare i creditori e procedere alla loro eventuale audizione, secondo una facoltà che, come vedremo più avanti, è stata ora esplicitamente attribuita ai creditori». Dello stesso parere anche R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 28, in cui si sottolinea come il deposito dell'elenco dei creditori si pone non solo a garanzia della serietà della domanda, ma permette anche al Tribunale di verificare i soggetti che, secondo la nuova formulazione dell'art. 161, comma 8, l.fall, possono essere sentiti in ogni tempo.

¹⁴⁵ Secondo V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1192, anche questo adempimento è richiesto per consentire al tribunale la ricorrenza dei presupposti soggettivi di ammissibilità. Egli infatti, scrive: «Prima delle modifiche introdotte dal Decreto del Fare, avevo sostenuto, in coerenza con la premessa sistematica di cui sopra, che, laddove dai bilanci allegati fosse emerso che il ricorrente era stato sotto le soglie dell'attivo e dei ricavi per tutti e tre gli esercizi precedenti, avrebbe dovuto reputarsi necessario provare la presenza dei debiti, anche non scaduti, per un ammontare superiore a cinquecentomila euro; e che essendo tale soglia riferita al momento attuale (e non già, come le precedenti, agli ultimi tre esercizi), non avrebbe potuto assolvere all'onere probatorio in questione. Sicché concludevo per via interpretativa che, non sarebbe rimasto che ritenere che il ricorrente dovesse allora presentare un elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti (come richiesto dall'art. 14 per il caso dell'imprenditore che richiede il proprio fallimento) o altra documentazione atta a provare il possesso del requisito soggettivo dimensionale di cui all'art. 1, lett. c), l.f.».

¹⁴⁶ In tal senso, F. LAMANNA, *Criticità ed abusi del concordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi concordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto "Del Fare"*, in www.dirittobancario.it, secondo cui: «È tuttavia da segnalare che la riserva andrà poi sciolta riproducendo comunque un elenco dei creditori, questa volta completo di tutte le indicazioni del comma 2, lettera b), poiché tale disposizione richiede che l'elenco indichi non solo i creditori e i rispettivi crediti, ma anche le cause di prelazione, laddove non si richiede invece che queste ultime siano indicate subito con l'elenco da produrre ora con la domanda prenotativa».

deposito della domanda “piena”¹⁴⁷, ovvero di omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Il comma 9, dell’art. 161 l.fall, prevede che la domanda sia inammissibile quando il debitore istante, nei due anni precedenti, abbia presentato altra domanda “con riserva” alla quale non abbia fatto seguito l’ammissione alla procedura di concordato preventivo o l’omologazione di un accordo di ristrutturazione. Pare allora opportuno, ai fini del vaglio di ammissibilità, che il debitore documenti, con esplicita dichiarazione¹⁴⁸, di non aver presentato domande analoghe nel periodo rilevante prescritto dalla norma, ovvero produca un certificato di cancelleria, da cui risulti la condizione richiesta¹⁴⁹.

Passiamo da ultimo a considerare la domanda, rispetto al contenuto della quale si pongono due questioni fondamentali. La prima riguarda il rapporto con il piano e la proposta concordataria. La seconda attiene alla necessità o meno dell’espressa richiesta di un termine per l’ammissibilità della domanda in bianco.

Al suo esordio la nuova disciplina del preconcordato ha destato perplessità, in considerazione della scelta minimalista del legislatore rispetto al contenuto della domanda “concordataria” e della straordinarietà degli effetti protettivi che comporta. Proprio per questo, nonché per la costruzione in negativo della nuova fattispecie

¹⁴⁷ Si ricorda che il ricorso per la domanda ordinaria deve contenere: a) la domanda al tribunale per l’ammissione alla procedura; b) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa; c) uno stato analitico ed estimativo delle attività dell’impresa; d) l’elenco nominativo dei creditori, con l’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; e) l’elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; f) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili; g) un piano con la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta rivolta dall’imprenditore ai creditori; h) la relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

¹⁴⁸ In tal senso E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 324; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La cd. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100-2013/I, approvato dalla Commissione Studi d’Impresa il 19 febbraio 2013, p. 7.

¹⁴⁹ Questa soluzione è quella favorita dal 49,3% del campione intervistato nel sondaggio OCI, in risposta al quesito n. 62. In dottrina, V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1189, ritiene preferibile la «produzione di un certificato camerale “storico”, da cui risulti la mancata pubblicazione nel registro delle imprese di analoga domanda nei due anni precedenti», per una serie di ragioni. Innanzitutto, sarebbe un documento di facile reperibilità che andrebbe in ogni caso allegato in ordine alla sussistenza di altri presupposti (in particolare ai fini del riscontro sulla competenza del tribunale adito e sulla qualità di imprenditore commerciale); inoltre, il certificato di cancelleria attesterebbe solamente il mancato deposito della domanda presso il medesimo tribunale, non potendosi tuttavia escludere che una domanda simile sia stata presentata presso altro tribunale o perché sia nel frattempo mutata la sede dell’impresa o perché in un caso ci si era (o ci si è) rivolti al giudice della sede legale e nell’altro caso al giudice della sede effettiva. Lo stesso Autore prospetta un’alternativa percorribile nell’allegazione di un’autocertificazione in senso proprio, in conformità ai requisiti di cui al d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (Disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), che potrebbe consistere in una *dichiarazione sostitutiva di certificazione*, ovvero in una *dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà*. Più dettagliatamente, V. DONATIVI, *op. cit.*, nt. 58.

procedurale, il contenuto del ricorso è stato spesso ricostruito, non a partire dall'oggetto della domanda in bianco, ma dal confronto con l'istituto tradizionale, concordando molti sull'opportunità di una sommaria o parziale *disclosure* sul piano concordatario, ossia sull'orientamento¹⁵⁰ liquidatorio o continuativo dello stesso, nonché sulla prospettazione¹⁵¹ dell'eventualità di presentare il piano concordatario ovvero la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione. Questa impostazione tuttavia, sminuisce l'automatismo a favore del debitore introdotto dal legislatore del 2012, perciò la maggior parte della dottrina¹⁵² ritiene che non sia necessaria nessuna

¹⁵⁰ Così F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, «Se si parte dalla considerazione che la domanda costituisce l'atto su cui il Tribunale sarà chiamato a pronunciarsi in sede di omologa; che è l'atto che viene pubblicato ex art. 161 nel registro delle imprese; che è l'atto che comunque viene trasmesso al pubblico ministero; se si parte, si ripete, da queste considerazioni, sembra lecito ritenere che non sia ammissibile una domanda composta da una generica richiesta di omologare il concordato "che si andrà a presentare", senza null'altro aggiungere, soprattutto qualora si consideri che una tale vaghezza precluderebbe al Tribunale di effettuare il vaglio ai fini della concessione dell'autorizzazione per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, la cui ammissibilità potrebbe dipendere strettamente dai caratteri del concordato. Alla luce di tali considerazioni sembra da ritenere che la domanda debba quantomeno indicare i caratteri di massima del concordato (liquidatorio o di continuità); presentare almeno indicativamente un quadro delle voci attive e passive dell'impresa; prospettare l'insieme degli atti di gestione che, nelle more del deposito della documentazione, si intendono assumere previa autorizzazione del Tribunale, con l'illustrazione delle relative finalità, oltre ad una quantificazione di massima degli oneri che conseguiranno al compimento degli atti di ordinaria amministrazione»; a favore della tesi minoritaria anche il Tribunale di Reggio Emilia, in *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare*, del 25 ottobre 2012.

¹⁵¹ Così il Tribunale di Crotone, in *Disposizioni in ordine alla domanda prenotativa*, del 17 gennaio 2013. In dottrina R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 27, secondo il quale «La struttura del concordato preventivo con riserva, come prevista dall'art. 161, comma 6, l.fall, si sviluppa in due fasi: la prima (necessaria, anticipatoria e processuale) che si compendia nel deposito d'una domanda con cui un imprenditore annuncia l'intenzione di accedere alla procedura di concordato preventivo oppure di voler concludere un accordo di ristrutturazione dei debiti, nella sua pubblicazione nel competente Registro delle Imprese e nella sua comunicazione al pubblico ministero; la seconda (eventuale, sostanziale e negoziale) che si traduce nel deposito della proposta concordataria e del piano destinato a darvi esecuzione oppure dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, con successiva adozione, a seconda dell'opinione prescelta, di ammissione, approvazione ed omologazione»; L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 50, scrive: «Il Tribunale per poter modulare il termine tra il minimo (60 giorni) ed il massimo (120 giorni) di legge, ai sensi dell'art. 161, comma sesto, l.f., deve necessariamente essere reso edotto del contenuto "minimo" del piano. In caso di ricorso del tutto lacunoso, senza alcuna indicazione del futuro piano e della proposta (nemmeno se concordato con continuità aziendale o con cessione dei beni) il tribunale deve fissare l'udienza ai sensi dell'art. 161, comma 2, l.f. per l'eventuale dichiarazione di inammissibilità».

¹⁵² M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 164, «Non sono richiesti, invece, secondo l'orientamento dominante, accenni al piano di concordato che l'imprenditore intende presentare alla scadenza del termine moratorio concesso dal Tribunale, in quanto tali elementi sono ancora oggetto di studio o addirittura mere intenzioni»; E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 322, «La lettura della norma parrebbe escludere la necessità di dover dettagliare, seppur sinteticamente, le linee della proposta e del conseguente piano, anche per il fatto che l'ultima parte del VI comma dell'art. 161 legge fallim. prevede che il debitore, alla scadenza del termine, concesso dal tribunale, possa depositare, in alternativa al concordato preventivo, anche la domanda ai sensi dell'art. 182-bis legge fallim., comma 1: come potrebbe quindi esser possibile dettagliare una proposta e un piano concordatario, quando il debitore potrebbe optare anche per la ristrutturazione dei debiti? Appare altresì convincente la tesi di coloro che sostengono la necessità di riportare queste informazioni: a) per dare modo al tribunale di autorizzare il debitore a compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione; b)

disclosure sul piano ai fini dell'ammissibilità alla procedura. Si ribadisce ancora una volta, che quest'affermazione è valida nei limiti in cui si circoscrive il contenuto del ricorso in funzione della domanda giudiziale di ammissione al concordato. A diverse conclusioni si giunge, ove invece, si richieda al giudice l'esercizio di un potere discrezionale, autorizzatorio, non necessario ai fini dell'ammissibilità ed esercitabile anche nella fase cd. interinale.

La relazione tra la domanda e il piano concordatario non è tuttavia inesistente, in quanto espressa dalla riserva. Come si è cercato di dimostrare nel paragrafo 1.4, la riserva individua (o almeno dovrebbe) la volontà del debitore di accedere successivamente ad una delle due procedure, cui fa riferimento il comma 6, dell'art. 161, l.fall.

Parte della giurisprudenza¹⁵³ ritiene inoltre, che la domanda deve contenere anche la richiesta esplicita di concessione del termine¹⁵⁴, sul presupposto che in mancanza, sarebbe impossibile distinguere la domanda in bianco da quella ordinaria.

La questione non si pone nell'ipotesi in cui il debitore voglia richiedere un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni. In questo caso¹⁵⁵ infatti, la domanda dovrà necessariamente contenere la richiesta di un periodo di tempo determinato, per predisporre la ristrutturazione dell'impresa in crisi. Certamente la richiesta andrà

per dare modo al tribunale di autorizzare lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso di esecuzione».

¹⁵³ Il Tribunale di Milano, nel Plenum del 20 settembre 2012, per cui «La domanda di pre-concordato può essere accolta anche se formulata nel modo più semplice, con il suo contenuto minimo, ma almeno alla condizione che il debitore richieda espressamente la concessione del termine per effettuare le successive produzioni, in mancanza di che resterebbe il dubbio che si tratti di domanda di concordato definitiva (e inammissibile per difetto di prova sui relativi presupposti di ammissibilità). Sono peraltro sempre possibili integrazioni istruttorie»; il Tribunale di Pistoia, del 30 ottobre 2012, per cui vedi nt. 98.

¹⁵⁴ In tal senso M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1054, «Il ricorso si concluderà con la richiesta di concessione del termine per il deposito del piano, della proposta e della documentazione. Poiché il tribunale può calibrare la concessione di un termine tra un minimo e un massimo (o quanto meno superiore al minimo) dovrà offrire al giudice un congruo motivo che giustifichi la fissazione di un termine più ampio del minimo di legge. Già per questo si comprende come la c.d. “domanda in bianco” debba essere adeguatamente “colorata” ove si voglia conseguire un certo risultato»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 61.

¹⁵⁵ V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1197; M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 173, scrive: «L'orientamento unanime ha evidenziato che l'imprenditore, qualora voglia vedersi fissato un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni, nell'istanza deve richiedere in modo specifico la fissazione del maggior termine, fornendo al tribunale elementi idonei ad apprezzare in concreto le ragioni e la congruità. In mancanza di apposita richiesta di maggior termine oppure nel caso in cui essa non sia motivata o adeguatamente supportata da idonea documentazione, il tribunale dovrà sempre concedere il termine minimo di sessanta giorni».

motivata per consentire al tribunale l'esercizio ponderato di un potere discrezionale, ai fini del relativo accoglimento.

Anche questo quesito può essere diversamente risolto prendendo le mosse dall'individuazione dell'oggetto della domanda. Se infatti, si ritiene che la domanda abbia sostanzialmente ad oggetto la richiesta di fissazione di un termine, allora anche la richiesta del termine minimo andrà espressamente formulata e motivata nel ricorso¹⁵⁶. Viceversa, se si condivide la tesi per cui la domanda di preconcordato abbia ad oggetto la richiesta di protezione, *id est* di ammissione ad una nuova procedura concorsuale, allora si concluderà ritenendo che la richiesta del termine non è necessaria, poiché in presenza di tutte le condizioni di ammissibilità, il tribunale non potrà far altro che fissare il *dies ad quem* per la presentazione del piano di ristrutturazione o liquidazione, sia nella forma dell'art. 161, comma 1, l.fall, che *ex art.* 182-*bis* l.fall.

Del resto, a sostegno della superfluità della esplicita richiesta di un termine che sia quello minimo, sta il dato positivo. Il sesto comma, dell'art. 161 l.fall infatti, si limita a stabilire che il termine sarà fissato dal giudice tra un minimo di sessanta e un massimo di centoventi giorni, prorogabile in presenza di giustificati motivi di non oltre sessanta giorni, ma non ne prevede la richiesta, con la conseguenza che in mancanza, il tribunale dovrà concedere quello minimo, anziché pronunciarsi per l'inammissibilità¹⁵⁷.

2.2 Il giudizio di ammissibilità della domanda di preconcordato

La domanda di preconcordato, come abbiamo visto, si caratterizza per la ricorrenza di presupposti di ammissibilità più scarni rispetto alla domanda ordinaria. Sia che il preconcordato venga considerato una fase di quello ordinario, sia che lo si ritenga un

¹⁵⁶ In tal senso M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, secondo cui «il debitore nel momento in cui chiede la fissazione di un termine che il giudice può concedere nella forbice fra 60 e 120 gg. (salvo l'ulteriore proroga da accordare, per, in prossimità della scadenza del primo termine) deve motivare la sua richiesta e spiegare, perché è sufficiente il termine minimo o è necessario quello massimo; nel far ciò già la domanda può assumere un contenuto più articolato».

¹⁵⁷ L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 50, sostiene: «Se il debitore presenta la domanda di concordato in bianco senza chiedere alcun termine, si ritiene che sia il Tribunale a dover fissare il termine minimo (60 giorni), in quanto l'art. 161, comma 6, l.f, non prevede una richiesta esplicita di termine da parte del debitore, ma si limita a stabilire che il termine sia "fissato" dal Giudice (rectius Tribunale). Non potrebbe certo dichiararsi l'inammissibilità della domanda per mancata richiesta del termine, anche perché l'art. 125 c.p.c. non prevede tra i requisiti essenziali del ricorso la richiesta del termine per integrare proposta, piano e documentazione» Questa conclusione è stata confermata anche dai risultati del questionario OCI, dai quali emerge che solo una esigua minoranza di giudici hanno optato per l'inammissibilità della domanda in mancanza di una esplicita richiesta del termine. I risultati sono stati esaminati da M. FERRO, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

istituto autonomo, il giudizio di ammissibilità sulle domande di “concordato” verte necessariamente su un contenuto diverso. Tuttavia, il fatto che il nuovo istituto di diritto concorsuale trovi la sua collocazione nell’ambito dell’art. 161 l.fall, non può essere privo di conseguenze pratiche. Se non quelle di inserire una prefase concordataria nell’istituto tradizionale, il senso della collocazione sistematica potrebbe essere quello di estendere alla domanda in bianco i presupposti soggettivi e oggettivi richiesti dal legislatore per l’ammissibilità al concordato ordinario, che risultano dal combinato disposto degli artt. 160 e 1, l.fall.

Quest’affermazione è tutt’altro che pacifica, perché il legislatore non guida il giudice nell’ambito del giudizio di ammissibilità della domanda in bianco, ma si limita a prevedere che il tribunale adotti un decreto con cui fissa il termine *ad quem* per la prosecuzione della procedura; eventualmente, nomina il commissario giudiziale e stabilisce gli obblighi periodici di informazione a carico del ricorrente.

Sul fatto che il decreto di fissazione del termine presupponga un vaglio del tribunale sui presupposti di ammissibilità alla nuova procedura concorsuale, già si è detto. Del resto, condivide l’opinione anche chi¹⁵⁸ considera la domanda anticipatoria introduttiva del concordato ordinario, distinguendo tra una fase processuale e una fase negoziale: la prima caratterizzata dall’ammissibilità della domanda; la seconda dal giudizio di ammissibilità della proposta concordataria.

Il giudizio di ammissibilità della domanda di preconcordato in sintesi, pone due significativi problemi: sull’*an* e sul *quantum* dei poteri giurisdizionali. Il primo relativo alla corretta individuazione dell’ambito cognitivo, ossia dei presupposti dell’azione (che nel paragrafo precedente si è cercato di descrivere secondo un ragionamento deduttivo, partendo dall’analisi delle norme di legge e dall’oggetto della domanda); il secondo relativo all’intensità del controllo del tribunale, in questa fase.

Rispetto al primo punto, la giurisprudenza sostanzialmente concorda sul fatto che il tribunale debba sindacare innanzitutto la propria competenza, ai sensi degli artt. 9 e 161, l.fall, che in assenza di una specifica previsione di assegnazione al giudice delegato, pare spettare al tribunale in composizione collegiale¹⁵⁹ del luogo in cui il ricorrente ha

¹⁵⁸ R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 28; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, pp. 1192 e seg.

¹⁵⁹ I.L. NOCERA, *Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario*, in www.24oreavvocato.ilsole24ore.com, secondo il quale «Giova precisare come il provvedimento di cui al comma 6 dell’art. 161, l. fall. – con il quale il Giudice assegna all’imprenditore il termine per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione ai sensi dei commi 2-3 dello stesso art. 161 – sia di competenza del Collegio. Infatti, dal combinato disposto dei commi 6 e 8

la sede principale. Il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza.

Successivamente, l'organo giurisdizionale competente dovrà verificare la legittimazione attiva del ricorrente, chiedendosi: a) se si tratti di un imprenditore; b) se sia in possesso del requisito della commercialità. Su quest'ultimo aspetto tuttavia, affiorano le prime divergenze di opinioni. Parte della dottrina¹⁶⁰ infatti, rileva che, al pari degli accordi di ristrutturazione, l'accesso al concordato potrebbe essere consentito anche all'imprenditore "non fallibile"¹⁶¹, in particolare agricolo, argomentando sulla possibilità di *switch*, che il legislatore prevede al comma 6, dell'art. 161 l.fall.

Tuttavia, il fatto che il nuovo istituto sia collocato nell'alveo della disciplina concordataria, non può essere privo di conseguenze logico-sistematiche. E quali dovrebbero essere se non quelle di estendere al concordato i presupposti di ammissibilità del concordato preventivo? In considerazione di ciò, il tribunale fallimentare dovrà valutare ai fini dell'ammissibilità che il ricorrente sia un imprenditore commerciale.

dell'art. 161 l. fall., emerge che il Giudice delegato viene nominato solo con il provvedimento di ammissione alla procedura, ai sensi dell'art. 163, comma 2, n. 1, l. fall. (Tribunale di Pisa 19 settembre 2012, in *IlCaso.it*, I, 7847/2012). Ne consegue che è il Tribunale in composizione collegiale, e non il Giudice delegato, ad assegnare il termine di presentazione della proposta concordataria, come anche a determinare degli obblighi informativi periodici che l'imprenditore è tenuto ad assolvere, sino alla scadenza dello stesso termine». Diffusamente sulla competenza, L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 51.

In tal senso depongono i risultati del questionario OCI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

¹⁶⁰ R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 29, secondo cui, «Quanto al presupposto soggettivo della natura commerciale dell'impresa, occorre considerare che il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, consente infatti all'imprenditore agricolo di accedere agli istituti di cui agli artt. 182-bis e 182-ter l.fall., sicché, se si considera che la domanda di concordato preventivo con riserva può essere seguita da dal deposito di un accordo di ristrutturazione, la riferibilità dell'imprenditore ad una delle categorie di cui all'art. 2195 c.c. non dovrebbe essere determinante ai fini dello scrutinio di ammissibilità della domanda di cui all'art. 161, comma 6, l.fall». *Contra*, DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 171; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1194; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 40, a cui si rinvia per un approfondimento sul problema della legittimazione attiva per l'accesso al concordato.

In giurisprudenza invece, ammette il ricorso dell'imprenditore non commerciale al concordato il Tribunale di Pistoia, nel decreto del 30 ottobre 2012. *Contra*, il Tribunale di Mantova, nel decreto del 27 settembre 2012.

¹⁶¹ L'accesso alla procedura *ex art. 182-bis l.fall* non è infatti limitato agli imprenditori fallibili. Possono infatti presentare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti: A) le banche, le SIM, le SICAV, e le SGR (ma l'ammissione è dibattuta), benchè soggette a liquidazione coatta amministrativa con esclusione di qualsiasi altra procedura concorsuale; B) gli imprenditori che non superano le soglie di fallibilità *ex art. 1 l.fall*; C) tra gli imprenditori non commerciali, quelli agricoli, ma anche qui le opinioni non sono unanimi.

Questa affermazione sembra confermata dalla originaria *voluntas legislatoris*, che ha recentemente introdotto nell'ordinamento interno (con d.l. n. 179 del 2012, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221) una disciplina per la composizione della crisi da sovraindebitamento applicabile al debitore "civile", nella cui nozione rientra non solo il non imprenditore, ma anche l'imprenditore non commerciale e l'imprenditore commerciale "sottosoglia". In sintesi, la nuova disciplina della crisi da sovraindebitamento è applicabile residualmente, all'insieme di soggetti che restano esclusi dall'ambito operativo della legge fallimentare, per ragioni qualitative o quantitative.

Sulla scorta di queste considerazioni, il tribunale dovrà sindacare allora i presupposti soggettivi e oggettivi di ammissibilità che il concordato con riserva condivide con il concordato preventivo. In primo luogo, che il ricorrente sia un imprenditore commerciale non sottosoglia¹⁶²; secondariamente lo stato di crisi e di insolvenza¹⁶³. Per questa valutazione dovrebbero essere sufficienti le informazioni ricavabili dagli allegati alla domanda di concordato; qualora non lo fossero, nonostante il debitore abbia adempiuto correttamente ai doveri di allegazione, il tribunale potrebbe chiedere

¹⁶² In tal senso si è espresso il 98,6% dei magistrati che hanno partecipato al questionario OCI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

Chiaramente V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1193, per cui «Argomento decisivo in tal senso, del resto, è quello teleologico/funzionale, che spinge a rifuggire da un'opposta interpretazione, il cui unico risultato sarebbe quello di condurre all'inutile apertura di un procedimento di pre-ammissione cui non potrebbe poi seguire l'ammissione definitiva per difetto del requisito soggettivo: il che, peraltro sarebbe censurabile non solo (e non tanto) in termini di "inutilità" del subprocedimento così attivato, ma anche (e soprattutto) perché la sua apertura non sarebbe priva di conseguenze e comporterebbe, *medio tempore*, il prodursi di un effetto (*l'automatic stay*) non giustificato dai presupposti di legge, così perpetuandosi il rischio di possibili abusi dello strumento»; E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 320, scrive: «Che vi debba essere il controllo/verifica del tribunale sul superamento delle soglie è del tutto evidente sempre per evitare un uso strumentale e abusivo dell'*automatic stay* da parte di soggetti che pretestuosamente utilizzerebbero lo strumento del concordato per "non pagare provvisoriamente i propri debiti"; per il tribunale di Milano l'eventuale omissione di queste informazioni può risultare sanabile disponendo un'integrazione d'istruttoria». Quest'opinione è condivisa anche da M. MONTELEONE, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org, il quale sottolinea come la forte appetibilità dell'*automatic stay* attrae alla procedura anche debitori non fallibili e cita un caso in cui il debitore non fallibile ha chiesto il concordato, essendo pendenti nei suoi confronti ben cinque procedure esecutive.

¹⁶³ Dal sondaggio OCI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org, è emerso che per il 73,9% del campione intervistato, la verifica del presupposto oggettivo sarebbe necessaria; allo stesso modo, circa il 40% dei giudici ha ritenuto che l'allegazione dei bilanci degli ultimi tre esercizi è sufficiente per l'ammissibilità del ricorso. Qualora lo stato di crisi o d'insolvenza non emerga chiaramente dai bilanci degli ultimi tre esercizi allora, due sono le soluzioni possibili: che il tribunale ritenga sufficiente, in questa fase introduttiva, l'allegazione del presupposto oggettivo, oppure che chieda di integrare la domanda con ulteriore documentazione.

l'integrazione del contenuto minimo¹⁶⁴. Nulla esclude tuttavia, che il debitore arricchisca il ricorso di ulteriori informazioni per provare la legittimazione attiva e la ricorrenza dei presupposti di ammissibilità, per esempio, documentando la storia dell'impresa¹⁶⁵.

Il tribunale dovrà poi verificare la ricorrenza della condizione specificatamente richiesta per l'accesso al concordato, di cui al comma 9, dell'art 161 l.fall. Su questo almeno, giurisprudenza e dottrina concordano, ma si ricorda l'opinione di coloro che interpretano estensivamente la norma e considerano ostativo all'accesso anche il fatto che il ricorrente abbia precedentemente richiesto l'ammissibilità, senza successo, ad una procedura concorsuale cd. "maggiore" (vedi nt. 51).

Una volta chiariti i presupposti di ammissibilità della domanda di concordato, non resta che chiederci se il tribunale, per procedere alla fissazione del termine debba obliterare la domanda in bianco oppure debba valutare un *quid pluris*, tramite l'esercizio di un qualche potere discrezionale.

Il problema è delicato, poiché da un lato, non sembrano esservi spiragli di discrezionalità, considerando che la lettera della legge pare imporre al giudice l'obbligo di fissare il termine e che l'automatismo della protezione è una caratteristica fondamentale dell'intera disciplina, nonché garanzia di successo della procedura; dall'altro, i tribunali devono fare i conti con l'utilizzo largamente abusivo dell'istituto ed è forte la tentazione di introdurre un filtro di ammissibilità che consenta al giudice di disporre di uno strumento di controllo più efficace, in fase di accesso.

Rispetto ai poteri cognitivi del tribunale nel sindacato di ammissibilità della domanda in bianco, si pongono tre diversi indirizzi giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento¹⁶⁶, il tribunale dovrebbe limitarsi a sindacare la propria competenza e la sola condizione di ammissibilità, di cui all'art 161, comma 9,

¹⁶⁴ Per questa soluzione propende L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 45, per cui «Con il deposito della domanda in bianco, dunque se il tribunale ritiene carente la documentazione oppure non adeguato il contenuto "minimo" del ricorso, ai fini della concessione del termine (da sessanta a centoventi giorni), dovrà disporsi l'audizione del debitore con le forme del procedimento in camera di consiglio ex art. 737 e ss. c.p.c., avvalendosi anche di poteri istruttori officiosi ex art. 738 c.p.c., comma 3, l.f. (Trib. Velletri, 17 settembre 2012, www.osservatorio-oci.org, 2012), [...]». L'Autore ha tuttavia, una concezione assai ampia di contenuto minimo. Qui si vuole dire che, ove i presupposti di ammissibilità non possano essere sindacati dal tribunale a causa dell'esiguità della documentazione, ma il debitore abbia depositato il corredo documentale di cui al comma 6 dell'art. 161 l.fall, il tribunale deve chiedere l'integrazione della documentazione ai fini dell'ammissibilità.

¹⁶⁵ L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, scrive «il ricorso dovrà contenere la storia dell'impresa e, ove si tratti di società, le informazioni essenziali in ordine alla composizione degli organi societari ed alle più recenti modificazioni intervenute».

¹⁶⁶ In tal senso, il Tribunale di Pistoia, nel decreto del 30 ottobre 2012.

l.fall e concedere il termine a semplice richiesta del ricorrente, sul presupposto che il preconcordato non è riconducibile al *genus* concordatario.

Alcuni¹⁶⁷ invece, ritengono che il tribunale debba concedere il termine, estendendo il controllo giudiziale oltre la condizione di ammissibilità resa esplicita dal comma 9, dell'art. 161 l.fall, fino a sindacare i presupposti dell'azione.

Altri¹⁶⁸ ancora, sostengono che il giudizio di ammissibilità deve ricomprendere non solo il controllo formale, ma anche il sindacato sulla non strumentalità del ricorso, ossia il *fumus boni iuris*, considerato che la domanda in bianco non dovrebbe essere piegata ad usi dilatori.

Quest'ultima interpretazione non è priva di fondamento teorico-sistematico, qualora si condivida la natura cautelare¹⁶⁹ dell'istituto ed è quella che, se usata con buon senso,

¹⁶⁷ Questa opinione è sostenuta da M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 170, secondo il quale: «La giurisprudenza di merito è unanimemente orientata a ritenere che, nonostante l'automaticità degli effetti scaturenti dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese, ciò non esclude che il tribunale per il deposito degli elementi mancanti ai fini dell'ammissione al concordato, deve comunque esercitare un controllo non solo formale della regolarità del ricorso, bensì anche un riscontro dei presupposti e della legittimazione della domanda»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 71, secondo il quale, «In altri termini, il controllo del Tribunale non sarebbe limitato al rispetto delle prescrizioni di legge (vale a dire il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e dell'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti) o all'unica preclusione sancita dall'art. 161, comma 9, l.fall (cioè il mancato deposito nel biennio precedente di analoga domanda non seguita dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo o dall'omologa di un accordo di ristrutturazione), ma si estenderebbe alla verifica giudiziale dei presupposti dell'azione al fine di evitare possibili strumentalizzazioni e abusi dell'istituto in esame». Si rileva tuttavia che l'Autore, nonostante sostenga questa tesi, per evitare abusi del preconcordato, finisce per ammettere "eccezionalmente" il vaglio di strumentalità dell'istituto in certi casi. A p. 74 continua il discorso come segue. «Fermo quanto precede, va comunque rilevato che la prevalente giurisprudenza ha comunque individuato un caso nel quale è concesso il potere di indagare la possibile strumentalità della domanda di concordato con riserva: si tratta del caso, già sinteticamente illustrato nel precedente paragrafo 3 della Sezione Prima del presente Capitolo, in cui tale domanda sia depositata dal debitore dopo il negativo esito della procedura di concordato preventivo precedentemente avviata o nell'imminenza della declaratoria di inammissibilità della domanda definitiva di concordato preventivo. Come detto, la prevalente giurisprudenza ha sindacato la legittimità di tali comportamenti alla luce dell'istituto dell'abuso del diritto e ha ritenuto che i comportamenti anzidetti possano integrare un utilizzo strumentale (come tale non consentito) della procedura di concordato preventivo con riserva [...]». Lo stesso Autore propende per un'interpretazione estensiva del comma 9 dell'art. 161, l.fall, tentando di ancorare l'inammissibilità del ricorso per finalità dilatorie al dato positivo, senza dover ricorrere alla nozione di abuso del diritto. Così facendo però, ciò che viene fatto uscire dalla porta, rientra dalla finestra. Vedi anche nt. 51.

¹⁶⁸ Così il Tribunale di Tortona, nel decreto dell'8 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 80, secondo cui «appare opportuno -senza contraddire lo spirito della riforma- affidare al Tribunale una qualche modalità di controllo preliminare di ammissibilità dell'iniziativa del debitore, controllo da effettuare prima di fissare i termini per il deposito della proposta; che quindi appare doveroso che il Tribunale valuti -seppure sommariamente- quantomeno l'astratta possibilità giuridica che il debitore possa vedere ammessa l'annunciata proposta di concordato preventivo; ciò può avvenire soltanto affidando al Tribunale una prima delibazione sul *fumus* della non strumentalità dello stesso».

¹⁶⁹ L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 44, scrive «Tra l'altro, il procedimento di concordato preventivo in bianco può avvicinarsi a quello cautelare, anche per il richiamo espresso alla "assunzione di sommarie informazioni" ex art. 161, comma 7, l.f. Nei procedimenti cautelari il giudice può disporre il provvedimento *inaudita altera parte* ex art. 669-sexies c.p.c., ma con contraddittorio differito, a distanza di non più di 15 giorni, per il provvedimento

più delle altre consente di contemperare le due opposte esigenze, garantendo da un lato, l'automatismo voluto dal legislatore e limitando dall'altro, l'utilizzo abusivo dell'istituto. Tuttavia, data l'esiguità delle informazioni che pervengono al tribunale in seguito al deposito del ricorso di concordato (salvo che si voglia "colorare" la domanda in bianco con un corredo documentale ulteriore, non richiesto dalla legge), il controllo sulla non strumentalità, a conti fatti, potrà essere praticato solo ove sia pendente un'istanza di fallimento¹⁷⁰ o di altra procedura concorsuale. In questi casi infatti, il giudice avrà a disposizione maggiori informazioni per valutare le reali intenzioni del ricorrente, potendo effettuare un confronto tra i comportamenti pregressi e la presentazione della domanda in bianco. Il sindacato giudiziale più penetrante che viene riservato al ricorrente che abbia precedentemente adito il tribunale fallimentare, tuttavia potrebbe: da un lato, integrare un'ipotesi di disparità di trattamento, che si ritiene superabile, ove si sostenga la revocabilità del termine giudiziale e un controllo successivo all'accesso al concordato; dall'altro, cozzare con l'obbligo di fissazione del termine minimo, di cui al comma 10, dell'art. 161 l.fall, che in parte già risponde all'esigenza di maggior cautela, ove sia pendente un'istruttoria prefallimentare.

Si consideri inoltre, che in una procedura concorsuale così spiccatamente favorevole per il debitore, nella quale i creditori non hanno voce in capitolo, dovrebbe essere consentita una pur minima "intermediazione" del tribunale a garanzia del ceto creditorio, soprattutto se la funzione del concordato viene ravvisata nella strumentalità dell'*automatic stay* al raggiungimento dell'accordo con i creditori.

Del resto, insistere sull'obbligatorietà della fissazione del termine, ove il giudice abbia già rilevato l'abuso del concordato, significa semplicemente posticipare la declaratoria d'inammissibilità del concordato ad un momento successivo alla fissazione del termine¹⁷¹. Fatto, quest'ultimo, che a livello pratico non cambia di molto

di conferma, modifica o revoca. Allo stesso modo con il ricorso *ex art. 161*, comma sesto, l.f., l'istante si prefigge di ottenere il blocco delle azioni esecutive o cautelari, con contraddittorio differito al termine di 60 giorni previsto dalla legge. Non v'è dubbio, allora, che almeno il *fumus boni iuris* del diritto vantato, necessario per il ricorso cautelare, debba esservi anche per il ricorso con riserva».

¹⁷⁰ In tal senso G. COSTANTINO, *Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva*, in *Il foro italiano*, p. 1572, il quale da un lato, ritiene insindacabile l'intenzione di formulare una proposta di concordato e dall'altro, sostiene che: «Il tribunale, in base alle informazioni acquisite nell'istruttoria prefallimentare, potrebbe ritenere che la situazione del richiedente sia tale da non consentire la formulazione di alcuna proposta di concordato e quindi, dichiarare inammissibile il ricorso e dichiarare il fallimento; potrebbe anche, in base alle informazioni successivamente acquisite nell'ambito dello specifico procedimento ovvero in base alla richiesta di revoca o modifica del decreto di ammissione presentata dai creditori o dagli altri contraenti, abbreviare il termine, dichiarare inammissibile il ricorso e dichiarare il fallimento».

¹⁷¹ Concorda il Tribunale di Siena, del 6 giugno 2014. Nel caso recente, in cui la società ricorrente aveva presentato una domanda *ex art. 161*, comma 6, l.fall, durante la contestuale pendenza dell'istanza di

le conseguenze per il debitore, poiché sposta il controllo dalla fase di accesso a quella cd. interinale. Ne deriva allora, che il ricorso alla figura dell'abuso del diritto¹⁷² verrebbe limitato in sede di ammissione, trovando un valido sostituto nel sindacato sulla strumentalità dell'istituto al buon esito delle trattative, ma solo *ex ante*. Infatti, una volta che il tribunale rilevi, dopo il giudizio di ammissibilità, che il debitore ha chiesto di accedere al concordato solo per finalità dilatorie, allora potrebbe abbreviare il termine¹⁷³, ai sensi del comma ottavo, dell'art. 161 l.fall oppure, quando ne ricorrono i

fallimento, afferma che “non potendosi ravvisare un manifesto abuso della strumento concordatario avendo la società debitrice fornito indicazioni sul piano che intende proporre tali da far considerare la richiesta non pretestuosa, il Collegio aderisce a quell'orientamento della giurisprudenza di merito che ritiene di differire la valutazione in ordine all'esigenza di bilanciamento tra l'interesse dei creditori al fallimento e l'interesse del debitore ad accedere a soluzioni concordate della crisi, al momento del deposito del piano e della documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3 l.f., momento in cui sarà possibile accertare se la procedura di concordato possa essere dichiarata aperta o se il debitore debba essere dichiarato fallito”.

¹⁷² Il ricorso alla clausola generale dell'abuso del diritto dovrebbe avvenire oltre che in termini residuali, avendo riguardo alla funzione tipica della procedura concordataria, che consiste nel garantire un periodo di tempo a riparo dalle azioni individuali dei creditori più aggressivi per raggiungere un accordo di maggioranza. Si capisce allora, come la concreta lesione degli interessi creditori sia fondamentale per integrare la fattispecie del ricorso abusivo dell'istituto. Il Tribunale di Milano, nel decreto del 4 ottobre 2012, dichiara *de plano* l'inammissibilità del ricorso di concordato, presentato contestualmente alla rinuncia alla domanda di concordato dalla società istante, poiché ritiene che la domanda in bianco sia meramente funzionale all'elusione della declaratoria di inammissibilità dell'originaria domanda di concordato, relativamente alla quale il debitore era stato convocato in udienza per rendere conto dei profili di inammissibilità che le erano stati contestati dal tribunale e per interloquire sull'istanza di fallimento pendente. L'inammissibilità del concordato per abuso del diritto è confermata, secondo i giudici meneghini, dal fatto che il ricorrente aveva oltretutto, già presentato una domanda di inibitoria *ex art. 182-bis*.

La Corte di Appello di Milano, nella sentenza del 21 febbraio 2013 tuttavia, ribalta il verdetto dei giudici di prime cure. Ritiene infatti, che “Il Tribunale, prendendo in particolare in considerazione il concetto di deviazione dalla funzione tipica e operando una ponderazione degli interessi in gioco, con particolare riguardo a quelli del creditore istante, ha finito per sanzionare il preteso abuso di plurime domande di concordato e contestuali revocche, introducendo un restringimento, in via interpretativa, dell'ambito di applicazione delle regole che disciplinano il diritto e giungendo, senza alcuna considerazione delle peculiarità del caso, a individuare un divieto nella condotta posta in essere dalla reclamante. In realtà, a giudizio della Corte, laddove il ricorso da parte dell'imprenditore in crisi allo strumento del concordato, dopo aver già presentato una domanda di concordato, può in astratto anche configurare un utilizzo abusivo delle facoltà normativamente riconosciute, tuttavia nella specie deve escludersi che si sia realizzata tale ipotesi e ciò proprio in base a quella valutazione degli opposti interessi a cui prima si faceva cenno. E invero non risulta che la condotta della debitrice abbia arrecato un pregiudizio all'unico creditore precedente quale ha anzi addirittura reclamato la sentenza dichiarativa di fallimento (fatto assolutamente inusuale), così dimostrando di aver fiducia nella possibilità di CAMUZZI s.p.a, in liquidazione di raggiungere un accordo soddisfacente con le banche e di addivenire a un superamento della crisi. Lo stesso creditore precedente ha anzi fatto presente che aveva anche raggiunto un accordo con la CAMUZZI, riservandosi di depositare una dichiarazione di desistenza proprio all'udienza del 25/01/2013 alla quale era stato rinviato l'esame del suo ricorso.”

In sintesi il Tribunale ha fatto ricorso all'abuso del diritto senza considerare in concreto, gli interessi dell'unico creditore che nel caso di specie non subiva alcun danno dalla rinuncia alla domanda di concordato con contestuale ricorso alla presentazione del concordato.

¹⁷³ In tal senso il Tribunale di Terni, nel decreto del 7 novembre 2013, il quale “segnala al debitore [...] che, qualora l'attività compiuta risulti manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentiti il debitore, il commissario giudiziale ed eventualmente i creditori, potrà abbreviare il termine”. Sull'obbligo di fissazione del termine e l'introduzione di un

presupposti, fare ricorso all'inammissibilità della domanda *ex art.* 162 l.fall o alla revoca dell'ammissione *ex art.* 173 l.fall.

2.3 Il termine giudiziale per l'integrazione della domanda in bianco

Una volta accertata l'ammissibilità della domanda di preconcordato, il tribunale fallimentare deve con decreto, fissare il termine per il deposito del piano e della documentazione di cui al comma 1, dell'art. 161 l.fall, ovvero per la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione. Termine che, ai sensi del comma 6 dell'art. 161 l.fall, può andare da sessanta a centoventi giorni, prorogabili di ulteriori sessanta, qualora ricorrano giustificati motivi. Nel caso sia pendente un'istanza di fallimento verso il ricorrente, l'ultimo comma dell'art. 161 l.fall, avverte che il termine dovrà essere quello minimo di sessanta giorni, prorogabile anche in questo caso, di ulteriori sessanta ove ricorrano giustificati motivi.

Le disposizioni relative alla fissazione del termine pongono una serie di questioni interpretative.

Il primo quesito riguarda l'eventuale discrezionalità del giudice nella concessione di un periodo di protezione a riparo dalle azioni esecutive e cautelari. La dottrina¹⁷⁴ e la giurisprudenza¹⁷⁵ sostanzialmente concordano sul fatto che il tribunale, allorché ritenga ammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva, sia obbligato a stabilire il *dies ad quem* dell'*automatic stay*.

In questo senso depone il tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.fall che parla di "fissare", anziché "concedere" il termine; la *ratio* dell'istituto che è connotato da un certo grado di automatismo; nonché il comma 10, dell'art. 161 l.fall, che dispone la

controllo successivo, anche M. FABIANI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

¹⁷⁴ In tal senso P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi del nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, p. 42, in www.ilcaso.it; F. CALAGNA, *Sulla modulazione giudiziale del termine per l'integrazione della domanda di preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it. *Contra*, F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale «All'esito del procedimento il Tribunale potrebbe, ad opinione di chi scrive, anche negare la concessione del termine, qualora questa risulti - ad esempio - del tutto incompatibile con il futuro sviluppo della procedura (si pensi, ad esempio, al caso in cui risulti che, nel corso del termine, verranno a maturare crediti prededucibili per un ammontare tale da precludere la distribuzione di somma alcuna ai chirografari)». Il commento dell'Autore tuttavia, precede le modifiche dell'istituto apportate dal Decreto del Fare, che hanno rafforzato i poteri del tribunale nella fase successiva all'adozione del decreto di fissazione del termine. Il nuovo comma ottavo, dell'art. 161 l.fall, dispone infatti che "Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inadeguata alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo".

¹⁷⁵ Così il Tribunale di Vicenza, del 10 ottobre 2012.

concessione del termine minimo, anche quando sia pendente l'istruttoria prefallimentare e quindi a *fortiori*, qualora il ricorrente abbia adito per la prima volta il tribunale fallimentare.

Posto l'obbligo di fissazione del termine, la discrezionalità nell'esercizio dei poteri del tribunale potrà riguardare solo la durata del periodo di protezione. Tuttavia, l'esiguità delle informazioni di cui dispone, non permetterà al giudice di fissare un termine superiore a quello minimo previsto dalla legge, salvo che il ricorrente non dimostri che la complessità della situazione o delle trattative per la predisposizione del piano e del resto della documentazione, non richieda un tempo maggiore di sessanta giorni. La richiesta dovrà essere esplicitata ed adeguatamente motivata.

Il termine fissato dal tribunale può essere prorogato per un massimo di ulteriori sessanta giorni, anche più di una volta¹⁷⁶. Analogamente a quanto avviene per la richiesta di determinazione di un termine superiore a quello minimo, anche la richiesta di proroga andrà motivata¹⁷⁷ e formulata con un congruo anticipo rispetto alla scadenza

¹⁷⁶Così G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 401, nt. 35; F. PEDOJA, *Istanza di fallimento e procedimento di concordato preventivo in bianco*, in www.ordineavvocati.ts.it, «E' pacifico che detto termine possa essere prorogato "in presenza di giustificati motivi" nel limite massimo previsto dalla Legge anche più volte, atteso che il citato art. 161 c. 6 a differenza di quanto disposto nell'art.169 bis c. 1 l.f. ("prorogabili per una sola volta") non menziona alcun limite alla reiterabilità della concessione della proroga». In giurisprudenza: il Tribunale di Modena, 14 novembre 2012; il Tribunale di Pordenone, 6 maggio 2013. *Contra* F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it.

¹⁷⁷ *Contra* F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1065, scrive che: «se, infatti, i giustificati motivi emergono dagli atti acquisiti dal tribunale, non è da escludersi *a priori* che il tribunale, apprezzandone la ricorrenza, stabilisca, anche officiosamente, la proroga». Nel senso prospettato nel testo, M. FABIANI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org; M. ARATO *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 91, per il quale: «Dalla stessa lettera delle disposizioni di legge, emerge che la richiesta di proroga dovrà necessariamente contenere l'indicazione dei motivi per cui il debitore non è in grado di depositarla proposta e il piano definitivo di concordato o l'accordo di ristrutturazione dei debiti. Tali motivi ben potranno concernere la complessità della procedura di risanamento (soprattutto quando essa coinvolga diverse società appartenenti al medesimo gruppo), ovvero l'allungamento delle trattative con i terzi investitori, ovvero con gli istituti di credito soprattutto in presenza di tentativi di risanamento da attuare mediante il concordato con continuità aziendale o l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis, comma 1 l.fall. L'analisi delle motivazioni a supporto della richiesta di proroga consentirà al giudice di stabilire anche la durata della proroga che, comunque, non potrà eccedere i 60 giorni»; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014, ove si legge: «In questo caso, il vaglio del Tribunale per l'emanazione del provvedimento di proroga avrà ad oggetto la ricorrenza di motivazioni che appaiono giustificate. La legge non esige la ricorrenza di motivi che siano gravi. Esprimendosi sulla "giustificazione" dei motivi, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che il sindacato del Tribunale è limitato alla verifica della plausibilità e dell'idoneità dei motivi addotti da parte del richiedente. In argomento, si è sostenuto che la necessità della ricorrenza di motivi giustificati dovrebbe imporre al Tribunale un'attenta valutazione della richiesta di proroga, subordinandone la concessione all'esistenza di circostanze che possono sensibilmente condizionare la presentazione del piano di concordato. Va dato atto che in alcuni tribunali si ammette il rigetto della richiesta di proroga, senza preventiva convocazione della parte richiedente, se immotivata o in palese violazione degli interessi creditorî».

del termine, per evitare che la decisione del tribunale sia a ridosso del *dies ad quem* e quindi a rischio di superamento del termine stabilito, con le conseguenze previste dall'art. 162 l.fall.¹⁷⁸

La seconda questione attiene all'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine giudiziale per l'esercizio della facoltà di *switch*. Nel silenzio della legge si pongono tre possibili soluzioni: che il termine decorra dall'adozione del decreto del tribunale¹⁷⁹ (che a sua volta può intendersi dalla comunicazione del decreto ovvero dalla pubblicazione presso il Registro delle Imprese); dal deposito della domanda di concordato¹⁸⁰, ovvero dalla sua iscrizione nel Registro delle Imprese¹⁸¹. Dopo una fase iniziale di assestamento in cui la giurisprudenza propendeva per la prima soluzione¹⁸², attualmente l'orientamento prevalente sostiene l'opportunità di accedere all'ultima opzione interpretativa¹⁸³ ivi prospettata. Infatti, la circostanza che il blocco delle azioni esecutive e cautelari abbia inizio dalla pubblicazione della domanda, a discapito dei creditori, sembra bilanciarsi perfettamente con il fatto che il periodo per la predisposizione del piano decorra a far data dallo stesso momento, senza che il debitore resti ulteriormente avvantaggiato dal lasso di tempo intercorrente tra la pubblicazione della domanda in bianco e l'adozione del provvedimento giurisdizionale. Lasso di

In tal senso il Tribunale di Milano, nel Plenum del 18 ottobre 2012 e il Tribunale di Crotone, in Disposizione in ordine alla domanda prenotativa del 17 gennaio 2013.

¹⁷⁸ E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 327.

¹⁷⁹ In tal senso, F. CANCELLI, *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria, obblighi informativi*, www.ilfallimentarista.it; I.L. NOCERA, *Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario*, in www.24oreavvocato.ilsole24ore.com, scrive: «Il *dies a quo* del suddetto termine deve individuarsi, in assenza di diversa indicazione da parte del decreto, nella relativa concessione, benché, allo scopo di non dilatare oltremodo l'ampiezza del benefici di cui possa godere il debitore, è possibile che si affermi la prassi che faccia coincidere il termine iniziale con l'iscrizione del ricorso nel Registro delle imprese, ossia con il momento nel quale iniziano gli effetti della tutela».

Così il Tribunale di Bolzano, del 25 settembre 2012; il Tribunale di Bergamo, del 15 febbraio 2013; il Tribunale di Milano, nel Plenum del 18 ottobre 2012; il Tribunale di Monza, nel Plenum del 9 ottobre 2012.

¹⁸⁰ E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 326, sostiene: «La data dalla quale far decorrere il termine è il giorno del deposito e quindi il debitore entro tale termine, che può variare da sessanta a centoventi giorni, dovrà depositare la domanda e la documentazione definitiva». In giurisprudenza il Tribunale di Asti, del 24 settembre 2012

¹⁸¹ In tal senso P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fallimento*, 2013, p. 88; R. AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 34; G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 1071.

¹⁸² M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 174, per il quale: «L'orientamento maggioritario ritiene che decorra dal giorno del deposito del provvedimento collegiale in cancelleria, non essendo peraltro prevista alcuna comunicazione da parte dell'Ufficio». In tal senso, il Tribunale di Bolzano, 25 settembre 2012.

¹⁸³ Così il Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012.

tempo che oltre tutto, dipenderebbe dalla solerzia del tribunale, causando inevitabili disparità di trattamento per le parti coinvolte nel procedimento: creditori e ricorrente.

Ulteriori argomentazioni a favore dell'anticipazione del *dies a quo* a partire dalla pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese sono: a) l'induzione di comportamenti virtuosi nel debitore; b) la maggior certezza per le parti delle tempistiche procedurali, che dipenderebbero dal tribunale solo per la determinazione del *dies ad quem*.

Senza contare che, ove si ritenesse che il termine a disposizione del debitore decorra dalla pubblicazione del decreto, il dettato normativo andrebbe integrato in via giurisprudenziale, dovendo il giudice disporre una qualche forma di pubblicità del decreto, così da rendere noto ai creditori il termine finale per lo scioglimento della riserva¹⁸⁴.

L'orientamento attualmente prevalente si pone inoltre, più in linea con l'assunto dell'obbligatorietà del termine e con l'automatismo che caratterizza l'istituto, sebbene possa a prima vista apparire contrario allo spirito della riforma e al *favor* per gli strumenti di risoluzione della crisi alternativi al fallimento, riducendosi il tempo a disposizione del debitore per la predisposizione del piano e della proposta.

In ogni caso, quello che appare essenziale, a fronte delle diverse interpretazioni giurisprudenziali sul punto, è che il collegio, una volta concesso il termine, indichi chiaramente la sua decorrenza iniziale, onde evitare che il debitore incorra in decadenze irrimediabili derivanti da una controversa interpretazione della norma¹⁸⁵.

La terza *quaestio* riguarda l'applicabilità del periodo di sospensione feriale, di cui alla l. n. 742 del 1969, al termine giudiziale sul presupposto della sua natura processuale o sostanziale.

¹⁸⁴ Così G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 960, per il quale: «Ciò in quanto la norma non prevede l'iscrizione del decreto del tribunale nel registro delle imprese a cura del cancelliere, con la conseguenza che tale incombente deve ritenersi a meramente facoltativo, di talché, appare del tutto arbitrario fissare la decorrenza iniziale del termine da un accadimento futuro e incerto, rimesso alla mera discrezionalità del debitore il quale potrebbe volutamente procrastinare tale iscrizione per godere di un lasso di tempo ben maggiore di quello concesso dal tribunale»; M. FABIANI, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo: spunti operativi*, in www.osservatorio-oci.org per cui: «Il decreto di fissazione del termine può essere modulato, indifferentemente, a giorni o a data fissa. Non è previsto che sia autonomamente pubblicato sul registro delle imprese».

¹⁸⁵ In tal senso G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 961; F. RASILE, *Concordato con riserva: deposito del verbale notarile e delle autorizzazioni ex art. 182-quinquies e obblighi informativi*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale «La scelta di individuare un giorno preciso (invece di un arco temporale: 60/120 gg.) entro il quale provvedere al deposito, scelta già suggerita e seguita dal Tribunale di Milano, è certamente condivisibile (anzi auspicabile) ed in grado di evitare possibili contestazioni sul rispetto o meno dei termini concessi».

Indipendentemente dalla natura del termine, parte della dottrina¹⁸⁶ risolve la questione ivi proposta, argomentando sull'unitarietà della disciplina concordataria e ritenendo applicabile al preconcordato la prassi giurisprudenziale¹⁸⁷ elaborata per l'istituto ordinario.

Tra i sostenitori dell'autonomia del preconcordato, qualora si acceda alla tesi¹⁸⁸ che individua l'oggetto della domanda nella richiesta di un termine di protezione, necessariamente il termine avrà natura sostanziale¹⁸⁹, sicché resta esclusa l'applicabilità della sospensione feriale¹⁹⁰. Ove invece, si ritenga che l'oggetto della domanda in bianco sia la richiesta di accesso ad una procedura concorsuale, sia essa autonoma o concordataria, il termine avrà natura processuale¹⁹¹ e dovrebbe rimanere assoggettato

¹⁸⁶ Così I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2013, p. 1079, che riferendosi alla disciplina della sospensione afferma: «In generale, al concordato quella disciplina viene ritenuta applicabile, sicché, quando la domanda di concordato in bianco sia presentata col ministero del difensore (come vuole l'orientamento giurisprudenziale prevalente), la sospensione dovrebbe riguardare anche i termini del giudizio aperto da quella domanda (soprattutto se si ritiene, come reputo corretto, che il procedimento di concordato sia uno ed unico, dal ricorso alla definitività dell'omologa), stante la *ratio* che giustifica la sospensione feriale dei termini, ovvero la necessità di assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati». L'Autrice sostiene la derogabilità della sospensione feriale, tramite l'apposizione della dichiarazione giudiziale d'urgenza, solo nel caso in cui sia pendente l'istruttoria fallimentare.

¹⁸⁷ La Corte di Cassazione, 1 sez., 17.4.1993, n. 4541, aveva infatti affermato che il concordato preventivo non si sottrae alla sospensione durante il periodo feriale sul presupposto che la deroga alla sospensione medesima, prevista per le cause inerenti alla dichiarazione o revoca del fallimento, non è estensibile a procedure concorsuali diverse da quella fallimentare, ancorché possano implicare di riflesso l'apertura (o la revoca) del fallimento.

¹⁸⁸ Così il Tribunale di Pistoia, nel decreto del 30 ottobre 2012, per cui «Si tratta a ben vedere di una domanda avente ad oggetto la concessione di un termine operativo entro il quale opera la protezione di cui all'art. 168».

¹⁸⁹ Così il Tribunale di Perugia, del 29 luglio 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui per termine processuale si intende «il termine fissato dal legislatore per il compimento di un atto processuale che abbia immediata incidenza sull'instaurazione del procedimento o sul suo svolgimento laddove invece, nel caso in esame, l'atto procedimentale con effetti processuali che segna l'avvio del procedimento di concordato è rappresentato dal deposito del ricorso e non dal deposito del piano della proposta e della documentazione integrativa».

¹⁹⁰ La tesi della non applicabilità della sospensione feriale sembra confermata dai risultati del questionario OCI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org. Il 71,2% dei magistrati interrogati sul punto, al quesito n. 66, hanno optato infatti, per la non applicabilità. Così M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, p. 1091.

¹⁹¹ In dottrina G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 961, per cui: «Termine per il deposito della domanda completa che ha una funzione prevalentemente processuale in quanto è inserito in un procedimento di natura giurisdizionale apertosi con il deposito della domanda con riserva ed incide sul procedimento medesimo, quale termine idoneo a dare corso alla ulteriore fase dell'ammissione ovvero, in caso di mancato deposito, a provocare l'interruzione del procedimento e a dichiaratoria di inammissibilità.[...] Termine cui deve quindi applicarsi la sospensione feriale dei termini»; M. ARATO, *La conservazione dell'attività di impresa come nuovo principio fondante del diritto concorsuale italiano*, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 88, «Ora, a ben vedere sembra difficile negare che il termine di cui all'art. 161, commi 6 e 10, l.fall. abbia natura "processuale", atteso che esso è indubbiamente fissato nell'ambito di un procedimento giurisdizionale ed ha altrettanto pacificamente ad oggetto il compimento di un'attività

alla sospensione feriale, finendo tuttavia col pregiudicare ulteriormente il ceto creditorio ed aprendo le porte ad abusi dell'istituto concordatario.

In realtà, pur ammettendo che il termine sia processuale, non necessariamente si giunge alla conclusione dell'applicazione della sospensione feriale. Sembra infatti dirimente, verificare se il procedimento di concordato preventivo con riserva sia o meno caratterizzato dal requisito dell'urgenza che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 3 della l. n. 742 del 1969 e dell'art. 92 del R.D. n. 12 del 1941 (recante le disposizioni sull'"Ordinamento Giudiziario")¹⁹², costituisce il presupposto in forza del quale la regola generale dell'applicabilità della sospensione feriale dei termini può essere eccezionalmente derogata¹⁹³. Certamente, quand'anche non si voglia ammettere la natura propriamente cautelare¹⁹⁴ del preconcordato, non si può negare che rientri nel novero di quei procedimenti per cui "la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti"¹⁹⁵, rispetto ai quali il tribunale può dichiarare l'urgenza del procedimento, ai sensi dell'art. 92, comma 2, del R.D. n. 12 del 1941.

È quindi da condividere quell'orientamento¹⁹⁶ giurisprudenziale, espresso dal Tribunale di Terni, che considera il requisito dell'urgenza nel concordato con riserva *in*

processuale; tuttavia tale circostanza non pare decisiva ai fini della soluzione del quesito di cui ci si occupa».

In giurisprudenza, il Tribunale di Catania, del 25 luglio 2013; il Tribunale di Roma, del 3 luglio 2013; il Tribunale di Pescara, del 7 maggio 2013; Tribunale di Reggio Emilia, del 5 settembre 2013.

¹⁹² L'art. 3 della l. n. 742 del 1969, stabilisce che la sospensione non si applica "alle cause ed ai procedimenti indicati nell'articolo 92 dell'ordinamento giudiziario 30 gennaio 1941, n. 12, nonché alle controversie previste dagli articoli 429 e 459 del codice di procedura civile".

L'art. 92 del R.D. n. 12 del 1941, stabilisce che: "Durante il periodo feriale dei magistrati le corti di appello ed i tribunali ordinari trattano le cause civili relative ad alimenti, alla materia corporativa, ai procedimenti cautelari, ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, ai procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari, di sfratto e di opposizione all'esecuzione, nonché quelle relative alla dichiarazione ed alla revoca dei fallimenti, ed in genere quelle rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti.

In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal presidente in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile, e per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del collegio, egualmente non impugnabile".

¹⁹³ M. ARATO, *La conservazione dell'attività di impresa come nuovo principio fondante del diritto concorsuale italiano*, in *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 89.

¹⁹⁴ Se si ammettesse che il preconcordato è un procedimento cautelare, alla stregua di quanto ritenuto per il procedimento *ex art. 182-bis*, comma 6, l.fall, allora non troverebbe applicazione la regola della sospensione feriale che, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 742 del 1969, non si applica ai procedimenti cautelari. L'ipotesi è presa in esame da M. FARINA, *L'applicabilità della sospensione feriale dei termini processuali al termine per il deposito di proposta, piano e documentazione nel preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it. L'Autore nega la natura cautelare del preconcordato sulla base di due argomentazioni: la mancanza di una seppur sommaria valutazione del *fumus boni iuris* e la struttura esclusivamente unilaterale del procedimento, non aperto alla partecipazione dei creditori.

¹⁹⁵ Come recita il già citato art. 92 del R.D. n. 12 del 1941, per il quale si veda la precedente nt. 192.

¹⁹⁶ In tal senso, L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 37, scrive: «Sospensione dei termini feriali che può peraltro, essere scongiurata dal Giudice, apponendo in calce al ricorso la dicitura "si dichiara l'urgenza della trattazione", come previsto

*re ipsa*¹⁹⁷, sul presupposto: a) del pregiudizio arrecato ai creditori dall'*automatic stay*; b) della limitazione imposta al debitore nel compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, che richiedono l'autorizzazione del tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.fall; c) della protrazione degli obblighi informativi a carico del debitore e di vigilanza a carico del commissario giudiziale, e ritiene di poter evitare l'applicabilità della sospensione feriale, previa dichiarazione di urgenza, "laddove ciò si ravvisi necessario o anche semplicemente opportuno"¹⁹⁸.

La quarta questione riguarda la riduzione del termine giudiziale concesso dal tribunale, quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inadeguata alla predisposizione della proposta e del piano. Prima dell'intervento correttivo del legislatore del 2013 infatti, la disciplina del concordato in bianco prevedeva semplicemente che, "con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo".

Alla luce di siffatta disposizione, ci si chiedeva se il tribunale potesse modulare la sanzione applicabile (*id est* l'inammissibilità della domanda di concordato), disponendo il deposito del piano entro un termine inferiore a quello originariamente stabilito. Per ovviare alla lacuna normativa, parte della dottrina¹⁹⁹ riteneva comunque applicabile in via analogica l'art. 173 l.fall, così da consentire al tribunale un controllo successivo alla concessione del termine.

Oggi, la riduzione del termine giudiziale è stata esplicitamente ammessa al comma 8, dell'art. 161 l.fall, disponendo che: "quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è

dall'ordinamento giudiziario»; M. FABIANI, *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*, Rovereto, 22-24 Febbraio 2013, in www.osservatorio-oci.org.

¹⁹⁷ *Contra*, I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2013, p. 1080, che ravvisa l'urgenza e quindi l'opportunità di una deroga alla sospensione feriale dei termini processuali, solo ove vi sia contemporanea pendenza dell'istruttoria fallimentare.

¹⁹⁸ Così il Tribunale di Terni, con decreto del 31 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

¹⁹⁹ In tal senso, M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, scrive: «Secondo alcune prime letture durante il periodo di limbo il tribunale potrebbe provvedere, in analogia a quanto previsto nell'art. 173 l.fall., a revocare il beneficio del termine e conseguentemente a dichiarare inammissibile la domanda qualora riscontri l'impossibilità del debitore di confezionare una proposta ed un piano ammissibili. Pur se una lettura di questo tenore meriti di essere giustificata in quanto assunta in funzione di protezione degli interessi dei creditori e dei terzi, non sembra al fondo condivisibile in quanto prima che una proposta sia formulata può stabilire preventivamente che sia impossibile presentarla». *Contra*, G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 964, nega l'applicabilità dell'art. 173 l.fall al concordato, sul presupposto del mancato richiamo e della competenza del commissario giudiziale, figura originariamente non prevista dall'art. 161, comma 6, l.fall, ad attivare la procedura di revoca; S. POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto, con premesse sulla sua qualificazione e disciplina applicabile*, in www.ilfallimentarista.it.

manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo". Particolarmente opportuna appare la previsione per cui: "il tribunale può in ogni momento sentire i creditori", ai fini del contemperamento di quegli opposti interessi che trovano nella procedura un *forum* di mediazione, attraverso l'attività dell'organo giurisdizionale.

Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 173 l.fall. ben prima dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 163 l.fall, è stata anch'essa prevista al comma 6, dell'art. 161 l.fall, previa attivazione del commissario giudiziale che tuttavia, è organo eventuale della procedura preconcordataria. In ogni caso, parte della dottrina²⁰⁰ non dubita dell'applicabilità *ex officio* dell'art. 173 l.fall, quando il tribunale venga a conoscenza di comportamenti del debitore rilevanti ai sensi della stessa norma.

La quinta problematica attiene alla fissazione del termine minimo²⁰¹ in pendenza dell'istruttoria fallimentare, ai sensi del comma 10, dell'art. 161 l.fall, inserito in sede di conversione del d.l 22 giugno 2012, n. 83. Parlando del giudizio di ammissibilità che precede il decreto di fissazione del termine, già si è detto che il tribunale è obbligato a fissare il termine anche in pendenza dell'istruttoria fallimentare, salvo ricorra l'abuso del diritto (*rectius*: la non strumentalità del ricorso all'esercizio dello *switch*). Si ripropone tuttavia la questione se il tribunale in pendenza dell'istruttoria fallimentare, debba in ogni caso fissare il termine minimo previsto dal comma 10, dell'art. 161 l.fall, alla luce dell'inciso iniziale: "fermo restando quanto disposto dall'art. 22, comma 1, l.fall"²⁰², considerato che la disposizione si presta ad interpretazioni non univoche.

Parte della dottrina²⁰³ ha ritenuto che la norma deve essere interpretata nel senso che "può essere concesso un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni solo in

²⁰⁰ In tal senso M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 169, secondo il quale «E' vero che la norma fa espresso riferimento al caso in cui sia stato nominato il commissario giudiziale, ma nulla osta a ritenere che, anche ove il commissario giudiziale non sia stato nominato, il Tribunale che venga a conoscenza che il debitore ha compiuto atti rilevanti ai sensi dell'art. 173 l.fall., possa fare applicazione di tale ultima disposizione e dichiarare improcedibile il ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. proposto dal debitore».

²⁰¹ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014, ove si legge «La differenziazione dei termini, parrebbe trovare giustificazione, come messo in luce, nell'esigenza di evitare che la presentazione della domanda di un concordato con riserva, causi un indebito allungamento dei termini del procedimento prefalimentare».

²⁰² Il primo comma dell'art. 22 l.fall. recita come segue: "Il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti".

²⁰³ In tal senso I. L. NOCERA, *Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario*, in www.24oreavvocato.ilsole24ore.com, secondo il quale «l'inciso previsto al comma 10, art. 161 l. fall., che mantiene fermo quanto disposto dall'art. 22, comma 1, l. fall., deve essere interpretato nel senso che può essere concesso un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni

caso di rigetto dell'istanza di fallimento *ex art. 22, comma 1, l.fall.* (ed anche in pendenza di reclamo ai sensi del comma 2, che infatti non è espressamente richiamato)²⁰⁴, sostanzialmente attribuendo valore di condizione negativa all'inciso iniziale: “salvo che” invece di “fermo che”. Questa interpretazione ammette l'eventualità che il tribunale possa decidere l'istanza di fallimento prima della domanda di concordato, senza nulla dire sulla sorte dell'istruttoria fallimentare nel caso in cui l'autorità procedente non abbia ancora elementi sufficienti per l'adozione del decreto di rigetto. Il comma 10, dell'art. 161, l.fall potrebbe complessivamente interpretarsi nel senso che, fermo restando il potere del tribunale di decidere sull'istanza di fallimento in ogni momento, ove decidesse per il rigetto, allora potrebbe fissare un termine superiore a sessanta giorni per lo scioglimento della riserva.

La proposizione implicita che fa riferimento all'art. 22, comma 1, l.fall, può essere viceversa interpretata come una concessiva, tale cioè da non avere effetto sul *quantum* di tempo stabilito dal tribunale per lo scioglimento della riserva, che in ogni caso sarà di sessanta giorni, anche qualora il tribunale abbia disposto il rigetto dell'istanza di fallimento²⁰⁵. La parafrasi della norma potrebbe suonare allora, come segue: “fermo il

unicamente in caso di rigetto dell'istanza di fallimento *ex art. 22, comma 1, l. fall.*, ed anche in pendenza di reclamo ai sensi del successivo secondo comma, che infatti non è espressamente richiamato (in tal senso, Tribunale di Terni 26 febbraio 2013, in [IICaso.it](#), I, 8603/2013). Risulta, quindi, palese come il Legislatore abbia operato un bilanciamento tra l'interesse del creditore istante per il fallimento e quello del debitore che presenti domanda di concordato, indicando come punto di equilibrio l'automatismo della concessione di un termine particolarmente breve»; L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 41; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*, in *Fallimento*, 2013, p. 92; M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, p. 1097, scrive: «Va infatti sottolineato che anche il comma 10, ove fa salva la pronuncia di rigetto dell'istanza di fallimento, non desta particolare rumore se inteso come norma speciale, disciplinante la regolazione delle sole istanze di concordato: quando la domanda di cui agli artt. 160-161 l.fall. sia depositata in pendenza di fallimento, il termine che il giudice concede, e correlativamente il blocco imposto ai creditori, si riduce, disegnando in modo diverso la sequenza delle sole operazioni concernenti quella procedura, cioè il concordato»; anche L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in [www.ilfallimentarista.it](#), secondo il quale tuttavia, il tribunale ha, rispetto all'istanza di fallimento, durante la contestuale pendenza della domanda concordataria, il solo potere di respingerla. Afferma infatti, l'Autore: «In questo caso, è da ritenere, il termine per la presentazione della proposta e del piano, oltre che dei documenti allegati, tornerà ad essere quello ordinario».

²⁰⁴ Così il Tribunale di Terni, con decreto del 28 gennaio 2013, in [www.ilcaso.it](#). Concorda G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 960.

²⁰⁵ Così F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura fallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in [www.ilfallimentarista.it](#), secondo il quale la disposizione mira a precisare che il termine è di sessanta giorni, anche quando il tribunale abbia deciso di rigettare l'istanza di fallimento. Scrive infatti, l'Autore: «Credo invece che la disposizione in commento vada letta, conformemente al suo tenore e alla sua *ratio* limitativi e restrittivi, più o meno come se dicesse: “Quando già pende un procedimento per la dichiarazione di fallimento il Tribunale può concedere al debitore ricorrente in pre-concordato un termine di non più di sessanta giorni, fermo restando che il procedimento prefallimentare deve considerarsi pendente anche quando il Tribunale abbia già rigettato un'istanza o richiesta di fallimento con decreto non ancora divenuto definitivo. Pertanto anche in tal caso il termine non può superare i sessanta giorni”».

potere del tribunale di rigettare l'istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 22 l.fall, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento, il tribunale ha l'obbligo di fissare il termine di sessanta giorni, prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni". Se l'inciso iniziale non ha alcun effetto sulla determinazione del *quantum*, perché il potere discrezionale del giudice nella concessione del termine è comunque vincolato dalla norma di legge, allora, volendogli attribuire un qualche significato, dovrà regolare il coordinamento tra procedure, in pendenza dell'istruttoria fallimentare. Dalla precedente lettura della norma deriva che, da un lato il tribunale deve fissare il termine, che comunque sarà di sessanta giorni; dall'altro può esclusivamente rigettare il fallimento in ogni momento²⁰⁶. Mancando infatti, qualsiasi riferimento all'art. 16 l.fall, il rigetto sarebbe la sola decisione che il tribunale può prendere sull'istanza di fallimento durante la contestuale pendenza con il concordato, confermandosi così un nuovo criterio di coordinamento tra procedure per cui la domanda di concordato sospende il fallimento.

Tuttavia, questa conclusione non è logicamente ricavabile dalla norma di legge. Infatti, se il tribunale può rigettare l'istanza di fallimento in ogni momento, allora l'istruttoria fallimentare non resta sospesa, poiché il decreto di rigetto potrà essere emesso anche quando sia pendente il termine di sessanta giorni *ex art.* 161, comma 6,

Concorda con la tesi lamanniana, M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 85, secondo il quale «E' un orientamento condivisibile, rispettoso della pregiudizialità necessaria tra il procedimento pre-fallimentare e la procedura di concordato preventivo con riserva introdotta dall'art. 161, comma 10, l.fall. Pertanto, non pare ammissibile che una volta che sia stata depositata una domanda di concordato preventivo con riserva il Tribunale possa rigettare l'istanza di fallimento, atteso che il Tribunale dovrà attendere che si sia esaurita la fase del concordato preventivo con riserva prima di esaminare l'istanza di fallimento. Di conseguenza, l'unico caso in cui l'art. 161, comma 10, l.fall. sembra applicabile è proprio quello in cui al momento del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva l'istanza di fallimento sia già stata respinta, ma penda il termine per la proposizione del reclamo avverso tale provvedimento. E, anche in tal caso, il termine che dovrà essere concesso dal Tribunale non potrà eccedere i 60 giorni, in quanto è ancora pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento»; F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1067; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali, Appendice di aggiornamento in relazione al d.l.n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 8.

²⁰⁶ Invero secondo la tesi lamanniana (vedi nota precedente), il rigetto dell'istanza di fallimento potrebbe aversi solo prima della domanda di concordato. Tuttavia, ove il rigetto non fosse definitivo, in quanto pendente il termine per la reclamabilità del relativo decreto, il procedimento prefallimentare dovrebbe considerarsi comunque pendente, cosicché, ove sia stata presentata la domanda di concordato, il tribunale dovrebbe comunque concedere un termine di sessanta giorni per il deposito del piano. Questa interpretazione del rinvio, *ex comma* 10, dell'art. 161 l.fall, all'art. 22 l.fall, parte dal presupposto, tutto da dimostrare, che vi sia un rapporto di pregiudizialità tra i due procedimenti, cosicché la presentazione della domanda di concordato necessariamente sospende il fallimento, ragion per cui, l'Autore nemmeno ipotizza che l'istanza di fallimento venga rigettata successivamente, ossia durante la pendenza del termine giudiziale determinato ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 161 l.fall.

l.fall²⁰⁷. La norma dunque, non sta a significare che il tribunale non può dichiarare il fallimento prima dell'esaurimento della domanda di concordato, ma tutt'al più che la stessa domanda può essere depositata solo fino alla dichiarazione di fallimento; viceversa, la pendenza dell'istruttoria fallimentare di cui all'art. 15 l.fall e la decisione di rigetto di cui all'art. 22 l.fall, non sono fatti preclusivi del deposito della domanda di concordato.

La disposizione di legge da cui, invero, si potrebbe arguire la sospensione del procedimento per la dichiarazione di fallimento è l'art. 168 l.fall, che precludendo ai creditori l'esercizio delle azioni esecutive a partire dalla pubblicazione della domanda concordataria, potrebbe applicarsi anche al fallimento, qualora venisse considerato alla stregua di un procedimento esecutivo, benché concorsuale²⁰⁸. Altra norma dalla quale potrebbe derivare la pregiudizialità del concordato, è l'art. 162, comma 2, l.fall, secondo la quale la dichiarazione di fallimento segue eventualmente il giudizio d'inammissibilità della "proposta" di concordato, previa istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero²⁰⁹.

Una terza interpretazione dell'inciso iniziale può essere quella di considerare la proposizione che rinvia al primo comma dell'art. 22 l.fall, come una condizione positiva dell'obbligo di fissazione del termine, che sussisterà solo qualora il tribunale abbia adottato il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, che quindi va decisa sempre per

²⁰⁷ Così M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, p. 1094, che scrive: «Qualora invece si attribuisca maggiore specialità al comma 10, esso vorrebbe assumere il rango di norma che, permettendo il dispiegarsi di tale facoltà discrezionale del debitore, implicitamente conferma la regola che, chiesto il concordato (ancorché con riserva), diviene preclusa la trattazione ovvero comunque la decisione dell'istanza di fallimento ad esso successiva. Tuttavia si tratta di conseguenze difficilmente persuasive poiché, per entrambi gli scenari, proprio nel concordato con riserva, che difetta di una compiuta esplicitazione del piano e della proposta, il sacrificio dei creditori finirebbe con l'essere maggiore di quello sopportabile, nell'ambito della teorica del coordinamento, quando si correlino istanze di fallimento a concordato ordinario in fase di ammissione».

²⁰⁸ Secondo L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 63, «il procedimento prefallimentare è di accertamento sommario "arricchito" (o di cognizione piena), quindi privo di natura esecutiva (diversamente dalla sentenza di fallimento che apre un'esecuzione generale sui beni del debitore (universalità oggettiva e soggettiva)». Del resto, se la *ratio* del blocco delle azioni esecutive e cautelari è quella di salvaguardare il concorso dei creditori nella procedura, impedendo la *diligence race*, la norma non troverà applicazione rispetto al fallimento che garantisce la concorsualità. Senza contare che, ove ai creditori fosse impedito, anche solo temporaneamente, di proporre l'istanza di fallimento, a *fortiori* si avrebbe un pregiudizio del diritto di difesa, costituzionalmente statuito all'art. 24 Cost.

²⁰⁹ Anche questa norma, a ben guardare, non innesca una pregiudizialità necessaria tra concordato preventivo e fallimento, ma solo una eventuale consequenzialità tra procedure. Infatti, il fallimento non segue naturalmente all'esito negativo del tentativo concordatario, ma solo su istanza di parte e sempreché ne ricorra il presupposto oggettivo: l'insolvenza, considerato che quello del concordato: lo stato di crisi, non sempre si estende fino a ricomprendervi la decozione. A rigore, la norma attiene alla pregiudizialità tra concordato preventivo e fallimento, subordinando quest'ultimo, ma solo eventualmente, all'inammissibilità della proposta concordataria e non della domanda di concordato.

prima. Implicitamente, anche questa lettura si pone come un tentativo del legislatore di coordinare le procedure: fallimentare e concordataria, riferendo l'inciso all'obbligo di fissazione del termine, anziché al relativo *quantum*. Assumendo questa prospettiva tuttavia, viene nuovamente in discussione l'assolutezza dell'obbligo in questione, che avevamo dato per assodata. Senza contare che la portata preclusiva della norma rispetto all'ammissibilità della domanda concordataria sarebbe esorbitante, dal momento che il tribunale, ove non disponesse di elementi sufficienti per una decisione di rigetto dell'istanza di fallimento, nel dubbio, dovrebbe dichiarare l'inammissibilità della domanda di preconcordato, introducendo una sorta di "pregiudizialità inversa"²¹⁰.

Non credo che il legislatore in questa sede abbia voluto istaurare un qualche tipo di pregiudizialità tra procedure concorsuali e, poiché il comma 10, dell'art. 161 l.fall, può essere interpretato in termini non preclusivi dei poteri cognitivi del tribunale rispetto all'istruttoria prefallimentare, ovvero in modo da non incidere sull'obbligo di fissazione del termine²¹¹, ma solo sul *quantum*, sembra preferibile questa soluzione²¹², a favore della quale milita il tenore letterale della norma che fa riferimento alla durata del termine, anziché ad un eventuale potere-dovere dell'autorità giudiziaria.

²¹⁰ Così il Tribunale di Terni, del 25 febbraio 2013, per cui "Quanto poi all'inciso iniziale 'fermo quanto disposto dall'articolo 22, primo comma', si ritiene che esso debba interpretarsi non già nel senso che, in caso di pendenza di procedimento prefallimentare, la fissazione del termine possa avvenire solo dopo l'adozione del provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento (che altrimenti si conferirebbe a quel semplice inciso una eclatante portata in termini di 'pregiudizialità inversa', del procedimento prefallimentare rispetto al concordato preventivo), bensì nel senso che può essere concesso un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni solo in caso di rigetto dell'istanza di fallimento ex art. 22, primo comma, L.Fall. (ed anche in pendenza di reclamo ai sensi del successivo secondo comma, cheinfatti non è espressamente richiamato). In altri termini, la preclusione di un termine iniziale superiore a sessanta giorni in pendenza di un'istruttoria prefallimentare verrebbe meno (con riesplorazione della discrezionalità giudiziale fino al termine massimo di centoventi giorni) solo dopo che il tribunale abbia rigettato la domanda di fallimento, a prescindere dalla eventuale pendenza di reclamo avverso tale decisione".

²¹¹ In ogni caso l'obbligo del tribunale di assicurare un periodo di protezione al debitore, quando abbia fatto domanda di preconcordato e ne ricorrano i presupposti, ha valenza endoprocedimentale, non esportando automaticamente i suoi effetti sull'istruttoria prefallimentare. *Contra* F. ROLFI, *I rapporti tra concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: equivoci processuali di una questione sostanziale*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale «Il legislatore del "Decreto Sviluppo", infatti, è venuto a introdurre, o reintrodurre, un meccanismo di temporaneo blocco della dichiarazione di fallimento connesso alla presentazione della proposta di concordato con riserva. Il deposito della domanda, infatti, comporta l'assegnazione di un termine di 60 giorni durante i quali al tribunale sarà sostanzialmente preclusa la possibilità di pronunciarsi sull'istanza di fallimento».

²¹² In tal senso M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, p. 1094, scrive che «Il comma 10 dell'art. 161 l.fall., peraltro, mostra di essere congegnato per disciplinare la concessione del termine (di cui al comma 6) da impartire al debitore "quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento", essendosi allora proposto l'interprete di ricostruire la citata relazione partendo da tale inserzione normativa ed elevandola a criterio-guida anche per disciplinare il caso del concordato con riserva cui invece sopravvenga l'istanza per la dichiarazione di fallimento».

In conclusione, l'inciso non offre spunti per la disciplina del coordinamento tra procedure²¹³, che si pone ancora negli stessi termini che hanno preceduto la riforma del 2012-2013, la quale ha semplicemente anticipato la *quaestio*, a far data dalla pubblicazione della domanda di concordato.

Sul problema del rapporto tra il fallimento e la procedura concordataria, la Corte di Cassazione ha adottato posizioni altalenanti. Anche dopo la riforma del 2005, che ha modificato il primo comma dell'art. 160 l.fall., eliminando un forte argomento testuale a favore della pregiudizialità della domanda di concordato rispetto all'istanza di fallimento, la S.C ha incidentalmente declinato in termini di pregiudizialità i rapporti tra le procedure, pur rilevando che il fallimento è conseguenza solo eventuale della dichiarazione di inammissibilità del concordato preventivo²¹⁴.

Nello stesso anno, il Giudice di Legittimità ha cambiato orientamento, statuendo che non sussiste un diritto del debitore di ottenere un differimento della trattazione dell'istruttoria prefallimentare, non potendo egli disporre delle tempistiche processuali delle procedure, che perseguono interessi pubblicistici. «Ne consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare»²¹⁵.

Successivamente, la S.C ha espressamente escluso il rapporto di pregiudizialità tra procedimento concordatario e fallimento, negando sul piano processuale la possibilità di applicare la sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c* (così come di ogni altra sospensione facoltativa, analogica o di opportunità, in quanto costituente «un indebito diniego della *potestas judicandi*, contro il quale è dato ricorso al regolamento di cui all'art. 42 c.p.c»²¹⁶). In questa sede, la S.C ha ricostruito i rapporti tra procedure in termini di consequenzialità del fallimento all'esito negativo della procedura

²¹³ In tal senso, I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2013, p. 1078, scrive: «Al di là dei possibili significati attribuibili al riferimento al rigetto dell'istanza di fallimento (in proposito ne sono stati individuati almeno tre, tutti diversi tra loro), una volta che quel termine sia decorso, le lancette dell'orologio si riportano alla situazione iniziale, anteriore alla novella del 2012, in cui al medesimo ufficio giudiziario (al netto di eventuali problemi di competenza) si presentano, contemporaneamente, la domanda del debitore, volta alla sistemazione della crisi secondo le regole della procedura concordataria, e l'istanza del creditore che richiede l'apertura del concorso fallimentare. Non vi è, infatti, nella previsione del decimo comma dell'art. 161 l.fall., alcuna indicazione nel senso che la presentazione della domanda di concordato costituisca fatto impeditivo della dichiarazione di fallimento, dal momento che, trascorso il termine concesso al debitore per predisporre la documentazione necessaria, il tribunale si trova nella medesima condizione che la Cassazione ha ricostruito in termini di coordinamento tra procedura: né più né meno».

²¹⁴ Cass. Sez. I, 5.6.2009, n. 12986.

²¹⁵ Cass. Sez. I, 4.9.2009, n. 19214.

²¹⁶ Cass. Sez. VI, ord. 8.2.2011, n. 3059.

concordataria e di assorbimento (dei vizi del diniego del concordato nella fase impugnatoria del fallimento), secondo un meccanismo che agisce sul piano esclusivamente dei processi e non introduce interferenze sostanziali tra le situazioni litigiose, implicando una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti, affidato alle tecniche organizzative dell'Ufficio giudiziario.

La sintesi dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sulla questione dei rapporti tra fallimento e concordato è condensata in una recente pronuncia delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2013, n. 1521, che, statuendo principalmente sui poteri cognitivi del giudice fallimentare sulla proposta concordataria e sul giudizio di fattibilità, ha affrontato il problema del coordinamento tra procedure. In questa sede la S.C ha: a) rilevato il venir meno del criterio della prevenzione; b) escluso l'esistenza della pregiudizialità necessaria fondante la sospensione *ex art. 295 c.p.c*; c) ritenuto impraticabile la dichiarazione di improcedibilità *ex art. 168 l.fall*; d) declinato il rapporto tra procedure in termini di consequenzialità eventuale e di assorbimento dei vizi del provvedimento di rigetto del concordato preventivo in motivi d'impugnazione della dichiarazione di fallimento; e) negato che la facoltà del debitore di proporre il concordato rappresenti un fatto impeditivo della dichiarazione di fallimento; f) affermato che la consequenzialità logica tra le due procedure non si traduce in una consequenzialità procedimentale, ferma restando l'esigenza di coordinamento che sostanzialmente è rimessa alla discrezionalità del tribunale.

Da ultimo, la Cassazione è tornata sui suoi passi. Nel dichiarare inammissibile un ricorso per regolamento di competenza *ex art. 42 c.p.c* proposto contro un provvedimento di sospensione del procedimento prefallimentare a fronte del deposito di una domanda di concordato preventivo con riserva, *ex art. 161, comma 6, l.fall* (stante l'insuscettibilità di una interpretazione estensiva o analogica del regolamento di competenza ai provvedimenti di sospensione *cd. impropria*), ha incidentalmente predicato l'idoneità del provvedimento di sospensione adottato, "non essendo concepibile una concomitante attività istruttoria e decisoria su due fronti giudiziari strettamente connessi ma aventi presupposti ed esiti totalmente divergenti, e dovendosi, pertanto, ritenere che, in caso di ammissione del debitore alla procedura minore e di contestuale presentazione di un'istanza di fallimento, l'unica soluzione alternativa alla

cd. sospensione impropria sia quella di dichiarare detta domanda improcedibile, ai sensi dell'art. 168 l.fall".²¹⁷

L'orientamento dottrinale prevalente²¹⁸, considerata l'assenza di un indirizzo giurisprudenziale univoco, ha sottolineato l'opportunità di soddisfare l'esigenza di coordinamento tra procedure nell'ambito del *simultaneus processus*, disponendo la riunione dei procedimenti ex art. 274 c.p.c. La ragion d'essere del provvedimento che dispone la riunione dovrebbe consistere nella connessione delle cause e rientrare in una delle ipotesi di cui agli artt. 31 e seg. del c.p.c. Una parte della giurisprudenza²¹⁹ tuttavia, ha parlato di connessione di "fatto", escludendo la ricorrenza dei presupposti della connessione in senso stretto. Altri invece, hanno individuato le ragioni della connessione nel rapporto di incompatibilità²²⁰ tra le procedure ovvero nella finalità di

²¹⁷ Cass. Sez. VI-I, ord. 11.6.2013, n. 14684.

²¹⁸ In tal senso P. FARINA, *Il nuovo regime di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 80; M. FERRO *La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, p. 1092; I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2013, p. 1083, la quale scrive che: «La riunione delle procedure permette di tenere viva l'originaria istanza di fallimento per l'ipotesi di naufragio della procedura alternativa (senza niente togliere alla necessità di una riconvocazione del debitore, perché sia sentito sulla dichiarazione di insolvenza), e soprattutto permette una gestione accorta, da parte del tribunale, dell'incedere delle procedure. Una gestione che non può essere rimessa alla sensibilità del giudice di merito, il quale, secondo la Cassazione, non deve indulgere ad un generico *favor* per la soluzione negoziale, dato che "il concordato non è genericamente prevalente rispetto al fallimento"[...]. *Contra*, F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1067, secondo il quale «Difficile sarebbe altresì ipotizzare che si possa procedere alla trattazione simultanea dei due processi per riunione ex art. 274 c.p.c., sia per assenza di connessione in senso tecnico (oggettiva e/o soggettiva), sia per le differenti esigenze di discovery e di verifiche sottese all'uno e all'altro procedimento».

²¹⁹ Così il Tribunale di Terni, nel decreto del 7 novembre 2013. "Per tutte le ragioni sopra esposte, dovendosi procedere al coordinamento tra le procedure pendenti, non si ritiene percorribile né una pronuncia di sospensione necessaria del procedimento per dichiarazione di fallimento, in attesa della definizione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (difettando i presupposti di pregiudizialità necessaria ex art. 295 c.p.c.), né un provvedimento di sospensione impropria (in quanto non prevista dall'ordinamento), né una pronuncia di "nullità" (*rectius* inammissibilità o improcedibilità) delle istanze di fallimento, ex art. 168 L.Fall.; a rigore, non sembra percorribile nemmeno l'ipotesi della riunione dei procedimenti, in applicazione analogica dell'art. 274 c.p.c., di cui difettano i presupposti tassativi delle ragioni di connessione ex artt. 31 e ss. c.p.c. (cause accessorie, cause di garanzia, cumulo soggettivo, accertamenti incidentali, eccezione di compensazione, cause riconvenzionali), per quanto la trattazione congiunta delle diverse procedure determini una loro riunione «di fatto»".

²²⁰ In tal senso I. PAGNI, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2013, p. 1082, secondo la quale: «La riunione dei giudizi è soluzione corretta sotto il profilo processuale, in ragione della connessione esistente tra di essi nella forma dell'incompatibilità, che è quel che, con tutte le riserve del caso, in fondo più si avvicina alla fattispecie che ci occupa. Il che permette, come detto, la riunione ex art. 274 c.p.c., istituto generale dell'ordinamento processuale, il quale, diversamente dalla sospensione, non rinviene ostacoli nella particolare struttura dei procedimenti in questione».

regolamentare la medesima crisi²²¹, ossia nei due volti del principio di unitarietà delle procedure.

2.4 Gli obblighi informativi periodici

“Con il decreto di cui al sesto comma dell’art. 161 l.fall, primo periodo, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell’impresa, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l’articolo 162, commi secondo e terzo”. Così recitava il comma ottavo, dell’art. 161 l.fall, prima dell’intervento correttivo del legislatore del 2013, lasciando aperte molte questioni interpretative, *medio tempore* risolte in via giurisprudenziale.

Sorgeva il dubbio se la richiesta dei riepiloghi mensili dovesse essere un obbligo od una facoltà del tribunale, dubbio che sembra dissolto definitivamente dal d.l 21 giugno 2013, n. 69, c.d. “Decreto del Fare”, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che rafforza la norma nel senso dell’obbligatorietà (“dispone” si modifica in “deve disporre”)²²².

In secondo luogo, la cadenza periodica con cui gli obblighi informativi dovevano essere adempiuti dal ricorrente, nel silenzio della legge, poteva essere variamente stabilita dal tribunale, andando nella pratica da una settimana ad un mese. Attualmente

²²¹ Così M. FERRO, *La dichiarazione di fallimento e l’ammissione ai concordati (ordinario e con riserva)*, in *Fallimento*, 2013, p. 1096, per il quale «Un’acquisizione rilevante concerne dunque la specificazione della esigenza di coordinamento, originata dalla vocazione universalistica che ciascuna domanda, diretta ad attivare una o altra procedura concorsuale, reca con sé: questa la ragione per cui l’autonomia dei diversi procedimenti concorsuali deve collegarsi a sequenze e declinazioni organizzative rispettose del fine di ciascuna di quelle domande, che presenta pari attitudine a regolare la medesima crisi d’impresa».

²²² Così S. MANCINELLI, *Le (in)certezze sull’anticipazione della domanda di concordato preventivo*, in www.centrostudiconcorsuali.it; ma già prima della riforma, G. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 401; A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell’ausiliario nella fase di preconcordato: spunti di riflessione*, in www.ilfallimentarista.it, «Per quanto attiene alla facoltà o meno del tribunale di disporre gli obblighi informativi periodici il dato letterale della norma: “... il tribunale dispone ...” sembra dare maggior spazio all’interpretazione secondo la quale il tribunale non avrebbe la facoltà di disporre o meno detti obblighi»; F. RASILE, *Concordato con riserva: deposito del verbale notarile e delle autorizzazioni ex art. 182-quinquies e obblighi informativi*, in www.ilfallimentarista.it «A fronte di una lettera della norma abbastanza chiara, credo che sia più opportuno disporre sempre gli obblighi informativi (alla cui violazione son pur sempre collegati degli effetti), magari affidando ad un ausiliario nominato dal tribunale il ruolo di primo interlocutore del debitore (prassi che sta trovando sempre più adesioni da parte di molti tribunali), piuttosto che non provvedere sul punto». *Contra*, il Tribunale di Milano, nel Plenum del 20 settembre 2012, ove si consigliava di imporre obblighi informativi periodici solo qualora si trattasse di concordati preventivi di grande rilievo (soprattutto in continuità o senza la previa pendenza di un’istanza di fallimento) o fossero formulate specifiche richieste di autorizzazioni. Negli altri casi invece, il Tribunale riteneva opportuno evitare di imporre tali obblighi per evitare un aggravio eccessivo di lavoro sulla Sezione.

la norma, così come modificata dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, prevede che il debitore debba assolvere gli obblighi informativi con periodicità mensile, uniformando la prassi giurisprudenziale sviluppata nel periodo di vigenza della disposizione originaria.

Un'ulteriore problematica attiene l'ambito oggettivo degli obblighi informativi ed è strettamente connessa all'individuazione della *ratio* normativa. La disposizione di cui al comma 8, dell'art. 161 l.fall, prevedeva infatti, che gli obblighi informativi dovessero essere relativi "anche" alla gestione finanziaria dell'impresa.

Tra le prime interpretazioni della norma, alcuni tribunali²²³ ritenevano che i principali destinatari dell'informazione dovessero essere i creditori, avendo il ceto creditorio il maggior interesse a valutare la situazione economico-finanziaria dell'impresa.

Altra parte della giurisprudenza²²⁴ sosteneva invece, che la predisposizione e l'adempimento di tali obblighi permettesse al giudice di effettuare un duplice controllo: sulla gestione dell'impresa, per consentire all'autorità giudiziaria l'esercizio ponderato di poteri autorizzatori, ai fini del compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione e sulla serietà della domanda in bianco, per valutare l'attivismo del debitore nel raggiungimento di un accordo, ma allora gli obblighi avrebbero dovuto documentare principalmente le trattative con i creditori.

Un'ultima possibilità poteva essere quella di consentire al tribunale, attraverso gli obblighi informativi, di verificare *ex post*, ossia successivamente rispetto alla concessione del termine, i requisiti di ammissibilità al concordato. Tuttavia, questa strada è stata esclusa dal giudice fallimentare che ha ritenuto di dover sindacare i presupposti di ammissibilità esplicitamente richiamati dall'art. 161 l.fall e implicitamente desumibili dalla *sedes materiae*, ai fini dell'emanazione del decreto che fissa il termine, di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall. Si consideri inoltre, che gli obblighi informativi riguarderanno l'attività del ricorrente dal deposito della domanda in bianco "sino alla scadenza del termine fissato", *ex art.* 161, comma 8, l.fall e non anche, la situazione pregressa²²⁵.

²²³ Così il Tribunale di Mantova, del 27 settembre 2012; il Tribunale di Velletri, del 18 settembre 2012, per cui "gli obblighi informativi periodici di cui al comma ottavo dell'art. 161 l.fall, in assenza di indicazioni normative sono rivolti principalmente ai creditori nel quadro del carattere privatistico che la procedura concordataria ha assunto, pur non escludendosi la presenza di specifici connotati pubblicistici e perciò un ventaglio d'interessati più ampio ricomprendente certamente il Tribunale e soprattutto il P.M".

²²⁴ Così il Tribunale di Bolzano, del 25 settembre 2012.

²²⁵ E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 330, precisa che «l'informazione da rendere al tribunale deve essere circoscritta agli eventi accaduti nel periodo in oggetto (se si tratta della prima informativa il periodo da analizzare sarà dalla data del

In seguito al più recente intervento normativo, il contenuto degli obblighi informativi è stato in parte precisato, prevedendo che il ricorrente depositi “anche”, e quindi certamente, una situazione finanziaria dell’impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel Registro delle Imprese a cura del cancelliere. Il fatto che ne sia stata prevista la pubblicazione, denota che i doveri d’informazione del debitore, legati alla situazione economica dell’impresa, sono effettivamente destinati ai creditori. Nella relazione illustrativa al Decreto del Fare si legge inoltre, che “si è scelto di limitare tale aggiornamento alla sola situazione finanziaria, senza coinvolgere anche gli aspetti patrimoniali ed economici, per evitare un eccessivo aggravio degli adempimenti contabili, preservando la flessibilità dello strumento”. Resta il dubbio di cosa si intenda per “situazione finanziaria dell’impresa”²²⁶. Presumibilmente sarà un rendiconto del periodo di osservazione che registra le variazioni delle liquidità (cassa e banca), dei crediti e dei debiti.

Questo tipo di obblighi non è il solo che può essere fissato dal tribunale. Se si prosegue nella lettura della disposizione di cui al comma ottavo, dell’art. 161, l.fall, si scopre infatti, che “quando risulta che l’attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d’ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo”. Il secondo obiettivo degli obblighi informativi è allora, quello di consentire al tribunale di esercitare un controllo sulla serietà della domanda in bianco; controllo che, come già detto, non può essere effettuato prima della concessione del termine, per l’esiguità delle informazioni a disposizione del tribunale ma che, grazie alla nuova formulazione della norma, trova piena legittimazione *ex post*.

deposito dell’istanza di concordato prenotativo alla scadenza dei 15/30 giorni), i periodi successivi dovranno ricomprendere il primo giorno non analizzato dalla precedente relazione e sino alla scadenza dei 15/30 giorni, e così via».

²²⁶ Secondo S. MANCINELLI, *Le (in)certezze sull’anticipazione della domanda di concordato preventivo*, in www.centrostudiconcorsuali.it, «il termine lascerebbe intendere una “fotografia” nel periodo di osservazione dei componenti aziendali aventi natura finanziaria (quindi, in un concordato con continuità, l’indicazione dei valori giacenti in cassa e banca, cui si aggiungono le riscossioni di crediti sia ante che post concordato nonché il realizzo di beni e rimanenze senza necessità di rimpiazzo ed a cui si sottraggono i pagamenti per debiti post concordato e per eventuali debiti ante concordato, purché autorizzati; il tutto fornendo un esatto riscontro nella contabilità generale del debitore); in ogni caso il debitore deve essere trasparente nel rendicontare sia l’origine che l’utilizzo della propria liquidità operativa e le variazioni di periodo devono essere sufficientemente chiarite in tale report»; per E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 330, si tratta di «un prospetto di periodo, contenente le movimentazioni finanziarie che hanno interessato le variazioni dei crediti (clienti, erario, ed altro), dei debiti (fornitori, erario ed altro) e delle liquidità (cassa e banca)».

Escluderei invece, che gli obblighi siano in qualche modo funzionali all'esercizio dei poteri autorizzatori del tribunale, qualora sia nominato il commissario giudiziale, figura di nuova introduzione, seppure organo eventuale della procedura preconcordataria. In questo caso infatti, gli obblighi informativi permettono un controllo limitato alla gestione ordinaria dell'impresa. Viceversa, nell'ipotesi in cui il commissario non venga nominato, la disposizione sugli obblighi informativi ben potrebbe riespandere la propria funzione, per consentire al tribunale di svolgere i suoi compiti, anche a vantaggio del ricorrente²²⁷.

In sintesi, quella sugli obblighi informativi è una disposizione estremamente elastica, che rivela la sua funzione nel momento in cui l'ambito oggettivo prende forma nel decreto giudiziale²²⁸ e trova il suo fondamento nel beneficio concesso all'imprenditore in crisi, di sottrarre il proprio patrimonio alle azioni esecutive e cautelari dei creditori²²⁹.

Mancando qualsiasi indicazione sul criterio applicabile per la determinazione di tali obblighi, presumibilmente la maggiore o minore necessità di rendere edotto il tribunale e il ceto creditorio della gestione imprenditoriale, dipenderà dal temperamento di tre opposte esigenze²³⁰. L'interesse dei creditori ad una dettagliata e analitica relazione illustrativa della situazione economica del debitore; l'esigenza di quest'ultimo di non vedere compressa l'autonomia gestionale, da una eccessiva ingerenza del tribunale; la necessità dell'organo giurisdizionale di esercitare con cognizione di causa, i poteri autorizzatori a richiesta del ricorrente, qualora non sia stato nominato il commissario giudiziale. Ne deriva una fenomenologia informativa estremamente varia e articolata.

Per quanto attiene le modalità di adempimento degli obblighi informativi in assenza di precise indicazioni a riguardo, prima della riforma era invalsa la prassi di

²²⁷ Del resto, il Tribunale di Milano, nel Plenum del 20 ottobre 2012, ha ritenuto che gli obblighi informativi andassero imposti per i seguenti aspetti critici: la mancanza di un organo tecnico che possa coadiuvare il tribunale nella valutazione della documentazione prodotta dalla parte; l'incertezza sulle sanzioni applicabili all'imprenditore che, nell'adempimento formale degli obblighi informativi, porti a conoscenza del tribunale i propri atti di dispersione, erosione o distrazione patrimoniale o la propria inerzia nella predisposizione del piano concordatario.

²²⁸ Secondo F. CANCELLI, *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria, obblighi informativi*, www.ilfallimentarista.it, «Tali obblighi devono essere comunque funzionali agli obiettivi previsti dalla legge, ben individuati dal decreto in commento nel monitoraggio dell'andamento dell'impresa e della serietà della richiesta di concordato».

²²⁹ I.L. NOCERA, *Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario*, in www.24oreavvocato.ilsole24ore.com.

²³⁰ In tal senso, L. BALESTRA, *Gli obblighi informativi periodici nel cd. preconcordato*, in *Fallimento*, 2013, p. 108. Rispetto alla discrezionalità del tribunale di determinare il contenuto degli obblighi informativi; I.L. NOCERA, *Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario*, in www.24oreavvocato.ilsole24ore.com, scrive che «Appare evidente come tale discrezionalità non possa trascurare elementi quali la dimensione dell'impresa, la complessità delle trattative, nonché le passività e attività risultanti dai bilanci».

assoggettare agli obblighi informativi il professionista attestatore²³¹ ovvero, un ausiliario appositamente nominato *ex art. 68 c.p.c.*, “che provveda ad assumere le opportune informazioni da riportare al tribunale, sulla scorta dei dati contabili dell’azienda e di altre fonti di conoscenza”²³². La maggior parte della dottrina²³³ salutava con favore il ricorso ad un intermediario stabile, vista la mancanza di un organo tecnico in grado di seguire l’andamento dell’impresa; mentre, una corrente minoritaria²³⁴ rilevava come tale prassi, benché strumentale al monitoraggio dell’attività dell’imprenditore e in certa misura necessaria, rischiasse di trasmodare il compito dell’ausiliario in quello del commissario giudiziale. Infatti, l’ausiliario finiva per essere il referente dell’imprenditore, cui in molteplici casi²³⁵ era imposto il dovere di presentare al primo un prospetto finanziario mensile, corredato da una dettagliata relazione sulle operazioni e sugli atti imprenditoriali compiuti nel mese precedente. Altro rilievo a sfavore della nomina dell’ausiliario, in assenza di una specifica disposizione di legge, riguardava il maggior aggravio dei costi procedurali a carico del debitore e, quindi, a discapito dei creditori concorsuali.

Le perplessità della dottrina sulla nomina dell’ausiliario e l’esigenza di un maggior controllo sono state recepite dal legislatore, il quale, con il d.l 21 giugno 2013, n. 69, al comma ottavo, dell’art. 161 l.fall, ha previsto che gli obblighi informativi devono essere assolti dall’imprenditore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, se nominato.

²³¹ Il Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012, aveva imposto obblighi informativi con cadenza mensile, a firma del professionista che le società dovevano designare ai sensi dell’art. 161, comma 3, ovvero dell’art. 182-bis, comma 1, l.fall.

In dottrina, la scelta del professionista attestatore quale intermediario del giudice, operata dal Tribunale di Terni, è criticata da: L. BALESTRA, *Gli obblighi informativi periodici nel cd. concordato*, in *Fallimento*, 2013, p. 109; F. CANCELLI, *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria, obblighi informativi*, www.ilfallimentarista.it, secondo il quale, gli obblighi informativi non possono arrivare a prescrivere adempimenti ultronei rispetto a quelli prescritti dalla legge, quale potrebbe ritenersi, ad esempio, l’anticipata nomina del professionista attestatore della proposta di concordato ovvero del piano di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, poiché la violazione degli obblighi informativi imposti comporta, per il ricorrente, le gravi conseguenze indicate dall’art. 162, commi 2 e 3, l. fall.

²³² Così il Tribunale di La Spezia, del 25 settembre 2012.

²³³ F. CANCELLI, *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria, obblighi informativi*, www.ilfallimentarista.it; A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell’ausiliario nella fase di concordato: spunti di riflessione*, in www.ilfallimentarista.it; F. RASILE, *Concordato con riserva: deposito del verbale notarile e delle autorizzazioni ex art. 182-quinquies e obblighi informativi*, in www.ilfallimentarista.it

²³⁴ G. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 403, scrive: «Tuttavia, l’attribuzione ad un soggetto terzo – ancorché qualificabile quale ausiliario del giudice – di una funzione di controllo finisce necessariamente per attribuire a questi un ruolo di *latu sensu* di controllo: non a caso in alcuni provvedimenti di nomina si attribuisce all’ausiliario, oltre all’acquisizione di informazioni, il compito di provvedere “alla sorveglianza dell’attività d’impresa” e a “riferire al giudice relatore con relazioni mensili sugli atti compiuti dall’imprenditore”».

²³⁵ Così il Tribunale di Reggio Emilia, del 27 ottobre 2012; il Tribunale di Benevento, del 26 settembre 2012.

Pare infine opportuna la nuova graduazione delle sanzioni applicabili²³⁶ in caso di violazione degli obblighi informativi, introdotta con la più recente riforma. Nell'originaria formulazione della norma infatti, era semplicemente prevista la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato, ai sensi dell'art 162, commi 2 e 3, l.fall²³⁷, per qualsiasi violazione degli obblighi informativi, cosicché, ove ricorressero violazioni "minori", parte della dottrina²³⁸ già aveva ritenuto di poter disporre l'abbreviazione del termine giudiziale. Questa possibilità²³⁹ trova oggi un fondamento positivo nel dettato normativo, nella sola ipotesi in cui il tribunale rilevi l'inidoneità dell'attività del debitore al raggiungimento di un accordo con i creditori. Ci

²³⁶ *Contra*, F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1065, secondo il quale: «Ci si sarebbe, invero, attesi che, in un'ipotesi del genere (ossia quando pervengono nella sfera conoscitiva del tribunale -vuoi attraverso le relazioni periodiche dell'imprenditore, vuoi a seguito delle segnalazioni del commissario giudiziale- gli elementi dai quali si possa desumere l'inidoneità dell'attività compiuta dal debitore), si desse ingresso alla dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato».

²³⁷ La norma in questione dispone l'instaurazione di un (sub)procedimento di revoca per l'eventuale inammissibilità, che si svolge in camera di consiglio, previa convocazione del debitore.

²³⁸ In tal senso, M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 181, secondo il quale, «Il legislatore, al comma 8 dell'art. 161 l.fall., ha preso in considerazione l'ipotesi di violazione *tout court* degli obblighi informativi, sanzionando con l'applicazione delle norme di cui all'art. 162, commi 2 e 3, l.fall., cioè l'inammissibilità del ricorso o addirittura, nel caso in cui penda un'istanza di fallimento, la dichiarazione di fallimento. Al contrario non si è espresso sui poteri del tribunale di fronte all'eventualità in cui tale adempimento sia solo formale ovvero avvenga in modo non corretto.[...]. Su tale aspetto non vi sono ancora pronunce, tuttavia il problema è stato affrontato, in modo condivisibile, dal Tribunale di Milano nel provvedimento nel *plenum* del 20 settembre 2012, in cui ha sottolineato che, stante la *ratio* degli obblighi informativi, è ragionevole che in tali ipotesi, applicando analogicamente l'art. 173, comma 3, l.fall., il tribunale abbia il potere di convocare il debitore in camera di consiglio, onde consentirgli di difendersi, per disporre l'abbreviazione del termine oppure la sopravvenuta inammissibilità della domanda»; A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell'ausiliario nella fase di concordato: spunti di riflessione*, in www.ilfallimentarista.it, che sosteneva la possibilità di abbreviazione del termine giudiziale, argomentando dalla natura ordinatoria, anziché perentoria del termine giudiziale: «Sotto il profilo pratico la natura ordinatoria o perentoria del termine in questione risulta rilevante, essendo determinante ai fini della possibilità di concedere una proroga ovvero un'abbreviazione da parte del tribunale. Com'è noto, infatti, l'art. 153 c.p.c. vieta l'abbreviazione e la proroga per i termini perentori. La natura del termine in questione riveste peraltro un ruolo determinante ai fini dell'applicazione della sanzione prevista dall'art. 161, comma 8, l.fall. in caso di violazione degli obblighi informativi periodici»; A.M.R. CARBONE, *Il concordato "in bianco"*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2013, p. 57. *Contra* G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 403, per il quale, rispetto alla possibilità di abbreviazione del termine a fronte di un adempimento soltanto formale degli obblighi informativi, «Il disposto normativo, invero non appare consentire una simile scelta: e d'altra parte rischierebbe di apparire francamente contraddittorio l'ammettere, da un lato, che la concessione del termine (almeno di quello minimo) rappresenti sostanzialmente un atto dovuto; e poi, dall'altro, ipotizzare che il termine possa essere rimosso a seguito di una valutazione discrezionale: sempreché, beninteso, non possano configurarsi le fattezze di un vero e proprio abuso del diritto».

²³⁹ La decisione di abbreviare il termine dovrebbe assumersi nel contraddittorio tra le parti all'esito di un procedimento sommario, dunque in un tempo che potrebbe anche essere superiore a quello residuo (compreso tra sessanta e centoventi giorni) già concesso dal tribunale per il deposito della suddetta domanda ordinaria. Secondo F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1065, «è, però, da ritenersi che la pendenza di tale procedimento sommario per l'abbreviazione del termine di deposito, da un lato, non sospenda quello in corso, ma, dall'altro non impedisca al debitore di presentare comunque la domanda ordinaria entro il termine originario, assorbendo così la necessità che si faccia luogo all'abbreviazione».

si chiede allora, se la sanzione minore possa trovare più ampia applicazione, in tutti i casi in cui il tribunale ritenga eccessivo procedere ai sensi dell'art. 162, l.fall. Del resto, tra la condotta del debitore e la sanzione applicabile risulta una certa proporzionalità, avendo il legislatore punito più severamente dell'inesatto adempimento, l'inerzia del ricorrente.

2.5 Il commissario giudiziale

Con il decreto che fissa il termine per lo scioglimento della riserva, il tribunale può nominare il commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall, come modificato dal d.l 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

Si tratta di un organo eventuale della procedura preconcordanaria, introdotto dal legislatore per esercitare un controllo sull'operato del debitore nella fase interinale e per colmare il gap informativo, ai fini dell'esercizio dei poteri autorizzatori del tribunale. In ogni caso, l'intervento legislativo ha positivamente la prassi già affermata in giurisprudenza²⁴⁰, di nominare uno o più ausiliari del giudice, ai sensi dell'art. 68 c.p.c.²⁴¹. Prima del più recente intervento del legislatore, parte della dottrina²⁴² aveva già avvertito sul rischio che le figure professionali incaricate dal tribunale di affiancare il debitore, fossero usate in modo improprio, ricoprendo il ruolo di vigilanza generalmente affidato al commissario giudiziale, che in mancanza di una esplicita previsione normativa non trovava spazio nella procedura.

Il fatto che la nomina del commissario giudiziale sia facoltativa, permette al tribunale di valutare discrezionalmente l'inserimento dell'organo nella procedura. L'esercizio del potere discrezionale di nomina del precommissario impone all'autorità giudiziale un obbligo di motivazione. Le ragioni contingenti, quali le dimensioni dell'impresa, la difficoltà nel raggiungimento di un accordo con il ceto creditorio e il rischio di un uso arbitrario dell'istituto, dovrebbero indurre il giudice ad optare per la nomina, valutando

²⁴⁰ Tribunale di Reggio Emilia, del 12 gennaio 2013; Tribunale di Como, del 26 settembre 2013; Tribunale di La Spezia, del 25 settembre 2012; Tribunale di Benevento, del 26 settembre 2012.

²⁴¹ A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell'ausiliario nella fase di preconcordato: spunti di riflessione*, in www.ilfallimentarista.it, rileva che: «Tale norma è collocata tra le disposizioni generali del codice di procedura civile e, pertanto, la sua applicazione al concordato preventivo deriva dalla presupposizione che il concordato preventivo sia un processo esecutivo concorsuale. Sul punto si registra un vivace dibattito che, però, non può essere approfondito in questa sede».

²⁴² G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Il diritto fallimentare*, 2013, parte I, p. 403.

altresì, l'aumento dei costi procedurali che la presenza del commissario giudiziale comporta²⁴³.

Dalle pronunce giurisprudenziali²⁴⁴ risulta tuttavia, che la nomina del commissario giudiziale è la regola, affinché egli agisca come *longa manus* del tribunale²⁴⁵.

L'investitura del cd. precommissario avviene secondo le stesse modalità previste dall'art. 163, comma 2, n. 3, l.fall, con il decreto che fissa il termine per l'integrazione della domanda. Dal dettato normativo, non pare consentita la nomina in altra sede²⁴⁶, ad esempio contestualmente al rilascio dell'autorizzazione al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione. Il comma 7, dell'art. 161, l.fall, chiarisce infatti, che l'autorizzazione del tribunale deve essere preceduta dal parere del commissario giudiziale, ove nominato. Il che, di per se, esclude la nomina contestualmente al rilascio dell'autorizzazione.

L'art. 5, del decreto ministeriale n. 30 del 2012, regola le modalità per la determinazione del compenso spettante al commissario giudiziale, nominato ai sensi dell'art. 163 l. fall, ma nulla dispone in merito al commissario incaricato nella fase preconcordataria, ex art. 161, comma 6, l. fall. La relazione illustrativa al Decreto del Fare, tuttavia fa riferimento alla stessa norma per l'individuazione dei criteri di determinazione del compenso del precommissario²⁴⁷, nella parte in cui sollecita il tribunale al contenimento dei costi, con la determinazione del compenso minimo di cui al comma 1, dell'art. 4, d. m. n. 30, del 2012.

Le difficoltà nell'applicazione della regola così individuata, consistono nella necessità di disporre, almeno sommariamente, di una stima dell'attivo e del passivo per

²⁴³ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 94, scrive che: «Sarebbe quindi opportuno che il commissario giudiziale venisse nominato solo nelle procedure di concordato preventivo con riserva particolarmente complesse, nelle quali il Tribunale ha effettivamente l'esigenza di avvalersi di un terzo esperto che vigili attentamente sul debitore e sull'attività da questi posta in essere, con esclusione comunque delle procedure nelle quali il debitore dichiara fin dall'inizio di voler addivenire alla stipula di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis, comma 1, l.fall., atteso che in tale procedura non è previsto un orano terzo di controllo»; *Contra*, CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014, "Si tratta, dunque, di scelta che ancorché rimessa alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, verrà presumibilmente praticata sistematicamente, poste le finalità di tutela del fisiologico utilizzo dell'istituto perseguite dal legislatore con le modifiche apportate mediante d.l. 69/2013. In ogni caso il Tribunale deve fornire le motivazioni della nomina nel decreto, ciò in considerazione degli incrementi di costi della procedura".

²⁴⁴ Tribunale di Padova, del 20 aprile 2014.

²⁴⁵ C. BAUCO, *La domanda di concordato in bianco*, in www.odc.ce.it/press2014.pdf.

²⁴⁶ In tal senso M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 96; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014.

²⁴⁷ Vi si legge infatti che "i costi del commissario potranno essere contenuti tenendo conto del compenso minimo previsto dal decreto del Ministro della giustizia 25 gennaio 2012 n. 30 (art. 4 comma 1 richiamato dall'articolo 5)".

l'applicazione delle percentuali, di cui all'art. 1 del decreto ministeriale. Soprattutto l'attivo, a fronte dell'esiguità delle informazioni a disposizione del tribunale, è impossibile da determinare nella fase preconcordataria.

In una recente pronuncia²⁴⁸, il Tribunale di Roma ha quindi ritenuto che non saranno applicabili le tariffe professionali per l'attività del commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo, sul presupposto che l'incarico conferito ai sensi del comma 6, dell'art. 161, l.fall, sia diverso per contenuto e durata, da quello *ex art.* 163 l.fall. I giudici capitolini hanno ritenuto che spetti al tribunale di individuare un criterio che consenta di liquidare il compenso del precommissario, "armonizzando le modalità dettate dal citato articolo 5 alle peculiarità della fattispecie".

L'orientamento giurisprudenziale è condiviso da parte della dottrina²⁴⁹, per cui all'atto della nomina, il tribunale dovrà verificare attentamente la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del ricorrente per fissare il compenso del commissario giudiziale.

Con il decreto di nomina del precommissario, il tribunale dovrà stabilire il termine per la liquidazione del compenso per l'attività professionale prestata, che dovrebbe essere fissato alla scadenza del periodo concesso per l'integrazione della domanda, considerata l'eventualità di un esito "patologico" della procedura preconcordataria²⁵⁰.

Per quel che attiene le funzioni²⁵¹ del precommissario, si riassumono in due compiti: vigilanza e consultazione.

²⁴⁸ Tribunale di Roma, del 27 febbraio 2014.

²⁴⁹ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 99; F. LAMANNA, *Il decreto "del Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del concordato*, in www.ilfallimentarista.it.

²⁵⁰ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014, ritiene che: "Per non lasciare priva di copertura economica l'attività espletata dal commissario a seguito della concessione dei termini di cui al sesto comma dell'art. 161 l.f. nei casi in cui il Tribunale dovesse pronunciare l'inammissibilità, si potrebbe invocare l'applicazione analogica dell'art. 163, quarto comma, l.f. e il deposito da parte del ricorrente di una somma per sostenere le spese della procedura su ordine del Tribunale".

In giurisprudenza il Tribunale di Milano, del 10 febbraio 2014, per cui "entro il termine di quindici giorni dall'avvenuta comunicazione del presente decreto depositi la somma di € 15.000,00 presumibilmente necessaria per effettuare il compenso dovuto al commissario giudiziale e per sostenere le altre eventuali spese del procedimento".

²⁵¹ P. RIVA, *Attestatore e pre-commissario tra deontologia e auto-riesame*, in www.odc.ce.it/press2014.pdf, «Il Pre-Commissario si muove a parere di chi scrive in differenti direzioni. È innanzitutto opportuno che egli prenda contatto direttamente con l'azienda per verificare quale sia la situazione in cui la stessa versa. Particolare attenzione deve essere posta sulla valutazione della capacità della stessa azienda di muoversi per la composizione del piano verificando se siano o meno al lavoro le figure professionali caratteristiche che in questa fase solitamente la affiancano nella preparazione del piano concordatario e dell'istanza - *advisor* e legale - ma, soprattutto, assicurandosi che sia stato individuato in tempo utile l'Attestatore. Sempre nei confronti dell'azienda il Pre-Commissario sarà chiamato a prendere visione delle informative periodiche prodotte e ad esprimersi su di esse. Dovrà

In primo luogo, ai sensi del sesto comma, dell'art. 161 l.fall, il precommissario deve riferire immediatamente al tribunale, quando accerta che il debitore pone in essere una delle condotte di cui all'art. 173, l.fall. Il tribunale dal canto suo, nelle forme del procedimento di cui all'art. 15 l.fall, verificata la ricorrenza dei suddetti comportamenti, può con decreto dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del P.M, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, l.fall, dichiarare il fallimento del debitore con contestuale sentenza.

Secondo l'ottavo comma dell'art. 161 l.fall, il ricorrente adempie gli obblighi informativi, che ricomprendono il deposito di una situazione finanziaria dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Infine, il debitore mette a disposizione del precommissario, ove nominato, e del giudice delegato (che tuttavia, non è previsto in questa fase della procedura) i libri contabili, come disposto dal secondo comma dell'art. 170 l.fall, a cui rimanda il comma 6, dell'art. 161 l.fall.

Rispetto alle competenze consultive del precommissario, il comma 7, dell'art. 161 l.fall, prevede che il giudice debba acquisire il parere del commissario, ove nominato, per il rilascio delle autorizzazioni al compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione. Parere che, è ritenuto obbligatorio ma non vincolante per l'organo giurisdizionale²⁵².

Analogamente, anche il comma ottavo dello stesso art. 161 l.fall, dispone l'assunzione del parere del commissario per l'abbreviazione del termine giudiziale, "quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano".

Nel concordato ordinario il commissario ricopre un ruolo di controllo più penetrante, ai sensi dell'art 172 l.fall, poiché redige l'inventario e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori. Si rende intermediario con i creditori, illustrando la suddetta relazione, ai sensi dell'art. 175, comma 1, l.fall.

Si potrebbe dubitare allora, del fatto che il precommissario sia la stessa figura tratteggiata dagli artt. 163 e seg. della legge fallimentare. In realtà, la differenza di

inoltre verificare che non siano poste in essere condotte dannose per i creditori che possano indurre, come richiesto dalla legge fallimentare, alla immediata segnalazione al Tribunale e alla formulazione di un giudizio negativo sulla situazione in cui versa l'azienda mediante la redazione della relazione ex art. 173 l.f.».

²⁵² In tal senso, F. MICHELOTTI, *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*, in www.odc.ce.it/press2014.pdf.

competenze dipende da che il precomissario è collocato nella fase iniziale di una procedura non definitiva e dagli esiti incerti. Fase in cui, mancando un piano definitivo, il controllo non può estendersi ad esso. A sostegno della tesi per la quale si tratti della stessa figura, si pone il richiamo alla disciplina della nomina del commissario ordinario, di cui all'art. 163 l.fall²⁵³, nonché la *ratio* della previsione dell'organo procedurale, il quale si pone a tutela degli interessi pubblicistici, affinché la procedura si svolga regolarmente, *id est* secondo quanto previsto dalla legge fallimentare.

Ne derivano due considerazioni: se il precomissario è la stessa figura di cui all'art. 163 l.fall, nulla osta a che egli continui la propria attività, una volta ammesso il ricorrente al concordato ordinario, in seguito al deposito del piano e della documentazione²⁵⁴. Anzi, siffatta circostanza, si rivelerà quanto mai opportuna per i creditori, in quanto capace di contenere i costi procedurali²⁵⁵. Ciò nonostante, va rilevato che la prassi di alcuni tribunali²⁵⁶ è orientata nel senso di evitare che un soggetto che ha rivestito una determinata carica in una procedura concorsuale, possa ricoprire un'altra qualifica in un'altra procedura concorsuale, riguardante il medesimo debitore.

Diversamente, qualora il ricorrente decidesse di presentare un accordo di ristrutturazione dei debiti all'esito del preconcordato, si pongono dei problemi di compatibilità del precomissario, ove nominato, col proseguo del procedimento, poiché

²⁵³ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014, "Il rinvio all'art. 163, secondo comma, n. 3, l.f., conferma che si tratta di nomina anticipata dell'organo rispetto al tradizionale decreto con cui il Tribunale dichiara aperta la procedura di concordato e impone al Tribunale di osservare, quanto alle modalità, le previsioni di cui agli artt. 28 e 29 l.f.".

²⁵⁴ Così M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 100; P. RIVA, *Attestatore e pre-commissario tra deontologia e auto-riesame*, in www.odc.ce.it/press2014.pdf; A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell'ausiliario nella fase di preconcordato: spunti di riflessione*, in www.ilfallimentarista.it, scrive: «Al fine poi di contenere i costi della procedura, si auspica che l'ausiliario ed il commissario giudiziale (in caso di apertura della procedura di concordato preventivo) ovvero il curatore fallimentare (in caso di dichiarazione di fallimento) siano nominati nella medesima persona e che il compenso ad essi destinati sia unico».

²⁵⁵ La relazione illustrativa al Decreto del Fare, considera opportuna la possibilità di nomina anticipata del commissario giudiziale, proprio nell'ottica di abbattimento dei costi procedurali, nella prospettiva fisiologica dell'integrazione della domanda con il deposito del piano. Vi si legge infatti che: "la scelta di prevedere l'anticipazione della nomina del commissario giudiziale anziché la nomina di un ulteriore ausiliario ex art. 68 cpc. si giustifica con l'intento di contenere al massimo grado i costi della procedura, evitando la liquidazione di un distinto compenso in tutti i casi in cui fisiologicamente alla domanda in bianco faccia seguito il deposito della proposta e del piano".

²⁵⁶ In tal senso si schiera il Tribunale di Milano, nella Circolare della Sezione II, del 27 settembre 2010, n. 4. In giurisprudenza, il Tribunale di Novara, del 17 aprile 2013.

dopo l'omologazione dell'accordo, tale figura non troverebbe spazio in una procedura, dove non ne è prevista la presenza²⁵⁷.

Secondariamente, sarà consentita l'applicazione analogica²⁵⁸ della più completa disciplina del commissario, predisposta nella legge fallimentare, entro i limiti di compatibilità con la fase preconcordataria. Da questo assunto, si desume l'estensione dei compiti di vigilanza del precommissario sull'amministrazione ordinaria dell'impresa²⁵⁹, non espressamente prevista dal comma 6, dell'art. 161, l.fall, ma disposta al primo comma dell'art. 167, l.fall. Se ne ricava altresì, ciò che al precommissario resta precluso: non potrà partecipare attivamente alla predisposizione della proposta e del piano concordatario ovvero, alla negoziazione dell'accordo *ex art. 182-bis*, comma 1, l.fall²⁶⁰. Spetta infatti al debitore l'amministrazione ordinaria

²⁵⁷ Così F. LAMANNA, *Il decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del concordato*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale «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 il ricorso l'intenzione di presentare un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.* Infatti 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»; *Contra*, M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 94, che esclude la nomina del precommissario nelle procedure «nelle quali il debitore dichiara fin dall'inizio di voler addivenire alla stipula di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*, comma 1, l.fall., atteso che in tale procedura non è previsto un organo terzo di controllo».

²⁵⁸ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance*, Circolare n. 38/IR, 3 marzo 2014, «Anche il commissario giudiziale nominato nell'ambito del procedimento di concordato con riserva è un pubblico ufficiale rispetto al quale, in ossequio a quanto previsto nell'art. 165 l.f., devono trovare applicazione gli art. 36 (reclamo contro gli atti), 37 (revoca), 38 (responsabilità) e 39 (compenso), l.f., nei limiti di compatibilità con l'istituto del concordato in bianco»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 97.

²⁵⁹ Così F. LAMANNA, *Criticità ed abusi del concordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi concordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto "Del Fare"*, in www.dirittobancario.it, che sostiene: «quando il commissario giudiziale venga nominato, dovrà assolvere non solo agli obblighi di vigilanza previsti in via generale ed ordinaria dal primo comma dell'art. 167 l.f. in relazione all'amministrazione dei beni da parte del debitore (obblighi di vigilanza che si esprimeranno poi, più in particolare, anche nella vigilanza ai fini della predisposizione della proposta definitiva, come previsto ora dal modificato ottavo comma), ma anche [...]»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 97.

²⁶⁰ Così M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 98; M. G. SIRNA, *La nomina dell'ausiliario su richiesta di parte o d'ufficio nel concordato e la nomina del commissario giudiziale introdotta dal decreto del Fare*, in www.ilfallimentarista.it, per cui «la previsione legislativa di un organo di controllo risponde all'esigenza di vigilare sull'operato del debitore a tutela dei creditori e del rispetto della legge. Ne discende che, in linea di massima, il commissario giudiziale non è soggetto ai limiti di intervento nell'esercizio della sua funzione, permanendo solo quelli inerenti alla gestione spettante, esclusivamente all'impresa».

dell'impresa²⁶¹, senza possibilità di ingerenza alcuna degli organi della procedura, che non sia limitata al controllo.

Del resto, l'attività d'integrazione della domanda in bianco con il piano concordatario ovvero con la domanda di omologazione di un ADR, sarà seguita più direttamente dal professionista attestatore, la cui relazione dovrà accompagnare entrambi gli esiti procedurali, rispettivamente ai sensi del comma 3, dell'art. 161, l.fall e del comma 1, dell'art. 182-bis, l.fall.

Si pone allora, la necessità di delimitare il raggio d'azione di ciascun professionista, per evitare la sovrapposizione²⁶² dei rispettivi incarichi e la contaminazione delle norme²⁶³.

²⁶¹ A conferma del fatto che l'attività del debitore indirizzata alla predisposizione del piano e della proposta di concordato, rientri nell'amministrazione ordinaria, si pone la pronuncia del Tribunale di Terni, del 28 dicembre 2012, che annovera il conferimento dell'incarico al professionista tra gli atti di ordinaria amministrazione, "in quanto addirittura necessari per lo svolgimento della procedura di concordato, sia sotto il profilo della consulenza ed assistenza del debitore nella predisposizione del piano e della proposta concordataria di cui si intende chiedere l'omologazione, sia per l'attestazione prescritta dall'art. 161 co. 3 l.f., con la conseguenza che nessuna autorizzazione è dovuta, ai sensi dell'art. 161 co. 7 l.f., anche sotto il profilo della "urgenza" che ivi connota gli atti di straordinaria amministrazione, a conferma che essa non può riguardare atti normativamente previsti per l'ordinario iter concordatario, salvo che essi, per una proporzionata incidenza sul patrimonio del debitore, finiscano per incidere oltremisura l'integrità".

In tal senso, anche il Tribunale di Roma, del 1 aprile 2014, "Premesso che nulla può dedursi, in diritto, in ordine agli incarichi professionali conferiti prima del deposito del ricorso prenotativo, pur se affidati anche nell'interesse di altre società del gruppo e con oneri a carico della controllante, trattandosi di attività che la società poteva liberamente porre in essere, il regime giuridico del conferimento di incarichi professionali nella fase successiva al deposito del ricorso per l'ammissione deve rinvenirsi nella regola – dettata dall'articolo 161, comma 7, quanto alla fase intercorrente tra il deposito del ricorso prenotativo e l'ammissione al concordato, e dall'articolo 167 l.f. quanto al periodo compreso tra il decreto di ammissione ed il decreto di omologazione – secondo la quale gli atti di ordinaria amministrazione rientrano nella libera discrezionalità amministrativa dell'organo gestorio, mentre quelli di straordinaria amministrazione sono soggetti all'autorizzazione del Tribunale (articolo 161 comma 7, l.f.) o del giudice delegato (articolo 167 l.f.). Occorre, in altre parole, chiedersi se l'affidamento di incarichi professionali rientri o meno in un ambito di ordinaria amministrazione dell'impresa. In tema, il Tribunale non può che richiamare il costante insegnamento del Supremo Collegio (23796/2006; 9262/2002; conformemente anche T. Terni 28.12.2012) secondo il quale l'affidamento di incarichi professionali rientra nell'ordinaria amministrazione, e non occorre dunque alcuna autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato, purché si tratti di incarichi connotati dai requisiti di pertinenza e non eccedenza rispetto alle finalità perseguite dall'impresa (trattandosi di società ammessa al concordato preventivo, si tratterà quindi di finalità consistenti nella messa a punto della proposta e del piano definitivi, nonché nel soddisfacimento di indefettibili esigenze amministrative inerenti il funzionamento della società)".

²⁶² P. RIVA, *Attestatore e pre-commissario tra deontologia e auto-riesame*, in www.odc.ce.it/press2014.pdf, «pare a chi scrive che le due figure non possano essere considerate sovrapponibili e che, al contrario, la coesistenza delle stesse non possa che portare benefici. Perché ciò sia possibile è però indispensabile il raggiungimento di un complesso punto di equilibrio: i) in primo luogo rifiutando la più semplicistica logica del conflitto e della contrapposizione tra professionisti anche in nome delle norme deontologiche che vincolano entrambi i soggetti; ii) in secondo luogo impostando i rapporti al sostanziale rispetto dei differenti ruoli assunti nella specifica situazione; iii) infine, avendo presente che la condivisione dei principi di riferimento e dei criteri di impostazione delle verifiche deve rappresentare l'opportunità di un migliore presidio ex ante delle situazioni, ma non deve essere portata al punto di divenire co-determinazione delle scelte operative così da evitare ogni "rischio di auto-riesame"».

Come già detto, il (pre)commissario giudiziale è posto a tutela di un interesse pubblicistico al regolare svolgimento della procedura; diversamente, il professionista attestatore garantisce la veridicità e la trasparenza di atti che costituiscono oggetto di valutazione del ceto creditorio e del debitore: entrambi portatori di interessi privatistici.²⁶⁴

Le due figure stigmatizzano la medesima differenza percepibile tra il profilo processuale e il profilo negoziale nella procedura, ma è evidente che i due aspetti si influenzano a vicenda. Le irregolarità delle informazioni date dal debitore al professionista infatti, pregiudicano la veridicità dell'attestazione e pongono le basi,

²⁶³ A tal proposito, il Tribunale di Benevento, del 29 agosto 2013, ha fatto applicazione analogica della disposizione in materia di liquidazione coatta amministrativa e di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, per giustificare la nomina di un organo collegiale di tre professionisti, in luogo del commissario giudiziale di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall. Una volta rilevata come necessaria la nomina del commissario giudiziale, che coadiuvi il tribunale nelle operazioni di controllo e verifica, designando un collegio di tre professionisti, ha affermato che: "la nomina di un organo collegiale è in concreto funzionale sia ad esigenze di maggiore efficienza e rapidità nella conduzione della procedura, che di perequazione degli incarichi professionali, senza trovare, al contempo, alcuna controindicazione economica o alcun ostacolo logico o normativo alla sua attuazione. Infatti, quanto a tale secondo profilo, sebbene l'art. 161 VI co., l.fall. faccia esplicito riferimento alla nomina – *sic et simpliciter* - di un commissario giudiziale, tale norma non esclude affatto, né esplicitamente né per implicito l'insediamento di un organo avente struttura collegiale, la cui designazione deve quindi reputarsi non estranea al dettato normativo e comunque da esso estensivamente desumibile in via logico-interpretativa. Del resto, anche qualora si reputasse ricorrente una lacuna su tale punto (nella parte in cui il testo normativo non contempla espressamente la possibilità di nomina di un organo collegiale), sarebbe certamente consentita sia l'applicazione - in via di interpretazione sistematica - delle tante norme positive che in via generale prevedono la possibilità per il Giudice di avvalersi del contributo e dell'attività di organi tecnici collegiali, sia, in via ancor più prossima, l'applicazione in via analogica delle disposizioni relative alle altre procedure concorsuali previste dall'ordinamento, che consentono esplicitamente la designazione di un organo collegiale. Più precisamente ben potrebbe essere mutuata su tale aspetto la disciplina dettata in tema di liquidazione coatta amministrativa (art. 198 l.f.), dichiarazione dello stato di insolvenza *ex lege* n. 270/1999 (artt. 8 e 15) e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (art. 38 l.cit.)".

Alla possibilità di nominare un organo collegiale che svolga i compiti del commissario giudiziale, ha programmaticamente aderito il Tribunale di Bergamo, sez. II, del 16 gennaio 2014. Nei criteri orientativi per il conferimento degli incarichi di curatore fallimentare e di commissario e liquidatore giudiziale nelle procedure di concordato preventivo, ha infatti ritenuto che: "la sezione fallimentare si riserva di nominare due curatori/commissari/liquidatori giudiziali o un collegio di tre curatori/commissari/liquidatori giudiziali nelle procedure di eccezionale rilevanza, avendo in tale caso cura di comprendere nel duo o nel collegio distinte professionalità (aziendalista e giurista) e distinti livelli di esperienza, con lo scopo di garantire a professionisti giudicati seri e promettenti ma non ancora di elevatissima esperienza nella materia un'esperienza professionale da realizzare in sinergia con colleghi già testati nell'espletamento di incarichi di assai elevata complessità".

²⁶⁴ P. RIVA, *Attestatore e pre-commissario tra deontologia e auto-riesame*, in www.odc.ce.it/press2014.pdf, scrive: «La presenza del Pre-Commissario, quando si instauri con l'Attestatore, un rapporto ispirato alla trasparenza, alla deontologia professionale e a rispetto reciproco dei ruoli, rafforza notevolmente le potenzialità di azione dell'Attestatore. Conviene ricordare in questa sede che, prima della introduzione della figura del Pre-Commissario, l'Attestatore scomodo che fosse giunto a conclusioni non condivise dall'azienda poteva essere - e spesso era - semplicemente sostituito. La società poteva recedere dal mandato, o indurre l'Attestatore al recesso, senza che il lavoro di revisione da questi svolto lasciasse tracce rilevanti se non in sede di eventuale successiva insinuazione al fallimento del professionista. Una tale scelta dell'azienda resta naturalmente ancora possibile, ma comporta sicuramente la necessità di fornire dei chiarimenti nell'ambito delle informative al Tribunale e quindi, se nominato, al Pre-Commissario».

affinché il commissario agisca ai sensi dell'art. 173, l.fall. Viceversa, come previsto dal secondo comma dell'art. 179, l.fall, ove il commissario giudiziale rilevi che dopo l'approvazione sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, caducando di fatto l'attendibilità della relazione, ne da avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione, fino all'udienza *ex art.* 180, l.fall.

2.6 Gli effetti della domanda

Come la domanda definitiva di concordato preventivo, anche la domanda di preconcordato è 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 rilevanti conseguenze sia per il debitore che per i creditori e gli atti posti in essere da questi prima del deposito della domanda di concordato definitiva.

In primo luogo deve ritenersi che dalla data del deposito della domanda di preconcordato il debitore sia sottoposto al regime di cui all'art. 161, comma 7, l.fall, in forza del quale egli: a) potrà liberamente compiere gli atti di ordinaria amministrazione, ma b) non potrà compiere alcun atto di straordinaria amministrazione se non gli atti urgenti che siano stati autorizzati dal tribunale.

In aggiunta, sempre a decorrere dal deposito della domanda di preconcordato il debitore non potrà provvedere al pagamento di creditori antecedenti al suddetto deposito, se non in presenza delle condizioni di cui all'art. 182-*quinquies*, comma 4, l.fall e non potrà neppure contrarre nuovi debiti in assenza delle condizioni previste dall'art. 182- *quinquies*, comma 1, l.fall.

Ulteriore effetto rilevante per il debitore che si produce dal semplice deposito della domanda di preconcordato è, ai sensi dell'art. 182-*sexies* l.fall, l'inapplicabilità delle norme sulla riduzione del capitale sociale di cui agli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6 e 2482-*ter* c.c, nonché delle norme sullo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4), e 2545-*duodecies* c.c.

La disposizione di cui all'art. 182-*sexies* l.fall. codifica un orientamento della giurisprudenza affermatosi prima dell'introduzione delle disposizioni di cui al Decreto Sviluppo, secondo cui l'apertura della procedura di concordato preventivo opera come condizione sospensiva degli obblighi di ricapitalizzazione e delle cause di scioglimento della società, sicché quest'ultima dovrà adempiere a tali obblighi solo in esito alla

procedura di concordato preventivo e a condizione che sussistano ancora i presupposti per l'applicazione delle predette norme.

Alla data di pubblicazione del ricorso *ex art. 161, comma 6, l.fall.* nel Registro delle Imprese è invece collegato il prodursi degli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.fall, pacificamente applicabile anche alla procedura di concordato preventivo con riserva.

Di conseguenza, dalla data della pubblicazione del ricorso *ex art. 161, comma 6, l.fall* nel Registro delle Imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio. I creditori non possono neppure acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato *ex art. 168, comma 3, l.fall.*

Capitolo 3

LA FASE INTERINALE

3.1 I poteri autorizzatori del tribunale: breve premessa

La disciplina del concordato preventivo è puntellata di disposizioni relative all'esercizio dei poteri autorizzatori²⁶⁵ del tribunale. Come detto nei capitoli precedenti, la procedura di preconcordato è “*debtor in possession*”, fatto che garantisce al ricorrente una certa libertà d'azione nella *governance* dell'impresa, in regime di cd. spossessamento attenuato. L'introduzione del commissario giudiziale ha rafforzato il sistema di eterocontrollo nella fase successiva al compimento degli atti che necessitano di autorizzazione, per consentire al tribunale fallimentare la repressione delle condotte illecite e garantire la regolarità della procedura. Resta tuttavia, preventivamente affidato all'autorità giudiziaria la valutazione *ex ante* del compimento di determinate attività, potenzialmente lesive dell'integrità del patrimonio del debitore, tramite l'esercizio dei poteri autorizzatori.

Il nulla osta del tribunale è richiesto per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, ai sensi del comma 7, dell'art. 161, l.fall; per la sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti, *ex art. 169-bis*, l.fall; per la stipula dei finanziamenti prededucibili, come prevede il comma 1, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall; per il pagamento dei debiti anteriori, *ex art. 182-quinquies*, comma 4, l.fall

Nei paragrafi seguenti analizzeremo le possibilità gestorie che si offrono al debitore nella fase interinale, che si protrae dal deposito della domanda in bianco, fino allo scioglimento della riserva, le limitazioni imposte dalla legge e i problemi interpretativi che si pongono, rispetto alla compatibilità delle nuove norme con l'istituto preconcordatario. In questa sede, basti rilevare che molto spesso la richiesta di autorizzazioni deve essere corredata dalla relazione di un professionista attestatore, che

²⁶⁵ F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, per cui «la tematica delle autorizzazioni “speciali” che il Tribunale è chiamato a valutare se concedere o meno quando sia stata proposta una domanda di pre-concordato si presenta altamente controversa».

ne confermi l'utilità per la conservazione dell'attività d'impresa e il miglior soddisfacimento dei creditori.

3.2 Gli atti di gestione: ordinaria e straordinaria

Dopo il decreto che fissa il termine, la principale attività del debitore consiste nella predisposizione del piano ovvero nel raggiungimento di un accordo con i creditori che gli permetta di presentare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione. Fin dal deposito della domanda di preconcordato tuttavia, il ricorrente conserva i poteri gestori dell'impresa, in regime di "spossessamento attenuato". Infatti, ai sensi del comma 7, dell'art. 161 l.fall, egli può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, mentre gli atti urgenti di straordinaria amministrazione necessitano dell'autorizzazione del tribunale fallimentare.

Resta esclusa la possibilità di compiere gli atti non urgenti di straordinaria amministrazione, ragion per cui la disciplina applicabile alla *governance* dell'impresa nella fase preconcordataria risulta essere più stringente di quella applicabile dopo l'ammissione al concordato preventivo, di cui all'art. 167, l.fall. Si esclude infatti, che gli altri atti di straordinaria amministrazione vengano lasciati alla libertà gestoria del ricorrente²⁶⁶. Del resto, sarebbe del tutto irragionevole ritenere che il legislatore abbia introdotto per tale categoria di atti, un regime più favorevole di quello autorizzatorio, previsto dall'art. 167 l.fall, dopo l'ammissione al concordato ordinario, senza gravare il ricorrente di alcun onere di documentazione sul piano o sulla proposta concordataria, che potrebbe alternativamente perseguire finalità liquidatorie o riorganizzative, in questa fase della procedura.

Si sottolinea inoltre, che la portata della norma, di cui al comma 7, dell' art. 161, l.fall, si estende oltre l'istituto del concordato con riserva, andando a regolare i poteri gestori del debitore nel periodo che intercorre tra il deposito del "ricorso", ordinario o in

²⁶⁶ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, nota 3, per cui «Questa sembra in effetti la lettura più logica e ragionevole. Non sembra infatti accettabile una lettura soltanto semi- restrittiva, come quella secondo cui il ricorrente potrebbe invece comunque compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione, con l'unica conseguenza che ad essi non potrebbe riconoscersi la prededuzione e che poi, in caso di eventuale fallimento, resterebbero soggetti a revocatoria e ad eventuale sanzione penale per bancarotta. È infatti evidente che proprio tale soggezione ai ridetti effetti sanzionatori può derivare solo da una qualificazione degli atti in oggetto in termini di disvalore, di illegittimità (e forse ancor meglio di illiceità), situazione che non potrebbe non rilevare anche sotto il profilo della inammissibilità sopravvenuta della domanda in ragione dell'abusivo comportamento del debitore»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 110.

bianco, ed il decreto di ammissione alla procedura, *ex art. 163 l.fall*²⁶⁷. Va quindi, a colmare la precedente lacuna normativa, sebbene collocata tra le disposizioni che disciplinano il concordato.

Proprio il confronto con il concordato ordinario, aveva indotto in prima battuta, parte della dottrina²⁶⁸ a ritenere che, ai fini del rilascio delle autorizzazioni al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, necessariamente il richiedente dovesse rivelare l'orientamento del piano, sul presupposto che la natura degli atti di straordinaria amministrazione, *ex art. 161, comma 7, l.fall*, fosse la stessa di quelli *ex art. 167 l.fall*, salvo che per il requisito dell'urgenza. Sicuramente l'autorizzazione non verrà concessa, qualora il ricorrente motivi la richiesta in modo del tutto generico²⁶⁹ e, ove respinta, la domanda di autorizzazione potrebbe essere ripresentata con ulteriori delucidazioni. Il

²⁶⁷ G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 53, scrive: «Anzi, l'introduzione della norma interviene anche a definire una questione interpretativa a lungo dibattuta in passato: quella dell'individuazione della decorrenza degli effetti del concordato preventivo di tipo patrimoniale nei confronti del debitore. Alla tesi secondo cui la limitazione alla attività di gestione dell'imprenditore si renderebbe operativa soltanto con il decreto di ammissione alla procedura, si contrapponeva l'altra, più convincente, secondo cui tali effetti dovevano prodursi fin dalla presentazione del ricorso, derivandone la conseguenza che tra la presentazione del ricorso e il decreto di ammissione – non essendovi ancora organi deputati a sorvegliare ovvero ad autorizzare atti gestori dell'imprenditore- il debitore avrebbe dovuto astenersi dal compiere gli atti di straordinaria amministrazione»; L. JEANTET, L. MARTINO, *Concordato: conferimento di incarico professionale e atti di ordinaria amministrazione*, in www.ilfallimentarista.it; M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 182.

²⁶⁸ F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it, scrive «è da ritenersi che l'imprenditore ricorrente debba evidenziare non solo le ragioni dell'urgenza, ma anche l'utilità o necessità del compimento dell'atto di straordinaria amministrazione, il quale potrà avere la finalità o di conservazione dei preesistenti assetti dell'impresa, o di ampliamento dei medesimi, o comunque di funzionalità rispetto al futuro piano concordatario. Di qui non solo la ribadita opportunità che la "domanda con riserva" comunque anticipi i caratteri essenziali del concordato che si intende proporre, ma anche l'opportunità che la stessa istanza di autorizzazione renda conto della elaborazione della proposta e del piano nel frattempo maturatasi, in modo da consentire il riscontro del nesso di funzionalità. Quanto alla verifica del tribunale, è evidente che la stessa si muoverà in un'ottica di tutela dei creditori e di valutazione sia della funzionalità dell'atto di straordinaria amministrazione rispetto alla procedura concordataria, sia della compatibilità dell'atto medesimo con gli imprescindibili presupposti per l'ammissione al concordato, primo dei quali la sussistenza di una massa attiva da ripartire tra i creditori chirografari»; L. JEANTET, L. MARTINO, *Concordato: conferimento di incarico professionale e atti di ordinaria amministrazione*, in www.ilfallimentarista.it, «Chiarito il rapporto che intercorre tra l'art. 167 l. fall. e l'art. 161, comma 7, l. fall., va constatato che quest'ultimo non individua, a parte l'urgenza, quali siano gli esatti presupposti che giustificano una richiesta d'autorizzazione al compimento d'un atto straordinario e, soprattutto, non specifica quale sia l'oggetto della verifica che il Tribunale è chiamato ad eseguire. Innanzi al silenzio legislativo, è ragionevole ritenere che l'imprenditore, specie in ipotesi di deposito d'una domanda di pre-concordato, non possa limitarsi ad evidenziare sole ragioni d'urgenza d'un determinato atto di straordinaria amministrazione, ma debba anche rappresentarne la necessità o, quanto meno, l'utilità del compimento in ragione del piano che intende presentare e di cui dovrà fornire i necessari dettagli, onde consentire, in sede autorizzativa giudiziale, un riscontro di funzionalità del primo rispetto al secondo; riscontro che, diversamente rispetto alla fattispecie di cui all'art. 167 l. fall., appare tutt'altro che semplice ed agevole»; V. CAPPUZZELLO, *Autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione dopo la domanda di concordato e prima dell'ammissione*, in www.ilfallimentarista.it.

²⁶⁹ Tribunale di Verona, del 20 settembre 2012.

tribunale, dal canto suo, può avvalersi del potere di chiedere informazioni, e del parere del commissario giudiziale, se nominato, *ex art. 161, comma 7, l.fall.*

Bisogna chiederci allora, se gli atti di straordinaria amministrazione nel concordato sono effettivamente quelli, il cui compimento deve essere autorizzato nel concordato preventivo cd. ordinario, atteso che il requisito dell'urgenza riguarda più le circostanze del compimento dell'atto che la natura dello stesso; secondariamente, quando un atto di straordinaria amministrazione possa dirsi urgente, *ex art. 161, comma 7, l.fall* e infine, quali valutazione deve compiere il giudice per il rilascio dell'autorizzazione.

La categoria degli atti di straordinaria amministrazione è un insieme aperto. L'art. 167, l.fall, per facilitare l'interprete individua una serie di atti di acclarata straordinarietà, ma l'elenco non è tassativo, né risolutivo per l'individuazione di atti ultronei, rispetto a quelli predeterminati dal legislatore. Il carattere di straordinarietà non è privo di rilevanza pratica. L'atto che ne possiede le caratteristiche infatti, deve essere autorizzato dall'autorità procedente, affinché possa essere considerato prededucibile, *ex art. 167, l.fall*, ovvero legalmente compiuto, ai sensi del comma 7, dell'art. 161 l.fall, poiché "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111, l.fall".

La straordinarietà dell'atto, di cui va richiesta l'autorizzazione, va in primo luogo rilevata a contrario, rispetto alla categoria degli atti di ordinaria amministrazione, avendo riguardo all'attività d'impresa ordinariamente svolta dal debitore²⁷⁰. Si badi bene però, che il criterio tipologico è stato superato dalla giurisprudenza²⁷¹, che valuta la "normalità" dell'atto con riferimento, non tanto al tipo di attività generalmente svolta

²⁷⁰ Tribunale di Modena, del 4 settembre 2012 e del 15 novembre 2012. In Cass. 5.12.2011, n. 25952, si legge "nell'attività d'impresa, l'ordinaria amministrazione non si distingue dalla straordinaria amministrazione per la natura conservativa dell'atto (criterio valido, invece, nell'amministrazione del patrimonio degli incapaci), in quanto l'esercizio imprenditoriale presuppone necessariamente il compimento di atti dispositivi, e non meramente conservativi, sicché la distinzione va fondata, per contro, sulla relazione in cui l'atto si pone con la gestione normale del tipo d'impresa e con le relative dimensioni. Pertanto, sono atti di straordinaria amministrazione solo quelli che modificano la struttura economico-organizzativa dell'impresa". Secondo G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1122, quella sovraesposta sarebbe la definizione più aggiornata di atto di straordinaria amministrazione. Tuttavia, quando un atto può dirsi modificativo della struttura economico-organizzativa dell'impresa? La soluzione al quesito fornita dal Giudice delle Leggi, riporta tautologicamente al criterio tipologico.

²⁷¹ Tribunale di Padova, del 15 novembre 2013, secondo il quale "nel caso di specie la stipula dei contratti oggetto dell'istanza, in quanto essenziali alla prosecuzione degli appalti di cui è prevista e prospettata l'integrale esecuzione, non essendo infatti stata inoltrata alcuna istanza di sospensione/scioglimento *ex art. 169 bis L.F.*, sembrerebbe astrattamente rientrare negli atti di ordinaria amministrazione in quanto "normali" in relazione allo svolgimento dell'attività di impresa di cui la società ha già prospettato la continuazione ai fini della presentazione di un piano di concordato preventivo *ex art. 186 bis L.F.*".

dall'impresa, quanto rispetto alla "frontiera mobile"²⁷² degli obiettivi gestori perseguiti. Il criterio in questione è contestualizzato nell'ambito della procedura e in definitiva, della sua funzione tipica²⁷³.

Il fatto che la finalità della procedura sia fondamentale per l'applicazione del criterio funzionale, su cui si fonda la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, sembra confermato da quella parte della giurisprudenza²⁷⁴, che ha ritenuto il conferimento dell'incarico al professionista atto di ordinaria amministrazione, in quanto strumentale alla predisposizione di un piano e alla relativa relazione tecnica che ne dimostri l'attendibilità.

Tuttavia, il criterio tipologico-funzionale non è il solo determinante per la qualifica dell'atto di ordinaria amministrazione. Del resto, se l'atto compiuto dal debitore si giustifica in ragione della sua aderenza o necessità rispetto alle finalità gestorie perseguite, può ben essere sproporzionato rispetto ad esse. L'entità dell'atto, ai fini dell'ordinarietà è quindi relevantissima, in termini di incidenza positiva o neutrale sul patrimonio del debitore (cd. criterio della conservatività)²⁷⁵.

Il fatto che l'aspetto quantitativo non sia irrilevante nella valutazione dell'incidenza dell'atto sul patrimonio del debitore, è in certa misura, confermato dallo stesso legislatore, al comma 3 dell'art. 167, l.fall, il quale consente la deroga al regime autorizzatorio normalmente assegnato agli atti di straordinaria amministrazione, ove

²⁷² G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 55.

²⁷³ G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 56, secondo il quale «Senonché, anche e soprattutto in ragione delle differenti finalità perseguibili dal concordato preventivo, sembra qui più che altrove opportuno fare riferimento al criterio della "normalità" rispetto alla tipologia di "gestione" che si persegue: criterio adottato dalla stesa giurisprudenza, con la precisazione, peraltro della sua operatività soltanto al di fuori degli atti di straordinaria amministrazione già "tipizzati" dal diritto positivo».

²⁷⁴ Tribunale di Roma, del 1 aprile 2014; Tribunale di Terni, del 28 dicembre 2012. Si veda anche Cass. 8.11.2006, n. 23796, ove, rispetto agli incarichi professionali la S.C. afferma "A) escluso che siffatti incarichi siano da annoverare automaticamente nella *species* della "straordinaria amministrazione", ed escluso che criterio discrezionale utile sia quello del rapporto proporzionale tra spese e condizioni dell'impresa, viene in evidenza il solo criterio che reputa atto di ordinaria amministrazione quello connotato dalla pertinenza ed idoneità dell'incarico stesso - anche se di costo elevato - allo scopo di conservare e/o risanare l'impresa in a.c.; B) il criterio di proporzionalità, che pertanto non va ridotto al vaglio della gravità della crisi aziendale (che anzi a grave crisi ben può correlarsi, come necessario, un radicale intervento disegnato da elevata competenza tecnico-legale), deve invece riferirsi al merito della prestazione, in termini di rapporto di adeguatezza funzionale (o non eccedenza) della prestazione alle necessità risanatorie dell'azienda e con giudizio da formulare ex ante; C) si deve escludere comunque la ammissione tra le passività concorsuali le volte in cui l'incarico sia conferito per esigenze personali e dilatorie dell'impresa (auspicante il mero allontanamento della dichiarazione di fallimento)".

²⁷⁵ G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 56; FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1058, parla di "neutralità".

non superino una certa soglia di valore stabilita dall'autorità procedente. Gli atti di straordinaria amministrazione che si pongono al di sotto della soglia fissata dall'autorità giudiziaria sono di fatto equiparati, in quanto al regime autorizzatorio, agli atti di gestione ordinaria. Come a dire che la straordinarietà dell'atto è effettivamente rilevante, quando l'atto rilevi economicamente.

Tuttavia, il criterio quantitativo non è sempre indicativo dell'incidenza dell'atto sul patrimonio del debitore, che dipenderà anche in questo caso, dalle finalità gestorie dell'imprenditore, ovvero dall'inquadramento dell'atto in una più complessa operazione commerciale.

Secondo la S.C, l'atto è straordinario quando è idoneo "a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità di 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"²⁷⁶.

Il criterio individuato dalla corte di cassazione impone un giudizio sull'incidenza dell'atto sul patrimonio del ricorrente. Giudizio che dovrà tenere conto dell'entità dell'atto, della proporzionalità della spesa rispetto alla capienza del patrimonio del debitore e della gravità della crisi. Ai fini dell'autorizzazione, nonostante le caratteristiche dell'atto, sarà necessaria una valutazione in termini di costi-opportunità e delle finalità gestorie dell'imprenditore, nell'ottica di una procedura concordataria.²⁷⁷

Il canone della "conservatività" è accolto altresì, dalla giurisprudenza di merito²⁷⁸, che ha posto tra gli atti di ordinaria amministrazione l'utilizzo delle linee di credito cd.

²⁷⁶ Cass. Sez. I, 20.10.2005, n. 20291; Cass. Sez. I, 12.01.2007, n. 578.

²⁷⁷ Tribunale di Terni, 28 dicembre 2012; Corte di appello di Venezia, 29 maggio 2014, la quale sottolinea come è possibile che "atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di un'impresa *in bonis* possono invece assumere un diverso connotato se compiuti nell'ambito di una procedura concordataria laddove gli stessi dovessero investire interessi del ceto creditorio o incidere negativamente sulla procedura concorsuale perché, ad esempio, sottraggono beni alla disponibilità della stessa ovvero ostacolano o ritardano la procedura di liquidazione nel caso di concordato con cessione dei beni". L'orientamento della Corte d'Appello di Venezia si pone in continuità rispetto alla giurisprudenza di legittimità. In Cass. 11.08.2004, n. 15484, la S.C afferma infatti, che "in tema di concordato preventivo, la valutazione rispetto al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 legge fallimentare, deve essere compiuta dal giudice di merito con riferimento all'interesse della massa dei creditori – preso in considerazione appunto dall'art. 167 cit.- non già dell'imprenditore insolvente, essendo possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio di un'impresa *'in bonis'* possano, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nell'ambito di una procedura concordataria laddove gli stessi dovessero investire interessi del ceto creditorio o incidere negativamente sulla procedura concorsuale, perché ad esempio, sottraggono beni alla disponibilità della stessa ovvero ostacolano o ritardano la procedura di liquidazione nel caso di concordato con cessione dei beni".

²⁷⁸ Tribunale di Milano, dell'11 dicembre 2012; Tribunale di Terni, del 10 ottobre 2012.

“auto liquidante” a breve termine, concesse dagli istituti di credito al debitore, poiché tale utilizzo ha la funzione di conservare l’attività dell’impresa, senza incidere innovativamente sul suo patrimonio. Le banche tuttavia, sono inclini a revocare questo tipo di credito, ancorché prededucibile, quando il debitore acceda al concordato o ad altra procedura concorsuale.

La stratificazione dei criteri di determinazione della nozione di atti di ordinaria amministrazione trova, probabilmente, la sua migliore sintesi in un precedente della giurisprudenza di legittimità²⁷⁹, secondo cui “vanno considerati di ordinaria amministrazione gli atti che presentino tutte e tre le seguenti caratteristiche: 1) siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo; 3) comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto. Vanno invece considerati di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte e tre queste caratteristiche”.

In definitiva, sarà tale l’atto che “eccede” l’ordinaria amministrazione, sotto il profilo della “normalità” o della “conservatività” o della “rischiosità”, considerati alla luce delle finalità gestorie concretamente perseguite dal debitore, nell’ambito della procedura²⁸⁰. Come si legge in una pronuncia del Tribunale di Padova²⁸¹, “devono essere considerati atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, oltre a quelli espressamente previsti e tipizzati dal legislatore al comma 2, dell’art. 167 l.fall, rispetto ai quali non è possibile alcuna distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria secondo il criterio di normalità riferito all’attività di impresa, quelli potenzialmente idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la

²⁷⁹ Cass. 15.05. 2003, n. 7546.

²⁸⁰ Il criterio “misto” è adottato dal Tribunale di Terni, del 12 ottobre 2012, per cui “devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell’azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata (Cass.civ. n. 9262/00) - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell’area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti”; Tribunale di Pinerolo, del 9 gennaio 2013, che esclude l’ordinarietà degli atti di stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, benché avvenuta al fine di garantire il funzionamento dello spaccio aziendale e con persone che erano già state dipendenti della società, in quanto “l’assunzione di un lavoratore (anche se a termine) ha sempre delle ricadute economiche rilevanti su di un’impresa e comporta per la stessa un elevato margine di rischio, non essendo preventivamente valutabile se sarà recuperato il costo del lavoro ad essa relativo”.

²⁸¹ Così il Tribunale di Padova, del 15 novembre 2013, chiamato ad autorizzare la stipula di due contratti di subappalto funzionale alla prosecuzione di contratti di appalto in corso di esecuzione, ritiene che la natura di tali atti sia da valutare “in relazione sia alla normalità degli stessi rispetto allo scopo della gestione dell’attività di impresa e all’entità del patrimonio, sia rispetto agli interessi del ceto creditorio e quindi in definitiva della procedura”.

consistenza o gravandolo di pesi e vincoli cui non corrisponda l'acquisizione di utilità prevalenti (cfr. Cass. n. 20291/05; Cass. n. 9262/02; Cass. n. 1357/99; Cass. n. 7390/97); ritenuto che tale valutazione deve essere compiuta in ogni caso non in astratto, ma con riferimento al caso concreto, potendo assumere natura straordinaria, rispetto alla finalità della procedura ed all'interesse della massa dei creditori, anche atti di amministrazione che, ove compiuti dall'imprenditore "in bonis", rientrerebbero nell'ambito della normalità gestionale dell'impresa, laddove gli stessi dovessero investire interessi del ceto creditorio od incidere negativamente sulla procedura concorsuale perché, ad esempio, sottraggono beni alla disponibilità della stessa ovvero ostacolano o ritardano la procedura di liquidazione nel caso di concordato con cessione dei beni (cfr. Cass. n. 15484/04)".

Il *discrimen* tra ordinaria e straordinaria amministrazione impone una valutazione del tribunale sulle finalità gestorie del ricorrente, le quali dovrebbero emergere dal piano concordatario. Di qui, la convinzione della prima giurisprudenza di merito²⁸², che la richiesta di autorizzazione al compimento di un atto di straordinaria amministrazione, dovesse necessariamente trovare il suo fondamento in una pur parziale *disclosure* sul piano, anche qualora il ricorrente avesse presentato una domanda con riserva, di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall.

Nel preconcordato il piano manca, ma sicuramente la *governance* dell'impresa in questa fase deve essere ispirata ad obiettivi di conservazione²⁸³ del patrimonio del debitore, *a fortiori* per il fatto che il piano concordatario potrebbe perseguire uno scopo liquidatorio o riorganizzativo.

Ai fini dell'individuazione degli atti di straordinaria amministrazione, il "criterio funzionale" può ben essere accolto anche nella fase preconcordataria, tenendo tuttavia presente che la finalità del preconcordato è predeterminata dal legislatore come cautelare, e non dipende dall'orientamento di un piano concordatario, che in questa fase, può non essere presentato.

²⁸² Tribunale di Roma, del 19 dicembre 2012, il quale rileva che la richiesta autorizzatoria non contiene una previsione espressa in merito alla collocazione dell'operazione straordinaria all'interno del piano di concordato, di cui la società in crisi non avrebbe anticipato il contenuto, e per tale ragione ritiene irrilevanti le ragioni di opportunità esposte nella richiesta di autorizzazione, in quanto avulse da una valutazione sull'assetto globale dell'attività d'impresa nell'ambito del piano e prive di supporto delle attestazioni di fattibilità dell'esperto indipendente; Tribunale di Arezzo, del 4 ottobre 2012; Tribunale di Mantova, del 27 settembre 2012; Tribunale di Monza, del 16 gennaio 2013.

²⁸³ M. DEL LINZ, *La domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2013, parte II, p. 182, per il quale «si evidenzia che l'imprenditore anche nello svolgimento della gestione ordinaria non appare completamente libero, in quanto si ritiene possa compiere solo gli atti essenziali ad un corretto *going concern*».

Il rischio avvertito dalla giurisprudenza, è quello che le autorizzazioni vadano ad anticipare l'esecuzione di un piano concordatario, la cui fattibilità deve essere valutata in primo luogo dall'esperto e poi dai creditori.²⁸⁴ Poiché il giudizio di fattibilità è escluso dalle valutazioni del tribunale nel corso dell'intera procedura concordataria, a *fortiori* dovrà esserlo nella fase preconcordataria.

Tuttavia, il fatto che gli artt. 161, comma 7, e 182-*quinquies*, l.fall, prevedano in capo al tribunale fallimentare l'esercizio di poteri autorizzatori, mi pare una ragione più che sufficiente ad escludere il diniego sistematico di autorizzazione. Parte della dottrina²⁸⁵ ha infatti osservato che è il rilascio dell'autorizzazione ad incidere su un piano concordatario ancora *in fieri*, non viceversa. È quindi logicamente scorretta l'operazione ermeneutica che valuta l'istanza autorizzatoria, in funzione di un piano concordatario non già venuto in essere e che, per giunta, potrebbe non vedere mai la luce per espressa previsione normativa, poiché inverte l'ordine logico delle fasi procedurali.

Inoltre, la funzione cautelare²⁸⁶ dell'istituto è il motivo per cui in questa sede, possono essere compiuti solo gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti di straordinaria amministrazione, se urgenti. L'urgenza infatti, non è soltanto un requisito ulteriore che l'atto di straordinaria amministrazione deve avere, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, ma rende l'atto compatibile con la funzione cautelare della

²⁸⁴ P. BOSTICCO, *Dubbi e incertezze sull'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione nel nuovo concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, ove, nel commento alla pronuncia del Tribunale di Roma, del 19 dicembre 2012, rileva come «il Tribunale muove dalla nota corrente della giurisprudenza di legittimità che limita decisamente il sindacato del Giudice di fattibilità del concordato per dedurre quasi *a contrariis* che, se quella valutazione è preclusa al Tribunale, per autorizzare preventivamente atti di particolare delicatezza per la società occorrerebbe investire l'organo giudiziario di una potestà di stabilire che, essendo fattibile il piano concordatario, si può dare da subito corso alle attività programmate dal debitore».

²⁸⁵ A. M. LEOZAPPA, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, www.ilfallimentarista.it, scrive: «è indubbio che l'eventuale autorizzazione è suscettibile di incidere sulla stessa predisposizione del piano, con ciò alterando, se non invertendo, l'ordinario rapporto tra atti di gestione e piano concordatario, per il quale sono i primi a doversi conformare al secondo e non viceversa. Vero è, però, che di piano si potrà parlare solo al momento del suo deposito e pertanto, ove non dovesse sussistere l'oggettiva urgenza e necessità che il debitore ponga in essere un atto di straordinaria amministrazione prima della sua formalizzazione è, altresì indubbio che sia la proposta a doversi configurare in ragione di detto atto. In altri termini, presentando l'istanza di autorizzazione al tribunale, il debitore accetta di comprimere la propria discrezionalità nella predisposizione del piano di concordato, vincolandosi a recepire nella proposta gli effetti dell'atto da compiere ed accettando il rischio che esso ne comprometta la fattibilità».

²⁸⁶ Così il Tribunale di Torino, del 3 gennaio 2013, sulle finalità proprie dell'istituto preconcordatario: «è evidente che lo scopo della legge è quello di far sì che l'imprenditore che attiva detta procedura mantenga inalterato l'assetto dei propri beni in modo che sulla sorte degli stessi, una volta presentato il piano, decida l'assemblea dei creditori. Ciò comporta che nell'intervallo di tempo tra la proposizione del preconcordato e la presentazione del concordato vero e proprio l'atto di straordinaria amministrazione si pone come del tutto eccezionale».

procedura preconcordanaria²⁸⁷. L'atto urgente di straordinaria amministrazione è infatti, quello che incide negativamente sul patrimonio del debitore nel momento in cui viene compiuto, ma tale da dover essere autorizzato perché il suo differimento ad una fase successiva della procedura, causerebbe un pregiudizio maggiore al patrimonio del debitore e quindi agli interessi dei creditori²⁸⁸.

Il ricorrente che voglia compiere un atto di straordinaria amministrazione, deve rivolgersi al tribunale e dimostrarne l'urgenza, *id est* l'impossibilità di differire l'atto medesimo e in definitiva, l'utilità dell'atto rispetto alla conservazione del patrimonio del debitore. Questo significa che l'atto urgente di straordinaria amministrazione può essere valutato e autorizzato, indipendentemente da una *disclosure* sul piano²⁸⁹. A siffatta conclusione è giunta la recente giurisprudenza di merito²⁹⁰, superando il rigido

²⁸⁷ Così F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, scrive: «se l'atto nemmeno fosse urgente, il suo compimento potrebbe trovare giustificazione solo in relazione ad una programmazione futura, in ragione cioè del suo inserimento nel piano concordatario, ovvero nella sua utilità (o non dannosità) alla stregua di una valutazione positiva compiuta dal Giudice Delegato dopo l'ammissione al concordato, in sede di autorizzazione rilasciata ex art. 167 l. fall»; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1133; A. M. LEOZAPPA, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, www.ilfallimentarista.it, per cui «è proprio il requisito normativo dell'urgenza l'indice che, nella ratio dell'art. 161 l.f., presidia il corretto andamento della procedura nel periodo dato».

²⁸⁸ Secondo M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 111, «deve ritenersi "urgente" l'atto che, se non compiuto immediatamente, è in grado di determinare un danno all'impresa, o una mancata utilità per la massa dei creditori»; FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1057, «Quando si parla di urgenza v'è da pensare che il tema sia quello di operare una comparazione fra l'utilità di compiere un atto subito e quella di poter attendere l'ammissione al concordato».

²⁸⁹ In dottrina, F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale «nemmeno sarebbe necessaria un'attestazione su un requisito (l'urgenza) che il ricorrente può comprovare semplicemente con documentazione contrattuale o contabile, a prescindere da piani o proposte definitive, che di quell'urgenza non (necessariamente) potrebbero aver tenuto conto»; P. BALDASSARRE, *Preconcordato e criteri per autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione*, in www.ilfallimentarista.it, «se risulta poi incontestabile che nell'ipotesi in cui il debitore si rivolga al Giudice per ottenere un'autorizzazione di tal genere debba fornire tutte le informative coerenti con il tipo di provvedimento richiesto, è altrettanto innegabile che in alcuni casi -come nello specifico- la eccezionalità, urgenza ed opportunità dell'operazione non si ricava necessariamente dal piano, bensì da una chiara informativa dell'imprenditore circa il beneficio che l'operazione in sé può apportare all'azienda ed al ceto creditorio in generale, evitando un inutile aggravamento del dissesto finanziario-patrimoniale della proponente»; P. BOSTICCO, *Dubbi e incertezze sull'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione nel nuovo concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, per cui «è del tutto evidente che tutti gli atti per i quali è stata concessa la facoltà di chiedere l'autorizzazione preventiva sono di natura straordinaria e per certo sono già di per sé attuativi del futuro piano concordatario: il fatto che le due norme citate prevedano esplicitamente che l'autorizzazione "anticipata" è ammessa, implica che il diniego di autorizzazione non potrebbe essere fondato su una inammissibilità "sistemica" della decisione che il Tribunale è chiamato a compiere, dovendosi invece ipotizzare, un esame e semmai una rievazione per ragioni di merito».

²⁹⁰ Tribunale di Torino, del 3 gennaio 2013, per cui «Nel caso in oggetto la valutazione dell'utilità degli atti di cui si chiede l'autorizzazione può essere effettuata anche senza la presentazione del piano. L'immobile *de quo* non ha infatti carattere strategico per l'impresa, essendo lo stesso adibito in parte ad ufficio ed in parte ad abitazione».

orientamento che negava l'autorizzazione, in assenza di una pur sommaria *discovery* sul piano concordatario.

Se l'urgenza viene considerata come causa di giustificazione della richiesta autorizzatoria, si spiega inoltre, il motivo per cui non è ritenuta necessaria dal legislatore, la speciale relazione del professionista attestatore, che invece è prevista per l'autorizzazione dei finanziamenti e del pagamento dei crediti anteriori, di cui all'art. 182-*quinquies*, l.fall. L'esigenza di agire tempestivamente, del resto, mal si concilia con la necessità di attendere il rilascio delle attestazioni²⁹¹.

Dal confronto tra l'art. 167, l.fall e il comma 7, dell'art. 161, l.fall, emerge che il criterio discrezionale per l'individuazione e l'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione è lo stesso. Tuttavia, trattandosi di un criterio "a geometria variabile"²⁹², la sua applicazione condurrà a risultati diversi, che dipendono dalle finalità concretamente perseguite dalla procedura. Si ravvisa inoltre che, il regime autorizzatorio non coincide, poiché nel preconcordato è ammesso esclusivamente il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione e l'urgenza, anziché il piano concordatario, legittima il compimento autorizzato dell'atto in questa fase. Con ciò, escluderei l'applicazione analogica dell'ultimo comma dell'art. 167, l.fall alla fase preconcordatoria. Si consideri inoltre che, l'art. 161, comma 7, l.fall non potrà più essere applicato, non solo nella fase successiva all'ammissione al concordato preventivo, ma anche ove il ricorrente decida per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, *ex art. 182-bis*, l.fall. In questo caso infatti, nessun limite sarà imposto dalla legge alle possibilità gestorie del debitore²⁹³.

Infine, per quanto riguarda le modalità del rilascio dell'autorizzazione al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, poiché competente a ricevere la domanda di preconcordato è il tribunale fallimentare e la richiesta di autorizzazione può

²⁹¹ Così, F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it.

²⁹² G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 55.

²⁹³ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 109; P. BOSTICCO, *Dubbi e incertezze sull'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione nel nuovo concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale, l'eventualità che il richiedente le autorizzazioni, *ex art. 161*, comma 7, l.fall, acceda alla procedura di omologazione di un accordo di ristrutturazione, «non influisce poi in modo così rilevante sulle possibili autorizzazioni del Tribunale, in quanto l'accordo di ristrutturazione si fonda su una più marcata dinamica negoziale, in forza della quale, comunque, i creditori non aderenti non dovrebbero subire pregiudizio dall'esecuzione dell'accordo omologato, laddove, di contro, il consenso dei creditori aderenti dovrebbe superare le perplessità sul compimento di atti prodromici che siano poi ricompresi nell'accordo stesso».

essere formulata contestualmente alla suddetta domanda, si ritiene che l'autorizzazione venga rilasciata dal collegio, con procedimento da svolgersi in camera di consiglio²⁹⁴.

Ove l'istanza autorizzatoria, di cui al comma 7, dell'art. 161, l.fall, sia avanzata contestualmente alla domanda prenotativa, ex art. 161, comma 6, l.fall, l'assenso del tribunale sulla richiesta del ricorrente, presupporrà un giudizio di ammissibilità sulla domanda di concordato e conseguentemente, la concessione del termine.

3.3 La sospensione e lo scioglimento dei rapporti giuridici pendenti nel concordato

Con il Decreto Sviluppo è stata per la prima volta introdotta una disciplina dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo. L'intervento si sostanzia nell'introduzione di due norme che si occupano della materia: l'art. 169-*bis* l.fall, nella disciplina "generale" del concordato e l'art. 186-*bis*, l.fall, dedicato al concordato con continuità aziendale.

Prima della riforma del 2012, si escludeva che nella procedura concordataria trovassero applicazione gli artt. 72 e seg. l.fall, che regolano i contratti in corso di esecuzione nel fallimento. L'impossibilità di usufruire nella materia concordataria della corrispondente disciplina fallimentare, dipendeva fondamentalmente da tre ragioni: il carattere eccezionale della normativa, in quanto derogatoria dell'ordinaria disciplina codicistica; il differente regime di spossessamento che subisce il debitore nelle procedure (attenuato nel concordato preventivo; pieno nel fallimento, ove qualsiasi potere gestorio è trasferito in capo al curatore fallimentare²⁹⁵); l'art. 169, l.fall che, richiamando espressamente le norme fallimentari applicabili al concordato preventivo, preclude ogni possibile interpretazione analogica. Nel silenzio della legge, la dottrina²⁹⁶ riteneva quindi, applicabile la disciplina generale dei contratti, contemplata dal codice civile, anche successivamente all'apertura della procedura concordataria. La conseguenza era la continuazione dei contratti in corso, rimanendo tuttavia ferma la possibilità del contraente *in bonis* di esperire i tradizionali rimedi²⁹⁷ civilistici

²⁹⁴ F. ROLFI, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in www.ilfallimentarista.it.

²⁹⁵ M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 45; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1121.

²⁹⁶ S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, in *Il Foro Italiano*, 1946, p. 297.

²⁹⁷ Così A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 46; pone il problema F. PEDOJA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*, in www.fallimentiesocietà.it;

dell'eccezione di inadempimento, *ex art.* 1460 c.c. e della sospensione dell'esecuzione della prestazione per l'insolvenza della controparte, *ex art.* 1461 c.c.

Con la riforma del 2005-2007 e il conseguente mutamento della funzione del concordato preventivo²⁹⁸, sempre più diretto al soddisfacimento dell'esigenza di ristrutturazione, il principio dell'irrelevanza dell'apertura della procedura sulla sorte dei contratti pendenti ha incontrato i suoi limiti. La continuazione dei contratti pendenti infatti, in costanza di concordato si traduce in un ostacolo alla ristrutturazione. Di qui, il tentativo²⁹⁹ di parte della dottrina³⁰⁰ di ottenerne lo scioglimento o la sospensione attraverso l'assimilazione degli atti dispositivi di adempimento, nel novero degli atti di straordinaria amministrazione, *ex art.* 167 l.fall.

La proposta non ha tuttavia avuto seguito nella giurisprudenza di legittimità, che ha rifiutato qualsiasi orientamento volto a scardinare la regola dell'irrelevanza dell'apertura della procedura concordataria sui rapporti giuridici pendenti.

Ad oggi, il nuovo art. 169-bis³⁰¹ colma una lacuna del diritto fallimentare, senza evitare di creare nuove questioni di ordine pratico ed ermeneutico, attribuendo al

risponde esaurientemente A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 266 e seg., secondo il quale l'eccezione di inadempimento può essere sollevata dal contraente *in bonis*, senza violazione delle regole della concorsualità, nei contratti ad esecuzione istantanea ma non per i contratti di durata, per la scindibilità delle prestazioni anteriori da quelle successive al concordato preventivo. Analogamente, per l'esercizio della facoltà di sospensione *ex art.* 1461 c.c., il contraente *in bonis* non potrà avvalersene per i contratti di durata, perché il principio di concorsualità prevale sul vincolo di sinallagmaticità. Stesso discorso vale per la risoluzione contrattuale, quando l'inadempimento della controparte in procedura sia di gravità tale da giustificare la relativa azione.

²⁹⁸ In tal senso G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1121; A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 47, scrive: «fin dalla prima modifica, intervenuta con d.m. 14 marzo 2005, n. 35, il legislatore ha inteso attribuire maggiore autonomia al debitore concordatario il quale –di pari passo con l'evoluzione della normativa sulla crisi d'impresa– nella predisposizione del piano da sottoporre alla votazione dei creditori ha progressivamente acquisito maggiore libertà di proposta basata su diversi “moduli” concordatari accomunati dalla necessità di valorizzare, ove possibile, la continuità aziendale»; M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, per cui «in una visione statica del concorso, là dove il concordato preventivo era vissuto come uno strumento di pura liquidazione, si poteva spiegare una forma di disinteresse per i contratti pendenti, ma questo è divenuto nel tempo non più tollerabile, specie quando si è iniziato ad utilizzare il concordato anche come strumento indiretto di conservazione dell'impresa. Tanto è vero che nell'amministrazione straordinaria il contratto prosegue di diritto salva la facoltà del commissario di sciogliersi (art. 50 d.lgs. 270/1999) e che nell'esercizio provvisorio i contratti proseguono salva diversa determinazione del curatore (art. 104 l.fall.)».

²⁹⁹ La tesi distingueva invero, tra l'adempimento dei contratti ad esecuzione istantanea e l'adempimento dei contratti ad esecuzione periodica o continuata, ritenendo solo quest'ultimo atto eccedente l'ordinaria amministrazione e come tale, soggetto alla speciale autorizzazione di cui al comma 2 dell'art. 167 l.fall.

³⁰⁰ A. JORIO, *I rapporti pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973, p. 189.

³⁰¹ Per comodità si riporta qui di seguito il testo dell'art. 169-bis, l.fall: “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 la facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria lo scioglimento ovvero la sospensione per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta, dei contratti che ritenga certamente o probabilmente dannosi per la continuazione dell'attività d'impresa.

In primo luogo, prevede il potere autorizzatorio del tribunale per l'istanza del debitore, di scioglimento o di sospensione dei contratti in corso di esecuzione, a far data dal deposito del ricorso di cui all'art. 161, l.fall. Secondariamente, codifica la regola della continuazione dei contratti in corso di esecuzione all'apertura della procedura concordataria. Se sospensione e scioglimento dei contratti sono subordinati all'istanza autorizzatoria del debitore infatti, se ne ricava che, nell'inerzia del debitore, la regola è la continuazione dei rapporti contrattuali pendenti. La scelta operata dal legislatore si pone pertanto, senza soluzione di continuità con l'orientamento fornito dagli interpreti, prima del più recente intervento riformatore³⁰². Dispone inoltre, che il contraente *in bonis* che subisce lo scioglimento del contratto abbia diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno. Tale credito sarà soddisfatto in moneta concorsuale, escludendo il regime della prededucibilità generalmente accordato dal legislatore ai crediti sorti dopo l'apertura delle procedure concorsuali, *ex art.* 111 l.fall.

La norma in esame pone innanzitutto agli interpreti una questione definitoria su cosa debba intendersi per "contratti in corso di esecuzione". L'espressione adottata nella corrispondente disciplina fallimentare infatti, è più ricca di dettagli. L'art. 72, l.fall parla di "contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti", per indicare quelle situazioni giuridiche di reciproco credito-debito in capo ai contraenti, in cui da ambedue le parti le obbligazioni dedotte in contratto non sono state completamente adempiute. Dal momento che la definizione di cui all'art. 169-*bis*, l.fall difetta di simile puntualità, parte della dottrina³⁰³ ha ritenuto che la categoria di contratti

debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72 *ter* e 80 primo comma".

³⁰² In tal senso M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 118; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 264.

³⁰³ M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, secondo il quale «va rimarcato come la formula lessicale dell'art. 169 *bis* ("contratti in corso di esecuzione") si distingue da quella dell'art. 72 l.fall. ("se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti") e lasci intendere che lo spettro sia più ampio, tanto da coinvolgere anche contratti unilaterali»; F. PEDOJA, *I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*, in www.fallimentiesocietà.it, fondamentalmente per due ragioni: la diversità di disciplina della clausola compromissoria tra gli artt. 72 e 169-*bis* l.fal e l'incompatibilità

cui fa riferimento il legislatore della riforma del 2012, non sia pienamente coincidente con quella tradizionalmente individuata nel fallimento, ma più ampia, tale cioè da ricompredervi anche i contratti rimasti ineseguiti da una sola parte ovvero i contratti unilaterali (con obbligazioni a carico di una sola parte). La conseguenza di siffatta interpretazione sarebbe quella di riconoscere in capo al contraente *in bonis*, che subisca lo scioglimento di un contratto di cui ha compiutamente adempiuto le prestazioni, un diritto di indennizzo, anziché un diritto al risarcimento del danno che andrà comunque incontro alla falciatura concordataria. Questa conseguenza mi sembra sbilanciata a discapito dell'interesse del contraente *in bonis* che abbia adempiuto regolarmente le proprie obbligazioni, soprattutto se si pensa che il credito dei terzi sorto in seguito al compimento di atti amministrati ordinari o straordinari, legalmente compiuti *ex art. 161, comma 7, l.fall.*, è prededucibile. Considerato che la norma, *ex art. 169-bis, l.fall.*, può essere interpretata in termini più restrittivi, così da incidere esclusivamente sulle posizioni del contraente che abbia lasciato ineseguito o solo parzialmente eseguito il contratto, opterei per la soluzione che ritiene l'ambito applicativo della norma coincidente con quello definito dall'art. 72 l.fall. Del resto, anche nella disciplina fallimentare, il legislatore si è riferito alla stessa categoria di contratti in termini non proprio univoci, parlando di "rapporti giuridici preesistenti" nella rubrica della sezione IV del capo terzo del titolo II; di "rapporti pendenti", nella rubrica dell'art. 72, l.fall e nel sesto comma, dell'art. 104-bis, l.fall; di "contratti pendenti" nel settimo comma, dell'art. 104, l.fall. Il dato testuale non è, in questo caso, sufficientemente indicativo della *volutas legislatoris* di riferirsi a contratti ulteriori, *a fortiori* per il fatto che nell'art. 169-bis, l.fall è ricompreso un coordinamento con la disciplina dei contratti pendenti nel fallimento, sia pure nel senso di escludere l'applicazione della corrispondente disciplina concordataria ai contratti di cui agli artt. 72, ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma, l.fall, nonché ai contratti di lavoro subordinato³⁰⁴.

Sul trattamento riservato al contraente *in bonis* che subisce lo scioglimento del contratto, parte della dottrina³⁰⁵ ha avanzato qualche perplessità, poiché alla posizione

dell'art. 72 l.fall, al caso di continuità aziendale, quale quella dell'esercizio provvisorio, anche in ipotesi di fallimento.

³⁰⁴ Così P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.

³⁰⁵ P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, secondo il quale «Una ulteriore aporia è poi quella contenuta nella seconda proposizione della norma in esame, relativamente all'attribuzione della natura concorsuale al credito per il c.d. indennizzo (*id est* per il risarcimento del danno da inadempimento), sulla quale il legislatore si è esibito in un vero e proprio gioco di prestigio».

del contraente non è stata riconosciuta la prededucibilità, come ci si aspetterebbe per un credito sorto dopo l'apertura della procedura concordataria, *ex art. 111, comma 2, l.fall.* La scelta operata dal legislatore nasce dall'esigenza di contemperare i contrapposti interessi: del debitore, a disfarsi dei contratti nocivi per la continuazione dell'attività d'impresa; del contraente *in bonis*, alla prosecuzione del contratto; del ceto creditorio, a non subire i costi di prosecuzione di un contratto eventualmente oneroso rispetto ai benefici³⁰⁶. Il regime della prededucibilità avrebbe gravato eccessivamente la procedura di ulteriori costi, a discapito della continuazione dell'attività d'impresa e degli altri creditori concorsuali. Certo è che se tra prededucibilità e concorsualità, il legislatore ha optato per la strada più impervia per il contraente *in bonis*, tra il diritto al risarcimento del danno e il riconoscimento dell'indennizzo, avrebbe potuto spezzare una lancia in favore di quello stesso contraente, adottando la soluzione a lui più proficua, giacché il suo credito è pagato in moneta concorsuale. Si sottolinea tuttavia, come lo scioglimento del contratto *ex art. 169-bis, l.fall* non costituisca inadempimento in senso tecnico del contraente in procedura, derivando dall'esercizio di una facoltà riconosciuta dalla legge³⁰⁷; di qui, l'impossibilità di riconoscere al contraente *in bonis* il diritto al risarcimento del danno. D'altronde, nemmeno nel fallimento il credito del contraente *in bonis*, derivante dallo scioglimento del contratto, dà titolo al risarcimento del danno³⁰⁸, perciò la scelta legislativa si pone in continuità con la regola di cui al comma 4, dell'art. 72, l.fall e risulta competitiva con l'alternativa fallimentare³⁰⁹.

³⁰⁶ A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 50; M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 129, secondo il quale «deve rilevarsi che la scelta di assoggettare l'indennizzo spettante al contraente *in bonis* al concorso, nasce dall'esigenza di evitare che il passivo concordatario possa essere aggravato oltremodo e di trovare quindi un compromesso fra le diverse esigenze dei soggetti coinvolti dalla sospensione e/o scioglimento dei contratti pendenti. Del resto, come si è rilevato, il contratto sospeso o sciolto costituisce un "peso" per il percorso di ristrutturazione e per la buona riuscita del piano concordatario, sicché sarebbe irragionevole attribuire natura prededucibile ad un credito sorto per eliminare un elemento che ostacola la ristrutturazione».

³⁰⁷ Così P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, per il quale «Innanzitutto va osservato che, se l'art. 169-bis attribuisce al debitore concordatario la facoltà ("può") di chiedere che il tribunale o il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi da un rapporto pendente o a sospenderne l'esecuzione, è da escludere che, una volta concessa l'autorizzazione, l'esercizio di quella facoltà e il mancato (o il ritardato) adempimento costituiscano vero e proprio "inadempimento", fonte di risarcimento del danno, comprendente il danno emergente (la perdita subita) e il lucro cessante (il mancato guadagno), secondo i principi generali enunciati negli artt. 1218 e 1223 c.c.».

³⁰⁸ Così il summenzionato comma dell'art. 72 l.fall.: «In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno».

³⁰⁹ M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, scrive che «la concorsualizzazione del diritto all'indennizzo è sembrata a taluno ingiustificata ma era necessario non rendere prededucibile questo credito a pena dell'inefficienza

Il fatto che il contemperamento degli interessi dei soggetti coinvolti dallo scioglimento dei contratti pendenti nella procedura non sia stato ottimizzato in favore del contraente *in bonis*, è in qualche modo avvertito da quella parte della giurisprudenza³¹⁰ che ha ritenuto di integrare il subprocedimento di scioglimento o di sospensione dei contratti pendenti, con la regola del contraddittorio tra le parti, permettendo al contraente *in bonis* di dare voce al proprio interesse alla continuazione del contratto. Il fondamento di tale operazione ermeneutica è un'interpretazione costituzionalmente orientata al principio del contraddittorio, colonna portante del sistema giuridico-processuale, sul presupposto che ogniqualevolta si sia in presenza di un provvedimento volto a dirimere un contrasto tra contrapposte posizioni soggettive, il contraddittorio deve essere esteso a coloro che saranno i destinatari degli effetti della decisione³¹¹.

Invero, il contemperamento degli opposti interessi è stato già compiuto dal legislatore che ha subordinato il potere di scioglimento del contratto in corso di esecuzione all'autorizzazione del tribunale, il quale dovrà valutare tutti gli interessi in campo³¹²: il sacrificio imposto al contraente *in bonis*, l'effettivo interesse del debitore a

della soluzione. Se si rammenta che nel fallimento lo scioglimento del contratto non dà titolo al risarcimento del danno (art. 72 l.fall.), riconoscere al contraente *in bonis* un indennizzo, ancorché concorsuale, riporta questa opzione (da un punto di vista di soddisfacimento del credito) in termini di competitività rispetto all'alternativa fallimentare»; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 129. *Contra*, P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n.134/2012)*, in www.ilcaso.it, per la quale «La disposizione risulta pregiudizievole anche al paragone con alcuni specifici regimi dei rapporti pendenti nel fallimento, nei quali il riconoscimento dell'indennizzo in caso di scioglimento viene accompagnato dalla previsione del suo soddisfacimento in prededuzione, come nel caso di scioglimento dal contratto di locazione di immobili, in caso di fallimento tanto del locatore quanto del conduttore (art. 80), ovvero nel recesso dal contratto di affitto d'azienda, *ex art. 79 l.f.*».

³¹⁰ Corte App. di Venezia, del 20 novembre 1013; Corte App. di Milano, del 8 agosto 2013; Tribunale di Piacenza, del 5 aprile 2013; Tribunale di Novara, del 27 marzo 2013; Tribunale di Monza, del 21 gennaio 2013.

³¹¹ *Contra*, F. BENASSI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*, in www.ilcaso.it, scrive: «Non si vogliono ora mettere in discussione le regole che discendono dalla applicazione del fondamentale principio del giusto processo e negare il valore del contraddittorio e del diritto di difesa. Quel che si vuole sottolineare è che, nell'ambito del procedimento di concordato preventivo, gli interessi dei creditori vengono tutelati attraverso un procedimento diverso, ove i principi del giusto processo subiscono un'attenuazione dovuta all'applicazione delle regole del concorso. Nel concordato preventivo, così come in quello fallimentare, non è, infatti, prevista una convocazione in udienza per ogni singolo creditore e ciò nonostante il concordato tenda alla regolazione dei diritti di tutti i creditori.». Si aggiunga poi, che anche gli altri creditori sono destinatari degli effetti della decisione ma non per questo si ritiene di dover ammettere il contraddittorio con ciascuno di loro. Così, B. INZITARI, V. RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis l.fall.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in www.dirittodegliaffari.it.

³¹² M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, per cui «Il sistema dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento, tutt'altro che inoffensivo per il contraente *in bonis*, funziona perché la scelta dello scioglimento o del subentro è affidata ad un organo della procedura che deve valutare quale sia l'opzione più coerente con l'interesse

sciogliersi dal contratto, l'interesse alla prosecuzione della procedura, in termini di riduzione dei costi di gestione dell'attività d'impresa.

In questo caso, l'intromissione dell'autorità procedente, che tuttavia in questa sede è solo "giudice dell'autorizzazione"³¹³, si giustifica con la tutela del terzo³¹⁴. Del resto, il contraente *in bonis* potrà far valere le proprie ragioni, se non in contraddittorio con il debitore nelle circostanze delineate dall'art. 169-bis, l.fall, esprimendo voto contrario

dei creditori. Se, invece, si affidasse al solo debitore, nel caso del concordato preventivo, la scelta dello scioglimento si correrebbe il rischio di condotte opportunistiche, magari dirette a far venire meno determinati rapporti contrattuali per perseguire interessi diversi da quelli della regolazione della crisi. In tale cornice la soluzione di assegnare al giudice il compito di autorizzare lo scioglimento appare condivisibile perché in questo modo si opera una vera e propria comparazione fra tutti gli interessi in campo». In giurisprudenza, Tribunale di Prato, del 20 gennaio 2014;

³¹³ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it; B. INZITARI, V. RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis l.fall.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in www.dirittodegliaffari.it, scrive che, avanti al giudice dell'autorizzazione, «la controparte contrattuale *in bonis* non potrà giammai opporre valutazioni attinenti al merito del contratto da sciogliere o sospendere, le quali potranno essere fatte valere soltanto in un distinto giudizio ordinario di cognizione»; N. RONDINONE, *Sospensione ex art. 169-bis l.fall. dei contratti in corso di esecuzione e necessità di instaurare previamente il contraddittorio con i contraenti in bonis*, in www.ilfallimentarista.it, scrive: «nella legge fallimentare, chiamata ancora oggi a presidiare interessi di rilievo pubblicistico e a perseguire obiettivi di efficienza e celerità, è del tutto normale che il giudice delegato e il tribunale fallimentare assumano decisioni (precipuaente a tutela del ceto creditorio, con prevalenza sull'interesse dei singoli) senza il previo contraddittorio con potenziali controinteressati, essendo riservato tale contraddittorio all'eventuale fase del gravame a seguito di reclamo ex art. 26 l.fall.: è il sistema delle norme sugli organi delle procedure ivi disciplinate che lo dice, ma anche le altre disposizioni del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, risultano coerenti con questa impostazione (forse che per decidere sull'esercizio provvisorio dell'impresa o sull'esdebitazione del fallito, il tribunale fallimentare è obbligato a convocare e sentire preventivamente i potenziali controinteressati?)».

³¹⁴ F. PETRUCCO TOFFOLO, *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, «Non pare tuttavia che si possa ravvisare una qualche violazione da parte del tribunale che provveda *de plano* sull'istanza», sul presupposto che la natura dell'autorizzazione ex art. 169-bis l.fall, non è diversa da quella ex art. 167 l.fall, prevista per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; N. RONDINONE, *Sospensione ex art. 169-bis l.fall. dei contratti in corso di esecuzione e necessità di instaurare previamente il contraddittorio con i contraenti in bonis*, in www.ilfallimentarista.it per il quale «la convocazione delle parti si rivela di norma incompatibile con l'urgenza della decisione da assumere, atteso che in mancanza della pronuncia di sospensione il *pactum de compensando* generalmente inserito nei contratti bancari produce irrevocabilmente i propri effetti *manu* che pervengono le rimesse dei terzi debitori, pregiudicando la *par condicio creditorum*». *Contra* C. CAVALLINI, "Spigolature" e dubbi in tema di pre-concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti, in www.ilfallimentarista.it, «la disciplina delle autorizzazioni è ben diversamente regolata, a fronte delle sole situazioni di atti straordinari qualificati dall'urgenza. Un'urgenza che può giustificare *-ex se-* un'autorizzazione *inaudita altera parte*, pur a seguito degli obblighi informativi gravanti sul debitore proponente che, integrando la generica locuzione delle "sommarie informazioni", devono dare al Tribunale la fissazione di quel minimo di *thema probandum* sul quale poter serenamente provvedere (e, d'altro canto, il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione potrebbe non avere un contraddittore qualificato soggettivamente; o, per converso, potrebbe rivolgersi a tutti i creditori. Di qui, diversa è la situazione con l'istituto della sospensione/scioglimento dei contratti, che per definizione hanno un soggetto definito dal rapporto obbligatorio, nei cui confronti viene a disporsi la misura ex art. 169-bis l.fall.)»; A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 60; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it.

nell'adunanza dei creditori ovvero ricorrendo al giudice ordinario per contestare l'ammontare dell'indennizzo a lui riconosciuto in sede di autorizzazione³¹⁵.

Questa lettura della norma mi sembra che trovi un punto d'equilibrio tra quella parte della dottrina³¹⁶ che vede nel contraddittorio la sede legittima del confronto tra interessi confliggenti e il contrapposto orientamento³¹⁷, che configura la posizione del contraente *in bonis* alla stregua di un diritto potestativo allo scioglimento, subordinato all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che dovrebbe considerare prevalenti: l'interesse del debitore allo scioglimento e quello della procedura a che l'istanza così

³¹⁵ Così F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, «Chiaro che se il terzo contraente non sia poi soddisfatto dell'appostazione fatta dal debitore nel piano a titolo di credito concorsuale per indennizzo, o del provvedimento del Giudice Delegato reso ai fini del voto, potrà poi naturalmente adire, nel primo caso, il giudice ordinario competente, o nel secondo contestare la decisione del Giudice Delegato in sede di reclamo o anche in sede di opposizione all'omologa (fatta salva la necessaria prova di resistenza)». Addirittura parte della dottrina giustifica la *ratio* dell'art. 169-bis l.fall, con l'esigenza di impedire comportamenti opportunistici del contraente *in bonis*, che potrebbe sfruttare la sua posizione contrattuale non concordabile per ottenere vantaggi impropri, o comunque, in conflitto con il resto del ceto creditorio. Così S. DI NOLA, *Scioglimento o sospensione dei contratti pendenti nella fase di preconcordato. Discrezionalità del giudice e bilanciamento degli interessi in gioco*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale «La *ratio* dello strumento dello scioglimento e della sospensione dei contratti in corso è da rinvenire nella regola posta alla base di tutte le discipline della crisi di impresa presenti nei paesi evoluti: evitare il problema dell'azione collettiva (ossia la impossibilità/incapacità di tutti i creditori di coordinarsi in modo efficiente) ed il conseguente realizzarsi di un gioco a somma zero tra i creditori (ossia il manifestarsi di un esito per le ragioni dei creditori -nel loro complesso- in termini di recupero subottimale: sul punto Fimmanò 2010 e 2012). Infatti, oltre ad un problema di coordinamento dei singoli creditori, il tema dell'azione collettivistica si collega alla presenza di fenomeni cd. di *free riding* e di comportamento opportunistico che una delle parti (i contraenti) potrebbe porre in essere in caso di accadimento di una situazione non prevista nel momento della contrattazione, oppure, semplicemente, non regolata correttamente (stante gli investimenti idiosincratici delle parti)».

³¹⁶ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 130; A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 60, per il fatto che «il contraente *in bonis* subisce un effetto doppiamente eccezionale e pregiudizievole: i) rispetto alla regola della continuazione del contratto in corso; ii) rispetto alla regola del risarcimento del danno cui avrebbe diritto in caso di inadempimento della controparte, che sarebbe ugualmente sottratto alle regole del concorso in mancanza della previsione *ad hoc* per cui il credito da indennizzo è soddisfatto come credito anteriore al concordato.[omissis]Una seconda ragione per la quale ritengo migliore la soluzione che richiede il contraddittorio tra le parti si trova accennata in alcune sentenze di merito e fa riferimento alla necessità di interpretare in modo costituzionalmente orientato le norme della legge fallimentare».

³¹⁷ Così B. INZITARI, V. RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis l.fall.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in www.dirittodegliaffari.it, per cui «il Tribunale dovrà autorizzare lo scioglimento e/o la sospensione in tutti quei casi in cui la richiesta del debitore concordatario sia necessaria ed utile alla realizzazione del piano concordatario: in presenza di un siffatto interesse, l'autorizzazione dovrà essere accordata, senza che essa possa incontrare un limite nell'eventuale controinteresse specifico della controparte contrattuale *in bonis*» e ancora «Considerato che, come abbiamo detto, il Tribunale è chiamato a valutare soltanto l'opportunità dello scioglimento o della sospensione del contratto ai fini della buona riuscita della procedura concordataria, non dovendo soffermarsi sull'analisi del controinteresse della controparte contrattuale *in bonis*, nessuna problematica di litisconsorzio può porsi dal punto di vista processuale e il provvedimento autorizzativo potrà ben pronunciarsi *inaudita altera parte*». In giurisprudenza, il Tribunale di Pistoia, 9 luglio 2013; il Tribunale di Salerno, del 25 ottobre 2012.

formulata sia realmente funzionale alla realizzazione del piano concordatario, in modo da “giustificare” il sacrificio del contraente *in bonis*.

Veniamo quindi, all’ultimo nodo della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo, relativo all’individuazione di un criterio valutativo determinante per il rilascio dell’autorizzazione da parte del tribunale, ovvero del giudice delegato. Dal discorso precedente sulla genesi normativa, possiamo immaginare che ai fini del rilascio dell’autorizzazione, l’autorità giudiziaria dovrà valutare che lo scioglimento ovvero la sospensione del contratto sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, non imponga un sacrificio sproporzionato al contraente *in bonis*, corrisponda ad un interesse del debitore alla continuazione dell’attività d’impresa, attualizzando quel contemperamento di opposti interessi³¹⁸, alla base della concorsualizzazione del credito del contraente *in bonis*. Tuttavia, gli interessi del ceto creditorio trovano il proprio assetto nel piano e nella proposta concordataria, che nel concordato con riserva non sono ancora stati depositati. Come può allora il giudice valutare che lo scioglimento è nell’interesse dei creditori? La circostanza che il legislatore non ha introdotto criteri guida per l’esercizio dei poteri autorizzatori del tribunale, è il motivo principale per cui parte della dottrina, stante le difficoltà ermeneutiche ivi delineate, ha escluso l’applicazione dell’art. 169-*bis*, l.fall al concordato con riserva, per ragioni di incompatibilità. Ma l’asserita incompatibilità deriva invero, dal mancato coordinamento tra poteri delle parti e poteri del giudice nella nuova disciplina concordataria. Se nel concordato ordinario, in presenza del piano, il criterio per il rilascio dell’autorizzazione può ben essere quello del miglior soddisfacimento dei creditori, nel preconcordato questo stesso criterio non può trovare applicazione. Posto che il debitore, non ha un diritto potestativo allo scioglimento, nella fase preconcordataria la deroga al principio generale della continuazione dei rapporti contrattuali deve giustificarsi in funzione della predisposizione del piano ovvero del raggiungimento dell’accordo con i creditori. Questo non significa che il debitore non debba essere adeguatamente responsabilizzato, dovendo dimostrare che lo scioglimento o la sospensione del singolo contratto, con maggiore probabilità se non certamente, incontreranno il favore del ceto creditorio per

³¹⁸ F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1070, per il quale «è ancora una volta il tribunale a dover contemperare -sovente attraverso la soluzione di non semplici problematiche interpretative- il vantaggio che deriva alla massa dei creditori ed il danno che subisce il contraente per effetto dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, tenendo conto delle condizioni contrattuali vigenti e del rischio che la scelta di sciogliere il rapporto negoziale riverbera sulla procedura, anche in considerazione del contenzioso che ne potrebbe scaturire».

una più facile conclusione dell'accordo. Del resto, non mi pare un caso che l'istanza autorizzatoria non debba essere corredata dall'attestazione del professionista in questa sede, come viceversa avviene per l'autorizzazione a contrarre i finanziamenti interinali e al pagamento dei crediti anteriori. Lo scioglimento del contratto infatti, implica certamente il venir meno dei relativi costi di gestione, quindi un beneficio per i creditori che andrà temperato con il diritto del contraente *in bonis* a ricevere un indennizzo. Altrettanto certamente, i finanziamenti interinali comportano un aggravio dei costi procedurali, che devono essere giustificati da un'attestazione del professionista che certifichi, non solo che il finanziamento sia nell'interesse dei creditori, ma che sia nel loro miglior interesse. Nell'applicazione dell'art. 169-*bis* il giudice deve autorizzare lo scioglimento se è funzionale all'avanzamento della procedura, e in definitiva se non arrechi pregiudizio ai creditori.

Rispetto al preconcordato, le questioni di ordine interpretativo riguardano la stessa applicabilità dell'art. 169-*bis*, l.fall, ai contratti in corso di esecuzione dopo il deposito della domanda in bianco. Sul punto, si possono distinguere tre diversi orientamenti, per cui, alcuni³¹⁹ optano per la totale inapplicabilità della norma; molti³²⁰ per la compatibilità con il nuovo istituto preconcordatario, a patto di una *disclosure* sul piano, funzionale all'esercizio del potere valutativo del tribunale; altri³²¹, adottano una posizione intermedia, ritenendo applicabile la norma solo limitatamente alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione e non anche allo scioglimento.

Dal dato testuale non pare possa evincersi alcun elemento ostativo dell'applicazione della norma al preconcordato. Infatti, il legislatore fa genericamente riferimento al ricorso di cui all'art. 161, l.fall, senza distinzione alcuna tra ricorso in bianco, di cui al comma 6 e ricorso ordinario di cui al comma 1, dello stesso art. 161, l.fall. Parte della

³¹⁹ G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1129 e seg.; C. CAVALLINI, "Spigolature" e dubbi in tema di preconcordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti, in www.ilfallimentarista.it.

³²⁰ F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, in *Fallimento*, 2013, p. 1070; A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 57; V. PALLADINO, *Ancora sui rapporti tra concordato in bianco e autorizzazione allo scioglimento e sospensione dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169-bis l.fall*, in www.ilfallimentarista.it; In giurisprudenza, il Tribunale di Venezia, del 27 marzo 2014; il Tribunale di Catanzaro, del 23 gennaio 2013; Tribunale di Monza, del 16 gennaio 2013.

³²¹ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it; E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessione a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 341.

dottrina³²² ha tuttavia sentenziato che ove il legislatore avesse voluto estendere la disciplina dei contratti in corso di esecuzione al concordato, lo avrebbe fatto espressamente come è avvenuto all'art. 182-*quinquies*, l.fall. La suddetta argomentazione mi pare infondata. In primo luogo, perché la disciplina concordataria è stata introdotta contestualmente rispetto alla regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti, fatto quest'ultimo che induce a ritenere che il riferimento al ricorso di cui all'art. 161 l.fall, sia onnicomprensivo di entrambe le alternative offerte dal legislatore; secondariamente, perché la costruzione dell'istituto concordatario si basa su un intervento di accuratezza chirurgica, di rimozione del piano dalla domanda di concordato ordinario. A conferma di ciò, l'implementazione dei requisiti già noti della domanda piena, avvenuta con l'aggiunta della lettera e), del comma 2, dell'art. 161, l.fall. L'operazione effettuata è il risvolto plastico del tentativo di districare i profili processuali da quelli negoziali della domanda di concordato, individuando nel ricorso³²³ il veicolo della domanda. Quale sia la domanda dipenderà poi, dal contenuto e dalla documentazione allegata al ricorso. Mi sembra distonico con il processo genetico del concordato ritenere che il legislatore del 2012 usi accidentalmente il termine "ricorso" nell'art. 169-*bis* l.fall³²⁴, ovvero vi si riferisca col preciso intento di estromettere il concordato con riserva dall'applicazione della norma³²⁵. La medesima riflessione non consente di aderire alla tesi³²⁶ intermedia, che ritiene applicabile al

³²² C. CAVALLINI, "Spigolature" e dubbi in tema di concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti, in www.ilfallimentarista.it, «mi pare "forte" l'argomento letterale e sistematico, nel contempo, della mancata esplicitazione espressa di un richiamo all'art. 161, comma 6, l.fall., da parte dell'art. 169-*bis* l.fall., soprattutto se si considera che la disciplina in esso prevista è una disciplina eccezionale e derogatoria di un principio opposto (quello della normale prosecuzione dei contratti)»; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1131.

³²³ Così S. DI NOLA, *Scioglimento o sospensione dei contratti pendenti nella fase di concordato. Discrezionalità del giudice e bilanciamento degli interessi in gioco*, in www.ilfallimentarista.it, «Attenta dottrina (Di Marzio 2011) ha chiarito da subito che l'unitarietà come procedura del concordato prima maniera era solo formale ed è solo formale, in quanto il ricorso di concordato contiene diversi atti aventi una diversa funzione e struttura (ci riferiamo alla domanda, alla proposta e al piano). Tale distinzione, quindi, rende possibile predicare criteri di validità e di efficacia per i singoli elementi (inammissibilità, nullità, veridicità, congruità ecc) in ragione delle diverse fasi che le distinguono ed anche nei loro reciproci, e necessari, collegamenti (coerenza, fattibilità, convenienza)».

³²⁴ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale «Secondo tale norma il ricorrente può chiedere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti o a sospenderli già subito dopo la presentazione del "ricorso". Verosimilmente, però, il legislatore ha disegnato questa norma in un momento o in un contesto nei quali non aveva ancora ben chiaro che essa avrebbe potuto essere applicata, in forza del riferimento generico al "ricorso", anche al pre-concordato».

³²⁵ G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1131.

³²⁶ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it.

preconcordato la sola ipotesi di sospensione dei contratti pendenti, per il motivo che segue. Se tramite il rinvio al ricorso, *ex art. 161 l.fall*, l'applicazione dell'*art. 169-bis l.fall* è diretta, si esclude qualsiasi estensione analogica limitata da eventuali ragioni di compatibilità.

Il secondo argomento su cui poggia la tesi dell'inapplicabilità, dipende dal riferimento al tribunale o al giudice delegato in qualità di autorità procedenti munite dei poteri autorizzatori di sospensione e scioglimento. Infatti, si sostiene che solo nel concordato ordinario è prevista la consecuzione tra il tribunale fallimentare, che riceve la domanda di ammissione e il giudice delegato, nominato ai sensi dell'*art. 163 l.fall*. Tale interpretazione si fonda sulla convinzione che l'istanza autorizzatoria può essere formulata esclusivamente nel momento del ricorso introduttivo della domanda concordataria. Si ritiene conseguentemente, che il riferimento al giudice delegato sia stato introdotto per individuare l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione, nell'ipotesi in cui il tribunale fallimentare non si sia pronunciato sull'istanza, *ex art. 169-bis l.fall*. Ne deriverebbe che, poiché il giudice delegato non è previsto nella fase preconcordataria, allora la disciplina dei contratti in corso di esecuzione trova applicazione solo al concordato ordinario³²⁷.

Anche questa argomentazione, che si basa sulla risoluzione di uno dei dubbi interpretativi che il nuovo *art. 169-bis l.fall* porta con sé, ossia l'individuazione del momento a partire dal quale e fino a quando è possibile la proposizione dell'istanza, non pare condivisibile. Alcuni autori³²⁸ ritengono che l'istanza di scioglimento possa essere proposta soltanto nel ricorso introduttivo, sul presupposto che il fatto genetico dal quale germina lo scioglimento è la volontà del debitore e questa volontà deve porsi a monte dell'ingresso in procedura; poi, poco importa che l'autorizzazione sia rilasciata dal

³²⁷ Così G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1130, per il quale «la prima parte del primo comma dell'*art. 169-bis* prende in considerazione esclusivamente la fattispecie del concordato pieno dal momento che solo in questo ricorre l'alternativa che a decidere possa essere il tribunale al momento dell'ammissione o, successivamente, il giudice delegato. Nel concordato con riserva questa alternativa non sussiste perché con la concessione del termine di cui al sesto comma dell'*art. 161* non viene nominato un giudice delegato, che subentra soltanto quando il tribunale dichiara aperta la procedura di concordato con il decreto di cui all'*art. 163*».

³²⁸ M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1125, secondo il quale «il precetto normativo richiamato a me sembra niente affatto ambiguo, ma, al contrario, quanto mai chiaro nella sua formulazione testuale, secondo la quale la richiesta di scioglimento deve essere contenuta nel ricorso introduttivo, per cui non può essere presentata successivamente al giudice delegato, che è indicato nella norma non come l'organo al quale può essere rivolta la richiesta, bensì quale l'organo che può dare l'autorizzazione una volta nominato, qualora non abbia già provveduto il tribunale al momento della decisione sul ricorso».

tribunale o dal giudice delegato³²⁹. Ma, perchè il potere autorizzatorio del giudice delegato dovrebbe protrarsi fino al momento successivo all'ammissione al concordato preventivo senza che il potere di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti, riconosciuto in capo al debitore debba seguire la stessa sorte? Qualora il giudice delegato decidesse su un'istanza presentata con il ricorso di apertura della procedura, successivamente alla sua ammissione infatti, gli effetti per il contraente *in bonis* e per la massa dei creditori non cambierebbero. Si aggiunge poi, che lo scioglimento scaturisce dal provvedimento autorizzatorio dell'autorità procedente, non dal diritto potestativo del ricorrente³³⁰. Ritenuto allora, che l'istanza *ex art. 169-bis l.fall* possa essere presentata dopo il ricorso, viene meno il fondamento del collegamento alla persona del giudice delegato, come colui che può autorizzare un'istanza pregressa, che trova esclusiva collocazione nel ricorso. Potrebbe ben darsi invece, che il riferimento ad entrambe le figure si giustifichi proprio con il fatto che la norma è applicabile ad entrambe le procedure, o se si vuole, ad ambedue le fasi della medesima procedura.

Né mi pare pertinente l'osservazione per cui, nel concordato con riserva, l'istanza può essere presentata fin tanto che può essere depositato il piano concordatario³³¹, poiché trovando giustificazione nel piano concordatario³³², non se ne potrebbe dare conto dopo la sua presentazione. Tale argomentazione incontra un limite nel fatto che il piano concordatario può essere modificato in corso d'opera, fino all'apertura delle

³²⁹ Così, M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.

³³⁰ Vedi nt. 317.

³³¹ M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 136, secondo il quale «mentre nel caso della procedura di concordato preventivo non sembrano esservi dubbi sul fatto che la richiesta di sospensione/scioglimento vada formulata con il ricorso *ex art. 161*, comma 1, l.fall., deve ritenersi che, nel caso della procedura di concordato con riserva, la richiesta di autorizzazione allo scioglimento/sospensione dei contratti pendenti possa essere formulata anche successivamente al deposito del ricorso *ex art. 161*, comma 6, l.fall., atteso che il debitore potrebbe rendersi conto nella fase di predisposizione del piano e della proposta concordataria di quali siano i contratti che devono essere sciolti o sospesi». Mi pare arbitrario ritenere che il ricorrente riceva un trattamento più favorevole nel preconcordato, ove potrebbe presentare istanza di scioglimento fino alla presentazione del piano, piuttosto che nel concordato ordinario ove un piano già c'è.

³³² In giurisprudenza, il Tribunale di Pistoia, del 9 luglio 2013, per cui “il trattamento del credito indennitario quale credito anteriore appare coerente una volta che il momento genetico non debba più essere collegato alla autorizzazione intervenuta successivamente alla pubblicazione del ricorso (col decreto di ammissione o con provvedimento del G.D.). La trasformazione concorsuale del contraente *in bonis* si rinviene nel momento del deposito del ricorso con la proposta di ristrutturazione che prevede la volontà del debitore di sciogliersi dal rapporto pendente quale aspetto qualificante del piano, dunque in piena coerenza con la regola di cui all'art. 184 (il rilievo non è sfuggito ad attenta dottrina, ma è destinato a perdere significato se poi gli effetti sostanziali vengono pur sempre ricondotti ad una matrice genetica infraprocedurale diversa dall'omologa)”.

operazioni di voto³³³. La tesi, sostenuta da autorevole dottrina³³⁴, trova conferma esplicita nel comma 2, dell'art. 175 l.fall, per cui “la proposta di concordato non può più essere modificata dopo l'inizio delle operazioni di voto” ed implicita, nel secondo comma dell'art. 179, l.fall, per cui, ancora dopo l'approvazione, i creditori possono modificare il voto, costituendosi nel giudizio di omologazione, qualora siano mutate le condizioni di fattibilità del piano. Potrebbe allora, accadere che lo scioglimento o la sospensione di un contratto, fondato sul piano concordatario, resti privo dell'originaria cornice di riferimento, ove siano mutate le condizioni di fattibilità del piano ovvero il piano stesso.

Se il piano può essere modificato nel concordato ordinario, non trova fondamento l'asserita incompatibilità dello scioglimento dei contratti pendenti con il preconcordato,

³³³ S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, «Qualche incertezza è sorta circa l'esatta determinazione del momento in cui l'impostazione del debitore diviene immodificabile, tenuto conto della scarsa perspicuità della locuzione “operazioni di voto”. A questo proposito, sulla tesi secondo la quale la preclusione sorgerebbe con la prima manifestazione di voto, sembra essere definitivamente prevalsa quella che conferisce rilievo alla formale apertura delle votazioni nel corso dell'adunanza da parte del giudice delegato. Questa seconda interpretazione si rivela senz'altro preferibile, in quanto fa coincidere il *dies ad quem* dello *ius variandi* del debitore con l'espletamento di un adempimento agevolmente collocabile nel tempo e immediatamente conoscibile (anche in ragione del fatto che dell'adunanza viene redatto apposito verbale)».

³³⁴ A. DE PRA, *Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari)*, in *La giurisprudenza commerciale*, 2014, parte II, p. 59. L'Autore aderisce alla «posizione di chi non ravvisa preclusioni ad ammettere l'istanza di autorizzazione allo scioglimento o sospensione sino all'udienza in cui la proposta di concordato viene sottoposta al voto dei creditori, limite oltre il quale l'autorizzazione non può più essere concessa poiché in quella sede dovrà trovare posto anche il voto del contraente *in bonis* al quale sia stato riconosciuto l'indennizzo previsto dalla norma in esame. [...] La posizione è condivisibile poiché, pur discostandosi dal dato letterale, mi pare vada nella direzione delle finalità del ricorso “prenotativo” e della migliore predisposizione del piano e della proposta che possono formarsi anche per “fasi progressive”: nulla impedisce che nella redazione del piano e della proposta il debitore, una volta ottenuti gli effetti dell'ammissione, depositi istanza di autorizzazione *ex art. 169-bis* l.fall. corredata di tutti gli elementi necessari per la valutazione rimessa nelle mani del giudice delegato anche in ossequio al principio contenuto nell'art. 175, comma 2, l.fall.»; P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 269; S. AMBROSINI, M. AIELLO, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it. «Come si evince dal disposto dell'art. 175, 2° comma, l. fall., il debitore può modificare il piano e la proposta di concordato presentati unitamente al ricorso (o, comunque, depositati nel termine all'uopo fissato ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l. fall.), a condizione che le variazioni intervengano prima dell'inizio delle operazioni di voto. Sono pertanto certamente inammissibili – e, come tali, *tamquam non essent* e inidonee a spiegare effetti nell'ambito dell'iter concordatario – le iniziative tese a incidere sul contenuto dell'offerta esperite quando ormai i creditori siano stati chiamati a manifestare il proprio consenso alla soluzione prospettata dall'imprenditore in crisi; diversamente opinando, del resto, si rischierebbe di fondare il calcolo delle maggioranze sui voti espressi con riguardo a un piano diverso da quello destinato a essere davvero eseguito, con palese sovvertimento dei principi che governano l'approvazione del concordato (nonché, più in generale, la stipulazione di qualsiasi intesa negoziale, la quale notoriamente presuppone la piena coincidenza tra la proposta e l'accettazione)».

poiché produttivo di effetti definitivi e irreversibili³³⁵, inconciliabili con la “provvisorietà” della fase preconcordataria. L’argomentazione trova giustificazione nella preoccupazione che alla scadenza del termine concesso dal tribunale per il deposito del piano e della proposta concordataria, ex art. 161, comma 6, l.fall, il debitore resti inerte e la procedura non abbia seguito. Uno scenario non tanto dissimile tuttavia, potrebbe verificarsi quand’anche lo scioglimento fosse autorizzato nel concordato ordinario dal tribunale o dal giudice delegato e il concordato non fosse approvato dai creditori ovvero omologato dal tribunale. Inoltre, si ravvisa che il carattere fisiologicamente transitorio del preconcordato, destinato a confluire in concordato ordinario ovvero in un accordo di ristrutturazione, non è preclusivo della produzione di effetti definitivi, che deriveranno in ogni caso dall’esercizio dei poteri gestori riconosciuti in capo al debitore e regolati dal comma 7, dell’art 161 l.fall.

Il problema della “provvisorietà” del concordato con riserva è forse uno tra i più spinosi della nuova disciplina concordataria e ci riserviamo di affrontarlo nel proseguo della trattazione. Basti per ora dire che gli effetti si producono stabilmente fin tanto che siano rispettate le regole del gioco³³⁶, perdendo efficacia *ex tunc*, ove non venga presentata una proposta concordataria ovvero una domanda di omologazione di un ADR. Considerata la definitività dello scioglimento del contratto in corso di esecuzione, una parte della giurisprudenza³³⁷ ha ipotizzato che gli effetti dell’autorizzazione fossero in qualche modo “sospesi” fino all’approvazione del concordato preventivo da parte dei

³³⁵ Secondo G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1134, «comunque venga configurato il fenomeno dello scioglimento (che non è istituto di diritto comune) consiste nella definitiva estinzione di ogni possibile futuro effetto del contratto rispetto alla massa dei creditori, che, quindi, così come la controparte del fallito, rimane liberata dall’adempimento delle obbligazioni ancora ineseguite. E, non vi è dubbio che gli stesse effetti si verifichino anche nel caso dello scioglimento attuato nel preconcordato, perché lo scioglimento è un effetto sostanziale, autonomo rispetto alla procedura in cui si inserisce, sicché c’è da chiedersi come sia compatibile la definitività dello scioglimento con la provvisorietà del concordato in bianco, che presuppone la concessione di un termine per completare una attività di predisposizione della proposta e del piano che potrebbe anche non realizzarsi». *Contra* B. INZITARI, V. RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell’art. 169-bis l.fall.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in www.dirittodegliaffari.it, per cui «lo scioglimento del contratto e la conseguente liberazione del debitore concordatario dalle relative obbligazioni, tuttavia, non è definitivo, atteso che la definitività del venir meno del vincolo contrattuale si verifica solo al momento dell’omologazione della proposta concordataria da parte del Tribunale».

³³⁶ Così G.B. NARDECCHIA, *L’inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 962, che scrive: «L’eccezionale agevolazione concessa all’imprenditore per uscire dallo stato di crisi può trovare concreta giustificazione solo ove lo svolgimento del procedimento avvenga nel rispetto delle indicazioni del legislatore e, quindi, la domanda sia conforme a tali indicazioni».

³³⁷ Così il Tribunale di Pistoia, del 9 luglio 2013: “L’autorizzazione non determina di per se l’effetto sostanziale del definitivo scioglimento dal contratto, ma solo quello procedimentale di consentire al proponente di presentare ai creditori una proposta e un piano che lo prevedano: un concordato con scioglimento in contrapposizione ad uno scioglimento con concordato”.

creditori ovvero dell'omologa da parte del tribunale. Dalla tesi deriva una compatibilità dell'art. 169-bis, l.fall con il concordato con riserva limitata alla sola sospensione, offrendo un'interpretazione parzialmente abrogativa³³⁸ della norma. Si ravvisa inoltre, come la posizione sostanziale del contraente *in bonis* in caso di insuccesso della procedura, non resti cristallizzata all'indennizzo riconosciuto dal tribunale fallimentare, potendo egli esperire il rimedio civilistico dell'azione risarcitoria, nella misura in cui possa dimostrare un danno ulteriore non ricompreso nel pregresso indennizzo ottenuto³³⁹. La definitività degli effetti sostanziali dello scioglimento è, in sintesi relativa, in quanto legata agli esiti procedurali.

L'autonomia della valutazione che il giudice dovrà compiere rispetto alla richiesta di autorizzazione è in qualche modo confermata dall'assenza dell'attestazione del professionista e dal trattamento riservato al contraente *in bonis*. La posizione di quest'ultimo infatti, è alla stregua di colui che abbia subito il recesso unilaterale della controparte³⁴⁰, prima dell'apertura della procedura di concordato, avendo egli diritto ad un indennizzo corrispondente al risarcimento del danno. Il fatto che sia esclusa la prededucibilità³⁴¹ del credito del contraente *in bonis*, rende compatibile la previsione con l'eventualità che il debitore, alla scadenza del termine concesso dal tribunale per il deposito del piano, presenti una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, ivi compresi quelli dei contratti in corso, in applicazione dell'art. 169-bis, l.fall³⁴². Infatti, qualora il tribunale autorizzi lo scioglimento di un contratto in corso di esecuzione nella fase preconcordataria e alla scadenza del termine concesso il debitore depositi una domanda di omologazione di un Adr, il contraente *in bonis* è

³³⁸ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p.128.

³³⁹ S. DI NOLA, *Scioglimento o sospensione dei contratti pendenti nella fase di preconcordato. Discrezionalità del giudice e bilanciamento degli interessi in gioco*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁴⁰ E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessione a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 34; M .FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it.

³⁴¹ Parte della dottrina, tra cui F.S FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2013, p. 1151, rileva «l'improprietà del riferimento alla prededucibilità nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nella misura in cui in esso non opera la regola della *par condicio*, ma quella della adesione o meno all'accordo, che discrimina i creditori aderenti (da soddisfare con le modalità e nei tempi concordati) e quelli non aderenti (da pagare integralmente, sia pure con la possibilità di moratoria oggi prevista dall'art. 182 bis, comma 1, l.fall.)»; P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Il Fallimento*, p. 1141.

³⁴² Così P. F CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it. *Contra* C. CAVALLINI, "Spigolature" e dubbi in tema di preconcordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti, in www.ilfallimentarista.it

sufficientemente tutelato, poiché, ove partecipi all'accordo, egli riceverà la percentuale riservata ai creditori aderenti, mentre ove non vi aderisca, il diritto di credito, di cui è titolare, *ex art. 169-bis l.fall* (corrispondente all'indennizzo, "equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento"), troverà integrale soddisfazione³⁴³.

3.4 I finanziamenti interinali

Il successo di qualsiasi procedura di riorganizzazione dell'impresa in crisi è strettamente legato alla concessione di nuova finanza³⁴⁴. Poiché la via della riorganizzazione può essere percorsa attraverso la procedura concordataria o la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, il legislatore detta una disciplina della nuova finanza agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies l.fall*, applicabile ad entrambe le procedure. L'obiettivo è quello di attrarre nuovi investitori garantendo loro la prededucibilità dei crediti erogati non solo in funzione ed in esecuzione della procedura concordataria, ma oggi, anche in occasione della procedura. Lo spettro della prededucibilità si amplia a favore dell'imprenditore in crisi, ma intacca sensibilmente il principio della *par condicio creditorum*.

Nella precedente formulazione, l'art. 182-*quater l.fall*, assicurava la prededucibilità dei soli crediti erogati da banche ed intermediari finanziari in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato. A tali crediti erano altresì parificati, quelli in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, purché i finanziamenti fossero previsti dal piano, di cui all'art. 160 l.fall, o dall'accordo di ristrutturazione e la prededuzione fosse espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale

³⁴³ In tal senso M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 133. *Contra* A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, p. 272, per il quale, «una volta che una tale strada sia imboccata, ottenuta l'autorizzazione richiesta, credo anche che gli rimanga preclusa quella alternativa degli accordi di ristrutturazione: proprio perché deliberatamente scelta l'utilizzazione di uno strumento previsto dal legislatore soltanto per il concordato, certamente ancora suscettibile di variazioni modulative anche significative, purché coerenti con l'impostazione scelta»; S. DI NOLA, *Scioglimento o sospensione dei contratti pendenti nella fase di preconcordato. Discrezionalità del giudice e bilanciamento degli interessi in gioco*, in www.ilfallimentarista.it, per cui «nel caso di successivo fallimento, oppure di omologazione di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall*, il credito da indennizzo dovrebbe trovare collocazione a differenza di quanto specificamente previsto in caso di concordato, tra i crediti prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l.fall. (anche e soprattutto in ragione degli ultimi orientamenti emersi in materia: v. Cass., 8 febbraio 2013, n. 8533)».

³⁴⁴ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 139; S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-*quater* e 182-*quinquies l.fall.**, in www.ilfallimentarista.it.

accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo fosse omologato.

Il nuovo art. 182-*quater*, l.fall, resta fermo nelle sue linee essenziali, estendendo il regime della prededucibilità a tutti i finanziamenti-ponte ed in esecuzione, indipendentemente dalla qualità del soggetto erogatore ed escludendo l'espressa prededucibilità dei compensi spettanti al professionista, di cui all'abrogato comma 4, dell'art. 182-*quater*, l.fall.

La disciplina della nuova finanza è stata completata dall'introduzione dell'art. 182-*quinquies* l.fall, che permette al debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'art. 182-*bis*, primo comma, l.fall, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-*bis*, sesto comma, l.fall, di chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, *ex art.* 111, l.fall, a condizione che un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'arti. 67, terzo comma, lettera d), l.fall, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. L'autorizzazione può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

Prima del recente intervento legislativo, parte della dottrina³⁴⁵ riteneva che l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti nelle pieghe della procedura, *id est* dalla domanda alla procedura concordataria fino all'omologa, potesse essere richiesta ai sensi dell'art. 167, l.fall, alla stregua di un qualsiasi atto di straordinaria amministrazione. Ma è evidente che se i finanziamenti necessari alla prosecuzione dell'attività d'impresa (ad esempio destinati alla fornitura delle materie prime) potevano astrattamente rientrare nella previsione di cui all'art. 167 l.fall, ben difficilmente la stessa norma poteva estendersi a quei finanziamenti "iniziali", relativi cioè a nuovi investimenti³⁴⁶. A ragione quindi, il legislatore ha integrato³⁴⁷ la disciplina della nuova

³⁴⁵ S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies, l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁴⁶ R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it

³⁴⁷ Prima della riforma, così scriveva F. DI MARZIO, *Prededucibilità dei "crediti funzionali" alle procedure concorsuali e agli accordi omologabili disciplinati nella l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, «Le previsioni degli artt. 111 e 182-*quater* l. fall. disegnano per i crediti prededucibili ambiti molto diversi: l'uno estremamente ampio, l'altro alquanto ristretto. Lo spazio che rimane nel mezzo è di notevole ampiezza, concernendo tutti i crediti funzionali alle procedure concorsuali diverse da quelli ora indicati.

finanza nell'ambito della procedura concordataria e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con la disposizione sui finanziamenti interinali, di cui all'art. 182-*quinquies*, l.fall.

Per espressa previsione normativa, la disciplina dei finanziamenti interinali è direttamente applicabile al concordato con riserva e alla proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti. Se nonché, l'istanza di autorizzazione avanzata dal debitore preconcordatario deve essere accompagnata dall'attestazione di un professionista designato dal debitore, che rassicuri il tribunale sul fatto che l'erogazione dei suddetti finanziamenti è strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori³⁴⁸. In una fase dagli esiti ancora incerti, come quella preconcordataria, la relativa attestazione presuppone una comparazione fra la situazione in cui il finanziamento venga concesso e la situazione in cui non venga concesso, avendo particolare considerazione del fatto che il finanziamento, comportando la nascita di un credito prededucibile, è tendenzialmente pregiudizievole per i creditori. La consapevolezza della tendenziale nocività del nuovo finanziamento per la massa dei creditori, del resto, giustifica la necessità dell'attestazione, che tuttavia non può prescindere dalla contezza del piano concordatario. Il compito dell'attestatore sarà ancora più complesso nel caso in cui, a garanzia dei finanziamenti interinali, il debitore richieda l'autorizzazione di pegni o ipoteche, atteso che tali garanzie incidono direttamente sulle ragioni di soddisfazione dei creditori prededucibili³⁴⁹.

La particolare complessità dell'attestazione che deve essere rilasciata ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, l.fall rende dunque problematica la coesistenza dei

Tra di essi, oltre ai crediti maturati dai professionisti coinvolti nell'organizzazione dell'accordo di ristrutturazione o del concordato preventivo, dovrebbero annoverarsi anche i crediti sorti in ragione dell'attività d'impresa orientata all'accordo o al concordato».

³⁴⁸ Secondo S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-*quater* e 182-*quinquies*, l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, «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 vale a 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 derivano».

³⁴⁹ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 143. In giurisprudenza, il Tribunale di Bergamo, del 26 giugno 2014, per cui “Non c'è dubbio che, quando il finanziamento interinale viene erogato in corso di procedura concordataria, ciò che è richiesto all'attestatore è che attesti la convenienza per i creditori, in termini di prospettive concrete di soddisfacimento, della dilatazione dell'esposizione debitoria (della società in crisi) conseguente dalla contrazione di debiti prededucibili coincidenti con gli importi oggetto dei finanziamenti. Ciò vale a maggior ragione quando alla richiesta di autorizzazione alla contrazione di finanziamenti prededucibili si accompagni la richiesta di esser autorizzati a concedere una garanzia reale dei finanziamenti su uno o più beni del debitore in crisi, in base a quanto previsto dall'art. 182 *quinquies* terzo comma l. fall., norma che introduce una deroga al principio secondo cui con l'apertura del concorso dei creditori il patrimonio del debitore si cristallizza nella sua interezza in funzione del successivo soddisfacimento dei crediti concorsuali”.

finanziamenti interinali nell'ambito del concordato preventivo con riserva, poiché la verifica del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione e della funzionalità dei finanziamenti al miglior soddisfacimento dei creditori potranno essere attestati solo ove l'elaborazione del piano concordatario sia in uno stato avanzato³⁵⁰. Infatti, nell'esercizio dei poteri autorizzatori per la prededucibilità della finanza interinale, *ex art. 182-quinquies*, comma 1, l.fall, la legge richiede un controllo sul miglior soddisfacimento dei creditori, che non è previsto nelle ipotesi di autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti, di cui all'art. 169-*bis* l.fall, né per l'autorizzazione al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, *ex* comma 7, dell'art 161, l.fall³⁵¹. Come si è cercato di dimostrare nei precedenti paragrafi, il criterio di valutazione per il rilascio delle autorizzazioni nella fase preconcordataria è l'interesse alla continuazione dell'attività d'impresa, che nell'ipotesi di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti si appiattisce inevitabilmente sull'interesse del ceto creditorio, dal momento che dovrà avallare la scelta del debitore tramite l'approvazione del concordato, ma non arriverà a ricomprendere una valutazione sul miglior soddisfacimento dei creditori, non essendo espressamente previsto dalle norme di legge.

In questa fase e fino alla presentazione del piano ovvero della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sembra più opportuno³⁵² che

³⁵⁰ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 144; L. QUATTROCCHIO, R. RANALLI, *Il concordato in continuità e il ruolo dell' "attestatore": poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, per cui «Si potrebbe, in tal caso, ritenere che l' "attestazione speciale" sia comunque possibile e non costituisca un vero e proprio "salto nel buio" soltanto a condizione che sia il piano che "l'attestazione generale" siano ad uno stato avanzato di elaborazione, con *milestones* già certe e imm modificabili, e che il debitore si riservi di produrli nel termine fissato dal giudice al fine di poterli materialmente perfezionare».

³⁵¹ Contrariamente il Tribunale di Bergamo, del 26 giugno 2014, a ritenuto che, ove l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti prededucibili, sia richiesta nell'ambito della procedura di cd. preaccordo, cui al comma 6 dell'art. 182-*bis* l.fall, il principio della migliore soddisfazione dei creditori va riferito "ad un generico rafforzamento delle possibilità di riuscita del piano sottostante agli accordi. Né può ritenersi che la valutazione di funzionalità debba avere quale parametro di confronto la prospettiva di soddisfacimento dei creditori nell'ipotesi in cui dovesse essere aperto il loro concorso, con il fallimento o con un concordato preventivo, a causa dell'insuccesso della soluzione privatistica perseguita con gli accordi *ex art. 182 bis l. fall.* (mancato raggiungimento degli accordi, mancata omologazione, inadempimento delle obbligazioni scaturite dagli accordi omologati)". Ancora il Tribunale bergamasco ha affermato che nel caso di specie "la soddisfazione dei creditori non è affatto ancorata alla comparazione, con ipotesi alternative, del soddisfacimento assicurato dal piano assistito dai finanziamenti prededucibili ma si risolve, al contrario, nel considerare che il piano sottostante agli accordi, imperniato sulla prosecuzione dell'impresa, non può prescindere dai finanziamenti esterni e dalle relative garanzie reali oggetto della domanda il che, nella sostanza, è proprio ciò che l'attestatore ha fatto". Questa diversa lettura del principio in esame, dipenderebbe dal fatto che negli accordi di ristrutturazione, ciascun creditore è libero di aderire o meno all'accordo e quindi di pretendere la soddisfazione integrale del proprio credito.

³⁵² *Contra* S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies, l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale il controllo giudiziale

il debitore chieda dei finanziamenti in funzione della procedura, di cui al 182-*quater*, l.fall, poiché la prededucibilità degli stessi è condizionata dal fatto che: a) se ne dia conto nel piano concordatario o nell'accordo di ristrutturazione; b) la prededucibilità sia disposta nel decreto di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo di ristrutturazione sia omologato; c) si tratti naturalmente, di finanziamenti funzionali all'ammissione alla procedura. Questa tipologia di finanziamenti infatti, riguarda quelli effettuati prima della domanda di ammissione al concordato preventivo ordinario ovvero di omologazione di un accordo di ristrutturazione, di cui il debitore chiede la prededucibilità dimostrandone la funzionalità nel piano o nell'accordo di ristrutturazione. Il tenore della norma non ne esclude l'applicabilità al concordato con riserva, che, collocandosi strutturalmente proprio nella fase che precede la predisposizione del piano, sarebbe stato quanto mai adatto ad accoglierne l'applicazione. Il legislatore tuttavia, nell'art. 182-*quater*, l.fall, ha mancato di effettuare un esplicito richiamo al comma 6, dell'art. 161, l.fall, come viceversa, ha fatto per l'art. 182-*quinquies*, l.fall.

Si sottolinea che come nel concordato ordinario, così eventualmente anche nel concordato con riserva, la garanzia della prededucibilità per i nuovi investitori dei finanziamenti-ponte dipenderà fortemente dal comportamento tenuto dal debitore, che dovrà darne conto nel piano concordatario ovvero nell'accordo di ristrutturazione, nonché dall'ammissione alla procedura *ex art.* 163 l.fall ovvero dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione. In entrambi i casi infatti, la prededucibilità è condizionata ad eventi futuri ed incerti per la classe degli investitori.

Un dubbio analogo riguarda la sorte dei crediti prededucibili³⁵³ contratti dal debitore preconcordatario nell'ipotesi in cui non presenti nei termini il piano concordatario o la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione. Così il legislatore con il decreto "Destinazione Italia", d.l. del 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in l. 20 febbraio 2014, n. 9, ha introdotto una norma d'interpretazione "autentica"³⁵⁴ dell'art.

sull'ammissibilità della prededucibilità dei finanziamenti-ponte nel concordato preventivo impone, tra l'altro «la formulazione di un'istanza ad hoc da parte del debitore all'interno del ricorso per concordato; la necessità che detto ricorso sia corredato dal piano, dalla proposta, dalla relazione e dall'ulteriore documentazione prescritta, non risultando la fattispecie in esame conciliabile con il c.d. concordato "con riserva" (o "in bianco") *ex art.* 161, comma 6».

³⁵³ Si tratta dei crediti sorti: a) in seguito al compimento di atti di ordinaria amministrazione o di atti urgenti di straordinaria amministrazione, se legalmente compiuti, *ex comma* 7, dell'art. 161, l.fall; b) di crediti sorti in occasione della procedura concordataria, *ex comma* 1, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall.

³⁵⁴ Della cui natura interpretativa dubitava fortemente P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.fall., e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in www.ilcaso.it, secondo la quale «Non pare, dunque, che la norma di interpretazione autentica sia intervenuta a fronte di eclatanti

111 l.fall, per i crediti prededucibili sorti nella procedura preconcordanaria. L'art. 11, comma 3-*quater*, del relativo decreto ha disposto infatti, che “i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma”. La disposizione interpretativa è stata interpretata nel senso che il credito sorto quale prededucibile, secondo la prospettazione compiuta *ex ante* dal debitore, necessaria anche per quantificare la sua complessiva esposizione debitoria e, quindi, le risorse disponibili per il soddisfacimento dei creditori concorsuali, sia soggetto ad una verifica *ex post* della sua oggettiva utilità per la procedura³⁵⁵.

Anche in questo caso, disporre che la prededucibilità venga meno per l'irresponsabilità del debitore, significa: a) far ricadere sui creditori il comportamento scorretto del debitore; b) frustrare la novità introdotta dal combinato disposto degli artt. 161, comma 6, e 182-*quinquies*, l.fall. Se la prededucibilità non viene assicurata ai creditori, non si vede infatti, come possa confluire nuova finanza nella procedura aperta ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall.

Così il legislatore, con il decreto “Competitività e crescita”, d.l 24 giugno 2014, n. 91³⁵⁶, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 116, è nuovamente intervenuto sulla disciplina della prededucibilità dei crediti nel concordato con riserva, abrogando la norma interpretativa dell'art. 111, l.fall. Si deve pertanto ritenere che la prededucibilità dei crediti legalmente sorti nell'ambito della procedura preconcordanaria resti ferma,

incertezze o contrasti giurisprudenziali sull'art. 111 l.fall., né che l'enucleazione all'interno di questo articolo di una terza categoria di crediti -quelli preconcordanari - la cui prededucibilità è condizionata a due precise condizioni (deposito della proposta concordanaria entro il termine fissato e apertura della procedura senza soluzione di continuità) rappresenti un'opzione ermeneutica tra quelle rese possibili dal testo dell'art. 111, secondo comma, l.fall. Semmai, una norma di interpretazione autentica avrebbe potuto riguardare più specificamente l'art. 161, co. 7, l.fall., laddove la prededucibilità viene assegnata ai crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti “dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163”, al fine di “chiarire” - in ipotesi - che non si tratta semplicemente di termini (*dies a quo* e *dies ad quem*) bensì di vere e proprie condizioni di quella prededucibilità attribuita *ex lege*».

³⁵⁵ M. VITIELLO, *La prededuzione nel concordato preventivo dopo la conversione in legge del decreto “Destinazione Italia”*, in www.ilfallimentarista.it; A. DIDONE, *Prededuzione dei crediti ex art. 111 l.fall.: norme interpretative e “aberratio ictus”*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁵⁶ L'art. 22, comma 7, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, recita come segue: “L'articolo 11, comma 3-*quater*, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, è abrogato”.

indipendentemente dal comportamento del debitore e dall'arresto della procedura, di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall. Questa soluzione era del resto, già stata adottata dalla giurisprudenza di merito³⁵⁷ antecedente all'intervento di interpretazione autentica dell'art. 111 l.fall, nell'ambito del concordato con riserva.

3.5 Il pagamento dei debiti anteriori

Al comma 4, dell'art. 182-*quinquies* l.fall, il legislatore ha previsto la possibilità per il debitore che presenti un concordato preventivo con continuità aziendale, anche con riserva, di chiedere al tribunale l'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori alla presentazione della domanda concordataria per prestazioni di beni e servizi, purché un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall, attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è tuttavia necessaria, per i pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Al comma 5, dello stesso articolo, la facoltà del debitore di richiedere l'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori è estesa all'ipotesi in cui egli faccia domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ovvero di cd. preaccordo, come rispettivamente prevedono i commi 1 e 6, dell'art. 182-*bis*, l.fall.

L'ambito applicativo del comma 4, dell'art. 182-*quinquies* l.fall riguarda quei debiti sorti anteriormente alla presentazione di una domanda di accesso ad una delle procedure individuate dalla norma. L'antiorità del credito in primo luogo, postula che la relativa fonte genetica sia giunta a perfezione precedentemente al dì del deposito della domanda. Da questo momento infatti, si producono gli effetti per il debitore e si ritiene aperta la procedura, mentre dalla pubblicazione della domanda nel Registro delle Imprese, *ex art.* 168, l.fall, si producono gli effetti per i creditori. Postula altresì, che l'operazione contrattuale abbia ingenerato i suoi effetti³⁵⁸, cosicché ambedue le parti o il solo contraente istante, agli stessi effetti, debbano conformare il proprio contegno.

³⁵⁷ Così la Corte App. Genova, del 9 gennaio 2014; il Tribunale di Rimini, del 26 novembre 2013; il Tribunale di La Spezia, del 18 luglio 2013; Tribunale di Terni, del 14 gennaio 2014.

³⁵⁸ Secondo L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1111, «In particolare, qualora si tratti di un contratto ad esecuzione differita, sia esso ad esecuzione istantanea o di durata, onde acclarare il requisito dell'antiorità, è indispensabile che

Se il debito anteriore si incardina nell'ambito di un contratto ad esecuzione continuata o periodica, ai fini dell'applicazione del comma 4, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall, bisognerà individuare correttamente la fase della procedura in cui ha origine il credito, in virtù del principio di scindibilità delle prestazioni. Se infatti, il credito è insorto nello *spatium temporis* ricompreso tra la presentazione della domanda di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall e l'ammissione alla procedura, *ex art.* 163 l.fall, la gestione del rapporto di durata rientra nella disciplina di cui al comma 7, dello stesso articolo, così come i crediti sorti dopo l'ammissione al concordato ordinario, *ex art.* 163, l.fall, rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 167 l.fall.

Nonostante la previsione di cui all'art. 182-*quinquies*, l.fall, faccia riferimento al "pagamento dei crediti anteriori" si deve ritenere che l'istanza del debitore possa prevedere soluzione soddisfattive alternative al pagamento. La norma infatti, seppure di carattere eccezionale rispetto alla regola generale di cui all'art. 184 l.fall, non esclude un'interpretazione estensiva della categoria dei pagamenti autorizzabili, ma soltanto un'applicazione analogica fondata sulla *eadem ratio*.

Uguualmente, per scongiurare il rischio di irragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost, bisognerà ammettere che l'ambito applicativo dell'art. 182-*quinquies*, comma 4, l.fall si estenda oltre la lettera della norma, al pagamento dei crediti anteriori derivanti dalle prestazioni d'opera, non solo di beni e servizi, puntando sulla polisemia normativa del termine "servizi"³⁵⁹. L'interpretazione restrittiva infatti, vede preclusa al debitore la possibilità del rilascio dell'autorizzazione al pagamento dei dipendenti, nonostante l'essenzialità per la prosecuzione dell'attività d'impresa. È del resto difficile sostenere che il pagamento dei crediti anteriori maturati per l'attività di analisi chimiche sia autorizzabile nel caso in cui il debitore abbia affidato in *outsourcing* l'attività ad un'impresa, mentre non lo sarebbe nel caso in cui la medesima attività fosse svolta da un professionista iscritto all'albo. Una tale differenza di trattamento non sembra possa trovare giustificazione nella diversa qualificazione che la medesima prestazione riceve nelle normative di settore. Ciò in quanto la norma dell'art. 182-*quinquies* l.fall, non è

l'eventuale termine iniziale, che importa - per volontà delle parti - la posticipazione del momento a far data dal quale il contratto ingenera i suoi effetti, sia venuto o venga a scadenza precedentemente al deposito del ricorso *ex art.* 161 l.fall. Difatti, se il termine iniziale di efficacia del contratto fosse destinato a scadere successivamente al dì di deposito della domanda di concordato, il credito, a rigore, non potrebbe definirsi anteriore».

³⁵⁹ *Contra* il Tribunale di Modena, del 15 dicembre 2013, sul duplice presupposto della eccezionalità della norma di cui al comma 4, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall, in quanto derogatoria della regola generale di *par condicio creditorum*, fatto quest'ultimo idoneo ad escluderne l'applicazione analogica e dell'esclusione dei creditori *de quibus* (dipendenti e Cassa Edile) dalla categoria dei fornitori di beni e servizi.

preordinata a tutelare il soggetto erogante/creditore, ma a favorire il buon esito della procedura (prosecuzione dell'impresa e migliore soddisfazione dei creditori)³⁶⁰.

L'autorizzazione al pagamento dei crediti strategici, deve intendersi riferita alla tempistica del pagamento e non alla sua percentuale. “Ne consegue che il debitore in concordato, sulla base della sua autonomia negoziale, ha la possibilità di determinare in quale misura soddisfare il creditore cd. strategico (eventualmente utilizzando l'istituto delle classi). Ciò non significa che sia precluso il pagamento integrale, ma comporta che il creditore strategico di cui si chiede il soddisfacimento integrale debba essere escluso dal concorso e non possa quindi concorrere al raggiungimento della maggioranza”³⁶¹. La misura del pagamento, percentuale o integrale, se da un lato non preclude l'autorizzazione, incide sull'attestazione della strumentalità del pagamento al miglior soddisfacimento dei creditori, tra i quali rientrano quelli assistiti dalle cause legittime di prelazione. Il tribunale, come al solito, dovrà verificare che non vi sia stato errore o abuso nella formazione delle classi³⁶². È quindi, necessario che sia prospettata (dal debitore) e attestata (dal professionista)³⁶³ la previsione che, sulla base dei flussi di cassa attesi, verrà assicurato il soddisfacimento integrale di tutto il ceto creditorio privilegiato. Diversamente si realizzerebbe una violazione del principio che impone il rigoroso rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, principio che nessuna norma, e quindi neppure quella di cui all'art. 182-*quinquies*, comma 4, l. fall, consente di violare.

La previsione dei pagamenti dei debiti anteriori alla presentazione della domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, anche nelle forme “attenuate” di cui al comma 6, degli artt. 161 e 182-*bis* l.fall, nasce dall'esigenza di garantire un trattamento più favorevole ai cd. creditori strategici, quella classe di creditori che offrono l'erogazione di beni e servizi senza i quali l'attività d'impresa non potrebbe proseguire. L'essenzialità delle prestazioni per la prosecuzione della attività d'impresa è di fatto, oggetto dell'attestazione del professionista, e vale come *condicio*

³⁶⁰ In tal senso, A. M. LEOZAPPA, *Sul pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it. *Contra*, L. JEANTET, *Il pagamento dei crediti anteriori ex art. 182-quinquies comma 4, l.fall. e le condizioni di deroga della par condicio creditorum*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁶¹ Così il Tribunale di Bergamo, del 6 febbraio 2014.

³⁶² F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁶³ *Contra* F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, «secondo il quale per valutare che tipo di pagamento può essere effettuato, occorre sempre l'immediata produzione del piano/proposta definitivi con eventuale suddivisione in classi, anche perché il pagamento anticipato di crediti anteriori va autorizzato con le modalità quantitative che riguardano i crediti di pari rango o classe secondo le previsioni del piano».

sine qua non della continuazione. La prefigurazione della prosecuzione dell'azione imprenditoriale nel quadro di una soluzione contrassegnata dalla continuità aziendale esprime la necessità che la medesima azione abbia seguito negli stessi termini in cui si era sviluppata precedentemente all'insorgere della crisi³⁶⁴. Le prestazioni di beni o servizi non devono, pertanto, conformarsi alle mere esigenze della liquidazione, come nell'ipotesi dell'art. 104-*bis*, l.fall, ma devono rispondere alla necessità della protrazione dell'azione economica nella prospettiva della creazione di valore aggiunto, all'insegna del medesimo rischio che dapprima connotava l'impresa.

La *ratio* sottesa all'autorizzazione al pagamento dei debiti anteriori, non si può fare a meno di osservare, è speculare a quella sottostante alla richiesta di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti. Il presupposto per l'istanza di cui al comma 4, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall è che si tratti di debiti sorti nell'ambito di rapporti contrattuali considerati strategici, cosicché il mancato pagamento impedisce la prosecuzione dell'attività d'impresa. Poiché tuttavia, si è al cospetto di un atto, il pagamento, che si presume pregiudizievole per la massa dei creditori, causando un depauperamento del patrimonio del debitore, il legislatore richiede la prognosi di strumentalità al miglior soddisfacimento dei creditori. Viceversa, le richieste di cui all'art. 169-*bis*, l.fall, riguardano quei contratti che si ritengono ostativi alla prosecuzione dell'attività. Poiché lo scioglimento dei rapporti contrattuali pendenti assicura nell'immediato, un vantaggio per la massa dei creditori, non è richiesta alcuna speciale attestazione da parte del professionista. Sarà quindi sufficiente dimostrare che non si tratti di crediti strategici, ossia essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa, nella senso declinato come sopra.

La qualità del credito deve essere garantita dal professionista attestatore, il quale deve altresì accertare che il pagamento dei crediti anteriori e quindi la continuazione dell'attività, è strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori. Anche qui, come nella richiesta di autorizzazione alla stipula dei finanziamenti interinali, l'attestatore dovrà effettuare una comparazione tra la situazione in cui il pagamento venga effettuato oppure no, e considerare la soluzione migliore nell'interesse della massa dei creditori³⁶⁵.

³⁶⁴ L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1112.

³⁶⁵ Così L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1113, secondo il quale «La locuzione “migliore soddisfazione dei creditori” esplicita la necessità che il margine di realizzazione delle rispettive pretese che ciascuno indistintamente degli ulteriori creditori ha da ottenere a seguito e per effetto dell'adempimento della prestazione gravante sul contraente *in bonis*, corrisponda a quello ottimale, ovvero sia in assoluto - in rapporto, cioè, a qualsivoglia differente

L'attestazione non è tuttavia richiesta nelle ipotesi enunciate dall'ultima parte del quarto comma, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall. Duplice è la condizione affinché operi la deroga. In primo luogo la circostanza per cui nessuna obbligazione restitutoria nasca in capo al debitore che beneficia dell'erogazione delle nuove risorse finanziarie. In secondo luogo la circostanza per cui la pretesa restitutoria che insorge in capo al finanziatore, sia postergata rispetto a qualsiasi ulteriore credito vantato nei confronti del debitore sovvenuto. È difficile immaginare, nondimeno, che, alle condizioni previste dalla legge, le nuove risorse siano apportate da una banca o da un qualsivoglia altro organismo abilitato all'attività finanziaria: la qualità di imprenditori che tali soggetti rivestono, li costringe ad operare quanto meno con "metodo economico", in maniera, cioè, che i costi siano in ogni caso pareggiati dai ricavi. La previsione che esclude la necessità dell'attestazione riguarderà in massima parte, il pagamento dei finanziamenti "interni", ossia erogati dai soci. In ogni modo l'erogazione finanziaria effettuata senza diritto alla restituzione, da intendere, probabilmente, "in conto di un futuro aumento di capitale", non può che presupporre un'univoca puntuale volontaria opzione in tal senso da parte del socio che vi attende. Ed altrettanto è da dirsi per l'erogazione finanziaria effettuata con diritto alla restituzione postergato, *ex art. 182-*quater**, comma 3, l.fall.

Un'ulteriore condizione per il rilascio dell'autorizzazione è che il debitore "presenti domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale". Questo requisito, come alcuni ³⁶⁶ sostengono, porterebbe ad escludere automaticamente l'applicazione del comma 4, dell'art. 182-*bis*, l.fall, al concordato in bianco, dal momento che il concordato preventivo con continuità aziendale presuppone, ai sensi dei commi 1 e seg. dell'art. 186-*bis*, l.fall, la predisposizione del piano e dell'attestazione, con le caratteristiche individuate dalla norma in discorso. Se nonché, da un lato, per espressa previsione di legge, il regime autorizzatorio per il pagamento dei crediti anteriori è applicabile alla fase che si apre con la presentazione della domanda di preconcordato e, dall'altro, è singolare che la norma in commento, pur parlando di concordato preventivo con continuità aziendale, non faccia alcun riferimento all'art. 186-*bis*, l.fall che di quel concordato si occupa.

soluzione, pur di natura non negoziale - superiore rispetto a quello di cui beneficerebbe in difetto della medesima prestazione».

³⁶⁶ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale «Il quarto comma dell'art. 182-*quinquies* è dunque esplicito (come del resto lo è il primo comma) nell'estendere la possibilità di autorizzazione anche al preconcordato, ma tale estensione si rivela sostanzialmente inapplicabile per l'operare di una invalicabile aporia normativa».

Per evitare un'interpretazione abrogativa dell'art. 182-*quater*, l.fall, al concordato con riserva, parte della dottrina³⁶⁷, pur ammettendo l'inesistenza della fattispecie di "concordato con riserva in continuità aziendale", ha ipotizzato che il regime autorizzatorio previsto per il pagamento dei crediti anteriori si applichi a fronte di una domanda di concordato con la quale il debitore si riserva di presentare un piano con continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186-*bis* l.fall. Questa interpretazione tuttavia, non è esente da critica, perché fa dipendere il rilascio dell'autorizzazione al pagamento dei crediti pregressi benché strategici, dalla mera dichiarazione d'intenti del ricorrente, il quale in una fase così lontana dalla predisposizione del piano, potrebbe non essere in grado di compiere una prognosi certa sul tipo di concordato che intende presentare.

Stante il mancato richiamo all'art. 186-*bis* l.fall, si potrebbe ipotizzare che la continuità aziendale a cui fa riferimento il legislatore all'art. 182-*quinquies*, comma 4, l.fall, sia fattuale, riguardando la situazione in cui l'imprenditore abbia come obiettivo non solo la prosecuzione dell'attività d'impresa, ma si attivi all'uopo. Del resto, la volontà di effettuare i pagamenti dei creditori strategici, depone in tal senso. Significativo è il fatto che, in una recente pronuncia, il Tribunale di Mantova abbia considerato rientrante nella previsione di cui all'art. 186-*bis* l.fall, la fattispecie di concordato introdotto con domanda in bianco, ai sensi del sesto comma, dell'art. 161, l.fall, rilevando che "per non disperdere il valore dell'azienda in esercizio e per salvaguardare i dipendenti, prima della presentazione della domanda di concordato, l'attività della società è stata suddivisa in tre distinti rami d'azienda, concessi in affitto a tre distinte società, con le quali è già anche concluso un contratto preliminare di cessione d'azienda"³⁶⁸. La cessione d'azienda ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio infatti, realizzano il presupposto fattuale per l'applicazione della disciplina di cui all'art. 186-*bis* l.fall, che tuttavia richiede un ulteriore presupposto processuale, non contemplato dall'art. 182-*quater*, l.fall, ossia la predisposizione del piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e), l.fall.

³⁶⁷ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 154, per cui «Pare quindi evidente che l'art. 182-*quinquies*, comma 4, l.fall. allorché menziona la presentazione di "domanda di ammissione al concordato preventivo in continuità", si riferisce alla situazione in cui il debitore abbia depositato un concordato preventivo vero e proprio che presenti tutti gli elementi richiesti dall'art. 186-*bis* l.fall., mentre quando menziona la domanda di cui all'art. 161, comma 6, l.fall., tenuto conto delle caratteristiche di tale domanda, deve necessariamente riferirsi alla situazione in cui il debitore presenta un ricorso *ex* art. 161, comma 6, l.fall. con il quale si riserva di depositare, entro il termine che sarà fissato dal giudice, una proposta e un piano concordatari "con continuità aziendale" ai sensi dell'art. 186-*bis* l.fall.».

³⁶⁸ Tribunale di Mantova, del 19 settembre 2013.

Attribuendo allora una connotazione fattuale al riferimento alla continuità aziendale, *ex art. 182-quater*, l.fall, consentita dalla mancanza di un richiamo esplicito all'art. 186-bis l.fall, mi sembra che possa ritenersi sciolto in modo soddisfacente il nodo gordiano della compatibilità del concordato con riserva con la continuità aziendale, ai fini dell'applicazione del comma 4, dell'art. 182-*quater*, l.fall.

Invero, l'applicazione dell'art. 182-*quinquies*, comma 4, l.fall al concordato con riserva è problematica, non tanto per il riferimento al concordato con continuità aziendale, quanto per la necessità che il professionista attesti che il pagamento sia strumentale al miglior soddisfacimento dei creditori. Le perplessità già avanzate per l'attestazione speciale di cui al comma 1, dello stesso articolo, si ripropongono anche in questo frangente, risultando funambolica la posizione del professionista, che senza la compiuta formulazione di un piano concordatario, dovrà dimostrare che il pagamento dei crediti anteriori potrà meglio soddisfare i creditori.

Si ritiene pertanto, che l'attestazione sarà più efficace ai fini dell'autorizzazione, ove l'elaborazione del piano concordatario o dell'accordo di ristrutturazione, sia in uno stato avanzato di compiutezza.

3.6 Gli esiti “fisiologici” del concordato con riserva

L'esito fisiologico della fase preconcordataria può avere due possibili sviluppi, ai sensi del comma 6, dell'art. 161, l.fall: il deposito del piano concordatario e della proposta con la documentazione richiesta dall'art. 161, comma 1, l.fall; la presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, *ex art. 182-bis*, l.fall. Mentre la prima opzione ha destato tra gli interpreti meno perplessità, rappresentando la naturale continuazione di un percorso che insiste nell'alveo della disciplina concordataria, la possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione è sembrata quasi una deviazione dalla naturale destinazione del preconcordato, tanto da rappresentare per molti³⁶⁹ una sorta di “conversione”. In primo luogo, si è detto, perché gli accordi di

³⁶⁹ Così G. BARBIERI, A. NIRONI FERRARONI, *Brevi considerazioni in tema di “conservazione” degli effetti tra preconcordato ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilfallimentarista.it; M. FABIANI, *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Rivista delle società*, 2013, p. 1194, per il quale «lo sbocco della rappresentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti è configurato quale ipotesi eventuale, consentita quale facoltà alternativa rispetto a quella che è invece configurata come la strada principale. Tanto è vero che la norma non dice che il ricorrente si riserva di presentare una proposta di concordato o un accordo di ristrutturazione dei debiti; ma dice piuttosto che il ricorrente si riserva di presentare una proposta di concordato e che gli è tuttavia consentito di presentare, entro lo stesso termine, un accordo di ristrutturazione dei debiti (dunque, quale facoltà alternativa subordinata)».

ristrutturazione non condividono la stessa natura concorsuale del concordato preventivo; secondariamente, perché dal dato letterale, di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall, si evincerebbe una sorta di "preferenza" per la soluzione concordataria. Se nonché, queste considerazioni perdono di rilevanza se la fase preconcordaria viene considerata come un istituto autonomo, con due possibili esiti, ugualmente legittimi. Del resto, l'opzionabilità della presentazione di una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, alla scadenza del termine giudiziale concesso per lo scioglimento della riserva, non mi pare frutto di una svista del legislatore, il quale ha instaurato con il comma 8, dell'art. 182-*bis*, l.fall, un parallelismo tra gli istituti del preconcordato e del cd. preaccordo, di cui al comma 6, dello stesso art. 182-*bis*, l.fall, offrendo al debitore la possibilità di accedere alla fattispecie concordataria, alla scadenza del termine giudiziale, di non oltre sessanta giorni, stabilito per il deposito di un accordo di ristrutturazione, durante il quale il debitore gode dell'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari.

La cd. "passerella reciproca"³⁷⁰ che è stata istituita tra gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo, non è costruita con perfetta simmetria, risultando in salita dal preconcordato all'Adr e in discesa dal preaccordo al concordato preventivo. Infatti, il debitore che intende raggiungere un accordo con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, potrà ottenere la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, presentando una proposta di accordo, unitamente alla dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, che sulla proposta sono in corso trattative e alla dichiarazione del professionista, circa l'idoneità della proposta ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. Lo stesso effetto di sospensione delle azioni individuali dei creditori al patrimonio del debitore, senza precludere la via della presentazione dell'accordo di ristrutturazione, potrà tuttavia essere raggiunto dal debitore molto più agevolmente, con la presentazione di una domanda di concordato con riserva. Ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall infatti, non è richiesta alcuna attestazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), l.fall, né la presentazione di una "proposta di concordato" o di una "bozza di piano". D'altronde, nel concordato ordinario l'accordo con i creditori si raggiunge in corso di procedura, passando il piano e la proposta per il vaglio di ammissibilità del

³⁷⁰ M. FABIANI, La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, in www.ilcaso.it.

tribunale; diversamente, negli Adr, l'accordo con i creditori è raggiunto prima che il tribunale possa verificarne le condizioni di ammissibilità.

Si assiste quindi, ad una sorta di convergenza nelle due "procedure"³⁷¹ dell'iter procedimentale, poiché la fase delle trattative è ritenuta, in entrambe, una fase che necessita di protezione. Infatti da un lato, il preconcordato si apre con una domanda in bianco di accesso alla procedura che garantisce immediatamente gli effetti di cui all'art. 168 l.fall, cui segue un blando giudizio di ammissibilità preordinato alla concessione del termine, alla cui scadenza la riserva può essere sciolta o con la presentazione di una proposta concordataria (cui segue: il giudizio di ammissibilità *ex art.* 163 l.fall, l'approvazione dei creditori e l'omologazione), ovvero con il deposito di un accordo di ristrutturazione (cui segue schematicamente: l'eventuale opposizione dei creditori e l'omologazione). Dall'altro, il preaccordo si apre con la proposta di accordo, corredata dalla relazione del professionista e dalla dichiarazione del debitore, cui segue la verifica di ammissibilità in udienza, anch'essa preordinata al deposito dell'accordo (cui segue schematicamente: l'eventuale opposizione dei creditori e l'omologazione), ovvero la presentazione di una proposta concordataria (cui segue: il giudizio di ammissibilità, *ex art.* 163 l.fall, l'approvazione dei creditori e l'omologazione).

Tra preconcordato e preaccordo, la differenza più evidente, avendo riguardo all'iter procedimentale, si riscontra nel fatto che, nella procedura di cui al comma 6, dell'art. 182-*bis*, l.fall, il debitore per ottenere la protezione dalle azioni individuali deve presentare una proposta di accordo, che produce immediatamente i suoi effetti ed è sottoposta, entro trenta giorni dalla pubblicazione, ad una verifica sull'ammissibilità; diversamente, nel preconcordato è sufficiente una domanda vuota. Ebbene, ove il legislatore avesse imposto al debitore di presentare una bozza di concordato, la novità introdotta sarebbe stata pressoché irrilevante, considerato che la proposta e il piano concordatari possono essere modificati in corso di procedura, *ex art.* 175, l.fall. Viceversa, l'esigenza di richiedere la proposta di accordo, ai sensi del comma 6, dell'art. 182-*bis* l.fall, deriva direttamente dal fatto che il primo *step* della procedura consiste nella presentazione di un accordo già concluso. Volendo quindi anticipare alle trattative l'effetto di *automatic stay*, il legislatore si è trovato costretto a richiedere una bozza di accordo.

³⁷¹ Si ricorda che la dottrina maggioritaria esclude dalla categoria delle procedure concorsuali gli accordi di ristrutturazione dei debiti, *ex art.* 182-*bis* l.fall, sul presupposto della mancanza dei connotati di universalità e concorsualità.

In sintesi, il legislatore ha riproposto negli Adr lo schema contrattuale proposta-accettazione, anticipando la protezione alla proposta; nel concordato preventivo, in cui questo schema già rimaneva assorbito nelle pieghe procedurali, ha anticipato l'*automatic stay* alla domanda del debitore, purché l'intenzione del debitore sia sincera, lasciando presagire un precedente contatto con il ceto creditorio o l'intenzione di trattare. Come negli accordi di ristrutturazione, l'attestazione del professionista serve a dimostrare che il debitore è in trattativa con i creditori, ai fini della protezione, così nel preconcordato, la riserva condiziona l'efficacia di una protezione all'effettivo svolgersi di quelle trattative e al risultato concreto dell'elaborazione di una proposta. In entrambi i casi l'effetto è quello di anticipare l'ingresso in procedura alla fase delle trattative con i creditori, garantendo al debitore la medesima protezione.

Il sesto comma, dell'art. 161, l.fall stabilisce che, ove alla scadenza del termine fissato dal giudice per lo scioglimento della riserva, il debitore intraprenda la via degli accordi di ristrutturazione, gli effetti prodotti *medio tempore* dalla domanda con riserva, si conservano fino all'omologazione.

Ripercorriamo brevemente quali sono gli effetti prodotti nella fase preconcordataria o quali potrebbero essere. In primo luogo vi sono effetti "legali", che si producono *ope legis*, indipendentemente da qualsivoglia attività del debitore o dell'autorità giudiziaria. In questa categoria rientrano: a) dalla pubblicazione della domanda il blocco delle azioni esecutive e cautelari *ex*, art. 168 l.fall; b) l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione, sempre ai sensi dello stesso art. 168, l.fall; c) l'inoperatività delle cause di scioglimento della società per insufficienza del capitale sociale, *ex* art. 182-*sexies*, l.fall; d) la sospensione del decorso degli interessi legali, *ex* art. 169 l.fall. In secondo luogo, vi sono quegli effetti eventuali, che si producono per l'iniziativa del debitore o l'autorizzazione del tribunale. Ve ne fanno parte: a) quelli derivanti dagli atti legalmente compiuti, di ordinaria o straordinaria amministrazioni (*et ergo* urgenti e autorizzati dal tribunale), a partire dalla prededucibilità; b) quelli che derivano dallo scioglimento ovvero dalla sospensione dei contratti pendenti, *ex* art. 169-*bis* l.fall; c) la prededucibilità dei finanziamenti interinali, precedentemente autorizzati dall'autorità giudiziaria, *ex* art. 182-*quinqies*, comma 1, l.fall; d) i pagamenti dei crediti anteriori, previa autorizzazione del tribunale, ai sensi dell'art. 182-*quinqies*, comma 4, l.fall.

Di tutti questi effetti, bisogna verificare la compatibilità con la disciplina degli accordi di ristrutturazione, poiché non sempre il legislatore si è espresso al riguardo e

l'asserita conservazione fino all'omologazione degli effetti della domanda con riserva, *ex* comma 6, dell'art. 161, l.fall, non giustifica la generalizzazione della regola della conservazione. Infatti, la nomina del commissario giudiziale nella fase preconcordataria è palesemente inconciliabile con gli accordi di omologazione, che non prevedono alcun organo di vigilanza sul patrimonio e sulla condotta del debitore³⁷². Ne deriva che, ove gli ADR vengano opzionati alla scadenza del termine, il commissario giudiziale precedentemente nominato, vedrà cessato il suo incarico.

Per quanto riguarda il blocco delle azioni individuali, resta comunque fermo, in considerazione che analoga previsione è contenuta anche nella disciplina degli ADR.

Più problematica sarà la conservazione dell'inefficacia per i creditori anteriori delle ipoteche giudiziale iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso, perché di questa protezione non godrebbe fin da subito il debitore che avanzi una proposta di accordo *ex* art. 182-*bis*, comma 6, l.fall³⁷³, mentre vige il divieto di acquistare cause legittime di prelazione, come all'art. 168 l.fall. Tuttavia, negli ADR quali dovrebbero essere i creditori anteriori al concorso? In questa procedura non si applicano le regole della concorsualità, poiché il ceto creditorio si compone di due categorie: creditori aderenti e non, che vengono in essere solo nell'ambito dell'accordo o della proposta. Quindi, se ne esclude l'applicazione con la conseguenza che le ipoteche giudiziali iscritte prima dei novanta giorni dalla domanda di concordato in bianco tornano ad essere legali.

Analogamente la sospensione degli interessi legali non si produce per il deposito del preaccordo, quindi dovrebbero considerarsi prodotti *ab origine* dalla presentazione della domanda di preconcordato, ove si presenti un ADR.

L'inoperatività delle norme del codice civile sulla riduzione o sulla perdita del capitale sociale *ex* art. 182-*sexies* l.fall, continua ad applicarsi per espressa previsione normativa alla domanda di omologazione dell'accordo di omologazione.

Ci sono poi quegli effetti che eventualmente derivano dal compimento di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, legalmente compiti che si protraggono anche dopo il deposito dell'accordo, dal momento che l'istituto degli accordi di ristrutturazione non preclude all'imprenditore l'esercizio dell'attività d'impresa. Rispetto alla disciplina di cui al comma 7, dell'art. 161, l.fall, si nota come il legislatore

³⁷² G. BARBIERI, A. NIRONI FERRARONI, *Brevi considerazioni in tema di "conservazione" degli effetti tra preconcordato ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁷³ Così M. FABIANI, *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it.

abbia disposto una sorta di “ultrattività” della norma, che opera senza soluzione di continuità dopo il deposito della proposta e del piano, fino all’ammissione al concordato ordinario, di cui all’art. 163 l.fall. Per il fatto che negli ADR, l’imprenditore non subisce alcuna restrizione nella gestione dell’attività d’impresa, questa ultrattività non si riscontra nell’ipotesi in cui abbia esercitato la facoltà di *switch*³⁷⁴.

Lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, autorizzato dall’autorità giudiziaria, come è stato sostenuto³⁷⁵, potrebbe continuare a produrre i suoi effetti perché il contraente *in bonis* è sufficientemente tutelato dalla possibilità di aderire all’accordo di ristrutturazione o di non aderire; in quest’ultimo caso, gli verrebbe comunque garantito il soddisfacimento integrale. Si è già rilevato, come secondo alcuni³⁷⁶, potrebbe esperire l’azione risarcitoria per il danno ulteriore all’indennizzo che il giudice gli ha riconosciuto e derivante dallo scioglimento e comunque contestare l’entità dell’indennizzo davanti al tribunale ordinario.

Per quanto riguarda i finanziamenti interinali, ai quali è riconosciuto il regime di prededucibilità, a parte l’imprecisione terminologica di considerare prededucibile un credito nell’ambito di un istituto come quello degli accordi di ristrutturazione³⁷⁷, in cui le regole del concorso e della ripartizione dei creditori in classi non si applicano, avendo natura di negozi privati resi efficaci dall’omologazione dell’autorità giudiziaria, si è in parte già detto. Qui, la prededucibilità, che si ritiene operare sotto forma di integrale soddisfacimento del creditore prededucibile, era stata implicitamente esclusa dalla norma di interpretazione autentica che condizionava la prededucibilità dei finanziamenti in occasione e in funzione della domanda in bianco, alla presentazione della proposta e del piano concordatari, ma soprattutto a condizione che il debitore venisse ammesso alla procedura di concordato ordinario, *ex art.* 163 l.fall. Ne derivava quindi, la sospensione della prededucibilità dei finanziamenti interinali o in funzione della domanda in bianco, fino alla definitiva ammissione al concordato ordinario, *a fortiori* quindi nell’ipotesi in cui il debitore avesse deciso di intraprendere la strada degli ADR. Se nonché, la norma interpretativa, che avallava un orientamento espresso da una parte della giurisprudenza

³⁷⁴ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 165.

³⁷⁵ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 133.

³⁷⁶ S. DI NOLA, *Scioglimento o sospensione dei contratti pendenti nella fase di preconcordato. Discrezionalità del giudice e bilanciamento degli interessi in gioco*, in www.ilfallimentarista.it.

³⁷⁷ P. VELLA, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fallimento*, p. 1141; F.S. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2013, p. 1151.

di merito³⁷⁸, è stata abrogata dal Decreto Competitività e crescita, rendendosi conto il legislatore del fatto che la preveducibilità, come qualità del credito, deve essere garantita necessariamente ai creditori, se in questa fase si vuole tentare di attrarre nuova finanza.

Un ragionamento analogo, può essere applicato all'ipotesi in cui il debitore, all'esito del termine giudiziale *ex art. 161, comma 6, l.fall*, depositi un accordo di ristrutturazione da omologare. Parte della dottrina³⁷⁹ ha escluso il verificarsi di una simile possibilità, sul presupposto che, ove l'accesso all'omologa di un Adr sia preceduto dalla presentazione della proposta di accordo, *ex comma 6, art. 182-bis, l.fall*, non è consentito contrarre finanziamenti interinali. Deve quindi, essere impedito al debitore di abusare dell'istituto. Mi sembra inopportuno parlare di abuso per l'esercizio di una facoltà di cui legittimamente il debitore si è avvalso. Gli esiti "fisiologici" della procedura preconcordataria, consentono al debitore di presentare un accordo di ristrutturazione dei debiti, alla scadenza di un periodo, nell'arco del quale egli eventualmente, è stato autorizzato a contrarre finanziamenti interinali.

In questo caso, la preveducibilità dei finanziamenti interinali deve essere comunque riconosciuta ai creditori, pena la perdita di appetibilità per i nuovi investitori e l'inefficacia fattuale della disciplina *ex art. 182-quinquies, l.fall*, a meno che non si voglia affermare che ove il debitore benefici dei finanziamenti interinali, gli sia preclusa la facoltà di depositare la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Mi sembra in sintesi, che la conservazione di questo effetto sia funzionale alla tutela dei creditori, anche negli Adr.

Così come per i finanziamenti preveducibili, si deve optare per la sopravvivenza degli effetti del pagamento dei crediti anteriori, *ex comma 4, dell'art. 182-quinquies, l.fall*, ove alla scadenza del termine giudiziale per lo scioglimento della riserva il debitore presenti domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Infatti, il quinto comma, dell'art. 182-quinquies, l.fall prevede espressamente che l'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori possa essere rilasciata, alle stesse condizioni di cui al precedente comma 4, dell'art. 182-quinquies, l.fall, anche quando il

³⁷⁸ Tribunale di Pistoia, del 9 luglio 2013. La sentenza è ivi richiamata per la parte in cui fa dipendere l'efficacia dello scioglimento del contratto alla definitività degli effetti, conseguenti all'ammissione al concordato ordinario, *ex art. 163 l.fall*. Si è tuttavia consapevoli del fatto che la pronuncia riguarda l'applicazione dell'art. 169-bis l.fall, che per l'ipotesi di scioglimento da luogo all'indennizzo del contraente *in bonis* e non ad un credito preveducibile.

³⁷⁹ M. FABIANI, La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, in www.ilcaso.it.

debitore abbia avanzato una domanda di omologazione *ex art.* 182-*bis*, comma 1, l.fall ovvero una proposta di accordo di cui al comma 6, dello stesso articolo.

Non si può fare a meno di notare che, dal momento che l'autorizzazione copre solo la tempistica del pagamento e non anche la sua percentuale, ove i creditori non fossero stati pagati integralmente, la loro posizione ne resterebbe pregiudicata rispetto a quella di tutti gli altri creditori non aderenti.

3.7 Gli esiti “patologici” del concordato con riserva

Nel novero degli esiti patologici del preconcordato si intende riunire tutte quelle situazioni in cui il normale decorso della procedura subisce una battuta d'arresto, per il verificarsi di eventi che sono considerati dalle norme di legge e che vengono sanzionati con l'inammissibilità o con l'improcedibilità del ricorso *ex art.* 161, comma 6, l.fall.

In primo luogo, la violazione degli obblighi d'informazione periodici, *ex art.* 161, comma 8, l.fall. L'inerzia del debitore per l'adempimento degli obblighi informativi predisposti nel decreto del tribunale che fissa il termine, comporta la declaratoria d'inammissibilità ai sensi dell'art. 162, l.fall.

Secondariamente, gli atti non legalmente compiuti ai sensi del comma 7, dell'art. 161, l.fall, tra cui rientra il compimento di atti non urgenti di straordinaria amministrazione e il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, senza la previa autorizzazione dell'autorità procedente, giustificano una declaratoria di improcedibilità, nei limiti in cui non rientrano tra gli “altri atti di frode”, di cui all'art. 173, l.fall³⁸⁰. A riguardo, la dottrina³⁸¹ ritiene che gli *atti di mala gestio*, non legalmente compiuti, giustificano l'improcedibilità solo ove effettivamente dannosi per i creditori.

In terzo luogo, l'instaurazione del sub-procedimento di cui all'art. 173, l.fall, su impulso del commissario giudiziale, ma si ritiene³⁸² anche del tribunale, ove il commissario non venga nominato, può sfociare nella declaratoria di improcedibilità della domanda in bianco.

³⁸⁰ M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 167, scrive: «La seconda situazione che può condurre ad una conclusione “patologica” della procedura di concordato con riserva consiste nel compimento da parte del debitore, successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, di atti senza le prescritte autorizzazioni giudiziali».

³⁸¹ G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 963. Per la giurisprudenza di legittimità si veda Cass, 23.06.2011, n. 13818.

³⁸² M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 169, secondo il quale «nulla osta a ritenere che, anche ove il commissario giudiziale non sia stato nominato, il Tribunale che venga a conoscenza che il debitore ha compiuto atti rilevanti ai sensi dell'art. 173 l.fall., possa far applicazione di tale ultima disposizione e dichiarare improcedibile il ricorso *ex art.* 161, comma 6 l.fall. proposto dal debitore».

Infine, l'inosservanza dei termini giudiziali per il deposito del piano o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Sinteticamente, al comma 6, dell'art. 161, l.fall, si prevede che in caso di mancato scioglimento della riserva alla scadenza del termine fissato con decreto, si applica l'art. 162, commi secondo e terzo, l.fall. Questa situazione, peraltro, dopo le modifiche introdotte dal Decreto del Fare al comma 8, dell'art. 161 l.fall, può verificarsi non solo alla scadenza del termine originariamente fissato dall'autorità giudiziaria, eventualmente prorogato, ma altresì alla scadenza dello stesso termine, già abbreviato, qualora l'attività posta in essere dal debitore risulti manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti, sebbene non ne sia fatta menzione al rinnovato comma ottavo, dell'art. 161, l.fall).

Il verificarsi di uno qualsiasi degli esiti patologici, comporterà per il debitore la preclusione di cui al comma 9, dell'art. 161, l.fall, ossia l'impossibilità di ripresentare nei due anni successivi all'istanza di preconcordato, analoga domanda. Le precedenti situazioni sono infatti, accumulate dal fatto che alla domanda di concordato con riserva, non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. La disposizione che opera *ex post* come condizione di inammissibilità, ma equivale ad una vera e propria sanzione per il futuro, tende a responsabilizzare il debitore che abbia abusato dello strumento del concordato in bianco e riguarda per tanto la sua persona, poco importa che la necessità di accedere tempestivamente in procedura riguardi un'impresa diversa.

Tuttavia, le maggiori criticità conseguenti al verificarsi di uno degli esiti patologici, non attengono tanto agli effetti che da quel momento verranno in essere, quanto alla sorte degli effetti già prodotti³⁸³. Ci si chiede in definitiva, se l'efficacia degli effetti prodotti dalla presentazione della domanda in bianco, venga meno *ex tunc* o *ex nunc*.

La risposta al quesito è ancora meno scontata se si considera che in una precedente stesura della norma, si prevedeva, quale conseguenza dell'insuccesso della fase

³⁸³ Così S. POLI, *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto, con premesse sulla sua qualificazione e disciplina applicabile*, in www.ilfallimentarista.it, per il quale «Il maggiore profilo di criticità dell'apertura anticipata dell'ombrello protettivo (e, in genere, della produzione degli effetti esaminati) al momento della pubblicazione della domanda di preconcordato attiene all'individuazione delle conseguenze nell'ipotesi - tutt'altro che infrequente nella prima casistica pratica - in cui essa non sia seguita da una domanda "in pieno". In termini generali, viene (condivisibilmente) affermato che gli effetti protettivi vengono meno con efficacia *ex tunc*. Tuttavia, tale canone generale non è sempre utilizzabile, laddove ad esempio vi siano stati effetti protettivi non completamente reversibili, e pone, comunque, significativi dubbi interpretativi qualora si passi ad identificare le sue concrete applicazioni (si pensi, a mero titolo di esempio, all'impatto sulle ipoteche giudiziali, sulle compensazioni, sulla responsabilità degli organi sociali per non aver attivato gli obblighi connessi alla perdita del capitale sociale)».

preconcordataria, la cessazione retroattiva di ogni effetto protettivo del ricorso, a far data dal suo deposito³⁸⁴, in luogo dell'inammissibilità della domanda, ai sensi dell'art. 162, l.fall. L'espunzione di questa previsione fa sorgere ora il dubbio di quali siano le conseguenze. Dubbio, che parte della dottrina risolve nel senso della caducazione *ex tunc* degli effetti protettivi, mutuando la soluzione da una pronuncia giurisprudenziale³⁸⁵ concernente il mancato rispetto del termine per il deposito dell'accordo di ristrutturazione.

Si potrebbe tuttavia presumere che, il legislatore abbia voluto evitare di generalizzare la retroattività dell'inefficacia degli effetti già prodotti e che spetti all'interprete di valutare caso per caso l'applicazione di questa regola.

Sicuramente, verranno meno gli effetti legali prodotti dalla presentazione della domanda in bianco, cosicché: a) i creditori potranno riavviare o proseguire le azioni esecutive e cautelari nei confronti del debitore (non trovando più applicazione il disposto dell'art. 168, l.fall); b) le ipoteche iscritte nel Registro delle Imprese nei novanta giorni antecedenti la data di pubblicazione del ricorso in bianco riacquisteranno piena efficacia verso i creditori; c) verrà meno l'inoperatività delle disposizioni sulla riduzione per perdite o sullo scioglimento del capitale sociale, *ex art. 182-sexies*, l.fall; d) gli interessi legali riprenderanno a decorrere dal deposito della domanda in bianco³⁸⁶.

La caducazione con efficacia retroattiva degli effetti prodotti *medio tempore* dalla presentazione della domanda di concordato con riserva è ugualmente sostenibile sia che si ricostruisca l'istituto in termini di autonomia che di appartenenza al *genus* concordatario. Nel primo caso infatti, la sopravvivenza degli effetti prodotti dipende dal fatto che la sussistenza degli stessi, benché automatici, è soggetta alla condizione risolutiva dello scioglimento della riserva. Nel secondo caso, si sostiene che gli effetti del divieto, *ex art. 168*, l.fall, devono considerarsi effetti dell'ammissione, *ex art. 163*

³⁸⁴ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La cd. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100-2013/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 febbraio 2013, p. 16.

³⁸⁵ Tribunale di Novara, del 2 maggio 2011.

³⁸⁶ G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 964, secondo il quale, «gli effetti del divieto devono considerarsi effetti dell'ammissione retrogradati alla domanda e mai verificatisi in caso di mancata ammissione di concordato preventivo. Medesime considerazioni valgono per il decorso degli effetti delle norme richiamate dall'art. 169 l.fall., espressamente fissato dalla disposizione con riferimento alla presentazione della domanda di concordato. Anche in questo caso il decreto di ammissione alla procedura *ex art. 163* l.fall. costituisce il presupposto sostanziale (con efficacia retroattiva) per l'applicazione dell'art. 169 l.fall., con la conseguenza che ove il tribunale dichiara inammissibile la proposta di concordato gli effetti *medio tempore* prodottisi verranno meno con efficacia *ex tunc*».

l.fall, retrodatati alla domanda e mai verificatisi in caso di mancata ammissione al concordato preventivo³⁸⁷.

Nell'ipotesi di successivo fallimento, analogamente questi effetti non si produrranno, per il fatto che il fallimento successivo presuppone l'inammissibilità della domanda di concordato con riserva. Parte della dottrina³⁸⁸ viceversa, ha sostenuto l'impossibilità della perpetuazione nel fallimento degli effetti prodotti *medio tempore* nella fase preconcordataria, per l'impossibilità dell'operatività della regola di *consecutio procedurarum*, basandosi sull'assunto che il concordato con riserva non possa essere ricondotto alla nozione di procedura, restando una parentesi dell'iter concordatario.

Molto più problematico è considerare la sorte di quelle posizioni giuridiche che si sono formate in seguito all'iniziativa del debitore, tra cui l'insorgenza di crediti prededucibili, in seguito al compimento di atti di ordinaria amministrazione o atti urgenti di straordinaria amministrazione legalmente compiuti, ai sensi del comma 7, dell'art. 161, l.fall; dei crediti del contraente *in bonis*, sorti in seguito allo scioglimento dei contratti pendenti, *ex art. 169-bis*, l.fall; di finanziamenti interinali, che anche in questo caso danno luogo a crediti prededucibili, per espressa previsione del comma primo, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall. Nonché, problematico è valutare la sorte del pagamento anticipato dei crediti anteriori, eventualmente effettuato ai sensi del comma 4, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall.

Nel silenzio della legge, la dottrina³⁸⁹ maggioritaria ha sostenuto il riconoscimento della prededucibilità dei suddetti crediti, anche nel caso di inammissibilità della domanda in bianco e nell'eventualità del successivo fallimento, fondamentalmente sul presupposto della tutela dell'affidamento del terzo creditore.

In una recente pronuncia del Tribunale di Terni, a proposito, si legge che il comma 7, dell'art. 161, l.fall, nella parte in cui riconosce la prededucibilità, ai sensi dell'art. 111,

³⁸⁷ Così G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 964.

³⁸⁸ G.B. NARDECCHIA, *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 965, ove scrive «Gli effetti dell'art. 168 l.fall. non sopravvivono al fallimento pronunciato *ex art. 162 l.fall.*, come conseguenza di mancata ammissione dell'imprenditore al richiesto concordato preventivo, non trovando applicazione detta norma, applicazione diretta al fallimento in detta ipotesi. Non può darsi luogo all'interpretazione estensiva dell'art. 168 l.fall. in virtù della consecuzione delle procedure, in quanto manca il presupposto perché di consecuzione possa parlarsi: l'esistenza di una procedura concorsuale originaria che possa costituire una delle fasi di un unico procedimento complesso cui applicare estensivamente la disciplina dell'ultimo procedimento della serie [...]. Discorso differente va fatto naturalmente per gli atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda, atti che, come detto, rimangono validi ed efficaci anche in caso d'inammissibilità della domanda ed esenti da revocatoria in caso di successivo fallimento».

³⁸⁹ F.S. FILOCAMO, *La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2013, p. 1153.

l.fall, dei crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore, “non deve intendersi nel senso che quel rango prededucibile sia condizionato all’effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo entro il termine assegnato dal Tribunale, poiché, così facendosi, una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) non già sul debitore medesimo, bensì sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti, in quanto sorti per effetto degli ‘atti legalmente compiuti’ dal debitore (i.e. atti di ordinaria amministrazione ed atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale), con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo pre-concordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi di impresa”³⁹⁰.

Tra le altre argomentazioni a sostegno della tesi della sopravvivenza della prededucibilità in caso di successivo fallimento, i giudici ternani adducono la medesima *ratio* che è posta a fondamento, nell’art. 120, comma 1, l.fall, della conservazione degli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura fallimentare in caso di revoca della sentenza di fallimento.

Infine, il Tribunale di Terni sottolinea come “dei due cardini temporali del beneficio in esame (il deposito del ricorso, *ex art.* 161, comma 6, l.fall e il decreto di apertura del concordato, *ex art.* 163, l.fall) solo il primo rappresenta anche una condizione della prededucibilità, mentre il secondo rappresenta più che altro un discrimine temporale rispetto alla “fisiologica” evoluzione della procedura nella fase successiva, in cui l’efficacia degli atti compiuti dal debitore resta disciplinata dall’art. 167 l.fall (nonchè, per i finanziamenti, dagli artt. 182-*quinquies* e 182-*quater*, comma 1, l.fall), laddove l’evoluzione “patologica” del mancato deposito, nel termine fissato, della proposta di concordato (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti) comporta solo gli effetti negativi -per il debitore- codificati nell’ultima parte del comma 6 (convocazione in camera di consiglio per la dichiarazione di improcedibilità e di eventuale fallimento, *ex art.* 162, commi 2 e 3, l.fall) e nel comma 9 (preclusione biennale alla riproposizione di un concordato “con riserva”) dell’art. 161 l.fall, oltre alla riespansione delle facoltà dei creditori in precedenza comprese dall’art. 168 l.fall”.

³⁹⁰ Così il Tribunale di Terni, del 14 gennaio 2014.

Si registra tuttavia anche qualche opinione³⁹¹ contraria che ritiene il carattere prededucibile dei crediti sorti nel concordato, limitato alla procedura e non automaticamente esteso al successivo, eventuale, fallimento.

La tesi è sostenuta sulla base di tre diverse argomentazioni: il dato letterale, per cui la formulazione dell'art. 161 comma 7, l.fall, imporrebbe una nozione della prededuzione con valenza esclusivamente concordataria, dal momento che non sarebbe casuale l'adozione della formula ridotta di qualificazione dei crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti: "prededucibili ai sensi dell'art. 111, l.fall" e non anche "per gli effetti dell'art. 111, l.fall", come diversamente è all'art. 182-*quater*, l.fall; la ritenuta assenza di un preventivo controllo di merito sulla funzionalità degli atti autorizzati e compiuti in tal modo, che sarebbe solamente rimessa alla valutazione del debitore e del professionista; e infine, l'esplicita previsione al rivisitato art. 67, comma 3, lett e), l.fall, di esenzione da revocatoria degli atti autorizzati ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, l.fall, e legalmente compiuti ai sensi del comma 7, dell'art. 161, l.fall. Si ritiene infatti che, poiché il riconoscimento della prededucibilità, nell'ipotesi di *consecutio procedurarum*, impone l'esenzione da revocatoria, il legislatore, ove i crediti restassero prededucibili, non avrebbe avuto la necessità di includerli tra quelli non assoggettabili alla revocatoria fallimentare.

Si tratta di opinione che, come già detto, ha trovato il suo riscatto nel decreto "Destinazione Italia", con cui il legislatore ha condizionato la prededucibilità all'ammissione al concordato preventivo, previo deposito del piano nei termini assegnati dall'autorità giudiziaria, per lo scioglimento della riserva, in caso di presentazione della domanda in bianco. La disposizione normativa, tuttavia ha avuto vita breve, poiché è stata abrogata dal recentissimo decreto "Competitività e crescita".

Si ritiene pertanto di condividere la scelta ispirata alla tutela dell'affidamento dei terzi creditori, scelta che ad avviso di chi scrive salvaguarda anche l'appetibilità dell'istituto concordatario, garantendo la prededucibilità.

Alla luce della medesima *ratio* di tutela dei terzi creditori, in caso di scioglimento del contratto pendente, *ex art. 169-bis*, l.fall e del pagamento dei crediti anteriori, *ex art.*

³⁹¹ R. D'AMORA, *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org, secondo il quale «affinché la latitudine concessa alla autonomia dell'imprenditore nella fase di protezione non si trasformi in abuso e non crei una irragionevole asimmetria con lo status dell'imprenditore che di tale protezione preventiva non ha avuto bisogno (all'evidenza perché si è tempestivamente attivato rispetto all'insorgere della crisi, anticipando i tempi), è impensabile ipotizzare che le protezioni del credito volontariamente create in questa fase possano automaticamente trasmigrare nell'eventuale successivo fallimento». L'Autore ritiene come "volontaria", quella prededucibilità che dipende da atti posti in essere dal debitore.

182-*quinquies*, comma 4, l.fall, viceversa si dovrebbe optare per la caducazione *ex tunc* degli effetti prodotti, ma si tratta di soluzioni che sono al vaglio della giurisprudenza³⁹².

³⁹² In tal senso, il Tribunale di Terni, del 27 dicembre 2013. Rispetto all'applicazione dell'art. 169-*bis*, l.fall, i giudici scrivono che "i timori connessi ad un eventuale esito anomalo del concordato con riserva (rinunzia o inammissibilità o improcedibilità della domanda) possono essere fugati dalla correlata caducazione *ex tunc* di tutti gli effetti prenotativi e protettivi, con conseguente riespansione del diritto risarcitorio del contraente *in bonis* in regime di 'prededuzione di fatto', legata al venir meno della condizione concorsuale (che invece troverebbe la sua *consecutio* nel successivo ed eventuale esito fallimentare), così come, in caso di passaggio all'alternativa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il contraente pregiudicato apparterrà verosimilmente al novero dei creditori estranei, da soddisfare integralmente".

CONCLUSIONI

Con il Decreto Sviluppo (d.l 22 giugno 2012, n. 83), è stato introdotto nell'alveo della disciplina concordataria un nuovo istituto del diritto concorsuale: il cd. concordato con riserva o preconcordato, di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall.

Ancora una volta, il legislatore ha apportato rilevanti modifiche alla materia fallimentare, rinunciando ad un intervento organico nel settore e procedendo con la tecnica del "rattoppo". Il risultato è il difetto di coordinamento tra gli istituti concordatari e il rischio di eterogenesi dei fini, dovuto alla stratificazione degli interventi normativi.

Del resto, l'inadeguatezza della prima riforma del 2012 è stata confermata dal rimaneggiamento di poco successivo della stesso concordato con riserva, avvenuto con il Decreto del Fare (d.l 21 giugno 2013, n. 69) e diretto ad arginare il ricorso abusivo all'istituto.

Sicuramente, con il preconcordato è stato centrato l'obiettivo di garantire la rapida emersione della crisi d'impresa. Il debitore è infatti, incoraggiato ad accedere alla procedura, tramite la presentazione di un ricorso sostanzialmente vuoto, al quale sono ricollegati gli effetti di *automatic stay*, di cui all'art. 168, l.fall, ossia il blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori contro il patrimonio del ricorrente.

I vantaggi connessi al ricorso tuttavia, attraggono imprenditori coscienti e non, dal momento che gli effetti di inibitoria delle azioni individuali dei creditori si producono automaticamente dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese della domanda in bianco, senza un preventivo vaglio di ammissibilità del Tribunale fallimentare. Tale evenienza ha evidentemente causato il dilagare dei ricorsi abusivi all'istituto preconcordatario, per far fronte al quale il legislatore è intervenuto con il Decreto del Fare, rafforzando i poteri di controllo del Tribunale fallimentare, successivamente all'ingresso in procedura; gli obblighi informativi a carico del ricorrente, nonché predisponendo l'eventuale nomina del Commissario giudiziale.

Molto più efficacemente, il legislatore avrebbe potuto arginare il problema dell'abuso dell'istituto preconcordatario, garantendo ai creditori, che sono i naturali antagonisti del debitore nell'iter procedimentale, una qualche possibilità di manovra in questa fase della procedura. Come già avviene nell'ordinamento interno per il concordato fallimentare e in quello statunitense per la procedura di *Chapter 11*, al quale il modello nostrano certamente si ispira, i creditori avrebbero potuto presentare istanza

per l'apertura della procedura preconcordataria oppure una proposta di piano, alla scadenza del termine assegnato al debitore per la sua predisposizione, in esclusiva, come è nel medesimo *Chapter 11*.

Altro obiettivo centrato, è stato quello di conferire maggiore flessibilità alla procedura concordataria, non solo tramite l'introduzione del concordato con riserva, che può essere piegato a finalità risanatorie o liquidatorie, oppure tramite la predisposizione di una disciplina specifica del concordato con continuità aziendale, di cui all'art. 186-*bis*, l.fall, ma soprattutto attraverso la cd. "passerella reciproca", che consente il transito dal preconcordato all'accordo di ristrutturazione dei debiti, *ex art.* 161, comma 6, l.fall e viceversa, dal preaccordo al concordato preventivo, *ex art.* 182-*bis*, comma 8, l.fall.

Tuttavia, la maggiore flessibilità delle procedure non è supportata da un'adeguata armonizzazione degli istituti. Infatti, sebbene all'art. 161, comma 6, l.fall, sia previsto che alla scadenza del termine fissato dal Tribunale fallimentare per lo scioglimento della riserva, il debitore possa presentare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti "con conservazione degli effetti prodotti dal ricorso fino all'omologazione", resta il dubbio sulla sorte di quegli effetti che non discendono direttamente dal ricorso, ma che si possono produrre *medio tempore*, nella cd. fase interinale. È certo, infatti che alcuni tra gli effetti pregressi non potranno perpetuarsi successivamente, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, come la nomina del Commissario giudiziale e, per alcuni, lo scioglimento dei contratti pendenti, *ex art.* 169-*bis*, l.fall.

Si consideri inoltre, che il passaggio dal preaccordo, *ex art.* 182-*bis*, comma 6, l.fall, al concordato preventivo, risulta molto più faticoso per il debitore, tanto che verosimilmente l'istituto cadrà in desuetudine.

Si auspica quindi, l'unificazione della disciplina che consente al ricorrente di beneficiare degli effetti protettivi di cui all'art. 168, l.fall, eventualmente attraverso l'estrapolazione dal contesto concordatario dell'istituto di cui al comma 6, dell'art. 161, l.fall.

Il legislatore ha poi colmato una vistosa lacuna della materia concordataria, prevedendo all'art. 182-*quinquies*, comma 1, l.fall, una specifica disciplina della finanza interinale, nel periodo intercorrente tra il deposito della domanda in pieno o in bianco (ma anche di preaccordo e accordo di ristrutturazione dei debiti) fino alla predisposizione del piano o della domanda di omologazione degli Adr.

Tuttavia, le condizioni richieste per il rilascio dell'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti prededucibili, sono solo astrattamente compatibili con la fase preconcordataria. Bisogna infatti, che la richiesta di autorizzazione sia accompagnata dalla relazione del professionista attestatore, che verifichi il fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione e che il finanziamento garantisca il miglior soddisfacimento dei creditori. Queste valutazioni saranno veramente ardue da rendere per l'esperto attestatore, ove manchi del tutto un piano concordatario, la cui elaborazione deve essere ad uno stadio almeno sufficiente al rilascio dell'attestazione e soprattutto a conoscenza del professionista.

Si consideri inoltre, che la stabilità della garanzia della prededucibilità dei crediti, *ex art. 182-quinquies*, comma 1, l.fall, è in qualche modo legata agli esiti del preconcordato, per il fatto che il legislatore non disciplina espressamente la posizione dei creditori assistiti da predeuzione: a) in caso di esito patologico della procedura, restando il dubbio che la prededucibilità venga travolta con efficacia retroattiva; b) in caso di esito fisiologico della procedura, quando venga presentata domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Lo stesso art. 182-*quinquies*, comma 5, l.fall, ammette infatti, la prededucibilità della finanza interinale negli ADR, ma restano aperte due questioni. La prima, sulla nozione di prededucibilità nell'ambito degli ADR, che presumibilmente corrisponderà al pagamento integrale riservato ai creditori non aderenti. La seconda, riguardante la disparità di trattamento rispetto ai creditori aderenti, dei crediti sorti come prededucibili.

Sarebbe quanto mai opportuno che il legislatore facesse chiarezza sulla questione della resistenza della prededucibilità dei crediti, soprattutto qualora venisse dichiarata l'inammissibilità della domanda in bianco, poiché l'incertezza sulla sorte dei crediti prededucibili genera diffidenza tra gli investitori e vanifica l'obiettivo di attrarre nuova finanza nella fase preconcordataria.

Altra novità importante è stata l'introduzione della nuova disciplina dei contratti pendenti, di cui all'art. 169-*bis*, l.fall, che ha finalmente positivizzato la regola della continuazione dei rapporti giuridici pendenti, prevedendo altresì, il potere autorizzatorio del Tribunale fallimentare in merito alla sospensione, per un massimo di sessanta giorni o allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione, quando quest'ultimi non siano funzionali alla continuazione dell'attività d'impresa.

Tuttavia, come per la predeuzione, il legislatore non ha previsto esplicitamente le conseguenze che si verificheranno, in seguito allo scioglimento del contratto pendente,

nei casi: a) di esito patologico, che segue l'inammissibilità della domanda in bianco, potendo darsi due alternative: che il contratto riviva ovvero che resti fermo lo scioglimento; b) di esito fisiologico del preconcordato, verso gli ADR. È infatti poco chiaro, in questo caso, quale sia la sorte del credito del contraente *in bonis*, che subisce lo scioglimento del contratto. In primo luogo ci si chiede se lo scioglimento resti fermo o il contratto riviva. Secondariamente, se il diritto del contraente *in bonis* si riespanda fino a ricomprendere il risarcimento del danno derivante dallo scioglimento o se vi sia il semplice ripristino della situazione anteriore. In terzo luogo, se al contraente *in bonis* spetti il soddisfacimento integrale dell'indennizzo o se sia libero di aderire all'accordo.

Si consideri inoltre, che le relative questioni presuppongono tutte l'applicabilità dell'art. 169-bis, l.fall alla fase preconcordataria, premessa su cui non tutta la dottrina concorda, e sulla possibilità che in caso di applicazione del 169-bis, l.fall, al preconcordato, sia comunque praticabile lo slittamento verso gli ADR, eventualità quest'ultima, che taluni ritengono preclusa, una volta che il debitore abbia ottenuto lo scioglimento dei contratti pendenti nel preconcordato.

Con la riforma introdotta da Decreto Sviluppo, il legislatore ha riconosciuto al debitore grande possibilità di manovra nel preconcordato, nell'ambito di una procedura che è e resta *debtor in possession*. Egli infatti, può: a) compiere atti di ordinaria amministrazione, *ex art. 161, comma 7, l.fall*; b) essere autorizzato al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione, fino all'ammissione alla procedura di concordato ordinario ovvero alla presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, *ex art. 161, comma 7, l.fall*; c) chiedere al Tribunale la sospensione o lo scioglimento dei contratti pendenti che non siano funzionali alla continuità aziendale, *ex art. 169-bis, l.fall*; d) presentare un'istanza per l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti prededucibili, alle condizioni di cui al comma 1, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall; e) chiedere l'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori, come prevede il comma 4, dello stesso art. 182-*quinquies*, l.fall.

Tuttavia, a dispetto dell'ampia possibilità d'azione accordata al ricorrente, il Tribunale fallimentare è chiamato ad esercitare dei poteri autorizzatori, che in una fase così precoce come quella preconcordataria trovano difficile applicazione. Nella stessa funambolica posizione, si trova il professionista, che per l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti e per il pagamento dei crediti anteriori, deve attestare, nel primo caso, il fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione e la funzionalità della nuova finanza al miglior soddisfacimento dei creditori; nel secondo caso, che si tratti di

fornitori strategici di prestazioni di beni e servizi, per la continuazione dell'attività d'impresa e che il pagamento, anche qui, sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Ebbene, ove l'esperto venga chiamato a rilasciare un'attestazione sulla strumentalità del finanziamento interinale ovvero del pagamento del credito anteriore al miglior soddisfacimento dei creditori, non si vede come possa compiere tale valutazione, senza avere alcuna informazione sul piano concordatario o sul suo orientamento liquidatorio ovvero risanatorio. In entrambi i casi infatti, si tratta di atti che, se puntualmente considerati, producono un depauperamento del patrimonio del debitore e in definitiva, un danno per la massa dei creditori, potendo trovare giustificazione solo nell'ambito di un progetto a lungo termine per l'impresa.

Rispetto poi, al rilascio dell'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori, è ulteriormente richiesto che il debitore presenti una domanda di concordato con continuità, anche con riserva. Data l'incompatibilità dell'art. 186-*bis*, l.fall, che presuppone il deposito di un piano concordatario per l'applicazione della disciplina del summenzionato articolo, con la domanda in bianco, che dal piano concordatario prescinde, parte della dottrina ha ipotizzato che il comma 4, dell'art. 182-*quinquies*, l.fall, sia applicabile al concordato con riserva solo quando sia stato elaborato un piano o comunque quando il debitore dichiari di volerne presentare uno, alla scadenza del termine giudiziale, di cui all'art. 161, comma 6, l.fall.

Ad avviso di chi scrive, la questione può essere superata, ritenendo applicabile al concordato con riserva il quarto comma dell'art. 182-*quinquies*, l.fall, a patto che la continuità aziendale ricorra fattualmente, nelle forme individuate dall'art. 186-*bis*, comma 1, l.fall (conferimento e cessione d'azienda).

Infine, mi pare che dai più recenti interventi riformatori, la prospettiva liquidatoria e con essa il fallimento, sia stata relegata ad *extrema ratio*, nell'ambito delle possibilità messe a disposizione del debitore, in special modo attraverso la protezione che gli è garantita tramite la presentazione di una semplice domanda di concordato con riserva. In questo caso infatti, è evidente che il legislatore vuole raggiungere l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori per il tramite della continuità aziendale, ritenendo la salvezza dell'impresa la soluzione che maggiormente potrà realizzare le aspettative del ceto creditorio. Ne risulta valorizzato il concetto di "impresa in sè", nel convincimento che l'impresa in continuità conservi un valore maggiore della somma dei beni aziendali (cd. *going concern value*).

Tuttavia, appare a tratti paradossale che la continuità aziendale sia “imposta” dal legislatore come la prima strada da tentare per giungere al miglior soddisfacimento dei creditori, senza che il ceto creditorio venga coinvolto nella determinazione dei propri interessi, se non in fase di approvazione del piano concordatario ovvero di adesione ad un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Questa estromissione dei creditori dalla fase preconcordataria, inoltre, pregiudica la selezionabilità delle procedure sulla base del solo criterio funzionale, e vanifica in parte, l'intento di ricondurre il fallimento ad *extrema ratio*, posto che l'unica via che i creditori hanno a disposizione per opporsi all'apertura della procedura preconcordataria è quella di promuovere un'istruttoria prefallimentare.

Si ribadisce, anche sotto questo profilo, l'opportunità di un maggior coinvolgimento del ceto creditorio, come nel modello nordamericano del *Chapter 11*, ove i creditori possono aprire una procedura di *reorganization* tramite un *involuntary case*, presentare un piano di ristrutturazione se il debitore resta inerte nel periodo in cui ne ha il diritto esclusivo, proporre un'istanza di *conversion* della procedura, che da risanatoria (*Chapter 11*) può diventare liquidatoria (*Chapter 7*) e viceversa.

BIBLIOGRAFIA

- ABETE, L. (2013). *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo. Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .
- AMATORE, R., & JEANTET, L. (2013). *Il nuovo concordato preventivo*. Milano: Giuffrè.
- AMBROSINI, S. (2012). *Appunti flash per una miniriforma del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*. Tratto da www.ilcaso.it.
- AMBROSINI, S. (2012). *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*. Tratto da www.ilcaso.it.
- AMBROSINI, S. (2012). *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi nei nuovi articoli 182-quater e 182-quinquies, l.fall.* Tratto da www.ilfallimentarista.it.
- AMBROSINI, S., & AIELLO, M. (2014). *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*. Tratto da www.ilcaso.it.
- ANGELONI, A. (2012). *La disciplina del nuovo concordato preventivo in a nutshell*. Tratto da www.jdsupra.com.
- ARATO, M. (2013). *Il concordato preventivo con riserva*. Torino: Giappichelli.
- ARCURI, I. (2013). *L'andamento economico dell'impresa tra la presentazione del concordato con riserva e il deposito della proposta. Analisi e pronunciamenti dell'attestatore*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.
- BALDASSARRE, P. (2013). *Preconcordato e criteri per autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.
- BALESTRA, L. (2013). *Gli obblighi informativi periodici nel c.d preconcordato. Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .
- BARBIERI, G., & NIRONI FERRARONI, A. (2014). *Brevi considerazioni in tema di "conservazione" degli effetti tra preconcordato ed accordi di ristrutturazione dei debiti*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.
- BAUCO, C. (2014). *La domanda di concordato in bianco*. Tratto da www.odc.ce.it/press2014.pdf.
- BENASSI, F. (2014). *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e la tutela del terzo contraente*. Tratto da www.ilcaso.it.

BERTACCHINI, E. (2013). Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessione a margine del c.d.. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134). *Contratto e impresa* .

BONSIGNORE, R. (2012). *Finanza interinale nel concordato con riserva*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

BOSTICCO, P. (2013). *Dubbi e criteri per autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

BOTTAI, L. A. (2012). Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

BOZZA, G. (2013). I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

CALAGNA, F. (2013). *Sulla modulazione giudiziale del termine per l'integrazione della domanda di concordato*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

CANCELLI, F. (2013). *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria, obblighi informativi*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

CAPPUZZELLO, V. (2013). *Autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione dopo la domanda di concordato e prima dell'ammissione*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

CARBONE, A. M. (2013). Il concordato "in bianco". *Bilancio e reddito d'impresa* .

CASONATO, S. (2013). Alcuni aspetti d'interesse notarile nel concordato preventivo "in bianco". *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* .

CASTIELLO D'ANTONIO, A. (2014). I chiaroscuri della riforma del diritto preconcorsuale italiano. In S. BONFATTI, & G. FALCONE, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*. Milano: Giuffrè.

CATERINO, D. (2014). La continuazione dell'attività d'impresa nel cd. concordato. *Orizzonti di diritto commerciale, V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale*. Roma.

CAVALLINI, C. (2013). *Spigolature" e dubbi in tema di concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

CECCHERINI, E. (2013). Il concordato preventivo con prenotazione. *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* .

CENSONI, P. F. (2013). *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*. Tratto da www.ilcaso.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI. (2014). *Concordato in bianco, procedura e aspetti della governance, Circolare n. 38/IR*.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO. (2013). *La cd. domanda di concordato in bianco, Studio n. 100-2013/I*.

COSTANTINO, G. (2013). Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva. *Il Foro italiano* .

D'AIELLO, C. P. (2014). Il concordato con riserva: una procedura concorsuale cautelare soggetta all'applicazione del Regolamento (CE) n, 1346/2000. *Orizzonti di diritto commerciale, V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale*. Roma.

D'AMORA, R. (2013). *La prededuzione nell'anno di grazia 2013*. Tratto da www.osservatorio-oci.org.

D'ATTORRE, G. (2013). L'abuso del concordato preventivo. *La giurisprudenza commerciale* .

DE PRA, A. (2014). Concordato preventivo e contratti in corso (con uno sguardo ai contratti bancari). *La giurisprudenza commerciale* .

DE SANTIS, F. (2013). Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

DEL LINZ, M. (2013). La domanda di concordato preventivo "con riserva". *La giurisprudenza commerciale* .

DI IULIO, A. (2013). *Obblighi informativi e nomina dell'ausiliario nella fase di preconcordato: spunti di riflessione*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

DI MARZIO, F. (2012). *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo "diritto fallimentare"*. Tratto da www.ilcaso.it.

DI MARZIO, F. (2012). *Prededucibilità dei "crediti funzionali" alle procedure concorsuali e agli accordi omologabili disciplinati nella l.fall.* Tratto da www.ilfallimentarista.it.

DI NOLA, S. (2013). *Scioglimento o sospensione dei contratti pendenti nella fase di preconcordato. Discrezionalità del giudice e bilanciamento degli interessi in gioco*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

DIDONE, A. (2014). *Prededuzione dei crediti ex art. 111 l.fall.: norme interpretative e “aberratio ictus”*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

DONATIVI, V. (2013). I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo). *Rivista delle società* .

D'ORAZIO, L. (2013). *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*. Milano: Giuffrè.

FABIANI, M. (2013). *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*. Tratto da www.ilcaso.it.

FABIANI, M. (2012). *La domanda “prenotativa” di concordato preventivo: spunti operativi*. Tratto da www.osservatorio-oci.org.

FABIANI, M. (2011). Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato e riflessioni sulla fattibilità. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

FABIANI, M. (2013). *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo* . Tratto da www.ilcaso.it.

FABIANI, M. (2013). Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

FABIANI, M. (2012). *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*. Tratto da www.ilcaso.it.

FABIANI, M. (2012). *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*. Tratto da www.ilcaso.it.

FALCONE, G. (2013). Profili problematici del “concordato con riserva”. *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* .

FARINA, M. (2013). *L'applicabilità della sospensione feriale dei termini processuali al termine per il deposito di proposta, piano e documentazione nel preconcordato*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

FARINA, P. (2013). Il nuovo regime di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari. *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* .

FERRO, M. (2013). La dichiarazione di fallimento e l'ammissione ai concordati (ordinario e con riserva). *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

FILOCAMO, F. S. (2013). La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

FIMMANÓ, F. (2013). *Il difficile incontro tra diritto commerciale, diritto penale, diritto pubblico sul terreno della crisi d'impresa*. Tratto da www.ilcaso.it.

GIOVETTI, A. (2013). *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

GUERRERA, F. (2012). *La ristrutturazione "negoziata" dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

INZITARI, B., & RUGGIERO, V. (2014). *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis l.fall.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?* Tratto da www.dirittodegliaffari.it.

JEANTEAT, L. (2014). *Il pagamento dei crediti anteriori ex art. 182-quinquies comma 4, l.fall. e le condizioni di deroga della par condicio creditorum*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

JEANTET, L., & MARTINO, L. (2014). *Concordato: conferimento di incarico professionale e atti di ordinaria amministrazione*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

JORIO, A. (1973). *I rapporti pendenti nel concordato preventivo*. Padova: Cedam.

LAMANNA, F. (2013). *Criticità ed abusi del preconcordato dopo un anno di applicazione. Valutazione dell'esito dei primi preconcordati presso il Tribunale di Milano: statistiche e proiezioni. Le correzioni introdotte dal Decreto "Del Fare"*. Tratto da www.dirittobancario.it.

LAMANNA, F. (2012). *Il cd. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LAMANNA, F. (2013). *Il decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LAMANNA, F. (2012). *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LAMANNA, F. (2013). *Possibilità di "consecutio" solo unidirezionale tra preconcordato e concordato. Profili di abuso del diritto*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LAMANNA, F. (2012). *Pre-concordato e procedura fallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LAMANNA, F. (2013). *Profili di abuso e limiti nella reiterazione di domande di preconcordato, di concordato e di omologa di accordi*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LEOZAPPA, A. M. (2014). *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LEOZAPPA, A. M. (2013). *Sul pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi nel concordato preventivo*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

LO CASCIO, G. (2013). *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

LO CASCIO, G. (2012). *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo. il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

MANCINELLI, S. (s.d.). *Le (in)certezze sull'anticipazione della domanda di concordato preventivo*. Tratto da www.centrostudiconcorsuali.it.

MANGANELLI, P. (2011). *Gestione della crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

MARINUCCI, E. (2013). *La domanda di concordato preventivo dopo il "decreto sviluppo": legge fallimentare e Bankruptcy Code a confronto. Il diritto processuale*.

MASSELLA DUCCI TERI, B. (2010). *Il dibattito statunitense sulla attualità della procedura di Chapter 11. Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*.

MICHELOTTI, F. (2014). *Il commissario giudiziale nel concordato con riserva*. Tratto da www.odc.ce.it/press2014.pdf.

MONTELEONE, M. (2013, Febbraio 22-24). *IV Seminario nazionale OCI per i magistrati che si occupano della materia concorsuale*. Tratto da www.osservatorio-oci.org.

NARDECCHIA, G. B. (2013). *L'inammissibilità del concordato preventivo con riserva. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

NIGRO, A., & VATTERMOLI, D. (2012). *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012*. Bologna: Il Mulino.

NOCERA, I. L. (2014). *Pre-concordato: modalità, effetti e peculiarità processuali del nuovo strumento concordatario*. Tratto da www.24oreavvocato.ilsole24ore.com.

PAGNI, I. (2013). I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

PALETTA, A. (2013). Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

PALLADINO, V. (2014). *Ancora sui rapporti tra concordato in bianco e autorizzazione allo scioglimento e sospensione dei contratti in corso di esecuzione ex art. 169-bis l.fall.* Tratto da www.ilfallimentarista.it.

PANZANI, L. (2012). *Il concordato in bianco*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

PAPALEO, P. P. (2013). La stretta sull'utilizzo del concordato in bianco introdotta dal Decreto del Fare. *Amministrazione e finanza* .

PASQUARIELLO, F. (2010). *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa*. Tratto da www.orizzontideldirittocommerciale.it.

PATTI, A. (2013). Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo? *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

PATTI, A. (2013). Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

PEDOJA, F. (2014). *I contratti pendenti nel concordato preventivo: sospensione e scioglimento*. Tratto da www.fallimentiesocietà.it.

PEDOJA, F. (s.d.). *Istanza di fallimento e procedimento di concordato preventivo in bianco*. Tratto da www.ordineavvocati.ts.it.

PENTA, A. (2014). Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* .

PETRUCCO TOFFOLO, F. (2013). *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

POLI, S. (2013). *Gli effetti del concordato in bianco, ovvero costi ed opportunità del nuovo istituto, con premesse sulla sua qualificazione e disciplina applicabile* . Tratto da www.ilfallimentarista.it.

QUATTROCCHIO, L., & RANALLI, R. (2012). *Il concordato in continuità e il ruolo dell' "attestatore": poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*. Tratto da www.ilfallimetarista.it.

RASILE, F. (2013). *Concordato con riserva: deposito del verbale notarile e delle autorizzazioni ex art. 182-quinquies e obblighi informativi*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

RIVA, P. (2014). *Attestatore e pre-commissario tra deontologia e auto-riesame*. Tratto da www.odc.ce.it/press2014.pdf.

ROLFI, F. (2013). *I rapporti tra concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: equivoci processuali di una questione sostanziale*. Tratto da www.ilfallimetarista.it.

ROLFI, F. (2011). *L'anticipazione della c.d protezione negli accordi di ristrutturazione: caratteri e criticità*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

ROLFI, F. (2012). *La generale intensificazione dell'automatic stay*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

RONDINONE, N. (2014). *Sospensione ex art. 169-bis l.fall. dei contratti in corso di esecuzione e necessità di instaurare previamente il contraddittorio con i contraenti in bonis*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

SALVATO, L. (2013). *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

SATTA, S. (1946). *Istituzioni di diritto fallimentare. Il Foro italiano*.

SIRNA, M. G. (2013). *La nomina dell'ausiliario su richiesta di parte o d'ufficio nel preconcordato e la nomina del commissario giudiziale introdotta dal decreto del Fare*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

VELLA, P. (2013). *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

VELLA, P. (2012). *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi del nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*. Tratto da www.ilcaso.it.

VELLA, P. (2014). *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.fall., e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*. Tratto da www.ilcaso.it.

VELLA, P. (2013). *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*.

VITIELLO, M. (2014). *La prededuzione nel concordato preventivo dopo la conversione in legge del decreto "Destinazione Italia"*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.

VITIELLO, M. (2013). *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico-sistematiche della mini-riforma*. Tratto da www.ilfallimentarista.it.