



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
ECONOMIA E DIRITTO

TESI DI LAUREA

"CONCORDATO IN CONTINUITA' AZIENDALE E DESTINAZIONE
DEI FLUSSI"

RELATORE:

CH.MO PROF. PAOLO MENTI

LAUREANDA: EDA OMERI

MATRICOLA N. 1166429

ANNO ACCADEMICO 2019 – 2020

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

The candidate declares that the present work is original and has not already been submitted, totally or in part, for the purposes of attaining an academic degree in other Italian or foreign universities. The candidate also declares that all the materials used during the preparation of the thesis have been explicitly indicated in the text and in the section "Bibliographical references" and that any textual citations can be identified through an explicit reference to the original publication.

Firma dello studente

Eda Omeri

INDICE

Introduzione	2
Capitolo I – Il concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis l.f.	
1. Cenni introduttivi al concordato con continuità.....	3
2. Profili critici.....	5
2.1 La continuità aziendale obiettivo primario del concordato preventivo?.....	6
3. Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza d’impresa (d.lgs. 12 01 2019, n. 14).....	8
4. Gli strumenti di allerta e gli indicatori della crisi.....	13
Capitolo II Aspetti tecnici del concordato con continuità e affitto d’azienda	
1. Contenuto del piano.....	18
2. La soddisfazione dei creditori.....	25
3. I Contratti pendenti.....	33
4. Affitto d’azienda.....	39
Capitolo III La destinazione dei flussi nel concordato in continuità, i rapporti con i creditori ed i contratti pendenti	
1. I flussi generati dalla gestione in seguito alla continuazione del soggetto-impresa e le classi di creditori.....	46
2. I flussi e la finanza esterna.....	53
3. La giurisprudenza: l’orientamento prevalente.....	57
3.1. La soluzione del Tribunale di Padova.....	58
3.2. La soluzione della Corte d’Appello di Venezia.....	61
4. L’orientamento del Legislatore e la prassi ottimale.....	66
5. Esercizio provvisorio fallimentare e concordato con continuità.....	69
Conclusioni	74
Riferimenti bibliografici	75

INTRODUZIONE

Sin dalla sua introduzione nel panorama delle procedure concorsuali, il concordato con continuità aziendale ha rappresentato uno degli istituti più complessi e spinosi per l'interprete del diritto della crisi d'impresa e ciò a partire dalla difficoltà di individuare gli esatti confini dell'istituto.

Il presente elaborato ha come scopo quello di evidenziare, senza pretesa di esaustività, le peculiarità e i problemi applicativi della disciplina dell'istituto, con particolare riferimento alla destinazione dei flussi derivanti dalla continuità aziendale.

Il tema è in effetti di grande interesse pratico nonché di strettissima attualità; numerose e recenti pronunce di merito hanno infatti sottolineato come il problema sia in primis di valutare quali flussi vadano ad integrare, ed eventualmente in che misura, il patrimonio del debitore destinato a soddisfare i creditori.

In secondo luogo, è necessario chiedersi se i medesimi flussi siano o meno liberamente disponibili da parte del debitore nella distribuzione ai creditori o, invece, debba essere rigorosamente rispettato l'ordine dei privilegi

Si sono pertanto esaminate le soluzioni offerte dal legislatore e dalla giurisprudenza nel merito, atteso che evidentemente le questioni si intersecano con il principio della responsabilità patrimoniale del debitore sancito dall'art. 2740 c.c. e con le regole del concorso dei creditori di cui all'art. 2741 c.c. e 160, 2° comma, L. Fall.

L'indagine si è sviluppata partendo innanzitutto da una disamina generale dell'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale, unitamente al rilievo delle criticità ermeneutiche.

Si è dato poi conto delle novità introdotte dalla nuova normativa della Crisi d'Impresa e degli strumenti di allerta e degli indicatori della crisi.

Il secondo capitolo tratta gli aspetti tecnici del concordato con continuità e dell'affitto d'azienda, del contenuto del piano, della soddisfazione dei creditori, dei contratti pendenti

Il capitolo successivo espone il vero nucleo centrale della dissertazione, la destinazione dei flussi.

Dopo aver analizzato i flussi generati dalla gestione in seguito alla continuazione del soggetto-impresa e le classi di creditori, si tratterà dei flussi connessi alla finanza esterna, per dar successivamente conto delle pronunce in materia.

Da ultimo si affronterà il tema dell'esercizio provvisorio fallimentare nel concordato con continuità, seguito dalle conclusioni finali della presente indagine.

CAPITOLO PRIMO

IL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE EX ART. 186 BIS L.F.

1. Cenni introduttivi al concordato con continuità - 2. Profili critici - 2.1 La continuità aziendale obiettivo primario del concordato preventivo? - 3. Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) - 4. Gli strumenti di allerta e gli indicatori della crisi

1. Cenni introduttivi al concordato con continuità

Il Decreto sviluppo, il Decreto Legge del 22 giugno 2012 n. 83 convertito con alcune modifiche con Legge 7 agosto 2012 n. 134, ha previsto un vasto pacchetto di misure urgenti teso a stimolare l'attività imprenditoriale anche mediante l'accesso, per le imprese, a procedure di risanamento.

Inoltre, con la riforma delle procedure concorsuali, il legislatore ha introdotto alcuni istituti volti a facilitare la composizione negoziale della crisi d'impresa, ricorrendo alla ristrutturazione della esposizione debitoria aziendale.

In tale ambito, ha avuto il pregio di introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina puntuale del concordato con continuità aziendale, la cui disposizione di riferimento è costituita, prima dell'intervento del nuovo CCII, dall' art. 186-bis l.fall..

Nel dettaglio, il primo comma dell'art. 186-bis l.fall. individua l'ambito applicativo della disposizione, indicando che trova operatività il concordato con continuità aziendale *“Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione”*. I commi successivi esprimono la volontà del legislatore di subordinare l'ammissibilità al concordato a una serie di cautele, ovvero alla prova che la continuità sia giudicata come funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, e che sia sostenibile sul piano economico-finanziario.

La norma infatti è costituita sia da disposizioni che impongono al debitore una serie di adempimenti, sia da agevolazioni atte a favorire la continuità aziendale.

La funzione delle prime, cd. “impositiva”, è essenzialmente quella di proteggere il ceto dei creditori, che si trova esposto insieme al debitore al rischio connesso alla prosecuzione dell'attività d'impresa, fungendo da contrappeso alle agevolazioni.

Si prevede infatti al secondo comma l'obbligo di inserire nel piano un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di coperture (lett. a); l'obbligo di depositare la relazione di un professionista attestante che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (lett. b); Inoltre, nei commi successivi si impone al debitore di presentare ulteriori attestazioni e richiedere specifiche autorizzazioni al tribunale per poter fruire delle agevolazioni previste.

Infine, nell'ultimo comma, viene indicata come causa di revoca dell'ammissione al concordato, oltre a quelle già previste dall'art. 173 l.fall., la circostanza che l'esercizio dell'impresa cessi o risulti manifestamente dannoso per i creditori.

Le agevolazioni atte a favorire la continuità aziendale si manifestano invece in una serie di disposizioni che hanno lo scopo di favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa attraverso agevolazioni di natura finanziaria ed economica, che consistono nella possibilità di prevedere una moratoria fino a un anno del pagamento dei creditori privilegiati, senza attribuzione a questi del diritto di voto (secondo comma, lett. c); nell'invalidità ex lege delle clausole risolutive che prevedono lo scioglimento del contratto per effetto dell'ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo e nella prosecuzione dei contratti con la pubblica amministrazione (terzo comma); nella possibilità per l'impresa di partecipare, in pendenza di concordato, a procedure di assegnazione di contratti pubblici (quinto comma); nella possibilità per l'impresa di aderire a raggruppamenti temporanei di imprese al fine di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici (sesto comma).

Si consideri poi che a tali previsioni di carattere agevolativo contenute nell'art. 186-bis si aggiungono quelle previste dal quarto comma dell'art. 182-quinquies l.fall., nel quale si concede la possibilità al debitore di effettuare, a norma del quinto comma della norma, pagamenti anticipati nei confronti dei fornitori strategici.

Tali agevolazioni complessivamente intese come detto sono concepite per favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa sia nel corso della procedura che nella fase di esecuzione del concordato, nella misura in cui consentono al debitore, da un lato, di reperire nuove risorse finanziarie da destinare alla gestione (si veda la moratoria annuale), dall'altro di conservare i

rapporti commerciali e le opportunità di mercato (si vedano le norme sulla prosecuzione dei contratti e sul pagamento anticipato dei fornitori).

2. Profili critici

La disciplina del concordato con continuità ha sollevato una serie di questioni interpretative, riguardanti tanto la definizione della fattispecie quanto il regime ad essa applicabile.

Un primo profilo critico riveste la circoscrizione dell'operatività della disciplina, l'esatta "perimetrazione" della fattispecie in esame.

In primis, ci si è chiesti quale fosse l'elemento caratterizzante la fattispecie del "concordato con continuità aziendale" ex art. 186 bis L.F. dalle altre fattispecie di concordato preventivo.

Da una prima interpretazione, strettamente letterale dell'art.186-bis, la continuazione dell'attività è idonea a qualificare in continuità il concordato, quando sia garantita dallo stesso debitore oppure quando se ne preveda l'attuazione attraverso gli strumenti giuridici della cessione o del conferimento dell'azienda "in esercizio" in una o più società anche di nuova costituzione.

La nozione di concordato che ne deriva, pare ricomprendere pertanto, sia il concordato cosiddetto di "ristrutturazione" o con "continuità diretta", ove la continuazione dell'azienda è garantita dallo stesso debitore, sia il "concordato con cessione" ovvero con "continuità indiretta" ove la continuazione è opera di un terzo distinto dal debitore.

In considerazione dell'ultimo periodo del primo comma dell'art.186-bis L.F., rientra nella categoria del concordato con continuità anche il concordato preventivo misto, ovvero il concordato che, accanto alla prosecuzione, diretta o indiretta, dell'attività ammetta la liquidazione atomistica di beni non funzionali alla prosecuzione.

Il concordato preventivo si qualifica in concordato liquidatorio, in via residuale, in tutti quei casi in cui "non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione dei singoli beni senza alcuna valorizzazione sistemica di tutti o di parte degli stessi". La formulazione dell'art.186-bis L.F., di certo, non ha favorito l'opera degli studiosi e degli operatori del diritto, che a vario titolo si occupano della materia, nell'individuazione di un'interpretazione univoca.

Inoltre, si sono riscontrate nella prassi alcune casistiche “limite”, quali a) la cessione dell'azienda in esercizio ad un terzo¹, con soddisfacimento dei creditori attraverso la mera distribuzione del prezzo della cessione; b) i concordati “misti”, tali per cui nel piano è prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa e al contempo la liquidazione di parte del patrimonio, c) la prosecuzione dell'attività d'impresa mediante affitto d'azienda; con riferimento ad esse si discute se e in base a quali criteri possano essere ricondotte alla fattispecie “concordato con continuità aziendale”, beneficiando così della relativa disciplina. Con riferimento a questa tematica, si deve dare atto tuttavia dell'intervento giurisprudenziale sul punto. La Suprema Corte, con la pronuncia n. 29742/18, valorizzando il contratto di affitto come strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda, affermazione confermata anche dal fatto che il legislatore fa ripetutamente riferimento “all'azienda in esercizio”, indipendentemente dal soggetto che la eserciti (sia esso il debitore o un terzo), ha ammesso che il concordato stesso possa essere qualificato in continuità aziendale anche nel caso in cui il piano di concordato preveda l'affitto dell'azienda.

Si pone poi un'ulteriore questione nel cercare di stabilire se la disciplina speciale del concordato con continuità debba considerarsi cogente o meno. Ci si è chiesto se, nel caso in cui lo specifico concordato preventivo dovesse rientrare effettivamente nella fattispecie “concordato con continuità aziendale”, il debitore sia obbligato ad applicare la disciplina cogente imposta dall'art. 186-bis l.fall., pena l'inammissibilità della domanda, o se sia diversamente libero di scegliere se applicarla o non applicarla, a seconda che intenda usufruire o meno delle agevolazioni.

2.1 La continuità aziendale obiettivo primario del concordato preventivo?

In seguito all'introduzione nella disciplina del concordato preventivo delle numerose agevolazioni volte a favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa, ci si è da più parti chiesto se la continuità aziendale dovesse essere considerata come l'obiettivo principale del concordato preventivo.

Tale riflessione deve muovere innanzitutto i passi dal considerare che nel Decreto sviluppo la finalità della conservazione dell'impresa ha comportato importanti deroghe al principio della par condicio: in base all'art. 182-quinquies è ammesso, come si è accennato sopra, contrarre finanziamenti finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa che godono del beneficio della

¹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento* 2013, p. 1222;

prededucibilità (possibilità ammessa anche nel successivo fallimento); è anche consentito costituire nuove garanzie a favore dei soggetti che erogano tali finanziamenti.

Tuttavia, se la conservazione dell'impresa mediante il suo risanamento era lo scopo principale, il quale rispondeva ad un interesse pubblico alla conservazione delle realtà produttive e al conseguente mantenimento dei livelli occupazionali, lo scopo del concordato preventivo è invece sempre quello della soluzione della crisi mediante il soddisfacimento dei creditori, grazie alla valorizzazione del patrimonio del debitore, che può avvenire tanto attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa quanto attraverso la sua liquidazione.

È innegabile, come ricorda BONELLI² secondo cui *“da almeno un decennio l'obiettivo della legislazione in materia concorsuale non è più quello dell'eliminazione dal mercato dell'impresa insolvente, cioè quello della sua 'liquidazione' per consentire una migliore allocazione delle risorse rimesse in circolazione con la vendita dei cespiti ma quello della 'continuazione' dell'attività di impresa”*, che con la riforma il legislatore abbia voluto tutelare il valore economico derivante dalla conservazione dell'impresa e favorire le soluzioni concordatarie incentrate sulla prosecuzione delle attività produttive, ma la continuità aziendale nel concordato preventivo è comunque strumentale alla finalità di fondo della procedura, ossia il soddisfacimento dei creditori.

Il concordato preventivo resta pur sempre dunque una modalità di attuazione della garanzia patrimoniale dell'imprenditore con l'obiettivo di trarre dal patrimonio del debitore il maggior valore possibile da destinare alla soddisfazione dei creditori.

A tal proposito la giurisprudenza ha sempre affermato la funzionalità della continuità aziendale al miglior soddisfacimento delle ragioni creditorie. Si veda, tra le altre, il Tribunale di Monza che, con provvedimento del 2 ottobre 2013, ha precisato come *“La disciplina di favore voluta dal legislatore per il concordato preventivo volto a salvaguardare la continuità dell'impresa presuppone che la prosecuzione dell'attività sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, nel senso che il salvataggio del valore impresa non solo non deve andare a detrimento delle ragioni dei creditori, ma deve addirittura proporsi come migliore soluzione possibile rispetto alle altre alternative percorribili”*³.

Non sempre la continuità aziendale si rivela la soluzione migliore a tale scopo, anzi, potrebbe anche condurre al risultato opposto, causando un ulteriore depauperamento delle risorse

² V. BONELLI, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 2011;

³ Tribunale Monza sez. fallimentare, 02/10/2013, (ud. 02/10/2013, dep. 02/10/2013);

disponibili per i creditori. Per questo è fondamentale che il valore di funzionamento dell'azienda sia presumibilmente maggiore del valore di liquidazione.

La gestione attiva di tipo imprenditoriale del patrimonio del debitore può diventare in questi casi l'unico modo per conservare intatto il valore dell'azienda e la sua capacità reddituale, fornendo ai creditori una maggiore opportunità di soddisfazione rispetto all'alternativa liquidatoria, sia direttamente attraverso le risorse generate dalla gestione, sia indirettamente con le risorse derivanti dalla cessione aggregata dell'azienda. È con particolare riferimento a queste situazioni che il legislatore ha inteso agevolare in modo specifico la continuità aziendale.

Se da un lato l'accesso alla soluzione del concordato con continuità aziendale è espressamente condizionato al fatto che la continuità aziendale sia funzionale al “miglior soddisfacimento” dei creditori, dall'altro la soluzione liquidatoria della crisi è sempre ammessa e non è in qualche modo subordinata a quella in continuità.

Questo consente di concludere che la continuità aziendale non costituisca oggi l'obiettivo primario del concordato preventivo, bensì che resti un obiettivo strumentale a quello principale del miglior soddisfacimento dei creditori.

3. Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)

In questo contesto culturale, come si è detto, si è venuta formando in modo completo e consapevole l'idea della prevenzione delle crisi di impresa, attraverso la predisposizione di adeguati strumenti giuridici.

Alcuni autori rilevano una generale ritrosia a concepire istituti giuridici di intervento nelle determinazioni dell'impresa quando questa esprime segnali di crisi, senza che sia ancora in uno stato irreversibile di insolvenza⁴ in quanto, da un lato, implicherebbe un ripensamento generale della concezione stessa dell'impresa che mal sopporta interventi preventivi a supplenza delle deficienze gestionali dell'imprenditore; dall'altro, presuppone un'alta efficienza dei meccanismi di gestione della crisi, ad evitare che l'allerta si traduca in una repentina caduta in stato di fallimento⁵.

⁴ V. DE SENSI, *Il sistema concorsuale italiano tra economia mista e di mercato*, in *Id.*, *La ristrutturazione della impresa in crisi. Una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, LUISS-Archivio Ceradi, Roma, 2006, pp. 1-64 (Parte I);

⁵ P. PAJARDI, *Esecuzione concorsuale: unità ed alternatività dei procedimenti*, in *Giur. comm.*, 1979, I, pp. 223 ss., il quale affermava che «prevenire comporta una maturità mentale e sociale molto accentuata, vigendo ancora l'abitudine di intervenire per salvare il naufrago soltanto quando si è certi che non può più arrangiarsi da solo,

Come sopra accennato, una delle più importanti innovazioni contenute nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito CCII) consiste certamente nell'introduzione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, peraltro in recepimento della proposta di direttiva del Parlamento Europeo e Consiglio Europeo nr. 2016/0359 del 22.11.2016 art. 3 "Early Warning"⁶.

Tutti gli interpreti che si sono cimentati nell'analisi convergono che solo individuando e fronteggiando precocemente i sintomi di crisi si può sperare di conseguire l'obiettivo del risanamento e, di conseguenza, di garantire al tempo stesso la continuità dell'impresa, evitando la dispersione di valore patrimoniale spesso insita nelle procedure meramente liquidatorie, e se ci si riflette tale conservazione del valore patrimoniale insito nell'impresa è condizione che, a ragione, appare imprescindibile anche per realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori⁷

A maggior ragione l'introduzione delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi può essere apprezzata ove si consideri che, nel nostro Paese, le procedure concorsuali sono ancora vissute dal mondo imprenditoriale come un male da rifuggire o quantomeno da allontanare nel tempo ad ogni costo, con l'evidente risultato che le imprese che depositano domanda di concordato preventivo sono per lo più in condizione di ormai irreversibile decozione.⁸

Il codice apporta significative novità anche sulla disciplina della gestione della crisi d'impresa, con particolare riferimento al concordato preventivo.

La prima disposizione del capo del codice dedicato al concordato preventivo, l'art. 84, è una "norma-manifesto" che evidenzia, come indicato nella rubrica, le finalità della procedura: la soddisfazione dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio del debitore.

cioè in definitiva quando è troppo tardi, mentre lo stesso naufrago non vuole aiuti condizionanti quando s'illude di poter fare con le proprie forze o con quelle reperite da lui»;

⁶ Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a strumenti di allerta in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza. 2. Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a informazioni pertinenti, aggiornate, chiare, concise e di facile consultazione sulla disponibilità di strumenti di allerta e di qualsiasi mezzo per ristrutturarsi in una fase precoce o ottenere la liberazione dai debiti personali. 3. Gli Stati membri possono limitare l'accesso di cui ai paragrafi 1 e 2 alle piccole e medie imprese o agli imprenditori, consultabile su <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/COM-2016-723-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, art. 3.

⁷ Si veda Raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 12 marzo 2014, 2014/135/UE, e nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016 - COM(2016) 723, rinvenibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&from=IT>.

⁸ G.B.NARDECCHIA, *La continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Questione Giustizia*, 2/2019;

Allo scopo, nella relazione illustrativa viene riportato che *“è concordato in continuità aziendale -che è l’opzione che la nuova disciplina della crisi valorizza maggiormente in quanto finalizzata al recupero della capacità dell’impresa di rientrare, ristrutturata e risanata, nel mercato- il concordato che trae i mezzi destinati al soddisfacimento dei creditori in misura rilevante dai proventi che derivano dalla prosecuzione dell’attività imprenditoriale, mentre è concordato liquidatorio quello che consente il soddisfacimento dei creditori attraverso il ricavato della liquidazione del patrimonio.”*⁹

Viene qui ribadita la funzionalità della continuazione d’impresa alla miglior soddisfazione dei creditori. Il risanamento dell’impresa in crisi e/o il mantenimento dei posti di lavoro possono quindi essere perseguiti – se e in quanto compatibili –, ma mai contro l’interesse dei creditori stessi.

La salvaguardia dell’azienda e la tutela dei posti di lavoro ricevono comunque una particolare attenzione dal legislatore delegato, con l’ampliamento dell’ambito di applicazione del concordato con continuità aziendale indiretta, caratterizzato dalla prosecuzione dell’attività in capo a un altro imprenditore in forza di cessione o conferimento d’azienda.

Il concordato può ora essere preceduto da affitto, stipulato anche anteriormente purché in funzione della presentazione del ricorso. Sempre al fine di favorire la continuità aziendale, è stato esteso l’ambito di applicazione della norma che consente il pagamento dei crediti pregressi.

Dal punto di vista dei beneficiari, l’art. 100 del codice, al fine di sopperire a una lacuna molto contestata, prevede che il tribunale possa autorizzare, alle medesime condizioni previste per gli altri pagamenti di crediti anteriori, anche il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all’attività di cui è prevista la continuazione¹⁰.

Sempre con l’ottica di favorire la continuità, è stata introdotta una norma innovativa ed eccezionale, contenuta anch’essa nell’art. 100 C.C.I.I.: in deroga alla regola della cristallizzazione del patrimonio, è previsto che il debitore possa disporre, quando è prevista la continuazione dell’attività aziendale, il pagamento alle scadenze convenute delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all’esercizio

⁹Relazione illustrativa consultabile su https://www.odcec.torino.it/public/circolari/relazione_illustrativa_al_codice_della_crisi_e_dell_insolvenza.pdf

¹⁰ Art. 100 co.1 C.C.I.I., ove dispone che *“Il tribunale può autorizzare, alle medesime condizioni, il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all’attività di cui è prevista la continuazione.”*

dell'impresa, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data.

Tutto ciò a condizione, sempre al comma 1, che un professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato, e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori.

Le ragioni dei prestatori di lavoro aziendali sono affidate alla previsione dell'obbligo a carico del terzo – nell'ipotesi, quindi, di continuità indiretta – del mantenimento o della riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione.

La norma è effettivamente una significativa novità rispetto all'attuale disciplina, che si disinteressa completamente della continuità successiva alla cessione o al conferimento.

Manca, invero, nella disciplina del concordato una regola sulla valutazione dell'azienda che tenga conto del *badwill*. Manca poi un riferimento all'affidabilità del cessionario e del piano di prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Non vi è infine alcun riferimento alla conservazione dei livelli occupazionali né la previsione di un obbligo legale dell'acquirente dell'azienda di continuare l'attività, neanche per un tempo ridotto, che sono le caratteristiche richieste dal d.lgs n. 270/1999, art. 63, per la vendita dell'azienda in esercizio nell'amministrazione straordinaria).

Questo vuol dire che, almeno in parte, va riconsiderata l'ottica della ricollocazione sul mercato dell'azienda ceduta/conferita al terzo dall'imprenditore in concordato. Mentre attualmente la continuazione dell'attività avviene, essenzialmente, quale strumento di mantenimento dei valori aziendali nell'ottica di un miglior realizzo nell'interesse dei creditori, nella visione del codice a tale finalità si accompagna anche quella della realizzazione del risanamento dell'attività produttiva attraverso il mutamento della titolarità dell'impresa.

In altre parole, l'imposizione del mantenimento di determinati livelli occupazionali rende più tangibile la tutela della continuità nella ricollocazione sul mercato dell'azienda, affinché un nuovo imprenditore possa risanare l'impresa e possa proseguire l'attività imprenditoriale utilizzando il complesso aziendale acquistato, dopo averlo opportunamente riorganizzato. Disposizione, però, priva di reale efficacia dato che il suo mancato rispetto non potrebbe da solo determinare la risoluzione del concordato.

La tutela dei lavoratori è, allo stesso modo, accresciuta anche nel concordato cd. “misto”.

Secondo la regola generale dettata dal comma 3 dell’art. 84, infatti, la disciplina di favore della continuità si applicherà anche al piano di concordato che preveda la continuità aziendale e, nel contempo, la liquidazione di beni non funzionali all’esercizio dell’impresa, purché possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale, ivi compresa la cessione del magazzino.

La prevalenza si considera, però, sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un’attività d’impresa alla quale sono addetti un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti al momento del deposito del ricorso.

Norma, questa, che appare poco in linea rispetto alla legge delega, che era di facile e immediata interpretazione in relazione al criterio fondamentale per valutare se il concordato potesse o meno ritenersi in continuità aziendale (si legge, infatti, che «tale disciplina si applica anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all’esercizio dell’impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale»).

In altre parole, il parametro dei flussi di cassa dovrebbe al più aggiungersi alla regola dettata dalla legge delega e ripresa dal primo periodo dell’art. 84, comma 3, ma non sostituirsi ad essa, come invece avviene con l’attuale formulazione, dove la presunzione assoluta di prevalenza (chiaramente espressa con l’avverbio «sempre») fa sì che si consideri concordato con continuità quello in cui i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un’attività d’impresa alla quale sono addetti un certo numero di lavoratori, anche se i creditori non sono soddisfatti in misura prevalente da tali ricavi.

Il concordato liquidatorio, fermo restando l’obbligo del rispetto del 20 per cento dell’ammontare complessivo del credito chirografario, è, con l’introduzione del nuovo Codice, ammissibile solo nel caso in cui ai creditori siano messe a disposizione risorse ulteriori rispetto a quelle rappresentate dal patrimonio del debitore.

Nel dettaglio, tali risorse aggiuntive devono incrementare la misura del soddisfacimento dei creditori chirografari di almeno il 10 per cento rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale.

Pertanto, è ragionevole concludere che il legislatore abbia apparentemente completato quell'evoluzione che ha interessato la stessa fisionomia dell'impresa non più considerata come «riflesso dell'imprenditore e quindi come attività da esso esercitata (...), ma come autonoma organizzazione, suscettibile di vicende giuridiche unitarie, non identificantisi né con le vicende dell'azienda, come mero complesso di beni e rapporti giuridici destinati all'attività imprenditrice, né con le vicende giuridiche dell'imprenditore»¹¹.

4. Gli strumenti di allerta e gli indicatori della crisi

Strettamente connessi alla salvaguardia della continuità sono, come già accennato sopra, gli strumenti di allerta.

Elemento fondamentale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si è detto, è la volontà del legislatore di fornire alle imprese strumenti che consentano e agevolino l'emersione tempestiva della crisi, nel presupposto che un intervento precoce possa aumentare, in modo molto significativo, la possibilità di successo del risanamento aziendale.

Gli strumenti di allerta, insieme agli adeguati assetti organizzativi aziendali, costituiscono il sistema predittivo che la Riforma ha introdotto e rafforzato mediante un'accresciuta responsabilizzazione dell'imprenditore, degli organi di controllo e di creditori pubblici qualificati¹².

Come si era precedentemente affermato, questo rappresenta un obiettivo coerente con le raccomandazioni comunitarie oltre che un concetto costantemente predicato dalla dottrina aziendalistica.

La prassi dei risanamenti aziendali infatti univocamente conferma che un intervento tempestivo aumenti in misura considerevole la probabilità di successo del risanamento aziendale laddove,

¹¹ In questi termini, A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I, pp. 564 ss

¹² È, questo, un tema rilevato da tutti i commentatori della Riforma, sin dall'emanazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. Cfr., ex multis, G. LO CASCIO, *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in questa Rivista, 2018, 525 ss.; A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?* in *Riv. Società*, 2018, 1207 ss.; R. RANALLI, *La riforma della crisi d'impresa. Dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le regole di composizione assistita. I presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, in www.orsservatorio-oci.it, 2017; G.A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 1038 ss.; G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Società*, 2017, 517 ss. e, più recentemente, S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. Sanzo- D. Burrioni (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 37 ss.

invece, il ritardo nel percepire i segnali della crisi conduce, in larga parte dei casi, a un'insolvenza difficilmente reversibile.¹³

Gli strumenti di allerta trovano applicazione, da un punto di vista soggettivo, per i debitori che svolgono attività imprenditoriale.

Secondo quanto previsto dall'art. 2086 c.c. nel testo integrato dalla riforma all'art. 375 CCII, l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha difatti il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

L'imprenditore ha dunque il dovere di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (cd. going concern).

Nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza la possibilità di intraprendere azioni correttive già nella fase della pre-crisi (la c.d. "twilight zone"), grazie a un efficace sistema di early warning, assume dunque un livello di attenzione inedito nel nostro ordinamento¹⁴.

Sul punto, è rilevante come il legislatore abbia dotato di immediata esecutività proprio le disposizioni che, ai sensi della disciplina transitoria di cui all'art. 389 CCII, sono destinate a incidere maggiormente sulla concreta efficacia dei presidi organizzativi interni.

Gli adeguati assetti organizzativi aziendali costituiscono, pertanto, le fondamenta su cui poggia l'intero sistema di *early warning* attraverso un taglio più dinamico, focalizzato in gran parte sulla condivisione più efficiente di flussi informativi¹⁵. La loro costituzione, il loro sviluppo ed implementazione vengono così incentivate sia attraverso norme di natura precettiva, sia attraverso la responsabilizzazione dell'organo gestorio (unico legittimato a predisporli) e dell'organo di controllo. Per quest'ultimo, per quanto qui concerne, l'art. 14 CCII, introduce, accanto alle tradizionali categorie del controllo di merito e del controllo di legalità, anche il *tertium genus* del controllo di correttezza e adeguatezza organizzativa.

¹³ A.GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, Fallimento, 4-2019, p.82 il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi è ben conosciuto e già disciplinato dall'attuale assetto normativo societario: non v'è dubbio, peraltro, che la disciplina contenuta nell'art. 2381 c.c. e nelle analoghe disposizioni per le altre forme societarie si siano rivelate, alla prova dei fatti, non sempre adeguate ad intercettare tempestivamente i primi indizi delle crisi aziendali;

¹⁴ P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in Giur. comm., 2018, I, 74 ss;

¹⁵ V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in Riv. Società, 2017, 324 ss;

Obbiettivo acclarato degli obblighi di segnalazione è di consentire all'organo amministrativo di essere avvisato per tempo, grazie all'attenta vigilanza dell'organo di controllo o da creditori pubblici qualificati, della presenza di sintomi della crisi al fine di potere adottare ogni necessaria contromisura, ivi compreso il ricorso alla composizione assistita della crisi con l'assistenza dell'OCRI.

I soggetti sottoposti all'obbligo di segnalazione sono gli organi di controllo societari (sostanzialmente il collegio sindacale), il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, nonché l'Agenzia delle entrate, l'INPS e l'agenzia della riscossione.

I primi costituiscono un sistema di monitoraggio cd. "interno", per quanto svincolato dalle logiche gestionali e dalle strutture gerarchiche aziendali, mentre i secondi si configurano, a tutti gli effetti, come un sistema di allerta esterna.

A tal punto si rende doverosa una precisazione. Se l'attività del collegio sindacale si sostanzia in un controllo di secondo livello sull'attività degli amministratori e, più in generale, sulla gestione aziendale, appare evidente che, qualora gli assetti organizzativi siano realmente adeguati alla tempestiva rilevazione della crisi d'impresa, gli amministratori dovrebbero essere avvisati già prima che gli indizi della crisi siano rilevati da uno pur scrupoloso organo di controllo nel corso delle sue verifiche periodiche.

Nell'ipotesi di segnalazioni da parte di creditori pubblici qualificati, tali segnalazioni sono originate da ritardi nei pagamenti di tributi e contributi di sensibile rilevanza ed entità che, pure in questo caso, un sistema di controllo interno efficiente avrebbe dovuto intercettare in tempi decisamente più brevi.

Nel caso di avvenuta attivazione dei sistemi di allerta, dunque, è possibile considerare che gli assetti organizzativi non si siano manifestati adeguati o non abbiano funzionato oppure che i segnali della crisi siano stati volutamente ignorati dagli amministratori¹⁶.

Sotto questo profilo si può dire che i sistemi di allerta servono, letteralmente, allo scopo per il quale sono stati pensati, ossia quello di dotare l'impresa di un segnale di allarme che entri in funzione ogni volta che i sistemi di controllo aziendali si palesino non sufficientemente adeguati a intercettare per tempo i segnali della crisi, ovvero quando gli amministratori non intendano, spontaneamente, rilevarli e agire di conseguenza.

¹⁶ A.GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, Il Fallimento, 4/2019, p. 411;

Nell'enucleazione della norma, il legislatore ha rinunciato a una statuizione puntuale degli indici¹⁷ per abbracciare un approccio precettivo e descrittivo: l'idoneità a fare emergere gli indizi della crisi non è limitata a indicatori tipici e individuati dalla legge, ma può essere desunta da un insieme organico di indici d'allerta, che siano funzionali a valutare sia la capacità dei flussi di cassa aziendali a sostenere gli oneri dell'indebitamento, che è il vero nucleo centrale della presente indagine, sia l'equilibrio tra i mezzi propri e quelli di terzi e, se valutati unitariamente, evidenziare la sussistenza di uno stato di crisi.

L'art. 13 del Codice individua i c.d. indicatori della crisi. I primi indicatori della crisi sono, ai sensi del comma 1 dell'art. 13, gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario rilevabili con l'ausilio di specifici indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno sei mesi e delle prospettive della continuità aziendale per l'esercizio in corso o, comunque, per il successivo semestre.

Ai sensi dell'art. 13 co.2 del Codice la concreta individuazione dei ratios rilevanti è, peraltro, demandata al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, considerato organismo di adeguata competenza tecnica e imparzialità, il quale ha elaborato il documento "Crisi d'impresa - Gli indici dell'allerta" ove si illustra nel dettaglio le modalità di calcolo degli indicatori di cui al comma 1 e 2 dell'art. 13.¹⁸ Tuttavia il legislatore all'ultimo comma dell'art. 13 ha previsto la possibilità di disapplicare gli indici "standard" individuando in loro sostituzione indici di allerta personalizzati che siano idonei a far emergere, se superati, la sussistenza del suo stato di crisi.

Il mancato adeguamento e la conseguente mancata adozione degli indici predisposti dal CNDCEC con il succitato documento non potrà, peraltro, essere arbitraria ma dovrà essere certo argomentata e motivata, e l'impresa dovrà specificarne le ragioni nella nota integrativa al bilancio. Nella medesima nota integrativa peraltro la Società dovrà indicare i diversi indici "personalizzati" di allerta che intende adottare, perché considerati maggiormente idonei a intercettare preventivamente l'eventuale stato di crisi.

¹⁷ R. RANALLI, *Il codice della crisi e gli indicatori significativi: la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it, 2018, 1, p.34;

¹⁸ In particolare, la norma prescrive: "2. Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa. Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili elabora indici specifici con riferimento alle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n.179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, alle PMI innovative di cui al decreto- legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, alle società in liquidazione, alle imprese costituite da meno di due anni."

Tuttavia, tali indici di allerta cd. personalizzati dovranno accertare sia la sostenibilità del debito attraverso i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare nel prossimo futuro, sia l'equilibrio tra mezzi propri e indebitamento.

L'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 13 individua, quale significativo indicatore della crisi, la presenza di ripetuti e rilevanti ritardi nei pagamenti dei debiti aziendali¹⁹.

Gli indicatori della crisi principali e rilevanti saranno, quindi, sia l'esistenza di debiti per salari e stipendi scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare mensile delle retribuzioni, sia l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti.

Vi è chi non ha mancato di sottolineare²⁰, peraltro, come il riferimento a ritardi reiterati e significativi nei pagamenti, soprattutto con riferimento ai parametri indicati dall'art. 24 richiamato dalla norma stessa in tema di misure premiali per l'imprenditore che presenti tempestivamente l'istanza di accesso a una delle procedure regolate dal Codice, sia sintomatico di una crisi già conclamata e non già di semplici indizi di difficoltà suscettibili di un possibile aggravamento.

Il nuovo assetto dei presidi organizzativi sarà d'ora innanzi funzionale non solo alla natura e alle dimensioni dell'impresa ma anche alla loro capacità di intercettare sintomi della crisi o di potenziale perdita della continuità aziendale, nel presupposto che la prevenzione della crisi d'impresa sia uno degli elementi che caratterizza la corretta amministrazione societaria²¹.

¹⁹ Con riferimento a tale indice della crisi, è stato osservato da più parti come il contesto temporale di riferimento non appaia chiaro, posto che l'art. 24 attribuisce un comportamento virtuoso all'imprenditore che agisca entro un determinato numero di mesi (sei per l'accesso alle procedure regolate dal codice, tre per la composizione assistita della crisi) da quando si concretizza un ritardo qualificato nel pagamento di retribuzioni o di fornitori.

²⁰ S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, cit., 49.

²¹ G.A. POLICARO, *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, cit., 1077

CAPITOLO SECONDO

ASPETTI TECNICI DEL CONCORDATO CON CONTINUITA' E AFFITTO D'AZIENDA

1. Contenuto del piano - 2. La soddisfazione dei creditori - 3. I Contratti pendenti - 4. Affitto d'azienda

1. Contenuto del piano

Andiamo ora in concreto a verificare cosa prevede la norma con riferimento al contenuto del piano previsto dal concordato con continuità aziendale, tale contenuto è previsto dall'articolo 161 della legge fallimentare, in tale articolo si specificano gli elementi utili per la proposta di concordato²²:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

Sia il piano che i documenti specificati devono essere accompagnati da una relazione del professionista, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, in particolare per il concordato con continuità aziendale il piano deve contenere anche una analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura²³. E la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

²² Art. 161 Domanda di concordato, Legge fallimentare;

²³ F. ROLFI, R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Giuffrè, Milano, 2015, p.123;

E' evidente come questa tipologia di piano sia rispetto a quello liquidatorio maggiormente interessata alla parte esecutiva, questo a tutela dei creditori e delle posizioni preesistenti, in concreto la continuità aziendale non deve arrecare danni, all'interno del piano devono essere individuate tutte le operazioni aziendali e di organizzazione tali da poter generare utile e cercare la soddisfazione i creditori.

La scelta del legislatore di inserire il concordato con continuità nel capo VI del titolo III, rubricato "*Dell'esecuzione, della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo*" non è assolutamente casuale, la prosecuzione dell'attività e la continuità d'impresa sono la modalità esecutiva del concordato stesso.

Nella scelta delle operazioni che si vogliono realizzare il debitore possiede una grande autonomia, può riorganizzare tutta la produzione decidendo di proseguire una determinata attività e di sospenderne altre, tutte queste operazioni tuttavia devono essere inserite in un piano economico che specifichi nel breve-medio periodo quali sono i cambiamenti e le attività che consentiranno la ripresa degli utili, ovviamente anche specificando i costi utili per la realizzazione di tale progetto²⁴, egli può compiere tutti gli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione senza necessità di nessuna autorizzazione, solo comportamenti idonei a determinare grave inadempimento possono portare alla risoluzione del piano.

Tutte le operazioni svolte dall'imprenditore saranno soggette ad un controllo ed una vigilanza del commissario giudiziale che non ha poteri di gestione ma solo di verifica di corretto adempimento del piano. Viene riconosciuta al debitore la facoltà prevista dall'articolo 186 *bis* comma 6 legge fallimentare di modificare la proposta di concordato, si tratta di una facoltà molto ampia che consente anche la predisposizione di un piano totalmente diverso da quello redatto precedentemente, a differenza del concordato liquidatorio nel quale la possibilità di modificare il piano viene riconosciuta in maniera tassativa fino alle operazioni di voto, nel concordato con continuità aziendale al debitore è concessa la possibilità di modificare la proposta in qualsiasi momento, il principio che regola tale facoltà è quello della continuità aziendale e della garanzia della prosecuzione dell'attività, in concreto se il debitore dall'analisi del piano ricava in maniera evidente che con questi presupposti non sarà possibile continuare l'attività imprenditoriale o questa potrebbe essere dannosa per i creditori, allora è nella facoltà del debitore modificare il piano, senza nessun limite né procedurale e né temporale

²⁴ F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2014, p. 216;

Sussistono due tipologie di concordato con continuità aziendale, quella diretta e quella indiretta, è configurabile la prima ipotesi nel caso in cui l'attività d'impresa viene proseguita direttamente dal debitore, in questo caso il piano di concordato oltre alla domanda dovrà prevedere un *business plan* nel quale saranno specificati i costi, gli investimenti, le scelte manageriali per la produzione di utili, i flussi da destinare ai creditori, tutte le previsioni devono avere un periodo di riferimento abbastanza esteso e cioè fino al raggiungimento dell'equilibrio finanziario dell'azienda.

Seconda tipologia di continuità del concordato è quella indiretta e si realizza quando l'attività d'impresa viene proseguita da un soggetto diverso dal debitore e si articola in due forme²⁵:

- Cessione d'azienda, la prosecuzione dell'attività viene garantita da un soggetto terzo che acquisisce l'azienda, con tale operazione il rischio d'impresa passa dal debitore al soggetto acquirente, ed il piano di concordato potrà prevedere che con i proventi della cessione si andranno a soddisfare i creditori, oppure valutare i termini e le modalità di pagamento specifiche, il cessionario infatti potrebbe decidere di adempiere agli obblighi anche con la prosecuzione dell'attività aziendale e con i suoi guadagni;
- Conferimento d'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, in questa ipotesi il debitore andrà a conferire la parte dell'azienda attiva e cioè priva di debiti a uno o più società, in questo caso la soddisfazione dei creditori si avrà o con i proventi delle partecipazioni della società, o con gli utili oppure attribuendo ai creditori quote della società.

In queste due ipotesi il ruolo del debitore in ambito della gestione è assolutamente temporaneo e residuale, interviene solo a tutelare il complesso aziendale fino al momento in cui si realizzerà la cessione oppure il conferimento, nelle due ipotesi di continuità indiretta, il piano dovrà riguardare la gestione aziendale fino alla cessione o conferimento se con queste operazioni si raggiunge la soddisfazione dei creditori, in caso contrario il piano dovrà estendersi fino al raggiungimento dell'equilibrio finanziario ciò non significa che il piano dovrà sussistere fino a che tutti i pagamenti saranno completati ma fino al momento in cui si sia creata una situazione tale che consenta l'adempimento delle obbligazioni assunte, il piano deve prolungarsi tenendo conto tutti i fattori utili al raggiungimento di tali obiettivi.

L'elemento della continuità deve essere individuato in una prospettiva oggettiva, troverà quindi applicazione sia nel caso in cui l'imprenditore prosegua l'attività in proprio, sia nel caso in cui

²⁵ L. D'ORAZIO, F.S. FILOCAMO, A. PALETTA, *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, Cedam, 2015, Padova, p. 28;

proceda al trasferimento del complesso produttivo ad un soggetto terzo, tramite la cessione o il conferimento²⁶, la continuità diviene elemento centrale ed obiettivo del concordato nell'ottica del migliore soddisfacimento dei creditori a differenza di altre procedure che sono indirizzate alla tutela dei complessi aziendali e dei livelli occupazionali.

Sul punto la giurisprudenza²⁷ ritiene che:

“Lo spartiacque tra concordato liquidatorio e con continuità aziendale è di tipo oggettivo e non soggettivo: ciò che conta è che l'azienda sia in esercizio non tanto al momento dell'ammissione al concordato, quanto all'atto del suo successivo trasferimento, assumendo come presupposto che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano”

Il piano del concordato in continuità non presenta una durata predeterminata dalla legge, questa può variare a seconda delle caratteristiche che il piano vuole raggiungere se nell'ipotesi di continuità diretta come abbiamo avuto modo di vedere il piano debba estendersi fino a quando l'azienda non torni *in bonis*, cioè solvibile in grado di far fronte ai suoi impegni, nella continuità indiretta invece il piano prosegue fino alla cessione dell'attività ai terzi, in entrambe le ipotesi ciò che viene maggiormente richiesto e al fine di limitare il pregiudizio dei creditori che il piano non abbia tempi molto lunghi e che la soddisfazione sia più celere possibile, il tempo ragionevole può essere quantificato in tre – cinque anni in caso di una dilazione superiore questa deve essere adeguatamente motivata²⁸.

La proposta di concordato dovrà essere sempre accompagnata da uno stato patrimoniale prospettico che possa valutare la sostenibilità del debito e la prospettiva di crescita e di recupero dell'azienda, e per tutta la durata del piano dovranno essere predisposti i conti economici, i piani di cassa e gli stati patrimoniali.

Altro importantissimo elemento del piano è la relazione del professionista, che dovrà contenere le attestazioni di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano, con particolare attenzione ai criteri utilizzati per la previsione di andamento economico-finanziario e le modalità di copertura dei costi necessari alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Nello specifico per il concordato in continuità come abbiamo già avuto modo di segnalare la relazione del professionista dovrà contenere una specifica attestazione con la quale si dichiara che il piano è

²⁶ G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Giappichelli, Torino, 2013, p.30;

²⁷ Tribunale di Cuneo, 29 ottobre 2013 in unijuris.it;

²⁸ Tribunale di Palermo, 31 ottobre 2014, in lanuovaproceduracivile.com;

funzionale al soddisfacimento dei creditori, in concreto il professionista dovrà oltre che valutare la validità dei dati indicati dal debitore, l'effettiva realizzabilità del piano presentato che deve poi concretizzarsi nella migliore soluzione per il soddisfacimento dei creditori, il professionista dovrà quindi attestare nello specifico che il piano in questione e la continuità aziendale saranno in grado di soddisfare al meglio i creditori. La valutazione del professionista si basa sul confronto dei flussi che si possono generare dalla liquidazione dei beni in confronto a quelli che invece il debitore può ricavare dalla continuità aziendale, si tratta di un giudizio di conveniente che deve tenere in considerazione tutte le conseguenze ed i possibili rischi²⁹.

Molto importante il ruolo dell'attestazione del professionista nel momento in cui l'azienda abbia bisogno di un sostegno finanziario esterno da parte di una banca o di un soggetto terzo proprio per consentire la prosecuzione dell'attività il legislatore ha previsto diverse modalità di finanziamento dell'impresa nelle varie fasi del concordato così da consentire alla stessa di pagare le forniture strumentali e funzionali alla continuazione dell'attività aziendale e di assestare i numeri del concordato, le richieste di tali finanziamenti devono essere accompagnate dalla relazione di un professionista designato dal debitore che verificato il fabbisogno dell'impresa attesti che i finanziamenti siano lo strumento migliore al soddisfacimento dei creditori

Sono individuabili diverse tipologie di finanziamenti³⁰:

- In esecuzione di un concordato preventivo, si tratta di finanziamenti che possono assumere qualsiasi forma, la base del finanziamento è quella di ottenere le risorse idonee per l'esecuzione dell'accordo, pertanto la condizione essenziale è che questo venga omologato, il tribunale non verifica il merito di questi finanziamenti, con il termine in esecuzione si vuole indicare che saranno fatti rientrare nei crediti in pre-deduzione solo i finanziamenti successivi all'omologa, escludendo quelli erogati in precedenza dopo il deposito della domanda di omologa e prima di essa;
- Finanziamenti in funzione anche detti ponte, concessi, utilizzando l'espressione letterale della norma, in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, si tratta di finanziamenti che non sono strettamente collegati all'accordo ma sono legati alla possibilità di garantire all'impresa quella liquidità necessaria per la presentazione della domanda di omologazione. Sono

²⁹ G. BRESCIA, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare, dopo le modifiche al concordato con continuità aziendale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p.39;

³⁰ G.B. NARDECCHIA, *I finanziamenti prededucibili di cui agli artt. 182-quater e 182-quinquies l.fall.*, in *Fallimento*, 2016, p. 1105;

finanziamenti che sostengono l'impresa nella fase iniziale consentono all'imprenditore di avere quella liquidità utile per non far scaturire l'insolvenza piena prima della presentazione dell'accordo;

- Finanziamenti interinali, in quanto funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori, la richiesta di tali finanziamenti avviene nella fase preliminare del deposito dell'accordo per permettere, anche in tale fase l'accesso a forme di finanziamento agevolate dal possibile riconoscimento della pre-deduzione. Affinché sia riconosciuta la pre-deduzione di tali finanziamenti è necessaria una specifica autorizzazione del tribunale basata su di una attestazione del professionista designato dal debitore, l'obiettivo primario di questa ultima tipologia di finanziamenti è quella di ottenere la migliore soddisfazione per i creditori.

Dall'analisi di queste tipologie di finanziamenti possiamo quindi sintetizzare che sia i finanziamenti ponte che quelli in esecuzione sono messi a disposizione di qualsiasi soggetto, dunque sia banche che terzi e che in entrambe le ipotesi vi è il riconoscimento della pre-deduzione, per i finanziamenti in esecuzione quest'ultima è prevista dalla norma, in quelli ponte la giustificazione della pre-deduzione è da ricercare nel piano concordatario, sarà l'ammissione del tribunale a dargli il giusto valore ed il giusto significato normativo³¹. La finalità principale perseguita da tutte le forme di finanziamento è quella di aumentare la probabilità di successo delle procedure e nello specifico del concordato.

Se nel concordato di tipo liquidatorio la convenienza del finanziamento esterno è immediata poiché comporta la soddisfazione istantanea dei creditori, con riferimento ai concordati con continuità il concetto di nuova finanza è diverso perché attraverso tali finanziamenti l'impresa garantisce il proseguimento delle attività aziendali, l'imprenditore può continuare l'esercizio d'impresa e produrre ulteriori utili rispetto alle previsioni dettate dal piano.

Le risorse esterne possono tuttavia essere utilizzate nel rispetto di alcuni vincoli, l'articolo 160 comma 2 della legge fallimentare sancisce la possibilità di utilizzare la finanza liberamente senza colpire la responsabilità patrimoniale del debitore, stabilendo infatti che: il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, ciò significa che la finanza esterna deve avere precise finalità e rispettare le classi dei creditori, nel rispetto del principio di neutralità non comportando variazioni allo stato patrimoniale del debitore.

³¹ R AMATORE, L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013, p.178;

Scegliere di adottare un concordato con continuità ha senza dubbio dei privilegi e dei vantaggi per il debitore tra i più importanti individuamo sicuramente la possibilità di proseguire i contratti pendenti anche in presenza di clausole impeditive. L'imprenditore in concordato con continuità potrà decidere di sciogliere dei contratti e sospendere gli effetti ma il terzo contraente sarà obbligato ad attendere le sue determinazioni, saranno infatti considerati inefficaci quegli atti che prevedano la risoluzione di qualunque contratto per effetto dell'apertura della suddetta procedura

Tale possibilità viene riconosciuta anche per i contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni ma in tal caso è richiesta al debitore la presentazione di una relazione con cui il professionista attesti che il contratto sia coerente con il piano e che il debitore sia ragionevolmente in grado di adempierlo.

Tra le diverse possibilità di realizzazione della continuità aziendale è concessa anche quella che consiste in operazioni di liquidazione dei beni aziendali, beni non funzionali alla continuità ed alla prosecuzione dell'azienda, non vi sono vincoli di destinazione, questo significa che tali risorse possono essere utilizzate indifferentemente o per sostenere la continuità aziendale oppure per soddisfare i creditori. L'insieme dei beni così detti non funzionali rappresenta una utilità per l'azienda, una grossa fetta di attivo, che può ricomprendere anche rami interi dell'azienda, ciò significa che il debitore per garantire la continuità aziendale potrà decidere di dismettere anche interi rami d'azienda e cioè quel complesso di beni organizzato ed autonomo che ha la capacità di generare reddito, anche in questa ipotesi la dismissione del ramo non attivo servirà a garantire la continuità.

Oltre alle forme di concordato fin qui analizzate vi è una particolare forma che viene definita concordato misto, tale tipologia si configura nel momento in cui non è automatica la scelta tra la continuità aziendale e la cessione, si tratta di una creazione giurisprudenziale a metà strada tra il concordato liquidatorio e quello con continuità aziendale, il suo sistema di intervento è quello di prevedere congiuntamente sia la prosecuzione dell'attività che la liquidazione dei beni.

Una delle problematiche più evidenti con riferimento a tale tipologia di concordato è relativa alle regole ed alla disciplina da applicare al caso concreto, sul punto sia la dottrina che la giurisprudenza hanno avuto pareri differenti se da una parte si ritiene sempre prevalente la disciplina del concordato con continuità aziendale in quanto riconoscere la possibilità di liquidare i beni non funzionali senza uno specifico vincolo di destinazione vuol dire riconoscere

alla liquidazione stessa un ruolo secondario di strumento di realizzazione della continuità aziendale.

Sul punto la giurisprudenza³²:

Allo scopo di qualificare il concordato con continuità aziendale non appare rilevante l'eventuale prevalenza o marginalità dei flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività aziendale nell'economia complessiva del piano.

Di orientamento totalmente opposto la teoria che individua come criterio per la scelta della tipologia di concordato quello della prevalenza ricavabile dalle norme del contratto tipico e dai suoi elementi più importanti sul punto la giurisprudenza³³:

“Qualora ci si trovi di fronte a un concordato misto deve trovare applicazione la disciplina del piano concordatario prevalente, salva la possibilità di applicazione congiunta delle due discipline ove non siano incompatibili secondo il criterio della integrazione”.

Ancora non sussiste dal punto di vista giurisprudenziale una posizione definitiva sul punto ma in termini numerici nell'applicazione concreta delle soluzioni nella maggior parte dei casi di concordati misti si è applicato il criterio della prevalenza, sicuramente negli anni ci saranno ulteriori pronunce risolutive.

2. La soddisfazione dei creditori

Come abbiamo già avuto modo di specificare, tra le valutazioni che il professionista attestatore deve effettuare vi è quella del migliore soddisfacimento dei creditori, in questo paragrafo cercheremo di analizzare tale principio e le sue implicazioni.

La prima riflessione da fare su tale concetto è se parlando di soddisfacimento dei creditori si debba guardare ad un aspetto strettamente economico o se si può fare riferimento a qualsiasi tipo di utilità, questo primo elemento può essere risolto dalla lettura dell'articolo 186 bis, legge fallimentare che utilizzando genericamente il termine soddisfacimento dei creditori e non dei crediti fa riferimento a qualsiasi tipo di utilità anche non strettamente economica e monetaria, basta che utile alla realizzazione delle pretese creditorie, tali utilità devono essere di carattere oggettivo, in quanto il professionista attestatore non può effettuare una valutazione di convenienza ma si deve limitare alla determinazione del patrimonio interessato, il

³² Tribunale di Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in www.ilcaso.it;

³³ Tribunale di Roma, 22 aprile 2015, www.ilcaso.it;

soddisfacimento dei creditori non è riferibile all'aspettativa del singolo ma alla tutela dei creditori collettivamente intesi ³⁴.

Altro elemento da analizzare riguarda la soddisfazione relativa o assoluta dei creditori, la norma parla di miglior soddisfacimento, questo fa pensare che non si cerchi la totale realizzazione delle aspettative creditizie, e ciò è dimostrato anche dalla mancanza di una percentuale di soddisfacimento di creditori chirografari minima, ai fini dell'ammissione alla procedura, dunque l'aggettivo migliore non deve essere inteso quale massimo, perché in questa ipotesi tutti gli utili derivanti dalla continuazione dell'attività sarebbero destinati ai creditori facendo perdere totalmente di valore il senso stesso del concordato.

Si deve consentire all'imprenditore di ristabilire un equilibrio economico finanziario attraverso la destinazione di ricavi generati dalla continuità alla gestione dell'impresa, grazie al raggiungimento di un perfetto equilibrio tra il patrimonio e gli interessi dei creditori³⁵, senza la necessità di una soddisfazione totale dei creditori stessi. Il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori assume un'importanza più estesa quindi non soltanto collegata alla valutazione del professionista ma diviene un criterio guida che il giudice è chiamato a valutare quando deve autorizzare atti di gestione e quando deve prendere posizione sull'operato degli amministratori. Tutte le valutazioni si devono basare su un bilanciamento degli interessi da una parte l'interesse del debitore a conservare il valore dell'organizzazione aziendale, dall'altro quello dei creditori a vedere soddisfatte le loro pretese creditizie. Dal punto di vista normativo tale tematica viene ad essere specificata all'articolo 160 ultimo comma della legge fallimentare:

In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis.

E' evidente dalla lettura di tale norma che la soglia di soddisfazione minima del 20 % per i creditori non trovi applicazione nel caso del concordato con continuità aziendale, l'elemento essenziale di tale tipologia di concordato è la continuità e questa non deve essere dannosa per i creditori pertanto sono richieste delle cautele aggiuntive, come abbiamo già avuto modo di specificare è richiesta un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione oltre alla copertura delle risorse finanziarie necessaria a tal fine, e dalla specifica attestazione del professionista che assicuri la funzionalità della prosecuzione al miglior soddisfacimento dei

³⁴ L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano 2013, p.137;

³⁵ A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?* in Fall. 2013, p. 1099 ;

creditori, inoltre la proposta di concordata deve indicare l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare al creditore³⁶.

Concretamente il debitore deve impegnarsi a garantire una determinata soddisfazione ai creditori senza che questo necessiti di una soglia minima di soddisfazione, non è necessaria una quantificazione monetaria è però importante che tale soddisfazione sia economicamente valutabile e sia anche superiore a quella che si potrebbe ottenere nel caso in cui si procedesse alla liquidazione. Il concordato con continuità aziendale sarà dunque più conveniente quando dalla prosecuzione dell'attività aziendale sarà possibile ricavare introiti maggiori tali da soddisfare al meglio i creditori, in questa valutazione bisognerà confrontare ciò che si potrebbe ottenere dalla liquidazione dei beni con i risultati ottenibili a seguito della continuità aziendale.

Tale valutazione è compito del professionista che al termine di tali valutazioni rilascerà l'attestazione di fattibilità che verrà controllata e verificata sia dal giudice che dal commissario giudiziale i quali valuteranno concretamente tutte le classi dei creditori, seguendo sempre il principio cardine della migliore soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione.

Ci sono state diverse pronunce giurisprudenziali sulla applicazione della soglia minima del 20% anche al concordato con continuità sul punto³⁷:

L'ambito applicativo dell'obbligo posto dal co 5 dell'art. 160 l.f., a ben vedere, dipende dall'interpretazione che si intende fornire al concordato in continuità, espressamente esonerato.

E' chiaro dalla lettura di tale sentenza che l'obiettivo primario che il concordato con continuità deve garantire è la soddisfazione dei creditori ma questa non può e non deve essere subordinata al raggiungimento di una percentuale, in quanto nel momento in cui i professionista nella sua relazione specifica chiaramente che la proposta formulata dal debitore è in grado di massimizzare il recupero dei creditori non c'è motivo di imporgli una quantificazione percentuale. Dall'altra parte spetterà al Tribunale controllare la validità della proposta, dell'attestazione di fattibilità del piano e della migliore soddisfazione dei creditori, restando poco rilevante a seguito di tale giudizio la percentuale di soddisfazione.³⁸

³⁶ G. PALUDETTI, *La percentuale minima di pagamento "assicurata" e l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*, in *Dirittobancario.it*, aprile 2016;

³⁷ Tribunale di Torre Annunziata III sezione civile, 13 aprile 2016, in *fallimento.it*;

³⁸ G. PALUDETTI, *La percentuale minima di pagamento "assicurata" e l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*, cit.;

I vantaggi per i creditori, come abbiamo già detto non sono individuabili solo ed esclusivamente in termini economici, si possono individuare dei vantaggi nella conservazione dei livelli occupazionali, nell'evitare liti e controversie, nel mantenere rapporti positivi tra clienti e fornitori è possibile individuare benefici alla continuità aziendale non strettamente patrimoniali, proprio perché queste situazioni non sono facili da qualificare dal punto di vista economico il professionista può individuare tali ipotesi e poi lasciare ai creditori il diritto di esprimersi tramite il loro voto, grazie a questa possibilità potranno chiaramente manifestare la loro opinione sulla convenienza del piano di concordato nei loro confronti.

Bisogna tenere presente che l'esercizio dell'impresa e la continuità dell'attività generano dei rischi per i creditori, legati ai costi di gestione, se l'attività d'impresa non è in grado di rigenerare i mezzi finanziari che assorbe allora il soddisfacimento dei creditori sarà messo a rischio, se il passivo del debitore cresce è necessario ripristinare la situazione di equilibrio, non si può avere una valutazione certa il margine di incertezza sussiste sempre per questo il professionista esprimerà un giudizio di verosimiglianza in ordine al fatto che il debitore sarà in grado di rispettare i suoi impegni.

Viene riconosciuto un indubbio vantaggio al debitore che accede al concordato con continuità, nella possibilità di effettuare un pagamento differito dei creditori privilegiati fino ad un anno dall'omologazione del concordato, tale principio è sancito dall'art. 186-bis, co. 2, lett. C.

Tale norma fissa un principio generale in base al quale i creditori privilegiati hanno diritto all'integrale soddisfacimento dei propri crediti, pacifica è la possibilità di moratoria annuale per i creditori privilegiati, a condizione che il piano preveda la soddisfazione di questi creditori in misura non inferiore al valore del bene su cui insiste la prelazione e salva la retrocessione a chirografario della parte del credito privilegiato di cui non sia prevista la soddisfazione per incapacienza del bene. Si parla in questo caso di moratoria ininfluenta, e cioè il pagamento di tali crediti viene differito fino ad un anno senza che questo possa attribuire un diritto di voto alla proposta³⁹.

Si tratta di una scelta indirizzata al sostegno del principio di continuità aziendale, perché permette al debitore di continuare la sua attività posticipando l'esborso di tali somme, tale ipotesi è riconosciuta solo nel concordato preventivo con continuità perché nella altre tipologie di concordato la dilazione del pagamento dei crediti privilegiati implica il riconoscimento ad essi del diritto di voto in quanto comporta un soddisfacimento non integrale.

³⁹ G. ACCIARO, A. BIANCO, *Concordato preventivo con continuità aziendale*, Il sole 24 ore, 2015, 123;

Ovviamente la limitazione al diritto di voto incontra un essenziale ostacolo, il legislatore ha inteso limitare la regola dell'esclusione dal voto in presenza di una moratoria solo esclusivamente ai creditori privilegiati generali e titolari di prelazione in tutti quei piani che non prevedono liquidazione di beni, in tutte le altre ipotesi la legittimazione al voto viene disciplinata dalla regola ordinaria, non sarà possibile ricorrere alla moratoria ininfluenza in relazione ai crediti muniti di garanzia su beni che, secondo il piano, sono destinati ad essere liquidati, in quanto non strumentali all'attività d'impresa.

Si discute molto sull'applicazione della tipologia dei privilegi, e cioè se la moratoria possa essere riconosciuta indifferentemente ai privilegi generali e a quelli speciali, tale questione può essere risolta dalla lettura della norma, l'utilizzo da parte del legislatore della terminologia generica di creditori muniti di privilegio fa pensare che tale moratoria sia applicabile a tutte le ipotesi di privilegio, sia speciale che generale⁴⁰.

Molto dibattuta in giurisprudenza la possibilità di un riconoscimento ultrannuale della moratoria sul punto due sono le tesi principali, secondo una prima interpretazione il termine di un anno deve essere considerato come insuperabile, passato il quale la dilazione di pagamento è inammissibile questa teoria parte dal presupposto che bisogna incentivare l'uso della procedura di concordato preventivo con continuità soprattutto per la conservazione dell'azienda, la regola prevista dall'art. 186-*bis* legge fallimentare consente di inserire nel piano concordatario una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati, pignoratizi o ipotecari, tale principio ha natura straordinaria giustificato dalla salvaguardia dell'attività d'impresa insita nel concordato in continuità, e non è quindi applicabile nel caso di concordato liquidatorio, tale norma bilancia da una parte la possibilità concessa al debitore di dilazionare i tempi di pagamento e dall'altra gli interessi dei creditori che comunque fanno di non dover sopportare un sacrificio superiore all'anno.

Consentire tale moratoria all'imprenditore vuol dire dargli un sostegno economico e risorse finanziarie maggiori, tali risorse provenienti dal mancato pagamento dei creditori con diritto di prelazione sono ulteriormente rafforzate dall'elemento che i creditori non potranno votare negativamente alla proposta di concordato, negare il diritto di voto ai creditori ha un significato molto importante in quanto per loro è totalmente indifferente esprimere un parere riguardo le sorti del concordato nel momento in cui è previsto il loro integrale pagamento, si tratta solo ed

⁴⁰ F. PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, in Fall. 3/2015, p. 279;

esclusivamente di una dilazione che in alcun modo mette a rischio il contenuto degli interessi creditori.

Altra opposta interpretazione riconosce che la dilazione può prolungarsi oltre l'anno, questo avviene però con l'attribuzione al privilegiato del diritto di voto, cioè in concreto tale dilazione presuppone il consenso di chi la subisce, diverse pronunce giurisprudenziali tuttavia hanno riconosciuto tale prolungamento, solo e solamente per i creditori con prelazione su di un bene determinato, in quanto per i creditori con privilegio generale tale pagamento deve avvenire entro l'anno, è necessario dunque valutare la natura propria del concordato.

Sul punto la giurisprudenza⁴¹:

Ne consegue che, a fronte della introduzione di una specifica norma che consenta la possibilità per il piano concordatario di “una moratoria sino ad un anno dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca”, risulta plausibile ritenere che, in tal caso, la dilazione non richieda l’ammissione al voto e neanche l’inserimento di tali creditori in una specifica classe, trattandosi dell’utilizzazione da parte dell’imprenditore proponente il piano concordatario di una facoltà prevista dalla legge.

La Cassazione in una importante sentenza ha anche determinato il peso del voto del creditore privilegiato dilazionato e cioè lo equipara a quello dei chirografari, nella stessa misura della perdita economica relativa al ritardo con il quale conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti, questa seconda interpretazione è quella in concreto più applicata dalla giurisprudenza nei casi di concordati con continuità.⁴²

Altro importantissimo aspetto che deve essere analizzato quando si parla della soddisfazione dei creditori è la possibilità per il debitore di effettuare il pagamento di quei crediti che si sono generati anteriormente alla procedura, viene data la possibilità al debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, di pagare crediti anteriori sorti per prestazioni di beni e servizi, con autorizzazione specifica del Tribunale, tale ipotesi viene concessa nel momento in cui il professionista attestatore verifica che tali pagamenti e tali prestazioni siano essenziali e fondamentali per la prosecuzione dell'attività aziendale. Si tratta di una scelta strategica tesa ad evitare che dei fornitori essenziali per l'impresa possano decidere di interrompere i rapporti con il debitore per debiti troppo ingenti, tale scelta serve

⁴¹ Corte di Cassazione, I Sez. Civile 18.06.2020, n. 11882, in iusinere.it;

⁴² Corte di Cassazione, I Sez. Civile, 9 maggio 2014, n. 10112 in [diritto bancario.it](http://diritto.bancario.it);

essenzialmente a mantenere in vita i preesistenti rapporti commerciali essenziali per la continuazione dell'attività⁴³.

Questa applicazione normativa può essere configurata come una deroga al principio della *par condicio creditorum*, con il quale si stabilisce che creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore salve le cause legittime di prelazione, la possibilità di derogare a tale principio deve essere riconosciuta solo ed esclusivamente in presenza di alcuni elementi essenziali, tutto deve essere indirizzato al soddisfacimento dei creditori e alla continuazione dell'attività per questo è necessaria l'autorizzazione del Tribunale senza la quale tali pagamenti possono considerarsi inefficaci.

Come si evince dalla lettura dell'articolo 182 comma 6 della legge fallimentare il principio che regola tali pagamenti è quello dell'esenzione da azione revocatoria in sede di fallimento, questo sicuramente incentiva molto il debitore ad effettuarli in quanto non soltanto questi non sono soggetti ad azione revocatoria, ma lui stesso non è soggetto a responsabilità penale per bancarotta, queste certezze fanno sì di creare un punto fermo per il creditore che chiaramente comprende che tale pagamento non potrà assolutamente essere contestato in sede di fallimento.

Rientrano nella categoria dei crediti anteriori, tutti quei crediti che si sono generati anteriormente alla domanda di concordato, il momento identificativo è quello del deposito della domanda o nella pubblicazione di questa nel registro delle imprese. I crediti anteriori possono essere di due tipi⁴⁴:

- Rapporti esauriti, nei quali la prestazione è stata totalmente completata rimane solo da adempiere il pagamento;
- Contratti inseguiti, si tratta di contratti pendenti al momento della presentazione della domanda di concordato.

Se nella prima tipologia di crediti e cioè quelli esauriti il pagamento del credito avrebbe la funzione principale di mantenere una relazione commerciale con il creditore per poter usufruire ancora in futuro di questa fornitura, che potrebbe interrompersi nell'ipotesi in cui il debitore non adempie ai suoi obblighi, nella seconda tipologia di crediti invece il pagamento servirebbe come incentivo per il fornitore a non sospendere l'adempimento delle obbligazioni. I presupposti fondamentali per l'esecuzione del pagamento anticipato, sono prosecuzione dell'attività aziendale e il soddisfacimento dei creditori, tale possibilità rafforza moltissimo la

⁴³ L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1108;

⁴⁴ L. JEANTET, *Il pagamento dei crediti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall., e le condizioni di deroga della par condicio creditorum*, in www.ilfallimentarista.it, 17.04.2014;

posizione del debitore che viene sganciato dall'obbligo della *par conditio creditorum*, e anche quella dei creditori in quanto il riconoscimento e l'attestazione di tali pagamenti avviene tramite professionista specializzato.

Si devono tuttavia circoscrivere le tipologie di pagamenti che possono essere effettuati anteriormente, vi sono dei limiti ben precisi si parla solo ed esclusivamente di quei crediti che sono il corrispettivo della fornitura di beni e della prestazione di servizi, in questo modo si escludono da tale categoria:

- I finanziamenti bancari;
- I crediti derivanti da contratti di locazione;
- I crediti da rapporto di lavoro;
- I crediti della cassa edile.

Il professionista attestatore per poter ottenere l'autorizzazione al pagamento di tali tipologie di crediti dovrà redigere una specifica attestazione relativa al duplice requisito dell'essenzialità del pagamento rispetto alla prosecuzione dell'attività di impresa e della funzionalità dello stesso alla migliore soddisfazione dei creditori, sul punto la giurisprudenza⁴⁵:

L'orientamento interpretativo che preclude tout court qualsiasi pagamento di debiti anteriori al concordato deve essere rivisto alla luce del criterio di "miglior soddisfazione dei creditori", il quale individua una sorta di clausola generale applicabile a tutte le tipologie di concordato quale criterio di scrutinio della legittimità degli atti del debitore in pendenza della decisione del tribunale sull'ammissibilità della proposta.

Le prestazioni dovranno dunque essere essenziali, indispensabili e infungibili e come tali non individuabili in altri fornitori, la verifica a cui è chiamato il professionista attestatore dovrà essere con specifica e rigorosa soprattutto se le somme di riferimento sono ingenti e possono avere una grossa conseguenza sul patrimonio del debitore. Non viene richiesta l'attestazione nel caso in cui i pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate dal debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori, giacché in tal caso il pagamento non intacca il patrimonio del debitore.

In questa ipotesi non sarà necessaria l'attestazione del professionista ma l'autorizzazione del Tribunale e le informazioni saranno ricavate direttamente dal debitore. Altro caso in cui

⁴⁵ Corte d'Appello di Venezia, 30 Gennaio 2014 in nuovodirittodellesocietà.it;

l'attestazione non viene richiesta è quello in cui il pagamento viene ad essere realizzato da un terzo che non interviene e non intacca in alcun modo il patrimonio del debitore.

Nei casi in cui viene richiesta l'autorizzazione del Tribunale, questa persegue un obiettivo fondamentale e cioè consentire la violazione della *par conditio creditorum*⁴⁶, in conseguenza di ciò, l'autorizzazione al pagamento può essere concessa dal Tribunale solo qualora venga attestato che tale violazione risulti vantaggiosa per i creditori nel loro complesso.

Viene riconosciuta la possibilità di effettuare dei pagamenti ai creditori anteriori senza l'attestazione del professionista ogni qual volta vi sia una situazione di emergenza e urgenza è possibile dunque superare l'attestazione del professionista con una valutazione operata dal Tribunale secondo criteri di opportunità e convenienza, rispetto all'interesse della massa dei creditori.

Sul punto la giurisprudenza⁴⁷:

In pendenza di domanda di concordato c.d. con riserva qualificato in continuità aziendale, la richiesta di autorizzazione al pagamento di debiti anteriori chiaramente funzionali alla prosecuzione dell'attività, ove si appalesi come "urgente" in considerazione della natura dei beni e dei servizi indicati.

L'autorizzazione al pagamento dovrà tenere conto delle possibili conseguenze a cui l'azienda potrebbe essere soggetta l'azienda in assenza di tali prestazioni, e in particolare il carattere dell'urgenza deve essere individuato con specifico riferimento ai beni ed ai servizi individuati, il Tribunale autorizzerà tali pagamenti valutando tutti gli elementi in oggetto, si tratterà di un atto di straordinaria amministrazione teso a salvaguardare il patrimonio dell'azienda⁴⁸.

3. I Contratti pendenti

Tematica di grande importanza con riferimento al concordato con continuità è quella dei contratti pendenti, fino alla riforma del 2012 relativa al concordato preventivo non esisteva una disciplina specifica dei contratti pendenti questi venivano regolamentati dalla disciplina privatistica dei contratti.

⁴⁶ D. FINARDI, G. SANDRINI, *La deroga alla par conditio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, 9 ottobre 2013, in *Crisi d'impresa e fallimento*;

⁴⁷ Tribunale Rimini, 18 Novembre 2019 in nuovodirittodellesocietà.it

⁴⁸ M. FALAGIANI, *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.*, in *Fallimento*, 2014, p.827;

Con il decreto sviluppo nel 2012 è stato inserito l'articolo 169 *bis* legge fallimentare, con il quale si vanno a disciplinare per la prima volta quei rapporti giuridici pendenti al momento del deposito della domanda di concordato, con tale norma si vogliono bilanciare interessi contrapposti, da una parte quello del debitore di non rimanere vincolato a rapporti preesistenti, e dall'altra quelli dei creditori a non subire danni dalla prosecuzione di tali contratti⁴⁹.

Il debitore può chiedere di essere autorizzato a sciogliere dei contratti in corso di esecuzione quando questi non sono essenziali per il proseguimento dell'attività, oltre allo scioglimento il debitore può anche chiedere l'autorizzazione alla sospensione di un contratto per non più di sessanta giorni e prorogabili solo una volta. Non vi sono dubbi sulla proponibilità della domanda al momento del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, si discute se tale richiesta possa essere effettuata in un momento successivo, cioè nel corso della procedura tale questione è stata definitivamente risolta con il D.L. n. 83/2015 che ha previsto in maniera chiara che il debitore possa proporre istanza di scioglimento o sospensione anche in un momento successivo alla presentazione del ricorso⁵⁰: *“il debitore con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato con decreto motivato (...) lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso”*.

Questa interpretazione rende più certa l'esecuzione del piano di concordato e consente una valutazione del Tribunale sulla possibilità di adempimento e della possibilità di soddisfazione dei creditori, una interpretazione restrittiva era fortemente in contrasto con gli obiettivi del concordato e cioè trovare delle soluzioni di negoziazione della crisi, tale possibilità tuttavia trova un limite temporale si può ritenere che l'istanza possa essere presentata solo fino a 15 giorni prima della data fissata per l'adunanza dei creditori, infatti consentire senza limiti la presentazione dell'istanza al debitore avrebbe l'obiettivo di non rispettare la volontà dei creditori.

Diamo una definizione specifica di contratti in corso di esecuzione, in tale definizione sono ricompresi tutti quei contratti anche quelli unilaterali sono esclusi solo quei contratti il cui rapporto non prevede alcuna esecuzione che non sia il pagamento da parte del debitore

⁴⁹ G. REBECCA, *Contratti pendenti: sospensione e scioglimento nel concordato in continuità e nel concordato in bianco*, su www.ilfallimentarista.it, 14 maggio 2013 p.99;

⁵⁰ F. PETRUCCO TOFFOLO, *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, su www.ilfallimentarista.it, 2013;

concordatario di un debito scaduto, dunque tali contratti devono presentare le seguenti caratteristiche⁵¹:

- Che siano stati stipulati precedentemente alla procedura;
- Che non consistano in posizioni passive i capo all'imprenditore;
- Per i quali la fase esecutiva non si è ancora completata, e siano suscettibili di valutazione e qualificazione economica;
- Dove sia possibile individuare un rapporto di tipo bilaterale.

La regola generale spinge per la prosecuzione dei rapporti a differenza del fallimento dove con la pronuncia di insolvenza si ha la sospensione dei contratti, viene data la possibilità al debitore di valutare eventuali sospensioni o scioglimenti del contratto nel momento in cui la prosecuzione di quest'ultimo possa determinare effetti negativi sul patrimonio del debitore, tale facoltà deve essere autorizzata dal Tribunale, la libertà del debitore è quella di scegliere quali contratti sciogliere e quali proseguire, il Tribunale infatti non entra nel merito della convenienza economica della prosecuzione del contratto verrà effettuato solo un controllo funzionale tra il contratto ed il piano, l'unica condizione che il giudice è chiamato a verificare è sulla concreta prosecuzione di quel contratto.

Prima di poter decidere il Tribunale dispone però l'integrazione del contraddittorio con la controparte del contratto che si intende sciogliere o sospendere, tale possibilità è stata introdotta sia per sentire le ragioni e gli interessi del contraente, ma anche per accertare che tale tipologia di contratto rientri effettivamente tra quelli pendenti, il terzo contraente verrà sentito oppure gli verrà concesso un termine per il deposito di scritti o documenti, il Tribunale dovrà valutare in concreto il danno che potrebbe subire il terzo dall'adozione di questo provvedimento. Il Tribunale ove lo ritenga necessario e ove non ritenga sufficienti le informazioni contenute nell'attestazione del professionista può richiedere l'assunzione di informazioni può comunque nominare uno o più ausiliari al fine di esaminare le dichiarazioni dell'imprenditore, nonché dell'attestatore soprattutto in assenza del commissario giudiziale. Tali interventi hanno l'obiettivo di evitare di lasciare tutta la scelta al debitore che potrebbe essere spinto da motivi di opportunità magari diretti a far venire meno determinati rapporti contrattuali per perseguire interessi diversi da quelli della regolazione della crisi.

⁵¹ F. PETRUCCO TOFFOLO, *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, su www.ilfallimentarista.it, op.cit;

Assegnare al giudice il compito di autorizzare lo scioglimento consente di valutare in concreto che la richiesta non sia irregolare ed è diretta effettivamente al raggiungimento degli obiettivi del piano concordatario, tale richiesta può essere rigettata solo per ragioni di congruenza il giudice come già detto non può entrare nelle ragioni di opportunità economica

Nel momento in cui il debitore decide di sospendere un contratto nasce per il terzo contraente il diritto ad un indennizzo che è commisurato alla perdita derivante dalla mancata esecuzione del contratto, ed il creditore viene inserito nella procedura concorsuale, l'indennizzo equivale al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento e tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato, non si qualifica come credito prededucibile. La quantificazione dell'indennizzo non può essere realizzata né dal Tribunale e né dal Giudice delegato, i quali si limitano solo all'accoglimento dell'istanza, sarà il debitore a definire il risarcimento per il terzo contraente il quale però in quanto qualificabile come creditore concorsuale potrà contestare in sede di votazione della proposta di concordato l'importo.

Con particolare riferimento al concordato con continuità l'articolo 169 bis trova piena applicazione, tale articolo detta una disciplina specifica dei rapporti pendenti nel concordato in continuità, volta ad agevolare la prosecuzione dell'attività d'impresa, con una deroga alla disciplina generale, si stabilisce che i contratti in corso alla data del deposito del ricorso introduttivo non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura e che eventuali patti contrari devono ritenersi inefficaci.

Questa rappresenta la differenza maggiore tra concordato preventivo e concordato con continuità, se nel concordato preventivo tali patti sono da considerarsi validi, nel concordato con continuità il legislatore ha voluto assicurare la continuità dei rapporti sancendo l'inefficacia di tutte quelle clausole che prevedono lo scioglimento del contratto o la facoltà di recesso del terzo contraente in caso di ricorso del debitore alla procedura concordataria, quindi sono inefficaci tutte quelle norme che portano allo scioglimento automatico di rapporti a seguito dell'accesso alla procedura concordataria⁵².

Altro importante vantaggio riconosciuto è quello relativo alla continuazione dei rapporti contrattuali anche nelle ipotesi di contratti pubblici, infatti il codice dei contratti pubblici considera un motivo di esclusione quello della possibilità di stipulare o proseguire contratti la circostanza che l'impresa si trovi in stato di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo, o l'aver in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni. Con

⁵² A.PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Fallimento 3/2013 p. 898;

la previsione dell'articolo 186 *bis* della legge fallimentare il legislatore ha voluto aggiornare la situazione escludendo espressamente dalle procedure concorsuali ostative il concordato in continuità, questo garantisce alle imprese che lavorano soprattutto nel settore pubblico di continuare la loro attività anche in presenza di tale procedura concorsuale, tale situazione viene giustificata dal fatto che molto spesso tali aziende sono debtrici abituali dell'erario. In passato infatti nel codice dei contratti pubblici la pendenza di procedura di concordato era un elemento ostativo alla partecipazione di gare pubbliche, in quanto questo elemento non era assolutamente un supporto alle aziende per superare la crisi d'impresa, impedirgli di partecipare a contratti pubblici poteva essere il colpo definitivo per la continuità aziendale.

Affinché tali contratti pubblici possano effettivamente proseguire è necessario che un professionista attesti la presenza di due requisiti:

- la conformità della continuità contrattuale al piano che viene effettuata mediante lo svolgimento di specifici e controlli volti ad accertare che la prosecuzione del contratto sia contenuta nel piano e sia coerente con l'obiettivo della continuità;
- la ragionevole capacità di adempimento del debitore, questa viene accertata in termini di ragionevolezza e cioè valutare la presenza di situazioni di fatto che possono determinare l'ostacolo all'adempimento del contratto⁵³.

Con il primo criterio si fa riferimento alla coerenza, e cioè l'esecuzione del contratto pubblico è presente nel piano e tutti i suoi effetti sono previsti sia in termini di costi che di ricavi, la conformità deve essere intesa nel senso della funzionalità del contratto, che esso sia concretamente utile rispetto all'obiettivo della continuazione e risanamento dell'impresa. Ovviamente per evitare una discrezionalità troppo ampia per il professionista la bozza del piano deve essere approvata dai creditori, quindi se al debitore spetterà una valutazione di merito sulla continuità del contratto al professionista incaricato spetterà un mero controllo di concordanza tra esso e il piano predisposto. Riguardo alla capacità di adempimento in questo caso la valutazione del professionista sarà più concreta in quanto egli valuterà oggettivamente le situazioni incompatibili con l'adempimento del contratto, entrambi i requisiti devono essere presenti per tutta l'esecuzione del contratto.

L'attestazione speciale del comma 3 e la sua funzione sono ben descritti, come segue, dalla dottrina «... *L'attestazione di conformità si risolve in un giudizio di coerenza della*

⁵³ A.PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Fallimento 3/2013, op.cit.;

prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi della stessa generati. Con riferimento invece all'attestazione sulla ragionevole capacità di adempimento, questa dovrebbe comprendere l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettive, alla capacità del debitore di far fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante ...»⁵⁴

Nella norma il legislatore ha utilizzato dei termini differenti per qualificare il contratto pubblico se in una prima parte parla di contratto stipulato con le pubbliche amministrazioni in una seconda parte parla di contratto pubblico sussistono delle differenze nella terminologia, con il primo termine si vuole indicare che il contratto non si interrompe anche nell'ipotesi in cui l'altro contraente è una pubblica amministrazione, con il termine contratto pubblico invece si intende “*quei contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori*”. E' evidente che il contratto stipulato con una pubblica amministrazione ha una estensione più ampia che comprende sia l'aspetto oggettivo del contratto e sia la qualificazione soggettiva.

Bisogna specificare che quando si parla di rapporti giuridici pendenti devono essere esclusi quei rapporti riferibili alla fase precedente all'aggiudicazione, ed inoltre nell'ipotesi di concordato con continuità viene concessa anche la possibilità di partecipare a nuove procedura di aggiudicazione di contratti pubblici, è possibile dunque partecipare a gare che non erano state bandite ancora al momento del deposito del ricorso di concordato con continuità la giurisprudenza riconosce tale possibilità con un limite, il contratto con il quale l'impresa concorre deve essere riconducibile all'attività oggetto della continuazione ed il professionista nella sua attestazione rilevi la sostenibilità economica e finanziaria del progetto con una valutazione non solo di conformità ma anche di ragionevole capacità di adempimento. In concreto l'impresa potrà partecipare a nuove gare nel momento in cui sussista il convincimento che questa, come ogni altra impresa, abbia le dovute competenze tecnico-professionali.

Con particolare riferimento alla sospensione del contratto sorge la questione se questa sia possibile da applicare per tutti i contratti oppure se vi siano dei contratti per i quali non è possibile ipotizzare una temporanea sospensione dell'attività, questo in particolare quando avvantaggi solo una parte un esempio sono contratti di locazione, di leasing o di somministrazione di energia, tale questione viene superata con la previsione dell'indennizzo in quanto è evidente che questo nasce per ristorare un pregiudizio, sempre con tale giustificazione

⁵⁴ F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, in www.ilCaso.it, 2016;

viene consentito anche al terzo contraente di sospendere la sua prestazione, è proprio la sospensione dell'attività che fa nascere l'obbligo per il debitore di ristorare la perdita⁵⁵.

Vi sono alcune tipologie di contratti che non possono essere ricompresi nella normativa appena analizzata: la clausola compromissoria, il contratto di lavoro subordinato, il contratto preliminare di compravendita, il contratto di finanziamento per uno specifico affare, il contratto di locazione di immobili, per questi contratti il debitore che ha proposto la domanda di concordato non potrà chiedere né la sospensione e né lo scioglimento.

4. Affitto d'azienda

Tra le questioni più dibattute con riferimento al concordato con continuità aziendale è individuabile la possibilità che tale continuità sia realizzata tramite un contratto d'affitto con un soggetto terzo. Con il contratto d'affitto d'azienda il concedente trasferisce all'affittuario il diritto di godimento dell'azienda per un certo periodo e contro il pagamento di un canone, la titolarità non viene trasferita che rimane in capo al soggetto concedente, viene trasferita solo la possibilità di disporre dell'azienda. Oggetto del contratto di affitto di azienda è l'azienda stessa e cioè intesa come complesso di beni organizzati dall'imprenditore e definita così dall'art. 2555 c.c., il trasferimento della titolarità dell'azienda avverrà solo nel caso in cui successivamente al contratto d'affitto venga prevista la cessione dell'azienda.

Il contratto d'affitto può configurarsi come modalità indiretta della prosecuzione aziendale, le opinioni sul punto sono contrastanti, se per una parte della giurisprudenza che effettua una interpretazione letterale della norma, l'affitto non è espressamente previsto tra le forme della continuità aziendale individuabili nell'articolo 186 bis della legge fallimentare, e di conseguenza l'applicazione di tale modalità di prosecuzione dell'attività metterebbe a rischio la posizione dei creditori che non sarebbero in grado di valutare concretamente la solvibilità dell'azienda e le garanzie prestate. Per tale interpretazione l'affitto d'azienda potrebbe essere applicato al concordato liquidatorio ma non a quello con continuità, in quanto proprio la continuità temporanea tipica dell'affitto è da individuare in capo ad un terzo soggetto e non al debitore, sarebbe dunque carente l'elemento essenziale della soggettività dell'imprenditore per poter configurare la continuità⁵⁶.

⁵⁵ E. MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur.It.*, 2017, p. 515;

⁵⁶ F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e Concordato in continuità*, 15.11.2013, in *il fallimentarista.it*;

Uno degli aspetti decisivi della continuità aziendale è la sopportazione del rischio di impresa da parte dei creditori, tale rischio tuttavia sussiste solo se l'impresa è gestita dall'imprenditore e sia presente una certa aleatorietà per i creditori, nell'ipotesi dell'affitto di azienda il canone è determinato in maniera fissa, previsto da un contratto e non è soggetto agli esiti dell'attività che viene svolta, in questa ipotesi non avrebbe senso individuare costi, ricavi e risorse necessarie per coprire le spese, e neanche l'attestazione avrebbe senso di esistere in quanto i dati contenuti in essa farebbero riferimento ad un soggetto che è completamente estraneo alla procedura.

Con il passare del tempo tale interpretazione è stata superata da alcune tesi che trovano il loro punto fermo nell'elemento oggettivo della prosecuzione dell'attività di impresa, si abbandona l'interpretazione letterale in favore dell'elemento oggettivo della continuazione dell'attività indipendentemente dal soggetto che la conduce sul punto la giurisprudenza⁵⁷:

“L'articolo 186 bis l. fall., nel prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, non distingue tra attività esercitata direttamente ed attività esercitata indirettamente dal debitore imprenditore, con la conseguenza che quella di affitto di azienda deve necessariamente ritenersi compresa nell'esercizio dell'attività di impresa e che l'affitto di azienda può rientrare in una delle ipotesi di continuità espressamente previste dal citato articolo 186 bis.”

Il perno di tale decisione deve essere individuato nell'esercizio dell'attività, l'elemento fondamentale è che l'azienda sia in attività, in senso oggettivo non importa la modalità attraverso la quale tale attività viene perseguita, l'affitto d'azienda non deve essere finalizzato ad una semplice conservazione del patrimonio per poi consentire la liquidazione, ma deve essere concentrata sul mantenimento dell'attività imprenditoriale⁵⁸.

Sempre sul punto⁵⁹:

“L'affitto d'azienda “non possa essere escluso a priori dall'art.186bis lf, dovendo valutare caso per caso la situazione specifica, potendo l'affitto ben essere uno strumento utile per fare cassa e dare quindi respiro ad un'azienda di per sé sana, ma in evidente crisi di liquidità”

Tra le tipologie di affitto di azienda è possibile individuarne due la classica forma di affitto, detto puro o fine a se stesso, nel quale la prosecuzione dell'attività viene garantita da un terzo

⁵⁷ Tribunale Bolzano, 27 Febbraio 2013, in codice fallimentare.it

⁵⁸ E. SELMIN, A. ZANTONIO, F.M.R. SAVIO, *La valenza del contratto di affitto d'azienda nella crisi dell'impresa*, Giappichelli editore, Torino,2016, p.2;

⁵⁹ Tribunale di Bolzano cit.;

senza alcuna previsione di obblighi di acquisto e di termini, e l'affitto preordinato alla cessione di azienda o ramo di questa.

Andando ad interpretare in senso letterale la norma la prima tipologia di affitto non dovrebbe rientrare in quelle che garantiscono la continuità aziendale, sul punto vi sono state diverse posizioni giurisprudenziali, secondo un orientamento prevalente il concetto di continuità aziendale va inteso in senso oggettivo e di conseguenza può sussistere anche in presenza di procedure che portano al trasferimento dell'azienda a terzi, l'importante è che l'azienda in sé per sé non venga meno. La nozione di continuità aziendale deve quindi ricomprendere oltre alla continuità diretta realizzata dall'imprenditore anche quella indiretta realizzata da un terzo mediante l'affitto, questo perché l'affitto non è altro che uno strumento giuridico ed economico di realizzazione della continuità con il quale si cerca di evitare la perdita di funzionalità e di efficienza dell'intero complesso aziendale, anche in vista di un eventuale passaggio a terzi⁶⁰.

Sul punto la giurisprudenza⁶¹:

“Discorso analogo vale, mutatis mutandis, per il cd. affitto puro, quello, cioè, che non risulti prodromico alla cessione dell'azienda, ma alla sua semplice dislocazione in capo all'affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, al debitore.

In ogni caso affinché l'affitto di azienda possa considerarsi rientrante tra le categorie di attività che consentono la prosecuzione dell'azienda è necessario valutare i termini del contratto di affitto, la sua durata ed il suo oggetto. Con l'affitto l'azienda di proprietà dell'imprenditore concordatario viene temporaneamente concessa in affitto ad un terzo soggetto che acquisisce tutti i diritti di godimento ed i poteri di gestione subentrando in tutti i rapporti e assumendo l'impegno a mantenere l'integrità economica dell'azienda ed a restituire l'azienda al termine del contratto, non sembra pertanto far venire meno il presupposto che si tratti comunque di azienda in esercizio. Si tratta di uno strumento con il quale l'imprenditore prosegue l'attività aziendale cosa che se rimanesse nella gestione interna quest'ultimo non riuscirebbe a mantenere a causa dei costi.

Ad oggi dunque la tesi maggiormente sostenuta è quella che predilige una forma di continuità aziendale di tipo oggettivo, tendente alla conservazione degli organismi produttivi in quanto la

⁶⁰ F. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2015, p.54;

⁶¹ Corte di Cassazione I Sez. civile, 19 Novembre 2018, n. 29742. In puntodiritto.it;

perdita della continuità aziendale può essere causa di una grave dispersione del valore del patrimonio.

Molto si discute anche sul momento in cui viene ad essere stipulato questo contratto, nel caso di contratto di affitto precedente alla domanda di concordato parte della giurisprudenza ritiene che l'affitto non sia configurabile come strumento di continuità in quanto deve essere il piano di concordato a prevedere la cessione dell'azienda ed i costi ed i ricavi relativi alla prosecuzione, le risorse finanziarie e le coperture, tali operazioni si rilevano prive di senso nel momento in cui sussiste un affitto già antecedente. Altra parte della dottrina ritiene invece che il contratto di affitto stipulato precedentemente la domanda di concordato sia valido nel momento in cui prevede uno specifico impegno di acquisto, questo serve per consentire ai creditori di avere una specifica informazione accurata su come sarà gestita la crisi⁶².

Sul punto la giurisprudenza⁶³:

“al riguardo si ritiene che sia l'affitto stipulato prima della presentazione della domanda di concordato, che quello stipulato in corso di procedura concordataria, ove vi sia la previsione di successiva cessione dell'azienda, non sia di ostacolo all'applicabilità della disciplina tipica del concordato in continuità.”

Se il contratto di affitto viene stipulato successivamente alla domanda di concordato non vi sono troppi problemi di identificazione in quanto diviene necessario solo che l'affittuario si impegni in maniera irrevocabile all'acquisto, in questo caso è ovvio che è necessaria l'autorizzazione del giudice perché si tratta di attività di straordinaria amministrazione.

E' possibile quindi configurare un ipotesi di concordato con continuità sia che l'affitto sia stato stipulato precedentemente che successivamente alla domanda di concordato, nella prima ipotesi l'azienda già concessa in affitto a terzi dovrà prevedere una retrocessione dell'attività al debitore per consentirgli di svolgere direttamente l'esercizio dell'impresa.

Nella seconda ipotesi, che è la più frequente, all'affitto dell'azienda seguirà la sua cessione dopo il completamento delle procedure competitive, quindi in entrambi i casi l'elemento determinante è quello dell'esercizio dell'attività, l'azienda deve essere in esercizio al momento del deposito del ricorso senza arrecare pregiudizio ai creditori⁶⁴

⁶² G. CANALE, Affitto d'azienda e concordato preventivo Tra passato, presente e futuro, Giappichelli editore, Torino, 2017, p.45;

⁶³ Tribunale di Bolzano, Decreto del 10.03.2015 in ex parte creditoris.it;

⁶⁴ A. VALENTINI, M. BADELLINO, G. GOFFI, *Riflessioni su rapporto di lavoro subordinato e nuove norme fallimentari in tema di continuità aziendale*, 06.08.2012, in www.ilfallimentarista.it;

Tale riconoscimento lo individuiamo anche del D.D.L di delega al governo per la riforma della crisi d'impresa⁶⁵ con il quale viene riconosciuto all'interno della categoria del concordato con continuità anche quello dell'contratto di affitto di azienda, tale riconoscimento da diritto all'azienda ad una continuità contrattuale ed alla possibilità di stipulare contratti pubblici, ovviamente il piano deve tenere bene presente i canoni di affitto, il prezzo d'acquisto attraverso la valutazione del professionista, che dovrà nello specifico accertare se il promissario è in grado di far fronte ai suoi impegni, con il quale si stabilisce che:

“La continuità può essere diretta in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso”

E' evidente che il punto centrale dell'individuazione del contratto di affitto tra le modalità di continuazione dell'attività è nell'oggettiva continuazione del complesso produttivo, se vista in questa prospettiva l'affitto d'azienda diviene uno strumento valido per il raggiungimento degli obiettivi propri del concordato in continuità, tanto la conservazione dell'impresa quanto il miglior soddisfacimento del ceto creditorio⁶⁶.

L'elenco previsto dall'articolo 186 bis in questo senso non deve essere letto in modo tassativo, ma orientativo, scegliere l'affitto di azienda vuol dire prevedere un intervento immediato volto ad assicurare la continuazione dell'attività d'impresa in capo ad un nuovo imprenditore, spesso tale contratto d'affitto dopo l'omologa del concordato si formalizza in un acquisto da parte del soggetto affittuario, in questo modo il nuovo imprenditore non risponde delle passività pregresse e non perde l'avviamento dell'impresa, che poi verrà acquistata successivamente all'omologa nel momento in cui la situazione debitoria e creditoria sono chiaramente risolte.

Sono evidenti tantissime analogie tra l'affitto d'azienda e il conferimento a terzi, in tutte e due le situazioni giuridiche il terzo non avrà un rischio diretto derivante dall'attività d'impresa e potrà recuperare le risorse finanziarie dalla distribuzione egli utili. Sul punto importantissima la pronuncia della Cassazione che riconosce riconducibile al concordato con continuità sia l'affitto vero e proprio che quello ponte cioè indirizzato ad un successivo acquisto⁶⁷:

⁶⁵ Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155, in Senato.it

⁶⁶A. GALLONE, RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare: profili civilistici, fiscali e lavoristici: aggiornato con il D. lgs. n. 169/2007 in vigore dal 1. Gennaio 2008*, IPSOA, 2008 p. 46; ;

⁶⁷ Corte di Cassazione I Sez. civile , 19 Novembre 2018, n. 29742, in ex parte creditoris.it

“Il concordato con continuità aziendale disciplinato dall’art. 186-bis l.fall. È configurabile anche quando l’azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell’ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l’azienda sia esercitata dal debitore o, come nell’ipotesi dell’affitto della stessa, da un terzo.”

Il ragionamento effettuato dalla Corte parte dal presupposto che il legislatore con il concordato con continuità ha voluto favorire in ogni senso la prosecuzione dell’attività d’impresa, sia in senso oggettivo che soggettivo, il punto centrale è la continuità indipendentemente se questa sia garantita dal debitore o da altri soggetti, il contratto d’affitto è solo lo strumento che può essere poi utilizzato per raggiungere la cessione o al conferimento senza perdere tutti i valori essenziali dell’impresa primo tra tutti l’avviamento, elemento che se si arrestasse anche momentaneamente l’attività aziendale verrebbe perso. E’ evidente che il debitore che affitta la sua azienda conserva ancora tutta una serie di obblighi giuridici, considerato che fino alla stipula del concordato tutti i rischi di natura giuridica e patrimoniale ancora sono in capo al debitore.

La Cassazione esprimendosi sull’affitto puro cioè quello non strettamente collegato alla cessione dell’azienda, con retrocessione al termine del piano al debitore, riconosce che tale tipologia di affitto non ha assolutamente natura liquidatoria in quanto consente il ritorno in positivo all’imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell’attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali⁶⁸.

Da tutto quello fin qui detto è possibile ricavare che si deve cercare attraverso l’affitto d’azienda di conciliare da una parte la salvaguardia dell’attività d’impresa e dall’altra la tutela dei creditori per questo nella determinazione dei canoni d’affitto e del prezzo di cessione devono essere valutati con grande attenzione e puntualità, in quanto il terzo vorrà investire solo nel momento in cui sia per lui conveniente e gli garantisce un guadagno sicuro per questo il prezzo deve essere necessariamente decurtato delle spese utili per il risanamento dell’azienda. Canone di affitto e prezzo devono essere adeguati e regolamentati in base al valore dell’azienda e alle sue capacità reddituali al fine di scongiurare un abuso dello strumento ai danni del ceto creditorio, si potrà avere un importo fisso o variabile anche in relazione alla redditività.

⁶⁸F. FIMMANÒ, *L’affitto di azienda programmato e stipulato dall’imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo*, in *Affitto di azienda preesistente, recesso dal contratto e determinazione dell’equo indennizzo, Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc.11/2012;

Per il calcolo del canone fisso si potrà valutare il tasso di rendimento atteso dal concedente e il valore complessivo dell'azienda affittata, se il primo elemento tiene in considerazione il rischio imprenditoriale che rimane in capo al concedente in caso di cattiva gestione.

CAPITOLO TERZO

LA DESTINAZIONE DEI FLUSSI NEL CONCORDATO IN CONTINUITÀ, I RAPPORTI CON I CREDITORI ED I CONTRATTI PENDENTI

1. I flussi generati dalla gestione in seguito alla continuazione del soggetto-impresa e le classi di creditori - 2. I flussi e la finanza esterna - 3. La giurisprudenza: l'orientamento prevalente
3.1. La soluzione del Tribunale di Padova - 3.2. La soluzione della Corte d'Appello di Venezia
4. L'orientamento del Legislatore e la prassi ottimale - 5. Esercizio provvisorio fallimentare e concordato con continuità

1. I flussi generati dalla gestione in seguito alla continuazione del soggetto-impresa e le classi di creditori

Gli esperti ritengono che i flussi derivanti dall'ipotesi di continuità del soggetto-impresa, resi possibili dal concordato di tipo preventivo, siano da considerare come un valore aggiuntivo rispetto alla responsabilità patrimoniale legata alla liquidazione.⁶⁹ Il concordato in continuità ha operato una precisa deroga alla norma contenuta nel codice civile; in effetti, il surplus in esame si può realizzare solamente se viene data esecuzione al piano previsto dal concordato in esame.

A tale scopo, è necessario individuare con precisione l'ambito di tale responsabilità per l'impresa che si avvale dello strumento del concordato; per questo motivo, si prende come riferimento la data in cui viene pubblicata la richiesta di ammissione all'istituto in esame presso il Registro delle Imprese.

A partire da questo momento, vengono fissati definitivamente i confini della responsabilità dell'azienda; allo stesso tempo, viene cristallizzato il relativo debito garantito, ovvero quello che viene considerato concordatario.

Allo stesso tempo, viene stabilito l'ordine da seguire nelle prelazioni, che serve per la distribuzione ai creditori che accettano il patto del concordato.⁷⁰ A tale proposito, sembra

⁶⁹ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, www.Fallimenti e Società, 2019, p. 7;

⁷⁰ A. ZORZI, *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, *Dir. Fall.*, 95, 2020, pp. 58-83;

interessante ricordare quanto disposto dalla legge fallimentare, con particolare riguardo per gli articoli 160 e 182-ter; il combinato disposto di queste due norme, determina una serie di conseguenze. La prima, in particolare, consiste nella cosiddetta falcidia dei creditori che vantano un diritto di prelazione; tale possibilità, tuttavia, viene subordinata alla previsione, da parte del piano, di garantire a tali soggetti una somma non irrisoria.

Quest'ultima, nel dettaglio, è calcolata su quanto verrebbe ricavato dal processo di liquidazione, ed è riferibile al *fair value*, ovvero al valore che hanno sul mercato i beni oppure l'insieme di diritti che sono soggetti a prelazione, e che deve essere certificato dalla stima giurata di un professionista. Inoltre, le due norme menzionate in precedenza impongono il rispetto dell'ordine di prelazione da parte delle regole che disciplinano il trattamento delle diverse classi di creditori; a tale proposito, è bene svolgere qualche osservazione rispetto alla possibilità di falcidiare i crediti erariali o previdenziali che erano considerati come privilegiati secondo quanto disposto dal menzionato articolo 182-ter della legge fallimentare.

E' presente un divieto di alterare l'ordine legale delle cause di prelazione che può essere spiegato dal principio secondo cui il titolare di un credito di rango superiore deve essere trattato meglio di quello di grado inferiore senza che ciò voglia dire necessariamente pagare totalmente il credito. Nella giurisprudenza vi sono state delle interpretazioni più rigide che non riconoscono la possibilità di alterare l'ordine dei privilegi, sulla base di una interpretazione letterale dell'articolo 124 della legge fallimentare: *Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*, tale tesi troppo rigida è stata presto abbandonata per perseguire una tesi che consente di proseguire nella valutazione dei creditori di classi inferiori anche se non totalmente soddisfatti quelli delle classi superiori, tale tesi ha l'obiettivo di incentivare l'utilizzo della forma del concordato con continuità⁷¹.

Il debitore non può programmare il pagamento dei crediti di un certo grado e in una percentuale differente rispetto a quello di grado inferiore, come regola generale deve prevalere il principio secondo il quale non si può arrivare al pagamento dei creditori chirografari prima di aver soddisfatto coloro che hanno cause di prelazione superiori, tale principio riconosce la differenziazione sulla base dell'omogeneità, tale principio offre al debitore la possibilità di soddisfare con modalità e tempi diversi crediti della stessa natura. Si parla in concreto di omogeneità della posizione economica e cioè appartenenza ad una medesima categoria

⁷¹ L.DE SIMONE, *La suddivisione dei creditori in classi*, in www.ilcaso.it documento 170/2009, Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi;

economica, tra le quali individuiamo istituti bancari, erario, fornitori, istituti di previdenza, altro elemento è l'entità del credito e le tempistiche della proposta concordataria.

E' chiaro che l'omogeneità deve essere ricercata dalla natura o dall'oggetto della pretesa senza essere essenziale da questo punto di vista il soggetto titolare della pretesa in quanto sullo stesso soggetto possono esserci in riferimento posizioni differenti con interessi economici diversi, sul punto la Giurisprudenza⁷²: *necessaria la formazione di una classe separata per i soci finanziatori, quindi l'impossibilità di collocare gli stessi nella medesima classe dei creditori chirografari generici. I soci finanziatori sono infatti detentori di una diversa posizione giuridica e di un diverso interesse economico.*

L'ordine di soddisfazione dei creditori viene specificatamente individuato dall'articolo 111 della legge fallimentare il quale dispone che in primo luogo vengano soddisfatti i creditori prededucibili, successivamente i creditori ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge e, infine, i creditori chirografari.

Quando si parla di mancata soddisfazione del creditore privilegiato ovviamente si fa riferimento solo ed esclusivamente ad aspetti quantitativi, in quanto i creditori che sono assistiti da privilegio non devono subire ritardi per il soddisfacimento dei loro crediti, salvo la durata strettamente necessaria per provvedere alla liquidazione dei beni su cui devono soddisfarsi, con la corresponsione anche degli interessi⁷³. E' necessario tuttavia fare una distinzione tra i creditori privilegiati capienti per i quali l'ordine dei privilegi non deve essere assolutamente modificato, da quelli privilegiati incapienti che vengono degradati a chirografari, per i quali unico limite è che ai creditori di rango superiore venga riconosciuto un trattamento pari o migliorativo di quelli di rango inferiore.

Viene data anche una interpretazione più elastica della norma che stabilisce il divieto di alterazione delle cause di prelazione, e cioè l'obbligo di riservare ai crediti di grado superiore un trattamento non deteriore rispetto a quello osservato per i crediti di rango inferiore, e ciò ai fini di attribuire una maggiore applicabilità alla proposta di concordato, si tratta di un incentivo per le parti al ricorso dello strumento del concordato per evitare il fallimento e trovare una soluzione preliminare. La condizione essenziale per poter consentire il soddisfacimento anche parziale dei creditori privilegiati è l'incapienza del bene o del diritto su cui grava la prelazione rispetto al credito generale in questo caso il creditore verrà soddisfatto in misura pari al valore di mercato del bene o del diritto, e se il debitore presenta altre risorse da destinare queste

⁷² Corte di Cassazione, con sentenza n. 2706 del 04 febbraio 2009, in ilcodicedeconcordati.it;

⁷³ L. STANGHELLINI, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, p. 424;

andranno ad integrare la quota del creditore privilegiato in modo da riconoscergli un trattamento migliore.

Molto spesso la giustificazione di una interpretazione più elastica trova il suo fondamento nei principi previsti dalla transazione fiscale questo sancito dall'articolo 182 ter ammette come regola generale che il credito tributario prelazionario non necessariamente debba essere soddisfatto interamente prima di passare al soddisfacimento dei crediti di rango inferiore, ma prevede che debba essere trattato in misura non deteriore ai crediti che hanno un grado di privilegio inferiore⁷⁴.

La quota, le tempistiche previste per il pagamento, e le garanzie, quando esse sono presenti, non possono in nessun caso conferire un vantaggio minore rispetto a coloro che vantano una posizione che da diritti simili a quelli in possesso di enti che gestiscono la previdenza obbligatoria. Nel caso dei crediti erariali o di quelli previdenziali che originariamente erano chirografari, essi non possono essere trattati diversamente dagli altri crediti dello stesso tipo.

La normativa considerata nelle righe precedenti, è da considerare come speciale, e permette di identificare con precisione quali sono le garanzie del soggetto debitore rispetto al proprio patrimonio. In questo modo, si possono individuare gli *assets* che andranno a dare soddisfazione ai creditori concordatari, rispettando l'eventuale ordine di prelazione; allo stesso modo, diventa possibile calcolare il ricavato che sarebbe possibile ottenere nell'ipotesi di liquidazione.

A tale proposito, si nota che nel caso esista un piano per la continuità del soggetto-impresa, ci si deve concentrare solamente sull'aspetto statico del patrimonio. In altre parole, si deve considerare solamente l'insieme dei beni che sarebbero disponibili nell'ipotesi in cui non esista una continuità di tipo tecnico; di conseguenza, sono da comprendere gli *assets* che sussistono quando viene dato inizio alla procedura concorsuale. Invece, sembrano essere escluse le risorse che si potrebbero formare in una data successiva a quella indicata in precedenza, e che si verrebbero a creare solamente in seguito alla continuità del soggetto aziendale disposto dalla legge fallimentare all'articolo 186-*bis*.⁷⁵

Ancora, sembra interessante ricordare il divieto posto dal secondo comma dell'articolo 160, che viene richiamato dall'articolo 182-*ter* a proposito dei crediti di tipo erariale e previdenziale. Tale norma, dovrebbe fare riferimento solamente al patrimonio accertato alla data in cui viene presentata la richiesta della procedura concordataria. Interpretazioni diverse, finirebbero con il

⁷⁴ M.SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in Giur. comm., 2007, p 566 e ss;

⁷⁵ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 9;

frustrare la stessa possibilità di assicurare la continuità dell'attività di impresa; sebbene l'alienazione non sarebbe obbligatoria, l'effetto sarebbe quello di dissolvere il soggetto aziendale.

Nel tentativo di garantire comunque il rispetto dei diritti dei creditori contenuto nel primo comma dell'articolo 2740 del codice civile, si finirebbe con il negare la sua deroga prevista dal secondo comma. In questo modo, l'azienda fallirebbe ed i dipendenti verrebbero licenziati, senza alcun beneficio per i creditori sociali o per altri portatori di interesse.

Di conseguenza, si deve considerare la *ratio* della norma civilistica menzionata in precedenza, che, secondo lo stesso legislatore: *“Si è quindi voluto, al fine di incentivare ulteriormente il ricorso allo strumento del concordato preventivo, e di eliminare una illogica diversità di disciplina rispetto al concordato fallimentare, prevedere che anche la proposta di concordato preventivo possa contemplare il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, sempreché la misura del soddisfacimento proposta non sia inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita dei beni sui quali il privilegio cade.”*⁷⁶ Inoltre, considerando anche il criterio di specialità e le deroghe previste dalla stessa legge fallimentari che hanno lo scopo di promuovere la continuità del soggetto-impresa.

Si comprende come i crediti debbano essere soddisfatti rispettando tali regole. A tale scopo, inoltre, è possibile ricorrere alla simulazione di uno scenario alternativo che contempli l'ipotesi della liquidazione, che permetterebbe di stimare l'entità delle aspettative dei creditori.

Alla luce di tali considerazioni, è stato suggerito come il valore di riferimento non si deve limitare ai canoni corrisposti per le locazioni e per i beni che non sono strumentali per l'azienda, ma deve essere comprensivo anche del valore degli *assets* che vanno mantenuti in regime di continuità secondo il piano del concordato; all'interno di quest'ultimo, dunque, l'impresa che intende accedere alla procedura in esame deve riservare una quota dei flussi derivanti dalla continuità per dare soddisfazione ai creditori, rispettando, l'ordine di prelazione esistente.⁷⁷

Si tratta, di risorse che è possibile generare solamente grazie al mantenimento in vita del soggetto aziendale previsto dalle norme fallimentari che disciplinano il concordato in continuità. In effetti, non sono beni per i quali viene prevista la liquidazione, e che, per questa ragione, rappresentano un valore aggiuntivo, assimilabile al concetto di 'finanza esterna', dato che essi non fanno parte del perimetro tracciato dagli articoli 2740 e 2741 del codice civile.

⁷⁶ Giurdanella.it, *La relazione illustrativa sulla nuova legge fallimentare*, 18 ottobre 2007;

⁷⁷ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 10;

Una diversa interpretazione, assegnerebbe un'indebita parità tra il ricavato reale, derivante dalla cessione dei beni nell'ipotesi di liquidazione, e ricavati virtuali, conseguenti alla vendita ipotetica nel concordato in continuità.

Da un lato viene concessa la possibilità ai creditori di valutare la convenienza della proposta dall'altro al debitore è concessa la possibilità di suddividere i creditori in classi tenendo presente la posizione giuridica e gli interessi coinvolti, sulla base di questo principio è evidente che ai differenti creditori saranno applicati differenti trattamenti si tratta dell'erosione del principio basilare ed essenziale del sistema fallimentare della *par condicio creditorum*⁷⁸.

Introdurre la possibilità di derogare a tale principio favorisce la ristrutturazione del debito e consente anche di liquidare al meglio i beni dell'impresa nell'ipotesi della cessazione dell'attività, suddividere i creditori in classi ha un duplice obiettivo subire il minor danno possibile dall'esecuzione del concordato e effettuare una proposta che ottenga il consenso maggiore da parte dei creditori.

La suddivisione in classi è una questione che riguarda sia i creditori privilegiati i quali potranno essere soddisfatti per intero sulla base del privilegio, e sia i creditori chirografari a seconda della posizione nella classe di riferimento in virtù dell'impossibilità di alterare le legittime cause di prelazione, si tratta di un principio essenziale della *par condicio creditorum* ma che deve fare i conti con interessi economici sociali superiori e prevalenti come nel caso della continuazione dell'attività di impresa determinata dal buon esito del concordato preventivo. La differenza essenziale consiste nel fatto che suddividere in classi i creditori consente il rispetto della parità all'interno della stessa classe, i trattamenti differenti saranno da individuare tra una classe e l'altra, la regolarità dell'applicazione dei principi di suddivisione delle classi viene effettuata dal Tribunale al momento dell'omologazione.

Molto si è discusso in giurisprudenza sull'obbligo o meno del debitore della suddivisione in classi dei creditori se parte della giurisprudenza ritiene che questa sia solo una possibilità e non un obbligo, così come stabilisce l'articolo 160 della legge fallimentare che il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi. Secondo questa interpretazione consentire al debitore questa facoltà rientra nelle possibilità offerte al debitore per risolvere la crisi della sua impresa in totale autonomia scegliendo la forma più conveniente sul punto la giurisprudenza⁷⁹:
“ *in caso di concordato con classi nulla vieta ed è anzi esplicitamente ipotizzato come possibile un trattamento differenziato non solo per quanto attiene ai mezzi soddisfatti ma anche in*

⁷⁸ G. ACCIARO, A. BIANCO, *Concordato preventivo con continuità*, Il sole 24 ore, Milano, p.156;

⁷⁹ Cassazione civile, sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274 in ilfallimento.it

relazione alla percentuale offerta con il solo limite del trattamento uguale all'interno delle singole classi accomunate dalla identità della posizione giuridica e dalla omogeneità dell'interesse economico. Ma neppure nel concordato senza classi tale parità, anche se intesa come utilità complessiva e non come diretta offerta di soddisfacimento”.

Altra parte della giurisprudenza ritiene che sia obbligatoria la scelta da parte del debitore della suddivisione in classi, questo in particolare nel caso in cui ci sia forte disomogeneità tra i creditori, a regolamentare tale principio vi è il criterio della maggioranza e cioè in concreto i creditori facenti parte della minoranza devono subire la volontà espressa dai creditori della maggioranza, grazie alla formazione delle classi tale criterio può trovare giustificazione in quanto si garantisce omogeneità dei crediti, il voto di un creditore dovrebbe essere equivalente a quello di un altro e in tal modo la maggioranza dovrebbe assorbire il dissenso della minoranza.

Prevale nella pratica l'applicazione del primo criterio sostenuta anche dalla scelta del legislatore di non individuare dei criteri rigidi, la suddivisione in classi deve essere una scelta discrezionale, si tratta di uno strumento nato per contribuire alla soluzione della crisi d'impresa e alla gestione dello stato di insolvenza, uno strumento a favore del debitore per articolare al meglio la proposta concordataria è infatti lo stesso ricorrente che deve scegliere se formare il piano concordato in modo da differenziare il trattamento tra i creditori, solo in questo caso il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo dovrà prevedere le giustificazioni ai criteri di formazione delle classi, che saranno oggetto di sindacato da parte del giudice.

Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale stabilendo che⁸⁰ :

“se il legislatore ha previsto la suddivisione dei creditori in classi come ipotesi meramente alternativa a quella della sola classica suddivisione degli stessi secondo il rango, privilegiato o chirografario del credito (laddove il diverso trattamento è oggettivamente conseguente alla composizione della massa attiva e non dipende da una scelta), senza dettare criteri che comportino necessariamente la scelta di un'opzione o dell'altra, significa che la stessa è meramente discrezionale; se invero l'adozione delle classi fosse finalizzata al rispetto di esigenze ineludibili non può revocarsi in dubbio che le stesse avrebbero dovuto essere chiaramente individuate e l'opzione classificatoria resa obbligatoria.”

Con tale pronuncia si conferma la tesi secondo cui la suddivisione dei creditori in classi non è un obbligo ed un vincolo per il debitore, nel momento in cui quest'ultimo deciderà di utilizzare

⁸⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 3247 del 10 febbraio 2011, in Cortecostituzionale.it;

tale criterio dovrà enunciare nel proprio piano in maniera precisa i criteri cui si è uniformato per l'inserimento dei creditori nelle rispettive classi.

E' riconosciuta la facoltà della suddivisione in classi e risulta evidente come la legge, imponga la necessità di suddividere i creditori in classi allorquando il ricorrente voglia offrire agli stessi percentuali di soddisfazione differenti, di conseguenza se il trattamento uguale non impone alcuna suddivisione delle classi quella diseguale impone invece tale formazione⁸¹.

2. I flussi e la finanza esterna

La procedura concordataria in continuità, a mio parere, ha come obiettivo quello di risanare l'azienda, ed è stata posta come alternativa alla liquidazione, che, invece, determina la cessazione del soggetto-impresa. Per questa ragione, i flussi che sono generati nella prima ipotesi non potrebbero esistere se si scegliesse la seconda strada, quella liquidatoria, e sono dunque assimilabili alla cosiddetta finanza esterna.⁸² Effettivamente, il valore degli *assets* aziendale nelle due ipotesi è decisamente diverso; in altre parole, i flussi che si generano in seguito alla data in cui si richiede l'accesso al concordato in continuità non dovrebbero essere considerati parte integrante del patrimonio dell'impresa.

Per questa ragione, tali flussi sono considerati esterni ed ovviamente eventuali, in quanto, in assenza della normativa speciale sulla continuità di impresa, essi non esisterebbero, come accennato in precedenza. Diversamente, non solamente una soluzione differente non avrebbe senso, ma, anche dal punto di vista giuridico, si avrebbe un'opposizione rispetto a quanto previsto dalla legge fallimentare al secondo comma dell'articolo 160 ed all'articolo 182-ter.

Infatti la norma stabilisce che tutti i flussi che si generano dall'attività di impresa devono essere intesi quale *surplus* rispetto alla dimensione della responsabilità patrimoniale, si tratta di una deroga al principio civilistico che può essere applicata solo ed esclusivamente nel caso di concordato con continuità aziendale, il valore soglia che si deve prendere come riferimento sarà comprensivo anche del valore corrispondente dei beni che il piano di concordato continuità aziendale prevede di mantenere nel patrimonio aziendale, a seguito della completa esecuzione del concordato e della soddisfazione dei creditori nella misura indicata nella relativa proposta concordataria.

⁸¹ G. CHERUBINI, *Crisi d'impresa strategie di risanamento*, Giuffrè, 2011, p.47;

⁸² F. MAROTTA, *Incertezze applicative in tema di concordato liquidatorio ed in continuità aziendale nel codice della crisi d'impresa*, 94, 2019, p 590-608;

Questo prevede che il piano consideri una quota parte della nuova finanza generata dalla continuità, pari al valore dei beni (e dei diritti, ad esempio quelli di credito risarcitorio nel caso di sussistenza di eventuali azioni di responsabilità esperibili nei confronti dell'organo amministrativo e di controllo) che fanno parte dell'azienda e per i quali non è prevista la cessione, sia destinata alla soddisfazione dei creditori sociali nel rispetto dell'ordine di distribuzione di legge.

Le risorse generate dalla continuità aziendale rappresentano un *surplus* sussumibile nel concetto di finanza esterna, in quanto non rientrante nella responsabilità patrimoniale ex artt. 2740-2741, c.c. nell'ipotesi in cui non si tratti di nuova finanza, e come tale non vincolato al rispetto delle cause legittime di prelazione, di conseguenza una volta che si sono stimati i valori dei beni tutti i flussi positivi non sono altro che risorse di finanza esterna, tutti i flussi che si generano dalla continuità non devono essere rinchiusi nel concetto di patrimonio aziendale perché collegati alla continuità, si tratta di flussi esterni, successivi ed eventuali, i flussi che si generano dalla prosecuzione dell'attività non devono essere tenuti in considerazione dall'attestatore questo per il fondamento stesso della continuità⁸³.

In più se si utilizzasse il *surplus* per soddisfare i creditori privilegiati non ci sarebbe nessuna possibilità di soddisfacimento per i creditori chirografari questo comporterebbe una impossibilità nell'attuazione del piano di concordato con continuità, in quanto in questa ipotesi per i creditori sarebbe più conveniente attuare un concordato di tipo liquidatorio.

La conferma dell'ipotesi che i flussi generati dalla continuità non possono essere rientranti nel patrimonio la riscontriamo negli articoli 104 e 104 bis della legge fallimentare che consentono nel fallimento la prosecuzione dell'attività d'impresa nella modalità dell'esercizio provvisorio o dell'affitto d'azienda soltanto a titolo temporaneo, in questi casi è evidente che l'utilizzo del *surplus* non è indirizzato ad un risanamento ma ad una eventuale migliore liquidazione⁸⁴.

Tutti i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività d'impresa che sia configurabile nell'affitto o nella vendita non devono rientrare nel patrimonio del debitore se non temporaneamente e con l'unico obiettivo di pervenire ad una sua migliore liquidazione, parimenti gli stessi non devono essere considerati dall'attestatore nel computo dell'attivo di liquidazione da destinare al soddisfacimento dei creditori privilegiati e, quindi, neanche nella valutazione del trattamento da riservare a quelli di natura tributaria e previdenziale. In effetti,

⁸³ M. TERENGI, "Finanza esterna", *ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità*, in *Fallimento* 2019, p. 377 ss;

⁸⁴ G. LO CASCIO, *Crisi, continuità aziendale e altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in www.quotidianogiuridico.it, 29 agosto 2012;

se si dovessero considerare anche i flussi futuri che derivano dal ricorso alla procedura in esame, interpretando in senso più ampio il dettato dell'articolo 160, il *surplus* derivante dal risanamento dell'azienda concorrerebbe anch'esso, nella sua interezza, a soddisfare i creditori che vantano delle prelazioni. In questo modo, nel caso in cui l'attivo patrimoniale non fosse sufficiente, si dovrebbe ricorrere obbligatoriamente ad ulteriori apporti finanziari per dare soddisfazione ai creditori di tipo chirografario, se si volesse evitare il fallimento. Da notare, poi, come in questo caso, verrebbe creata una condizione aggiuntiva per essere ammessi al concordato in continuità, non previsto dalla normativa;⁸⁵ ancora, si consideri l'ipotesi in cui i flussi in *surplus* dovessero essere usati per soddisfare i creditori che vantano un privilegio. In questa maniera, diventerebbe impossibile dare soddisfazione a coloro che hanno un credito chirografario *ab origine*.

Un'interpretazione del genere, rendere impossibile attuare il piano del concordato, anche quando i flussi venissero equiparati alla finanza esterna ed i creditori potrebbero beneficiare di condizioni di maggior favore. Infine, si consideri come dall'articolo 182-*ter* della legge fallimentare richieda un confronto tra il trattamento a cui verrebbero assoggettati i crediti di tipo tributario nel caso della continuità solamente con il valore che si potrebbe realizzare nel caso della liquidazione in seguito al fallimento dell'azienda. Da notare, poi, che tale confronto non dovrebbe considerare in alcun modo gli eventuali flussi futuri derivanti dal proseguimento del soggetto aziendale che sono resi possibili da interventi che hanno lo scopo di assicurare la continuità, del tutto assenti nella liquidazione fallimentare.

Di conseguenza i flussi generati dalla continuità aziendale devono essere assolutamente estranei dal patrimonio storico iniziale, le regole di distribuzione applicabili a tali proventi prevedono la possibilità di non devolvere integralmente tale patrimonio per consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa, sicuramente la giurisprudenza si è pronunciata su diverse questioni di dettaglio la prima riguarda la possibilità di soddisfare tramite gli utili generati dalla continuità aziendale anche i creditori chirografari nell'ipotesi in cui i creditori privilegiati ancora non abbiano avuto la completa soddisfazione.

Sul punto i pareri sono stati contrastanti una prima tesi minoritaria individua il patrimonio della continuità aziendale non al pari della finanza esterna, questo perché non proviene da un soggetto terzo per queste ragioni la sua distribuzione deve essere regolamentata alle regole previste dal rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, tale tesi giustifica tale orientamento sulla base dei principi previsti dall'articolo 2740 del codice civile con il quale si estende la responsabilità del debitore anche ai beni futuri cioè quei beni che al momento della domanda di concordato non

⁸⁵ G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La posizione dell'Agenzia delle entrate sulla "transazione fiscale": pregi e difetti*, Il fisco, Wolters Kluwer,, 2017 cit., pp. 3243ss;

fanno parte del patrimonio del debitore, l'applicazione di tale norma deve essere giustificata dal fatto che in caso contrario i creditori di una azienda che applica il concordato in continuità non vedrebbero mai soddisfatti i loro diritti⁸⁶.

Di orientamento totalmente opposto invece è la tesi della giurisprudenza che ritiene che il *surplus* è distribuibile in maniera del tutto autonoma da parte del debitore, quale principio fondante del concordato con continuità, riconoscere che la continuità deve servire al migliore soddisfacimento dei creditori automaticamente vuol dire lasciare la libertà al debitore di distribuire i proventi della continuazione dell'attività secondo il criterio della miglior soddisfazione. A questo proposito la tutela dei creditori viene garantita dall'approvazione a maggioranza di questi ultimi del piano di concordato e dalla possibilità nel momento in cui non ritengano valida la proposta del debitore di presentarne una alternativa, di conseguenza è possibile specificare che l'impossibilità di modificare l'ordine delle cause legittime di prelazione incontra un limite che è quello del patrimonio esistente al momento della domanda di concordato, la possibilità che i proventi generati dalla prosecuzione dell'attività, una volta che siano stati in parte devoluti ai creditori al fine di garantire una soddisfazione più vantaggiosa rispetto all'alternativa liquidatoria, siano liberamente disponibili da parte del debitore, come previsto per la finanza esterna.

Quindi questa soddisfazione può riguardare anche i creditori chirografari nell'ipotesi in cui ancora quelli privilegiati non siano stati totalmente soddisfatti, questo si verifica nel momento in cui saranno gli stessi soci a generare *plusvalore* dalla continuazione, il punto centrale è la distinzione tra il patrimonio precedente e successivo alla domanda di concordato, il *plusvalore* derivante dalla continuità aziendale deve essere interpretato quale secondo patrimonio posteriore alla domanda di conseguenza sottratto totalmente alle regole del rapporto creditorio, il patrimonio al momento della domanda di concordato invece può invece essere utilizzata per assicurare una soddisfazione dei creditori strategici migliore rispetto a quella dei creditori privilegiati, senza violare il principio di par condicio e le cause legittime di prelazione.

⁸⁶ M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 1 agosto 2012, p. 23 ss;

3. La giurisprudenza: l'orientamento prevalente

La giurisprudenza di merito, come si avrà modo di vedere nelle pagine successive, ha ritenuto che il rispetto dell'ordine di prelazione, la cui regola deve essere considerata come assoluta e non derogabile nel concordato in concordato che ha come scopo la liquidazione dell'impresa.

Nell'ipotesi alternativa, invece, quella che si sta esaminando in questo capitolo, tale disciplina deve essere considerata relativa;⁸⁷ a tale proposito, si consideri la soluzione proposta dal Tribunale di Milano, che, il 2 novembre del 2016⁸⁸ aveva sostenuto come la capacità dell'azienda di soddisfare i creditori di tipo privilegiato dovesse essere accertata quando l'impresa richiede l'accesso alla procedura concordataria e non allo scenario che si verificherà alla scadenza del Piano.

In effetti, è il patrimonio attuale che viene usato come parametro per falciare i creditori di tipo privilegiato; invece, le risorse aggiuntive, come gli investimenti o i flussi, devono essere considerate come nuove, e, in quanto tali, da gestire come 'finanza esterna'. In altre parole, è solamente il 'patrimonio attuale' rappresenta l'unica variabile che può essere assoggettato ad azioni di tipo esecutivo o alienato.

Di conseguenza, tale aggregato è il solo che può essere confrontato con la proposta concordataria, allo scopo di verificare se il Piano dell'impresa leda o meno il sistema generale delle prelazioni.⁸⁹

Lo stesso giudice, poi, il 4 novembre del 2018 si è richiamato al pronunciamento menzionato in precedenza, sottolineando come, *'con particolare riferimento alla distribuzione dei flussi attivi tra le varie classi di creditori incapienti, osserva questo Tribunale che la distribuzione concerne flussi che giungeranno dalla prosecuzione della continuità e non da risorse proprie attuali dell'impresa'*.⁹⁰ Per questa ragione, il Tribunale di Milano ha giudicato che non potesse essere modificato l'ordine delle cause di prelazione, ai sensi di quanto previsto dal secondo comma dell'articolo 160 della legge fallimentare.

Alla luce di tali considerazioni, deve essere sempre considerato legittima la soddisfazione di creditori chirografario mediante i flussi generati dalla gestione in regime concordatario di continuità. Tale interpretazione, poi, appare valida anche quando sono presenti soggetti che

⁸⁷ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 11;

⁸⁸ Tribunale di Milano, 3 novembre 2016, *Giur. it.*, 2017, p. 1383;

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ Tribunale di Milano, decreto del 4 gennaio 2018, in dirittoegiustizia.it;

vantano un credito di tipo privilegiato che trovano una soddisfazione parziale delle loro legittime pretese nei confronti dell'azienda. L'orientamento, di conseguenza, sembrerebbe quello di assimilare i flussi alla finanza esterna, e di metterli a disposizione dell'impresa, svincolandoli dal rispetto delle regole sulla gradazione dei crediti.⁹¹

La *ratio* alla base di tale considerazione effettivamente, consiste anche nell'assenza di ingiustizie per i creditori che godono di un diritto di prelazione; questi ultimi, sono comunque soddisfatti per una quota almeno pari a quella che potrebbero ottenere nel caso in cui l'azienda venisse sottoposta alla liquidazione fallimentare. In questo modo, il credito chirografo viene degradato per la porzione non soddisfatta che può essere recuperata solamente con la procedura che prevede la continuità del soggetto aziendale.

Tale pronuncia si inserisce in una corrente interpretativa più ampia che guarda al di là dei singoli crediti e consente all'imprenditore di poter accedere al concordato nel momento in cui questo si impegna a garantire il soddisfacimento dei creditori muniti di privilegio generale in misura non inferiore al fallimento ed al contempo si adopera ad escogitare un piano che preveda un *quid pluris* rispetto alle prospettive in caso di una procedura di mera liquidazione concorsuale quale il fallimento.

Tale principio è totalmente conforme a tutti gli obiettivi del concordato con continuità, cioè soddisfare al meglio tutti i creditori che tra i creditori solitamente privi di garanzie e privilegi vi sono i fornitori, i quali quindi soffrono maggiormente gli effetti dell'accesso del proprio debitore alla procedura di fallimento, con prospettive di soddisfazione infima se non del tutto assente, a fronte di una proposta concordataria che, oltre al pagamento di un maggiore percentuale dei crediti pregressi, spesso consente al fornitore, in prospettiva futura, di conservare il rapporto commerciale con il debitore

3.1. La soluzione del Tribunale di Padova

Recentemente, il Tribunale di Padova ha dovuto affrontare il problema della distribuzione dei flussi, in cui la parte ricorrente ha interpretato la norma contenuta nell'articolo 182-ter della legge fallimentare. In particolare, essa ha considerato che il debito erariale assistito da privilegi debba trovare soddisfazione solamente nei limiti consentiti dal valore realizzabile nell'ipotesi della liquidazione. Si tratterebbe di una sorta di tetto di garanzia, oltre il quale la posizione

⁹¹ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 12;

debitoria può essere soggetta alla falcidia, e declassata come chirografaria;⁹² in pratica, la proponente non ha considerato i flussi generati dal proseguimento dell'azienda in virtù del concordato come parte della finanza esterna.

Di conseguenza, non sarebbe possibile, secondo l'interpretazione proposta in tale sede, destinare tali flussi ai creditori, derogando alle regole sulla prelazione; in particolare, tali somme, sebbene restano nella parte attiva del bilancio societario, l'obbligazione imposta dall'articolo 182-*ter* della legge fallimentare troverebbe un limite nel valore che sarebbe possibile recuperare con la procedura della liquidazione.

In altri termini, oltre tale soglia è sempre possibile destinare le somme eccedenti alla soddisfazione dei creditori; quelli che vantano un privilegio, però, possono essere falcidiati e declassati a semplici chirografi.

Nella vicenda giudiziaria in esame, l'attivo era stato stimato in 5,67 milioni di Euro; di conseguenza, tale importo era stato usato per dare soddisfazione ai debitori, secondo l'ordine di precedenza. In questo modo, era stato possibile pagare solamente una quota del credito vantato dall'erario; la parte eccedente, invece, era stata declassata. Inoltre, i flussi di cassa rimanenti erano stati destinati alla copertura dei debiti totali, considerandoli tutti come chirografari.

I giudici, del resto, hanno osservato come la tesi della proponente abbia dato preminenza agli articoli 160 e 182-*ter* della legge fallimentare; in effetti, l'azienda ha presentato un Piano che prevedeva il pagamento totale di chi vantava un credito sostenuto da cause di prelazione. La parte rimanente dell'attivo, poi, avrebbe dovuto servire ad estinguere il debito di coloro che erano chirografari, sia *ab origine* oppure che lo erano diventati;⁹³ in aggiunta, la ricostruzione ed individuazione del valore degli *assets* assistiti da una garanzia sono avvenute riferendosi alla data in cui è stata presentata la richiesta di accedere alla procedura concordataria.

In questo modo, l'azienda non ha verificato preventivamente la quota in cui i crediti sarebbero stati coperti; essa, invece, ha limitato il rispetto delle motivazioni di prelazione al valore dell'*asset* interessato dal privilegio, e determinato alla data in cui l'impresa chiede l'accesso al concordato in continuità.

La ricostruzione effettuata, tuttavia, non ha convinto i giudici, che non hanno condiviso l'ordine con cui sono stati affrontati i problemi, sia dal punto di vista logico che giuridico; secondo i

⁹² Tribunale di Padova, Decreto del 24 gennaio 2018, in giustizia.it;

⁹³ D. MANENTE, *Due provvedimenti sulla destinazione dei flussi finanziari nel concordato preventivo con continuità aziendale: Tesi e antitesi*, in dirittofallimentaresocietà.it;

magistrati, in effetti, non era convincente l'interpretazione dei menzionati articoli 160 e 182-*ter* della legge fallimentare. In particolare, i giudicanti non hanno ritenuto possibile ricavare dalle due norme un criterio generale sul concordato di tipo preventivo secondo cui la falcidia dei creditori privilegiati sia facoltativa, limitando tale possibilità al confronto con la procedura di liquidazione, senza tenere in alcuna considerazione il valore stimato dell'attivo patrimoniale.

Secondo i giudici, invece, la disciplina generale dovrebbe essere ricercata nell'articolo 2740 del codice civile; ai sensi di tale norma, effettivamente, per i creditori le garanzie sono costituite sia dai beni presenti che da quelli futuri.

Tale regola, poi, deve essere considerata congiuntamente a quella contenuta nell'articolo 2741 del codice civile, che impone l'obbligo di riservare ai creditori un trattamento equo, sempre che non esistano legittime cause di prelazione. Partendo da tali norme, i giudici padovani non hanno trovato alcuna regola giuridica che permetta una deroga a tale criterio di ordine generale. Per queste ragioni, i magistrati hanno valutato che la prospettiva proposta andasse ribaltata, sostenendo che la normativa privatistica determini la necessità di mettere a disposizione dei soggetti che vantano un legittimo credito verso l'azienda l'intero patrimonio di quest'ultima, dando loro soddisfazione secondo le prelazioni esistenti.⁹⁴

Solamente nel caso in cui il patrimonio, sia attuale che futuro, non fosse sufficiente per pagare integralmente i creditori privilegiati, sarebbe possibile accedere al concordato. A questo punto, effettivamente, il debitore potrebbe decidere di falcidiare i creditori privilegiati, che dovrebbero essere soddisfatti per un valore non inferiore a quello che essi potrebbero ottenere nel caso in cui l'azienda venisse liquidata. Di conseguenza, secondo i magistrati di Padova non esisterebbe alcuna possibilità di proporre una copertura parziale anche quando l'attivo accertato in sede di concordato fosse sufficiente a soddisfare le loro legittime pretese.

Tale interpretazione, in realtà, appare coerente con la posizione maggioritaria assunta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza;⁹⁵ un altro problema che è stato affrontato, poi, era relativo alla possibilità di falcidiare il credito di tipo privilegiato dalla natura mobiliare. A tale proposito, i giudici hanno osservato che la relazione accompagnatoria del decreto legislativo n. 169 del 2007 preveda espressamente tale facoltà. In aggiunta, si consideri come l'articolo 160 della legge fallimentare è stato ritenuto applicabile solamente quando il patrimonio non fosse stato sufficiente per soddisfare i crediti assistiti da un privilegio. In altri termini, è stato sostenuto che

⁹⁴ Tribunale di Padova, Decreto del 24 gennaio 2018, in giustizia.it;

⁹⁵ D. MANENTE, *Due provvedimenti sulla destinazione dei flussi finanziari nel concordato preventivo con continuità aziendale: Tesi e antitesi*, op.cit.

il Piano del concordato si deve basare sulle informazioni che fanno riferimento alla continuità del soggetto aziendale e non di un ipotetico scenario di tipo fallimentare.

Una volta che sono stati chiariti tali aspetti, poi, deve essere stabilito il parametro a cui riferirsi per valutare la capienza rispetto ai creditori, ed alla possibilità di falciare quelli privilegiati; è infatti possibile scegliere il patrimonio attuale o quello futuro, in cui, evidentemente, confluiscono anche i flussi che verranno generati nella fase esecutiva del concordato. A tale riguardo, si osserva come il Tribunale di Padova abbia ritenuto che i flussi in questione siano il risultato dei processi che trasformano gli *assets* presenti alla data in cui l'azienda chiede di essere ammessa alla procedura concordataria.

Nel caso in esame, l'impresa ha scelto il concordato in continuità, che ha ritenuto essere la strada migliore per tutelare i suoi creditori; l'ordine logico da seguire, dunque, non sarebbe quello di partire dalla falce dei creditori privilegiati. Al contrario, secondo i magistrati di Padova, si devono prima rispettare le norme contenute negli articoli 2740 e 2741 del codice civile.

Solamente dopo, in caso di insufficienza del patrimonio, si porrebbe la facoltà di falciare i crediti assistiti da una legittima causa di prelazione, ai sensi dei menzionati articoli 160 e 182-*ter* della legge fallimentare. Invece, il piano di concordato disposto dall'impresa nel caso in esame violerebbe la normativa ed andrebbe ricostruito a pena di non essere ammessa alla procedura concordataria.

3.2. La soluzione della Corte d'Appello di Venezia

La Corte d'Appello di Venezia, con la sentenza del 19 luglio del 2019,⁹⁶ ha preso in esame una proposta concordataria con cui l'azienda decideva di falciare crediti dalla natura tributaria per un valore complessivo pari a circa 11 milioni di Euro. Invece, la copertura assicurata era di 1.8 milioni di Euro circa; tale cifra, si noti bene, sarebbe stata almeno pari al ricavato ottenibile in caso di liquidazione, mentre il 40% del totale, ovvero circa 3.6 milioni di Euro sono stati declassati come chirografi.⁹⁷ Stando al parere dei giudici, il punto di partenza è dato dagli articoli 2740 e 2741 del codice civile, mentre l'articolo 160 della legge fallimentare andrebbe invocata, eventualmente, solamente in seguito. Di conseguenza, anche i magistrati di Venezia sono concordi nel ritenere che l'impresa non possa proporre un pagamento parziale del credito

⁹⁶ Corte d'Appello di Venezia, sentenza n. 3042, 19 luglio 2019, in fallimentiesocietà.it;

⁹⁷ D. MANENTE, *Due provvedimenti sulla destinazione dei flussi finanziari nel concordato preventivo con continuità aziendale: Tesi e antitesi*, op.cit.;

privilegiato se l'attivo patrimoniale, sia attuale che futuro, risulta sufficiente. Per questo motivo, la proposta dell'azienda ai giudici di Padova, presa in esame nel paragrafo precedente non è stata ritenuta legittima, in quanto essa, come accennato in precedenza, alterava nella sostanza l'ordine delle cause di prelazione.

L'azienda, tuttavia, ha opposto una serie di eccezioni, come l'impossibilità di interpretare le regole sul concordato in continuità secondo quanto stabilito dalla disciplina civilistica in merito. Inoltre, siccome tale procedura dovrebbe garantire una maggiore tutela delle posizioni creditrici, tale scopo verrebbe raggiunto solo quando il valore derivante dalla ristrutturazione dell'impresa risulta maggiore di quello dell'eventuale liquidazione. Tale differenza, poi, non viene esplicitamente destinata ai creditori in base alle legittime cause di prelazione; infine, l'unica restrizione posta alla possibilità di falciare i creditori prelatizi risiederebbe nel fatto che tale soluzione sia migliore rispetto alla liquidazione dell'impresa. Tuttavia, deve essere evidenziata una serie di elementi; per iniziare, si nota come l'articolo 186-*bis* della legge fallimentare non ha introdotto una molteplicità di procedure di concordato.

La medesima norma, poi, non consente di cambiare l'ordine delle legittime cause prelatizie, e, di conseguenza, anche il concordato in continuità dovrebbe seguire le regole stabilite negli articoli 2740 e 2741 del codice civile.

Si tratta, in effetti, di un problema giuridico dalla natura complessa, e che può essere risolto solamente partendo dalla possibilità di ricorrere o meno ai flussi, futuri e non certi, che derivano dalla continuità del soggetto aziendale, ad integrazione del patrimonio che viene messo a disposizione dei creditori.

Secondariamente, deve essere stabilito se tali flussi siano liberamente distribuibili ai soggetti che vantano un credito legittimo nei confronti dell'impresa, oppure se si debba seguire in modo rigoroso l'ordine delle prelazioni. Le due problematiche, evidentemente, presentano una stretta interconnessione, in quanto la soluzione del primo problema si riflette anche sul secondo. I giudici di Appello, in realtà, hanno ritenuto che fosse necessario iniziare dall'articolo 186-*bis* della legge fallimentare, che non ha previsto il concordato in continuità come un nuovo istituto, bensì come una modalità alternativa della procedura concordataria.⁹⁸

Tale interpretazione, in effetti, si richiama ad un altro pronunciamento recente da parte della Corte di Cassazione, che si è espressa in questi termini.⁹⁹ Inoltre, il concordato in continuità, come è stato osservato a più riprese nel corso di questo lavoro, deve consentire di dare una

⁹⁸ Corte d'Appello di Venezia, sentenza n. 3042, in fallimentiesocietà.it;

⁹⁹ Corte Cassazione. Sentenza n. 10752, 4 maggio 2018, ilcodicedeconcordati.it;

maggior soddisfazione ai creditori sociali; in effetti, quello appena enunciato si configura come un vero e proprio requisito per poter essere ammessi alla procedura in esame. Tale posizione, del resto, sembra trovare conferma nell'articolo 173 della legge fallimentare, che impone di verificare che il proseguimento dell'azienda non comporti un danno per coloro che vantano un legittimo credito verso di essa. In realtà, è proprio la sussistenza di tale punto a giustificare la possibilità di evitare la liquidazione del soggetto-impresa; in questo senso, si consideri una recente sentenza della Cassazione.¹⁰⁰ In tale sede, il Giudice di legittimità aveva affermato che tale accertamento, reso da un professionista, ha lo scopo di verificare che *'... la continuità aziendale generi valori rispetto alla liquidazione, e che, la proposta concretamente presentata dal debitore, almeno parte di Tale valore venga messo a disposizione dei creditori'*.¹⁰¹

In altre parole, il piano del concordato in continuità deve risultare maggiori vantaggi rispetto allo scenario alternativo, in cui l'impresa viene liquidata e cessa di esistere come soggetto giuridico ed economico. Tale procedura, come noto, prevede la possibilità che i flussi generati in seguito all'esecuzione della proposta di concordato siano, almeno parzialmente, disponibili per l'azienda in crisi, che deve però prima procedere al pagamento dei creditori che hanno accettato il Piano. Il problema, come dovrebbe ormai essere chiaro da questa trattazione, consiste sempre nell'identificare quale aggregato patrimoniale deve essere preso come riferimento; in tale senso, la Corte d'Appello di Venezia, ha ritenuto che la variabile da considerare fosse quello in essere quando l'impresa richiede l'accesso alla procedura concordataria. Tale aggregato, dunque, potrebbe essere aggredito dai creditori della società, oppure venduto per soddisfare le loro legittime richieste; da un punto di vista normativo, poi, tale posizione sembra supportata dagli articoli 45 e 55 della legge fallimentare, che vengono richiamati dall'articolo 169. In aggiunta, si consideri anche il primo comma dell'articolo 168, che cristallizza il patrimonio sociale alla data in cui viene presentata la domanda per essere ammessi al concordato in continuità. Alla luce delle considerazioni svolte nelle righe precedenti, non stupisce che i giudici veneziani abbiano escluso che i flussi che si avranno in futuro possano essere usati come riferimento per valutare quale possa essere il miglior interesse di coloro che vantano un credito nei confronti dell'azienda.¹⁰²

A tale proposito, vengono citate le regole, già menzionate in precedenza, contenute nel secondo comma dell'articolo 182-bis, relative al vantaggio rispetto alla liquidazione. Ancora, vengono

¹⁰⁰ Corte Cassazione, sentenza n. 29742, 19 novembre 2018, in ilcodicedeconcordati.it;

¹⁰¹ Ibidem

¹⁰² D. MANENTE, *Due provvedimenti sulla destinazione dei flussi finanziari nel concordato preventivo con continuità aziendale: Tesi e antitesi*, op.cit.

richiamati gli articoli 160, e l'articolo 182-ter, relativi ai crediti di tipo privilegiato; viene osservato, a differenza di quanto era stato ritenuto dal giudice di primo grado di Padova, che il *surplus* che deriva dalla continuità aziendale può essere liberamente distribuito ai creditori e viene considerata un elemento della finanza esterna, come osservato in precedenza. Di conseguenza, quando tale valore aggiunto non sia presente la proposta concordataria in esame potrebbe essere ammessa solamente qualora venissero immesse risorse provenienti dalla finanza esterna, un requisito che però non è tale per la legge. Un'altra conseguenza di una tale situazione, poi, sarebbe da rinvenire nell'ostacolo posto al concordato in continuità, favorendo la liquidazione, che però potrebbe danneggiare maggiormente i creditori.

Per queste ragioni, i giudici di Venezia hanno ammessa la possibilità, in seno al concordato in continuità, di prevedere la falcidia di coloro che vantano un credito di tipo privilegiato, anche di ordine generale.¹⁰³ Tale facoltà, tuttavia, è subordinata all'obbligo di allegare un documento che provi l'esistenza di un vantaggio, o quanto meno di una parità tra il concordato in continuità ed il ricavato che si potrebbe ottenere dalla liquidazione dell'impresa.

Tale situazione, effettivamente, si è verificata nel caso in esame, in cui i giudici della Corte d'Appello di Venezia hanno ritenuto privo di fondamento l'opposizione dell'impresa alla dichiarazione di fallimento deciso dal Tribunale di Padova con la sentenza esaminata nel paragrafo precedente. Gli stessi magistrati, poi, avevano respinto la domanda dell'azienda di accedere alla procedura concorsuale in continuità, invocando le disposizioni contenute nell'articolo 162 della legge fallimentare.

In effetti, il piano proposto era stato giudicato come non fattibile, dopo aver considerato i guadagni ottenuti nel corso del primo anno in cui era stata data esecuzione al nuovo piano di rilancio dell'azienda.

Infine, era stata eccepita l'erroneità della relazione che deve essere presentata dall'azienda, ai sensi del secondo comma dell'articolo 160 della legge fallimentare. Tale documento, lo si noti bene, era stato preparato con l'aiuto di un professionista e su di esso si basava la relazione presentata; in fase di Appello, invece, il reclamo dell'azienda è stato respinto.

Di conseguenza, i giudici di secondo grado hanno dato conferma alla valutazione data dal Giudice padovano; la relazione in esame, in particolare, non consentiva di verificare con precisione le stime che erano state fatte dalla società dichiarata poi fallita. Allo stesso tempo, non venivano nemmeno indicati i principi seguiti per la valutazione dell'impresa nelle sue

¹⁰³ Corte d'Appello di Venezia, sentenza n. 3042, cit.

singole voci; per questa ragione, il magistrato di primo grado aveva chiesto un'opportuna integrazione delle informazioni riportate.¹⁰⁴ Il consulente aziendale, tuttavia, aveva deciso di svalutare alcune voci contabili, senza però motivare tale scelta o indicare su quale base avesse intrapreso tale azione. In aggiunta, non era stata data alcuna indicazione rispetto al ricavato che si poteva avere da un'eventuale azione di responsabilità nei confronti di chi amministrava l'azienda.

Anche se la proposta di concordato è stata respinta anche in sede di Appello, i giudici hanno dato indicazioni differenti in merito alla destinazione dei flussi; per iniziare, i magistrati di secondo grado hanno sottolineato come si ci trovasse di fronte ad un caso di continuità aziendale di tipo diretto. Di conseguenza, doveva essere verificata la condizione del miglior interesse dei creditori, già indicata in sede europea, nella proposta di Direttiva del 22 luglio 2016.¹⁰⁵ In definitiva, tale sentenza, pur confermando l'inammissibilità della società alla procedura concordataria in esame, ha dato un'interpretazione opposta, rispetto ai flussi, rispetto al giudice di primo grado, discostandosi dall'orientamento prevalente discusso in precedenza.

La differenza tra le due soluzioni adottate dalle due Corti, che si pongono in antitesi tra loro, deriva sostanzialmente dal diverso punto di vista adottato dai magistrati; il Giudice di primo grado, effettivamente, era partito dalla prospettiva, tradizionale, della responsabilità patrimoniale. In sede di Appello, invece, è stata seguita la logica economica e pratica della procedura concorsuale in continuità. Per questa ragione, il Tribunale di Padova ha esaminato le disposizioni civilistiche ed è giunto alla decisione di subordinare la falcidia dei debitori privilegiati solamente dopo che il patrimonio societario fosse risultato insufficiente. Al contrario, tale prospettiva secondo la Corte di Appello veneziana si pone come un ostacolo ai benefici che potrebbero derivare per i creditori dal proseguimento dell'attività aziendale. In aggiunta, è stato osservato che l'accentuazione della prospettiva logico-giuridica sarebbe stato opposto alla tendenza del Legislatore di accordare una preferenza al concordato e non al fallimento¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Iusletter.com, *I limiti alla distribuibilità dei proventi della continuità nel concordato preventivo*, 16 giugno 2020, in <https://iusletter.com/archivio/limiti-alla-distribuibilita-dei-proventi-della-continuita-nel-concordato-preventivo/> ;

¹⁰⁵ Commissione Europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE*, Strasburgo, 22 luglio 2016;

¹⁰⁶ A. GALLETTI, A.PANIZZA, *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Ipsoa, Milano, 2013, p.33;

Di conseguenza per stabilire entro quali limiti il debitore possa decidere di utilizzare i flussi che gli derivano dalla prosecuzione dell'attività bisogna combinare diversi interessi in primo luogo quelli stabiliti dall'articolo 186 bis della legge fallimentare che pone come regola generale la possibilità di essere ammessi alla procedura di concordato nel momento in cui questa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, questa deve essere combinata con la cristallizzazione del patrimonio che avviene al momento della presentazione della domanda di concordato, non è suscettibile di valutazione il patrimonio futuro poiché in caso di fallimento non sarebbero acquisibili alla procedura i benefici generabili dalla prosecuzione dell'attività attraverso la procedura di concordato preventivo, se non quelli prodotti per la prosecuzione dell'attività economica in sede di esercizio provvisorio. Quindi è evidente che i flussi derivanti dalla prosecuzione rimangano nella disponibilità del debitore per il raggiungimento di un equilibrio economico finanziario.

4. L'orientamento del Legislatore e la prassi ottimale

La sentenza dei giudici di Appello di Venezia, presa in considerazione nelle righe precedenti, sembra dunque andare nella medesima direzione suggerita dal Legislatore, che ha espresso il suo favore per il proseguimento delle attività aziendali rispetto all'alternativa più gravosa del fallimento e della liquidazione.¹⁰⁷ Tale preferenza, sembra interessante notarlo, viene espressa già nella Relazione che accompagna ed illustra, commentandolo, il decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012, che, come accennato in precedenza, ha introdotto nel nostro ordinamento l'articolo 186-bis della legge fallimentare. Recentemente, tale orientamento, è stato confermato anche da altri due interventi legislativi; il primo è la legge delega n. 155 del 2017, mentre il secondo è il decreto legislativo n. 14 del 2019.

Di conseguenza, un'eventuale negazione della facoltà di destinare il *surplus* che deriva dall'esecuzione del concordato in continuità, si avrebbero delle conseguenze molto precise; in effetti, la prima sarebbe quella di rendere non realizzabili i piani di concordato, qualora l'attivo patrimoniale non fosse sufficiente per pagare i debitori privilegiati e quelli chirografari, rendendo obbligatorio l'apporto di risorse esterne da parte di terzi.

Allo stesso tempo, si produrrebbe un danno evidente per coloro che vantano un credito privilegiato, e che vengono declassati a chirografi. Per questi ultimi, effettivamente, il *surplus* in questione non sarebbe più disponibile, e che invece dovrebbe essere destinato

¹⁰⁷ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 16.

prevalentemente a tali figure; si ricorda, in realtà, che tale ricavato è possibile solamente in presenza del concordato in continuità. In definitiva, l'applicazione meccanica della normativa civilistica contenuta negli articoli 2740 e 2741 del codice civile, si finirebbe con il frustrare il criterio di base del concordato in continuità.

Tale istituto, come è stato sottolineato più volte nel corso di questo capitolo, si basa, effettivamente, sulla migliore soddisfazione per coloro che vantano un legittimo credito nei confronti dell'azienda.¹⁰⁸ In aggiunta, un'interpretazione della destinazione dei flussi secondo la logica giuridica e non quella economica, finirebbe per vanificare uno dei criteri che sono stati posti alla base della riforma della legislazione di tipo fallimentare. Quest'ultima, in effetti, è sempre stata presentata come un mezzo per assicurare una migliore gestione delle crisi aziendali, grazie alla sua funzione preventiva del *going concern*; la continuità delle attività svolte dall'azienda, in altre parole, viene considerato come un valore da tutelare, allo scopo di garantire non solamente l'occupazione, ma anche i creditori, sebbene indirettamente.

Tale funzione di garanzia per coloro che vantano un credito nei confronti della società, del resto, sembra essere confermata dal nuovo Codice della Crisi di Impresa, ed in particolare dall'articolo 84, discusso nel capitolo precedente.

La prassi ha evidenziato, tuttavia, una certa resistenza da parte delle sedi giudiziali, come evidenziato dal decreto del Tribunale di Padova preso in esame in precedenza; tale atteggiamento restrittivo, che tende a considerare solamente la logica giuridica, sembra attribuibile anche al fatto che i piani presentati dalle imprese sono spesso vaghi. Per questa ragione, la dottrina ha suggerito una procedura che potrebbe evitare i problemi connessi alla distribuzione dei flussi concordatari;¹⁰⁹ il primo passo è quello di costituire, da parte dell'azienda in crisi, una nuova impresa.

Quest'ultima dovrebbe servire da *special purpose vehicle*, o 'SVP', del risanamento della prima; in effetti, la sola ragione della sua creazione consiste nell'esecuzione del piano.

In questo modo, la società in crisi potrebbe concedere a quella di nuova costituzione l'impresa, o eventualmente un ramo di essa. In questo caso, tuttavia, il controllo esercitato dovrebbe essere integrato mediante condizioni non tipiche, in quanto il controllo deve essere effettuato anche dagli organi giurisdizionali competenti, che devono monitorare anche i fatti che riguardano la

¹⁰⁸ Commissione Europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE*, Strasburgo, op.cit.

¹⁰⁹ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale mediante la costituzione di una special purpose vehicle da parte della società debitrice*, in *IlCaso.it*, 30 settembre 2017;

SVP. In questa maniera, la continuità dell'azienda in crisi avverrebbe in modo indiretto, limitatamente al periodo previsto dal piano della procedura concordataria, che tipicamente è pari ad un lustro. Giunta la scadenza prevista, si dovrebbe procedere all'operazione di fusione tra le due aziende, quella risanata e quella costituita per dare esecuzione al concordato.

Quest'ultima, anche se viene partecipata e diretta dall'impresa in corso di risanamento, rimane un soggetto distinto dal punto di vista giuridico; per questa ragione, gli eventuali flussi che derivano dalla continuità dell'attività aziendale nella società costituita *ad hoc* devono essere considerati come 'capitale auto-prodotto'. In altre parole, si tratta di un particolare tipo di capitale che si genera come differenza positiva tra ricavi e costi, ovvero l'utile dell'esercizio.

Da notare, poi, che tali flussi non possono essere considerati come una componente dell'azienda in crisi, ma di quella di nuova costituzione; in questi casi, il piano di business di quest'ultima può anche prevedere la destinazione di una parte degli utili generati come reinvestimento negli *assets* di tipo strumentale.¹¹⁰

Nel piano del concordato, poi, può essere prevista la possibilità di usare tali utili per dare soddisfazione alle legittime pretese dei creditori dell'impresa che è in corso di risanamento, indicandone termini e modalità. In realtà, una parte dei proventi, che corrisponde al valore stimato dell'impresa, così come risulta dal Piano concordatario che viene presentato in Tribunale, deve essere distribuito prima di tutto secondo l'ordine di prelazione esistente. Solamente la parte in eccesso, può seguire le indicazioni del Piano, ed essere destinata a coloro che vantano un credito privilegiato o che sono stati declassati a chirografi; tale possibilità, tuttavia, esiste solo quando ci si avvale del concordato in continuità. Di conseguenza, i flussi che vengono generati in questo modo, possono essere destinati al pagamento dei debiti contratti con i creditori dell'azienda che ha presentato il Piano.¹¹¹

Tali risorse, in quanto vengono generate solamente in virtù del concordato, e che vengono prese dalla società costituita *ad hoc*, sono da considerare come finanza esterna.¹¹² Per questa ragione, esse sono disponibili per l'imprenditore, che, secondo tale interpretazione, può destinarle al soddisfacimento dei creditori sociali dell'impresa in risanamento, senza dover necessariamente rispettare l'ordine imposto dalle cause di prelazione eventualmente esistenti.

Si tratta di un'ipotesi, quella discussa in precedenza, più complessa rispetto a quanto si può verificare con la continuità diretta, ma che dovrebbe essere capace di superare le resistenze dei

¹¹⁰ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 17;

¹¹¹ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale mediante la costituzione di una special purpose vehicle da parte della società debitrice*, op.cit.;

¹¹² M. GREGGIO, G. VIDAL, *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, op.cit., p. 17;

tribunali, che, come discusso in precedenza, tendono a seguire la logica giuridica, privilegiando il rispetto della normativa civilistica.

In questo senso, il pronunciamento dei giudici di Appello di Venezia, esaminato nel paragrafo precedente, costituisce una sentenza in contro-tendenza; destinazione dei flussi generati dal Grazie ad esso, è stata riconosciuta l'importanza della logica economica alla base dell'istituto in esame; la possibilità di creare un'impresa *ad hoc*, in questo senso, potrebbe essere una valida alternativa.¹¹³

In definitiva, a prevalere deve essere la logica economica, che conferisce all'imprenditore la possibilità di risanare l'impresa senza fallire, garantendo coloro che vantano un credito; in tale ambito, come discusso nel corso di questo capitolo, possono derivare conseguenze negative per i creditori privilegiati, che però dispongono sempre di una garanzia minima. Costoro, in effetti, non vengono mai posti in una condizione peggiore rispetto alla liquidazione dell'azienda, e, per questo motivo, non dovrebbero avere valide ragioni per non aderire alla proposta di concordato in continuità.

5 Esercizio provvisorio fallimentare e concordato con continuità

Dalla lettura della giurisprudenza appena elencata è evidente la necessità di fare riferimento anche ad un'altra tematica molto importante e cioè l'esercizio provvisorio che si realizza nel corso del fallimento. In origine alle procedure concorsuali veniva riconosciuta principalmente la funzione della soddisfazione dei creditori, attraverso la liquidazione dell'impresa e del patrimonio dell'imprenditore insolvente, il fallimento aveva una connotazione afflittiva infatti l'imprenditore veniva spossessato dei suoi beni e gli si imponevano delle limitazioni anche di carattere personale. Con la riforma dell'impianto normativo fallimentare tale impostazione si evolve in favore di una gestione più semplice e più flessibile della crisi, ad oggi l'impresa può scegliere se liquidare i suoi beni oppure riorganizzarsi nel tentativo di preservare il suo valore, se in passato al centro della crisi veniva posto l'imprenditore oggi tutto ruota intorno al valore dell'impresa.

Il fallimento stesso che rappresenta lo strumento per eccellenza per la liquidazione del patrimonio aziendale, presenta al suo interno regole utili alla ristrutturazione dell'impresa, la

¹¹³ M. GREGGIO, G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale mediante la costituzione di una special purpose vehicle da parte della società debitrice*, op.cit;

conservazione della continuità aziendale e la riallocazione efficiente dell'impresa sul mercato, in particolare ora ci occuperemo dell'esercizio provvisorio¹¹⁴.

L'esercizio provvisorio è quello strumento giuridico che consente all'interno della procedura fallimentare la prosecuzione dell'attività aziendale, tale istituto è disciplinato dall'articolo 104 della legge fallimentare e può essere disposto in due momenti, con la sentenza dichiarativa di fallimento oppure successivamente all'interno del programma di liquidazione.

Nel primo caso l'esercizio provvisorio comincia a manifestarsi già in sede di istruttoria prefallimentare in questa sede il debitore viene convocato per il deposito dei bilanci relativi a agli ultimi tre esercizi nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata. La produzione di tale documentazione è essenziale in quanto mette il Tribunale nelle condizioni di conoscere la situazione economica e patrimoniale dell'azienda, sulla base della quale valuterà la convenienza della prosecuzione dell'attività. L'esercizio provvisorio sarà disposto con decreto motivato da parte del Giudice delegato, con la specifica indicazione dei motivi per i quali si ritiene che l'esercizio provvisorio sia il migliore strumento per la garanzia dei creditori, tale decreto dovrà anche specificare la durata dell'esercizio provvisorio che non dovrà essere eccessivamente lungo e dovrà tenere in considerazione la natura della procedura¹¹⁵.

L'esercizio provvisorio può essere previsto anche nel corso del programma di liquidazione, in questo caso su proposta del curatore sarà il Giudice delegato previo parere favorevole dei creditori ad autorizzare con decreto motivato la prosecuzione dell'esercizio d'impresa, la richiesta del curatore deve essere accompagnata da una relazione nella quale vengono specificati: la situazione patrimoniale e gestionale del fallito; il dettaglio delle risorse finanziarie disponibili; la chiara posizione del curatore sulla convenienza alla prosecuzione dell'attività sostenuta da documentazioni qualitative e quantitative; le criticità connesse al capitale umano; le criticità inerenti le condizioni operative; la durata dell'esercizio provvisorio. Con tale relazione in concreto il curatore dovrà evidenziare come l'interruzione dell'esercizio d'impresa possa peggiorare il risultato della liquidazione concorsuale. In entrambe le ipotesi di richiesta di esercizio provvisorio affinché questo venga disposto sono richiesti due requisiti:

- Opportunità di evitare un danno grave, che deve essere valutato con riferimento all'organismo produttivo, alla collettività o allo stesso debitore;

¹¹⁴ A. CETRA, M. CIAN, A. DACCO', *Diritto commerciale, Vol. II: diritto della crisi d'impresa*, Giappichelli editore, Torino, 2018, p.105;

¹¹⁵ F. FIMMANÒ, *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, 2006, reperibile sul sito <http://www.odclatina.it/>.

- Che l'esercizio provvisorio non determini pregiudizi ai creditori, in questo caso l'indicazione plurale del termine creditori vuole indicare non la totalità della massa creditoria, ma i creditori in senso generale, ciò significa che se l'esercizio provvisorio può danneggiare anche uno solo dei creditori o alcuni di questi quest'ultimo non si può attuare.

Con riferimento al danno grave sul punto si è pronunciata la giurisprudenza stabilendo che¹¹⁶:

il pericolo derivante dal rischio di interruzione del servizio, per il tempo necessario all'ente locale ad affidarlo ad un nuovo gestore, può essere evitato attraverso il ricorso all'istituto dell'esercizio provvisorio, previsto dalla L. Fall., art. 104. Va condivisa sul punto la tesi, avanzata in dottrina e seguita anche dalla giurisprudenza di merito, secondo cui nel valutare la ricorrenza di un danno grave, in presenza del quale autorizzare l'esercizio provvisorio, il tribunale può tenere conto non solo dell'interesse del ceto creditorio, ma anche della generalità dei terzi, fra i quali ben possono essere annoverati i cittadini che usufruiscono del servizio erogato dall'impresa fallita.

Il danno grave deve essere dunque interpretato quale pericolo di dispersione del valore dell'organizzazione d'impresa, sia nella sua accezione patrimoniale sia nei rapporti giuridici con l'esterno, deve trattarsi del rischio di dispersione di un rilevante valore organizzativo, quindi con tale istituto si vogliono perseguire due obiettivi il migliore risultato nella liquidazione e la conservazione dell'impresa con il consenso dei creditori. A questi due elementi deve essere aggiunto un elemento implicito ossia che l'impresa sia ancora operante, o, più precisamente, non abbia ancora perso quei valori idonei ad una vendita dell'azienda a condizioni più favorevoli, in entrambe le ipotesi di esercizio provvisorio il Tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori.

Dall'analisi delle caratteristiche dell'esercizio provvisorio è chiaro che uno dei vantaggi da individuare in tale tipologia di prosecuzione dell'attività è quello dell'immediatezza, questo viene applicato senza interruzioni dell'attività aziendale a differenza delle altre procedure concorsuali tra cui anche il concordato con continuità, che necessitano della tempistica per l'espellimento della procedura, questa circostanza fa sì di rendere l'esercizio provvisorio più attraente soprattutto per quelle attività che non possono essere bloccate neanche per pochi giorni, una delle criticità maggiori da individuare nel concordato con continuità è proprio nel

¹¹⁶ Corte di Cassazione, sez. I, 27/9/2013 n. 22209, in Dirittodeiservizipubblici.it;

ritardo con cui la proposta viene presentata al Tribunale, si assiste in concreto molto spesso all'interruzione dell'attività aziendale per due o tre esercizi.

Altra importante differenza è da individuare nell'impegno economico che il debitore deve sostenere nell'ipotesi di concordato con continuità per il pagamento delle competenze dell'attestatore e delle spese di giustizia, spesso nelle situazioni di difficoltà economica il debitore è spinto a proporre istanza di fallimento con allegata tutta la documentazione per la valutazione dell'esercizio provvisorio¹¹⁷.

Nella giurisprudenza sono state molte le pronunce che si sono occupate del confronto tra le due figure, è nella maggioranza dei casi si è individuata una differenza da ricercare principalmente nella *ratio* propria del concordato con continuità e cioè il migliore soddisfacimento dei creditori, cosa non perseguita dall'esercizio provvisorio, inoltre il concordato con continuità assume carattere imprenditoriale orientato al profitto ed al migliore guadagno dei creditori, tale situazione non si configura nell'esercizio provvisorio dove l'elemento di base è la conservazione del patrimonio per una migliore liquidazione futura. Se la continuità del concordato è finalizzata alla produzione di nuove ricchezze per il migliore soddisfacimento dei creditori, l'esercizio provvisorio è una tutela temporanea del patrimonio aziendale per ottenere successivamente una migliore liquidazione, infatti il legislatore nel prevedere la continuazione dell'attività nell'esercizio provvisorio non pretende che tale situazione procuri un vantaggio per i creditori, ma semplicemente non li danneggi, di conseguenza l'esercizio provvisorio non può essere adottato ogni qual volta le somme, ricavabili dalla vendita dell'azienda senza esercizio provvisorio, siano superiori rispetto a quelle ottenibili con l'esercizio provvisorio¹¹⁸.

Altro elemento che differenzia le due figure è da individuare nello spossessamento che subisce il debitore nell'esercizio provvisorio, la gestione dell'impresa in questa ipotesi spetta al curatore con l'ausilio di altri coadiutori e , previa autorizzazione del comitato dei creditori, in questo modo il soggetto fallito non perde totalmente la titolarità sui beni ma non è più legittimato a disporre né sul piano sostanziale né su quello processuale, costantemente il curatore dovrà informare i creditori sulla prosecuzione dell'attività con la finalità di controllo di tutte le attività poste in essere dal curatore.

Tramite l'esercizio provvisorio che viene tempestivamente attuato tuttavia è anche possibile comprendere la fattibilità di una futura proposta concordataria, l'esercizio provvisorio può consentire un temporaneo utilizzo produttivo dei beni aziendali da cedere ai creditori nel

¹¹⁷B.MEOLI, *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in Faucegna G. e Panzani L., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2009, p. 1166;

¹¹⁸ ROSSI A., *"L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare"*, in *Giur. Comm*, 2010 p. 77;

concordato per evitare il loro deprezzamento, le indagini prefallimentari e l'analisi della situazione dell'impresa forniscono tutte le informazioni per comprendere le stime di cessione dell'azienda, ma anche l'individuazione delle cause e circostanze del dissesto, si tratta dunque di due misure che non sono totalmente incompatibili tra loro, ma attraverso l'analisi della situazione della crisi d'impresa bisognerà scegliere quella più utile e più determinante per la migliore risoluzione, non bisogna indagare sul miglior strumento utilizzabile ma piuttosto sulle cause che hanno determinato tale situazione, sulla base di ciò scegliere lo strumento più adatto.

CONCLUSIONI

A conclusione del presente lavoro è possibile dire che la considerazione delle situazioni di crisi aziendale si è totalmente evoluta nel tempo se in passato erano considerate come eventi del tutto negativi ad oggi la prospettiva è totalmente cambiata l'obiettivo fondamentale diviene quello di soddisfare i creditori coinvolti nella crisi.

Il concordato con continuità può essere considerato uno strumento per evitare il perdurare dello stato di insolvenza grazie alla possibilità del debitore di accordarsi con i creditori sulle modalità di soddisfazione delle proprie pretese, disponendo della più ampia flessibilità dei contenuti della proposta, il concordato con continuità aziendale persegue un duplice obiettivo favorire l'attività d'impresa nel corso della procedura e tutelare i creditori dal rischio di una gestione che possa danneggiare il patrimonio.

Tale procedura è sicuramente molto ben vista dal settore imprenditoriale, si tratta di uno strumento fondamentale per favorire la conservazione dei valori organizzativi, tuttavia tale istituto deve essere utilizzato solo nelle ipotesi in cui vi sia una situazione economica e patrimoniale stabile, nella realtà spesso il debitore ricorre al concordato preventivo con continuità in una fase troppo avanzata, quando la situazione economica e finanziaria è molto compromessa, questo invece di generare la tutela del patrimonio lo mette a rischio perché il debitore deve sopportare anche i costi per l'attivazione della procedura di concordato, purtroppo molto spesso tale strumento è stato utilizzato dagli imprenditori come mezzo per prendere tempo nella speranza di trovare soluzioni alternative.

Tale normativa deve fare i conti con diversi problemi tecnici e pratici che sicuramente sono legati alla capacità anticipatoria della crisi, affinché la normativa sulla crisi d'impresa possa essere efficace è necessario che si individuino dei sistemi che facciano emergere in maniera tempestiva lo stato di crisi per valutare in tempi brevi la possibile prosecuzione dell'attività aziendale per tali ragioni sicuramente in futuro sarà necessario un intervento del legislatore che possa regolamentare al meglio tale situazione per salvaguardare la stabilità e credibilità del sistema economico.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ABETE L., *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013 p.1108;
- ACCIARO G., BIANCO A., *Concordato preventivo con continuità aziendale*, Il sole 24 ore, 2015;
- ANDREANI G., TUBELLI A., *La posizione dell’Agenzia delle entrate sulla “transazione fiscale”: pregi e difetti*, in *Il fisco*, Wolters Kluwer, 2017, p. 3243;
- AMATORE R., JEANTET L., *Il nuovo concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2013;
- BONELLI V., in *Crisi di imprese: casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 2011;
- BRESCIA G., *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare, dopo le modifiche al concordato con continuità aziendale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014;
- CANALE G., *Affitto d’azienda e concordato preventivo Tra passato, presente e futuro*, Giappichelli, Torino, 2017;
- CETRA A., CIAN M., DACCO’ A., *Diritto commerciale, Vol. II: diritto della crisi d’impresa*, Giappichelli, Torino, 2018;
- CHERUBINI G., *Crisi d’impresa strategie di risanamento*, Giuffrè, Milano, 2011;
- D’ATTORRE G., *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Riv. Società*, 2017;
- DE SENSI V., *Il sistema concorsuale italiano tra economia mista e di mercato*, in *Id.*, *La ristrutturazione della impresa in crisi. Una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, LUISS-Archivio Ceradi, Roma, 2006;
- DE SENSI V., *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. Società*, 2017;
- DE SIMONE L., *La suddivisione dei creditori in classi*, in www.ilcaso.it documento 170/2009, Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi;
- DI MARZIO F., *Affitto d’azienda e Concordato in continuità*, 15.11.2013, in [il fallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it);

D'ORAZIO L., FILOCAMO F.S., PALETTA A., *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2015;

D'ORAZIO L., *Le procedure di negoziazione della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013;

FABIANI M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 1 agosto 2012;

FALAGIANI M., *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.*, in *Fallimento*, 2014 p. 827;

FIMMANÒ F., *Esercizio provvisorio dell'impresa e riallocazione dell'azienda nella riforma della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, 2016;

FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda programmato e stipulato dall'imprenditore in crisi in funzione del concordato preventivo*, *Il fallimento*, 2012;

FIMMANÒ F., *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2014;

FINARDI D., SANDRINI G., *La deroga alla par conditio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, 9 ottobre 2013, in *Crisi d'impresa e fallimento*;

GALLETTI A., PANIZZA A., *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Ipsoa, Milano, 2013;

GALLONE A., RAVINALE M., *L'affitto e la cessione d'azienda nella riforma fallimentare: profili civilistici, fiscali e lavoristici: aggiornato con il D. lgs. n. 169/2007 in vigore dal 1. Gennaio 2008*, IPSOA, Milano, 2008;

GAMBINO A., *Profili dell'esercizio delle imprese nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, in *Giur. comm.*, 1980, I;

GREGGIO M., VIDAL G., *Continuità aziendale e finanza esterna nel concordato preventivo*, in www.Fallimenti e Società, 2019, p.7;

GREGGIO M., VIDAL G., *Il mantenimento della continuità aziendale mediante la costituzione di una special purpose vehicle da parte della società debitrice*, in IlCaso.it, 30 settembre 2017;

GUIOTTO A., *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, *Fallimento*, 4- 2019 p.82;

JEANTET L., *Il pagamento dei crediti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall., e le condizioni di deroga della par condicio creditorum*, in www.ilfallimentarista.it, 17.04.2014;

LAMANNA F., *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2015, p.54;

LO CASCIO G., *Crisi, continuità aziendale e altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in www.quotidianogiuridico.it, 29 agosto 2012;

MANENTE D., *Due provvedimenti sulla destinazione dei flussi finanziari nel concordato preventivo con continuità aziendale: Tesi e antitesi*, in dirittofallimentaresocietà.it;

MARINUCCI E., *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur. It.*, 2017, p.515;

MAROTTA F., *Incertezze applicative in tema di concordato liquidatorio ed in continuità aziendale nel codice della crisi d'impresa*, 94, 2019;

MEOLI B., *L'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, in Fauceglia G. e Panzani L., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, Utet, 2009;

MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I;

NARDECCHIA G.B., *La continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Questione Giustizia*, 2/2019;

NARDECCHIA G.B., *I finanziamenti prededucibili di cui agli artt. 182-quater e 182-quinquies l. fall.*, in *Fallimento*, 2016 p.1105;

NIGRO A., *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?* in *Riv. Società*, 2018, p.1207;

PAJARDI P., *Esecuzione concorsuale: unità ed alternatività dei procedimenti*, in *Giur. comm.*, 1979, I p.223;

PALUDETTI G., *La percentuale minima di pagamento "assicurata" e l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*, in wwwDirittobancario.it, aprile 2016;

PATTI A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, *Fallimento* 3/2013 p.898;

PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?* in Fall. 2013 p.1099;

PETRUCCO TOFFOLO F., *Sospensione e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, su www.ilfallimentarista.it, 2013;

PIRISI F., *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, in Fallimento 3/2015 p.279;

POLICARO G.A., *La crisi d'impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in Giur. comm., 2017, I, p.1038;

RANALLI R., *La riforma della crisi d'impresa. Dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le regole di composizione assistita. I presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, in www.orsservatorio-oci.it, 2017 p.34;

RANALLI R., *Il codice della crisi e gli indicatori significativi: la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it, 2018, p.122;

REBECCA G., *Contratti pendenti: sospensione e scioglimento nel concordato in continuità e nel concordato in bianco*, su www.ilfallimentarista.it, 14 maggio 2013 p.99;

ROLFI F., RANALLI R., *Il concordato in continuità*, Giuffrè, Milano, 2015;

ROSSI A., *L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare*, in Giur. Comm., n. 2010, p.77;

SANZO S., *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. Sanzo- D. Burrioni (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, Zanichelli, 2019;

SCIUTO M., *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in Giur. comm., 2007, p.566;

SELMIN E., ZANTONIO A., SAVIO F.M.R., *La valenza del contratto di affitto d'azienda nella crisi dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2016;

STANGHELLINI L., *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in Fallimento, 2009 p.424;

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in Fallimento 2013 p.1222;

TERENGI M., *“Finanza esterna”, ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità*, in *Fallimento* 2019 p.377;

TERRANOVA G., *Le nuove forme di concordato*, Giappichelli, Torino, 2013;

VALENTINI A., BADELLINO M., GOFFI G., *Riflessioni su rapporto di lavoro subordinato e nuove norme fallimentari in tema di continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it 06.08.2012;

ZORZI A., *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, *Dir.fall*, 95, 2020 p.58;

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale, sentenza n. 3247 del 10 febbraio 2011, in Cortecostituzionale.it;

Corte di Cassazione, con sentenza n. 2706 del 04 febbraio 2009, in ilcodicedeconcordati.it;

Cassazione civile, sez. I, 10 febbraio 2011, n. 3274 in ilfallimento.it

Corte di Cassazione, sez. I, 27/9/2013 n. 22209, in Dirittodeiservizipubblici.it;

Corte di Cassazione, I Sez. Civile, 9 maggio 2014, n. 10112 in diritto bancario.it;

Corte Cassazione. Sentenza n. 10752, 4 maggio 2018, ilcodicedeconcordati.it;

Corte di Cassazione I Sez. civile, 19 Novembre 2018, n. 29742. In puntodiritto.it;

Corte di Cassazione, I Sez. Civile 18.06.2020, n. 11882, in iusitinere.it;

Corte d’Appello di Venezia, 30 Gennaio 2014 in nuovodirittodellesocietà.it;

Corte d’Appello di Venezia, sentenza n. 3042, 19 luglio 2019, in fallimentiesocietà.it;

Tribunale Bolzano, 27 Febbraio 2013, in codice fallimentare.it

Tribunale Monza sez. fallimentare, 02.10.2013 in il caso.it;

Tribunale di Cuneo, 29 ottobre 2013 in unijuris.it;

Tribunale di Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in ilCASO.IT;

Tribunale di Palermo, 31 ottobre 2014, in lanuovaproceduracivile.com;

Tribunale di Bolzano, Decreto del 10.03.2015 in ex parte creditoris.it;

Tribunale di Roma, 22 aprile 2015, Il Caso.it;

Tribunale di Torre Annunziata III sezione civile, 13 aprile 2016, in fallimento.it;

Tribunale di Milano, 3 novembre 2016, *Giur. it.*, 2017;

Tribunale di Milano, decreto del 4 gennaio 2018, in dirittoegiustizia.it;

Tribunale di Padova, Decreto del 24 gennaio 2018, in giustizia.it;

Tribunale Rimini, 18 Novembre 2019 in nuovodirittodellesocietà.it