



CIRCOLARE N. 38/IR DEL 3 MARZO 2014

CONCORDATO IN BIANCO, PROCEDURA E ASPETTI DELLA GOVERNANCE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La domanda, il piano e la proposta nell'art. 161, sesto comma, l.f.. – 3. Gli effetti. – 3.1. La concessione dei termini. – 4. Il controllo del tribunale. – 5. Il commissario giudiziale: nomina e funzioni nel concordato in bianco. – 5.1. La nomina del commissario – 5.2. Le funzioni del commissario. – 6. Gli atti di straordinaria e di ordinaria amministrazione. – 7. La *governance* e gli obblighi informativi. – 7.1. Gli obblighi informativi. – 7.2. La *governance* della società nel concordato in bianco.



1. Premessa

Il d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013 n. 98 ha significativamente modificato la disciplina del concordato in bianco contenuta nell'art. 161 l.f. e introdotta nella legge fallimentare tramite il d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, traendo ispirazione dalla procedura di *Reorganization* del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense.

La domanda di concordato in bianco è stata prevista nel nostro ordinamento con il precipuo scopo di consentire l'emersione tempestiva della crisi di impresa, dal momento che si autorizza il debitore a presentare il ricorso contenente la domanda di concordato al manifestarsi dei primi sintomi della crisi e di "confezionare" il piano e la proposta rivolta ai creditori successivamente purché nel rispetto dei termini fissati dal Tribunale.

La prassi ha registrato un grande successo della domanda prenotativa nel primo anno di applicazione del d.l. n. 83/2012 ancorché, in alcuni casi, ne sia stato fatto un uso distorto rispetto alle concrete finalità volute dal legislatore al sol fine di ritardare la dichiarazione di insolvenza.

Per favorire l'utilizzo fisiologico dell'istituto, il legislatore è tornato sul tema con il summenzionato d.l. n. 69/2013, rafforzando i poteri informativi del Tribunale e dei creditori e contemplando la funzione di vigilanza del commissario giudiziale.

Prescindendo dalla qualificazione giuridica della natura del concordato in bianco – vero e proprio procedimento autonomo rispetto al concordato preventivo ovvero fase endoprocedimentale dell'unico procedimento avviato ai sensi dell'art. 161 l.f. – le disposizioni contenute nell'art. 161, sesto comma, l.f., consentono di individuare una ideale scansione in due momenti caratterizzanti la vicenda: il primo è quello inerente alla presentazione della domanda e il suo deposito presso il registro delle imprese, ai fini della concessione del decreto che assegna i termini per l'integrazione con il piano di concordato e con la documentazione richiesta ai sensi dell'art. 161, commi secondo e terzo, l.f.; il secondo inizia a decorrere dal decreto di ammissione e continua per tutta la durata del subprocedimento¹.

2. La domanda, il piano e la proposta nell'art. 161, comma sesto, l.f.

Come prevede l'art. 161, sesto comma, l.f., l'imprenditore² 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 centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e

¹ Nel senso di riconoscere al concordato con riserva natura di vero e proprio procedimento, il Tribunale di Reggio Emilia, 9 agosto, 2013. La III sez. civile della Corte d'Appello di Bologna qualifica il concordato in bianco come procedimento conservativo del patrimonio dell'imprenditore a cui consegue il blocco delle azioni esecutive e cautelari in attesa della predisposizione del piano concordatario e della relativa documentazione (Corte di Appello di Bologna, 18 dicembre 2013). Diversamente orientato, V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv.soc.*, 2013, 1179 e ss.

² Il legislatore si riferisce all'imprenditore generalmente inteso. Per le società andranno tenute in considerazione, quanto a modalità di presentazione della domanda, le indicazioni fornite dall'art. 152 l.f..



con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'art. 182-*bis*³, primo comma. In mancanza, si applica l'art. 162, commi secondo e terzo⁴.

La domanda di concordato va pubblicata a cura del cancelliere, come impone l'art. 161, quinto comma, l.f., nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.

Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese⁵ e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, in forza del chiaro dettato dell'art. 168 l.f..

Risulta evidente, dunque, che l'ammissione con riserva alla procedura di concordato consente al debitore di fruire dell'ombrello protettivo verso le pretese dei creditori sin dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese e dunque, a partire da una data in cui potrebbe non essere ancora stata formalizzata una proposta di accordo con i creditori o predisposto un piano (di concordato o di accordo di ristrutturazione).

La portata innovativa delle norme in oggetto è di tutta evidenza e fa della domanda prenotativa un efficace strumento ideato per consentire all'imprenditore di approntare le soluzioni maggiormente idonee per risolvere la crisi prima che divenga irreversibile e non subire, al contempo, la pressione dei creditori.

Per conseguire tale obiettivo, il legislatore ha articolato la vicenda in distinti momenti⁶. A monte del procedimento vi è la domanda (in bianco) di concordato che verrà presentata al Tribunale tramite un ricorso; a seguire vi è la proposta di accordo con i creditori e la predisposizione del piano di concordato e della documentazione di cui al comma secondo e al comma terzo dell'art. 161 l.f.. Tra presentazione della domanda e la articolazione della proposta e la predisposizione del piano scorrono i termini – da sessanta a centoventi giorni, salvo proroga – fissati dal Tribunale.

Durante lo stesso periodo, però, l'impresa che ha presentato la domanda (in bianco) può depositare domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* l.f., fatti salvi gli effetti "protettivi" verso i creditori: nelle intenzioni del legislatore i due procedimenti sono interscambiabili.

È del pari evidente che la disciplina descritta nell'art. 161, comma sesto, l.f. recupera, in linea generale, quella della proposta di accordo di ristrutturazione, descritta nel sesto comma dell'art. 182-*bis* l.f., dove si concede al debitore di depositare una proposta di accordo durante la fase delle trattative condotte con almeno il sessanta per cento dei creditori.

Nonostante evidenti punti di contatto, occorre in ogni caso evidenziare come il "subprocedimento" che segue alla domanda prenotativa di cui all'art. 161, comma sesto, l.f., si connota per maggiore flessibilità rispetto al particolare procedimento cautelare descritto nel sesto comma dell'art. 182-*bis* l.f.. Quest'ultimo istituto, infatti, richiede, sotto un profilo sostanziale, l'avvio delle trattative con una percentuale qualificata dei creditori e il

³ Si tratta della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione.

⁴ L'art. 162 l.f. contiene la disciplina dell'inammissibilità della domanda di concordato preventivo.

⁵ Imposta dall'art. 161, comma quinto, l.f..

⁶ Come notato da M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa (appunti sul d.l. 83/2012)*, in www.ilcaso.it, doc. 303/2012, il legislatore ha chiarito la distinzione tra piano, proposta e domanda, assegnando al piano la funzione di programma di adempimento della proposta.



deposito della documentazione di cui all'art. 161, primo e secondo comma, lett. a), b), c) d) l.f., della dichiarazione dell'imprenditore – con valore di autocertificazione – che sulla proposta sono in corso trattative e della dichiarazione del professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f. circa l'idoneità della proposta, una volta accettata, 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 e, sotto il profilo processuale, la richiesta di fissazione di un'udienza per la comparizione dei creditori. La semplicità del subprocedimento di concordato in bianco rispetto alla stringente disciplina contemplata nell'art. 182-*bis*, sesto comma, l.f., fa presumere che le preferenze degli operatori si indirizzino verso la prima soluzione⁷.

Con riferimento alla presentazione della domanda, il legislatore esplicita alcuni requisiti di ammissibilità nell'art. 161, nono comma, l.f..

Tale disposizione prevede che la domanda di concordato con riserva è preclusa all'imprenditore che nei due anni precedenti abbia presentato altra domanda con le stesse caratteristiche alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Fermo restando l'accertamento sull'insopprimibile ricorrenza dei requisiti anche dimensionali di cui all'art. 1 l.f., e dello stato di crisi di cui all'art. 160 l.f., dunque, il Tribunale potrà dichiarare l'inammissibilità della domanda al venir meno delle condizioni indicate nell'art. 161, nono comma, l.f.. In assenza di rinvii all'art. 162, secondo comma, l'inammissibilità della domanda dovrebbe essere pronunciata senza previa audizione del debitore e ad essa dovrebbe far seguito l'ordine di sua cancellazione dal registro delle imprese.

3. Gli effetti

La pubblicazione del ricorso contenente la domanda presso il registro delle imprese causa il blocco delle azioni esecutive e cautelari. Tale effetto perdura fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato diventa definitivo e, secondo la giurisprudenza di merito, fa sì che eventuali procedimenti esecutivi pendenti alla data di pubblicazione della domanda di concordato in bianco presso il registro delle imprese, ancorché iniziati in virtù di crediti per titolo o causa anteriori, siano dichiarati improcedibili dal giudice dell'esecuzione⁸.

Non è tutto. Il deposito del ricorso contenente la domanda di concordato in bianco produce ulteriori conseguenze.

Il debitore può chiedere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso, come prevede l'art. 169-*bis* l.f.⁹ e può chiedere di essere autorizzato a contrarre

⁷ L'interscambiabilità dei due procedimenti e il generale riconoscimento normativo della consecuzione tra procedure è messa in luce da G. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fallim.*, 2013, 8; F. GUERRERA, *Le soluzioni negoziali*, in AA.VV., *Diritto fallimentare, Manuale breve*, Milano, 2013, 140.

⁸ Sul punto recentemente Tribunale di Pesaro, 26 settembre 2013, secondo cui, una volta omologato il concordato, la procedura esecutiva individuale potrà riprendere il suo corso con la possibilità per il creditore procedente di soddisfarsi sui beni pignorati nei limiti della falcidia concordataria.

⁹ Secondo il Tribunale di Udine, 25 settembre 2013, l'autorizzazione può essere concessa se la richiesta contenga elementi di fatto e di diritto sufficienti a consentire al Tribunale di apprezzare l'utilità della sospensione dei contratti rispetto al contenuto della proposta e del piano in corso di definizione.



finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f. come recita l'art. 182-*quinquies* l.f.¹⁰. Tale istanza¹¹, rispetto alla quale il Tribunale potrà assumere sommarie informazioni, può essere accolta se un professionista in possesso dei requisiti di indipendenza e professionalità di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f. designato dal debitore medesimo, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Per quanto attiene a tale ultimo profilo, rinviando ad altra sede per gli opportuni approfondimenti¹², emerge con una certa evidenza, dunque, il carattere “speciale” dell' attestazione qui considerata rispetto a quella che verrà presentata a corredo del successivo piano di risanamento e relativa ai requisiti di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano di concordato di cui all'art. 161, terzo comma, l.f.¹³. Questa attestazione viene predisposta in un momento anteriore rispetto al confezionamento della proposta ai creditori e del piano e verte esclusivamente sulla funzionalità dei finanziamenti alla miglior soddisfazione dei creditori. Il professionista incaricato dell'attestazione speciale può coincidere con quello successivamente incaricato dell'ordinaria attestazione di cui all'art. 161, terzo comma, lett. d), trattandosi di relazioni aventi contenuto differente ma relative alla stessa procedura di concordato.

In ogni caso, per la concessione di pegno o ipoteca a garanzia dei finanziamenti in oggetto, è necessaria l'autorizzazione del Tribunale, come dispone l'art. 182-*quinquies*, terzo comma, l.f..

In base alla lettera della legge, appare ragionevole ipotizzare che il debitore che presenti domanda di ammissione con riserva al concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 182 – *quinquies*, quarto comma, l.f.¹⁴ possa chiedere di essere autorizzato dal Tribunale a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, quarto comma, l.f.¹⁵.

La domanda con riserva, in tale ipotesi, avrà ad oggetto l'ulteriore specifica richiesta di pagamento dei crediti vantati per prestazioni di beni e servizi e verrà, se del caso, vagliata dal Tribunale con riferimento specifico alla richiesta di pagamento rispetto alla quale l'autorità giudiziaria può assumere sommarie informazioni. In ogni caso a corredo della domanda va presentata una attestazione resa da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f. che attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori. Tale attestazione è di estrema importanza in quanto, come è dato evincere dalla lettera della disposizione in commento, condiziona

¹⁰ È il caso di precisare che l'autorizzazione del Tribunale può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologie ed entità e non ancora oggetto di trattativa, come stabilisce l'art. 182-*quinquies*, secondo comma, l.f..

¹¹ La richiesta può essere formulata anche nella domanda di omologazione di cui all'art. 182-*bis*, comma primo, l.f. e o nella proposta di accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis*, sesto comma, l.f..

¹² Cfr. nostra circolare n. 30/IR dell'11 febbraio 2013.

¹³ Secondo il Tribunale di Terni, 14 gennaio 2013, l'attestazione di cui all'art. 182-*quinquies*, l.f. non può essere carente del giudizio espresso dal professionista circa la veridicità dei dati aziendali.

¹⁴ Tale previsione, consente di concludere che una domanda con riserva può essere presentata anche dall'impresa che intenda essere ammessa ad un concordato con continuità e che, differentemente, la richiesta relativa al pagamento dei crediti per prestazioni essenziali, può essere inserita nella domanda con riserva deposita solo in vista di ammissione ad un concordato con continuità.

¹⁵ In termini, Tribunale di Modena, 22 ottobre 2012.



l'autorizzazione.

L'attestazione del professionista, invece, non è necessaria in caso di apporto di nuova finanza, ovvero, stando alla lettera della legge, di risorse finanziarie che vengono apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Non è tutto.

Ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. e), l.f., gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* l.f., nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161 l.f., non sono soggetti all'azione revocatoria. L'esenzione da revocatoria, dunque, involge anche gli atti, i pagamenti e le garanzie – come sopra indicati e quelli di cui si dirà anche nel prosieguo purché posti in essere nel rispetto della legge – successivi al deposito della domanda di concordato con riserva.

Ai sensi dell'art. 69-*bis* l.f., poi, nelle ipotesi in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 l.f. decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese¹⁶: in tal modo il periodo della procedura di concordato viene adeguatamente computato ai fini del computo dei termini in relazione al pregiudizio dei creditori.

Occorre precisare fin da ora che in base a quanto disposto dall'art. 182-*sexies* l.f., il deposito della domanda prenotativa da parte di s.p.a., s.r.l. e società cooperative impedisce, fino al momento dell'omologazione¹⁷, sia l'applicazione delle disposizioni dettate in punto di conservazione del capitale sociale per il ripianamento delle perdite sofferte dalla società, sia lo scioglimento della società: il blocco delle operazioni sul capitale è giustificato dalla presentazione della domanda di concordato con riserva volta a favorire la ricerca di una soluzione concordataria con i creditori. Come avremo modo di mettere in luce in seguito, resta ferma l'applicabilità dell'art. 2486 c.c. per il periodo anteriore al deposito della domanda.

3.1 La concessione dei termini

Dopo il deposito della domanda presso il registro delle imprese e dopo il vaglio di ammissibilità del Tribunale¹⁸, viene concesso il decreto con la fissazione dei termini entro cui proposta e piano vanno presentati. Come accennato, la legge prevede che il debitore possa 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 crediti¹⁹, riservandosi di presentare la proposta, il piano di concordato e la documentazione a corredo entro un termine che il Tribunale, in composizione collegiale, può fissare non prima di

¹⁶ Si tratta dei termini dettati in relazione agli atti pregiudizievoli per i creditori (atti a titolo gratuito, pagamenti di crediti, atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie, atti tra coniugi).

¹⁷ Dopo l'omologazione del concordato torna ad operare la tradizionale normativa dettata in punto di ricapitalizzazione e di scioglimento.

¹⁸ Su cui *infra* par. 4.

¹⁹ L'obbligo di deposito dell'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti è stato introdotto dal d.l. n. 69/2013, allo scopo dichiarato nella relazione illustrativa del decreto di “... implementare il patrimonio informativo dei creditori e del Tribunale”, replicando in parte quanto previsto nella lettera b) del secondo comma dell'art. 161 l.f..



sessanta e non oltre centoventi giorni dal momento di presentazione della domanda. Tale termine è prorogabile di non oltre sessanta giorni, previa istanza e al ricorrere di giustificati motivi.

Escluso che il debitore sia tenuto a fornire al Tribunale al momento del deposito della domanda informazioni od anche sintetiche delucidazioni sul contenuto del piano che, come detto, potrebbe non esistere, la legge prevede che, una volta fissati i termini, il Tribunale possa concedere il provvedimento di proroga se il debitore ne faccia istanza e se ricorrano giustificati motivi. In questo caso, il vaglio del Tribunale per l'emanazione del provvedimento di proroga avrà ad oggetto la ricorrenza di motivazioni che appaiano 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 adottati da parte del richiedente²⁰.

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 possano sensibilmente condizionare la presentazione del piano di concordato²¹.

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 dei creditori²².

Resta da capire cosa accada se il debitore non rispetti i termini concessi per la produzione del piano, della proposta e della documentazione richiesta a corredo. Sembra soccorrere, in tale evenienza, la regola successivamente enunciata nell'art. 161, sesto comma, l.f. ove viene sancita l'applicabilità dell'art. 162, commi secondo e terzo, l.f.²³, in assenza delle condizioni che hanno legittimano la presentazione della domanda di concordato c.d. in bianco: in altre parole, qualora il debitore non riesca a integrare la domanda con il piano di concordato e la restante documentazione a corredo né a presentare una domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione nei termini fissati, il Tribunale può dichiarare l'inammissibilità della proposta ovvero, ricorrendone i presupposti, il fallimento del ricorrente²⁴.

Nessuna precisazione viene fornita dal legislatore circa la caducazione degli effetti protettivi conseguenti al deposito della domanda con riserva.

La questione è delicata e differentemente risolta. Alcuni tra i primi commentatori ritengono che l'effetto protettivo che si genera dalla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato in bianco cessi a partire dalla dichiarazione di inammissibilità o dalla dichiarazione di fallimento e non anche *ex tunc*²⁵, mentre altri propendono per la caducazione retroattiva degli effetti.

²⁰ Cfr. Tribunale di Pescara, 7 maggio 2013.

²¹ Di tale avviso, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, 2012, 43 che porta ad esempio la complessità della procedura, tipica dei concordati di gruppo, o il sopravvenire di fatti imprevisi.

²² Sul punto, cfr. Orientamenti del Plenum, sezione fallimentare del Tribunale di Monza e di Milano

²³ L'art. 162 l.f. reca la disciplina dell'inammissibilità della proposta.

²⁴ Con riferimento alla natura del termine di cui all'art. 161, comma sesto, l.f., M. FERRO, R. D'AMORA, M. FABIANI, *Il concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione*, cit. 144, mettono in evidenza che il mancato rispetto del termine fissato ex art. 161, sesto comma, l.f., produce sanzioni di tipo procedimentale. In altri termini la natura perentoria del termine ha ragione di essere declinata nell'ambito del subprocedimento di concordato con riserva.

²⁵ Di questo avviso, F. LAMANNA, cit., 46.



Ferma l'ipotesi di cui all'art. 22, primo comma, l.f.²⁶, infine, il comma 10 dell'art. 161, l.f., prevede una riduzione dei termini di cui al comma sesto dell'art. 161 l.f. in pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, nel senso che, in questo caso, può essere concesso un termine massimo di sessanta giorni prorogabili, su richiesta del debitore e in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Come chiarito da recente giurisprudenza di merito²⁷, ferma restando la assoluta discrezionalità dell'autorità giudiziaria nella fissazione del termine, anche in pendenza del procedimento prefallimentare, il debitore può esercitare il diritto riconosciutogli dall'art. 161, sesto comma, l.f. ricorrendo le prescrizioni di legge quanto a requisiti formali e sostanziali. 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 prefallimentare²⁸.

4. Il controllo del Tribunale

L'ideale suddivisione in due fasi della vicenda che viene a prodursi con il deposito della domanda con riserva, consente di formulare alcune osservazioni anche con riferimento al ruolo che il Tribunale è chiamato a svolgere, distinguendo tra controlli che l'autorità giudiziaria deve effettuare ai fini della concessione dei termini e quelli che essa è chiamata ad effettuare successivamente alla concessione.

Con riferimento alle verifiche effettuate circa il deposito della domanda, il legislatore non fornisce indicazioni, fatta eccezione per l'ipotesi di inammissibilità contemplata nell'art. 161, nono comma, l.f. su cui ci siamo soffermati in precedenza. Soccorre in aiuto la giurisprudenza che si è formata in questo anno di applicazione della normativa e le prassi dei Tribunali.

Secondo le Istruzioni diffuse e le prassi registrate nei Tribunali²⁹, si collocano in questo ambito, le verifiche volte a:

- accertare la ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 1 l.f. e la legittimazione del richiedente³⁰;
- accertare la ricorrenza dei requisiti soggettivi di cui all'art. 161, nono comma, l.f.;
- accertare la giurisdizione e la propria competenza ex artt. 9 e 161 l.f.;

²⁶ L'art. 22, primo comma, l.f. precisa che il Tribunale che respinge il ricorso per il fallimento provvede con decreto motivato comunicato dal cancelliere alle parti. In tale ipotesi, il creditore che presenti domanda di concordato con riserva potrà fruire dell'ordinario termine di cui all'art. 161, sesto comma, l.f.. In tal senso L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *Il fallimentarista*, 14 settembre 2012, 2.

²⁷ Tribunale di Terni, 8 novembre 2013.

²⁸ F. LAMANNA, cit., 47; Tribunale di Novara, 14 marzo 2013.

²⁹ In termini, cfr. le Istruzioni fornite dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Monza; tra la giurisprudenza di merito, si veda, Tribunale di Benevento, 29 agosto 2013, Tribunale di Benevento, 26 settembre 2012; Tribunale di Palmi, 17 ottobre 2012. Per il monitoraggio del dato statistico rilevato nei tribunali e relativo commento, si veda M.FERRO, con il contributo di R. D'AMORA e M. FABIANI, *Il concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione*, in M. FERRO, P. BASTIA, G.M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, 111 e ss..

³⁰ L'esistenza del requisito di cui all'art. 1 l.f. comporta che l'imprenditore agricolo non è legittimato a presentare domanda di concordato preventivo con riserva di presentare un successivo accordo di ristrutturazione; in tal senso, Tribunale di Mantova, 12 settembre 2012.



- accertare la completezza della domanda di concordato con riserva alla quale vanno allegati i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti³¹;
- accertare la sussistenza dei poteri di firma in capo al soggetto che ha sottoscritto la domanda ai sensi dell'art. 152, secondo comma, l.f., trattandosi di società³². A tal fine, il vaglio dell'autorità giudiziaria si potrà rivolgere anche all'allegazione della relativa deliberazione dell'organo di amministrazione o, in presenza di apposita previsione statutaria o dell'atto costitutivo, della delibera assembleare.

Mettendo in relazione le previsioni contenute nell'art. 152 l.f. e nell'art. 161 l.f., la sequenza procedimentale dovrebbe essere verosimilmente la seguente:

- assunzione della deliberazione da parte dell'organo amministrativo, verbalizzata dal notaio³³;
- deposito della deliberazione nel registro delle imprese a cura del notaio;
- deposito del ricorso contenente la domanda per l'ammissione al concordato con riserva e della documentazione a corredo (bilanci e elenco dei creditori);
- iscrizione del ricorso presso il registro delle imprese a cura della cancelleria *ex* art. 161, quinto comma, l.f.

Per quanto sopra detto, solo a seguito del deposito della domanda presso il registro delle imprese si ottiene l'*automatic stay* ancorché già a seguito della pubblicità presso il registro delle imprese i creditori possano venire a conoscenza della presentazione della domanda di concordato con riserva.

La questione della presentazione della domanda di concordato in bianco da parte di una società ha sollevato alcune questioni interpretative.

La prima questione, ad esempio, si pone con riguardo al contenuto del verbale notarile: in particolare ci si è chiesti se il verbale della deliberazione (o determina) dell'organo della società debba necessariamente contenere la proposta rivolta ai creditori, stante il richiamo all'art. 152 l.f. effettuato nell'art. 161, quarto comma, l.f. Secondo l'orientamento prevalente, la regola declinata dall'art. 152 l.f. in forza del rinvio dell'art. 161, comma quarto, l.f., ha portata generale e trova applicazione anche nel concordato in bianco, nei limiti di compatibilità con la peculiarità del procedimento, chiarendosi in proposito che la proposta menzionata nell'art. 152 l.f. coincide (e comprende) la domanda cui fa riferimento l'art. 161 l.f.. La distinzione tra proposta e domanda di concordato³⁴, infatti, è frutto dell'intervento correttivo effettuato dal d.l. n. 83/2012 sull'art. 161 l.f. e il

³¹ Per le imprese non tenute alla redazione del bilancio, il Tribunale di Milano richiede l'allegazione della documentazione solitamente prodotta in sede prefallimentare ai fini dell'accertamento del requisito dimensionale di cui all'art. 1 l.f.; in tal senso Istruzioni, *cit.*

³² L'art. 161, quarto comma, recita che per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152 l.f.. Tale disposizione, come è noto, precisa che salva diversa disposizione statutaria che ne rimetta la competenza all'assemblea, la proposta e le condizioni del concordato sono approvate nelle società di persone dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale sociale e nelle società di capitali e nelle società cooperative sono deliberate dagli amministratori. Il terzo comma dell'art. 152 l.f. precisa altresì che, in ogni caso, la decisione o la deliberazione degli amministratori deve risultare da verbale redatto da un notaio e deve essere depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c.

³³ Sull'aspetto si ritornerà nel paragrafo 7.2 in occasione del commento relativo alla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in pendenza del procedimento.

³⁴ Cfr. art. 161, comma primo e comma secondo lett. e), l.f.



legislatore delle ultime modifiche non è intervenuto sulla disposizione declinata nell'art. 152 l.f. il tenore letterale della quale, dunque, non dovrebbe essere sopravvalutato. La verbalizzazione notarile della delibera, della decisione o della determina dell'organo societario deve intendersi effettuata esclusivamente con riferimento alla domanda di concordato in bianco e non anche alla proposta, proposta che come già detto, in caso di concordato in bianco potrebbe mancare³⁵.

Sul punto va segnalato che, con riferimento al contenuto della delibera (determina) di procedere al deposito del ricorso contenente la domanda di concordato in bianco è stato altresì precisato come possa risultare opportuno attribuire al soggetto deputato a presentare il ricorso la facoltà di integrare la documentazione a seguito delle richieste del Tribunale³⁶.

La seconda questione concerne gli allegati al verbale notarile, vale a dire se debba essere necessariamente allegato il piano di concordato.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre segnalare che la specificità del concordato in bianco, in cui il piano di concordato o il piano di accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.f. potrebbero mancare al momento del deposito del ricorso contenente la domanda, consente al ricorrente di non allegare il piano al verbale notarile.

Invertendo la prospettiva, altro aspetto di problematicità si pone con riferimento all'allegazione del verbale notarile alla domanda di concordato.

Va dato atto che nonostante l'orientamento maggioritario della giurisprudenza ritenga che, in virtù del rinvio all'art. 152 l.f. effettuato nell'art. 161, quarto comma, l.f. e per difetto di coordinamento di dette disposizioni, tale adempimento sia necessario anche per la presentazione della domanda di concordato in bianco, in difetto dell'allegato, si registra nella prassi un'apertura concedendo al ricorrente un termine per la regolarizzazione della domanda ai sensi dell'art. 182 c.p.c.³⁷.

Con riferimento ai controlli che il Tribunale è chiamato a svolgere successivamente al decreto con cui ammette al procedimento di concordato in bianco l'impresa richiedente, va segnalato che il decreto n. 69/2013 ha con evidenza rafforzato i poteri dell'autorità giudiziaria.

Anticipando ciò che verrà approfondito nei paragrafi seguenti, possono essere ricondotti in questa categoria: la nomina del commissario giudiziale, i controlli effettuati allo scopo di verificare la sussistenza dei fatti e delle condotte di cui all'art. 173 l.f., segnalate del commissario giudiziale³⁸, come prevede l'ultimo periodo dell'art. 161, sesto comma, l.f. e soprattutto l'attività di vigilanza circa l'adempimento degli obblighi informativi posti a carico del debitore ai sensi dell'art. 161, ottavo comma, l.f..

³⁵ Sul punto, si veda, CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Delibera che approva la domanda di concordato "con riserva" ex art.161 vi comma l. Fall. ed intervento notarile*, massima Osservatorio societario, 16 luglio 2013.

³⁶ In termini, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100-2013/I, 7.

³⁷ Tribunale di Modena, 28 novembre 2012; Tribunale di Mantova, 14 marzo 2013.

³⁸ Si tratta degli atti compiuti in frode di cui al primo comma e di atti compiuti senza preventiva autorizzazione *ex art. 167* l.f. In tale evenienza, il Tribunale, nelle forme del procedimento di cui all'art. 15 l.f. e dopo aver verificato la sussistenza delle condotte può con decreto dichiarare improcedibile la domanda e su richiesta del creditore o del P.M., accertati i presupposti declinati negli artt. 1 e 5, dichiarare il fallimento.



5. Il commissario giudiziale: nomina e funzioni nel concordato in bianco

L'ideale seconda fase della vicenda ricollegabile alla presentazione della domanda prenotativa che si apre dal momento in cui il Tribunale concede i termini per l'implementazione della domanda, pone l'impresa in diretto contatto con il Tribunale, il commissario giudiziale, se nominato, ed anche sotto il controllo dei creditori³⁹.

Il rafforzamento del ruolo e dei poteri riconosciuti all'autorità giudiziaria, trova espressione nella possibilità riconosciuta dal d.l. n. 69/ 2013 di nominare – anticipatamente rispetto all'apertura del procedimento di concordato tradizionale – il commissario giudiziale.

Tale facoltà origina dall'esigenza di rafforzare la vigilanza sulla procedura e, in particolare, sull'attività del debitore che dovrebbe essenzialmente attivarsi nella determinazione della proposta con i creditori e nella predisposizione del piano. È noto, infatti, che durante i primi mesi di applicazione della normativa introdotta con il d.l. n. 83/2012, non pochi tribunali si sono avvalsi di ausiliari nominati *ex art.* 68 c.p.c. per monitorare l'impresa nel periodo concesso ai fini della predisposizione della proposta e del piano.

5.1 La nomina del commissario

L'art. 161, comma sesto, l.f. precisa, che con decreto motivato tramite cui concede i termini per l'integrazione della domanda depositata con riserva, il Tribunale può nominare un commissario giudiziale di cui all'art. 163, secondo comma, n. 3, l.f.⁴⁰.

Si tratta, dunque, di scelta che, ancorché rimessa alla discrezionalità della autorità giudiziaria, verrà presumibilmente praticata sistematicamente, poste le finalità di tutela del fisiologico utilizzo dell'istituto perseguite dal legislatore con le modifiche apportate mediante il 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.

Relativamente al momento in cui il Tribunale può procedere alla nomina, poi, la costruzione sintattica della norma consente di concludere che esso coincida con l'adozione del decreto di concessione dei termini. È il caso di precisare, che la disposizione si riferisce espressamente al “*decreto che fissa il termine di cui al primo periodo*”, intendendosi per tale sia, il termine che il Tribunale deve concedere al debitore proponente e ricompreso tra sessanta giorni e centoventi giorni, sia l'ulteriore termine di proroga richiesto in presenza di giustificati motivi. La nomina del commissario giudiziale in altra sede non parrebbe consentita⁴¹.

³⁹ Cfr. art. 161, ottavo comma, l.f.. Secondo alcuni, l'«ingerenza» dei creditori nel procedimento di concordato in bianco, ha portata generale e non si risolve nella particolare circostanza, descritta appunto nell'art. 161, ottavo comma, l.f., in cui il Tribunale decida di abbreviare i termini precedentemente concessi quale conseguenza delle inadempienze del debitore; *cf.* in tal senso, ASSONIME, *Le modifiche alla disciplina del concordato in bianco*, circolare n. 31 del 10 ottobre 2013, 7; F. LAMANNA, *Il decreto del “Fare” e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, su www.fallimentarista.it

⁴⁰ La nomina del commissario è frutto della modifica effettuata con la pubblicazione del d.l. n. 69/2013, La legge di conversione ha precisato che il decreto di nomina oltre ad essere quello con cui il Tribunale concede il termine per l'integrazione della domanda deve essere motivato.

⁴¹ La nomina, infatti, potrebbe essere utile per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, visto che il settimo comma dell'art. 161, l.f. chiarisca che l'autorizzazione del Tribunale debba essere preceduta dal parere del commissario giudiziale solo se nominato.



Il rinvio all'art. 163, secondo comma, n. 3, l.f., conferma che si tratta di nomina anticipata dell'organo⁴² 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.

Di talché, oltre agli specifici requisiti di professionalità declinati per il curatore fallimentare nell'art. 28 l.f. e alle cause di incompatibilità previste nella stessa disposizione, la nomina andrà accettata da commissario giudiziale entro due giorni, facendo pervenire al Tribunale tale accettazione. L'inosservanza dell'obbligo comporta la sostituzione del primo nominato, con provvedimento assunto d'urgenza e in camera di consiglio dal Tribunale.

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.

Per quanto concerne l'entità del compenso, v'è da dire che la relazione illustrativa del decreto del fare, ne prevede la fissazione secondo i criteri di cui all'art. 4, comma 1, d.m. n. 30/2012⁴³, richiamato dall'art. 5. In tal modo occorrerebbe tenere in considerazione l'ammontare dell'attivo e del passivo risultanti dall'art. 172 l.f., vale a dire dei risultati dall'attività di inventariazione che il commissario compie a seguito dell'ammissione alla procedura *ex art.* 162 l.f. 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.

Occorre mettere in luce, come risulta da una pronuncia pubblicata in data successiva alla novella del 2013, che il Tribunale, in presenza di realtà particolarmente complesse, può nominare un organo collegiale che svolga le funzioni di commissario giudiziale, ricorrendo all'applicazione analogica di quanto previsto nella normativa speciale dettata per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza⁴⁴, ovvero in quella relativa alla liquidazione coatta amministrativa⁴⁵. In tal caso, ferma restando l'applicazione delle regole dettate in punto di funzionamento degli organi collegiali contemplate nelle predette normative, si è precisato che il compenso spettante al collegio di esperti chiamati a svolgere l'incarico di commissario giudiziale, debba essere determinato secondo le indicazioni fissate nel d.m. n. 30/2012 e non possa superare, per evidenti ragioni di economicità e in considerazioni dell'attività svolta congiuntamente dai componenti dell'organo, il compenso fissato per un unico commissario.

⁴² In termini anche la relazione illustrativa che spiega come la nomina anticipata del commissario giudiziale sia dovuta all'esigenza di contenere i costi della procedura in tutti i casi in cui alla domanda in bianco faccia seguito il deposito della proposta e del piano. In tal modo, si evita il ricorso alla nomina di ausiliari di giustizia *ex art.* 68 c.p.c. e la liquidazione di distinti compensi.

⁴³ Si tratta del decreto 25 gennaio 2012, n. 30 "Regolamento concernente l'adeguamento dei compensi spettanti ai curatori fallimentari e la determinazione dei compensi nelle procedure di concordato preventivo".

⁴⁴ Cfr. l'art. 15 d.lgs. n. 270/1999 sulla nomina del commissario giudiziale e l'art. 38 d.lgs. n. 270/1999 sulla nomina del commissario straordinario.

⁴⁵ Cfr. l'art. 198 l.f..



5.2. Le funzioni del commissario

Passiamo in rassegna le funzioni esercitate dal commissario giudiziale.

Come è noto, nell'ambito del concordato preventivo si instaura un flusso di informazioni tra imprenditore (o organo di amministrazione qualora si tratti di società) e commissario giudiziale che, finalizzato all'esercizio dell'attività di vigilanza del commissario, viene cristallizzato nel contenuto della relazione redatta ai sensi dell'art. 172 l.f. ovvero nell'attività espletata ai sensi dell'art. 173 l.f. o infine nel motivato parere reso ai sensi dell'art. 180 l.f. e che prosegue dopo l'omologazione del concordato durante l'esecuzione secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologa⁴⁶.

L'intervento effettuato dal d.l. n. 69/2013, trasfonde nell'ambito del subprocedimento di concordato in bianco il flusso informativo tra debitore (organi societari, trattandosi di società) e commissario nominato dal Tribunale, nei limiti di compatibilità e in aderenza alle funzioni di vigilanza esercitate dal commissario medesimo.

Quest'ultimo, infatti, è tenuto a vigilare costantemente l'attività del debitore, ottenendo adeguate informazioni, al fine di accertare la ricorrenza delle condotte di cui all'art. 173 l.f. che è tenuto a segnalare immediatamente al Tribunale affinché adotti i provvedimenti che ritenga maggiormente appropriati⁴⁷.

In particolare, il commissario è chiamato ad esprimere il proprio parere sull'opportunità del compimento di atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 161, settimo comma, l.f.⁴⁸; il commissario è tenuto a vigilare sull'adempimento degli obblighi informativi al Tribunale da parte del debitore e ad esprimere un parere circa la manifesta inidoneità dell'attività svolta dal debitore per la predisposizione della proposta e del piano, come impone l'art. 161, ottavo comma, ai fini della valutazione della riduzione del termine già concesso con il decreto di cui all'art. 161, sesto comma, l.f.

Restando in argomento, occorre prestare attenzione all'inciso introdotto dal decreto del fare nel sesto comma dell'art. 161, l.f. per cui in presenza di nomina del commissario, trova applicazione l'art. 170, secondo comma, l.f. che, come noto, impone all'imprenditore (sempre generalmente inteso) ammesso al concordato preventivo di tenere a disposizione del giudice delegato e del commissario i libri contabili che gli sono stati restituiti dopo l'annotazione dell'ammissione al procedimento⁴⁹.

L'assenza di rinvii all'art. 170, primo comma, l.f. e la circostanza che il legislatore ha previsto che il ricorso sia depositato unitamente ai bilanci degli ultimi tre esercizi potrebbe suggerire l'idea che le scritture da restituire siano questi ultimi allegati alla domanda con riserva e da tenere a disposizione del commissario⁵⁰.

⁴⁶ Il flusso informativo si realizza tra impresa (generalmente intesa) e commissario giudiziale essendo quest'ultimo l'organo tenuto all'informativa dei creditori (*cf.* art. 175, ma anche art. 180, quinto comma, l.f.) che a loro tutela possono utilizzare i rimedi propri della procedura.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.f., il Tribunale può con decreto dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, dichiarare il fallimento del debitore.

⁴⁸ Il Tribunale è tenuto ad acquisire il parere del commissario, ancorché questo non sia per esso vincolante, come si evince dall'art. 161, settimo comma, l.f.

⁴⁹ L'immediata annotazione effettuata dal giudice delegato sotto l'ultima scrittura è prevista dall'art. 170, primo comma, l.f..

⁵⁰ In tal senso, Tribunale di Pisa, 21 febbraio 2013, e Istruzioni Tribunale di Monza, *cit.*. Nei casi in cui il debitore non sia tenuto alla redazione del bilancio, l'orientamento prevalente ritiene che debba essere allegata tutta la documentazione solitamente



Sembra plausibile anche un'ulteriore lettura, vale a dire che, nonostante la domanda sia corredata unicamente dai bilanci degli ultimi tre esercizi e dall'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei crediti, il debitore sia tenuto a mettere a disposizione del commissario tutte le scritture contabili ancorché esse non siano state presentate al momento del deposito del ricorso.

La questione sembra strettamente correlata a quella sorta all'indomani della riforma del diritto fallimentare circa la portata della disposizione contenuta nell'art. 170 l.f. che originava dalla circostanza che l'art. 161 l.f. non contemplava tra la documentazione da presentare unitamente al ricorso di concordato preventivo, le scritture contabili.

A fronte di quanti hanno ritenuto che, nonostante il silenzio dell'art. 161 l.f., le scritture contabili vadano comunque depositate in cancelleria, quantomeno dopo il decreto di ammissione, per consentire l'annotazione prevista dall'art. 170, primo comma, l.f., molti altri hanno sostenuto che l'art. 170, comma primo, l.f. fosse tacitamente abrogato. I fautori di questa ultima tesi fondano il proprio convincimento sia sulla lettera dell'art. 161 l.f., sia sulla considerazione che l'obbligo di deposito delle scritture contabili è stato sostituito dalla allegazione della aggiornata situazione patrimoniale ed economica e finanziaria e dei restanti documenti indicati nell'art. 161, secondo comma, l.f.

Alla luce di quanto ora esposto, considerando altresì la specificità del subprocedimento che si apre con il deposito della domanda prenotativa⁵¹, il contestuale deposito delle scritture contabili ai fini dell'annotazione non sembra praticabile, mentre appare plausibile la soluzione per cui il debitore depositi unitamente alla domanda solo i bilanci degli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti pur restando egli obbligato a tenere a disposizione del commissario tutte le scritture contabili⁵².

Il rinvio all'art. 171, comma secondo, l.f. dovrebbe intendersi limitato esclusivamente all'obbligo di tenuta a disposizione del commissario giudiziale delle scritture contabili nell'ottica dello scambio di informazioni e in funzione dei compiti di vigilanza di cui questi è tradizionalmente investito e sopra richiamati⁵³.

6. Gli atti di straordinaria e di ordinaria amministrazione

Dopo il decreto di cui all'art. 161, sesto comma, l.f. e durante il periodo concesso con quel decreto, il debitore conserva l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa ma, come visto, è sottoposto alla vigilanza del

esibita in sede prefallimentare ai fini dell'accertamento del requisito dimensionale di cui all'art. 1; in tal senso, Istruzioni Tribunale Milano, *cit.*

⁵¹ In proposito, si veda il summenzionato Tribunale di Reggio Emilia, 9 agosto 2013, secondo cui “*A seguito del ricorso ex articolo 161 sesto comma si apre un procedimento di natura concorsuale (che non è identificabile con il concordato preventivo), in quanto si svolge su tutto il patrimonio del debitore, su tutti i suoi beni, nell'interesse di tutti i creditori e sotto la sorveglianza dell'autorità giudiziaria*”.

⁵² Va messo in luce, a tal proposito, che l'impresa che presenta la domanda di concordato in bianco deve in ogni caso chiudere i conti effettuando le scritture di assestamento alla data di deposito della domanda presso il registro delle imprese, data a decorrere dalla quale si ha l'effetto dell'*automatic stay* e, quindi, il congelamento della posizione dei creditori. Questa data è, infatti, quella di riferimento per la determinazione del passivo e dell'attivo del concordato.

⁵³ La necessità di consultare le scritture contabili può sorgere nell'esercizio della vigilanza sul compimento degli atti di amministrazione straordinaria ovvero ai fini dell'accertamento delle condotte fraudolente.



Tribunale e del commissario giudiziale qualora sia stato nominato⁵⁴. Si apre per l'impresa ricorrente quella seconda ideale fase di cui si diceva in premessa e che pare cadenzare il procedimento..

Quanto alla gestione dell'impresa, la regola generale declinata nell'art. 161 l.f., settimo comma, l.f. dispone che, dal deposito del ricorso contenente la domanda⁵⁵ fino alla data decreto di cui all'art. 163 l.f., il debitore che intenda porre in essere atti di straordinaria amministrazione è tenuto ad ottenere l'autorizzazione del Tribunale, mentre restano nella sua piena disponibilità gli atti di ordinaria amministrazione.

Il compimento di atti di straordinaria amministrazione a seguito della domanda di concordato con riserva viene quindi subordinato all'esistenza di particolari cautele processuali: la legge precisa chiaramente che il compimento di atti di straordinaria amministrazione deve essere previamente autorizzato dal Tribunale chiamato ad acquisire necessariamente il parere del commissario giudiziale, e investito della possibilità di acquisire, all'occorrenza, sommarie informazioni.

In assenza di esplicite indicazioni, occorre però precisare quali siano gli atti che possano essere ricondotti al concetto di ordinaria amministrazione di un'impresa in crisi e quelli che al contrario possono ricadere nel concetto di straordinaria amministrazione⁵⁶, preso atto che al momento del deposito del ricorso di concordato in bianco, il piano e la proposta possono mancare e dunque risultare di difficile applicazione i criteri dettati nell'art. 167 l.f.

A tale riguardo va evidenziato che la legge circoscrive l'ambito della richiesta di autorizzazione agli atti di amministrazione che presentino profili di straordinarietà e di urgenza con il corollario che la richiesta del debitore, il parere del commissario e le informazioni acquisite eventualmente dal Tribunale non potranno prescindere dalla considerazione che l'atto in oggetto oltre ad essere "straordinario" sia anche urgente. A conferma di ciò, depone la significativa circostanza per cui il legislatore del d.l. n. 83/2012 non ha replicato l'elencazione contenuta nell'art. 167, secondo comma, l.f., ritenuta peraltro meramente esemplificativa anche per i procedimenti di concordato preventivo⁵⁷.

Il requisito della "straordinarietà", allora, deve essere declinato in relazione a quello dell'urgenza⁵⁸ senza trascurare la circostanza per cui, secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione e della dottrina, vanno qualificati di straordinaria amministrazione gli atti che risultino potenzialmente idonei ad incidere negativa-

⁵⁴ In termini, Corte d'Appello di Bologna, 18 dicembre 2013.

⁵⁵ Non dal decreto di fissazione dei termini.

⁵⁶ Anche la disciplina dell'amministrazione durante la fase di pre-concordato è caratterizzata dal c.d. spopolamento attenuato dei beni, già teorizzato dalla giurisprudenza con riferimento al concordato preventivo (in termini, Corte di Cassazione, sezione V civ., n. 4728/2008).

⁵⁷ Sul tema, cfr. Corte di Cassazione, sez. I civ., n. 9262/2002 secondo la quale "... trattasi di elencazione non tassativa – come è dimostrato dal richiamo residuale alla categoria generale degli atti eccedenti la ordinaria amministrazione – ma utile alla concreta qualificazione di questi ultimi, sicché, se sono di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità dell'impresa e alle dimensioni del suo patrimonio, e ancor più quelli che lo migliorano o semplicemente lo conservano (Cass. 599/1982; 45/1979; 2556/1970; 1741/1968; 486/1966), restano invece nell'area della amministrazione straordinaria gli atti che nel loro risultato finale lo riducano o lo gravino di pesi e vincoli, cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali, su di essi prevalenti ..."; S. PACCHI, *I concordati delle società*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Milano, 2009, 1533, nt. 34.

⁵⁸ L'atto dunque deve essere urgente.



mente sull'integrità del patrimonio; per tali atti è richiesta una valutazione *ex ante* sulla opportunità⁵⁹.

Ciò detto, occorre spendere sommiari cenni circa il regime di invalidità dell'atto urgente di straordinaria amministrazione posto in essere senza preventiva autorizzazione del Tribunale, dopo il deposito della domanda.

Tale atto non può essere ricondotto alla categoria enunciata dal legislatore e ricomprensiva degli "atti legalmente compiuti".

In modo simmetrico a quanto concluso in ordine alle ipotesi di atti compiuti in assenza dell'autorizzazione prevista dall'art. 167 l.f., l'atto urgente di straordinaria amministrazione compiuto nell'intervallo temporale preso in considerazione nell'art. 161, settimo comma, l.f., si deve ritenere inefficace con il corollario che per esso non vale l'esenzione da revocatoria declinata nell'art. 67, terzo comma, lett. e), l.f. e il credito sorto quale effetto del suo compimento non sarà prededucibile ai sensi dell'art. 111 l.f.. Occorre menzionare che, secondo la giurisprudenza, in assenza di autorizzazione, potrebbero ricorrere i presupposti per una pronuncia di inammissibilità ai sensi dell'art. 162, commi secondo e terzo, l.f.⁶⁰.

7. La *governance* e gli obblighi informativi

Come precisato, il debitore resta nella disponibilità della sua impresa; ne discende che la presentazione della domanda di concordato in bianco da parte di una società non implica la decadenza degli organi societari dalle funzioni ad essi attribuite dalla legge e dallo statuto.

Anche in presenza della domanda di concordato in bianco, a seguito della novella del 2013, nei limiti di compatibilità con la specificità della disciplina, possono replicarsi le considerazioni spese dalla più attenta dottrina con riferimento alla *governance* delle società ammesse alla procedura di concordato preventivo per cui si verifica una sorta di convivenza necessaria tra organi societari e organi della procedura: la condotta dei primi continuerà ad essere orientata dalle prescrizioni del diritto societario secondo quanto previsto in ordine alle tipiche funzioni ad essi riconosciute⁶¹, la condotta dei secondi sarà improntata ai criteri sanciti nella legge fallimentare ed esclusivamente orientata alla tutela delle ragioni dei creditori⁶².

Sulle funzioni attribuite al commissario giudiziale ci siamo soffermati nel par. 5.2.

⁵⁹ Per converso, le azioni giudiziarie finalizzate alla conservazione del patrimonio e alla tutela dei creditori sono state qualificate come atti di ordinaria amministrazione dal Tribunale di Lucca, 21 maggio 2013. Sono stati ricondotti alla categoria degli atti di ordinaria amministrazione anche i pagamenti degli emolumenti dei dipendenti maturati anteriormente alla data di presentazione del ricorso (Tribunale di Novara, 17 aprile 2013), ovvero i licenziamenti collettivi attuati a seguito della presentazione della domanda in funzione della prosecuzione dell'attività nell'ambito di un concordato con continuità (Tribunale di Cosenza, 3 marzo 2013).

⁶⁰ Giunge a tali conclusioni, Tribunale di Pinerolo, 9 gennaio 2013, che ha qualificato come atti di straordinaria amministrazione, il contratto di comodato di un immobile, l'assunzione a tempo determinato di personale necessario a garantire uno spaccio aziendale.

⁶¹ Considerate le limitazioni previste dall'art. 182-*sexies* l.f. su cui *infra*, par.7.2, l'attività di amministrazione sarà necessariamente indirizzata all'attuazione del programma contenuto nel piano di concordato.



7.1 Gli obblighi informativi

Sono di un certo rilievo le modifiche inserite tramite il d.l. n. 69/2013 nell'ambito degli obblighi informativi imposti all'imprenditore (e gli organi societari, trattandosi di società) verso il Tribunale.

Come prevede l'art. 161, ottavo comma, l.f., infatti, l'impresa, è tenuta a fornire al Tribunale obblighi informativi periodici anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano. Tali obblighi sono disposti in ogni caso dal Tribunale con il decreto con cui fissa i termini di cui all'art. 161, comma sesto, l.f. e devono essere assolti con cadenza periodica ma non superiore al mese e fino alla scadenza del termine fissato con il decreto di cui all'art. 161, sesto comma, l.f..

Destinatario dell'informativa è, come detto, il Tribunale, ancorché il commissario giudiziale sia espressamente tenuto a vigilare che il debitore si attenga a tale obbligo.

Oggetto dell'informativa è l'attività compiuta dal debitore, nel periodo considerato e dunque quella generalmente descritta come ordinaria amministrazione, ferma restando la specifica disciplina per l'attività di straordinaria amministrazione cui prima abbiamo accennato.

L'obbligo informativo ha ad oggetto l'attività compiuta ai fini della predisposizione del piano e della proposta, dovendo il Tribunale essere edotto circa le trattative condotte con i creditori in funzione della successiva stesura del piano di concordato su cui dovranno incentrarsi le successive valutazioni del professionista attestatore⁶³.

L'obbligo informativo ha ad oggetto anche la gestione finanziaria dell'impresa.

Sul punto, il legislatore precisa che il debitore è tenuto a depositare, con cadenza mensile, una situazione finanziaria dell'impresa che viene pubblicata, entro il giorno successivo, a cura del cancelliere nel registro delle imprese⁶⁴ in modo che anche i creditori possano prenderne visione e venirne a conoscenza.

Secondo la relazione illustrativa del d.l. n. 69/2013, l'intervento relativo all'informativa, incide sull'ambito degli obblighi che il Tribunale deve porre a carico del debitore così da ricomprendere anche le attività poste in essere ai fini della predisposizione della proposta rivolta ai creditori e della predisposizione del piano "... con l'obiettivo di permettere al Tribunale di verificare e reprimere eventuali condotte abusive ...".

La scelta di circoscrivere l'obbligo informativo e di deposito alla sola situazione finanziaria, stando a quanto esprime la relazione illustrativa del d.l. n. 69/2013, è dovuta alla necessità di evitare l'aggravio degli adempimenti contabili nell'ottica di preservare la flessibilità che distingue tale strumento (di concordato con riserva). Tale passo della relazione, ingenera alcune perplessità, non tanto circa la necessità di depositare la relazione finanziaria dell'impresa con le modalità appena descritte, quanto circa l'eshaustività di tale documentazione:

⁶² In termini cfr. Cassazione, 4 dicembre 1993, n. 12052.; l'aspetto è stato indagato tra gli altri, da A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in Trattato Colombo - Portale, Torino 1993, 9**, 337 e ss.; S. PACCHI, *I concordati delle società*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, 2, Milano 2009, 1533 e ss..

⁶³ Al riguardo va detto che l'adempimento dell'obbligo informativo al Tribunale non esime il debitore dal rispetto della stringente disciplina dettata per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione e non sana eventuali irregolarità. Per converso il Tribunale potrebbe dichiarare l'inammissibilità del procedimento anche solo al momento di presentazione del piano e della proposta.

⁶⁴ Il cancelliere è tenuto a richiedere l'iscrizione nel registro delle imprese il giorno successivo al deposito in cancelleria della situazione finanziaria.



L'obbligo di depositare anche una situazione patrimoniale aggiornata avrebbe potuto contribuire allo scopo di rendere utili informazioni al Tribunale e ai creditori. Non deve essere trascurata la circostanza che la domanda con riserva può essere depositata in un momento distante dal deposito del bilancio relativo all'ultimo esercizio – a cui peraltro il bilancio si riferisce – e che la gestione dell'impresa, continuando durante il periodo indicato nel decreto di concessione dei termini, può protrarsi anche per 120 giorni. Al riguardo, va segnalata la prassi invalsa in alcuni tribunali che hanno ricompreso tra gli obblighi informativi anche il deposito, solitamente con cadenza mensile, di una situazione patrimoniale, economica oltre che della situazione finanziaria aggiornata al mese precedente⁶⁵.

Criticità a parte, occorre mettere in evidenza che gli obblighi informativi, in ogni caso, non possono essere elusi dal debitore dal momento che la loro violazione produce la declatoria di inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 162, commi secondo e terzo, l.f. e il Tribunale, su istanza dei creditori o del p.m., ricorrendone i presupposti, può dichiarare il fallimento⁶⁶.

L'implementazione del patrimonio informativo del Tribunale è destinato a far sì che l'attività preparatoria dell'imprenditore (e degli organi di amministrazione, trattandosi di società) in funzione del successivo concordato o del successivo accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.f. sia posta in essere secondo le generali regole della correttezza, di modo che qualora l'attività compiuta sia manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il Tribunale, anche d'ufficio, sentito in ogni caso il debitore e il commissario giudiziale, abbrevi il termine concesso. In tal modo qualsiasi comportamento volto a generare abusi dell'istituto viene scoraggiato e, al contrario, si sollecita l'imprenditore ad attivarsi. A tal fine, l'art. 161, ottavo comma, l.f. precisa che il Tribunale può sentire in ogni momento i creditori. Sono tali quelli risultanti dall'elenco nominativo che il debitore è tenuto a depositare con il ricorso contenente la domanda di concordato in bianco *ex art. 161, sesto comma, l.f.*⁶⁷.

7.2 La governance della società nel concordato in bianco

Con le limitazioni descritte nei paragrafi precedenti, gli organi di amministrazione e controllo delle società che depositano domanda di concordato in bianco restano nella pienezza delle proprie funzioni durante tutto il procedimento e rispetto ad essi continuano a trovare applicazione le regole del diritto societario che ne disciplinano il funzionamento e i precipi compiti.

Si registra, però, la novità dell'art. 182-*sexies* l.f., introdotto dal d.l. n. 83/2012, che, recependo la prassi comunque invalsa *ante* riforma, ha considerato l'aspetto dell'attività degli amministratori di società in crisi, ancorché limitatamente alla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione.

Tale disposizione prevede che dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'art. 161, sesto comma, l.f. e sino all'omologazione non si applicano gli articoli

⁶⁵ In termini, Tribunale di Modena 22 ottobre 2012, Tribunale di Asti 24 settembre 2012.

⁶⁶ In modo simmetrico a quanto può accadere nel caso in cui il Tribunale accerti che il debitore abbia posto in essere una delle condotte contemplate nell'art. 173 l.f.

⁶⁷ L'elenco contiene le generalità dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, senza menzione delle cause di prelazione come invece previsto nell'art. 161, secondo comma, lett. b), l.f..



2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-*ter* del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* del codice civile. La disposizione fa salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 2486 c.c..

In breve, a seguito della presentazione della domanda di concordato in bianco, si declina l'inoperatività dei rimedi societari disciplinati in caso di perdite, fatta eccezione per l'obbligo di tempestiva convocazione dell'assemblea al ricorrere delle condizioni descritte nell'art. 2446, primo comma, c.c. e di quelle previste nell'art. 2482-*bis*, commi primo, secondo e terzo, c.c., per deliberare gli opportuni provvedimenti, con evidente *favor* per le soluzioni orientate verso tecniche di riorganizzazione aziendale e ristrutturazione del passivo⁶⁸.

È il caso di mettere in luce, al riguardo, che gli amministratori potrebbero deliberare di depositare la domanda di concordato in bianco anche prima della data fissata per la convocazione dell'assemblea in virtù dei poteri loro riconosciuti dall'art. 152 l.f. a mente del quale, come detto in precedenza, in assenza di differente previsione statutaria, la proposta di concordato viene deliberata dagli amministratori. Allo stesso modo, la domanda di concordato con riserva potrebbe essere depositata all'esito della assemblea, nei casi in cui quest'ultima non abbia deliberato altri opportuni provvedimenti.

In ogni caso, se la domanda non viene depositata (né viene depositata una domanda di concordato *ex art.* 161, comma primo, l.f. o una domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione) gli effetti sospensivi declinati nell'art. 182-*sexies* l.f. non si producono con piena vigenza delle previsioni codicistiche incentrate sull'alternativa della ricapitalizzazione o della liquidazione, ovvero, nelle ipotesi consentite, della trasformazione. La presentazione della domanda di concordato con riserva non rappresenta un'esimente per gli amministratori che, come prevede espressamente l'art. 182-*sexies* l.f., restano responsabili per il periodo anteriore alla presentazione della domanda secondo i canoni descritti nell'art. 2486 c.c. Questi ultimi, incorrono in responsabilità per il compimento, nel periodo sopra considerato, di atti di gestione in violazione del generale dovere di conservare l'integrità e il valore del patrimonio: la previsione dovrebbe favorire la tempestiva convocazione dell'assemblea al ricorrere dei primi squilibri patrimoniali, nei limiti considerati nell'art. 2246, primo comma, o 2482-*bis*, commi primo, secondo e terzo, c.c. ovvero in alternativa, la concreta considerazione dei nuovi istituti di composizione negoziale, anche in presenza di deliberazione di ricapitalizzazione precedentemente assunta dalla società qualora gli stessi amministratori ritengano che tale rimedio non sia concretamente realizzabile quanto a modalità o a tempi senza recare pregiudizio all'integrità o al valore del patrimonio sociale⁶⁹.

⁶⁸ Sul tema, F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2013, 1126 e ss.; U. TOMBARI, *Principi e problemi di diritto societario della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2013, 1156 e ss., il quale mette in evidenza che gli obblighi di cui all'art. 2446, primo comma, c.c. (o all'art. 2482-*bis*, commi primo, secondo e terzo, c.c.) persistono e che l'assemblea convocata per l'adozione degli opportuni provvedimenti è libera di disporre la riduzione del capitale e contestuale aumento (nt.61).

⁶⁹ L'aspetto è messo in luce da CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Crisi di impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto*, massima dell'Osservatorio societario, 16 luglio 2012.



È il caso di precisare, infine, che, nel caso in cui la società decida di praticare questa ultima soluzione presentando domanda di ammissione al concordato con riserva, l'organo di amministrazione, che resta nella pienezza delle proprie funzioni, è tenuto ad uniformarsi, dal momento del deposito, al particolare sistema di autorizzazioni previsto dalla legge fallimentare e all'adempimento di quegli obblighi di informazione di cui sopra nei confronti del Tribunale e del commissario giudiziale, se nominato.

Per quanto concerne il collegio sindacale, oltre a richiamare le norme declinate in un'ottica di prevenzione della crisi⁷⁰, il deposito della domanda di concordato con riserva rende necessario effettuare alcuni chiarimenti in merito al ruolo che l'organo potrebbe assumere nella vicenda⁷¹.

Come accennato, l'organo resta nella pienezza delle sue funzioni che continuerà a svolgere regolarmente. Considerato il ruolo affidato al commissario giudiziale finalizzato alla tutela delle ragioni dei creditori, il collegio continua a operare in funzione di vigilanza nell'interesse dei soci e della società ai sensi dell'art. 2403 c.c., potendo esercitare i poteri che la legge gli riconosce.

In particolare, quando l'organo di amministrazione ovvero la società abbiano deliberato di depositare la domanda prenotativa, appare possibile sostenere, in linea con il precedente rappresentato dalla norma di comportamento 11.4, che il collegio sindacale, necessariamente informato di tale determinazione, vigili altresì sulla completezza della documentazione esibita a corredo della domanda (bilanci degli ultimi tre esercizi e elenco nominativo dei creditori) e sulla concreta possibilità di accedere a tale istituto. In caso di concessione dei termini, poi, il collegio sindacale dovrebbe anche vigilare affinché la società produca nei termini fissati, la proposta, il piano e la documentazione a corredo, onde evitare declatorie di inammissibilità ai sensi dell'art. 162, l.f. come precedentemente evidenziato.

Sembrerebbe inoltre che il collegio sindacale sia tenuto a vigilare sugli atti posti in essere dalla società dal momento del deposito del ricorso fino a quello di emissione del decreto di cui all'art. 163 l.f., assicurandosi che eventuali atti urgenti di straordinaria amministrazione coincidano con quelli rispetto ai quali il Tribunale ha rilasciato espressa autorizzazione ai sensi dell'art. 161, settimo comma, l.f..

Nel caso in cui il Tribunale abbia nominato il commissario giudiziale, simmetricamente a quanto avviene in occasione della procedura di concordato preventivo, si ritiene che il collegio sindacale, permanendo nell'esercizio delle proprie funzioni quale organo societario di controllo, debba favorire un virtuoso flusso di informazioni con l'organo di nomina giudiziaria informandolo di eventuali irregolarità riscontrate nella gestione anche al fine di consentire allo stesso la tempestiva informazione al Tribunale ai sensi degli artt. 173 l.f.

In conclusione, sembra plausibile sostenere che il compenso dell'organo di controllo e il compenso del revisore legale⁷² maturato dopo che la domanda di concordato in bianco sia stata deposita presso il registro delle imprese e fino al decreto di cui all'art. 163 l.f., possano venir eventualmente considerati come spese prede-

⁷⁰ Oltre ai generali obblighi di vigilanza, la legge impone al collegio sindacale la convocazione senza indugio dell'assemblea in caso di inerzia degli amministratori per l'adozione degli opportuni provvedimenti ai sensi dell'art. 2446, primo comma, c.c.

⁷¹ L'aspetto è stato recentemente indagato anche da M. POLLIO, *Attività e responsabilità dei sindaci in presenza di concordato preventivo*, in *Società e Bilancio, Contratti e Revisione* n. 12/2013, Eutekne, p. 20 e ss.

⁷² Nei casi in cui il collegio sindacale non eserciti la funzione di revisione legale.



ducibili, trattandosi di spese sociali strumentali al funzionamento della società e al concordato e dunque sorte in funzione della procedura concorsuale come impone l'art. 111 l.f.⁷³.

⁷³ Si può del pari osservare che anche i compensi maturati dall'organo di controllo e dal revisore legale durante la procedura di concordato (anche in continuità) e dunque dal decreto di ammissione *ex art.* 163 l.f. fino all'omologazione *ex art.* 180 l.f., possono eventualmente rientrare tra i crediti prededucibili in quanto sorti in occasione della procedura concorsuale. L'aspetto della prededucibilità dei crediti è stato oggetto di rinnovata attenzione da parte del legislatore. L'art. 111, comma 3-*quater*, del d.l. n. 145/2013, a seguito della conversione nella l. n. 9/2014, fornisce un'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, l.f. precisando che quest'ultima disposizione si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.f. sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo del citato articolo 161 siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 l.f. senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda di concordato in bianco.