



REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI PISTOIA

Sezione Fallimentare

Riunito in Camera di Consiglio e composto dai Sigg.ri Magistrati:

Dr.	Raffaele	D'Amora	Presidente rel.
Dr.ssa	Daniela	Garufi	Giudice
Dr.ssa	Nicoletta	Curci	Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Avente ad oggetto: domanda ex art. 161, co. 6 presentata dalla srl....

Il Tribunale, rilevato che il giudice designato quale relatore nella procedura in oggetto, e da considerarsi giudice delegato in forza del provvedimento di organizzazione di questo Tribunale in data 27/9 - 4/10/2012, ha rimesso gli atti al Collegio con provvedimento in data 29/10/12 per una migliore puntualizzazione in ordine alla individuazione dei presupposti della presente procedura, al corredo documentale necessario e al contenuto della delega collegiale in relazione ai provvedimenti di cui all'art. 169 bis, osserva quanto segue.

La giurisprudenza, sostanzialmente unanime che si viene producendo sulla interpretazione dell'istituto di cui all'art. 161, co. 6, parte dalla sua sostanziale equiparazione alla domanda di concordato ex art. 161, co. 1.

La norma non definisce il nuovo istituto, ma si limita alla sua descrizione, lasciando aperta la via al suo inquadramento tassonomico: concordato con riserva, concordato in bianco, concordato la buio, concordato con prenotazione ecc. La questione non è meramente classificatoria, ma di sostanza visto che ciò che sembra non mutare, nella varietà delle formule adottate, è l'appartenenza dell'istituto al genere "concordato" e la sua qualificazione in siffatti termini. E poiché *nomina sunt substantia rerum* se ne

deduce una identità quanto ai presupposti e alla possibilità di estensione ed applicazione di meccanismi concordatari.

Questo Tribunale, col citato provvedimento di organizzazione 27/9 - 4/10/2012, aveva di fatto assunto un'ottica diversa affermando che *“il decreto di fissazione del termine di deposito si configura quale mero provvedimento di natura organizzativa che attiene alla scansione temporale delle fasi, anche successive, di allestimento della complessiva domanda concordataria (comprensiva di proposta, piano e documentazione di cui all'art. 161, co. 2 e 3), risolvendosi in una dilatazione dello spazio processuale di tutela ordinamentale offerta al debitore nella fase della preventiva messa a punto della soluzione concordata della crisi. OMISSIS*

La natura organizzativa del decreto di fissazione del termine non è pregiudicata dal rilievo che anche la domanda semplificata di cui all'art. 161, co. 1, deve presentare dei presupposti, per così dire, processuali (legittimazione, competenza, corredo documentale necessario, ancorché ridotto)...”.

Pur nella consapevolezza di porsi in posizione asimmetrica rispetto alla corrente ed unanime interpretazione giurisprudenziale, il Tribunale ritiene che la domanda di cui al comma 6 dell'art. 161 debba essere diversamente qualificata in base alla disciplina concreta dell'istituto, che prevede uno strumento eccezionale nelle mani dell'imprenditore in crisi diretto alla costituzione di una protezione tale da lasciare inalterato lo *status quo* per tutto il periodo concesso (il cd *automatic stay*).

Si tratta, a ben vedere, di una domanda avente ad oggetto la concessione di un termine *operativo* entro il quale opera la protezione di cui all'art. 168.

L'intangibilità dello *spatium deliberandi* appare funzionale non tanto agli interessi dell'impresa o alla tutela della *par condicio*, ma soprattutto ad agevolare la messa a punto di una soluzione concordata della crisi in ambiente protetto dalle aggressioni dei creditori più agguerriti.

Quale soluzione non è, invece, dato sapere.

Tale ultima considerazione si legittima in forza della alternativa concessa dall'ultimo periodo del comma 6 che sancisce la possibile transizione dall'ipotetico concordato e un AdR, percorso garantito all'inverso dal secondo periodo del comma 8 dell'art. 182 bis.

E', anzi, da notare che l'istituto in oggetto per le sue modalità semplificate finirà nella prassi per assorbire con ogni probabilità la fase cautelare di cui al comma 6 dell'art. 182 bis, per cui quand'anche fosse fin dall'inizio prevista la presentazione di un AdR è ragionevole ipotizzare che essa sarà in ogni caso preceduta da una domanda ex art. 161, co. 6.

Per altro è ben possibile che l'istituto in esame sia fine a se stesso, in quanto alla scadenza del termine fissato, l'imprenditore non riterrà di poter presentare né una proposta concordataria né domanda di omologazione di un AdR ovvero potrà presentare una richiesta di fallimento ex art. 14.

Come si vede, qualificare la domanda ex art. 161, co. 6 per qualcosa di diverso da ciò che in concreto è, può risultare fuorviante quando dalla classificazione si pretenda di desumere principi interpretativi.

Si tratta a ben vedere, non di concordato con riserva o con prenotazione, ma di *riserva di concordato* o *prenotazione di concordato*, col che si chiarisce che il concordato potrà esserci, come non esserci e non si confonde l'intenzione o la dichiarazione di volontà in ordine ad un fatto col fatto stesso.

Sembra al Collegio che, con la domanda ex art. 161, co. 6, seppure l'imprenditore debba (in ossequio alla lettera della norma) manifestare la volontà di presentare una futura proposta di concordato, in effetti *prenoti* o *riservi* la attivazione eventuale di una procedura di soluzione concordata della crisi di impresa (quando non addirittura di procedura concorsuale tout court) e sol per questo abbia diritto alla fase di riflessione costruttiva e protetta dalle possibili aggressioni da parte dei creditori.

La conseguenza pratica di tale diverso approccio è che una cosa sono i presupposti della procedura che eventualmente si attiverà, altri quelli del diverso istituto in esame.

I primi, tanto per restare all'ipotesi più fisiologica del concordato, saranno scrutinati nella fase sua propria, ovvero se e quando - presentata la proposta, il piano e la documentazione di cui al comma 2 e 3 dell'art. 161 - si aprirà la fase prevista dagli artt. 162 e 163.

I secondi, da verificarsi immediatamente da parte del Collegio (eventualmente investito dal GD, secondo il modulo organizzativo proprio di questo tribunale) sono più ristretti e funzionali alla natura dell'istituto (e alle esigenze di celerità ad essa connesse).

La sovrapposizione fra le due fasi si tradurrebbe in una duplicazione dei momenti valutativi imposta non dalla norma ma da una interpretazione della norma, in una possibile dilatazione dei tempi decisionali e di conseguenza dei termini concedibili (ciò ovviamente in via di fatto), con duplice potenziale pregiudizio: per i creditori che subiscono il congelamento delle proprie legittime iniziative di tutela dei propri diritti, per l'imprenditore che potrebbe vedersi escluso da un istituto di protezione per ragioni non ad esso intrinseche.

In modo plastico, può osservarsi come in relazione all'istituto di cui all'art. 161 co. 6 può configurarsi una *inammissibilità della domanda* (testuale nel comma 9), mentre rispetto a quello di cui all'art. 161, co. 1 (completa ed effettiva domanda concordataria) può configurarsi una *inammissibilità della proposta* (così la rubrica e il testo dell'art. 162). Non del tutto coincidenti sono i presupposti dell'una e dell'altra.

I presupposti dell'istituto di cui all'art. 161, co. 6.

Ritiene, allora, il Collegio che, oltre quello ovvio della competenza territoriale (certificato camerale storico) e quello di "corredo documentale

normativamente previsto (bilanci relativi agli ultimi tre esercizi), unico presupposto di accesso sia quello relativo alla legittimazione attiva.

Ciò significa che il ricorrente deve essere imprenditore commerciale.

In realtà la commercialità potrebbe ritenersi non imprescindibile considerando che il procedimento può risolversi nella presentazione di una domanda di omologa di un AdR e che l'art. 23, comma 43, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, estende all'imprenditore agricolo l'applicabilità degli istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale.

Tuttavia, l'*incipit* dell'art. 161, co. 6 induce a ritenere che l'istituto sia riservato all'imprenditore commerciale (visto che la domanda di accesso deve comunque fare riferimento al concordato), mentre quello agricolo dovrà percorrere la via più tortuosa dell'art. 182 bis, co. 6. In attesa di interpretazioni costituzionalmente orientate, allo stato sembra opportuno confermare quella restrittiva e pretendere la prova dell'essere il richiedente imprenditore commerciale.

La giurisprudenza nota allo stato richiede l'ulteriore prova del sovradimensionamento ex art. 1.

La conclusione non pare al Collegio così scontata.

La prova certa della collocazione nell'ambito dei parametri dimensionali è affidata nel procedimento ex art. 15 alle produzioni imposte dal comma 4 (i bilanci, collegati funzionalmente ai parametri A, B e in parte C; la relazione aggiornata, collegata al parametro C dal termine dell'ultimo esercizio fino al deposito della istanza di fallimento); nel concordato preventivo non è prevista la produzione dei bilanci e l'art. 162, co. 2, ultimo periodo sembra posporre (forse per coerenza) a tale fase l'accertamento del presupposto di cui all'art. 1 (oltre che di quello di cui all'art. 5, stante la non identità del presupposto oggettivo nel fallimento e nel concordato). In ogni caso, tralasciando la questione, che qui non rileva, del sovradimensionamento in sede di

ammissione del concordato, resta che nel procedimento ex art. 161, co. 6 non è previsto il deposito della relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, né il tribunale può pretendere produzioni esorbitanti la previsione normativa.

Ne consegue che, ove 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. Diversamente ragionando (esclusa la inammissibilità secca per assenza di corredo documentale non previsto), si dovrebbe disporre la produzione anche della relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, che necessita di non indifferenti tempi tecnici di predisposizione. Con ciò si snaturerebbero la funzione e i limiti dell'istituto e se ne pregiudicherebbe l'insita celerità ed urgenza, in vista delle quali il termine è chiesto proprio al fine di depositare, oltre al piano e alla proposta, la documentazione di cui ai commi 2 e 3, compreso la relazione in oggetto.

Né, la previsione di deposito dei bilanci osta a tale ricostruzione, ben potendo essere collegato tale onere di corredo alla diversa dimostrazione della necessaria esistenza di una regolare contabilità che costituisce il presupposto minimo per l'allestimento della successiva proposta: in definitiva, sembra trattarsi di un semplice *filtro di serietà* della iniziativa dell'imprenditore in vista delle conseguenze che si riflettono sul ceto creditorio.

Ulteriore e delicata questione è quella della documentazione delle formalità di cui all'art. 152.

Tralasciando la questione, che qui non rileva, dei possibili limiti del richiamo contenuto nel comma 4 dell'art. 161 in sede di ammissione del concordato (rinvio quanto alla approvazione e alla sottoscrizione o anche alle forme?) e venendo alla applicazione dell'art. 152 nella fase della presentazione di domanda con riserva o con prenotazione di concordato, ritiene il Collegio di

dover mettere in discussione le conclusioni che in modo unanime la giurisprudenza in via di formazione ha assunto.

Non soltanto è rimasta inalterata la collocazione della norma di richiamo (comma 4 dell'art. 161), che pertanto precede quelle relative all'istituto in esame lasciando così presumere che essa si riferisca solo alla domanda di concordato ai sensi del comma 1, ma soprattutto appare difficile la conciliazione fra la disciplina richiamata e la natura del procedimento ex comma 6.

L'art. 152, dettato in materia di concordato fallimentare, presuppone l'allestimento di una proposta completa nel suo contenuto tant'è che il comma 2 richiama espressamente le "condizioni del concordato" e la rubrica della norma è "proposta di concordato".

Tutto ciò è compatibile con la "domanda" di concordato preventivo ex artt. 160 e 161, co. 1 in quanto contenente la proposta sulla base del piano e, dunque, è indicativa delle "condizioni del concordato".

Appare evidente, al contrario, l'estraneità di tale meccanismo alla domanda ex comma 6 dell'art. 161, che non contiene né proposta, né piano e, dunque, non prevede alcuna "condizione del concordato".

Di più: la proposta non soltanto non è ancora presente, ma potrebbe non esserlo mai sia perché non verrà depositato alcunché, sia perché l'imprenditore sceglierà la strada di una procedura diversa (in particolare opererà per la domanda di omologa di un AdR, istituto che non richiama affatto l'art. 152).

In definitiva, l'art. 152 prevede oneri di documentazione e pubblicità in presenza di un concordato effettivo, per cui non si vede quale compatibilità vi sarebbe nel richiamarlo in presenza di una mera intenzione o manifestazione di volontà, per altro a contenuto variabile (stante l'alternativa dell'accordo di ristrutturazione).

E' anche da osservare che la questione della pubblicità è, di fatto, superata dalla previsione della pubblicazione del ricorso ai sensi del comma 5 dell'art. 161, norma certamente applicabile anche alla domanda prenotativa come risulta dalla modifica dell'incipit dell'art. 166 (pubblicazione del *ricorso*).

Il conclusione, legittimato per le società a sottoscrivere e presentare la domanda ex art. 161, co. 6, è il soggetto che rivesta la funzione di legale rappresentante (per le società di persone i soci rappresentativi della maggioranza assoluta del capitale); non necessita in questa fase la documentazione tramite verbale notarile; la pubblicità è quella di cui al comma 5 dell'art. 161.

Tale impostazione sembra al Collegio coerente con la natura fluida dell'istituto e con l'urgenza che ne è il connotato principale.

Il riferimento all'art. 152 diverrà operativo in funzione della effettiva presentazione della proposta concordataria e sarà scrutinato ai fini della ammissibilità del concordato stesso.

Rapporti fra domanda ex art. 161, co. 6 e art. 169bis.

Il GD ha rimesso la decisione in ordine alla fissazione del termine a seguito della domanda ex art. 161, co. 6, proposta dalla srl... anche perché venissero chiariti i contenuti della delega ai sensi del provvedimento di organizzazione di questo tribunale in data 27/9 - 4/10/2012 in riferimento ai provvedimenti ex art. 169 bis.

I rapporti fra tale disposizione e l'istituto in oggetto sono lungi dall'essere stati chiariti e, a quanto consta, solo il Tribunale di Terni in un suo recente decreto ha dato per presupposto che, anche nell'ambito della domanda con riserva di presentazione del concordato, potesse essere autorizzato lo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione (T Terni 12/10/12). Taluni commentatori hanno rilevato l'opportunità della estensione dell'istituto anche alla domanda ex art. 161, co. 6 per le potenzialità che esso potrebbe assicurare nella fase di allestimento della proposta.

Di ciò non dubita minimamente il Collegio, ma una cosa è ciò che la norma dice, altro è ciò che si vorrebbe che dicesse.

Ora, nel caso che ci interessa, ciò che l'art. 169 bis dice o, meglio, non dice è che la regola debba applicarsi anche alla domanda ai sensi dell'art. 161, sesto comma e il silenzio è del tutto significativo in quanto il legislatore lo ha espressamente detto in caso contrario: emblematici sono i vicini esempi di cui all'art. 182 quinquies, co. 1, all'art. 182 quinquies co. 4, all'art. 182 sexies co.1.

L'operazione ermeneutica di ritenere che solo nel caso di cui all'art. 169 bis il riferimento al "ricorso di cui all'art. 161" sia omnicomprensivo non regge per le evidenti asimmetrie che ne conseguirebbero e apparendo discutibile colmare il significativo silenzio del legislatore con regole mai espresse, ma coerenti solo con interpretazioni ideologicamente orientate.

La necessità della espressa estensione per via normativa è del resto imposta dalla natura affatto diversa dell'istituto in oggetto (espressione di una mera fase volitiva, ma non ancora attuativa) rispetto a quello del concordato "presentato", quando cioè siamo di fronte ad una proposta completa di concordato preventivo, già ammesso o in fase di ammissione.

La ragionevolezza della estensione prevista dai commi 1 e 4 dell'art. 182 quinquies sta nel fatto che l'autorizzazione del tribunale presuppone l'attestazione del professionista designato dal debitore in ordine alla migliore soddisfazione dei creditori (da scrutinarsi, presumibilmente, secondo criteri di legittimità sostanziale in analogia con quanto avviene rispetto alla attestazione di fattibilità di cui all'art. 161, co. 3) e, dunque, l'atto autorizzando si colloca come neutro, anzi tendenzialmente favorevole, in *qualunque scenario possibile* (concordatario o fallimentare); inoltre, nel primo caso si tratta in definitiva di acquisire risorse, la cui protezione in termini di prededucibilità non risulta, per altro, essere stata ancora messa a punto nei suoi contenuti e nei suoi limiti; nel secondo, di consentire il pagamento di

crediti connotati dal requisito della essenzialità (operazione non vietata in assoluto, ancorché non autorizzata) e con l'effetto di escludere la possibile revocatoria nel successivo fallimento.

Diversamente lo scioglimento dai contratti in corso ex art. 169 bis costituisce misura estrema d'incidenza sullo statuto del creditore (davvero di difficile declinazione con la privatizzazione del concordato e la sua pretesa visione in termini di pura contrattualità, visione per altro ulteriormente indebolita dai nuovi meccanismi di voto ex art. 178, co. 4) che può trovare razionalizzazione solo alla luce della sua funzionalità con la tipologia della effettiva proposta concordataria. Ed, infatti, qui non si richiede alcuna attestazione di sorta e il criterio di riferimento primario altro non può essere che quello funzionale.

Non si vede, allora, quale elemento valutativo potrebbe essere fondante l'autorizzazione del tribunale in una fase antecedente al deposito della proposta e del piano.

Inutile pretendere progressive discovery da parte del debitore fino al momento in cui non si è consolidata la proposta, potendo essa subire alterazioni successive fino alla decisione di non presentare proposta alcuna.

Del resto, se dopo l'eventuale autorizzazione allo scioglimento dal contratto, nonostante le precedenti e diverse discovery (per nulla impegnative) l'imprenditore optasse per la soluzione AdR, ne discenderebbe allora la traslazione surrettizia dell'istituto concordatario dell'art. 169 bis anche nell'AdR, ove esso non risulta previsto.

Né al Collegio sembra possibile riproporre la questione sotto il profilo dell'autorizzazione agli atti di straordinaria amministrazione ex comma 7 dell'art. 161 (ammesso e non concesso che si possa ravvisare un'urgenza tale da rendere l'atto non prospettabile nella fase successiva).

Per quanto attiene ai contratti in corso di esecuzione esiste una disciplina specifica che, se perimetrata per le ragioni indicate alla fase successiva al

deposito della proposta completa, non può essere estesa, trattandosi di misura evidentemente eccezionale, in via analogica.

Inoltre, lo scioglimento dal contratto pendente non sembra costituire né atto di ordinaria, né di straordinaria amministrazione di gestione dell'impresa, ma istituto peculiare della procedura concordataria, che sfugge alla distinzione. Ove così non fosse, il debitore potrebbe sciogliersi *motu proprio*, né più né meno di come è in grado di porre in essere atti gestionali di qualsiasi genere, prima della procedura. In altri termini, l'autorizzazione allo scioglimento non incide sul piano degli effetti dell'atto (atto inefficace ex art. 167 o scrutinabile ex art. 173), ma sostanzia l'atto, creando l'istituto.

Semmai la delicatezza degli effetti della autorizzazione per la sua incidenza sullo statuto di taluni creditori dovrà suggerire estrema prudenza nella fase antecedente alla ammissione del concordato, rispetto alla quale la misura della sospensione per un termine di non oltre sessanta giorni prorogabili sembra del tutto esaustiva.

Da ultimo e proprio in riferimento alla sospensione, osserva il Collegio che quanto fin'ora detto in tema di scioglimento non sembra valere per il più limitato istituto della sospensione.

La regola di cui primo periodo del comma 1 dell'art. 169 bis ("il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere...") sembra espressamente posta in riferimento all'istituto di carattere sostanziale ovvero lo scioglimento, mentre per quello di tipo procedimentale descritto al periodo secondo la formulazione sembra più generica ed omnicomprensiva.

In definitiva, la "richiesta" del debitore sembra poter pervenire in qualunque momento e soprattutto in vista del congelamento dello *status quo* finalizzato alla predisposizione della proposta, nella fase in cui, non essendo ancora predisposto il piano, non è dato conoscere la sorte del contratto in corso, che potrebbe essere come non essere funzionale alla futura proposta.

Consentire, dunque, che anche a seguito della domanda ex comma 6 dell'art. 161 possa essere richiesta ed autorizzata la sospensione dei contratti in corso è coerente con la natura e le finalità dell'istituto: in questo senso si chiarisce il contenuto della delega al GD di cui al precedente decreto organizzativo in data 27/9 - 4/10/2012.

Venendo al caso concreto e provvedendo direttamente stante la rimessione degli atti al Collegio da parte del GD, si rileva che risulta dagli atti la competenza territoriale del tribunale adito, la natura di impresa commerciale della ricorrente srl....., il deposito del corredo documentale necessario e l'assenza della preclusione di cui al comma 9 dell'art. 161, per cui occorre fissare il termine previsto dall'art. 161, co. 6 l.f. per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo.

Tale termine deve essere stabilito in giorni 60, pendendo procedimento per la dichiarazione di fallimento della srl..... (art. 160, co. 10), disponendo altresì ai sensi del comma 8 dell'art. 161 l.f.;

pqm

- 1) fissa in giorni 60 il termine per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l.f.;
- 2) dispone che la srl....., ogni 30 giorni, depositi una relazione inerente la gestione finanziaria dell'impresa con l'indicazione degli atti di ordinaria amministrazione compiuti e di quelli urgenti di straordinaria amministrazione, eventualmente posti in essere a seguito di autorizzazione del Tribunale, avvertendo che in caso di violazione di tali obblighi si procederà ai sensi dell'art. 162, commi 2 e 3, l.f.;
- 3) dispone che la ricorrente comunichi tempestivamente la nomina del professionista di cui all'art. 161, co. 3, l.f..

4) Il G.D. è delegato a provvedere ai sensi degli artt. 162 e 163 l.f., disponendo la comparizione avanti a sé della ricorrente, alla scadenza del termine di cui al punto 1.

5) Si comunichi al PM e alla società ricorrente.

Così deciso in Pistoia il 30/10/2012, dal Tribunale come sopra composto.

**Il Presidente
Raffaele D'Amora**

DEPOSITATO IL 30/10/2011

IL CASO.it