

IL CONCORDATO PREVENTIVO NEL CODICE DELLA CRISI: IL CREPUSCOLO DEL “RE”¹

di

MARCO GREGGIO

Sommario: *I. L’insuccesso della “vecchia” disciplina del concordato preventivo. – II. La nuova disciplina dell’istituto. – III. I presupposti per l’accesso alla procedura. – IV. Il concordato liquidatorio. – V. La continuità diretta. – VI. La continuità indiretta. – VII. La garanzia riguardo i livelli occupazionali. – VIII. Il criterio della prevalenza. – IX. L’utilità per i creditori e la moratoria per il pagamento dei creditori privilegiati. – X. Il sindacato sulla fattibilità economica da parte del tribunale. – XI. La documentazione da allegare al piano. – XII. Gli ulteriori profili di criticità. – XIII. Il dirigismo prevale sul carattere negoziale della procedura. – XIV. Il crepuscolo del “re”.*

I. IL “FALLIMENTO” DELLA “VECCHIA” DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO.

La nuova disciplina del concordato preventivo contenuta nel Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza (il “Codice”) entrerà in vigore il giorno di Ferragosto del 2020².

¹ Il contenuto dello scritto trae spunto dalla relazione tenuta al convegno “Il nuovo Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza” che ha avuto luogo a Padova il 12 aprile 2019 organizzato dal *Centro Studi Patavini di diritto concorsuale*.

² L’art. 389 del Codice detta il regime di entrata in vigore delle disposizioni ivi contenute, distinguendo tra quello di entrata in vigore del Codice nel suo complesso e quello di alcune specifiche disposizioni. Il Codice, in forza del comma 1 del citato art. 389, entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione in G.U. e, dunque, il prossimo 15 agosto 2020. Accanto al regime di

Pertanto continuerà ad applicarsi la disciplina contenuta nella legge fallimentare per i ricorsi (anche in bianco) depositati fino a tale data e per le procedure ancora pendenti. Ma un'analisi di ciò che verrà risulta utile fin d'ora anche alla luce della funzione sostanzialmente di “interpretazione autentica” che sta assumendo il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14.

Invero la giurisprudenza di merito già si sta orientando applicando le soluzioni offerte dal Codice e, ancor prima, dalla Legge delega n. 155 del 19 Ottobre 2017, per risolvere i casi più controversi in ambito concordatario.³ In un contesto di crisi della funzione nomofilattica della Corte Suprema di Cassazione, non può quindi che accogliersi favorevolmente l'intervento del Legislatore se non altro per lo scopo dichiarato del Codice di garantire il principio della certezza del diritto in ambito concorsuale⁴.

In piena aderenza al principio espresso dalla legge delega (art. 2, lettera m) di “riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento (...)”, le nuove norme sul concordato per lo più paiono cogliere nel segno: molti contrasti che avevano affaticato la dottrina e diviso la giurisprudenza vengono superati.

entrata in vigore generale valevole per tutte le disposizioni, si distingue un regime riservato soltanto ad alcune norme; e segnatamente agli artt. 27, comma 1, 351, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, che sono entrate in vigore il 16 marzo 2019, ossia il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella G.U. del Codice.

³ *Ex plurimis* si veda Trib. Ravenna 15.1.2018, in www.ilcaso.it, che applicando le norme appena emanate della Legge Delega 2017/155, in ossequio al criterio della prevalenza, ha stabilito che il concordato va qualificato in continuità aziendale *ex art. 186 bis l.fall.* ogniqualvolta, alla stregua di una comparazione quantitativa fra le fonti del soddisfacimento destinato ai creditori concordatari, detto soddisfacimento deriva in massima parte dai flussi finanziari prodotti dalla continuità aziendale, piuttosto che dalle più limitate risorse ottenute attraverso la cessione di cespiti non strategici. Inoltre, ha accolto la tesi della continuità oggettiva o indiretta, stante l'esplicita valutazione positiva della compatibilità fra disciplina della continuità ed affitto d'azienda sancita dal Legislatore all'art. 6 lett. i) n. 3) della L. 19 ottobre 2017, n. 155, e ha concesso una moratoria nel pagamento dei crediti privilegiati in misura superiore all'anno, ai sensi dell'art. 6 lett. i), n. 1 della legge delega.

⁴ Il principio della certezza del diritto è un caposaldo nel mondo giuridico e ancor più economico. Come ricordava Max Weber, il capitalismo ha bisogno di “un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina” (M. WEBER, *Storia economica*, 1919-1922, Roma, 1993, p. 298), laddove il valore specificamente giuridico della certezza è la controllabilità delle decisioni (L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., II*, Torino, 1988, p. 277).

D'altronde tali contrasti parevano frutto, per lo più, delle continue riforme che si sono susseguite a partire dal 2005⁵: riforme che hanno profondamente inciso sulla disciplina concordataria, tra spinte iniziali volte a favorire l'autonomia del debitore e a favorire la procedura (si pensi, tra l'altro, alla possibilità di depositare il ricorso in bianco *ex art.* 161 sesto comma l.f. ed al voto mediante silenzio-assenso introdotte nel 2012) e ritorni all'eteronomia dirigitica statale (con la miniriforma estiva del 2015, che ha introdotto - tra l'altro - gli istituti delle offerte e delle proposte concorrenti, nonché l'assicurazione del pagamento di almeno il 20 per cento dei creditori chirografari nel concordato preventivo liquidatorio).

In questo continuo susseguirsi di riforme, l'interprete spesso si è trovato smarrito, come il Piccolo Principe proveniente dall'asteroide B-612. La giurisprudenza “a macchia di leopardo” ha accentuato l'incertezza delle soluzioni offerte alla crisi d'impresa attraverso lo strumento concordatario e, in ultima istanza, non ha favorito l'economia così duramente provata da una decade a dir poco difficile. Al riguardo la chiarezza della Relazione illustrativa al Codice è esemplare: la “frequenza degli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi tempi, interessando sovente disposizioni della legge fallimentare modificate appena qualche anno prima, ha generato rilevanti difficoltà applicative: non solo per un certo grado di approssimazione nella formulazione tecnica

⁵ La prima incisiva riforma del diritto fallimentare ebbe inizio con una decretazione d'urgenza: il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, (c.d. “Decreto competitività”), poi convertito con modifiche dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e successivamente modificato ed integrato dal Decreto Legislativo del 9 gennaio 2006, n. 5 (“Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n. 80”) e successivamente corretto con il decreto legge 12 settembre 2007, n. 169 (il c.d. “decreto correttivo”). Ad appena tre anni di distanza il Legislatore è poi intervenuto nuovamente con il decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (“Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”), a sua volta convertito con modificazione dalla l. 30 luglio 2010 n. 122. Due anni dopo la legge 27 gennaio 2012, n. 377 (“Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento”) e il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. “Decreto Sviluppo”), convertito con legge 7 agosto 2012 n. 134, successivamente integrato dal Decreto Legge 21 giugno 2013 (c.d. “Decreto del Fare”), n. 69, convertito con Legge 9 agosto 2013, n. 98. E ancora il Decreto Legge 27 giugno 2015 n. 83, e poi il Decreto Legislativo n. 147/2015 (c.d. “Decreto Internazionalizzazione”) e la Legge di Stabilità 2016.

delle norme, inevitabile quando si legifera sotto la spinta dell'urgenza, ma anche – e forse soprattutto – perché il continuo mutamento del dato normativo rende problematico il formarsi di indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, accentuando l'incertezza del diritto, favorendo il moltiplicarsi delle controversie ed, in definitiva, rallentando il corso delle procedure concorsuali”⁶.

Innegabile che lo strumento concordatario, più volte riformato e “controriformato” negli ultimi anni - con norme non secondarie, spesso emergenziali e che hanno messo a dura prova l'impianto normativo - non ha sortito nella prassi i frutti sperati⁷. Da un interessante lavoro del 2018 pubblicato dalla Banca d'Italia⁸, basato su un dataset costituito da circa 3.350 procedure di concordato preventivo “ammesse” nel periodo 2009-2015 (pari a circa il 35 per cento di quelle complessivamente ammesse negli stessi anni), risulta che tale strumento è stato prevalentemente utilizzato per la liquidazione delle imprese: circa il 70 per cento dei concordati analizzati aveva natura liquidatoria.

Nel periodo 2010-2015 il numero di domande di concordato presentate (incluse quelle con riserva) è stato pari a circa 16.000. Nello stesso periodo la percentuale di imprese ammesse alla procedura di concordato è stata pari in media al 50 per cento, ma con rilevanti differenze negli anni⁹. A partire dal 2013 l'utilizzo dello strumento si è ridotto, con una drastica diminuzione dopo l'introduzione, nel 2015, della soglia del 20 per cento

⁶ Com'è stato acutamente osservato (G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista delle società*, 2017, p. 527), la crisi della “prevedibilità giuridica” (intesa come fenomeno di tipo probabilistico) non è tanto conseguenza del ruolo troppo attivo della giurisprudenza, quanto piuttosto rappresenta il riflesso del protagonismo del Legislatore in ambito concorsuale, che impedisce il formarsi e il sedimentarsi di consolidate interpretazioni e applicazioni.

⁷ Sulle riforme che hanno interessato l'istituto del concordato preventivo negli ultimi dieci anni per tutti cfr. A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur.comm.*, 2016, I, pp. 15 ss..

⁸ Cfr. A. DANOVI - S. GIACOMELLI - P. RIVA - G. RODANO, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo*, pubblicato nel n. 430 del mese di marzo 2018 delle *Questioni di economia e finanza* di Banca d'Italia.

⁹ In particolare, dopo l'introduzione nel 2012 del concordato con riserva, a fronte di un numero assoluto più elevato di concordati ammessi, si è avuta una riduzione della quota di concordati ammessi rispetto alle domande presentate, incluse quelle con riserva. Cfr. A. DANOVI, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa*, cit.

per le proposte ai creditori chirografari nei concordati liquidatori. E la percentuale di concordati per i quali quanto previsto nel piano è stato effettivamente realizzato era pari a meno di un quarto¹⁰: in particolare per i crediti chirografari, i tassi di recupero effettivi risultavano inferiori a quelli proposti in poco più del 50 per cento dei concordati. Insomma, una disciplina, quella concordataria, che si è rivelata “fallimentare” alla prova della crisi economica che ha travolto il nostro Paese.

Il Legislatore ha preso atto degli scarsi risultati dei concordati presentati e ha tentato di correggere il tiro. Il Codice riforma profondamente la disciplina dell’istituto, non senza alcune *criticità* che rischiano di rendere sostanzialmente inutilizzabile il concordato, considerato il “re” tra gli strumenti per la risoluzione della crisi d’impresa. Criticità che, si auspica, verranno superate a seguito della Legge 8 marzo 2019, n. 20 (Gazz. Uff. 20 marzo 2019, n. 67) che ha assegnato al Governo una nuova delega per la promulgazione di disposizioni integrative e correttive della riforma della disciplina della crisi di impresa e dell’insolvenza.

La presente nota analizzerà le principali novità e criticità afferenti l’istituto: così come disciplinato nel Codice, v’è da chiedersi, *the king is dead?*¹¹

II. LA NUOVA DISCIPLINA DELL’ISTITUTO.

La Relazione illustrativa al Codice ci spiega che il concordato preventivo viene ancora considerato dal Legislatore uno degli strumenti più efficaci, se correttamente adoperati, per risolvere positivamente le crisi d’impresa o per recuperare le potenzialità aziendali

¹⁰ Per i crediti non garantiti i tassi di recupero variano sensibilmente: dal 18 per cento per i concordati liquidatori, al 37 per cento per i concordati in continuità diretta (il 23 per cento per quelli in continuità indiretta); i tassi di recupero effettivi per tale tipologia di crediti sono inferiori a quelli proposti nel 50 per cento dei concordati (il tasso effettivo è in media pari al 60 per cento di quello proposto). Cfr. A. DANOVI, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d’impresa*, cit.

¹¹ Tale domanda era stata posta già all’indomani della c.d. miniriforma del 2015 da un Autore in tema di novità riguardanti l’art. 169-bis l.f.: M. MARTINELLI, *L’art 169 bis L.F. dopo la novella del D.L. 83/2015 (convertito, con modificazioni, dalla L. N. 132/2015): The king is dead?*, in www.ilcaso.it, 22.10.15.

presenti in situazioni di insolvenza non del tutto irreversibile. Così sono stati apportati contemperamenti ricavati dall'esperienza dell'ultimo decennio, per evitare possibili abusi in danno dei creditori, laddove la cessione dei beni - secondo il Legislatore - raramente rappresenta per i creditori una soluzione davvero più vantaggiosa rispetto alla liquidazione. Soluzione peraltro, continua la Relazione, che neppure salvaguarda in modo più efficace l'eventuale valore residuo dell'impresa.

Le disposizioni che disciplinano il concordato preventivo nel Codice sono contenute in due parti distinte dello stesso: il primo gruppo di norme si ritrova all'interno del procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza (artt. 40 e ss., e in particolare da artt. 40 a 48); il secondo gruppo riguarda invece le disposizioni specifiche del concordato preventivo (articoli da 84 a 120 del Codice).

La "norma manifesto" del nuovo concordato è l'art. 84 del Codice (rubricato "Finalità del concordato preventivo"), che delinea la *differenza* tra quello in continuità e quello liquidatorio, laddove nel primo le risorse utilizzate per il soddisfacimento dei creditori derivano dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, mentre nel secondo dal ricavato della liquidazione. Lo spartiacque tra l'una e l'altra tipologia di concordato è rappresentato, quindi, dalla *prevalenza* (dei flussi ovvero dei ricavi derivanti dalla liquidazione atomistica dei beni). Tuttavia non v'è una piena corrispondenza fra la rubrica dell'art. 84 del Codice e la norma ivi contenuta. Più che di finalità la disposizione parla delle *modalità* attraverso le quali si realizza il soddisfacimento dei creditori: con un concordato in continuità aziendale (diretta o indiretta) ovvero liquidatorio.

Il Legislatore ha ritenuto di incentivare - in piena attuazione della legge delega (art. 2, lett. g) - il ricorso al concordato in continuità, in quanto finalizzato al recupero della capacità dell'impresa di restare o rientrare, ristrutturata e risanata, nel mercato. Così nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziale (destinata a sostituire il "fallimento" ai sensi dell'art. 349 del Codice) deve avere priorità di trattazione la proposta che prevede,

versando l'impresa in situazione di crisi o di vera e propria insolvenza, il superamento di tale situazione mediante la prosecuzione, diretta o indiretta, dell'attività aziendale.

Il *favor* per la continuità aziendale rimane comunque sempre *condizionato* alla circostanza che sia assicurato il *miglior soddisfacimento dei creditori*, in linea con l'attuale previsione dell'art. 186-*bis*, comma 2, lett. b) l.fall., ma con una netta inversione di tendenza rispetto al testo licenziato dalla Commissione Rordorf, che elevava la continuità aziendale a valore-fine. La continuità aziendale rimane un valore-mezzo e, appunto, si giustifica soltanto allorquando garantisca la migliore soddisfazione dei creditori sociali (che rimane il *valore-fine* del concordato). La tutela dei creditori rimane, dunque, l'obiettivo primario del concordato, considerato che il comma secondo dell'art. 84 parla di "interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci": interesse *prioritario*, non esclusivo, quindi¹².

La prospettiva del miglior soddisfacimento dei creditori diviene la condizione che giustifica il rischio che gli stessi corrono quando è prevista la continuità aziendale, sicché si impone al proponente di esplicitare nel piano le ragioni per cui la continuazione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale dovrebbe consentire risultati migliori, per i creditori, rispetto alla prospettiva liquidatoria (art. 87, comma 1). E la funzionalità della continuità rispetto all'interesse dei creditori deve essere attestata dalla relazione del professionista indipendente (art. 87, comma 3). Ruolo quindi, quello dell'attestatore, che non solo non è stato espunto dal Legislatore, come da alcuni auspicato, ma è stato posto in assoluto rilievo nell'intero Codice: basti pensare alle attestazioni speciali di cui al terzo comma dell'art. 13 e al terzo comma dell'art. 18¹³.

¹² Lo evidenzia S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in www.ilcaso.it, 25.2.2019.

¹³ L'art. 13, comma terzo, prevede che l'impresa, nella nota integrativa al bilancio d'esercizio, possa dichiarare le ragioni per le quali ritiene inadeguati gli indici elaborati dal CNDCC ed indicarne altri più idonei: un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa; l'attestazione è poi allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante.

L'art. 18, comma terzo, prevede che l'OCRI dispone in ogni caso l'archiviazione della segnalazione ad esso effettuata quando l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche

In buona sostanza i creditori, il cui interesse è prioritariamente tutelato dalla norma, assumono la veste sostanziale di azionisti-soci dell'impresa debitrice, ma con la peculiarità che non hanno diritti di governo dell'impresa stessa. Con il paradosso che, in particolare nel concordato in continuità, soggiacciono ai rischi d'impresa, al pari del loro debitore, ma non possono incidere in alcun modo sulla gestione¹⁴.

III. I PRESUPPOSTI PER L'ACCESSO ALLA PROCEDURA.

Con riguardo al *presupposto oggettivo* viene chiarito che l'accesso al beneficio del concordato è consentito all'imprenditore sia che sussista lo stato di *crisi* che quello di *insolvenza*.

Si tratta di una precisazione necessaria, rispetto alla disciplina vigente, in quanto la crisi nel Codice ha acquisito una propria dimensione autonoma essendo definita nell'art. 2 del Codice come “lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore” (elemento definitorio) “e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate” (natura sintomatica).

Lo stato di “insolvenza” viene così distinto da quello di crisi e definito come “lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”¹⁴: una scelta *conservativa* che riprende quella già contenuta nella legge fallimentare, più giuridica che economica (più di qualche aziendalista storcerà il naso). Insolvente è chi non può adempiere alla propria obbligazione integralmente, tempestivamente e con mezzi normali

amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'articolo 15, comma 2, lettere a), b) e c).

¹⁴ Come nota acutamente G. LA CROCE, *I limiti del concordato di risanamento*, in *La riforma del fallimento*, a cura di M. POLLIO, Milano, 2019, p. 208, “si tratta di una condizione che potrà ritenersi nel miglior interesse dei creditori solo nei casi estremi, in assenza di soluzioni diverse... e in carenza di una garanzia patrimoniale adeguata da liquidarsi, ossia una soluzione da ultima spiaggia”.

(con una valutazione che non può basarsi su criteri esclusivamente o prevalentemente patrimoniali)¹⁵.

Va comunque evidenziato come la linea che distingue la *crisi* dall'*insolvenza*, come definite dal Codice, sia molto sottile: lo stato di crisi, come formulato dal Legislatore, dovrebbe essere anteriore all'insolvenza. Ma l'art. 13 del Codice identifica gli "indicatori" della crisi negli "squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi", precisando che a questi fini sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi, nonché i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi (quindi inadempimenti qualificati qualitativamente e quantitativamente). Nella prassi, pertanto, non sarà così agevole distinguere tra crisi ed insolvenza, atteso che gli indicatori di crisi spesso sottendono situazioni in cui vi è anche uno stato di insolvenza¹⁶.

Fermo quanto sopra, l'insolvenza nel concordato preventivo in continuità deve essere *reversibile*, come indicato nella Relazione alla legge delega (par. 6) e quindi superabile, così assimilando il presupposto oggettivo a quello dell'amministrazione straordinaria. Il concordato preventivo pertanto non dovrebbe poter essere più utilizzato da imprese

¹⁵ Sul concetto di insolvenza cfr. M. SANDULLI, *Il presupposto oggettivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, I, Milano, 2014, pp. 137 e ss.; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2000, pp. 205 e ss.; P.F. CENSONI, *Il presupposto oggettivo del fallimento. Lo stato di insolvenza*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, Torino, 2000, pp. 89 e ss..

¹⁶ Per un approfondimento sulla distinzione tra i due concetti alla luce del nuovo Codice cfr. S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in www.ilcaso.it, 14.1.2019.

talmente decotte da non essere in grado di proporre ai creditori il soddisfacimento nemmeno di una minima consistenza del credito come, invece, è spesso avvenuto nel passato, laddove invece di essere utilizzato come uno strumento di “prevenzione” il concordato è divenuto uno strumento di ultima istanza (e di gestione dell’insolvenza) nel momento in cui, nei confronti del debitore, veniva presentato un ricorso di fallimento. Uno strumento, in buona sostanza, per “comprare tempo”, con una conclusione dell’*iter* procedurale, spesso, scontata (in senso negativo).

Riguardo il *presupposto soggettivo* del concordato preventivo, esso risulta il medesimo della “liquidazione giudiziale”: possono accedervi soltanto gli imprenditori commerciali *non* “sotto soglia”, ai sensi del primo comma dell’art. 85 (che rinvia all’art. 121). Paiono così esclusi dall’ambito di applicazione del concordato gli *imprenditori agricoli*. Strana esenzione, considerato che molte imprese agricole sono organizzate e fatturano più di molte società strutturate.

Si è così notata la differenza con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ai quali già oggi possono accedere anche gli imprenditori agricoli: il primo comma dell’art. 57 riconduce l’ambito applicativo dell’istituto all’imprenditore “anche non commerciale e diverso dall’imprenditore minore”; gli accordi si applicano quindi all’imprenditore “non commerciale” agricolo, ma non agli imprenditori “sotto soglia”¹⁷. Tale differenza, a parere di chi scrive, è frutto di una probabile disattenzione del Legislatore, essendo consentito il deposito del ricorso c.d. in bianco per l’accesso sia alla procedura concordataria sia agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 44)¹⁸, nell’ambito del “procedimento unitario” (procedimento che, a ben vedere, andrebbe riformulato e razionalizzato *in toto*, in quanto

¹⁷ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit.

¹⁸ Ai sensi dell’art. 44 comma primo lett. a) del Codice, dopo il deposito del ricorso in bianco il tribunale se richiesto, fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l’apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni, entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l’attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all’art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

contiene una serie di eccezioni e rami secondari che lo fanno apparire ben poco “unitario”).

IV. IL CONCORDATO LIQUIDATORIO.

Invertendo la collocazione preferenziale operata dal Legislatore, analizziamo quello che dovrebbe essere lo strumento *residuale*, il concordato liquidatorio.

Le *condizioni per l'ammissibilità* di un concordato liquidatorio sono stabilite dall'ultimo comma dell'art. 84 Codice. Anche per la sua sistemazione “topografica” nella disposizione sul concordato, quindi, si evince come per il Legislatore tale tipologia risulti del tutto residuale: la regola è (o dovrebbe essere) il concordato in continuità, rappresentando il concordato liquidatorio *l'eccezione*.

Per presentare un concordato liquidatorio vi sono *due condizioni* essenziali: (i) vi deve essere nuova finanza, laddove l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari; (ii) in ogni caso i creditori chirografari devono essere soddisfatti almeno per il venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.

In tal modo - in attuazione dell'art. 6, comma 1, lettera a) della legge delega - la sopravvivenza di un concordato esclusivamente liquidatorio risulta giustificata *soltanto* nel caso in cui ai creditori vengano messe a disposizione risorse ulteriori rispetto a quelle rappresentate dal patrimonio del debitore. Solo a questa condizione, chiarisce la Relazione illustrativa, il concordato, che rappresenta un vantaggio per l'imprenditore (in quanto mantiene l'amministrazione dei propri beni ed è esposto a rischi più limitati sotto il profilo della responsabilità penale) diviene conveniente anche per i creditori, i quali otterrebbero altrimenti dal concordato addirittura meno di quanto potrebbero conseguire dalla liquidazione giudiziale, attesi i maggiori costi che la procedura di concordato comporta.

L'obbligatorietà del ricorso alla finanza esterna nel concordato liquidatorio non viene meno per effetto della previsione contenuta nell'art. 87 comma 1 lett c) del Codice (che nel contenuto del piano prevede la *possibilità* di apporto di nuova finanza): norma che fa riferimento al concordato in continuità, in cui la nuova finanza è una possibilità e non un obbligo¹⁹.

In particolare, tali risorse aggiuntive devono incrementare la misura del soddisfacimento dei creditori, rispetto a quanto essi potrebbero conseguire dalla liquidazione giudiziale del patrimonio del debitore, di almeno il dieci per cento. Vengono così specificati nel Codice sia la misura delle risorse esterne, lasciata indefinita nella legge delega (salvo indicare che avrebbe dovuto aumentare “in misura apprezzabile” la soddisfazione dei creditori), sia il parametro di raffronto (“rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale”), con ciò chiarendo anche che questo e non altro (ad esempio, un ipotetico concordato in continuità, o la stessa liquidazione concordataria) è appunto lo scenario da considerare in chiave comparativa.

In continuità con la disciplina previgente (art. 160 ultimo comma l.f.), nel concordato liquidatorio il soddisfacimento non deve comunque essere inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del debito chirografario. Da notare, tuttavia, che non è stato riproposto il termine “assicurare” che tanto aveva diviso gli interpreti²⁰.

V'è quindi da chiedersi se il Legislatore ha inteso che vi fosse, rispetto alla liquidazione giudiziale, un incremento del dieci per cento nelle risorse disponibili per i creditori chirografari (risorse che sono la base del loro soddisfacimento) o ha invece richiesto che

¹⁹ Della stessa opinione anche P. RINALDI-F. SCUTIERO, *I presupposti per l'accesso alla procedura, in Concordato preventivo e con continuità aziendale*, a cura di Danovi-Acciaro, Milano, 2019, p. 23.

²⁰ Sull'esatto significato precettivo da attribuire al verbo “assicurare” la dottrina si è divisa (per l'orientamento più rigoroso, cfr. V. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, in *www.ilcaso.it*, 2015; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, 2015; G. BOZZA, *Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma*, in *www.fallimentiesocieta.it*, 2016). La giurisprudenza ha mostrato di seguire l'atteggiamento più rigoroso, ritenendo che tale nuovo requisito deve consistere in una proposta idonea, con ragionevole grado di certezza, ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione: cfr. Trib. Rovigo 1.8.2016; Trib. Mantova 28.4.2016; Trib. Firenze 8.1.2016; Trib. Pistoia, 29.10.2015 (tutte in *www.ilcaso.it*).

la loro soddisfazione minima, rispetto alla liquidazione giudiziale, fosse assicurata in ragione del dieci per cento tramite finanza esterna.

Il testo della disposizione può prestarsi a diverse interpretazioni: il 10 per cento può essere inteso quale valore aggiuntivo tale da incrementare la percentuale di soddisfazione dei creditori in misura superiore al 20 per cento e, quindi, andrebbe calcolato sulla scorta del valore nominale dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari. In una diversa prospettiva, la percentuale dell'apporto ulteriore andrà calcolata sulla misura di soddisfacimento che ai creditori chirografari deriverebbe dalla liquidazione giudiziale e, quindi, sulla scorta dell'utilità ricavabile da tale procedura.

Tuttavia andrebbero escluse interpretazioni rigorose. Se la finanza esterna dovesse invece essere tale da assicurare *almeno* un dieci per cento minimo di soddisfazione per i creditori chirografari, si tratterebbe di un incremento drastico, con conseguenze paradossali: maggiore sarà stata l'attenzione, virtuosa, dell'imprenditore alla conservazione della garanzia patrimoniale, maggiore dovrà essere l'apporto di finanza esterna²¹. La corretta lettura della norma pare pertanto condurre alle seguenti conseguenze: (i) rispetto a quanto accadrebbe in caso di liquidazione giudiziale (scenario che va quindi attentamente descritto dal debitore e scrutinato dall'attestatore), il livello di soddisfacimento dei creditori chirografari dev'essere incrementato del 10 per cento; (ii) in nessun caso il soddisfacimento dei chirografari può essere inferiore al 20 per cento; (iii) la percentuale del loro soddisfacimento è giocoforza destinata a superare il 20 per cento tutte le volte in cui essa sarebbe stata, nella liquidazione giudiziale, pari o superiore al 20 per cento, di tal che in quest'ultima situazione il debitore non potrà – com'è invece possibile oggi – limitare il proprio impegno al “tetto legale” del 20 per cento.

Va comunque considerato che la risorsa esterna potrebbe non essere sufficiente a rendere il concordato liquidatorio *più conveniente* della liquidazione giudiziale, ad esempio perché non consentirebbe di esperire azioni revocatorie volte alla reintegrazione del patrimonio

²¹ Cfr. P. RINALDI - F. SCUTIERO, *I presupposti per l'accesso alla procedura*, cit., p. 24.

del debitore, anche alla luce dell'art. 87, 1° c., lett. d), che richiede che il piano indichi “le azioni risarcitorie, revocatorie e recuperatorie esperibili” e dell'art. 39 secondo comma del Codice, che richiede l'indicazione degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore al deposito della domanda.

Riguardo il concetto di *finanza esterna*, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo precisato che l'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice²². Le risorse messe a disposizione dai terzi rimangono estranee al regime della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c., in quanto norma che opera con riferimento al solo patrimonio del debitore e non estensibile a beni di terzi, potendo così essere utilizzate *liberamente* (senza il rispetto del principio di graduazione dei crediti).

Quanto alla natura della risorsa esterna, non essendo precisato che debba essere finanziaria, si ritiene che possa essere rappresentata da disponibilità liquide o da beni da destinare alla liquidazione: crediti, immobili, partecipazioni, aziende, beni, servizi, diritti e quant'altro possa rappresentare comunque una risorsa per i creditori. Si consideri ad esempio l'ipotesi della costituzione ad opera di un terzo di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* su beni immobili di sua proprietà, con la previsione che il prezzo di cessione sia destinato alla soddisfazione del solo ceto creditorio chirografario. In merito alla terzietà dell'apporto, si ritiene che le risorse possano essere apportate anche da soci o creditori dell'impresa in crisi. Deve tuttavia trattarsi di una risorsa valorizzabile, e questa valorizzazione – da eseguirsi alla data di riferimento, ovvero sia quella di deposito del piano e della attestazione - deve consentire di apprezzare un miglioramento sensibile delle prospettive di soddisfazione dei creditori chirografari rispetto a quanto consentirebbe il piano liquidatorio *stand-alone*.

Dalla presenza dei requisiti di ammissibilità tipici del concordato liquidatorio discendono alcune conseguenze: la necessaria nomina dei liquidatori giudiziali e del comitato dei

²² Cass. 8.6.2012, n. 9373. In dottrina cfr. D'ATTORRE, *La finanza esterna tra vincoli all'utilizzo e diritto di voto dei creditori*, in *www.ilcaso.it*, 20.5.2014.

creditori previsti all'art. 114 del Codice (ivi incluse le disposizioni relative alle vendite, cessioni e trasferimenti di cui al quarto comma), nonché le azioni che il liquidatore giudiziale può esercitare ai sensi dell'art. 115 del Codice, onde realizzare nell'interesse dei creditori tutte le poste attive comprese nel patrimonio del debitore (e il diritto di credito di natura risarcitoria entra a far parte del suddetto patrimonio) ed esercitare l'azione sociale di responsabilità²³. Azioni che invece sono escluse in caso di concordato in continuità aziendale, laddove l'azione sociale è esercitata soltanto previa deliberazione dei soci ovvero, in difetto, dall'organo di controllo *ex art. 2393*, co. 3, c.c. e dal consiglio di sorveglianza *ex art. 2409-decies* co. 2, c.c., ove previsto nel piano e sussistendone i presupposti.

Non v'è dubbio che i concordati liquidatori saranno uno strumento difficilmente utilizzato in futuro, anche considerato che storicamente, l'apporto di finanza esterna nel concordato è avvenuto in rari casi, e per lo più nelle soluzioni che prevedevano (in forma diretta o indiretta) la continuità aziendale²⁴; inoltre non esentano il debitore dai reati di bancarotta (previsione ripresa anche nel nuovo Codice). Con un po' di coraggio la disposizione sui concordati liquidatori avrebbe quindi potuto essere espunta dal Legislatore, limitando la figura tipo di concordato a quello in continuità aziendale.

Ricordando le parole del Poeta - "*Non ragioniam di lor, ma guarda e passa*" (Inf. III, 51) - conviene pertanto passare oltre ed analizzare i concordati in continuità.

²³ Resta ferma ai sensi dell'art. 115 la legittimazione dei singoli creditori della società in c.p. ad esercitare azione *ex art. 2394* (per le s.p.a.) e *2476 comma 5-bis* (per le S.r.l.) per inosservanza obblighi di conservazione del patrimonio sociale

²⁴ Si veda l'analisi dei dati contenuta in A. DANOVI - S. GIACOMELLI-P. RIVA - G. RODANO, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo*, cit..

V. LA CONTINUITÀ DIRETTA.

Il comma 2 dell'art. 84 disciplina il contenuto del piano che supporta la domanda di concordato in continuità aziendale e le diverse forme in cui questa può declinarsi, diretta o indiretta.

La continuità *diretta* si ha in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato: il fabbisogno concordatario verrà così soddisfatto attraverso i flussi di cassa netti generati dalla gestione aziendale, oltre che dal realizzo di *assets* non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Il piano in tale ipotesi dovrà prevedere: (i) che l'attività d'impresa sia funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario dell'impresa, nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci, in modo da assicurare che, una volta soddisfatti i creditori, la stessa sia in grado di riposizionarsi adeguatamente nel mercato; (ii) un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.

Tale analisi è necessaria solo nei casi in cui la prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte del debitore rende i creditori partecipi del rischio d'impresa. Se la continuità è indiretta (ad esempio nel caso di affitto dell'azienda) ciò che rileva, invece, è la capacità del soggetto terzo che gestisce l'azienda di onorare le obbligazioni assunte.

Dal punto di vista aziendalistico il concetto di "continuità aziendale" richiama quello di *going concern*, presupposto questo che si verifica quando l'impresa è in grado di continuare la propria esistenza operativa per un futuro prevedibile, e quindi non esiste intenzione o necessità di liquidare l'entità o interromperne l'attività²⁵. Gli amministratori devono pertanto predisporre il bilancio in tale ottica: qualora il bilancio non sia redatto nella prospettiva della continuità aziendale ciò va indicato nell'informativa di bilancio. In particolare l'art. 2423-*bis*, comma 1 n° 1 c.c. prevede che nella redazione del bilancio la

²⁵ Sul concetto di "going concern" cfr. Trib. Roma, 24.3.2015, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Milano, 7.5.2012, in www.ilfallimentarista.it; Cass., 15.7.2014, n. 16168. In dottrina cfr. M. VENUTI, *Il principio della funzione economica nella redazione del bilancio*, in *Società*, 2004, pp. 1467 e ss..

valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato.

A fronte della preoccupazione della dottrina aziendalistica in ordine alla effettiva sussistenza della continuità aziendale (da cui appunto gli stringenti obblighi di informativa), il Legislatore pare invece far riferimento ad una nozione più ampia di continuità nell'art. 84 comma 2. Invero solo il concetto di continuità “diretta” (prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore) sembra, da questo punto di vista, riconducibile alla sussistenza del presupposto aziendalistico del *going concern*, in base al quale l'impresa mantiene concrete prospettive di esistenza sul mercato.

VI. LA CONTINUITÀ INDIRETTA.

La continuità *indiretta* si ha nel caso in cui: (i) 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, purché *in funzione* della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, (ii) ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la 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.

Con la nuova formulazione della norma vengono così chiariti i dubbi sorti con l'attuale disciplina, atteso che l'art. 186-*bis* comma 1 l.fall. si limita a prevedere la continuità indiretta tramite “la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione”. La mancanza della previsione nella disposizione del caso di affitto dell'azienda ad un terzo al fine poi di cederla successivamente (normalmente dopo l'omologa del concordato preventivo) aveva diviso la giurisprudenza,

che sostanzialmente seguiva in tre opzioni ermeneutiche: la tesi c.d. “soggettiva”²⁶, quella “temporale”²⁷ e quella “oggettiva”, che negli ultimi tempi appariva maggioritaria²⁸.

Il Legislatore, in attuazione di uno specifico principio di delega posto dall’art. 6, comma 1, lettera i), ha accolto tale ultima tesi: la continuità deve essere intesa in senso oggettivo e quindi ciò che rileva per la qualificazione del concordato - e l’individuazione della disciplina ad esso applicabile - è che l’attività di impresa possa continuare *anche dopo* la conclusione della procedura, prescindendo dall’identità dell’imprenditore. Vengono perciò fatti rientrare nel concetto di continuità anche i casi in cui la gestione sia operata da un soggetto diverso rispetto al debitore²⁹.

L’azienda può essere ancora in esercizio ovvero il suo esercizio può essere già stato interrotto ma in tal caso deve essere prevista la riattivazione tempestiva. È questa una rilevante differenza con l’art. 186-*bis* l.f., per il quale si riteneva che la condizione comune alle due fattispecie di continuità indiretta fosse che si trattasse di “azienda in esercizio”, in fase di funzionamento e quindi non cessato (nozione c.d. dinamica).

²⁶ In giurisprudenza si v. tra le più recenti: App. Trieste 20.4.2017, n. 243, annotata da M. GREGGIO - G. PERACIN, *La neverending story del concordato con continuità e dell’affitto di azienda: le resistenze della giurisprudenza*, in www.fallimentsocieta.it, 2017; Trib. Pordenone, 19.1.2017; Trib. Firenze, 1.2.2016; Trib. Como, 29.4.2016 (tutte in www.ilcaso.it). In dottrina cfr. D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell’affitto di azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 3.10.2012; F. DI MARZIO, *Affitto d’azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 15.11.2013; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n.83/2015*, cit., pp. 19 e ss.

²⁷ In giurisprudenza cfr. Trib. Rimini, 1.10.2015 e Trib. Patti, 12.11.2013, entrambe in www.ilcaso.it. In dottrina *ex plurimis* si veda: A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, VI ed., Padova, 2013, p. 1328; M. VITIELLO, *Brevi [e scettiche] considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 2013.

²⁸ In giurisprudenza cfr. Trib. Treviso, 4.11.2016, in www.fallimentsocieta.it; Trib. Alessandria, 22.3.2016 e 18.1.2016; Trib. Bolzano, 27.2.2013; Trib. Bolzano, 10.3.2015; Trib. Roma, 24.3.2015 e 29.1.2014; Trib. Vercelli, 13.10.2014; Trib. Reggio Emilia, 21.10.2014; Trib. Rovereto, 13.10.2014; Trib. Monza, 26.7.2016; Trib. Firenze, 11.5. 2016 (tutte in www.ilcaso.it). In dottrina cfr. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 4.8.2013; S. PATTI, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Milano, 2014, p. 86.

²⁹ Al riguardo si consenta di rinviare a M. GREGGIO-R. BONIVENTO, *L’affitto d’azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale*, in www.ilcaso.it, 21.4.2017.

Le modalità in cui si estrinseca la continuità indiretta possono essere diverse: (a) la cessione al terzo dell'azienda; (b) la sua concessione in usufrutto; (c) il conferimento dell'azienda in una o più società anche di nuova costituzione; (d) la stipulazione di contratto di affitto (puro, ovvero non prodromico alla cessione, o c.d. ponte), anche se anteriore alla presentazione del ricorso, se ad esso *funzionale*.

La funzionalità del contratto di affitto c.d. ponte se da un lato era un elemento non previsto nella legge delega, dall'altro è ritenuta – come chiarito nella Relazione illustrativa – una condizione necessaria al fine di non incoraggiare condotte opportunistiche. Tale elemento sembra destinato a comportare la necessità che i contraenti esplicitino il fatto che il negozio sia concluso anche in vista, ossia in funzione, dell'eventuale presentazione della domanda di concordato, con un nesso di strumentalità che postula un criterio di tipo logico-funzionale (e non già rigidamente cronologico)³⁰.

L'affitto di azienda, quindi, deve essere soltanto *funzionale* alla presentazione del ricorso, *non* necessariamente anche finalizzato alla cessione. Se stipulato anteriormente al deposito del ricorso - e quindi in una situazione in cui il rischio di impresa si sia già trasferito ad altro soggetto prima dell'apertura della procedura concordataria - il debitore in tal caso si limiterà alla riscossione dei canoni di affitto.

L'art. 84, comma 2, richiede che, nella continuità sia diretta che indiretta, ma in questo caso nei limiti della compatibilità, il piano dia conto della funzionalità della prosecuzione dell'attività ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa. In caso di continuità indiretta tale verifica sarà necessaria, ad esempio, in presenza di affitto di azienda, di costituzione di una nuova società controllata dal debitore, in caso di cessione dell'azienda con pagamento rateale del prezzo. Se ne potrà invece prescindere quando la cessione preveda il pagamento contestuale alla stipulazione, giacché, in questo caso, l'interesse dei creditori è salvaguardato, di per sé, dall'incasso immediato del corrispettivo.

³⁰ Cfr. sul punto S. AMBROSINI, *Le "finalità" del concordato preventivo, in Concordato preventivo e con continuità aziendale*, a cura di Danovi-Acciaro, Milano, 2019, p. 15.

VII. LA GARANZIA RIGUARDO I LIVELLI OCCUPAZIONALI.

È comunque necessario che il soggetto diverso dal debitore destinato a proseguire l'attività imprenditoriale assuma un preciso *impegno*: garantire, per almeno un anno dall'omologazione, di mantenere in forza quantomeno la metà della media dei lavoratori impiegati dal debitore nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso nell'azienda o nel ramo d'azienda di cui è prevista la continuazione.

Pertanto l'obbligo di cui al comma secondo dell'art. 84 diviene, di fatto, una condizione di ammissibilità del concordato in continuità indiretto, nonché una modalità di adempimento del piano (per almeno un anno dall'omologazione).

In tal modo, chiarisce la Relazione Illustrativa, si è voluto assicurare l'effettività della dimensione oggettiva della continuità, che costituisce il valore aggiunto in ragione del quale il concordato in continuità è privilegiato rispetto alle proposte meramente liquidatorie. Si è così cercato di evitare che una prosecuzione solo apparente dell'attività imprenditoriale, ad esempio limitata ad un ramo insignificante dell'azienda, consenta l'aggiramento della previsione della necessità della finanza esterna per il concordato liquidatorio (sul punto si veda *infra*). I benefici della continuità spetteranno soltanto se essa sia reale e consenta un significativo incremento delle risorse destinate ai creditori.

Il Legislatore ha inoltre ritenuto di precisare la durata dell'obbligo di mantenimento della forza lavoro, da un lato limitandola ad un anno, per evitare che la disposizione finisca per avere un effetto disincentivante e, dall'altro, precisando che l'obbligo in capo all'affittuario deve protrarsi anche dopo l'omologazione (anche in tal caso la finalità è di prevenire condotte opportunistiche).

L'intento della norma è evidentemente quello di incentivare la *salvaguardia dei livelli occupazionali*. E la tutela del lavoro, a ben vedere, appare come uno degli obiettivi di fondo dell'intera riforma della crisi di impresa: per esempio in caso di liquidazione giudiziale (il "vecchio" fallimento) viene prevista la sospensione dei rapporti di lavoro in essere all'apertura della procedura, con facoltà del curatore di subentrarvi entro 4 mesi,

prorogabili sino a 8 ove esistano prospettive di ripresa dell'attività o di cessione di azienda (art. 189), onde assicurare ai lavoratori una protezione nel periodo di trattative finalizzate a ricollocare gli attivi delle imprese in crisi. Nonostante in più parti il Codice decisamente tutela il mantenimento dei livelli occupazionali nell'ambito del concordato preventivo, per esempio nell'art. 100 (con una norma eccezionale che vulnera il principio di cristallizzazione del patrimonio)³¹, neppure la *tutela del lavoro*, tuttavia, assurge nel concordato preventivo a valore-fine, essendo sempre - come visto - il miglior soddisfacimento dei creditori il principio cardine tutelato dall'istituto concordatario.

Sotto altro aspetto occorrerà accertare la concreta sostenibilità di tale obbligo. Nell'ipotesi in cui il piano preveda già un'offerta irrevocabile di acquisto, sarà necessario che l'attestazione contenga puntuali verifiche in ordine all'effettiva capacità dell'offerente di tener fede all'obbligo di cui all'art. 84 comma secondo. E in caso di apertura di una procedura competitiva secondo il meccanismo delle offerte concorrenti, sarà opportuno che il decreto di cui al comma terzo dell'art. 91 preveda, tra i requisiti di partecipazione degli offerenti, la capacità di sostenere i tassi occupazionali nei limiti previsti dalla suddetta norma.

V'è da chiedersi quali siano le conseguenze nel caso non venga rispettato tale obbligo. Sembrerebbe iniquo far ricadere sul debitore conseguenze derivanti da una condotta inadempiente imputabile al terzo; tuttavia, facendo proprio il piano (di continuità indiretta) con la proposta, il debitore si assume il *rischio* che venga rispettata la condizione di ammissibilità di cui trattasi, e quindi la permanenza dei livelli occupazionali indicati dal comma secondo dell'art. 84: l'obbligo del terzo viene così fatto proprio anche dal debitore, che rimane quindi vincolato alla norma. Di conseguenza spetta al commissario giudiziale controllare l'adempimento dell'obbligo, anche successivamente all'omologazione del concordato (per almeno un anno).

³¹ L'art. 100 prevede la possibilità per il debitore che presenta domanda di concordato (anche previo ricorso in bianco), quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, di chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare, tra l'altro, la retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione.

La violazione dell'obbligo in questione, e quindi il mancato mantenimento dei livelli occupazionali per un anno dall'omologa, sembra comportare la riqualificazione del concordato in *liquidatorio*, con il relativo obbligo di rispettare le soglie di cui all'ultimo comma dell'art. 84. Nel caso di mancato rispetto di tali soglie, ove la violazione dell'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali si verifichi in data anteriore all'omologazione, il concordato sarà dichiarato, in via sopravvenuta, inammissibile; potrà invece essere risolto in caso di violazione dell'obbligo in un momento successivo all'omologazione (nei limiti temporali previsti dalla norma). Tuttavia per come è configurato l'istituto della risoluzione nel Codice (art. 119) difficilmente un creditore richiederà la risoluzione del concordato o solleciterà il commissario giudiziale a richiederla soltanto per il mancato rispetto da parte del terzo dei livelli occupazionali, essendo più interessato al puntuale pagamento da parte del debitore secondo quanto previsto nella proposta³².

Per altro verso, in capo al terzo che viola l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali difficilmente si potrà pretendere la risoluzione del contratto e la restituzione dell'azienda, soprattutto se ha già corrisposto il prezzo pattuito o comunque risultante dall'aggiudicazione. Una soluzione potrebbe essere quella di inserire nel contratto una clausola penale "rafforzata", con predeterminazione del danno risarcibile (meglio se parametrato all'esborso ulteriore necessario per il raggiungimento delle soglie di cui all'art. 84 ultimo comma), quanto meno per esercitare una funzione deterrente nei confronti del terzo.

³² Lo notano A. PETROSILLO - F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, in www.ilfallimentarista.it, 10.4.2019.

VIII. IL CRITERIO DELLA PREVALENZA.

Nel concordato in continuità aziendale i creditori devono venire soddisfatti *in ogni caso* in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale (diretta o indiretta), ivi compresa la cessione del magazzino (art. 84, comma 3).

Il piano può quindi essere “misto” e prevedere, oltre che alla continuazione dell’azienda o di suoi rami, la dismissione di beni non funzionali alla prosecuzione dell’attività. Trattasi di una dismissione che non incide sulla natura del concordato, proprio in quanto i beni oggetto di cessione sono quelli non necessari alla continuazione dell’attività ed in quanto i creditori vengono comunque soddisfatti in misura prevalente con il ricavato della prosecuzione dell’attività di impresa.

La *prevalenza* diviene pertanto una *condizione di ammissibilità* per il concordato in continuità e spartiacque tra quest’ultimo tipo ed il concordato liquidatorio, in aderenza a quanto già previsto nella Legge delega n. 155/2017. Viene così risolto un dubbio interpretativo sorto in relazione alla legge fallimentare³³, recependo la tesi giurisprudenziale della *prevalenza*, secondo cui nelle procedure di carattere misto il concordato può essere considerato in continuità quando il soddisfacimento dei creditori derivi in via maggioritaria dai flussi generati dalla prosecuzione dell’attività caratteristica (prevalenza c.d. *quantitativa*)³⁴. Ciò presuppone quindi una *valutazione prospettica* della prevalenza dei flussi finanziari rivenienti dalla gestione in continuità dell’impresa rispetto ai flussi derivanti dalla liquidazione dei beni non strategici.

³³ I due criteri principali in base ai quali gli interpreti avevano determinato la disciplina da applicare al concordato c.d. “misto” erano quello della “combinazione”, che impone di differenziare i contenuti del regolamento negoziale per applicarvi la normativa relativa al concordato “tipo” di riferimento (Trib. Torre Annunziata, 29.7.2016; Trib. Ravenna, 28.4.2015; Trib. Forlì, 24.12.2014; Trib. Ancona, 20.6.2016, tutte in *www.ilcaso.it*); il secondo, dell’“assorbimento” o “prevalenza”, secondo il quale il concordato è governato unitariamente secondo la disciplina del negozio giudicato essere prevalente (App. Genova, 6.7.2018; Trib. Ravenna, 15.1.2018; Trib. Udine, 28.2.2017; Trib. Macerata, 12.1.2017; Trib. Massa, 29.9.2016; Trib. Monza, 26.7.2016; Trib. Alessandria, 22.3.2016; Trib. Alessandria, 18.1.2016; Trib. Pistoia, 29.10.2015; Trib. Siracusa, 23.12.2015; Trib. Busto Arsizio, 1.10.2014; Trib. Nola, 23.9.2014; Trib. Vercelli, 13.8.2014; Trib. Trento, 19.6.2014; Trib. Monza, 13.9.2013; tutte in *www.ilcaso.it*).

³⁴ Trib. Ravenna, 15.1.2018, in *www.ilcaso.it*.

Sotto un profilo squisitamente *aziendalistico* una qualche riserva potrebbe essere avanzata in ordine alla scelta del Legislatore di ricomprendere tra i proventi atti a qualificare la continuità soltanto quelli derivanti dalla cessione del magazzino e non anche gli incassi dei crediti, considerato che sia il magazzino che i crediti rientrano nella nozione di attivo circolante.

La prevalenza (*qualitativa*) si considera sempre sussistente – con una *presunzione legale* - quando secondo le previsioni del piano, i flussi di cassa attesi dalla continuità per almeno due anni siano generati da un’attività imprenditoriale alla quale siano addetti almeno la metà della media dei lavoratori impiegati dal debitore nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso (art. 84, comma 3). Tale disposizione, che contiene una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) e come tale non superabile da prova contraria, amplia il perimetro applicativo del concordato in continuità, in quanto prescinde dichiaratamente dal calcolo meramente quantitativo dei ricavi generati dalla continuità. E in ciò vi potrebbe essere un profilo di contrasto con la legge delega.

La volontà di salvaguardare l’occupazione anche in tal caso risulta evidente: in presenza della previsione descritta, tanto nell’ipotesi di continuità diretta che in caso di continuità indiretta, il tribunale dovrà pertanto ritenere soddisfatto il requisito della prevalenza, senza necessità di procedere al confronto tra flussi derivanti dalla prosecuzione dell’attività imprenditoriale e flussi generati dalla liquidazione di beni³⁵.

³⁵ Al riguardo S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., si pone il dubbio se la rilevanza attribuita sia dal secondo che dal terzo comma dell’art. 84 alla tutela dei posti di lavoro, unitamente al fatto che la rubrica della stessa recita “Finalità del concordato preventivo”, “non finisca per condurre, sul piano sistematico, ad annoverare fra gli interessi protetti dalla disciplina novellata, seppur in via non prioritaria, anche il mantenimento dei livelli occupazionali (che cessa in tal modo di costituire un corollario implicito del favor per la continuità aziendale). E ciò sebbene la norma, a rigore, menzioni solo, quali portatori di interessi ulteriori rispetto a quello dei creditori, l’imprenditore e i soci.”

IX. L'UTILITÀ PER I CREDITORI E LA MORATORIA PER IL PAGAMENTO DEI CREDITORI PRIVILEGIATI.

Il comma 3 dell'art. 84 precisa che a ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

Il Legislatore dunque, anche in tal caso, dà una risposta ai contrasti interpretativi sorti in relazione alla disposizione introdotta dall'art. 4 del d.l. 27 giugno 2015 n. 83, a mente del quale “in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”. L'obbligo viene confermato, con la precisazione che l'utilità può essere rappresentata anche dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa, con ciò consentendosi di soddisfare i creditori non con denaro od altri beni ma con vantaggi certi ed economicamente valutabili.

L'art. 86 del Codice prevede la possibilità di una moratoria fino a due anni - anziché di un anno, come già disposto dall'art. 186-*bis*, secondo comma, r.d. n. 267 del 1942 – decorrenti dall'omologazione per il pagamento dei creditori il cui credito è assistito da privilegio o garantito da pegno o ipoteca. Ciò al fine di favorire la soluzione della continuità aziendale, consentendo al debitore di *non* impegnare immediatamente le utilità derivanti dalla continuità medesima per il pagamento - integrale o per la parte coperta dal valore del bene su cui grava la garanzia (si tratta, ovviamente, dei beni dei quali non è prevista la liquidazione) - dei suddetti creditori, ma di utilizzarle per la gestione dell'impresa.

L'estensione del termine – chiarisce la Relazione illustrativa - costituisce attuazione dell'art. 6, comma 1, lettera i), n. 1) della legge delega, avendo il Legislatore preso atto dell'esperienza maturata nei primi anni di applicazione dell'art. 186-*bis* della l. fall.

(introdotto dal d.l. 22 giugno 2015, n. 83), che ha evidenziato come il termine di un solo anno risultasse eccessivamente penalizzante per il proponente.

A fronte del pregiudizio subito, i creditori privilegiati sono ammessi al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo. Attualizzando i pagamenti, rispetto alla cronologia prevista dal piano, si riesce così a quantificare ciò che il creditore privilegiato perde in termini di *chance* di investimento. E il diritto di voto verrà quindi ad essere esercitato in misura corrispondente alla perdita, rappresentata dal tasso con cui il creditore remunera gli investimenti e la liquidità di cui dispone. Non essendo possibile prevedere un tasso diverso per ciascuna tipologia di creditore, è stato utilizzato un *sistema forfettario*, che risponde dunque ad un'esigenza di uniformità e semplificazione, individuando detto tasso nel 50 per cento del tasso di interesse applicato al ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali stabilito dal d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231. Tale tasso è così determinato applicando una maggiorazione di otto punti al tasso di interesse applicato dalla Banca Centrale Europea sulle sue più recenti operazioni di rifinanziamento ed è pubblicato sulla Gazzetta ufficiale. Lo scopo è quello di ponderare mediamente il ROI (*return on investment*) medio dell'industria italiana (attualmente compreso fra il 7 e l'8 per cento annuo).

Per il concreto meccanismo di calcolo andranno seguiti questi passaggi: (a) acquisire il piano dei pagamenti previsti dal piano concordatario al lordo degli interessi legali riconosciuti; (b) operare l'attualizzazione dei flussi su base annuale o mensile in dipendenza del grado di analiticità del piano stesso; (c) determinare l'importo attualizzato e calcolare la differenza fra l'importo sub a) e quello sub c). La differenza così determinata rappresenta la perdita virtuale che il creditore privilegiato subisce a causa della dilazione del pagamento e dunque costituirà l'ammontare del credito per il quale il creditore

eserciterà il suo diritto di voto. Tale soluzione per il Legislatore da un lato è parsa preferibile rispetto alla possibilità di attribuire il diritto di voto per l'intero ammontare del credito, onde evitare un rischio eccessivo di inquinamento delle maggioranze, dall'altro risulta coerente con i principi enunciati dalla Corte di Cassazione, che ha ritenuto determinante ai fini del computo del voto la perdita economica conseguente al ritardo nel conseguimento della disponibilità delle somme spettanti ai creditori (così Cass. n. 10112/2014).

La moratoria non può essere invocata e di conseguenza il diritto di voto non spetta se è prevista la liquidazione dei beni sui quali viene esercitato il privilegio in quanto, in tal caso, il pagamento deve conseguire immediatamente alla disponibilità da parte del debitore della somma ricavata dalla liquidazione.

X. IL SINDACATO SULLA FATTIBILITÀ ECONOMICA DA PARTE DEL TRIBUNALE.

Il piano concordatario, ai sensi dell'art. 85 comma 2, deve essere "fattibile". E l'art. 47 primo comma del Codice, recependo una precisa indicazione della legge delega³⁶, riconduce tra le condizioni richieste per l'apertura della procedura concordataria anche la verifica da parte del tribunale competente del requisito della fattibilità *economica*, oltre che giuridica.

Come noto le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 1521/2013 avevano separato il sindacato sulla "fattibilità giuridica" del concordato da quello sulla "fattibilità economica", ovvero il controllo sulla legittimità da quello diverso e più penetrante di merito, avente ad oggetto "la probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti" e riservato ai creditori.

La giurisprudenza negli ultimi anni ha di fatto reso sempre più labile il confine tra la fattibilità giuridica e quella economica, estendendo il sindacato del tribunale alla verifica

³⁶ Art. 6 comma 1 lett. e) legge delega n. 155/2017.

della fattibilità economica “nei limiti della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in relazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi”³⁷. La contemporanea presenza di interessi pubblici nella procedura concordataria ha così indotto la giurisprudenza a “riespandere” i poteri del tribunale, con il fine precipuo di tutelare gli interessi del ceto creditorio contro eventuali abusi insiti nell’utilizzo dello strumento concordatario. A tal fine si è affermato che il tribunale può e deve esercitare il suo sindacato controllando la completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori con la proposta di concordato ed i documenti allegati (e in particolare in relazione all’attestazione del professionista *ex art. 161 terzo comma l.f.*); inoltre, deve verificare l’attitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato³⁸; in particolare il tribunale ha il compito di esaminare criticamente la relazione del professionista che accompagna il piano, “verificando che l’attestazione di veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano medesimo trovi puntuale riscontro non solo nella documentazione allegata, ma anche che essa sia sorretta da argomentazioni logiche, idonee a dar conto della congruità delle conclusioni assunte rispetto ai profili oggetto di esame”³⁹.

In buona sostanza, ciò che entrava - non senza qualche difficoltà - per la finestra ora entra per la porta principale, con il sigillo del Legislatore. La scelta è chiara e pone fine a tante incertezze che si erano manifestate nella prassi, ma è discutibile sotto il profilo sistematico alla luce dei principi che caratterizzano il diritto dell’impresa, non da ultimo quello – consolidato – della *business judgement rule*. Non può sottacersi inoltre che in tal modo il

³⁷ Cass. n. 7.4.2017, n. 9061. Ma si v. la coeva Cass. 3.7.2017, n. 16327, che ha ribadito la netta distinzione tra il giudizio sulla fattibilità giuridica (che compete al tribunale) e sulla fattibilità economica (che spetta i creditori).

³⁸ *Ex multis* cfr. Cass. 4.5.2016, n. 8804; Cass. 15.5.2015, n. 9935; Cass. Sez. Un. 15.1.2015; Cass. 13.3.2015, n. 5107; Cass. 17.10.2014, n. 22054; Cass. 23.5.2014, n. 11497; Cass. 22.5.2014, n. 11423; Cass. 6.11.2013, n. 24970; Cass. SS.UU. 23.1.2013, n. 1521; in dottrina si veda P. VELLA, *L’affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla “causa concreta” del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Fall.*, n. 4/2015.

³⁹ Cass. 25.9.2013, n. 21901; ma si veda anche Cass. 4.9.2015, n. 17659.

Legislatore ha dimostrato – quanto meno - di avere poca fiducia nella capacità di giudizio dei creditori sociali e, in ultima analisi, nella natura negoziale del concordato (sul punto si tornerà nel proseguo)⁴⁰.

XI. LA DOCUMENTAZIONE DA ALLEGARE AL PIANO.

Riguardo la documentazione necessaria per la presentazione del piano concordatario, non si può non notare un evidente irrigidimento del Legislatore, con obblighi aggiuntivi – rispetto a quelli oggi esistenti - a carico del debitore.

Ai sensi dell'art. 87 del Codice, il debitore deve presentare con la proposta di concordato la documentazione prevista dall'articolo 39, che disciplina gli obblighi del debitore che chiede l'accesso ad una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza (oltre al concordato preventivo, anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti, al piano attestato di risanamento e alla domanda di liquidazione giudiziale, compresa la domanda del debitore stesso)⁴¹. Tra la mole di documenti richiesti, il secondo comma dell'art. 39 indica l'obbligo in capo al debitore di “depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore”.

⁴⁰ Già all'indomani della legge delega n. 155/2017 alcuni Autori avevano segnalato il pericolo di tale scelta, che sfilava il ruolo approvativo dei creditori, affidando al giudice un ruolo di supplenza: tra gli altri cfr. F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, p. 81; FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2016, p. 265.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 39 primo comma del Codice “il debitore che chiede l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza deposita presso il tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi.”

Il termine dei cinque anni precedenti è corrispondente a quello di prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria, così da consentire l'acquisizione di ogni elemento idoneo a permettere le valutazioni di convenienza sulle proposte concordatarie. E come spiega la Relazione illustrativa al Codice tale obbligo è la concreta traduzione del dovere di lealtà attiva enunciato all'articolo 4. L'elencazione di tali atti di straordinaria amministrazione non si presenta come un compito di facile portata, in particolar modo per l'*advisor* che dovrà coadiuvare il debitore nella redazione della relazione: per l'ampiezza temporale dell'obbligo, per i possibili fraintendimenti sulla natura straordinaria degli atti e - non da ultimo - per il poco tempo concesso dall'art. 44 per il deposito del piano (che rischia di far sconfinare la prestazione richiesta nei limiti dell'inesigibilità).

Come se non bastasse l'art. 87 primo comma lett. d) prevede la necessità di elencare nel piano le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero. Tale disposizione travalica gli attuali limiti della *disclosure* richiesta al debitore, necessaria secondo la giurisprudenza ormai consolidata, circa gli eventuali atti di frode commessi anteriormente alla presentazione della domanda di concordato. Peraltro, mentre oggi ai sensi dell'art. 172 l.f. è il commissario giudiziale nella propria relazione che indica le azioni risarcitorie e recuperatorie, con l'entrata in vigore del Codice questo sarà un ulteriore onere posto a carico dello stesso debitore.

Per le azioni nei confronti di terzi paiono non esservi particolari problemi, salvo verificare puntualmente la capienza patrimoniale del terzo ed offrire una informativa completa ai creditori. Per le eventuali azioni nei confronti del debitore proponente o di una società infragruppo, invece, l'analisi è più complessa. Premesso che la norma parla di "azioni esperibili" e non di "azioni che si intende esperire", ci potrà essere l'evenienza (probabile) che il debitore non intenda agire contro sé stesso. In tal caso comunque andrà indicata in piano un'informativa completa sulle azioni, pena la revoca e quindi la dichiarazione di inammissibilità, anche sopravvenuta, della proposta ai sensi dell'art. 106 del Codice.

Sembra eccessivo, invece, pretendere che il debitore comunque agisca nei propri confronti (per esempio con un'azione di responsabilità) o nei confronti della società che esercita l'eterodirezione ai sensi dell'art. 2497 e ss. c.c., anche considerato che il debitore sottoscrive il ricorso per concordato (e in tal caso la sottoscrizione potrebbe avvalorare un significato "confessorio" riguardo la propria responsabilità)⁴².

XII. GLI ULTERIORI PROFILI DI CRITICITÀ.

Oltre a quelli sopra evidenziati, vi sono ulteriori profili di criticità per l'utilizzo dello strumento concordatario disciplinato dal Codice. Vediamone alcuni.

(a) Anzitutto – l'abbiamo accennato pocanzi - l'eccessiva *ristrettezza del termine* che il tribunale può concedere al debitore, dopo il deposito del ricorso in bianco, per il deposito del ricorso pieno (art. 44): risulta improbabile che in un arco compreso tra i trenta e i sessanta giorni (in presenza di una domanda di liquidazione giudiziale) l'*advisor* riesca a predisporre un piano e la relativa documentazione, specie nelle situazioni più complesse: l'analisi e la rettifica delle poste attive e passive può essere assai laboriosa, così come la negoziazione per le cessioni dei rami d'azienda e/o dei beni con i terzi e la verifica dell'attività compiuta dell'organo amministrativo (ancor più nel termine ampio del quinquennio precedente).

(b) Riguardo le *misure cautelari*, il primo comma dell'art. 54 stabilisce che "Nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di

⁴² Per approfondimenti cfr. M. SALA, *Nel piano di concordato modalità e tempi della proposta*, in *Concordato preventivo e con continuità aziendale*, a cura di Danovi-Acciaro, Milano, 2019, p. 34.

ristrutturazione dei debiti”. Con i provvedimenti cautelari, quindi, il regime di spossessamento attenuato dell’imprenditore tipico del concordato potrà divenire uno spossessamento “pieno”: depositando il ricorso l’imprenditore dovrà accettare il rischio di essere messo da parte in favore di un custode e che l’azienda o il patrimonio della società possano venire sequestrati⁴³. Un rischio tuttavia difficilmente ammissibile per un imprenditore, ancor più nel contesto delle piccole-medie aziende che formano l’impalcatura del tessuto economico italiano, dove spesso il socio di maggioranza è anche l’amministratore unico, legato all’azienda da forti vincoli economici e, se si vuole, anche affettivi.

(c) Con riferimento al *compenso dei professionisti* che hanno assistito il debitore nella procedura, l’art. 6, non a caso inserito in una sezione del Codice rubricata “economicità delle procedure”, disciplina la prededucibilità dei crediti: alla lettera c) del comma 1 della disposizione si prevede che per i crediti professionali sorti “in funzione” del concordato preventivo, la prededucazione spetti soltanto nei limiti del 75 per cento dell’ammontare del

⁴³ V. sul tema G. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, in www.ilcaso.it, 18.3.2019, il quale efficacemente evidenzia che “Questa norma diventa, invece carica di pericolose implicazioni quando il debitore presenta una domanda di concordato, con riserva o pieno, in particolare se in continuità, o di omologa di ristrutturazione dei debiti perché, qui, vi è un soggetto che se aveva da fare atti dispositivi del suo patrimonio in danno dei creditori o comunque operazioni pregiudizievoli per costoro, le ha già poste in essere prima di rivolgersi al giudice; in questo momento il debitore ha già elaborato, o sta elaborando, un piano da proporre ai creditori di regolamentazione della sua crisi che può essere accolto o non, ma se questo piano prevede la gestione della sua azienda quale strumento per realizzare l’accordo concordatario, non si può consentire al giudice, in primo luogo, di intervenire sulle scelte strategiche dell’imprenditore e, tanto meno, di emettere misure che possono portare anche alla estraneazione del debitore dalla conduzione dell’impresa, ma, principalmente, non si può consentire che egli decida secondo criteri così vaghi e indeterminati, che gli permettono di adottare qualsiasi misura cautelare senza che sia stabilito quando un comportamento del debitore sia censurabile, quando incida sulla realizzazione del piano, ecc.; il tutto su istanza di parte, non meglio definita”. Inoltre S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., segnala i “possibili dubbi di incostituzionalità (i) per eccesso di delega (di un precetto così invasivo non vi è la minima traccia nella legge delega); (ii) per lesione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), non risultando l’ipotesi normativa in questione strumentale al perseguimento dell’utilità sociale; (iii) per irragionevolezza (art. 3 Cost.), stante la sproporzione del mezzo rispetto all’obiettivo perseguito, nonché per incongrua equiparazione nel trattamento, giacché la norma considera sullo stesso piano istituti – accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e liquidazione giudiziale – che occorre invece disciplinare in modo differenziato.”

credito, a condizione, che la procedura di concordato sia aperta, con il decreto di ammissione di cui all'art. 47 del Codice. A prescindere da un paventato mutamento genetico della natura della prestazione del professionista, che in siffatto modo potrebbe diventare un'obbligazione di risultato, ciò che in questa sede preme evidenziare è che il rischio di presentare una domanda di concordato, oltre che dall'imprenditore, è assunto anche dal *professionista*, il quale da un lato per vedersi riconosciuto il proprio credito in prededuzione è tenuto a raggiungere il traguardo procedurale dell'ammissione, dall'altro una volta raggiunto tale traguardo, in caso di successiva liquidazione giudiziale, saprà anticipatamente che il proprio compenso in sede di ammissione sarà *de iure* comunque ridotto al 75 per cento. Come interpretare tale norma se non in senso punitivo? Sfavorito il professionista (nominato dal debitore), gli effetti potranno essere quelli, ancora una volta, di disincentivare il ricorso allo strumento concordatario⁴⁴.

(d) È stata soppressa l'adunanza dei creditori, che è stata sostituita con l'espressione del voto attraverso modalità telematiche, ossia attraverso posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale (art. 107). Si riduce così una delle possibilità oggi *ex lege* stabilite di dialogo e confronto tra il debitore e i propri creditori.

(e) Il nuovo articolo 97 (rubricato "Contratti pendenti") prevede al comma primo che "il debitore può chiedere, con autonoma istanza, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti, se la prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione", precisando che "il debitore, unitamente all'istanza, deposita la prova della sua avvenuta notifica alla controparte". L'istanza di sospensione può essere depositata contestualmente o successivamente al deposito della domanda di accesso al concordato, mentre la richiesta di scioglimento può essere depositata solo quando sono presentati anche il piano e la proposta. In ogni caso, "la controparte può opporsi alla richiesta del debitore depositando una memoria scritta entro

⁴⁴ Per un approfondimento sulla nuova prededuzione si rinvia a quanto già scritto su questa Rivista: M. GREGGIO, *La prededuzione dei compensi dei professionisti nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa: eterni ritorni e novità*, in www.fallimentiesocieta.it, 6.2.2019.

sette giorni dall'avvenuta notificazione dell'istanza” (comma quarto), avendo effetto la sospensione o lo scioglimento del contratto “dalla data della notificazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente effettuata a cura del debitore” (comma sesto).

Con la nuova disciplina conseguentemente *non* è possibile decidere sull'istanza di sospensione o di scioglimento senza che la stessa sia stata notificata alla controparte e che questa sia stata posta in condizione di interloquire, depositando in cancelleria la propria opposizione. Conclusione che viene ribadita anche dalla Relazione illustrativa al Codice.

La novella non può che destare qualche perplessità: nel nome della tutela del principio del contraddittorio (e della conseguente protezione del contraente *in bonis*) si rischia di creare un danno

alla massa dei creditori della società debitrice. Infatti, l'instaurazione del contraddittorio potrebbe recare grave pregiudizio alle ragioni della società istante, rendendo finanche vana l'iniziativa giudiziale assunta: nelle more tra la notifica e l'udienza il contraente convocato potrebbe dichiarare risolto il contratto (in ragione del pregresso inadempimento dell'istante), così vanificando l'iniziativa assunta dal debitore, con la probabile conseguenza di aumentare la prededuzione gravante sulla massa dei creditori⁴⁵.

XIII. IL DIRIGISMO PREVALE SUL CARATTERE NEGOZIALE DELLA PROCEDURA.

Dopo le riforme della Legge Fallimentare apportate nel biennio 2005-2007 è stato senz'altro accentuato il carattere negoziale della procedura concordataria. Come ricordato dalle Sezioni Unite “dopo la riforma, il concordato preventivo non solo ha mantenuto la funzione di prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa della crisi, ma tale funzione viene svolta con un accentuato carattere negoziale dell'istituto e con un

⁴⁵ Al riguardo si consenta di rinviare a F. GREGGIO - M. GREGGIO, *L'autorizzazione inaudita altera parte alla sospensione dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, nota a Trib. Venezia 14.2.2019, in www.ilcaso.it, 1.4.2019.

ridimensionamento dei connotati pubblicistici: è affidata perciò soltanto ai creditori, sia pure sulla base di un'informazione la cui correttezza e completezza è controllata dal tribunale, la valutazione di convenienza della proposta di concordato e della fattibilità economica del relativo piano, restando consentita al tribunale solo la valutazione della fattibilità giuridica, anche sotto il profilo della idoneità ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura”⁴⁶. Ma è ancora così?

Sulla spiccata vocazione negoziale del concordato e la sua assimilabilità ad un vero e proprio contratto molto si è discusso. Ora con il Codice tale vocazione sembra definitivamente tramontata, in favore del marcato carattere *pubblicistico* dell'istituto. La dialettica fra il debitore e il creditore è sfiorita e prevalgono nettamente i connotati dirigistici nella nuova disciplina. Numerosi sono gli indici in tal senso: la discutibile disciplina delle misure cautelari; le offerte e le proposte concorrenti; i limiti di soddisfazione dei creditori chirografari e la necessità di nuova finanza nel concordato liquidatorio; il sindacato del tribunale in ordine alla fattibilità anche economica del piano e in generale l'ampliamento dei poteri del giudice; l'estensione dell'intervento del commissario giudiziale e del Pubblico Ministero nell'ottica di tutelare l'interesse pubblicistico.

Innegabile quindi constatare che nel nuovo Codice l'eteronomia statale, che si manifesta attraverso il potere giudiziario, soppianta l'autonomia nella composizione della crisi attraverso lo strumento concordatario⁴⁷.

XIV. IL CREPUSCOLO DEL “RE”.

Conclusivamente, alcune riflessioni.

⁴⁶ Cass. SS.UU. 15.5.2015, n. 9935.

⁴⁷ Già all'indomani della miniriforma del 2015 si era segnalata questa tendenza: si consenta il rinvio a M. GREGGIO, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l.fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia*, in www.ilfallimentarista.it, 21.1.2016.

Nella pratica, con la doppia condizione di ammissibilità posta dall'art. 84 comma 4 i concordati di tipo liquidatorio (eliminando le procedure che rappresentavano sostanzialmente dei para-fallimenti) rimarranno confinati nella penna del Legislatore.

L'intento del Legislatore di incentivare il concordato in continuità aziendale è evidente. Si tenta così di recuperare la vera funzione del concordato: il salvataggio e la ristrutturazione di imprese 'sane' mediante il soddisfacimento dei creditori (anche chirografari) entro livelli accettabili e il rilancio dell'impresa stessa nell'interesse dei suoi *stakeholders*. Ecco allora che la (rinnovata) previsione di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori ha un preciso significato: suppone, infatti, una situazione patrimoniale ancora capiente, pur se non completamente sufficiente, sì da permettere all'imprenditore di adire tempestivamente una procedura concorsuale, con effetti positivi, tanto per l'impresa che per i creditori.

D'altro canto difficilmente un debitore si convincerà a procurare nuova finanza, di importo peraltro rilevante, restando sempre applicabili le norme penali in tema di bancarotta. Di fatto il concordato liquidatorio risulta di poco interesse per l'imprenditore; pensiamo al caso (molto frequente) in cui il socio di riferimento della società debitrice sia anche amministratore della stessa: da un lato sarà necessario apportare nuova finanza in misura apprezzabile (e usualmente sono persone vicino all'amministratore-socio di riferimento che apportano le risorse esterne), dall'altro l'amministratore non sarà comunque esentato dalle responsabilità penali per fatti di bancarotta fraudolenta e semplice (art. 341, comma 2, lett. a, che rinvia agli artt. 329 e 330 del Codice) e neppure da un'eventuale azione di responsabilità. Per altro verso l'espunzione dal corpo normativo del termine "fallimento" dovrebbe rendere meno gravoso - sotto il profilo personale e reputazionale - l'accesso alla procedura di liquidazione giudiziale.

Riguardo invece i concordati in continuità, v'è da chiedersi quale potrà essere l'effettiva applicazione di tale istituto, alla luce della norma di cui al secondo comma dell'art. 84 volta a salvaguardare l'occupazione. Il pur lodevole intento di tutelare il lavoro rischia

nella prassi di vanificare *ab ovo* gli interventi di ristrutturazione mediante lo strumento concordatario: sovente la riduzione del personale addetto all'azienda o a un ramo risulta un atto necessario per il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario dello stesso, onde renderlo appetibile ai terzi potenziali interessati all'acquisto (anche previo affitto).

Si è cercato, questa è l'impressione, di contemperare e salvaguardare principi diversi - la miglior soddisfazione dei creditori (che rimane il valore-fine del concordato), il salvataggio della continuità aziendale (in senso oggettivo) e la tutela del lavoro (con vincoli stringenti sul mantenimento o la riassunzione di un determinato numero di lavoratori) – che alla prova dei fatti potrebbero risultare un mix di difficile *contemporanea* attuazione o, se si vuole, un cocktail shakerato difficilmente bevibile.

Per altro verso, la deriva dirigistica della disciplina del concordato, frutto di alcuni casi di utilizzo improprio dell'istituto nel passato, pare troppo severa nei confronti del “re” degli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa. Innegabile che tali distorsioni nell'utilizzo erano state per lo più arginate nel tempo dalla giurisprudenza, anche attraverso il ricorso all'abuso del diritto e/o del processo oppure con la mancata concessione della proroga del termine *ex art. 161* sesto comma l.f. ovvero le dichiarazioni di inammissibilità per manifesta inattitudine del piano a raggiungere lo scopo.

D'altro canto se il concordato rimane, nelle dichiarate intenzioni del Legislatore, uno strumento importante per il risanamento dell'impresa, tuttavia *non* appare più lo strumento principale del sistema concorsuale (alternativo alla liquidazione giudiziale), essendo ora affiancato dalle procedure di allerta e di composizione della crisi, che sono destinate ad assumere un ruolo prevalente con la vigenza del Codice. Al riguardo, peraltro, non v'è una necessaria propedeuticità della procedura di allerta e composizione assistita della crisi rispetto a quella concordataria: anche se risulta ancora possibile presentare domande di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano, presumibilmente i ricorsi c.d. “in bianco” si ridurranno, considerato che

l'accesso alla procedura concordataria può comunque essere preceduto dallo svolgimento di una procedura (non giudiziale) di allerta (artt. 12 e ss.).

Il concordato preventivo nell'ambito del Codice è un istituto il cui utilizzo alla prova dei fatti potrà risultare *sfavorito* anche rispetto ad altri tradizionali strumenti di regolazione della crisi, che sono stati rivitalizzati, quali l'accordo di ristrutturazione dei debiti (artt. 57-64). Invero le novità che riguardano gli a.d.r. sono molteplici ed interessanti; tra le altre, la previsione dell'art. 48, quinto comma, per la quale il tribunale ha la facoltà – solo per gli a.d.r. - di imporre l'omologa anche in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle Entrate laddove l'adesione sia decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali necessarie e - anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente - la proposta di soddisfacimento della predetta Agenzia risulti conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria; innovazione a dir poco dirompente e destinata con tutta probabilità ad aver grande applicazione. E ancora: la possibilità di a.d.r. agevolati con creditori che rappresentano almeno il trenta per cento del passivo (art. 60) e di a.d.r. ad “efficacia estesa” (art. 61). Gli a.d.r. diventano così uno strumento più agile, incentivato al raggiungimento delle maggioranze dal possibile *cram down* erariale e meno soggetto al controllo del tribunale rispetto al concordato preventivo, nei quali i poteri di controllo e di intervento del tribunale e del commissario giudiziale sono stati rafforzati, sia nella fase successiva al deposito della domanda che in quella di esecuzione⁴⁸.

In buona sostanza, le nuove norme del Codice rischiano seriamente di suonare il *de profundis* per lo strumento concordatario. Si auspica quindi che con il Decreto correttivo di prossima emanazione venga modificata e migliorata la normativa sul concordato, in particolare riguardo le molteplici criticità evidenziate. Diversamente la risposta al quesito che ci si è posti all'inizio rischia di essere scontata: sì, *the king is definitely dead*.

⁴⁸ Al riguardo cfr. F. CESARE, *Il concordato preventivo torna una procedura concorsuale minore nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, 10.4.2019, in cui l'Autore analizza i molteplici fattori che inducono a ritenere che gli a.d.r. saranno preferiti rispetto ai concordati preventivi con l'avvento del Codice.