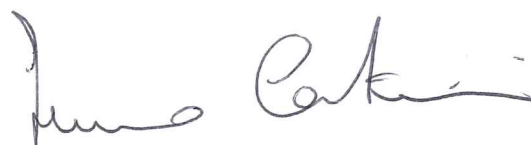


Milano, 27 marzo 2018

Con la presente si attesta che l'ISSN della Rivista "il Fallimento e le altre procedure concorsuali" edita dal Gruppo Wolters Kluwer è ISSN 0394-2740

Cordiali saluti

Francesco Cantisani
Senior Publishing Manager
Legal & Regulatory
Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3
20142 Milano
tel. +390282476009
cell. 3456674284
francesco.cantisani@wolterskluwer.com



Concordato con riserva

Tribunale di Cassino 31 luglio 2014, ord. - Pres. Petteruti - Rel. Petteruti

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Ultimo bilancio - Omessa produzione - Concessione del termine ex art. 161, comma 6, l.fall. - Limiti

(legge fallimentare art. 161, comma 6; cod. civ. artt. 2364 e 2478 bis)

In tema di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, l.fall., l'omessa produzione dell'ultimo bilancio non comporta l'inammissibilità del ricorso di concordato se a quella data non era stato ancora approvato ai sensi degli artt. 2364 e 2478 bis c.c. e dello statuto, purché il debitore abbia prodotto una situazione patrimoniale aggiornata per permettere al tribunale un giudizio sulla concessione del termine di cui all'art. 161, comma 6 l.fall. per depositare la proposta ed il piano.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Domanda con continuità aziendale - Affitto di azienda - Autorizzazione - Disclosure del piano - Relazione del professionista in ordine all'andamento dell'impresa affittata

(legge fallimentare artt. 161, comma 3 e 6, 167 e 182 quinquies)

L'autorizzazione, nella fase di concordato con riserva, alla stipula del contratto di affitto di azienda deve basarsi su una adeguata disclosure del piano, con particolare riferimento alla indicazione di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, e, trattandosi di concordato con continuità aziendale, il professionista attestatore deve prendere posizione anche in ordine all'andamento dell'impresa affittata dalla sua incidenza sulla soddisfazione dei creditori.

Il Tribunale (omissis).

OSSERVA

1. Ammissibilità del ricorso.

Il Tribunale, con il proprio decreto in data 27 giugno 2014, ha rilevato l'omessa produzione del bilancio relativo all'esercizio 2013 ed ha, pertanto, fissato udienza ex art. 162, comma 2, l.fall., trattandosi di circostanza in astratto idonea a giustificare l'adozione di una pronuncia di inammissibilità del ricorso.

Tuttavia, esaminati gli atti successivamente prodotti dalla società debitrice, va oggi rilevato che quest'ultima del tutto legittimamente non aveva depositato il suddetto bilancio: lo stesso, infatti, ai sensi degli artt. 2364 e 2478 bis c.c. e dell'art. 8 dello statuto sociale, non era ancora stato approvato alla data di deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall.

Pertanto, l'omissione non è idonea a fondare una declaratoria di inammissibilità, tanto più ove si consideri che la società debitrice, unitamente al ricorso, aveva depositato una situazione patrimoniale aggiornata e che successivamente è stato pure depositato (non appena approvato) il bilancio in questione.

Diversamente opinando, infatti, si dovrebbe necessariamente ritenere che la società che intende accedere alla procedura concordataria, qualora sia ancora nei termini per approvare l'ultimo bilancio, dovrebbe necessariamente procedere, dapprima all'approvazione di tale documento contabile e solo successivamente al deposito del ricorso ex art. 161 l.fall., pena l'inammissibilità di quest'ultimo.

La tesi, tuttavia, all'evidenza prova troppo in quanto impone di ritenere che le citate norme del codice civile, che, seppure nel ristretto ambito della loro operatività, pure sono di generale applicazione, non sarebbero, per contro, applicabili, pure in assenza di una espressa previsione di legge, ove la società intenda depositare un ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall., vale a dire che la stessa perviene inammissibilmente a postulare un'efficacia derogatoria di tale ultima norma che la legge, tuttavia, non prevede affatto. In altri termini, non è validamente spiegabile perché una società che sia in stato di crisi ma non intenda accedere alla procedura concordataria possa legittimamente avvalersi della facoltà di cui agli artt. 2364 e 2478 bis c.c. e ciò invece non sia consentito ad una società nelle stesse identiche condizioni che, per contro, intenda depositare un ricorso ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall.

In contrario non gioverebbe certo evidenziare che è legge fallimentare ad imporre il deposito degli ultimi tre bilanci, ossia non potrebbe farsi leva sui tenore letterale della norma di cui all'art. 161, comma 6, l.fall., e ciò per l'evidente ragione che i bilanci cui fa riferimento detto comma sono pacificamente quelli già approvati alla data di deposito del ricorso. Ne discende che, se l'ultimo bilancio non è stato legittimamente ancora approvato, lo stesso non può materialmente essere prodotto.

Piuttosto, deve ritenersi che, in tale ipotesi, il debitore possa non depositare tale documento immediatamente (essendovi tenuto dal di dell'approvazione e deposito), purché sia allegata una situazione patrimoniale aggiornata.

nata all'attualità, in modo da consentire al Tribunale una piena valutazione circa la sussistenza dei presupposti di legge per la concessione dell'invocato termine.

In conclusione, il ricorso è ammissibile e va concesso il termine invocato, seppure nella misura minima di giorni 60, pendendo un'istanza di fallimento.

2. Procedimento prefallimentare.

Il procedimento prefallimentare va sospeso ai sensi dell'art. 285 c.p.c., essendo all'evidenza pregiudiziale la decisione definitiva (ossia all'esito della scadenza dell'assegnando termine) sul ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria.

3. Istanza ex art. 167 l.fall.

Quanto all'istanza ex art. 167 l.fall. avente ad oggetto l'autorizzazione ad affittare l'azienda, si osserva quanto segue.

Detta istanza era in origine, ossia nel momento in cui è stata depositata, ovviamente inammissibile, non essendo stata ancora valutata, da parte del Tribunale, l'ammissibilità del ricorso e non essendo stato ancora concesso il termine di cui all'art. 161, comma 6, l.fall.

Una volta positivamente statuito in ordine alla suddetta ammissibilità ed alla concedibilità del termine citato, la stessa è divenuta, invece, ammissibile, per cui il Tribunale deve decidere sulla stessa, senza che, in virtù del principio di conservazione e di economia degli atti processuali, sia necessario il deposito di una nuova istanza, atteso che, per di più, la stessa non potrebbe, ad oggi, che essere assolutamente identica.

Ciò premesso, si evidenzia che l'affitto dell'azienda, che può pacificamente connotare il concordato preventivo liquidatorio, pone non pochi problemi ove sia previsto nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale, fattispecie che, stando alla lettura del ricorso introduttivo, sembra venire in rilievo nel caso in esame. Detti problemi, in particolare, si sostanziano, per quanto qui interessa, nella compatibilità della fattispecie con la continuità, ancor più ove si sia in presenza di una domanda solo "prenotativa", e nella conseguente (successiva) ammissibilità, in tali ipotesi, dell'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori, ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, comma 4, l.fall.

Ciò pone (a monte) un ulteriore problema: quello di valutare la compatibilità del concordato con continuità con la presentazione di una domanda con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., il che presuppone risolta un'altra preliminare questione, ossia stabilire se il concordato prenotativo sia un vero e proprio concordato.

Se, infatti, non viene in rilievo una procedura concorsuale è giocoforza ritenere che l'art. 167 l.fall. non possa essere applicato.

I fautori della tesi negativa, secondo cui è quello di cui all'art. 163 l.fall. (e non il decreto con cui il Tribunale concede il termine) l'atto che apre la procedura, fanno leva su argomenti letterali (la nomina facoltativa del commissario giudiziale e l'assenza del giudice delegato) e sostanziali (l'impossibilità di stabilire, al momento del deposito del ricorso, a quale categoria sarà riconducibile il concordato). I fautori della tesi positiva, invece, che

è senza dubbio più convincente e già condivisa da questo Tribunale in molteplici occasioni, fanno leva sul fatto che il ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. è comunque volto all'ammissione alla procedura di concordato ed è l'unico atto introduttivo previsto dalla legge: ne consegue che il commissario giudiziale deve essere sempre nominato, il fondo spese sempre versato e, soprattutto, che il ricorso in bianco deve essere completo ed esaustivo per consentire di stabilire immediatamente quali sono i suoi possibili esiti.

Proprio tale ultima constatazione conduce nel vivo della problematica in esame.

Nella sua modulazione aperta alla presentazione di qualsiasi tipo di proposta e di piano (anche di carattere liquidatorio e persino di accordo di ristrutturazione dei debiti), la domanda di concordato con riserva è stata ritenuta, in modo sostanzialmente pacifico, sempre ammissibile, anche nell'ipotesi di concordato con continuità solo latamente prospettata; anzi, proprio in funzione della continuità è stata da taluni particolarmente valorizzata, sul presupposto che consentirebbe la creazione di una condizione di trasparenza e di certezza di regole sulla gestione operata dal debitore, coerente con la (pacifica) perseguibilità dell'attività di impresa anche dopo la presentazione di una domanda con riserva e la sua esplicita previsione a norma dell'art. 182 *quinquies*, comma 4, l.fall.

Tuttavia, la tesi, così come formulata, non è pienamente condivisibile: la stessa, infatti, se "regge" sotto il profilo dogmatico, presenta, per contro, forti criticità dal punto di vista pratico, atteso che, se si ritiene sufficiente a configurare la continuità un ricorso prenotativo in cui la stessa è solo dichiarata, ben difficilmente si avranno sufficienti garanzie in ordine alla effettiva scelta definitiva del debitore proprio in *favor* della continuità. Il che all'evidenza contraddice uno dei principi cardine cui si faceva riferimento, quello, secondo cui il ricorso in bianco deve essere completo ed esaustivo, proprio per consentire di stabilire immediatamente quali sono i suoi possibili esiti.

E, si badi bene, tale anticipata *disclosure* è ancor più rilevante e necessaria ove sia prospettata l'opzione per la continuità aziendale, attese le importanti conseguenze, non solo per il debitore, ma anche per i creditori, che il legislatore collega inscindibilmente a detta opzione. Si deve, quindi ritenere che, ove il debitore già nel ricorso prenotativo manifesti la scelta per la continuità aziendale, quest'ultimo debba avere un contenuto idoneo a supportare l'opzione, non essendo sufficiente una mera manifestazione di intenti.

Ebbene, nel caso di specie il ricorso tale contenuto (seppure limitatamente) esaustivo non la affatto, limitandosi ad esporre apoditticamente una possibile opzione per la continuità aziendale, senza che la stessa sia corroborata di sufficienti elementi. Ciò costituisce un primo elemento ostativo all'accoglimento dell'istanza in oggetto.

Ciò premesso e venendo, a questo punto, alla concreta strutturazione del concordato con continuità, si pone indubbiamente il problema di stabilire se le ipotesi indi-

cate dal legislatore (prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, cessione dell'azienda in esercizio, ovvero conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione) siano o meno tassative. La stessa formulazione del testo normativo, tuttavia, attesa la sua attitudine a ricomprendere una serie indefinita di fattispecie, induce ad una lettura nel senso della non tassatività.

Nonostante tale assunto sia sostanzialmente pacifico, è assai controverso se tra queste ipotesi possa essere incluso l'affitto d'azienda.

Secondo una prima interpretazione, ciò sarebbe da escludersi, atteso che, da un lato, la lettera della legge fa specifico riferimento alla prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore ("azienda in esercizio da parte del debitore") e non di un terzo e, dall'altro lato, che, sotto il profilo teleologico, vi sarebbe una aperta inconciliabilità fra un bilancio previsionale di esercizio con indicazione della relativa copertura finanziaria ed un'attestazione qualificata di funzionalità della prosecuzione al miglior soddisfacimento dei creditori con il trasferimento del rischio di impresa dal debitore all'affittuario.

Una tale esegesi dell'art. 186 *bis*, comma 1, l.fall., tuttavia, è confutabile per tre diverse ragioni. La prima è che, nell'ipotesi di affitto d'azienda, l'affittante, sebbene nel temporaneo affidamento della gestione dell'attività al terzo affittuario, comunque conserva la qualità di imprenditore, per cui è onerato dell'obbligo di tenuta della contabilità, ancorché in forma più semplificata. La seconda è che, avendo il legislatore tipizzato la continuità addirittura in un'ipotesi, quella della cessione dell'azienda, in cui davvero e perduta dal cedente la qualità di imprenditore pare arduo ritenere che sia incompatibile con la continuità il fitto dell'azienda. La terza è che, proprio per la peculiare caratterizzazione del concordato preventivo con continuità in base all'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa, sembra essere irrilevante che detta prosecuzione, sotto il profilo soggettivo, avvenga da parte del debitore piuttosto che dal terzo mediante un affitto d'azienda, purché prodromico ad una futura cessione (o retrocessione).

Prodromicità alla futura cessione/retrocessione (con le necessarie garanzie) che, tuttavia, nel caso in esame, nemmeno è prospettata dal debitore, il che è, ancora una volta, ostativo all'accoglimento dell'istanza in esame.

L'accoglimento della tesi appena esposta importa, inoltre, la necessità che nel piano vi sia l'analitica indicazione di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura con specifico riferimento all'azienda affittata, seppure al più limitato fine di valutare la stabilità del contratto e la prevedibilità del corretto e puntuale pagamento dei canoni di affitto e del prezzo di cessione. L'attestazione di funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, dunque, deve tenere conto di possibili responsabilità debitorie solidali dell'impresa concordataria per rapporti di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c. e per retrocessione dell'azienda.

Tale interpretazione pare coerente con una continuità aziendale intesa in senso oggettivo, piuttosto che soggettivo (rileva che l'impresa sia in esercizio, essendo poi indifferente la permanenza dell'azienda in capo al debitore o ad un soggetto terzo), purché, tuttavia, come si accennava, in urta previsione di piano chiaramente orientata ad un trasferimento aziendale con mantenimento in esercizio dell'impresa;

Portando alle estreme conseguenze queste argomentazioni, si potrebbe ritenere irrilevante se il contratto di affitto sia stipulato prima o dopo la presentazione della domanda di concordato e ciò per il semplice fatto che nel primo caso la stessa andrebbe esclusa in radice in quanto non funzionale ab origine: la stipulazione dell'affitto prima della procedura e al di fuori di essa, infatti, postula il rispetto delle regole del codice civile, con la conseguenza dell'inapplicabilità delle norme sulla "continuità contrattuale", e sul pagamento dei fornitori (artt. 186 *bis*, comma 3, e 182 *quinquies*, comma 4, l.fall.).

Pare, tuttavia, prospettabile una diversa soluzione e possibile ritenere che anche l'affitto d'azienda anteriore, e pertanto pendente al momento della domanda, possa essere compatibile con un'ipotesi di concordato con continuità. Al riguardo, infatti, può osservarsi che anche in tale ipotesi l'attività imprenditoriale non cessa, ma è addirittura presupposta dal divieto di concorrenza stabilito dall'art. 2557, comma 4, c.c. (che di regola, comporta nei rapporti con i terzi, il subentro dell'affittuario nella posizione del locatore). Insomma, anche nell'ipotesi di affitto preesistente l'impresa prosegue, seppure seconde una particolare disposizione del debitore. D'altro canto, sia pure in una prospettiva interpretativa contraria, si è ritenuto che, quand'anche l'affitto d'azienda sia anteriore alla domanda, il piano di concordato comunque deve indicare, secondo le regole generali e le buone prassi in materia di redazione, se l'andamento dell'impresa affittata incida sulla soddisfazione dei creditori e il professionista che redige la relazione ai sensi dell'art. 161, comma 3, l.fall. deve prendere posizione anche su questo punto. Il professionista, infatti, deve rappresentare vantaggi e rischi della continuità aziendale in capo all'affittuario, soprattutto in termini di conservazione del valore dell'azienda affittata e di impatto sul prezzo della sua futura cessione e deve fornire notizie sul valore dell'azienda affittata e sulla solidità patrimoniale dell'affittuario, sia con riguardo al pagamento dei canoni d'affitto, sia, se già acquisito un impegno di acquisto dell'azienda, sulla possibilità di pagare tale corrispettivo. Ebbene, trattasi delle identiche informazioni che devono essere fornite anche nel caso di affitto successivo alla presentazione della domanda, seppure limitatamente al periodo successivo alla data di efficacia del contratto.

Insomma, il fulcro dell'indagine non è la preesistenza del contratto di fitto, ma, a seconda della tipologia di continuità prospettata dal debitore, la concreta modulazione del piano e la sua qualificata attestazione: quel che conta, in altri termini, è che sia sufficientemente attenuata l'asimmetria informativa tra il debitore, i suoi

creditori e gli organi della procedura, ponendoli in grado di compiere i controlli e le valutazioni di rispettiva competenza.

Ebbene, tali informazioni sono del tutto carenti nel caso che occupa, il che costituisce un terzo, evidente, motivo ostativo all'accoglimento dell'istanza.

Ne consegue che, allo stato, va rigettata l'istanza ex art. 167 l.fall. e che il Tribunale potrà valutare una nuova richiesta di autorizzazione all'affitto, purché la stessa: a) dia conto della specifica collocazione dell'affitto in un'ottica di continuità aziendale e della necessaria futura cessione (o retrocessione) dell'azienda; b) dia conto della prospettata continuità, che non deve essere un dato apoditticamente enunciato, ma deve essere un'allegazione supportata da idonee motivazioni tecnico-giuridiche; c) dia conto dei vantaggi e rischi della continuità aziendale in capo all'affittuario, soprattutto in termini di conservazione del valore dell'azienda affittata e di impatto sul prezzo della sua futura cessione, del valore dell'azienda affittata, della solidità patrimoniale dell'affittuario, sia con riguardo al pagamento dei canoni d'affitto, sia, se già acquisito un impegno di acquisto dell'azienda, sulla possibilità di pagare il corrispettivo; d) in ipotesi di retrocessione, dia conto di tutte le conseguenze connesse alla stessa (debiti, crediti, rapporti di lavoro ecc.).

P.Q.M.

1. sospende il procedimento prefallimentare pendente a carico della società ricorrente;

2. concede alla società ricorrente termine di giorni 60 (sessanta) decorrenti dal di della comunicazione del presente provvedimento per la presentazione di una proposta definitiva di concordato preventivo (con il piano e la documentazione completa di cui ai commi secondo e terzo di tale norma) o di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti, con espresso avvertimento che il termine in questione non resterà sospeso, neanche nel periodo feriale;

3. nomina un commissario giudiziale nella persona del dr. R.G.D.S. C.F. (...) VIA (*omissis*), il quale dovrà vigilare sull'attività che la società ricorrente andrà a compiere fino alla scadenza del suddetto termine, riferendo immediatamente al Tribunale ogni fatto costituente violazione degli obblighi di cui agli artt. 161 e 173 l.fall. e degli altri obblighi sottoindicati;

4. dispone che la ricorrente: a) entro il termine di quindici giorni dall'avvenuta comunicazione del presente decreto depositi la somma di Euro 10.000,00, presumibilmente necessaria per effettuare il pagamento del compenso dovuto al commissario giudiziale per la presente fase del procedimento e per sostenere le altre eventuali spese del procedimento, effettuando il relativo versamento su un conto corrente intestato alla procedura da aprirsi a cura del commissario giudiziale; b) allo

scadere di ogni venti giorni decorrenti dalla comunicazione del presente decreto (termini del pari non soggetti ad alcuna sospensione) depositi in cancelleria una situazione finanziaria aggiornata dell'impresa (che la Cancelleria dovrà provvedere a pubblicare sul Registro delle Imprese entro il giorno successivo), trasmettendone una copia al commissario giudiziale, cui dovrà anche inviare una breve relazione informativa ed esplicativa, redatta dal suo legale, sullo stato di predisposizione della proposta definitiva, nonché sulla gestione corrente, anche finanziaria, allegandovi l'elenco delle più rilevanti operazioni compiute, sia di carattere negoziale, che gestionale, industriale, finanziario o solutorio, di valore comunque superiore ad Euro 5.000,00, con l'indicazione della giacenza di cassa e delle più rilevanti variazioni di magazzino;

5. il commissario giudiziale, esaminata tale documentazione, ne riferirà con motivata e sintetica relazione scritta al Tribunale solo ove ravvisi la violazione ad uno degli obblighi sotto indicati;

6. si avvisa la ricorrente; a) che non possono essere compiuti fino alla scadenza del termine atti di straordinaria amministrazione se non previa autorizzazione del Tribunale e solo se ne siano documentati e motivati adeguatamente i caratteri di urgenza ed utilità; b) che non possono essere effettuati pagamenti di crediti anteriori alla domanda per nessun motivo; c) che occorre la specifica e previa autorizzazione del Tribunale anche per sospendere o sciogliere contratti pendenti ex art. 169 *bis* l.fall. e per contrarre eventuali finanziamenti, fatti salvi gli ulteriori requisiti previsti dall'art. 182 *quinquies* l.fall.; d) che non devono comunque compiersi atti da considerarsi vietati ai sensi degli artt. 161, 169 *bis*, 173 e 182 *quinquies* l.fall.; e) che in caso di violazione di uno qualunque di tali obblighi la domanda verrà dichiarata improcedibile; f) che il Tribunale disporrà l'immediata abbreviazione del termine nel caso in cui emerga che l'attività compiuta sia manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e/o del piano; g) che verrà considerato elemento dimostrativo di tale inidoneità anche il mancato deposito in termini della cauzione fissata da questo Tribunale;

7. dispone che la Cancelleria provveda tempestivamente a restituire al Giudice Relatore il fascicolo del procedimento, unitamente ad eventuali fascicoli prefallimentari, non appena la ricorrente avrà depositato la documentazione su cui verte la riserva di successiva presentazione, ovvero, in caso di omesso deposito, alla scadenza del termine di cui sopra, nonché nei casi in cui il commissario giudiziale riferisca circa la violazione degli obblighi sopra indicati;

8. rigetta, allo stato, l'istanza ex art. 167 l.fall. (*omissis*).

Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale

Il Tribunale di Cassino, si pronuncia su una rilevante problematica attinente la documentazione da depositare congiuntamente al concordato con riserva.

Nel caso in specie, il Tribunale, chiamato a valutare l'ammissibilità di una domanda di concordato con riserva, ha dapprima rilevato la mancata produzione dell'ultimo bilancio, fissando quindi udienza ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall. In tale udienza ha tuttavia osservato che l'ultimo bilancio, alla data di deposito del ricorso di concordato non era stato ancora legittimamente approvato, in quanto ostavano le norme codicistiche di cui agli artt. 2364 e 2478 *bis* c.c. nonché la relativa norma statutaria; pertanto - secondo il Tribunale laziale - non v'era ragione di far derivare da tale omissione una declaratoria di inammissibilità del ricorso di concordato.

In proposito, occorre brevemente ricordare gli oneri documentali imposti al debitore. Questi deve formulare la domanda di accesso alla procedura, riservandosi di depositare in un secondo momento il piano, la proposta e gli ulteriori documenti di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l.fall., con il solo onere di produrre immediatamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti (cfr. Vella, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in questa *Rivista*, 2013, 82; Panzani, *Il concordato in bianco*, in *Il fallimentarista.it*; Fabiani, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, II, 313/2012. In giurisprudenza, per una particolare sottolineatura della distinzione tra i due momenti della presentazione della domanda e della proposta con il piano, cfr. altresì Trib. Napoli 31 ottobre 2012, in questa *Rivista*, 2013, 73).

Giova infatti osservare che sia la lettera dell'art. 161 l.fall. sia la *ratio* dell'istituto inducono ad escludere la necessità di inserire nell'istanza elementi ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati dalla legge. In particolare, non è richiesto al debitore di palesare né i dati aziendali, né il contenuto del piano e della proposta, trattandosi di elementi che vanno predisposti entro il successivo termine all'uopo fissato dal collegio. È però insopprimibile la formalità di cui all'art. 152 l.fall., con la conseguenza che una domanda presentata prima della delibera dell'organo competente deve essere respinta *in limine litis*.

D'altro canto, la circostanza che l'art. 152 l.fall. faccia espresso riferimento alla "proposta" concordataria e alle relative "condizioni" suggerisce che, prima del deposito del piano e della proposta, sia necessario assumere una seconda deliberazione *ex art. 152*, a completamento di quella (giocoforza "in bianco") che accompagna il ricorso *ex art. 161*, comma 6, l.fall. In entrambi i casi l'assunzione della deliberazione costituisce requisito indispensabile per la presentazione del ricorso e, come tale, deve intervenire prima del deposito, salvo voler ritenere che la stessa possa essere oggetto d'integrazione ai sensi dell'art. 162, 1° comma, l.fall.

Infatti, in caso di presentazione del ricorso contenente la domanda di concordato con riserva, "la pubblicità della delibera nel registro delle imprese deve precedere l'instaurazione del procedimento e, quindi, il deposito del ricorso contenente la domanda in Tribunale e non può essere rinviata all'esito dell'assegnazione del termine" (così Trib. Pisa 21 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, I, p. 8745). Si è inoltre precisato come l'adempimento di cui all'art. 152, comma 3, l.fall., sia "necessario anche per la presentazione della domanda di concordato con riserva in quanto il quarto comma dell'art. 161 l.fall. prevede la necessità dell'approvazione e della sottoscrizione a norma dell'art. 152 l.fall. della domanda presentata dalle società e non rileva che tale ultima disposizione contempli l'approvazione 'della proposta e delle condizioni del concordato' e non 'della domanda'" (così Trib. Modena 30 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*, I, 8196). In tale ottica si è rilevato che la mancata approvazione e sottoscrizione, a norma dell'art. 152 l.fall., della domanda di concordato *ex art. 161*, comma 6, l.fall. vale a dire di uno dei requisiti formali e di legittimità, impone "da subito una declaratoria di inammissibilità del ricorso" (Trib. Bolzano 25 settembre 2012, in *www.ilfallimentarista.it*).

Nondimeno, sembra potersi escludere che la deliberazione debba altresì essere iscritta nel Registro delle Imprese prima della presentazione del ricorso. Del resto, la pubblicità non incide sul conferimento dei poteri per la sottoscrizione del ricorso, né appare ragionevole vincolare i tempi della presentazione della domanda a quelli di una formalità che dipende, oltre che dalla solerzia della società, da quella del notaio, al quale peraltro difficilmente potrebbero essere imposti termini più stringenti di quelli di cui alla relativa legge professionale.

Si è detto che non occorre inserire nell'istanza elementi ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati dalla legge. Tuttavia, per ragioni di opportunità, occorre depositare la visura camerale, verbale dell'assemblea dei soci *ex art.* 152 l.fall., Modello Unico relativo ai periodi d'imposta 2009, 2010 e 2011 e altri documenti finalizzati ad una prima illustrazione del piano concordatario e utili a comprendere le ragioni del debitore (cfr. Trib. Mantova 31 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*). A tal proposito, di norma, si specificano cenni storici, organi societari, notizie di carattere generale e cause che hanno determinato lo stato di crisi.

In ogni caso, la domanda di concordato con riserva può essere accolta anche se formulata nel modo più semplice, con il suo contenuto minimo, purché il debitore abbia richiesto espressamente la concessione del termine per effettuare le successive produzioni. Altrimenti, resterebbe il dubbio che si tratti di domanda di concordato definitiva (e inammissibile per difetto di prova sui relativi presupposti di ammissibilità).

La possibilità di considerare sufficiente il contenuto minimo sorge dalla considerazione che, a meno che non siano proposte istanze particolari da deliberare contestualmente, il Tribunale non può ordinare l'ostensione di elementi che ancora sono oggetto di valutazione. Inoltre, occorre rammentare che alla scadenza del termine fissato dal Tribunale, il debitore può liberamente decidere di depositare o un concordato preventivo o invece un accordo di ristrutturazione: pertanto, sarebbe superfluo chiedere che sia indicato prima il contenuto di ciò che può essere oggetto di una successiva ben diversa determinazione.

D'altro canto, il proponente resta onerato della dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 1 l.fall. Si tratta di un incumbente piuttosto agevole da assolvere: con riguardo ai profili dimensionali la produzione dei bilanci degli ultimi tre esercizi è di regola idonea ad attestare il superamento delle soglie. Peraltro, muovendo dal presupposto che nel procedimento *ex art.* 161, comma 6, l.fall. non è previsto il deposito della relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, una pronuncia di merito ha affermato che, qualora il sovradimensionamento non risulti dai bilanci, tale evidenza non sarà preclusiva alla fissazione del termine, ma la questione dovrà essere esaminata in sede di eventuale ammissione alla procedura di concordato (cfr. Trib. Pistoia 30 settembre 2012, in questa *Rivista*, 2013, 80). Quanto, poi, alla qualifica d'imprenditore

commerciale, è sufficiente rappresentare l'oggetto sociale (ricavabile dallo statuto o da una semplice visura camerale), evidenziando che lo stesso esula dal perimetro dell'art. 2135 c.c. Spetta parimenti al ricorrente fornire gli elementi idonei a consentire al Tribunale di affermare la propria competenza, dovendo indicare l'ubicazione della sede effettiva, che - salva la prova contraria - si presume coincidente con quella legale.

Solo quando il debitore richieda al Tribunale, ai sensi dei commi 1 e 4 dell'art. 182 *quinquies* l.fall., l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti o a pagare crediti anteriori, è configurabile un onere di allegazione supplementare in ordine al piano, quantomeno nei suoi elementi essenziali, dal momento che l'esperto è chiamato, nel primo caso, a verificare il complessivo fabbisogno finanziario sino all'omologazione e ad attestare la funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori; nel secondo caso - ossia in ipotesi di pagamento di crediti anteriori - il professionista è tenuto a certificare l'essenzialità delle prestazioni anteriori oggetto di pagamento rispetto alla prosecuzione dell'attività d'impresa e la loro funzionalità, anche qui, alla migliore soddisfazione dei creditori (il Tribunale, in sede di autorizzazione, deve effettuare il controllo circa la correttezza metodologica di tali verifiche e attestazioni).

Al di fuori di queste ipotesi - si ribadisce - il ricorso *ex art.* 161, comma 6, l.fall. ben può prescindere da qualunque indicazione in merito al contenuto del piano e della proposta, essendo precisamente questo lo scopo perseguito dalla norma: far decorrere gli effetti del deposito senza necessità che il debitore fornisca indicazioni di sorta sui futuri sviluppi della procedura e senza che lo stesso debitore debba allegare documenti ulteriori rispetto ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi.

In proposito, giova rammentare, che il Tribunale in sede di verifica di ammissibilità della domanda di concordato con riserva non è immediatamente chiamato a verificare i presupposti della proposta ai fini dell'ammissione della proposta di concordato "piena". Questo vaglio, infatti, è rimesso ad un momento successivo alla presentazione della proposta e della integrale documentazione. Pertanto, la giurisprudenza ha già ritenuto ammissibile un'attività istruttoria, sia pur limitata all'acquisizione di documenti e informazioni pertinenti con l'accertamento da compiere (ove occorrono, produzione del certificato camerale, informazioni ed altri atti utili per valutare la richiesta di un termine maggiore, come un'aggiornata relazione economico finanzia-

ria) (cfr. Trib. Velletri 17 settembre 2012, in www.ilcaso.it).

Concentrando l'attenzione sull'onere documentale relativo al deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, il Tribunale di Cassino afferma che l'omessa produzione dell'ultimo bilancio non comporta l'inammissibilità del ricorso di concordato se alla data di deposito dello stesso ricorso non era ancora stato approvato ai sensi degli artt. 2364 e 2478 bis c.c., nonché delle norme statutarie. Tuttavia, si precisa che in tale situazione il debitore debba allegare subito una situazione patrimoniale aggiornata all'attualità, in modo da permettere al Tribunale una piena valutazione sulla sussistenza dei presupposti di legge per la concessione del termine di cui al comma 6 dell'art. 161 l.fall. entro cui depositare la proposta e il piano concordatario (restando salvo l'obbligo di depositare il bilancio non appena questo sia approvato e depositato).

L'indirizzo adottato dall'ordinanza in commento non è però univoco.

Secondo una tesi autorevolmente prospettata in dottrina (S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in *Tratt. di diritto fallimentare*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014) è in ogni caso necessario procedere prima alla formazione e all'approvazione del bilancio, anche in ragione del fatto che esso - a differenza della situazione patrimoniale aggiornata - è accompagnato dalla relazione del collegio sindacale e del revisore, oltre ad essere assoggettato a peculiari disposizioni in materia di pubblicità.

Tale orientamento più rigoroso non trova tuttavia corrispondenza con il dato normativo, il quale al comma 6 dell'art. 161 l.fall. indica espressamente i bilanci degli ultimi tre esercizi, senza regolare il caso in cui l'ultimo bilancio non sia ancora redatto e/o approvato (in quanto non ancora approvato ai sensi degli artt. 2364 e 2478 bis c.c., nonché delle norme statutarie). Giova rilevare che il legislatore ha assegnato ai fini della redazione del bilancio e della sua approvazione termini congrui che possono comunque essere anticipati ma che possono essere abbreviati soltanto se è raccolto il consenso di tutti i soggetti interessati, ossia i soci e il collegio sindacale (se presente).

Pertanto, nell'ipotesi in cui la società non riesca ad ottenere l'approvazione del bilancio in tempi rapidi, un'eccessivamente rigida interpretazione della legge impedirebbe a tale società di ricorrere alla procedura di concordato, a meno che la stessa, prima del deposito del ricorso proceda a una modifica statutaria prevedendo un esercizio sociale sfasato

rispetto all'anno solare il cui termine non sia ancora scaduto.

Tuttavia, come osserva il Tribunale di Cassino, tale soluzione rappresenterebbe un'indebita e irragionevole discriminazione tra una società in stato di crisi che intenda presentare domanda di concordato con riserva e una società anch'essa in crisi che viceversa non intende avvalersi dello strumento concordatario. Infatti, stando alla tesi su esposta, solo quest'ultima potrebbe legittimamente avvalersi della facoltà riconosciuta dagli artt. 2364 e 2478 bis c.c.

Inoltre, tale disparità contrasterebbe con il *favor*, più volte evidenziato dal legislatore, per gli strumenti di gestione negoziale delle crisi d'impresa e, in assenza della previsione di strumenti di allerta e prevenzione, non incentiverebbe una rapida emersione della crisi mediante il ricorso al concordato con riserva, assegnando invece priorità alla formazione e all'approvazione del bilancio.

Infine, che l'omessa produzione dell'ultimo bilancio (in quanto non ancora approvato a norma di legge e dello statuto) non comporti l'inammissibilità del ricorso di concordato non contrasta con il tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.fall., giacché la norma fa riferimento ai bilanci approvati alla data di deposito del ricorso. Come osservato in proposito dal Trib. di Pisa, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, da depositarsi unitamente al ricorso per concordato preventivo con riserva, devono essere stati effettivamente approvati e la pubblicazione della relativa delibera nel registro delle imprese deve precedere il deposito del ricorso, non potendo detto adempimento, al pari della delibera di cui all'art. 152 l.fall., essere compiuto nel termine concesso per la presentazione del piano (cfr. Trib. di Pisa 21 febbraio 2013, in www.ilcaso.it). Di conseguenza, non vi sarebbe alcuna frustrazione della lettera della norma qualora, visto che l'ultimo bilancio non è stato ancora approvato in ossequio alle disposizioni codicistiche e statutarie, si depositassero i precedenti tre bilanci approvati e depositati.

Pertanto, nell'ipotesi in cui, nel periodo autunnale, oppure in un periodo diverso alla scadenza legale o statutaria di approvazione del bilancio una società non abbia ancora approvato il bilancio relativo all'anno precedente, sarà sufficiente che questa depositi una situazione economico-patrimoniale aggiornata non alla data finale dell'ultimo esercizio, ma ad una data di poco antecedente la presentazione della domanda di concordato con riserva. Del resto, i criteri di redazione della relazio-

ne devono ispirarsi ai principi civilistici in tema di bilancio, potendo assimilarsi ad un bilancio straordinario, come si evince indirettamente dalla circostanza che il requisito di veridicità dei dati aziendali deve essere esaminato sulla base, appunto, della relazione in parola e non già dei bilanci d'esercizio (cfr. Pacchi, *La documentazione da allegare alla domanda*, in Pacchi - D'Orazio - Coppola, in Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, 2, Torino, 2009, 1841).

La data cui si riferiscono i dati esposti deve essere la più prossima possibile a quella della presentazione della proposta, al fine di evitare variazioni patrimoniali significative. In ogni caso, in assenza di un'indicazione normativa sul dato temporale minimo necessario affinché la relazione possa ritenersi sufficientemente rappresentativa della realtà imprenditoriale, il grado di aggiornamento è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice di merito, derivando anche da quanto nelle more risulti alterato il quadro patrimoniale ed economico-finanziario (in proposito è possibile fare riferimento alla giurisprudenza in tema di aggiornamento della situazione patrimoniale per le operazioni di riduzione del capitale per perdite ex artt. 1466 e 2447 c.c., *ex multis*, Cass. 2 aprile 2007, n. 8221, in *Giur. comm.*, 2008, 5, II, 963).

Resta intesa l'opportunità che la società debitrice provveda al deposito dell'ultimo bilancio non appena questo venga approvato secondo lo statuto.

Si comprende dunque come, allorché il Tribunale sia chiamato a delibare la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di accesso alla procedura di concordato preventivo, l'omesso deposito dell'ultimo bilancio - in quanto non ancora approvato ai sensi degli artt. 2364 e 2478 bis c.c., nonché delle norme statutarie - non sia idoneo a fondare una declaratoria di inammissibilità del concordato.

Il Tribunale di Cassino si concentra poi sull'autorizzazione ad affittare l'azienda ai sensi dell'art. 167 l.fall. e in particolare sulla compatibilità del concordato con continuità aziendale con la presentazione di una domanda di concordato con riserva.

In proposito, la domanda di concordato con riserva, data la sua modulazione aperta alla presentazione di qualsiasi tipo di proposta e di piano (di carattere liquidatorio, ovvero in continuità o persino di accordo di ristrutturazione dei debiti), è stata in dottrina ritenuta ammissibile anche nell'ipotesi di concordato con continuità (cfr. Penta, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 687, tuttavia si segnala l'opinione contraria di Lamanna, *La problematica relazione*

tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale, in *www.ilfallimentarista.it*, 27 novembre 2012).

Tale compatibilità è confermata dalla giurisprudenza, secondo la quale, la disciplina di cui all'art. 186 bis l.fall. trova applicazione anche in presenza di una domanda di concordato con riserva se vi è stata da parte dell'imprenditore un'ostensione del piano che contempli la prosecuzione dell'attività di impresa (cfr. Trib. Cuneo 29 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*).

Secondo l'ordinanza laziale tuttavia - pur premettendo che astrattamente nulla osta a che l'istituto del concordato con riserva possa essere conciliabile con qualsiasi tipo di proposta e di piano (anche di carattere liquidatorio o di continuità) - in concreto è ben difficile ottenere garanzie di effettiva continuità aziendale dal semplice ricorso prenotativo in cui in genere tale continuità è solo dichiarata. In altre parole, il semplice ricorso c.d. in bianco di cui all'art. 161, comma 6, l.fall. non permette sempre di stabilire immediatamente i possibili esiti della procedura concordataria: infatti la norma non prevede alcun obbligo di anticipazione delle finalità.

Occorre ricordare che, come puntualizzato da un recente provvedimento, la dicotomia tra il concordato liquidatorio e quello in continuità è costituito dall'oggettiva - e non dalla soggettiva - continuazione del complesso produttivo, sia direttamente in capo all'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo, quale l'affittuario (cfr. Trib. Bolzano 10 marzo 2015, in *www.ilcaso.it*).

Tuttavia, qualora nel ricorso c.d. in bianco, il debitore non si limiti a dichiarare la continuità aziendale ma "colori" lo stesso ricorso di un contenuto idoneo a supportare l'opzione di continuità, il concordato potrà definirsi "con continuità aziendale" con la conseguente ammissibilità dell'istanza ex art. 167 l.fall. avente ad oggetto l'autorizzazione ad affittare l'azienda.

A tal proposito, giova ricordare che ai fini dell'autorizzazione, sono da considerarsi atti di straordinaria amministrazione quelli idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo aggravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi. L'affitto di azienda non rientra nella comune gestione dell'impresa e può, quindi, senza dubbio definirsi come atto di straordinaria amministrazio-

ne che, in quanto tale, deve essere autorizzato dal tribunale (cfr. Trib. Crotone 17 luglio 2014, in www.ilcaso.it).

Pertanto, l'autorizzazione, nella fase di concordato con riserva, alla stipula del contratto di affitto di azienda deve basarsi su una adeguata *disclosure* del piano, con particolare riferimento alla indicazione di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura con specifico riferimento all'azienda affittata, sebbene al solo fine di valutare la stabilità del contratto e la prevedibilità del corretto e puntuale pagamento dei canoni di affitto e del prezzo di cessione.

In merito vale richiamare la giurisprudenza che in tema di concessione dell'autorizzazione allo scioglimento dei contratti *ex art. 169 bis l.fall.* ha sottolineato un'analoga esigenza di una preliminare esplicitazione del piano di concordato, quantomeno nelle linee guida interessate dall'atto di cui si chiede lo scioglimento. Infatti, la giurisprudenza afferma che i provvedimenti di cui all'*art. 169 bis l.fall.* debbono essere pronunciati in funzione della continuità aziendale (in capo allo stesso debitore o ad altro imprenditore), avuto riguardo alle concrete ed attuali esigenze della gestione dell'impresa, in relazione, ad esempio, a contratti superflui o relativi a beni o attività da liquidarsi, ovvero in qualche modo eccessivamente onerosi, alla salvaguardia dei livelli produttivi o fattispecie simili (così App. Brescia 19 giugno 2013, in www.ilcaso.it).

Quindi, si comprende come la giurisprudenza esiga un'adeguata *disclosure* da parte del debitore concordatario. Più in particolare, un'ulteriore pronuncia ha stabilito che la richiesta di scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione contenuta nella domanda di concordato in "bianco" deve essere accompagnata da una *disclosure* circa il tipo di concordato proposto (se il liquidatorio o in continuità), al fine di consentire al tribunale il vaglio della sussistenza dei presupposti per lo scioglimento o la sospensione, i quali comportano benefici per il debitore e sacrifici per la controparte contrattuale. In considerazione di ciò, il Tribunale

dovrà operare una attenta valutazione della effettiva opportunità per la procedura di evitare la prosecuzione dei contratti, valutazione che non può essere effettuata in assenza di elementi quali la tipologia di concordato che il debitore intende perseguire, l'esposizione della situazione economica aggiornata, l'incidenza della prosecuzione dei contratti sul passivo concordatario, l'inutilità dei beni e servizi oggetto di tali contratti per l'eventuale prosecuzione dell'attività di impresa in caso di presentazione di domanda di concordato in continuità (così, Trib. Monza 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it).

In conclusione, la stipula del contratto di affitto di azienda in data anteriore alla presentazione del ricorso per concordato preventivo non pone problemi di compatibilità con la continuità aziendale: in tal caso, infatti, l'impresa prosegue e l'attività imprenditoriale non cessa. In questa ipotesi, tuttavia, il piano di concordato deve indicare se l'andamento dell'impresa affittata influisca sulla soddisfazione dei creditori, e il professionista che redige la relazione ai sensi dell'*art. 161, comma 3, l.fall.* deve rappresentare vantaggi e rischi della continuità aziendale in capo all'affittuario. In particolare, l'attestazione di funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori deve tener conto di possibili responsabilità debitorie solidali dell'impresa in concordato per i rapporti di lavoro ai sensi dell'*articolo 2112 c.c.* e per l'ipotesi di retrocessione dell'azienda.

Giova evidenziare come si tratta delle stesse informazioni che occorre fornire anche in caso di affitto d'azienda successivo alla presentazione della domanda: di conseguenza il punto da sottolineare non è la preesistenza o meno del contratto di affitto d'azienda al ricorso di concordato, bensì l'adeguatezza del piano concordatario a porre i creditori e gli organi della procedura in grado di effettuare i controlli e le valutazioni di loro rispettiva competenza.

Ivan Libero Nocera