



IL TRIBUNALE DI CASSINO

riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Magistrati

dott. Andrea Petteruti Presidente relatore,
dott.ssa Maria Rosaria Ciuffi Giudice,
dott.ssa Olga Manuel Giudice,

Cauc. Priv. 9/14
Cron. 337/14

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

letto il ricorso *ex art.* 161, comma 6, L.F. depositato dalla De Marco s.r.l. con unico socio in data 19 maggio 2014;

letti i propri decreti in data 27 giugno 2014 e 03 luglio 2014;

lette le note depositate dalla società ricorrente in data 09 luglio 2014;

letta l'istanza *ex art.* 167 L.F. depositata dal debitore in data 25 giugno 2014;

letto il ricorso *ex art.* 6 L.F. depositato in data 16 giugno 2014 dalla Gracocem s.r.l. con unico socio;

uditi il debitore e l'istante per la dichiarazione di fallimento all'udienza del 23 luglio 2014,

OSSERVA

1. Ammissibilità del ricorso.

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

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

Pertanto, l'omissione non è idonea a fondare una declaratoria di inammissibilità, tanto più ove si consideri che la società debitrice, unitamente al ricorso, aveva depositato una situazione

patrimoniale aggiornata e che successivamente è stato pure depositato (non appena approvato) il bilancio in questione.

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

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

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

Piuttosto, deve ritenersi che, in tale ipotesi, il debitore possa non depositare tale documento immediatamente (essendovi tenuto dal di dell'approvazione e deposito), purché sia allegata una situazione patrimoniale aggiornata all'attualità, in modo da consentire al Tribunale una piena valutazione circa la sussistenza dei presupposti di legge per la concessione dell'invocato termine.

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

2. Procedimento prefallimentare.

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

3. Istanza ex art. 167 L.F.

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

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

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

Ciò premesso, si evidenzia che l'affitto dell'azienda, che può pacificamente connotare il concordato preventivo liquidatorio, pone non pochi problemi ove sia previsto nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale, fattispecie che, stando alla lettura del ricorso introduttivo, sembra venire in rilievo nel caso in esame.

Detti problemi, in particolare, si sostanziano, per quanto qui interessa, nella compatibilità della fattispecie con la continuità, ancor più ove si sia in presenza di una domanda solo "prenotativa", e nella conseguente (successiva) ammissibilità, in tali ipotesi, dell'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori, ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, comma 4, L.F..

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

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

I fautori della tesi negativa, secondo cui è quello di cui all'art. 163 L.F. (e non il decreto con cui il Tribunale concede il termine) l'atto che apre la procedura, fanno leva su argomenti letterali (la nomina facoltativa del commissario giudiziale e l'assenza del giudice delegato) e sostanziali (l'impossibilità di stabilire, al momento del deposito del ricorso, a quale categoria sarà riconducibile il concordato). I fautori della tesi positiva, invece, che è senza dubbio più convincente e già condivisa da questo Tribunale in molteplici occasioni, fanno leva sul fatto che il ricorso ex art. 161, comma 6, L.F. è comunque volto all'ammissione alla procedura di concordato ed è l'unico atto introduttivo previsto dalla legge: ne consegue che il commissario giudiziale deve essere sempre nominato, il fondo spese sempre versato e, soprattutto, che il

ricorso in bianco deve essere completo ed esaustivo per consentire di stabilire immediatamente quali sono i suoi possibili esiti.

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

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

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

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

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

Ciò premesso e venendo, a questo punto, alla concreta strutturazione del concordato con continuità, si pone indubbiamente il problema di stabilire se le ipotesi indicate dal legislatore (prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, cessione dell'azienda in esercizio, ovvero conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione) siano o meno tassative.

La stessa formulazione del testo normativo, tuttavia, attesa la sua attitudine a ricomprendere una serie indefinita di fattispecie, induce ad una lettura nel senso della non tassatività.

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

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

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

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

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

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

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

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

Insomma, il fulcro dell'indagine non è la preesistenza del contratto di fitto, ma, a seconda della tipologia di continuità prospettata dal debitore, la concreta modulazione del piano e la sua

qualificata attestazione: quel che conta, in altri termini, è che sia sufficientemente attenuata l'asimmetria informativa tra il debitore, i suoi creditori e gli organi della procedura, ponendoli in grado di compiere i controlli e le valutazioni di rispettiva competenza.

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

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

P.Q.M.

1. sospende il procedimento prefallimentare pendente a carico della società ricorrente;
2. concede alla società ricorrente termine di giorni 60 (sessanta) decorrenti dal di della comunicazione del presente provvedimento per la presentazione di una proposta definitiva di concordato preventivo (con il piano e la documentazione completa di cui ai commi secondo e terzo di tale norma) o di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti, con espresso avvertimento che il termine in questione non resterà sospeso, neanche nel periodo feriale;
3. nomina un commissario giudiziale nella persona del dr. Riccardo Grossi da Sora, il quale dovrà vigilare sull'attività che la società ricorrente andrà a compiere fino alla scadenza del suddetto termine, riferendo immediatamente al Tribunale ogni fatto costituente violazione degli obblighi di cui agli artt. 161 e 173 L.F. e degli altri obblighi sottoindicati;
4. dispone che la ricorrente: a) entro il termine di quindici giorni dall'avvenuta comunicazione del presente decreto depositi la somma di Euro 10.000,00, presumibilmente necessaria per effettuare il pagamento del compenso dovuto al commissario giudiziale per la presente fase del procedimento e per sostenere le altre eventuali spese del procedimento,

**

C.F. GRSRCR60E10I838C VIA LUNGOLIRI CAVOUR, 12 03039 SORA (FR) 7
TEL. 0776/822020 FAX. 0776/865032 riccardogrossi@pec.it

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

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

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

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

8. rigetta, allo stato, l'istanza ex art. 167 L.F..

Manda alla cancelleria per le comunicazioni e gli altri adempimenti di rito.

Cassino, 23 luglio 2014



Il Presidente relatore

semplice della Cancelleria del Tribunale
di Cassino il 31 LUG 2014
FUNZIONARIO CAUSIDARIO
Maria FONTANA

IL CASO.it