

2022



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it



Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al “nuovo” art. 84 del Codice della Crisi

di Marco Greggio , Avvocato in Padova

25 Agosto 2022

*Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

*Lo scritto è destinato, con eventuali variazioni, allo Speciale di Diritto della crisi, di prossima pubblicazione, dal titolo “Studi sull’avvio del Codice della crisi” a cura di Laura De Simone, Massimo Fabiani e Salvo Leuzzi.

Con il presente contributo ci si propone di verificare quali siano le principali modifiche apportate dal d.lgs. n. 83/2022 all’art. 84 del Codice della Crisi, evidenziando le criticità insite nella sua nuova formulazione. L’obiettivo è, in particolare, quello di individuare la funzione della procedura concordataria e di comprendere se, alla luce delle novità introdotte in sede di trasposizione della Direttiva *Insolvency*, siano mutate le finalità che tradizionalmente contraddistinguono l’istituto, soffermandosi sul ruolo assegnato alla continuità aziendale e sulle opzioni della riforma che sembrerebbero confermare l’appannamento della stella polare cui risultava orientato il concordato: il (miglior) soddisfacimento dei creditori.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Considerazioni introduttive
2. Presupposti per l’accesso e il soddisfacimento dei creditori
3. La finalità del concordato in continuità



4. Contenuti del piano concordatario
5. L'abbandono del criterio della prevalenza
6. I conflitti distributivi
7. Conclusioni

I. Considerazioni introduttive

Molte sono state le pagine spese per salutare, talvolta con sentito favore e talaltra con qualche riserva, l'inedita disposizione codicistica che, per la prima volta, si occupa della funzione del concordato preventivo, selezionando altresì le strade percorribili dal debitore per pervenire a soluzioni con essa compatibili.

Al di là dei rilievi critici che potrebbero essere mossi rispetto ai contenuti di alcune opzioni della riforma, ciò che deve essere tributato all'intervento legislativo è quantomeno il tentativo, non sempre riuscito, di prendere una posizione chiara, univoca ed esplicita su questioni interpretative rimaste sostanzialmente irrisolte sotto l'imperio della (ultraottantenne) Legge Fallimentare.

Tra le lacune che costellavano la disciplina previgente, vi era proprio la mancanza di una qualche indicazione precisa circa il fine giustificativo della procedura concordataria: questo senso di smarrimento è andato crescendo in seguito ad una stagione di riforme, avvicendatesi nel corso degli ultimi quindici anni, che sono sembrate – almeno all'apparenza – sempre più privilegiare le prospettive di salvataggio delle imprese a discapito degli interessi dei creditori, facendo così vacillare la “stella polare” cui risultava storicamente orientato tutto il sistema delle procedure concorsuali [1].

A ben vedere è proprio sul terreno concordatario che si è consumato il conflitto tra una visione tradizionalista del diritto fallimentare, quale apparato di norme speciali giustificate eminentemente dall'esigenza di dare attuazione alla garanzia patrimoniale secondo i principi di universalità, unicità e parità di trattamento dei creditori, e quella concezione che invece caricava (forse un po' troppo) il diritto concorsuale dell'arduo e difficile compito di salvare a tutti i costi l'impresa in crisi, quasi fosse un ammortizzatore sociale [2].

Negli ultimi tempi si è così avvertita una crescente difficoltà a rintracciare con sicurezza il principio fondante delle procedure di concordato preventivo: in particolare, si è rafforzato il dubbio che l'interesse dei creditori non fosse più, o non

potesse essere più, l'unico ed esclusivo interesse protetto dal legislatore. In questo senso, del resto, sembravano militare quelle "incursioni" legislative - motivate dalla necessità di preservare il tessuto economico di fronte alla crisi finanziaria di inizio millennio - che hanno sostanzialmente sfilacciato ed indebolito il controllo dell'autorità giudiziaria e conseguentemente ampliato gli spazi riservati all'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa [3].

Il notevole arricchimento dello strumentario concorsuale che ne è conseguito restituiva, quindi, la sensazione che le finalità sottese alla disciplina delle soluzioni della crisi d'impresa fossero effettivamente mutate e che al vertice della gerarchia degli interessi protetti dalla disciplina la tutela del credito commerciale fosse stata (quantomeno) scalfita dall'inesorabile avanzare della tutela della continuità aziendale, rimanendo il solo fallimento a presidiare la soddisfazione delle ragioni creditorie.

Ad uno sguardo superficiale, l'impegno in questi anni profuso tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza per identificare la *ratio* dell'istituto concordatario potrebbe apparire inutile, se non addirittura insensato, in considerazione dei limitati risvolti che la soluzione di una simile questione avrebbe in concreto.

Eppure, questa impressione viene contraddetta dal fatto che molti dei nodi irrisolti cui si faceva cenno all'inizio del presente lavoro sono stati affrontati e sciolti proprio sulla base di una attenta ricostruzione dei profili funzionalistici dell'istituto in discorso. Si tratta, a ben vedere, di problemi di assoluta rilevanza pratica, tra i quali può esemplarmente essere annoverato quello riguardante l'annoso dibattito sulla "causa in concreto" ed i limiti sino ai quali può spingersi il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano concordatario, laddove ci si è preoccupati di rintracciare in una trama normativa afflitta da continue modifiche la funzione connaturata al concordato preventivo con continuità aziendale [4].

Ecco allora spiegata la ragione per cui debba ritenersi quantomeno apprezzabile lo sforzo chiarificatore che contraddistingue(va) la riforma recata dal d.lgs 14/2019 [5]. È senz'altro vero che sin dalla sua versione primigenia la formulazione dell'art. 84 CCII è risultata ai più confusa, ma al di là delle evidenti contraddizioni ciò che ne emergeva era un'idea ben precisa, seppure non da tutti condivisa, circa gli obiettivi di fondo al cui raggiungimento risultava istituzionalmente improntato lo strumento concordatario.

Nello specifico, l'art. 84 CCII rintracciava inizialmente la finalità del concordato preventivo nel soddisfacimento dei creditori, da realizzarsi per mezzo dell'attuazione

di un piano che prevedesse la continuità aziendale oppure la cessione dei beni. La continuità, nell'ottica della riforma, non appariva essere il fine dell'istituto ma uno solo dei mezzi attraverso i quali il debitore avrebbe potuto soddisfare (al meglio) il ceto creditorio. In tale ottica, la prosecuzione dell'impresa e la liquidazione atomistica dei beni dell'imprenditore avrebbero rappresentato soltanto i diversi contenuti del piano concordatario [6], cui la legge avrebbe riconnesso un diverso regime giuridico. Così, anche a voler ravvisare nella continuità una vera e propria "finalità" dell'istituto, si sarebbe in ogni caso trattato di un obiettivo "subordinato" e legittimamente perseguibile nella misura in cui fosse stato funzionale ad assicurare una miglior tutela delle ragioni creditorie [7]. L'interesse dei creditori e l'interesse alla prosecuzione dell'impresa non venivano, pertanto, collocati sullo stesso piano. A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 83/2022 l'impostazione appena tratteggiata sembra - a prima vista - modificata, ponendo una serie di interrogativi che meritano particolare attenzione.

2. I presupposti per l'accesso e il soddisfacimento dei creditori

Vi sono alcuni presupposti essenziali per poter accedere al concordato.

Il presupposto *soggettivo*, ai sensi del primo comma dell'art. 84, risulta il medesimo della liquidazione giudiziale (art. 121): possono accedervi soltanto gli imprenditori commerciali non "sotto soglia" (art. 2, comma 1, lett. d). Restano così fuori dall'ambito di applicazione del concordato gli imprenditori agricoli, che potranno accedere ad altri strumenti previsti nel CCII (per es. la composizione negoziata).

Peraltro va rimarcata la differenza con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ai quali possono accedere anche gli imprenditori agricoli: il primo comma dell'art. 57 parla di imprenditore "anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore", chiarendo l'esclusione degli imprenditori "sotto soglia" dal perimetro applicativo dell'istituto, ma evidenziando al tempo stesso l'intenzione del legislatore di farvi rientrare anche gli imprenditori agricoli.

Riguardo il presupposto *oggettivo*, l'accesso al beneficio del concordato è consentito all'imprenditore che si trovi in stato di crisi ovvero di insolvenza.

Invero la "crisi" nel CCII ha acquisito una propria dimensione autonoma, essendo definita nell'art. 2 del CCII (modificato dal d.lgs.17.6.22, n. 83) come "lo stato del



debitore che rende probabile l'insolvenza (elemento definitorio), *“e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”* (natura sintomatica). Lo stato di *“insolvenza”* viene definito sempre all'art. 2 come *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*. Trattasi quindi di una definizione che riprende quella già contenuta nella legge fallimentare; il legislatore ha effettuato una scelta conservativa, laddove insolvente è chi non può adempiere alla propria obbligazione integralmente, tempestivamente e con mezzi normali (con una valutazione che non può basarsi su criteri esclusivamente o prevalentemente patrimoniali).

Fermo quanto sopra, l'insolvenza nel concordato preventivo in continuità deve essere reversibile, come indicato nella relazione alla legge delega n. 155/2017 (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 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.

Il concordato deve inoltre realizzare *“il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale”* (art. 85 co. 1°): tale disposizione è assai rilevante, poiché sancisce il passaggio da un sistema di norme dichiaratamente preordinate ad assicurare il massimo grado di soddisfacimento dei creditori ad una disciplina che si accontenta dell'“assenza di pregiudizio”, quale condizione legittimante la proponibilità del concordato preventivo. Con l'effetto, debitamente segnalato, di far retrocedere sensibilmente i limiti posti all'autonomia delle parti nella regolazione della crisi d'impresa ed allargare conseguentemente le maglie normative volte a filtrare i concordati in continuità aziendale meritevoli di tutela, considerato che in tale ultimo caso non si dovrebbe più comparare la soluzione proposta con tutte le possibili alternative ma, esclusivamente, con i risultati conseguibili in sede di liquidazione giudiziale [8].

Tali rilievi appaiono suggestivi e certamente colgono uno degli indici che denotano il marcato *favor* della riforma verso le soluzioni negoziate e, tra queste, verso le procedure indirizzate alla conservazione dell'apparato produttivo. La norma

interessa infatti principalmente il concordato in continuità, nella misura in cui fornisce un'interpretazione autentica restrittiva del concetto di “*miglior soddisfacimento dei creditori*”, secondo un'impostazione che peraltro risultava già ipotizzata in alcune pronunce di merito e valorizzata dalla dottrina [9].

Seppure la formulazione letterale della disposizione non accenni ad una distinzione tra varianti concordatarie, essa non introduce alcun elemento di novità per il concordato liquidatorio, perché la non deteriorità del trattamento è già di per sé garantita dal rispetto degli altri presupposti che condizionano l'ammissibilità di simili proposte concordatarie, primo fra tutti quello attinente alla percentuale minima di apporti esterni che devono incrementare l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda [10].

Per quel che concerne il concordato in continuità aziendale, invece, ciò che può trarsi dalla norma è un criterio di giudizio valevole tanto per il professionista attestatore quanto per il giudice chiamato ad esprimersi sull'ammissibilità della domanda di apertura della procedura [11]. La regola così esplicitata dal legislatore, a dispetto di quanto affermato da parte di una certa giurisprudenza, non impone di verificare il “miglior soddisfacimento” in termini assoluti, prendendo in considerazione anche soluzioni meramente virtuali, né di assumere quale parametro di raffronto le alternative concretamente praticabili o altre alternative di tipo liquidatorio [12]: l'unico scenario in tal senso rilevante sarà quello della alternativa liquidazione giudiziale.

Tuttavia la negazione circa la fungibilità tra il concetto di “miglior soddisfacimento dei creditori” e quello di “massima soddisfazione possibile”, ha dei risvolti ulteriori, che possono essere apprezzati dall'interprete sol se si legge il primo comma in combinato disposto con i commi successivi che sanciscono il parziale abbandono del criterio dell'*absolute priority rule* nella risoluzione delle controversie distributive. In questa prospettiva, la modifica apportata all'art. 84 CCII risulta motivata dall'esigenza di rendere coerente l'opzione della riforma in favore della *relative priority rule* con le finalità del concordato preventivo, dissolvendo quei dubbi che poggiavano proprio sull'incerto significato attribuito dalla legge fallimentare – e inizialmente dal CCII – al requisito del miglior soddisfacimento [13].

3. La finalità del concordato in continuità

Come anticipato in occasione del licenziamento della prima versione del CCII non vi erano dubbi sulla qualificazione della continuità quale valore-mezzo [14], dovendosi ravvisare nella tutela del credito l'interesse finale cui risultava funzionalmente protesa la procedura concordataria.

Quest'assunto con la versione finale del CCII è messo in discussione e va attentamente verificato se il legislatore abbia così voluto accelerare il processo (ultradecennale) di avanzamento della continuità nella scala gerarchica degli interessi tutelati dalla disciplina, sino al punto da collocarlo al fianco - o addirittura in posizione sovraordinata - rispetto alle ragioni dei creditori. Questione non di lana caprina, atteso che ogniqualvolta si porrà una questione che implichi nella prassi un conflitto tra questi valori, sarà determinante comprendere quale venga privilegiato dalla legge [15].

Al riguardo il d.lgs. 83/2022 ha riscritto alcune norme del CCII e ne inserito di nuove la cui portata applicativa sarà da valutare attentamente nella prassi.

Anzitutto, l'art. 7 del CCII dispone che *“nel caso di proposizione di più domande, il tribunale esamina in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che: a) la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile; b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori”*. Quindi, a parità di trattamento tra la soluzione di continuità e quella liquidatoria, la norma sembrerebbe preferire la prima opzione, perché soltanto un pregiudizio concreto per i creditori potrebbe giustificare l'accantonamento [16]. Sul punto è stato opportunamente fatto notare da autorevole dottrina che la transizione dal criterio del miglior soddisfacimento dei creditori a quello dell'assenza di pregiudizio per i creditori non potrebbe essere “indolore” [17], atteso che, seguendo tale tesi, si registrerebbe uno storico mutamento di paradigma nel campo delle soluzioni negoziate alla crisi d'impresa.

Nello stesso senso, poi, parrebbe militare l'art. 47 del Codice, in virtù del quale, per emanare il decreto di apertura del concordato preventivo in continuità aziendale, il tribunale deve verificare la *“ritualità della proposta”*, con la specificazione secondo cui la domanda è inammissibile se *“il piano è manifestamente inadeguato alla soddisfazione dei creditori, come proposta, e alla conservazione dei valori aziendali”* (mentre nel concordato liquidatorio, per fattibilità del piano si intende *“la non*



manifesta inettitudine del medesimo a raggiungere gli obbiettivi prefissati). Seppure non sia del tutto chiaro se con il termine “ritualità” il legislatore abbia voluto riferirsi a meri profili di regolarità formale ed alla completezza documentale della domanda, appare chiaro che per espressa volontà legislativa il sindacato del giudice in sede di ammissione della domanda non potrà spingersi oltre la verifica di ciò che la giurisprudenza ricostruiva in termini di “fattibilità giuridica” del piano [18], la quale però costringe ad accertare anche che sussista in concreto la “causa” del concordato, ovvero sia che lo strumento non venga utilizzato in maniera palesemente distorta, quale salvacondotto per ritardare la liquidazione giudiziale. E proprio delineando i profili che potranno essere oggetto di valutazione da parte del tribunale, la disposizione sembra ricostruire la funzione del concordato preventivo in maniera parzialmente diversa da quanto stabilito al primo comma dell’art. 84 CCI, accostando la salvaguardia dell’impresa alla tutela dei creditori e riconoscendo (apparentemente) ad entrambi la dignità di valore-fine [19].

Una ulteriore conferma di tale tesi la si potrebbe ricavare dal comma terzo dell’art. 84, laddove prescrive che *“il debitore deposita con la domanda la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o superare l’insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell’impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale”*. Anche in tal caso la norma sembra quindi presupporre che la finalità dell’istituto non sia unitaria e riconducibile esclusivamente alle ragioni dei creditori, dovendo il piano assicurare al tempo stesso la prosecuzione delle attività produttive ed il superamento della situazione di crisi - intesa quale probabilità d’insolvenza - o di insolvenza vera e propria.

Nonostante tale soluzione interpretativa trovi numerosi ancoraggi nella disciplina positiva, corre l’obbligo di segnalare, tuttavia, che non mancano indizi di segno contrario, i quali fanno dubitare della effettiva volontà del legislatore di elevare la continuità a vera e propria finalità del concordato. Invero non solo il legislatore non ne fa menzione alcuna al primo comma dell’art. 84 CCII, ma al secondo comma del medesimo articolo viene specificato che *“la continuità aziendale tutela l’interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro”*, denotando un approccio al problema in linea con la sistemazione operata nella prima versione del CCII e pertanto contraddittorio rispetto a quello adottato in sede di trasposizione della Direttiva Insolvency [20]. Allo stesso modo, non può sottacersi che in questo

senso sembra deporre la stessa rubrica dell'art 84 CCI, che non si riferisce più, rispetto alla prima versione, alle sole "finalità" del concordato preventivo, bensì disciplina anche le diverse "tipologie di piano". Del resto, la dottrina che si era espressa sulla prima formulazione della disposizione aveva fatto notare l'incongruenza della rubrica rispetto all'effettivo contenuto dell'articolo, che si spingeva oltre la mera identificazione delle finalità, concentrandosi anche sui profili che attengono più che altro alla struttura del piano concordatario, ovvero ai "mezzi" per raggiungere gli obiettivi prefissati [21]. Laddove il legislatore avesse voluto effettivamente consacrare l'esistenza di un concordato caratterizzato da una finalità ulteriore rispetto a quella che contraddistingue il concordato liquidatorio, forse avrebbe optato radicalmente per la dicitura "tipologie di concordato". Così scritta, pertanto, la norma non sembrerebbe mettere in discussione l'opinione consolidata per cui non esisterebbero diversi "tipi" di concordato, ma un unico istituto che, in ragione del contenuto di volta in volta assunto dal piano, godrebbe di un trattamento legislativo diversificato (di favore, nel caso del concordato in continuità aziendale) [22].

Il problema interpretativo sarà, con molta probabilità, uno dei temi che saranno sottoposti al vaglio della giurisprudenza, chiamata a verificare se nel concordato preventivo la legge operi un bilanciamento d'interessi analogo a quello che si rinviene nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi [23] (laddove pare prevalere l'interesse alla continuità aziendale).

4. Contenuti del piano concordatario

Al netto delle summenzionate criticità che si pongono con riguardo all'interpretazione teleologica del primo comma, le novità più consistenti riguardano proprio i contenuti del piano concordatario e le condizioni previste dal legislatore affinché il debitore possa godere dei benefici che discendono dalla qualificazione del concordato come "in continuità".

Innanzitutto, il primo comma non classifica più le tipologie di piano in base al dualismo liquidatorio- in continuità, recuperando il principio di libertà delle forme che vigeva in materia concordataria già dalla riforma del 2006. L'obiettivo del soddisfacimento dei creditori può pertanto essere perseguito mediante: (i) la continuità aziendale, diretta se il piano prevede la prosecuzione soggettiva

dell'impresa, o indiretta nel caso in cui preveda a qualsiasi titolo il mutamento del soggetto preposto al suo esercizio; (ii) la liquidazione del patrimonio; (iii) l'assunzione delle attività da parte di un terzo, forma negoziale di ristrutturazione del debito in virtù della quale un terzo si obbliga direttamente nei confronti dei creditori ad adempiere le obbligazioni concordatarie, a fronte della cessione in suo favore di tutto il patrimonio [24]; (iv) qualsiasi altra forma, come ad esempio l'effettuazione di operazioni straordinarie o sul capitale sociale, operazioni che permettano l'ingresso in società da parte di terzi o prevedano l'assegnazione di strumenti finanziari partecipativi.

Viene quindi (re)introdotta la figura dell'*assuntore*, il quale si obbliga, sostituendosi al debitore, ad assolvere gli adempimenti che scaturiscono dal concordato proposto: a seguito dell'omologa l'assuntore (figura in cui possono essere ricompresi i creditori o società da questi partecipate) si surroga nella titolarità dei beni costituenti l'attivo dell'impresa e nel passivo concordatario. Non essendovi in tal caso la cessione di un'azienda o di beni ad un soggetto terzo, non è necessaria una procedura competitiva. Simile, ma non uguale, è la figura dell'*accollante* ex art. 1273 c.c.: l'accollo in tal caso sarà ragionevolmente *privativo*, con la liberazione del debitore (con criticità in tema di crediti fiscali, [25] oltre che dei lavoratori): il passivo concordatario in essere al momento dell'omologazione definitiva del concordato viene "trasferito" in capo all'accollante, che si assume - in via esclusiva - l'impegno di adempiere all'integrale pagamento "liberando", al contempo, il debitore originario laddove intervenga l'adesione e l'espressa dichiarazione dei creditori in tal senso, per il tramite del voto favorevole da esprimere in sede di adunanza dei creditori. [26] L'effetto di esdebitamento dell'originaria società debitrice sarà usualmente accompagnato dalla cessione della totalità del capitale sociale all'accollante. La possibilità di predisporre un piano in "qualsiasi altra forma" consente inoltre i piani incentrati sull'ingresso nel capitale di nuovi soggetti e quelli che prevedono l'assegnazione di strumenti finanziari partecipativi.

Come anticipato, lo statuto normativo del concordato in continuità si contraddistingue per un marcato *favor* nei confronti dell'imprenditore in crisi e per la previsione di condizioni diverse (seppur meno gravose) da quelle che limitano l'accesso al concordato liquidatorio: si pensi, su tutte, all'assenza del vincolo della percentuale minima da assicurare al credito in chirografo, nonché all'inapplicabilità delle soglie riguardanti gli apporti esterni. E questa divaricazione di disciplina è risultata del resto ancora più accentuata in esito all'adozione del d.lgs. 83/2022: per

quanto concerne gli “incentivi” offerti al debitore (per la continuità) si consideri la possibilità di derogare al principio della *absolute priority rule* in sede di distribuzione delle risorse generate dalla continuità (art. 84, co. 6), così come la possibilità di modulare la durata della moratoria per il pagamento dei prelatizi, laddove invece prima si prevedeva un tetto massimo biennale (art. 86 CCI) [27]. Di contraltare, è fatto obbligo al debitore, pena l’inammissibilità della domanda, di allegare il piano industriale con l’indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria (art. 86, co. 1, lett. e) nonché di provvedere necessariamente al classamento dei creditori secondo posizioni giuridiche omogenee (art. 85, co. 3) [28].

I maggiori problemi emergono nel momento in cui si chieda all’interprete di tracciare una linea di confine tra ciò che è continuità e ciò che non lo è, perché dall’applicazione dell’una o dell’altra disciplina derivano dei vantaggi particolarmente significativi per il debitore e degli obblighi distinti da quelli che gravano sul proponente un concordato liquidatorio.

Invero vi sono diverse forme nelle quali la legge declina il concetto di continuità aziendale, nozione che del resto sembra essere, per le ragioni di cui si dirà, non esattamente coincidente con il presupposto aziendalistico del *going concern*, la cui sussistenza deve essere vagliata ai fini della redazione del bilancio e della sua revisione [29].

Non si pongono particolari criticità con riferimento alla continuità *diretta*, ravvisabile solo nel caso in cui il piano non preveda l’avvicendamento di un altro soggetto alla guida dell’impresa ristrutturata. Il piano in tale ipotesi dovrà però prevedere (art. 87, comma 1, lett f) l’analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell’ambiente.

Gli interrogativi, storicamente, sono sorti invece sul perimetro della continuità *indiretta*, sebbene il legislatore della riforma abbia provveduto anche in tal caso ad approntare delle soluzioni chiare su taluni punti che risultavano controversi. Ciò che appare evidente è che la continuità debba essere intesa in senso *oggettivo* [30], presupponendo unicamente la norma che l’attività di impresa continui *anche dopo* la conclusione della procedura, a prescindere dall’identità dell’imprenditore: tanto basta per la qualificazione del concordato e l’individuazione della disciplina ad esso applicabile. Con la differenza, rispetto al sistema previgente, che dovranno

considerarsi in continuità non solo i piani che assicurino il mantenimento in esercizio dell'impresa ma anche quelli che consentano di dare nuovo e tempestivo impulso ad imprese che abbiano temporaneamente cessato o interrotto le proprie attività. In ciò, forse, sta il punto di maggior allontanamento tra il concetto giuridico di continuità aziendale e quello aziendalistico di *going concern*, che invece allude sia alla capacità dell'impresa di continuare la propria esistenza operativa per un futuro prevedibile, sia all'assenza di prospettive liquidatorie o che implicino la cessazione delle attività [31].

Il CCII sembra peraltro disinteressarsi delle concrete vicende, dedotte nel piano, che possono portare alla sostituzione del soggetto alla guida dell'impresa ristrutturata: tanto la cessione, quanto l'usufrutto, il conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, e l'affitto [32] sono ipotesi puramente esemplificative dal momento che viene in ogni caso fatta salva la possibilità che il mutamento soggettivo avvenga in forza di un "qualsiasi altro titolo" idoneo [33]. Scompare, peraltro, quella parte del secondo comma che subordinava l'ammissibilità della domanda ad una preventiva verifica circa il mantenimento di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso. Si trattava all'evidenza del tentativo, non certo nuovo al diritto concorsuale, di affidare alle procedure negoziate una qualche funzione sociale e che però si era tradotto nell'imposizione di vincoli non giustificati alla luce dei principi di cui alla l. 155/2017 [34] (e comunque di difficile applicabilità pratica).

Un limite, a dire il vero, viene unicamente posto con riferimento all'affitto d'azienda stipulato anteriormente alla domanda di accesso al concordato (c.d. "ponte"), poiché si prevede che debba essere in ogni caso *funzionale* alla presentazione del ricorso. Vengono così recepite le tesi condivise da quella giurisprudenza che, ancor prima dell'adozione del CCII, ritenevano riconducibile entro il raggio di applicazione dell'art. 186-bis l.f. anche piani concordatari strutturati sulla base di un contratto di affitto già concluso e non per forza preordinato alla successiva cessione del compendio aziendale. In merito la Cassazione [35] aveva di recente superato le perplessità espresse da taluna parte della dottrina, le quali si appuntavano essenzialmente sulla permanenza in capo al proponente della qualità di "imprenditore", vista l'insussistenza, in capo al debitore ed ai creditori, di alcun rischio connaturato all'esercizio dell'attività imprenditoriale [36]. A tali obiezioni la Corte, infatti, replicava con l'osservazione per cui, tanto l'affitto "ponte" quanto l'affitto "puro", a prescindere

dal momento temporale della loro stipulazione, costituirebbero dei semplici strumenti atti a preservare i valori intrinseci dell'attività economica, per ciò solo compatibili con la *ratio* sottesa alla disciplina del concordato in continuità aziendale. All'atto pratico il precetto sembra dunque destinato a comportare la necessità che i contraenti l'affitto di azienda esplicitino il fatto che il negozio venga concluso (anche) in vista dell'eventuale presentazione della domanda di concordato (se del caso posto espressamente in alternativa ad altri rimedi), ben potendo non esservi ancora, all'epoca della stipulazione, certezza assoluta circa lo strumento giuridico da utilizzare. Del resto, non è richiesto che fra detto momento e il deposito del ricorso intercorra un lasso di tempo particolarmente breve, atteso che dottrina e giurisprudenza hanno da tempo chiarito che il nesso di strumentalità postula un criterio di tipo logico-funzionale e non già rigidamente cronologico. L'affitto di azienda, quindi, deve essere soltanto *funzionale* alla presentazione del ricorso, *non* necessariamente anche finalizzato alla cessione. Ciò detto, la norma, esprimendosi solo sull'ammissibilità in astratto di un piano così confezionato, nulla dice circa i contenuti del contratto di affitto e le modalità secondo le quali debba essere strutturato affinché il debitore possa godere della disciplina di favore. Il dubbio sorge perché nella stessa pronuncia di legittimità che chiuso la diatriba sull'affitto d'azienda, la qualificazione del concordato veniva condizionata alla circostanza che *“la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dell'affittuario (a prescindere dal momento della stipulazione del contratto di affitto) sia rilevante ai fini del piano, e cioè influenzi la soddisfazione dei creditori concorsuali”* [37].

V'è da chiedersi quindi se, nel silenzio del CCII ed alla luce di quanto affermato dalla Suprema Corte, possa dirsi rilevante ai fini della fattibilità del piano anche un contratto che preveda la corresponsione di un canone fisso, in alcun modo parametrato all'andamento aziendale, laddove vi sono dubbi non irragionevoli sulla effettiva permanenza del rischio d'impresa in capo al ricorrente [38]. Invero, tanto la valorizzazione del *favor* per la continuità quanto l'osservazione per cui anche in tal caso la soddisfazione dei creditori risentirebbe, seppur indirettamente, dei rischi correlati all'adempimento delle obbligazioni in capo al conduttore, indurrebbero ad abbracciare la soluzione maggiormente permissiva [39].

5. L'abbandono del criterio della prevalenza

Seppure l'autonomia delle parti non incontri dei limiti nella individuazione delle operazioni che possono confluire nel piano [40], si è posto tuttavia negli anni il problema di identificare la disciplina applicabile ai concordati c.d. "misti", in considerazione del fatto che la regolamentazione del concordato in continuità, come si è visto, porta in grembo sensibili agevolazioni per il debitore ed altrettanti rischi per i creditori.

In primo luogo, innanzi a piani di tal fatta, si trattava di comprendere, guardando alle teorie elaborate in tema di contratti misti, quale criterio utilizzare per ricavare la disciplina cui fare riferimento: se, dunque, privilegiare il metodo della "combinazione", che impone di differenziare i contenuti del piano ed applicare a ciascuna componente la normativa relativa al "tipo" concordatario affine, oppure quello della "prevalenza", in virtù del quale dovrebbero applicarsi solo le norme che regolano il tipo giudicato essere prevalente, sulla base di una valutazione comparativa dei diversi contenuti del piano [41].

La giurisprudenza espressasi sul punto ha mostrato di privilegiare la seconda delle opzioni interpretative, senza però pervenire a dei risultati certi quanto al criterio da impiegare per accertare quale fosse in concreto il "tipo" di concordato prevalente. La questione che si è dunque posta all'attenzione delle corti, in buona sostanza, atteneva alle condizioni affinché un concordato misto potesse ricondursi *tout court* entro la categoria del concordato in continuità, esentandosi così il debitore dal rispetto di quei vincoli che limitano l'accesso al concordato liquidatorio, primo fra tutti dell'obbligo di assicurare il pagamento dei chirografari in misura pari o superiore al 20%. Prima dell'intervento riformatore il problema era stato risolto in maniera frammentaria: da una parte vi era chi accordava preferenza al criterio della prevalenza "quantitativa" [42], chiedendo sostanzialmente al debitore di dimostrare che la provvista da destinare ai creditori nei termini di cui alla proposta derivasse in misura prevalente dall'esercizio dell'attività d'impresa; dall'altra parte, alcuni Tribunali aderivano ad un'impostazione meno restrittiva, della prevalenza c.d. "qualitativa" o "funzionale" [43], subordinando l'applicazione delle disposizioni di favore al solo accertamento circa l'idoneità del piano a consentire l'oggettiva continuazione dell'impresa.

All'interrogativo dava una prima (ed univoca) risposta il d.lgs n. 14/2019, laddove stabiliva che *"Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta"* e che *"la prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi*

dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso” (art. 84, co. 3): il legislatore abbracciava così il criterio della prevalenza, nell’ottica di prevenire un utilizzo distorto ed abusivo del concordato in continuità.

Ciononostante, la previsione attirò su di sé numerose – e, ad avviso di chi scrive, fondate – critiche, le quali si appuntavano in buona parte sull’incompatibilità della norma rispetto allo spirito dell’intera riforma [44], che era quello di incentivare, non limitare, l’utilizzo del concordato con finalità di salvaguardia dell’organismo produttivo. Al contrario, l’unica ragione plausibile che poteva giustificare l’apposizione di un simile vincolo, andava ricercata sostanzialmente nell’esigenza di agevolare il lavoro del giudice, selezionando in base ad un criterio meccanico e del tutto irrazionale quei concordati che, rispettando le proporzioni indicate dalla legge, dovessero essere qualificati come “in continuità”; con il rischio, tuttavia, di spingere una parte consistente delle imprese potenzialmente in grado di continuare la gestione caratteristica (secondo principi di economicità) verso la liquidazione giudiziale, considerate le elevate soglie previste per l’accesso al concordato liquidatorio (e il conseguente scarso *appeal*).

Anche in forza delle perplessità manifestate in letteratura, quest’impostazione è stata completamente “rovesciata” dal decreto di recepimento della Direttiva. Il terzo comma dell’art. 84 ora afferma che *“Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta”*. La norma, così riformulata, pare implicare che l’applicazione dell’una o dell’altra disciplina non dipenda da un mero raffronto quantitativo tra flussi di cassa derivanti dalla continuità e dalla liquidazione dei beni non funzionali, dovendo piuttosto basarsi la decisione su di una valutazione complessiva e globale del piano e della proposta, volta a verificare se nei fatti il concordato venga utilizzato dal debitore secondo la funzione tipizzata dal legislatore (che è quella di soddisfare i creditori in misura non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale, senza che ciò comporti la fuoriuscita dell’impresa dal circuito economico-produttivo). A maggior ragione, se si propende per collocare la continuità tra le finalità dell’istituto, questa pare essere stata una via obbligata per il legislatore in quanto l’unica che scongiura il pericolo di liquidare forzatamente imprese ancora potenzialmente redditizie [45].

Tuttalpiù, dovendo il tribunale in sede di apertura del concordato accertarsi del fatto che il piano garantisca tanto l'assenza di pregiudizio per i creditori quanto la prosecuzione delle attività aziendali, può ipotizzarsi che tragga il proprio convincimento circa la "dis-funzionalità" del piano anche – ma non solo – sulla scorta della comparazione quantitativa delle sue diverse componenti, fermo restando che i margini di apprezzamento nel merito (rimessi al tribunale medesimo) sembrano essere stati notevolmente compressi e che, pertanto, difficilmente potrà mettersi in discussione quanto già attestato dal professionista indipendente.

In tal senso, l'unico limite (imperativo) posto dalla riforma nell'ottica di tutelare il ceto creditorio, a dire il vero valevole per qualsiasi variante concordataria, lo si rinviene nella previsione per cui *"la proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa"* (art. 84, co. 3 CCI). Le utilità, quindi, rappresentano una invalicabile Colonna d'Ercole.

6 . I conflitti distributivi

Uno tra i profili maggiormente controversi del concordato in continuità concerne la distribuzione delle risorse direttamente generate dalla prosecuzione dell'impresa, del c.d. "surplus" concordatario.

Sul punto si sono formati nel tempo orientamenti diversi e che riconoscono al proponente il concordato in continuità una libertà di movimento più o meno accentuata [46].

Secondo parte della giurisprudenza [47], la questione avrebbe dovuto essere affrontata negli stessi termini in cui si era risolto il problema riguardante la distribuzione della "finanza esterna", ovverosia delle risorse apportate da terzi che si rivelino neutrali rispetto allo stato patrimoniale della società. Dall'assimilazione alla finanza esterna sarebbe discesa in particolare la possibilità per il debitore di ripartire liberamente il *surplus* concordatario, senza rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione, in virtù del fatto per cui l'art. 186-bis l.f. avrebbe derogato al principio della responsabilità patrimoniale generale ed illimitata sancita all'art. 2740 c.c., limitando i vincoli da essa derivanti al solo patrimonio esistente al momento della proposizione della domanda [48].

Un secondo indirizzo interpretativo, maggiormente restrittivo, propendeva invece per l'applicazione della *relative priority rule*, in base alla quale la proposta dovrebbe assicurare che i creditori di grado superiore ricevano un trattamento migliore dei creditori di grado inferiore [49].

La terza e più rigorosa soluzione interpretativa sottraeva al debitore qualsiasi margine di discrezionalità, in quanto, mediante la previsione di cui al secondo comma dell'art. 160 l.f., il legislatore avrebbe manifestato la volontà di trasporre nell'ordinamento concorsuale le norme imperative che regolano la responsabilità patrimoniale del debitore, così sancendo l'inammissibilità di proposte concordatarie che assegnino una qualche percentuale di soddisfacimento ai chirografari (o ai soci) senza assicurare l'integrale pagamento dei prelatizi [50] (*absolute priority rule*).

Seppure si trattasse di un tema ampiamente discusso, negli ultimi tempi si era registrata una certa convergenza della giurisprudenza di merito sulla tesi più liberale [51], che il CCII odierno sembra tuttavia accantonare del tutto. Ed infatti, in aderenza al criterio accolto l'art. 11, par. 1, lett. c) della Direttiva Insolvency [52], il sesto comma dell'art. 84 ora dispone che *“Nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto delle cause di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore”*.

La norma detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite. Essa prevede, in particolare, che: (i) il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione (e quindi secondo la regola della *absolute priority rule*); (ii) il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. plusvalore da continuità, possa essere ripartito osservando il criterio (più flessibile) della *relative priority rule*. Fanno eccezione in ogni caso i crediti di lavoro, che devono essere soddisfatti con la priorità dovuta sia sul valore di liquidazione che su quello prodotto dalla continuità, con la precisazione che deve essere comunque rispettato il dettato dell'art. 2116 c.c., laddove impone di corrispondere il dovuto ai prestatori di lavoro anche in caso di inadempimento del datore di lavoro nel versamento dei contributi.

La medesima regola, poi, viene replicata dal legislatore all'art. 120-*quater* CCII, nella misura in cui ammette la partecipazione dei soci anteriori alla ripartizione del *valore risultante dalla ristrutturazione* - coincidente con il valore eccedente quello di

liquidazione, dedotti però i conferimenti ed i versamenti a fondo perduto funzionali alla ristrutturazione - alla condizione che il trattamento riservato alle classi dissenzienti sia almeno pari a quello previsto per le classi di pari rango e comunque superiore a quello proposto alle classi inferiori, anche nell'ipotesi in cui a tali classi venisse destinato l'intero ammontare delle risorse attribuite ai soci.

Se ne desume, da un lato che il valore di liquidazione dovrà essere distribuito nel pieno rispetto dell'ordine scolpito all'art. 2741 c.c., dall'altro che gli investimenti effettuati dai soci in società in occasione della ristrutturazione aziendale non dovranno sottostare ad alcun vincolo, in quanto parificati alla "finanza esterna" [53]. Si tratta, quindi, di un'apertura particolarmente significativa dell'ordinamento concorsuale in favore dei soci di società oggetto di ristrutturazione, posto che né la Legge Fallimentare né la prima versione del CCII si occupavano di quelli che erano concepiti come meri *residual claimants*, le cui pretese difficilmente avrebbero potuto essere soddisfatte nel contesto di una procedura concordataria improntata al rigoroso rispetto della *absolute priority rule* [54].

Invero la scelta di accogliere il criterio della priorità relativa nella risoluzione dei conflitti tra creditori e tra creditori e soci, seppur appaia apprezzabile per chiarezza, rischia tuttavia di tradursi in un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi che muovono l'intervento riformatore, rendendo inammissibili proposte concordatarie che non sembrano in alcun modo tradire la funzione del concordato con continuità, così come delineata all'art. 84 CCI.

In tal modo, infatti, il pericolo è quello di precludere la strada del risanamento anche a società debitorie che, pur essendo in equilibrio sotto il profilo economico e potenzialmente redditizie, presentano un'esposizione debitoria particolarmente rilevante, con la conseguenza che, seguendo la graduazione dei crediti, i flussi generati dalla continuità non potrebbero essere sufficienti nemmeno a soddisfare completamente i crediti privilegiati: sarà pertanto assai arduo in questi casi strutturare una proposta nel rispetto della regola di priorità relativa ed assicurare allo stesso tempo una seppur minima soddisfazione dei creditori chirografari. In un contesto di crisi segnato dall'evidente "esplosione" dei crediti privilegiati (per es. i crediti garantiti da MedioCredito Centrale o da Sace [55] o ancora i crediti erariali e degli enti previdenziali) porre un limite di tal fatta significa sanzionare con l'inammissibilità concordati idonei a garantire la permanenza sul mercato dell'azienda, incanalandoli - come avviene quasi sempre- verso la liquidazione giudiziale, cui consegue inevitabilmente la dispersione degli *intangibles* ed il

sacrificio degli interessi occupazionali, con buona pace degli interessi protetti dal CCII (e minor futuro gettito fiscale derivante dalla continuità della società debitrice). Il contrasto tra il fine perseguito dal legislatore e le norme in commento, rischia di creare così un *mostro che inghiotte* il primario reale interesse dei creditori (ovvero quello del recupero della percentuale più alta possibile del proprio credito), definitivamente pregiudicando ogni concreta possibilità di *turnaround*.

7. Conclusioni

Vedremo nella prassi se le innovazioni portate dal legislatore alla disciplina del concordato preventivo coglieranno nel segno, concretizzando quel *favor* per la continuità della quale pare intrisa l'intera trama del CCII. Il banco di prova per lo strumento concordatario, considerato quale il "principe" tra gli istituti concorsuali per la regolazione della crisi d'impresa, è importante, forse cruciale, giungendo la sua ridefinizione normativa all'abbrivio di una (l'ennesima) crisi economica invero da tempo pre-annunciata (probabilmente come mai nella storia del nostro paese).

Anche in considerazione del potenziamento di istituti già conosciuti (tra tutti, l'accordo di ristrutturazione dei debiti) e dell'introduzione di nuovi istituti (il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione) v'è da chiedersi se *the king is dead?* [56]

Nella mente del legislatore certamente la risposta è negativa, tuttavia sarà da verificare come la nuova normativa sarà interpretata dai tribunali, laddove, in taluni circondari, si registra una sempre più accentuata chiusura e rigidità nell'applicazione di tale strumento. Le novità normative potranno essere quindi colte come una brezza marina che rinfresca e rinvigorisce uno strumento che, sotto la vigenza della Legge Fallimentare, appariva sempre più fragile nelle maglie, spesso assai ristrette, della giurisprudenza.

Venuta meno l'automatica protezione dalle azioni esecutive e cautelari promosse dai creditori sociali, già concessa dall'art. 168 della Legge Fallimentare, col il CCII sarà necessario per accedere a tale protezione un'apposita istanza (art. 54 CCII), che sarà comunque successivamente vagliata dal tribunale (art. 55) onde confermare o revocare le misure protettive (al pari di quanto accade nella composizione negoziata della crisi d'impresa ai sensi degli artt. 18 e 19 CCII). E in tale sede giudiziale il debitore dovrà necessariamente fornire un'anticipazione, ancorchè rudimentale, del

piano di ristrutturazione che intende adottare. Sicchè anche per tale via il concordato preventivo non potrà (e invero non dovrà, nella mente del legislatore) essere considerato uno strumento di ultima istanza.

Vero è che l'odierno CCII offre alle imprese bisognose di una ristrutturazione preventiva uno strumento più flessibile (ancorché migliorabile) rispetto a quello disciplinato non solo dalla Legge Fallimentare ma anche dalla prima versione del CCII stesso. L'impostazione di fondo è profondamente mutata e, nel contesto codicistico, la continuità aziendale assume un valore pregnante, al di là che la si qualifichi come "fine" o come "mezzo". Del resto, le novelle in tema di prevalenza, così come quelle che dettano i criteri di risoluzione dei conflitti distributivi, al netto delle criticità summenzionate, testimoniano la volontà di superare definitivamente taluni rigidi approcci dogmatici del passato, che avevano sortito l'unico effetto di limitare le possibilità di risanamento.

Qualche ritocco, probabilmente, è necessario, ma la via è tracciata: nei marosi della crisi d'impresa, il navigante ha ora la bussola (e non solo) per la (non facile) navigazione.

Note:

- [1] Per una puntuale ricognizione delle fasi storiche vissute dal diritto fallimentare v. A. Paluchowsky, *I mutevoli orizzonti del diritto della crisi*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 14 giugno 2022.
- [2] Fenomeno, quello dell'utilizzo "alternativo" delle procedure concorsuali, che poteva già del resto osservarsi con riferimento alla procedura di amministrazione controllata. In argomento v. A. Gambino, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, p. 236 ss. e L. Lanfranchi, *Uso alternativo delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e preveducibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 35 ss.
- [3] Senza pretesa di esaustività, in ordine cronologico: legge 14 maggio 2005, n. 80 (che ha introdotto gli accordi di ristrutturazione dei debiti); D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (riforma organica delle procedure concorsuale); D.Lgs. 7 settembre 2007, n. 169 (primo correttivo alla riforma); la legge 30 luglio 2010, n. 122

(integrazioni alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti); legge 7 agosto 2012, n. 134 (per quel che concerne il concordato in continuità aziendale ed il c.d. concordato in “bianco”); legge 6 agosto 2015, n. 132 (che ha modificato la disciplina del concordato preventivo ed introdotto gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari).

- [4] V. in particolare Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521; cfr. Cass., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 11014; Cass., Sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970; Cass., Sez. I, 28 settembre 2017, n. 22691; Cass., Sez. I, 12 agosto 2016, n. 17079; Cass., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3863; Cass. 15 giugno 2020, n. 11522; Cass. civ. Sez. I, 17 maggio 2021, n. 13224; In dottrina, *ex multiis* v. M. Fabiani, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite – La questione della “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fall.*, 2013, p. 149 ss.; L. Balestra, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del concordato preventivo: sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.; E. Scoditti, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*, in *Foro. it.*, 2013, I, cc. 1578-1579; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretto da), *Le altre procedure concorsuali. Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, p. 231 ss.; Id., *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell’attestatore*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 387 ss.; A. Bassi - V. Calandra Buonauro - C. Cincotti - R. Costi - V. Di Cataldo - P.P. Ferraro - A. Gambino - A. Jorio - P. Montalenti - A. Nigro - R. Sacchi - G. Terranova, *Seminario a commento di Cass. S.U. 23 gennaio 2013, n. 1521*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 215 ss.; I.L. Nocera, *Causa concreta e fattibilità del concordato preventivo: la persistenza del dubbio*, in *Il Fall.*, 2018, p. 62 ss.; R. Rordorf, *Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato*, in *Il Fall.*, 2020, p. 1199 ss.
- [5] Sulla rilevanza del problema in sede interpretativa v. quanto affermato da S. Leuzzi, cit., p. 501 secondo cui “*La salvaguardia dell’attività economica si traduce in regola di indirizzo interpretativo delle norme dell’ordinamento concorsuale e delle fattispecie nebuloze o non espressamente regolate, suggerendo di propendere per l’opzione maggiormente protettiva e/o espansiva della continuità*”.

- [6] Di varianti contenutistiche discorre F. Marotta, *Incertezze applicative in tema di concordato liquidatorio ed in continuità aziendale nel Codice della Crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 590 ss.
- [7] Ed infatti al secondo comma dell'art. 84 CCI si qualificava l'interesse dei creditori come "prioritario", non "esclusivo". Sul punto v. le osservazioni di S. Ambrosini, *Concordato preventivo: interessi protetti, soddisfacimento dei creditori e continuità aziendale tra vecchia e nuova disciplina*, in S. Ambrosini-G. Bozza-S. Pacchi (a cura di), *Le soluzioni negoziate alla crisi d'impresa*, Torino, 2021, p. 3 ss.; G. Fichera, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in AA.VV., *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 2019, pp. 209 ss.; In termini differenti sembrerebbe V. Pinto, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel sistema del Codice della crisi*, in V. Pinto (a cura di), *Crisi d'impresa e continuità aziendale: problemi e prospettive*, Torino, 2021, p. 75 ss. laddove osservava che il legislatore ha voluto "scardinare" l'unicità della pregressa fattispecie.
- [8] S. Leuzzi, *L'evoluzione del valore della continuità nelle procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 496 s.
- [9] In tal senso v. Trib. Aosta, 22 ottobre 2019, in *Leggi d'Italia*; Trib. Rovigo, 27 luglio 2018, in *www.ilcaso.it*, laddove ravvisano esplicitamente nella sola liquidazione fallimentare il termine comparativo da utilizzare. In dottrina v. A. Rossi, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il Fall.*, 2017, p. 637 ss., seppur con la precisazione per cui debba essere operato un raffronto non solo con la liquidazione atomistica dei beni ma anche prendendo in considerazione lo scenario in cui venga ceduta in blocco l'azienda in esercizio; M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Il Fall.*, 2017, 2016, p. 569 ss., per il quale, tuttavia, bisognerebbe prima dimostrare l'impercorribilità della procedura concordataria di tipo liquidatorio; R. Tizzano, *L'indeterminatezza del giudizio di miglioria e l'attestazione ex art. 186-bis co. 2, lett. b) l.f.*, in *Il Fall.*, 2014, 137 ss.
- [10] Art. 84, co. 4 CCI. Sul punto, v. F. Marotta, cit., p. 595, il quale osserva che il legislatore, mediante l'introduzione della soglia minima del 10% di apporti esterni per l'accesso al concordato liquidatorio, "abbia implicitamente posto alla

base dei presupposti di ammissibilità della domanda di concordato liquidatorio anche la “convenienza”.

- [11] Ed infatti, secondo App. Venezia, 19 luglio 2019, in www.fallimentiesocietà.it, la funzionalità del piano e della proposta rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori costituisce un requisito di ammissibilità della domanda di concordato preventivo. Cfr. D. Galletti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati*, in www.ilfallimentarista.it, 28 febbraio 2019. Contra M. Fabiani, *Causa del concordato preventivo e giudizio di omologazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 605-606.
- [12] Cfr. A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1100 ss.
- [13] Si veda, a questo proposito, Trib. Firenze, 2 novembre 2016, in *Leggi d'Italia*, nella parte in cui nega che il principio del “miglior soddisfacimento dei creditori” debba essere inteso in senso assoluto come la migliore soluzione astrattamente possibile e che, di conseguenza, ogni utilità conseguita dall'imprenditore che prosegua l'attività d'impresa debba essere destinata ai creditori.
- [14] Mutuando, così, i termini utilizzati da M. Fabiani, *op. ult. cit.*, p. 579 ss.
- [15] Cfr. M. Fabiani, *L'avvio del Codice della Crisi*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 maggio 2022.
- [16] Va ricordato tuttavia che l'art. 84 comma 3 avverte che la proposta di concordato debba prevedere “*per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile*” (che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa). Quest'ultima norma codifica nei fatti l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale “*non rientra nell'ambito della verifica della fattibilità, riservata al giudice, il sindacato riguardante l'aspetto pratico-economico della proposta di concordato preventivo e la convenienza della stessa, neppure in ordine al profilo della misura minimale del soddisfacimento dei crediti rappresentati, in quanto si tratta di valutazioni che sono sottratte ai creditori, e non è possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto*

della quale la proposta debba ritenersi inadatta a perseguire la causa concreta cui la procedura è volta, consistente nel consentire il superamento della condizione di crisi dell'imprenditore e nel riconoscere agli aventi diritto la realizzazione del credito vantato in tempi ragionevolmente contenuti, sia pure per una minima consistenza" (Cass., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3863).

[17] M. Fabiani, *L'avvio del Codice della Crisi*, cit.

[18] Sul concetto di "fattibilità giuridica", da contrapporsi a quello di "fattibilità economica", v. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521 e Cass., Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061.

[19] Così sembrerebbe intendere S. Leuzzi, cit., p. 481 ss.

[20] In senso opposto v. S. Leuzzi, cit., p. 495 per il quale *"L'art. 84 c.c.i.i. sulle finalità del concordato viene reso più fluido. La prosecuzione dell'impresa non è più cinghia di trasmissione tra procedura concorsuale e tutela del credito. La continuità, infatti, semplicemente "tutela l'interesse dei creditori", il che vuol dire che non arretra rispetto a quest'ultimo, ma con esso almeno tendenzialmente si amalgama, preservando, inoltre, solo "nella misura possibile, i posti di lavoro".*

[21] V. S. Ambrosini, *Concordato preventivo*, cit., p. 3 ss.

[22] In tal senso, parrebbe anche S. Ambrosini, *Il codice della crisi dopo il d.lgs. n. 83/2022: la nozione di crisi, la gestione dell'impresa e il concordato preventivo, in corso di pubblicazione in Dir. fall.*, 5, 2022 e consultabile al sito internet della rivista. Diversamente A.M. Azzaro, *Causa illecita ed accordi concorsuali*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 136 ss.

[23] Cfr. M. Fabiani, *L'avvio del Codice della Crisi*, cit.

[24] In questi termini D. Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, 1980, Napoli, p. 462.

[25] L'art. 8 della L. 212/2000 (c.d. «Statuto del contribuente»), stabilisce che *"È ammesso l'accollo del debito d'imposta altrui, senza liberazione del debitore originario"*.

- [26] Tra le pronunzia intervenute sul tema dell'accollo, si vedano: Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2011, n. 22913; Trib. Alessandria, decr. 18 gennaio 2016 (concordato "Borsalino"); Trib. Bergamo decr. 30 settembre 2020 (concordato "Orobio"); Trib. Rovigo, decr. 27 dicembre 2018 (concordato "Valbona").
- [27] Unica eccezione - perché prevista dalla Direttiva 1023/2019 (c.d. "Direttiva Insolvency) - sono i crediti dei lavoratori (che godono del privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile), per i quali può essere prevista una moratoria per il pagamento fino a sei mesi dall'omologazione. In ogni caso i crediti oggetto di moratoria andranno inseriti in un'apposita classe.
- [28] I creditori muniti di diritto di prelazione pregiudicati dalla proposta, in quanto non soddisfatti in denaro e integralmente entro centottanta giorni dall'omologazione, devono essere inseriti in apposite classi. Parimenti, devono essere inserite in classi separate (i) le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi; (ii) i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento; (iii) i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, (iv) i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate. La regola generale è che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.
- [29] In particolare, l'art. 2423-bis, comma 1 n° 1 c.c. prevede che nella redazione del bilancio la 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.
- [30] Così come già rimarcato da parte della giurisprudenza di merito sotto l'egida del previgente art. 186 *bis* l.f.: v. sul punto Trib. Genova, 26 novembre 2018; Trib. Udine, 5 maggio 2016; Trib. Alessandria, 22 marzo 2016; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, tutte in www.ilcaso.it; Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013, in www.ilfallimentarista.it.
- [31] Per un approfondimento in merito al significato aziendalistico di continuità aziendale si consenta il rinvio a Fondazione Nazionale Commercialisti, *La continuità aziendale nella crisi d'impresa*, documento del 15 ottobre 2015.

- [32] Il comma 9 dell'art. 84 prevede che qualora il piano preveda l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, il giudice provveda disponendo una procedura competitiva in base alla disciplina delle offerte concorrenti (ai sensi dell'articolo 91, comma 1). Se invece il concordato prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda senza che sia già individuato l'offerente, deve essere nominato un liquidatore.
- [33] Cfr. R. Brogi, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della Crisi*, in *Il Fall.*, 2019, p. 845 ss. E del resto già prima dell'entrata in vigore del codice l'opinione maggioritaria era nel senso della non tassatività delle fattispecie indicate all'art. 186 *bis* L. fall.: cfr. L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il Fall.*, 2013, 1228. In senso contrario v. però Trib. Pordenone, 19 gennaio 2017, in *Banca dati Dejure*, laddove escludeva la compatibilità dell'affitto "ponte" con la disciplina del concordato in continuità, in quanto una simile ipotesi non era contemplata dalla norma.
- [34] Di "contaminazione" della fattispecie con aspetti occupazionali discorreva S. Ambrosini, *Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro tabù da sfatare nel concordato preventivo che verrà*, in *Ristrutturazioni aziendali.it*, 7 marzo 2022.
- [35] Cfr. Cass. 19 novembre 2018, n. 29742, in *Foro.it*, 2019, I, 146; Cass. 19 novembre 2018, n. 29742, in *Foro.it*, 2019, I, p. 162, con nota di M. Fabiani, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche ammissione*. Più di recente v. Cass. 1 marzo 2022, n. 6772, in *www.dirittodellacrisi.it*. I termini del precedente dissidio sulla riconducibilità entro il paradigma del concordato in continuità delle ipotesi di affitto d'azienda anteriore alla presentazione della domanda di ammissione al concordato sono ricostruiti da S. Ambrosini, *Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'art. 186 bis*, in *www.ilcaso.it*, 2 gennaio 2019.
- [36] In questo senso, con riferimento al campo di applicazione dell'art. 186 *bis* L. fall. v. D. Galletti, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in *www.ilfallimentarista.it*, 3 ottobre 2012 e F. Di Marzio, *Affitto*

d'azienda e concordato in continuità, ilfallimentarista.it, 15 novembre 2013. Di recente ha riproposto questa interpretazione anche L. Mandrioli, *L'affitto d'azienda nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 357 ss.

- [37] Cass. 19 novembre 2018, n. 29742.
- [38] Dubbi che del resto erano stati espressi da una parte della giurisprudenza di merito: v. Trib. Terni 2 aprile 2013; Trib. Avezzano 22 ottobre 2014. In questo pareva militare anche L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., pp.1230-1231, il quale riteneva che comunque, secondo le regole generali, l'incidenza dell'andamento dell'azienda affittata sulla soddisfazione dei creditori avrebbe dovuto essere indicata nel piano e valutata dal professionista attestatore.
- [39] Cfr. F. Marotta, cit., p. 604 e S. Ambrosini, *L'affitto d'azienda*, cit., nella parte in cui osservava che *“il rischio d'impresa grava pur sempre (anche) sul debitore, ancorché concedente l'azienda in affitto, non foss'altro che in virtù delle vicende che possono riguardare il contratto di affitto stesso, a cominciare dai possibili inadempimenti dell'affittuario (d'altronde, non par dubbio che l'andamento dell'attività d'impresa continui a incidere, seppur indirettamente, sulla fattibilità del piano)”*.
- [40] Non sembra invece ammissibile, sulla base della corrente giurisprudenza, un concordato solo parzialmente liquidatorio. Sul punto v. S. D'Orsi, *Il concordato preventivo parzialmente liquidatorio*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 324 ss.
- [41] Per una ricostruzione dei diversi orientamenti formati sul punto v. F. Marotta, *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli opposti orientamenti giurisprudenziali*, in *www.ilcaso.it*, 24 luglio 2018.
- [42] Trib. Chieti, 2 dicembre 2019 in *Leggi d'Italia*; Trib. Milano, 28 novembre 2019, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Genova, 26 novembre 2018; Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015; Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018; Trib. Alessandria, 22 marzo 2016; Trib. Alessandria, 18 gennaio 2016; Trib. Busto Arsizio, 1° ottobre 2014, tutte in *www.ilcaso.it*.
- [43] Trib. Roma, 6 maggio 2016, *Linee guida in ordine a talune questioni controverse*

della procedura di concordato preventivo, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 5 luglio 2018, in www.fallimentiesocieta.it. Di recente questo sembra essere stato anche l'orientamento della giurisprudenza di legittimità: v. Cass., sez. I, 15 gennaio 2020, n. 734; Cass., sez. I, 25 maggio 2022, n. 16977.

[44] E con la stessa *Direttiva Insolvency*, come sottolineato da M. Arato, *Il concordato con continuità nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 860 ss. In termini critici v. anche G.P. Macagno, *Il criterio della prevalenza nel concordato preventivo del CCII*, in www.dirittodellacrisi.it, 8 aprile 2021, e S. Ambrosini, *La riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza: motus in fine velocior*, in www.ilcaso.it, 17 settembre 2018, laddove osservava che “*Il terzo comma della norma introduce, come stabilito dalla legge delega, il criterio della prevalenza, che rappresenta una delle scelte più infelici del legislatore delegante (peraltro frutto di un improvvido emendamento parlamentare), in quanto condanna all'inammissibilità domande di concordato in continuità foriere di un più elevato soddisfacimento dei creditori, per il sol fatto che questi vengono soddisfatti in misura (seppur minimamente) superiore dal ricavato della dismissione di cespiti aziendali, con un criterio meramente quantitativo del tutto insoddisfacente. Proprio per tale ragione, la previsione – ineliminabile se non modificando la delega – andrebbe integrata con la precisazione che dal calcolo in questione vanno scomutate quelle risorse che, sebbene ricavate dalla vendita di beni, vengono reimmesse, in base a piano e proposta di concordato, nel ciclo produttivo, andando così a supportare la continuità aziendale. Il che consentirebbe, al contempo, di chiarire che detti proventi non vanno necessariamente destinati a beneficio immediato dei creditori*”.

[45] Seppur permangano dei profili d'incertezza circa la sorte di quei concordati che prevedano l'ingresso in società di terzi o di taluni creditori, in forza di conversione del capitale di debito in capitale di rischio o dell'emissione di strumenti finanziari partecipativi. In senso favorevole alla riconducibilità entro il perimetro applicativo delle norme sul concordato in continuità v. G.P. Macagno, cit. e M. Arato, cit., p. 860.

[46] I termini del dibattito sono ben riassunti in G. Lener, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla distribuzione del patrimonio (tra regole di priorità*

assoluta e di priorità relativa), in *dirittodellacrisi.it*, 25 febbraio 2022. Per ulteriori ragguagli dottrinali e giurisprudenziali v. G. D'Attorre, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Il Fall.*, 2020, p. 1071 ss.

- [47] App. Venezia, 28 settembre 2020, in *www.ilcaso.it*; App. Venezia 19 luglio 2019, in *Dir. fall.*, 2020, p. 869; App. Torino, 31 agosto 2018, in *Leggi d'Italia*; Trib. Como, 1° dicembre 2021, in *www.ilcaso.it*; Trib. Avezzano, 13 febbraio 2020; Trib. Rovigo 27 luglio 2018, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 2 novembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino 5 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Prato, 7 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 5 novembre 2016, in *DelJure*.
- [48] Corre tuttavia l'obbligo di segnalare l'intermedia posizione assunta da Trib. Milano, 5 dicembre 2018, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale la proposta potrebbe legittimamente prevedere la libera distribuzione dei flussi derivanti dalla continuità solo nel caso in cui tali risultati siano conseguibili unicamente grazie all'apporto di risorse esterne da parte di un terzo.
- [49] In giurisprudenza v. Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*; prima dell'introduzione del concordato in continuità v. anche Trib. Terni, 24 giugno 2010. In dottrina v. L. Stanghellini, *Proposta di concordato*, in A. Jorio (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 1975; Id., G. D'Attorre, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 43 ss.; F. Guerrera, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 720.
- [50] Cass., 8 giugno 2020, n. 10884; Cass., 27 dicembre 2019, n. 34539; Cass., 21 giugno 2018, n. 16348; Cass. 8 giugno 2012, n. 9373; App. Venezia, 5 luglio 2021, in *www.ilcaso.it*; App. Venezia, 12 maggio, 2016; Trib. Padova, 24 gennaio 2019, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rimini, 10 maggio 2018, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 15 dicembre 2016 in *Leggi d'Italia*; Trib. Belluno, 17 febbraio 2017, in *Leggi d'Italia*; Trib. Bergamo, 26 settembre 2013 in *www.ilfallimentarista.it*. In dottrina v. D. Vattermoli, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 341; Id., *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 864; C. Trentini, *Il controllo del tribunale sulla*

fattibilità economica del concordato: un “ritorno” legittimo?, in *Il Fall.*, 2017, pp. 1120 s.

- [51] V. da ultimo App. Milano, 28 aprile 2022 in *Leggi d'Italia*, per il quale, pur essendo condivisibile il principio della libera distribuzione del surplus concordatario, le risorse tratte dalla continuità non potrebbero essere paragonate alla finanza esterna.
- [52] Fermo restando che gli Stati Membri possono derogarvi, ai sensi del par. 2 della medesima disposizione.
- [53] Cfr. M. Arato, *Il ruolo di soci e amministratori nei quadri di ristrutturazione preventiva*, in *dirittodellacrisi.it*, 10 maggio 2022, il quale rileva che “*Da tale previsione deriva, per quanto riguarda i nuovi investimenti, che i soci sono liberi di allocarli come vogliono anche senza rispettare l’ordine dei privilegi (si tratta, infatti, di risorse esterne), ferma restando la necessità che la proposta sia poi approvata da parte dei creditori. Viene quindi finalmente superata quella giurisprudenza della Cassazione un po’ dogmatica che limitava enormemente la nozione di risorse esterne, al punto che anche un aumento di capitale non avrebbe potuto essere considerato una risorsa esterna in quanto le somme entrano a far parte del patrimonio della società*”. Nello stesso senso M. Fabiani, *L’avvio del Codice della Crisi*, cit.
- [54] Sul punto M. Fabiani, *L’avvio del Codice della Crisi*, cit., sembra tuttavia esprimere una qualche riserva in ordine all’opportunità della scelta del legislatore, in considerazione del fatto che non vi sarebbero dati empirici idonei a dimostrare che la destinazione di una qualche utilità ai soci possa favorire o comunque agevolare le operazioni di ristrutturazione.
- [55] Sulla natura “privilegiata” del credito Sace v. le osservazioni di M. Fabiani, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di stato*, in *Il Fall.*, 2022, p. 493 ss. e Id., *Privilegio dei crediti con garanzia dello stato: una postilla*, in *Il Fall.*, 2020, p. 1378 ss.
- [56] 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. fall.: 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 ottobre 2015.


DIRITTO DELLA CRISI