

MASSIMA N. 20

preconcordato – intervento del notaio nelle decisioni prese da società di capitali o da società cooperative – obbligo del deposito nel Registro delle Imprese ex art. 2436 c.c. – sussistenza – termini e limiti del controllo notarile

Il Notaio chiamato a redigere il verbale dal quale risulti la decisione, proveniente da una società di capitali o da una società cooperativa, di presentare, ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l. fall., la domanda di concordato preventivo con riserva di produrre la proposta e il piano (c.d. concordato "in bianco" o "preconcordato") deve provvedere al deposito della stessa per l'iscrizione nel Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c.-.

In questa circostanza, il Notaio verbalizzante deve controllare che la decisione sia approvata dall'organo sociale competente. Non è tenuto, invece, a verificare l'esistenza di un programma di composizione della crisi d'impresa, in quanto la predisposizione della proposta e del piano di concordato ben può essere rinviata ad una fase successiva.

La riforma organica delle procedure concorsuali (d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), com'è noto, ha introdotto rilevanti novità in materia di approvazione della proposta di concordato preventivo e fallimentare da parte di società di capitali. Ed invero, il nuovo art. 152 l. fall. (richiamato dall'art. 161, 4° comma, l. fall.) non soltanto attribuisce la competenza ad approvare la proposta e le condizioni del concordato all'organo amministrativo salva diversa previsione statutaria, così invertendo la regola contenuta nel testo previgente che affidava tale prerogativa all'assemblea straordinaria, ma impone espressamente la redazione del relativo verbale da parte del Notaio, nonché il deposito e l'iscrizione della decisione nel Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c.-.

La materia è stata oggetto di un ulteriore intervento da parte del legislatore che, accogliendo le istanze avanzate da una parte della dottrina, ha introdotto nel testo dell'art. 161 l. fall. un nuovo sesto comma (cfr. Decreto Legge 83/2012 convertito in legge 134/2012). Tale disposizione consente all'imprenditore in stato di crisi di depositare in Tribunale la domanda di concordato preventivo riservandosi la facoltà di presentare la proposta e il piano entro un termine fissato dal giudice, compreso tra 60 e 120 giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni (c.d. domanda di "preconcordato" o domanda di concordato "in bianco"). Nello stesso termine, in alternativa alla presentazione del piano concordatario, l'imprenditore può depositare la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis l. fall.-.

L'inserimento di tale disposizione nel tessuto normativo previgente, già ampiamente modificato dalla riforma organica delle procedure concorsuali, ha sollevato da subito, sia in dottrina che in giurisprudenza, alcuni dubbi interpretativi, tra i quali particolare interesse riveste per l'attività del Notaio quello riguardante l'applicabilità alla domanda di preconcordato dell'art. 152, 3° comma, l. fall.-. Tale norma, dettata in ambito di concordato fallimentare, dispone che nelle società di capitali e nelle società cooperative la decisione di presentare la proposta di concordato deve risultare da verbale redatto da notaio ed essere depositata e iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.-. Essa si applica anche al concordato preventivo "ordinario" (ossia all'ipotesi tradizionale in cui la domanda di concordato è accompagnata dalla proposta e dal piano) in virtù del rinvio operato dal 4° comma dell'art. 161 l. fall. all'art. 152 l. fall.-.

Il problema della sua applicabilità alla fattispecie del "preconcordato" nasce dalla circostanza che il rinvio al 3° comma dell'art. 152 l. fall. è contenuto nel 4° comma dell'art. 161 l. fall., mentre la

fattispecie della domanda di concordato è disciplinata dal 6° comma dell'art. 161 l. fall.-. A ciò si aggiunge che l'art. 152 l. fall. parla espressamente di “proposta e condizioni del concordato”; elementi, questi, che mancano nella fattispecie in esame, caratterizzata dal deposito della semplice domanda di concordato preventivo non accompagnata da alcuna proposta di soluzione della crisi d'impresa.

La difficoltà di coordinare le nuove disposizioni con il sistema normativo previgente è emersa immediatamente all'evidenza sin dalle prime applicazioni dell'istituto del “preconcordato”.

Si registrano, infatti, nella prassi dei vari Tribunali due differenti e contrastanti orientamenti in materia.

Secondo un primo indirizzo interpretativo (seguito da Trib. Pistoia 30 ottobre 2012 e da Trib. Milano nelle istruzioni impartite con circolare del 18 ottobre 2012), la domanda di “preconcordato” potrebbe essere presentata senza il rispetto delle formalità richieste dall'art. 152 l. fall. e, di conseguenza, la relativa decisione non dovrebbe risultare necessariamente da verbale notarile.

A questa impostazione, che si basa essenzialmente sull'esigenza di assicurare flessibilità e urgenza all'iniziativa concordataria, si contrappone l'orientamento manifestato da altri Tribunali (Trib. Modena 30 novembre 2012, cui *adde* Trib. Napoli 31 ottobre 2012) che, invece, richiedono espressamente l'osservanza di tutti gli adempimenti di cui all'art. 152 l. fall. e, quindi, la produzione del verbale notarile.

A sostegno di tale opinione vengono adottati vari argomenti. Il primo, diretto a superare le obiezioni basate sul tenore letterale delle norme, mette in evidenza che l'applicabilità dell'art. 152 l. fall. non può essere esclusa per il semplice fatto che tale norma si riferisce espressamente al procedimento di approvazione della “proposta e delle condizioni del concordato”. Ciò in quanto la terminologia adottata dall'art. 152 l. fall. non tiene conto dell'introduzione, ad opera del d. l. 83/2012, della distinzione tra “domanda”, “proposta” e “piano” (v. Trib. Modena 30 novembre 2012). Pertanto, il riferimento alla sola domanda di concordato contenente il piano di risoluzione della crisi d'impresa dipende esclusivamente dal fatto che nel sistema normativo previgente la domanda di concordato (sia fallimentare che preventivo) doveva essere necessariamente accompagnata dalla presentazione della proposta e delle condizioni dell'accordo. Non è assolutamente indice della volontà del legislatore di escludere l'applicazione dell'art. 152 l. fall. alla fattispecie di nuova introduzione. La seconda argomentazione si fonda sulla *ratio* dell'art. 152, 2° comma, l. fall., che viene individuata nell'esigenza di garantire che un evento importante, qual è quello dell'accesso al concordato, sia oggetto di una specifica deliberazione. Si afferma, infatti, che la medesima esigenza ricorre nell'ipotesi di presentazione della domanda di “preconcordato”, in quanto essa comporta l'esteriorizzazione dello stato di crisi e la modifica del rapporto tra le diverse categorie di creditori, oltre al rischio di innescare una procedura fallimentare (cfr., ancora, Trib. Modena 30 novembre 2012). Pertanto, anche la proposizione della domanda di “preconcordato” deve essere deliberata dall'organo sociale competente per legge o per statuto e tale decisione deve essere sottoposta al controllo del Notaio verbalizzante.

L'assenza di un indirizzo interpretativo uniforme si riflette inevitabilmente sull'attività del Notaio al quale venga richiesto da una società di capitali o da una società cooperativa di redigere il verbale dal quale risulti la decisione di presentare la domanda di “preconcordato”. Ed invero, i dubbi circa l'applicabilità dell'art. 152 l. fall. generano incertezza in merito alla necessità del deposito e dell'iscrizione nel Registro delle Imprese della predetta decisione, nonché sul tipo di controllo che il Notaio verbalizzante è tenuto ad eseguire.

Al riguardo, occorre osservare che la domanda di “preconcordato”, al pari di quanto accade nell'ipotesi tradizionale di concordato preventivo, comporta, una volta pubblicata nel Registro delle Imprese, il blocco delle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori sociali ai sensi dell'art. 168 l. fall., oltre a determinare la soggezione degli atti di amministrazione compiuti dagli organi sociali al previo controllo dell'autorità giudiziaria (cfr. art. 161, 7° comma, l. fall.). Pertanto, in considerazione degli effetti che la domanda produce sia verso i creditori che nei confronti della stessa società proponente, risulta condivisibile l'orientamento (espresso da Trib. Modena 30

novembre 2012) che richiede il rispetto delle formalità di cui all'art. 152 l. fall., consistenti nella approvazione di una decisione da parte dell'organo sociale competente e nella redazione del verbale da parte del Notaio, che dovrà provvedere al deposito per l'iscrizione nel Registro delle Imprese. Del resto, questa interpretazione maggiormente rigorosa appare in linea con lo spirito che ha mosso il più recente intervento legislativo in materia (v. D.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98 - c.d. Decreto del Fare) volto ad incrementare i controlli nei confronti di coloro che presentano la domanda di "preconcordato", al fine di frenare comportamenti eccessivamente disinvolti che danno luogo ad un abuso dello strumento.

Pertanto, si deve concludere che il Notaio chiamato a redigere il verbale dal quale risulti la decisione, proveniente da una società di capitali o da una società cooperativa, di presentare, ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l. fall., la domanda di concordato preventivo con riserva di produrre la proposta e il piano (c.d. concordato "in bianco" o "preconcordato") deve provvedere al deposito della stessa per l'iscrizione nel Registro delle Imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c.-.

Giunti a questo punto, occorre soffermare l'attenzione sul contenuto del controllo di legalità che il Notaio verbalizzante è chiamato ad effettuare. In argomento, si devono subito evidenziare le affinità e le differenze tra la fattispecie in esame e l'ipotesi di proposizione della domanda "ordinaria" di concordato preventivo. Al pari di quanto accade in quest'ultimo caso, anche nella figura del "preconcordato" il Notaio è tenuto a verificare che la decisione venga approvata dall'organo sociale competente (ovvero dagli amministratori, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto). E' da condividere, infatti, l'opinione (espressa da Trib. Modena 30 novembre 2012) che ritiene necessaria l'approvazione di una specifica deliberazione.

Tuttavia, diversamente dall'ipotesi "ordinaria" in cui il controllo notarile va esteso alla verifica della sussistenza delle condizioni del concordato, nella fattispecie in esame, non essendovi ancora un piano concordatario, il Notaio non sarà tenuto ad accertare l'esistenza di una proposta di risoluzione della crisi d'impresa. In questo caso, infatti, è necessario e sufficiente che l'organo sociale competente decida di depositare in Tribunale la domanda di concordato con riserva di presentare in un momento successivo la proposta e il piano. Del resto, lo spirito dell'intervento legislativo che ha introdotto la figura della domanda di "preconcordato" era proprio quello di offrire all'imprenditore in stato di crisi uno strumento che gli consentisse di bloccare le iniziative individuali dei propri creditori nello *spatium temporis* intercorrente tra l'emersione della crisi e la formulazione di un programma concordatario da sottoporre all'approvazione dei creditori. Ossia in un momento in cui non vi è ancora, o comunque non è ben definita, una proposta di soluzione della crisi d'impresa. E però, se è vero che l'esistenza della proposta concordataria non è necessaria per poter decidere di presentare la domanda di "preconcordato", non si può escludere che un programma vi sia, seppure nella fase embrionale, e che l'organo sociale competente intenda esplicitarne il contenuto nel verbale notarile.