



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea Magistrale o Specialistica in Economia e Management

“IL CONCORDATO PREVENTIVO ALLA LUCE DEL NUOVO
CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA”

“THE COMPOSITION WITH CREDITORS IN THE LIGHT OF THE
CRISIS AND INSOLVENCY NEW CODE”

Relatore: Ch. mo.
Prof. Luca Ettore Perriello

Tesi di Laurea di:
Alessandro Benigni
Matricola 1101923.

Anno Accademico 2021 – 2022

INDICE:

Capitolo primo: Il diritto delle crisi di impresa e la sua evoluzione nel tempo.

1.1. Introduzione generale sulla crisi di impresa.....	6
1.2. Origine storica del Diritto Fallimentare.....	10
1.3. Regio decreto numero 267 del 1942: Legge Fallimentare.....	13
1.4. Interventi normativi più importanti alla Legge Fallimentare precedenti ai lavori della Commissione Rordorf.....	16
1.5. Verso una nuova grande riforma.....	21
1.6. La commissione Rordorf e la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza.....	24
1.7. Principi generali della riforma.....	27
1.8. Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.....	45

Capitolo secondo: Il concordato preventivo alla luce del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

2.1. Aspetti generali del concordato preventivo precedenti alla recente riforma della crisi e dell'insolvenza.....	54
2.2. L'istituto del concordato preventivo nel Codice della crisi e dell'insolvenza: presupposti e funzioni.....	57

2.3. In particolare: il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza.....	67
2.4. Segue. Le problematiche relative all'affitto d'azienda e al mantenimento dei livelli occupazionali.....	70
2.5. Segue. Il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario.....	78
2.6. Utilità e rischi del concordato in continuità.....	80
2.7. Concordato preventivo con cessione parziale dei beni e principio della responsabilità patrimoniale.....	84
2.8. Concordato preventivo e interesse dei creditori al miglior soddisfacimento delle loro ragioni.....	89
2.9. Le proposte concorrenti.....	93
2.10. Le offerte concorrenti.....	96

Capitolo terzo: Criticità del concordato preventivo, limiti applicativi e questioni irrisolte.

3.1. Circolazione dell'azienda tra continuità diretta e indiretta e il relativo dibattito in dottrina.....	100
3.2. Il dibattito preesistente riguardante i limiti applicativi dell'istituto del concordato in continuità e la soluzione risolutiva della Corte Cassazione con la sentenza numero 29742 del 19 novembre 2018.....	102
3.3. La continuità nel Codice della crisi e dell'insolvenza e la Direttiva UE 1023\2019.....	106
3.4. Le questioni irrisolte e i nuovi problemi aperti.....	110
3.5. Problemi vecchi e nuovi in tema di finanziamenti nel concordato preventivo.....	115

3.6. Criticità nel giudizio di omologazione del concordato preventivo nella disciplina del Codice della crisi in caso di mancato raggiungimento della maggioranza dei creditori e diniego dell'omologazione.....	126
3.7. Problematica relativa al conflitto di interessi dei creditori e l'abuso del diritto di voto nel giudizio di omologazione del concordato preventivo.....	129
Conclusioni.....	133

1.1. Introduzione generale sulla crisi sulla crisi di impresa

La crisi dell'impresa è legata alla perdita del requisito dell'economicità che è un elemento fondamentale, come indicato dallo stesso articolo 2082 del Codice civile e rappresenta uno dei connotati distintivi dell'impresa, insieme al concetto di organizzazione e professionalità che contraddistinguono l'imprenditore cioè il soggetto chiamato in causa per fare impresa. La perdita del requisito dell'economicità vuol dire sostanzialmente la perdita della capacità reddituale¹. L'imprenditore difatti, nell'organizzare il proprio lavoro sta distruggendo valore anziché crearlo e questo genera uno squilibrio che nel lungo periodo porta al dissesto finanziario, anche se indirettamente poiché la mera perdita della capacità reddituale non fa ricorrere l'imprenditore in procedure di insolvenza. La scintilla che fa "accendere" le diverse procedure presenti nel nostro ordinamento origina da elementi esogeni all'impresa stessa, allorquando l'imprenditore per riuscire a soddisfare i proprio creditori e quindi onorare i propri impegni finanziari nei loro confronti, proprio perché la sua attività non riesce a generare cash flow sufficiente per ripagare i debiti che originano dai diversi asset aziendali, fa ricorso a capitale di debito tramite banche o emettendo nuove obbligazioni ad esempio, in tal modo egli entra all'interno di una spirale pericolosa, aumenta pericolosamente il proprio debito che finisce per inghiottirlo e lo condurrà una situazione molto sgradevole, in quanto con molta probabilità i creditori, in virtù delle loro pretese, promuoveranno delle azioni giudiziarie per chiedere e ottenere il

¹ Lino Guaglielmucci: "Diritto Fallimentare", p. 139, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

pagamento dei loro crediti. Le maggiori conseguenze negative derivanti l'incapacità dell'imprenditore o società di onorare le proprie obbligazioni ricadono sugli stessi creditori, che rappresentano una classe di soggetti eterogenei tra di loro che sono accomunati dal fatto di aver instaurato delle relazioni economico-commerciali con il soggetto ora incapace di soddisfarli. In virtù di questa ipotesi l'articolo 5 del regio decreto 267\1942, anche conosciuto come "legge fallimentare", introduce il concetto di insolvenza e stabilisce che l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito, e lo stesso articolo 5 disciplina e connota lo stato di insolvenza, questa infatti si manifesta quando l'imprenditore con inadempimenti o altri fatti esteriori, dimostra che non è più in grado di soddisfare le proprie obbligazioni. Prima di sfociare nell'insolvenza vera e propria, la crisi può estrinsecarsi in quello che è il rischio di insolvenza dell'imprenditore o crisi, cioè l'imprenditore è in grado di far fronte ai propri impegni nei confronti dei creditori, ma non si è sicuri del fatto che l'imprenditore riuscirà a adempiere in modo tempestivo ed economico alle successive obbligazioni². In caso in cui ci si trovi di fronte ad un rischio di insolvenza, la soluzione migliore potrebbe essere quella che i creditori trovino un accordo stragiudiziale con lo stesso debitore in modo tale da raggiungere una utilità maggiore rispetto alla mera liquidazione dell'attività (si stima infatti che in Italia i creditori chirografari, ricevano solitamente all'esito della procedura di liquidazione meno dell'8% di quanto loro spetterebbe. Fonte Assonime³). L'impresa dissestata, e quindi l'imprenditore ora debitore insolvente si trova di fronte a due possibilità, può interrompere la propria attività imprenditoriale e in questo caso i

² Lino Guglielmucci: "Diritto Fallimentare", p. 145, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

³ Diritto Commerciale: "Il diritto delle Crisi d'impresa", p. 4, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

debiti lasciati insoluti verranno regolati attraverso la mera liquidazione atomistica delle diverse attività e tutti i beni che formavano il patrimonio dell'imprenditore, oppure può fare leva sul suo valore intrinseco e procedere verso un risanamento che può rilanciare l'attività imprenditoriale attraverso una continuità diretta e contestualmente determinare un migliore e un maggiore soddisfacimento delle pretese dei confronti dei creditori ovvero quest'ultimi possono addirittura sostituirsi come titolari dell'impresa allo stesso imprenditore debitore che fino a quel momento ha esercitato quell'attività in virtù della soluzione di continuità indiretta. La prima soluzione appare chiaramente meno efficace e non preferibile, per il fatto che la liquidazione fallimentare ovvero la liquidazione concordataria hanno estrema difficoltà a monetizzare gli asset immateriali dell'impresa come ad esempio l'avviamento che rappresenta il vero "Quid Pluris" per il suo successo aziendale, poiché liquidati singolarmente non hanno alcun valore e assumono valore solo se sono trasferiti insieme ad altri beni che formano la compagine aziendale, inoltre il valore ottenuto dai beni liquidati è molto inferiore rispetto a quello delle normali condizioni di mercato, proprio perché l'obiettivo di questo procedimento è quello di trasformare nel minore tempo possibile in denaro i beni che costituivano l'impresa. A fronte di queste criticità è logico pensare che questo istituto rappresenta uno strumento di distruzione di ricchezza e scarica nei confronti dei creditori le perdite subite dall'insolvente⁴. La seconda soluzione invece appare quella preferibile, infatti oltre ad un "favor" che il legislatore nel tempo ha mostrato verso questa soluzione, la continuità dell'attività imprenditoriale che può presentarsi sia in forma diretta che in

⁴ *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa"*, p. 21, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

forma indiretta mostra rispetto alla principale alternativa un duplice vantaggio. Infatti, molto spesso i creditori attraverso la prosecuzione dell'attività imprenditoriale sono maggiormente soddisfatti nelle loro pretese, cioè riescono a ottenere di più rispetto all'alternativa liquidatoria, inoltre il vantaggio si riflette anche per quanto concerne l'ambiente economico e sociale dove opera quell'azienda.

1.2. Origine storica del Diritto Fallimentare

Aristotele diceva che l'uomo è un animale sociale, cioè la solitudine lo fa soffrire. Ha un bisogno sia fisico che spirituale di vivere insieme agli altri. Ciò determina la nascita di gruppi. All'interno di tali formazioni però è inevitabile la creazione di conflitti di interessi. Questi attriti fra consociati spingono innegabilmente alla violenza lasciandolo al singolo la possibilità di difendere i propri interessi in base alle sue capacità fisiche o intellettuali, usando di conseguenza le armi che soggettivamente ritiene più idonee⁵. Per queste ragioni nasce il diritto che rappresenta il mezzo attraverso il quale vengono risolte le controversie tra i consociati senza l'uso della violenza. I romani dicevano "ubi homo, ibi societas, ubi societas, ibi ius", cioè dove esiste l'uomo vi è la società, e dove vi è la società vi è anche il diritto. Quindi il diritto è la migliore tecnica di regolamentazione sociale. Nella vita organizzata in società serve a fissare delle regole che tutti sono tenuti a rispettare al fine di garantire una coesistenza sicura, ordinata e pacifica. A questo punto è possibile capire l'obiettivo del Diritto Fallimentare, il quale regola e disciplina le controversie che vengono ad instaurarsi tra alcuni soggetti particolari: i creditori e l'imprenditore. L'impianto sistematico del Diritto Fallimentare, che fin dall'origine è stato tenuto separato rispetto al diritto comune, è stato plasmato in un'epoca in cui era ancora forte la visione dell'imprenditore in crisi come una figura negativa, contagiosa e che doveva essere eliminata dal traffico commerciale. Questa manifestazione di pensiero traeva le sue radici dal periodo medievale della "societas mercatorum"⁶, in cui il mercante che si trovava nella situazione di non riuscire più a fronteggiare i propri debiti

⁵ "Perché è nato il Diritto?" Leggemia.wordpress.com;

⁶ "Lezioni di Diritto Fallimentare" a cura di Amedeo Bassi, p. 34, Il Mulino Editore, Bologna, 2009;

era considerato un “ladro”. D'altra parte, fra le ragioni che hanno originato lo sviluppo del diritto fallimentare quale eccezione del diritto comune, e che tuttora lo giustificano, milita anche la considerazione che l'insolvenza che esso è chiamato a regolare non è soltanto più complessa di quella di chi non svolge attività d'impresa; ma desta anche maggiore “allarme sociale”, in quanto capace di provocare, in una sorta di effetto domino, ulteriori dissesti imprenditoriali, trascinando nell'insolvenza anche quelle controparti commerciali che, avendo fatto credito al soggetto poi divenuto insolvente, non riescano a recuperare quanto prestato col rischio allora di destabilizzare parti significative del sistema economico oltre a danneggiare la reputazione e l'affidabilità dell'intero ceto mercantile⁷. È proprio all'esigenza, avvertita in primo luogo dallo stesso ceto mercantile, di prevenire e contenere un tale allarme sociale che, storicamente, si deve la formazione del diritto fallimentare nell'età comunale. I mercanti, riuniti in corporazioni, si facevano vanto della reputazione della loro corporazione: da ciò ricavando altresì la concessione dal potere pubblico di significativi benefici come, ad esempio, l'efficacia probatoria delle scritture contabili da essi stessi formate o tenute, o acquistando essi stessi crescenti riconoscimenti in termini di potere politico. Essi percepivano allora come un grave attentato, morale e materiale, all'intera corporazione il comportamento di chi, fra di loro, la “infangasse” dando il pubblico scandalo di debiti assunti e non pagati; tanto più quando l'affidabilità venisse minata proprio da una condotta fraudolenta quale quella, per eccellenza, del “debitor fugitivus”, che cioè

⁷ *Diritto Commerciale: “Il Diritto della crisi d'impresa”*, p. 3, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

scappasse per non dover affrontare i creditori⁸. L'esigenza di consentirne una punizione esemplare, se non addirittura umiliante, anche irrogata in assenza del debitore fuggitivo e perciò talora, in suo luogo, ai suoi familiari, ed attuata per iniziativa dei singoli creditori, legittimati a catturarlo e detenerlo, richiedeva indubbiamente un'eccezione allo "ius commune". Questo ius speciale, ai suoi albori, venne formalizzato in statuti comunali e successivamente sistematizzato. La concezione punitiva mutò nel tempo, infatti si assistette ad un radicale cambiamento di pensiero ed alla costruzione di una procedura che doveva riuscire, in qualche modo, a garantire il soddisfacimento di coloro che avevano fatto affidamento sulla bontà dell'impresa: i creditori. Si sposta quindi l'attenzione sulla figura dei creditori, considerandoli come i soggetti maggiori da tutelare in caso di squilibrio economico dell'imprenditore.

⁸ *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa"*, p. 3, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

1.3. Regio Decreto numero 267 del 1942: Legge

Fallimentare

Il legislatore nel 1942 con l'intento di riordinare l'intera disciplina, decise di redigere il Regio Decreto n. 267 del 1942, conosciuto anche come Legge Fallimentare che è una legge speciale. Al centro di questa disciplina, abbiamo la procedura concorsuale del fallimento. Ci sono diversi motivi per cui questa disciplina è regolata da una legge speciale. In primo luogo, l'esigenza di una disciplina ad hoc per regolare l'insolvenza dell'imprenditore commerciale trae origine dalla particolare complessità di una tale insolvenza: l'uso del credito da parte dell'imprenditore è ampio e articolato, e i creditori costituiscono sicuramente una classe frastagliata di soggetti, per cui si rende necessario regolare in maniera più specifica i diversi rapporti che si sono instaurati. In virtù di ciò è necessario prevedere una procedura unitaria affinché vi sia un'attuazione coattiva simultanea di tutti i debiti insoluti⁹. La procedura unitaria mira a perseguire due obiettivi principali: economicità ed equità. Per quanto concerne il primo fine, cioè l'economicità, questa è facilmente individuabile poiché sicuramente una procedura unitaria avrà dei costi totali inferiori rispetto a molteplici azioni esecutive promosse da ciascun creditore insoddisfatto, in quanto costi comuni a più creditori possono essere ripartiti tra di loro. Il fine dell'equità deve essere conseguito perché tutti i creditori, salvo ragioni di preferenza, sono uguali di fronte alla legge. Per far valere questo diritto all'interno della procedura opera un'autorità istituzionale la quale dovrà assicurare un

⁹ “Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza” a cura di Giacomo D'Atorre, p. 31, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021;

trattamento paritario dei creditori. In questa prospettiva la procedura esecutiva diventa collettiva, perché opera a favore della collettività dei creditori anche secondo l'articolo 2741 del Codice civile, secondo cui i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione, ed universale riguardando tutti i debiti dell'imprenditore e coinvolgendo l'intero suo patrimonio. Questo principio è ripreso dall'articolo 2740 del Codice civile che disciplina la responsabilità patrimoniale: il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri; pertanto, il creditore che rimane insoddisfatto può rivalersi soltanto sul patrimonio del debitore composto da tutti i suoi beni presenti e futuri. Il principio della responsabilità patrimoniale si lega ad un vincolo giuridico, il rapporto obbligatorio, in forza del quale un soggetto debitore è tenuto ad eseguire una prestazione in favore di un altro soggetto-creditore. A questo punto si apre un concorso sul patrimonio del fallito da parte di tutti i creditori, questo concorso viene regolato da un altro caposaldo che regola la procedura e cioè la "par condicio creditorum"¹⁰. Questo criterio diventa indispensabile dal momento che l'insolvente, nella maggior parte dei casi, risulta quasi sempre insufficiente a soddisfare per intero i creditori. Altro connotato rilevante del diritto fallimentare è rappresentato dal fatto di regolare velocemente l'insolvenza del debitore attraverso un procedimento rapido e sommario. La sommarietà deve essere ricompresa in due distinte fasi processuali: l'accertamento del passivo e la ripartizione dell'attivo¹¹. Il Destinatario della disciplina fallimentare è l'imprenditore commerciale non piccolo e questo è il

¹⁰ *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa", p. 4, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.*

¹¹ *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa", p. 5, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.*

presupposto soggettivo, in quanto questa disciplina non è applicabile al debitore civile, accanto a questo presupposto soggettivo esiste anche un presupposto oggettivo che è determinato dall'insolvenza del debitore. Nonostante il requisito soggettivo che regola la disciplina fallimentare, accade sempre più spesso che il debitore civile acceda al credito in proporzioni e secondo modalità tali da generare istanze di regolazione di una sua eventuale insolvenza, non così diverse da quelle a cui provvede il diritto fallimentare. E così nel nostro ordinamento, affianco alla legge fallimentare con l'intervento successivo del legislatore, è comparsa una particolare procedura volta alla "composizione del sovraindebitamento" o alla "liquidazione del patrimonio" di coloro che non sono assoggettati alle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare. Recentemente si è registrata un'ulteriore apertura anche nei confronti dell'imprenditore agricolo, che può avvalersi sia delle procedure di sovraindebitamento o liquidazione del patrimonio ovvero di una particolare procedura giudiziaria prevista dalla legge fallimentare volta alla omologazione giudiziaria degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Nelle recenti cronache legislative, come ad esempio la recentissima disciplina sulla riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza, e sulla scia di talune significative esperienze straniere non sono mancati proposte volte ad aumentare ulteriormente l'ambito di applicazione dell'intera legge fallimentare allo stesso imprenditore agricolo¹².

¹² *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa", p. 6, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.*

1.4. Interventi normativi più importanti alla Legge

Fallimentare precedenti ai lavori della commissione

Rordorf

Il Regio Decreto 267\1942 nel tempo ha subito numerose modifiche, il legislatore passo dopo passo è intervenuto per innovare e modificare l'obsoleta disciplina contenuta nella legge fallimentare del 1942, purtroppo senza mai riscriverla interamente. Una grande novità del diritto fallimentare è rappresentata dalle soluzioni non liquidatorie della crisi di impresa¹³. Questa ha introdotto un angolo diverso di intendere l'insolvenza e la crisi di impresa, poiché ha determinato una serie di strumenti aggiuntivi di cui l'impresa può disporre per incanalarsi non più verso una mera liquidazione dell'attività, che era l'ipotesi classica stabilita dalla vecchia legge fallimentare, ma verso un risanamento dell'attività imprenditoriale. Lo strumento senza dubbio più importante introdotto da questa prima riforma è stato il concordato preventivo che ancora oggi rappresenta l'alternativa più concreta rispetto al fallimento (oggi liquidazione giudiziale) e rispetto a quest'ultima il suo punto di forza è sicuramente dato dalla flessibilità della stessa procedura. Inoltre, il nostro legislatore ha previsto anche altri istituti come il piano di risanamento e gli accordi di ristrutturazione. Altre riforme importanti sono poi state promosse dal legislatore nel 2010 e nel 2012. Nel 2010 il legislatore è intervenuto per regolare, fra l'altro, il delicato problema della prededucibilità dei crediti in caso di

¹³ “La riforma del Diritto Fallimentare”, a cura di Marco Pace, p. 55, Buffetti Editore, Roma, 2007;

successivo fallimento e dell'ammissibilità della transazione fiscale nel concordato preventivo. In tale contesto, occorre dire che ha subito un'importante revisione anche l'originaria disciplina degli Accordi di Ristrutturazione dei debiti che nel 2011 è stata estesa anche agli imprenditori agricoli, tradizionalmente esclusi dalle procedure concorsuali¹⁴. Da qui si è, quindi, concretamente avviata la svolta epocale che ha segnato e stigmatizzato il percorso degli ulteriori successivi interventi legislativi verso un potenziamento di strumenti ispirati alla tecnica della composizione della crisi basata su una componente stragiudiziale che vede confrontarsi tra loro i principali protagonisti della crisi: debitore, da un lato, e creditori, dall'altro, che tentano una soluzione concordata sotto il vigilante controllo della legalità da parte dell'autorità giudiziaria e con la partecipazione di professionisti che attestino la fattibilità e la convenienza dell'accordo. Ispirata a questi obiettivi, nasce la legge 27 gennaio, n. 3 del 2012, poi, subito modificata dalla legge 22 dicembre 2012 n.221, e intitolata "procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", destinata al consumatore sovra-indebitato, al debitore civile, e in generale a tutti quei soggetti debitori tradizionalmente esclusi dalle procedure concorsuali ex articolo 1 Legge Fallimentare. Soggetti ai quali, prima di tale intervento legislativo, in caso di insolvenza erano applicabili esclusivamente le norme sull'esecuzione forzata¹⁵. Si è arrivati, poi, al "decreto sviluppo" del 22\06\2012, n. 83, convertito in legge 134\2012, che prevede importanti interventi sulla intera disciplina fallimentare e in particolare su

¹⁴ "Il Diritto Fallimentare e delle procedure concorsuali", a cura di Elena Frascaroli Santi, p. 1-8, casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2014;

¹⁵ "Il Diritto Fallimentare e delle procedure concorsuali", a cura di Elena Frascaroli Santi, p. 1-8, casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2014;

quella concordataria. Una importantissima novità introdotta con questo intervento normativo è stata l'immissione nell'ordinamento concorsuale del concordato preventivo con riserva. Provvedimento legislativo a cui ha fatto seguito il "decreto sviluppo bis", decreto-legge 179\2012 convertito in legge 221\2012, e, dopo breve tempo il decreto "del fare" n.69\2013, convertito in legge 98\2013. Tra le ragioni che hanno spinto il legislatore a promuovere questo importante intervento normativo vi era sicuramente in prima battuta la radicata consapevolezza che i problemi della crisi economica dell'impresa nell'ambito dei procedimenti concorsuali sono più adeguatamente risolvibili in termini di rapidità e risultati economici se si ricorre all'adozione di strumenti privatistici che consentivano al debitore la conclusione di un accordo con i suoi creditori, pur nel pieno rispetto dell'intervento dell'autorità giudiziaria quale garante di legalità¹⁶. Era fin troppo noto che già con la riforma del 2006, si erano privilegiate, per la rimozione della crisi d'impresa, le soluzioni concordatarie, in quanto si era ben radicata la consapevolezza dell'importanza di strumenti concordatari che tendano ad agevolare la permanenza sul mercato con adeguate forme di recupero, delle imprese in crisi sottoposte a procedure concordatarie. Obiettivi che si sono adeguati ad un preciso disegno legislativo, che si snoda attraverso una serie di procedimenti che tendono ad attuare l'uniformità del trattamento dell'insolvenza mediante l'applicazione del principio del concorso dei creditori. Le riforme del biennio 2012 e 2013 hanno riguardato anche la disciplina del fallimento, seppur in misura più marginale, ancorché importante,

¹⁶ "Il Diritto Fallimentare e delle procedure concorsuali", a cura di Elena Frascaroli Santi, p. 1-8, casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2014;

rispetto a quella delle procedure concordatarie. Difatti, il decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modifiche in legge 11 agosto 2012, n. 134, ha introdotto ulteriori modifiche rispetto a quelle già varate in sede di riforma del 2006 in merito alla disciplina della revocatoria fallimentare. Tali modifiche riguardarono:

- Le vendite e i preliminari di vendita trascritti (articolo 67, co.3, lett. c);
- Gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione di un piano di risanamento attestato (articolo 67, co. 3, lett. D);
- Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis.

Il decreto in oggetto aveva altresì modificato la norma riguardante la decadenza dell'azione revocatoria e il computo dei termini (articolo 69-bis). Infine, un'ulteriore modifica ha riguardato l'articolo 72, comma 8, relativamente alle condizioni di inapplicabilità della sospensione ai contratti preliminari di vendita trascritti¹⁷. Sulla intera procedura, oltre che delle altre procedure concorsuali, incise in termini rilevanti il "decreto sviluppo bis" del 18 ottobre 2012, n. 179, che ha dato attuazione a quello che venne definito un progetto di "giustizia digitale" per uno snellimento procedurale nel rispetto della corretta informazione. Tale decreto, inoltre, introdusse alcune modifiche riguardanti i termini processuali a tutela del diritto di difesa delle parti coinvolte nel procedimento. Di particolare importanza è stato l'anno 2015 dove il governo ha emanato un decreto-legge avvertendo: "una straordinaria necessità e urgenza da favorire il finanziamento delle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle

¹⁷ "Il Diritto Fallimentare e delle procedure concorsuali", a cura di Elena Frascaroli Santi, p. 1-8, casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2014;

imprese in concordato preventivo, di facilitare la conclusione di accordi di ristrutturazione del debito, prestando attenzione anche a meglio garantire indipendenza e professionalità di curatori fallimentari e commissari giudiziali¹⁸. Il decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modifiche dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132, entrata in vigore il 21 agosto 2015, ha introdotto significative novità in materia fallimentare. In particolare, sono state inserite disposizioni che hanno previsto:

- Più stringenti requisiti per la nomina dei curatori nel fallimento, nonché la possibilità di rateizzare il prezzo delle vendite e degli altri atti di liquidazione;
- Facilitazioni nella procedura di chiusura del fallimento;
- Agevolazioni per l'accesso al credito da parte dell'impresa che abbia chiesto il concordato preventivo (anche con riserva), le relative richieste di finanziamento sono assistite dal beneficio della prededuzione;
- Maggiore competitività nel concordato preventivo, con la possibilità di apertura sia ad offerte concorrenti per l'acquisto dei beni che a proposte di concordato alternative a quelle dell'imprenditore;
- Maggiori poteri e responsabilità del commissario giudiziario¹⁹.

¹⁸ Decreto-legge 27 giugno 2015, www.gazzettaufficiale.it;

¹⁹ “La riforma della legge fallimentare, le principali modifiche introdotte” a cura di Silvana Semeraro, p. 93-104, Fabrizio Serra Editore, Roma, 2015.

1.5. Verso una nuova grande riforma

Nonostante l'ordinamento concorsuale sia stato a più riprese revisionato attraverso una serie di cambiamenti significativi che hanno riguardato interi settori di tutta la disciplina fallimentare, ciò non ha fatto altro che evidenziare le dissonanze tra le disposizioni modificate e quelle rimaste invariate che originano dal Regio Decreto n. 267 del 1942. È apparso, quindi, evidente, agli addetti del settore la necessità di attuare una riforma sistematica ed organica della stessa materia concorsuale al fine di limare e ridurre le incertezze interpretative ed applicative. Tale esigenza, inoltre, risulta essere amplificata dalla volontà di allineare l'Italia agli altri paesi che fanno parte dell'Unione Europea, i quali possiedono una disciplina ben più recente e quindi efficiente e più adatta alle problematiche attuali. Questa armonizzazione era necessaria e fondamentale per rendere il nostro Paese più competitivo a livello internazionale dal punto di vista concorsuale. Inoltre, la necessità di un cambiamento risultava essere improcrastinabile per le sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea che spinsero verso l'armonizzazione delle normative sulla crisi di impresa degli Stati membri. Infatti, la stessa UE ha mostrato notevole interesse su tale materia, elaborando direttive, regolamenti e raccomandazioni. Tra di questi gli atti sicuramente più importanti sono stati: la Raccomandazione²⁰ 12 marzo 2014, n. 135, ed il Regolamento²¹ n. 848 del 2015. Il primo atto legislativo europeo è stato elaborato dalla Commissione europea, questo

²⁰ Raccomandazione Unione Europea 135\2014: Raccomandazione della Commissione, del 12 marzo 2014, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza Testo rilevante ai fini del SEE (europa.eu).

²¹ 2 Regolamento Unione Europea 848\2015: REGOLAMENTO (UE) 2015/ 848 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO - del 20 maggio 2015 - relativo alle procedure di insolvenza (europa.eu).

organismo si proponeva l'obiettivo di:" incoraggiare gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l'imprenditoria, gli investimenti e l'occupazione e contribuendo a ridurre gli ostacoli al buon funzionamento del mercato unico". L'obiettivo dell'UE era, quindi, favorire e la ristrutturazione immediata delle imprese ancora in bonis, in modo tale da evitare che queste cadano nell'insolvenza e che, quindi, non siano sottoposte ad alcuna procedura liquidatoria che possa svantaggiare il panorama economico-sociale del mercato europeo, in questo modo le imprese continuerebbero la loro attività, senza che via siano effetti negativi sia per i creditori che hanno intrattenuto rapporti economici con l'impresa, e sia per i lavoratori i quali beneficiano del fatto di continuare a lavorare per quella impresa "sana". In particolar modo la Raccomandazione 12 marzo 2014, n. 135, mira a perseguire i seguenti obiettivi:

- Diminuire i costi della valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro;
- Aumentare i tassi di recupero del credito;
- Eliminare le difficoltà di ristrutturazione dei gruppi transfrontalieri; Nonostante questi meritevoli obiettivi, la sopraindicata Raccomandazione ha delineato alcune norme minime in materia di "quadro di ristrutturazione preventiva".

In concreto vengono delineati le seguenti linee guida a cui gli Stati membri dovranno adeguarsi:

- La ristrutturazione deve essere attivata in una fase precoce della crisi: i ritardi nella segnalazione dello stato di crisi sono, infatti, nefasti e vanno evitati;

- Il debitore dovrebbe, in linea di principio, mantenere il “controllo della gestione corrente”;
- Il debitore dovrebbe poter chiedere la sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali;
- Il piano di ristrutturazione adottato dalla maggioranza dei creditori dovrebbe essere vincolante se “omologato dal giudice”;
- I “nuovi finanziamenti” necessari per l’attuazione del piano dovrebbero essere inattaccabili;
- La procedura di ristrutturazione non dovrebbe avere una durata eccessiva, dovrebbe essere la meno costosa possibile, ed essere flessibile onde evitare plurimi interventi del giudice.

Il secondo atto normativo è il Regolamento, che è un atto direttamente applicabile in tutti gli Stati membri dell’UE, che è stato emanato il 20 maggio 2015. Esso si fonda sul principio del mutuo riconoscimento, per cui l’autorità giudiziaria può richiedere alle competenti autorità degli altri Stati membri l’esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni. Ed è diretto a rendere le procedure di insolvenza con conseguenze transfrontaliere più idonee e funzionanti. L’obiettivo che mirava a raggiungere questo Regolamento era sempre un maggior sviluppo del mercato unico, che rappresenta sempre il fine unico dell’UE. Infatti, era indispensabile, all’interno dell’UE, garantire e aumentare la certezza giuridica per gli investitori transfrontalieri che sarebbero al contrario svantaggiati nella valutazione del rischio nel caso di differenti norme²².

²² Alessandro Pelagatta: RACCOMANDAZIONE 2014/135/UE: “verso un nuovo approccio europeo per la gestione della crisi d’impresa e delle ristrutturazioni” - Ex Parte Creditoris, 2016.

1.6. La commissione Rordorf e la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza

Negli ultimi anni il legislatore italiano è stato chiamato in causa moltissime volte, modificando la disciplina inserendo nell'ordinamento concorsuale numerosi strumenti utili a fronteggiare i continui mutamenti della crisi di impresa e dell'insolvenza, poiché questa iniziava ad avere dei connotati distintivi che erano ben distanti dalla vecchia Legge Fallimentare che ancora, seppur parzialmente, la disciplinava. Tra le ultime modifiche apportate dal legislatore, sicuramente troviamo il D.L. 83\2105 convertito in Legge 132\2015 che è stato approfondito in precedenza e passato in rassegna per il fatto di "recare misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria". Nonostante questa importante introduzione a livello di materia fallimentare, tutti gli operatori del settore erano d'accordo sul fatto che gli strumenti che possedevano per la gestione della crisi d'impresa erano del tutto insufficienti ed inadeguati, oltre ciò la confusione normativa della disciplina accentuava le problematiche esistenti. A tutto questo va aggiunta la volontà dell'Unione Europea, nei confronti degli Stati membri, affinché si potesse raggiungere un'armonizzazione legislativa in materia per favorire il mercato unico europeo fortemente sensibile a questo delicatissimo tema. In questo contesto, particolarmente dinamico, il ministero della giustizia il 28 gennaio 2015 ha nominato con un decreto una commissione di esperti delegata ad elaborare proposte di interventi di riforma della disciplina delle procedure concorsuali, attraverso un approccio non più

emergenziale, bensì sistematico e organico, in modo tale da far venire meno quella confusione normativa che aveva portato, nel corso del tempo, ad un ordinamento concorsuale macchinoso e non adeguato alla prassi reale²³. Gli obiettivi che la commissione mirava a conquistare, nell'ambito della materia fallimentare erano i seguenti:

- Individuazione di misure idonee a incentivare l'emersione della crisi;
- Razionalizzazione, semplificazione e uniformazione dei procedimenti previsti dalla legge fallimentare anche in relazione al raccordo con la disciplina del processo civile telematico;
- Indagine statistica della durata e degli esiti dei procedimenti di concordato preventivo e di fallimento nel periodo 2010-2014, e all'adozione delle conseguenti misure funzionali alla:

1. Individuazione di strumenti diretti a favorire una maggiore uniformità degli orientamenti giurisprudenziali in funzione della certezza del diritto, della competitività dell'ordinamento, e del più ampio supporto alle esigenze di continuità dell'impresa;
2. Incentivazione del concordato preventivo, in particolare quello con continuità aziendale, quale strumento diretto alla conservazione dell'impresa con salvaguardia dei livelli occupazionali.

Questa commissione è chiamata anche "commissione Rordorf", per il soggetto, Dott. Renato Rordorf (allora presidente della Corte di Cassazione), chiamato in causa per

²³ "Lineamenti generali della riforma Rordorf", a cura di Maurizio Irrera, p. 23, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

presiedere e guidare i lavori che erano finalizzati a dare una nuova impronta al diritto fallimentare in generale e in particolar modo alla nuova crisi di impresa. L'obiettivo finale di questi lavori era quello di inquadrare tutte le diverse procedure concorsuali in maniera più organica, anche se questo è stato in parte disatteso come vedremo in seguito. Data la particolare ampiezza e difficoltà dell'argomento normativo che si andava a modificare e rinnovare, la commissione, per motivi di praticità, decise di suddividere le attività interessate in sei diverse aree di intervento. Ciascuna delle sei classi, con cui erano stati suddivisi i lavori, aveva a capo un coordinatore e per avere una maggiore congruità tra i vari e diversi temi che venivano approfonditi dalle sei diverse sotto aree venne, per ciascuna di esse, designato un referente. Questi, affinché fosse raggiunto l'obiettivo della maggiore uniformità nell'impostazione dei differenti settori, dovevano sempre mantenere contatti stretti. Verso la fine del 2015, in virtù di favorire una maggiore attenzione alle problematiche della materia nella pratica professionale, affiancarono la commissione, attraverso delle osservazioni, il Consiglio Nazionale dei dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, il Consiglio Nazionale Forense, l'associazione Bancaria Italiana e Confindustria. Il definitivo testo della bozza di legge delega venne redatto il 29 dicembre 2015.

1.7. Principi generali della riforma

Il testo originario, elaborato dalla commissione e presentato dal governo, era composto da 16 articoli, suddivisi in tre capi²⁴. Il primo capo, relativo alle disposizioni generali, comprendeva gli articoli 1 e 2. Il secondo capo, che andava dall'articolo 3 fino all'articolo 15, riguardava le misure per la riforma delle procedure di crisi e dell'insolvenza, infine, il terzo capo concerneva disposizione finanziarie ed era ricompreso nell'articolo 16. Nelle disposizioni generali, la commissione ha indicato in maniera generica il contenuto della legge delega, infatti l'articolo 1 specificava che il Governo era delegato ad emanare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al Regio Decreto n. 267\1942 e successive modifiche, della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla L. 27 gennaio 2012, e successive modifiche, per il riordino dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza regolate al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e delle misure urgenti per la ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge il 18 febbraio 2004. Inoltre, nell'articolo 1 era previsto anche una revisione circa il sistema dei privilegi e delle garanzie. Nell'articolo 2 la commissione ha stabilito dei criteri direttivi a cui il Governo dovrà attenersi nell'esercizio della delega:

- Sostituzione del termine "fallimento" e suoi derivati, con espressioni equipollenti, tra le quali ricordiamo "insolvenza" o "liquidazione giudiziale", il lessico doveva essere modificato anche per quanto concernono le relative disposizioni in materia penale;

²⁴ Progetto di legge della diciassettesima legislatura (camera.it) testo di legge originario;

- Il Governo era chiamato in causa per cercare di dare una definizione allo stato di crisi, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza specificata all'articolo 5 della Legge Fallimentare;
- Adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore con caratteristiche di particolare celerità;
- Assoggettare al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con l'esclusione dei soli enti pubblici;
- Dare priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, evitando casi di abuso, riservando la liquidazione giudiziale solamente nei casi nei quali non venga fatta un'idonea proposta alternativa;
- Ridurre la durata ed i costi delle procedure concorsuali con il contenimento delle prededuzioni, anche con riguardo ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che questi costi assorbano in maniera rilevante l'attivo delle procedure;
- Assicurare la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale con l'adeguamento degli organici degli uffici giudiziari;
- Istituire presso il Ministero della Giustizia un albo di soggetti destinati a svolgere, su incarico del tribunale, le funzioni di gestione o controllo delle procedure concorsuali, attraverso il rispetto dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza. Analizzando i criteri direttivi, previsti dalla commissione, sicuramente una novità molto importante è l'abbandono del termine "fallimento", poiché questa espressione era accompagnata, fin dalle sue origini, da connotati negativi, inoltre la volontà di sostituire

questo termine era data anche dalla volontà del legislatore di uniformarsi ad alcuni importanti Paesi europei, quali ad esempio Francia e Germania. Il legislatore, sostanzialmente, modificando la dicitura lessicale del termine, ha voluto intendere la “crisi” e “l’insolvenza” come una fase fisiologica che caratterizza il ciclo di vita dell’impresa, da prevenire ed eventualmente da contrastare. In secondo luogo, la commissione, per cercare di superare nel migliore dei modi le difficoltà interpretative normative, ha riscontrato la necessità di dover dare una precisazione ad alcune nozioni fondamentali, tra le quali “crisi” ed “insolvenza”. Sicuramente queste due espressioni sono la sintesi di un processo comune, ma comunque devono essere specificatamente definite separate per un migliore superamento della crisi stessa; infatti, la crisi rappresenta un pericolo di futura insolvenza, mentre l’insolvenza stessa è quella disciplinata dall’articolo 5 Legge Fallimentare. Un’altra novità fondamentale riguarda la volontà della stessa commissione di alleggerire le procedure concorsuali da un punto di vista temporale ed economico, soprattutto per il fatto che il creditore riceveva solo una parte di quanto gli spettava, e la riceveva solo dopo parecchio tempo. Tuttavia, la novità, che sicuramente richiama maggiore attenzione, era quella per cui la commissione, in merito ad una procedura più organica, ha scelto di indirizzare il Governo verso la costruzione di un unico modello processuale per l’accertamento dello stato di crisi o d’insolvenza. Questo doveva essere perseguito mediante la predisposizione di un unico nuovo codice, autosufficiente, il quale conteneva tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla regolazione dello stato di crisi o dello stato di insolvenza, che perseguivano in primo luogo la continuità aziendale e la valorizzazione del patrimonio del debitore, e in secondo luogo, come seconda scelta, la liquidazione del patrimonio del debitore. In

questo modo veniva previsto anche una risoluzione della procedura sui tempi e costi delle stessa, in quanto era prevista la possibilità che un eventuale percorso concordatario, laddove si rilevava impraticabile, si poteva convertire automaticamente in un percorso di tipo liquidatorio senza bisogno di una nuova domanda. Il secondo capo, costituito da un totale di 13 articoli, rappresenta la parte più importante del lavoro svolto dalla commissione. L'articolo 3 disciplina la crisi e l'insolvenza all'interno dei gruppi di imprese, questa materia rappresenta una novità vera e propria all'interno dell'ordinamento concorsuale in virtù del fatto che la Legge fallimentare ignorava del tutto la disciplina dell'insolvenza dei conglomerati societari. Sotto questo punto di vista, di grande aiuto è stato il legislatore europeo che attraverso la promanazione del Regolamento n. 848 del 2015, si era posto come obiettivo quello di regolare nel migliore dei modi l'insolvenza dei gruppi transfrontalieri. Questo ha dato l'impulso alla commissione di regolamentare questa lacuna presente nella nostra normativa. Innovativa è stata l'introduzione della facoltà per le imprese del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano di consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la gestione dell'insolvenza di gruppo, prevedendo in caso di procedure distinte degli obblighi di reciproca informazione a carico degli organi di tali procedure. Nell'ipotesi di gestione unitaria di concordato preventivo è stato prevista la nomina di un unico giudice delegato, commissario giudiziale e di un unico fondo per le spese di giustizia, invece, in caso di unica procedura di liquidazione giudiziale verranno sì nominati un unico giudice delegato e curatore fallimentare, ma distinti comitati dei creditori. Infine, la scelta di una gestione unitaria dell'insolvenza all'interno del gruppo di imprese non dovrà comportare il venir meno dell'autonomia patrimoniale delle masse attive e passive delle imprese

dotate di propria personalità giuridica. L'articolo 4 concerne le procedure di allerta e la procedura di composizione assistita della crisi. Pertanto, l'obiettivo di questa norma è quella di favorire l'emersione anticipata della crisi e facilitare le contrattazioni tra le parti con interessi contrapposti all'interno della procedura. Questa disposizione è collegata ad uno degli obiettivi che mirava a conseguire la Raccomandazione n. 135\2014, cioè "consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività". Da uno studio, promosso dalla Commissione europea²⁵, è emerso un quadro particolarmente preoccupante sull'incapacità delle imprese italiane di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoci, a tutto questo va aggiunto che nel nostro Paese le procedure concorsuali sono mal viste dallo stesso imprenditore, il quale aspetto sino all'ultimo momento per attivarle, è per questo motivo che nella maggior parte dei casi gli imprenditori utilizzano queste misure quando ormai è troppo tardi. La stessa Unione Europea, quindi, aveva sollecitato gli stessi legislatori nazionali affinché dotassero il corpus normativo di "servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi". Il fine ultimo dell'Unione era quello di massimizzare il valore totale per i creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale. In questo modo la commissione ha introdotto una fase preventiva d'allerta per l'emersione della crisi, di modo che si potesse trovare un punto stragiudiziale di raccordo tra gli interessi dei creditori e quello del debitore, entrambi assistiti da professionisti specializzati. In questo caso al tribunale

²⁵ Comunicazione della Commissione, Piano d'azione e imprenditorialità 2020, COM (2012), 9 gennaio 2013, in www.eurlex.europa.eu, appositamente richiamato nel 9° Considerando della Raccomandazione n. 135\2014.

spetta un ruolo secondario e che verrà chiamato in causa solo nel momento nel quale sorgano dei conflitti tra le parti. Il ruolo secondario del tribunale è dovuto anche dal fatto che l'imprenditore potrebbe percepire la sua presenza come l'anticamera di una successiva procedura di insolvenza. Infine, la competenza di questa procedura è stata rimessa ad apposita sezione specializzata degli Organismi di composizione della crisi (OCRI). Le novità introdotte dall'articolo 4 non sono terminate, infatti sono stati previsti dei benefici per l'imprenditore che ricorre tempestivamente alle procedure di allerta, viceversa sono state introdotte misure sanzionatorie in caso di comportamenti che ne ostacolano l'attuazione. L'articolo 5 concerne gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento. Qui vengono introdotti alcuni principi e criteri direttivi al fine di incentivare la convenzione di moratoria, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento, nonché i loro relativi effetti. Tra le misure introdotte troviamo, ad esempio, l'estensione della procedura prevista all'articolo 182-septies, ex Legge Fallimentare, all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee. L'articolo 6 riguarda specificatamente la procedura di concordato preventivo. Le riforme che si sono susseguite nel nostro ordinamento, prima di quella del 2015, hanno determinato un maggior favor nei confronti di questa particolare procedura concorsuale; infatti, si è assistito ad un notevole incremento del numero di domande di richiesta di ammissione a questa procedura. Nonostante un favoreggiamento verso questa procedura, la maggior parte delle domande di concordato preventivo presentate tendevano ad una liquidazione dei beni e questo,

nella maggior parte dei casi, non sempre ha rappresentato uno strumento idoneo a soddisfare nel miglior modo possibile i creditori. In effetti il concordato preventivo raggiunge la sua massima utilità, in merito ad un miglior soddisfacimento delle pretese dei creditori, quando riesce a promuovere la continuità aziendale. Per questo motivo la commissione ha voluto circoscrivere tendenzialmente la disciplina alla sola ipotesi di “concordato in continuità aziendale”, anche se non si esclude del tutto ogni possibilità di “concordato preventivo liquidatorio”. Anche se all’interno delle possibili procedure di scelta per la trattazione dello stato di crisi e dell’insolvenza è stata prevista una procedura stragiudiziale di allerta e di composizione assistita della crisi, quest’ultima non rappresenta una procedura obbligatoria e vincolante per i soggetti che sono interessati dallo stato di crisi e di insolvenza, pertanto la procedura concorsuale di concordato può essere attivata senza essersi avvalsi della procedura stragiudiziale. All’interno della procedura concordataria la commissione ha riscontrato anche la necessità di contenere entro un limite massimo i compensi per i professionisti, che devono essere messi in relazione all’attivo dell’impresa, in questo modo sono ridotte dal punto di vista quantitativo l’entità delle predeuzioni. Un’altra novità introdotta per questo istituto è stata l’introduzione di una specifica disciplina in relazione al regime di responsabilità degli organi sociali e al funzionamento degli stessi durante la procedura concorsuale, con il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, in merito a questo è stato previsto a favore del tribunale un potere di commissariamento verso questi soggetti, in caso di comportamenti opportunistici. Come indicato già in precedenza, uno degli obiettivi più importanti che connotano la legge delega è stato la sostituzione del fallimento con la liquidazione giudiziaria, procedura che viene tracciata con l’articolo 7

della stessa delega. La strada, che la commissione ha scelto di percorrere, ha voluto rendere la nuova procedura più snella e flessibile, senza che tuttavia vengano stravolte completamente le solide basi che ne hanno caratterizzato gli aspetti più importanti e peculiari. Una novità all'interno degli organi della procedura riguarda il curatore fallimentare; infatti, secondo il primo comma di questo articolo il Governo deve adottare delle misure volte a rendere più efficace la funzione dello stesso curatore. A tal fine vengono sintetizzati delle linee guida che lo stesso Governo deve seguire per perseguire questo scopo. La prima materia che viene regolata infatti è un tema molto caldo che necessitava di essere disciplinato, parliamo dell'incompatibilità del curatore quando si passa da una procedura concorsuale ad un'altra, in questo caso il Governo deve intervenire per integrare questa e cercare di porre rimedio a questa problematica. Inoltre, il Governo deve definire e rendere più trasparenti i poteri del curatore fallimentare circa l'accesso e l'accertamento a pubbliche amministrazioni e banche dati, in questo modo si vuole verificare e avere una maggiore certezza per quanto concerno la quantificazione dell'attivo. Un'altra novità di particolare importanza che concerne sempre il potere del curatore riguarda il fatto che questo deve specificare il contenuto minimo del programma di liquidazione. Il comma terzo dello stesso articolo riguarda una misura che intende snellire e semplificare la procedura. In particolar modo, questa disposizione integra uno dei poteri del comitato dei creditori, infatti le funzioni attribuite a questo organo possono essere sostituite con forme di consultazione telematica del ceto creditorio, e la norma introduce la regola del silenzio-assenso. Sicuramente questa previsione normativa mira a innovare fortemente la procedura introducendo all'interno della stessa, misure più all'avanguardia favorendo l'entrata di strumenti digitali nella

stessa. Un altro punto chiave disciplinato da questa disposizione sono gli effetti della procedura circa il rapporto di lavoro subordinato, infatti, viene espressamente stabilito che questa materia deve essere coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione del passivo. Questa integrazione, a mio avviso, era assolutamente necessaria in virtù delle problematiche sociali e lavorative attuali che nella vecchia legge fallimentare erano state poco ascoltate, mentre, soprattutto nella situazione odierna, rappresentano tematiche meritevoli di una forte tutela. Anche la procedura di accertamento del passivo viene rivista e trattata all'interno dello stesso articolo. In particolare, anche per questa ipotesi viene favorito un ricorso a strumenti telematici, in quanto si è voluto agevolare la presentazione di domande di creditori e terzi, anche non residenti nel territorio nazionale, attraverso l'uso di strumenti telematici. Allo stesso tempo è stata ristretta l'ammissibilità delle domande alternative. Un'altra novità collegata sempre all'accertamento del passivo è quella di prevedere per le domande di minor valore e di minore complessità delle forme più semplificate. La novità più importante riguardava l'introduzione nella fase di liquidazione dell'attivo di un sistema di vendita dei beni che consenta migliori prospettive di soddisfazione delle ragioni dei creditori, garantendo la competitività delle operazioni di liquidazione attraverso la creazione di un mercato unitario telematico nazionale delle vendite, dando massima visibilità ai beni assoggettati ad una procedura concorsuale, con la possibilità di acquisto non solo con denaro corrente ma anche con appositi titoli abilitanti alla partecipazione alle vendite, infine si è prevista la costituzione di uno o più fondi per la gestione e valorizzazione dei beni

rimasti invenduti. L'attuale normativa è incentrata principalmente sul fallimento dell'imprenditore individuale, mentre era particolarmente scarsa l'attenzione nei confronti della impresa societaria, la quale oggi rappresenta, senza ombra di dubbio, la fattispecie di forma giuridica più frequente soggetta a questo ambito applicativo. Per questo motivo la disciplina delle procedure concorsuali, e in modo particolare il diritto societario, è stato fortemente revisionato. Alla luce di questo è stata prevista la previsione del curatore che al termine di una procedura concorsuale di una società di capitali, dovrà convocare l'assemblea ordinaria dei soci chiedendo di decidere se porre fine alla liquidazione, ricapitalizzando la società in virtù di una ritrovata sostenibilità, ovvero cessare l'attività sociale per concludere con la cancellazione dal Registro delle imprese. Inoltre la commissione non ha escluso l'ipotesi che la procedura di liquidazione giudiziale possa concludersi anche per mezzo di una procedura di concordato, tuttavia questa possibilità è condizionata al fatto che la proposta sia organizzata con il reperimento e l'apporto di nuove risorse, sicuramente in questo modo viene perseguito l'obiettivo di miglior soddisfacimento delle pretese dei creditori, i quali traggono maggiori benefici da questa operazione rispetto alla mera liquidazione dei beni del debitore. L'articolo 9 della Delega per il governo, in merito al riordino della disciplina della crisi e dell'insolvenza tratta il sovraindebitamento, tenendo presente dei fondamentali principi e criteri direttivi tra i quali:

- Comprendere nella procedura i soci illimitatamente responsabili e individuare criteri di coordinamento nella gestione delle procedure per sovraindebitamento riguardanti più membri della stessa famiglia;

- Disciplinare le soluzioni dirette a promuovere la continuazione dell'attività svolta dal debitore, nonché le modalità della loro eventuale conversione nelle soluzioni liquidatorie, anche ad istanza del debitore, e consentendo, esclusivamente per il debitore-consumatore, solo la soluzione liquidatoria, con esclusione all'esdebitazione, nel caso in cui la crisi o l'insolvenza derivino da colpa grave, malafede o frode del debitore;
- Consentire al debitore meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno futura, di accedere all'esdebitazione solo per una volta, fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni, laddove sopravvengano utilità;
- Prevedere che il piano del consumatore possa comprendere anche la ristrutturazione dei crediti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto stipendio o della pensione e dalle operazioni di prestito su pegno;
- Prevedere che nella relazione dell'articolo 9, comma 3-bis, della legge 27 gennaio 2012, n. 3, sia indicato se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del richiedente, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita;
- Precludere l'accesso alle procedure ai soggetti già esdebitati nei cinque anni precedenti la domanda o che abbiano beneficiato dell'esdebitazione per due volte, ovvero nei casi di frode accertata;
- Introdurre misure protettive simili a quelle previste nel concordato preventivo, revocabili su istanza dei creditori, o anche d'ufficio in caso di atti in frode ai creditori;

- Riconoscere l’iniziativa per l’apertura delle soluzioni liquidatorie, anche in pendenza di procedure esecutive individuali, ai creditori e, quando l’insolvenza riguardi l’imprenditore, al pubblico ministero;
- Ammettere all’esdebitazione anche le persone giuridiche, su domanda e con procedura semplificata, purché non ricorrano ipotesi di frode ai creditori, o di volontario inadempimento del piano o dell’accordo;
- Prevedere misure sanzionatorie, eventualmente di natura processuale con riguardo ai poteri di impugnativa e di opposizione, a carico del creditore che abbia colpevolmente contribuito all’aggravamento della situazione di indebitamento;
- Attribuire anche ai creditori e al PM l’iniziativa per la conversione in procedura liquidatoria, nei casi di frode o inadempimento.

Da come si può evincere dalla lettura di questi criteri, che il Governo dovrà utilizzare per riordinare la disciplina del sovraindebitamento, la quale, soprattutto negli ultimi anni è una problematica emersa con maggiore vigore, si è cercato di colmare questa disciplina che è stata introdotta nel nostro ordinamento concorsuale nel 2012, la quale era stata per molto tempo invocata dai professionisti del settore, anche se l’originaria formulazione era da integrare. Con questi criteri, si cerca sostanzialmente di dare un’organizzazione maggiore alla procedura, in particolare il secondo criterio sopraelencato mira a perseguire l’obiettivo della continuità che rappresenta il fine ultimo più ampio della riforma in generale, anche se viene integrata anche la procedura liquidatoria del sovraindebitamento. Il punto centrale della revisione di questa disciplina, tuttavia, è rappresentato dalle misure meritevoli che sono attuate a favore del debitore-consumatore meritevole come, ad esempio, è previsto l’istituto della

esdebitazione. Oltre alle misure favorevoli, sono previste allo stesso tempo delle misure sanzionatorie per lo stesso soggetto reo di aver commesso reati quali ad esempio la frode. Gli articoli 10, 11 e 12 della Legge Delega erano diretti a rivedere in modo ampio la disciplina delle garanzie²⁶. In particolare, la revisione dell'articolo 10 riguardava il sistema dei privilegi, infatti lo stesso articolo è rubricato "privilegi" e questo denotava la portata generalissima della delega. Il Governo avrebbe dovuto riordinare e revisionare il sistema dei privilegi con il principale obiettivo di:

- Di ridurre i privilegi generali e speciali, in particolare quelli di natura retentiva che sono privilegi speciali mobiliari i quali, oltre a poter essere soddisfatti con precedenza sul ricavato dei beni oggetto di privilegio, hanno la prerogativa di poter essere tenuti dal creditore presso di sé fino alla soddisfazione del credito e di poter essere venduti, in caso di inadempimento, secondo le disposizioni stabilite per la vendita del pegno, quindi al di fuori delle normali procedure esecutive;
- Di adeguare, di conseguenza, l'ordine delle cause legittime di prelazione;

Lo stesso Parlamento ha voluto riassetare questa disciplina in quanto ritenuta molto frastagliata; infatti, il notevole intervento della legislazione speciale ha contribuito a rendere oltremodo asistemica la materia dei privilegi. Oltre ad essere una disciplinata confusionaria, questa è per molti aspetti anche obsoleta, perché buona parte delle fattispecie contemplate dal Codice civile appaiono essere frutto di concezioni assai risalenti nel tempo, che hanno perso quasi completamente di attualità, mentre altre situazioni emergenti nel contesto evolutivo della società potrebbero essere più

²⁶ "Prime riflessioni sulla legge delega n. 155\2017 di riforma delle procedure concorsuali", a cura di S. De Matteis, p. 1-12, Editore Giuffrè, Milano, 2017.

meritevoli di una considerazione privilegiata. Da questo scenario, infatti, è emerso l'intenzione di una drastica riduzione delle ipotesi di privilegio laddove era espressamente chiarito che nell'opera di riordino e revisione generale bisognava tener conto che il privilegio si poneva, per sua stessa definizione, come un'eccezione al fondamentale principio di uguaglianza, onde esso si giustifichi solo a condizione di rispondere ad un interesse del pari costituzionalmente protetto. L'articolo 11, invece, si occupa delle garanzie non possessorie e precisamente con tale norma il Governo era delegato a prevedere la disciplina del sistema delle garanzie reali mobiliari e cioè a regolamentare una forma di garanzia reale non possessoria, avente ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche futuri, determinati o determinabili, con la previsione che il soggetto costituente la garanzia, salvo diverso accordo delle parti, abbia la facoltà di utilizzare, nel rispetto dei principi di buona fede e di correttezza, e in ogni caso nel rispetto della destinazione economica, i beni oggetto di garanzia, anche nell'esercizio della propria attività economica. Inoltre, in deroga al divieto del patto commissorio sancito dall'articolo 2744 del Codice civile, si è previsto che il creditore poteva escutere extra-giudizialmente la garanzia a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva, fatto salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l'importo del credito e prevedere forme di pubblicità e controllo e di tutela dei terzi in buona fede. L'articolo 13 tratta dei rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali, mentre di particolare importanza è l'articolo 14 dove sono date delle direttive per quanto riguarda le modifiche al Codice civile, queste modifiche infatti erano necessarie sia per superare alcuni contrasti normativi, e sia per rendere coerenti alcune norme in relazione alla

disciplina organica che doveva essere attuata con la Legge Delega. Propria in tale ottica si è previsto l'estensione per quanto riguarda l'applicabilità dell'articolo 2394 alle società a responsabilità limitata, mentre per articolo 2394-bis ci si era indirizzati verso l'abrogazione. Ci sono poi disposizioni che contengono ulteriori accorgimenti che sono funzionali alla effettività delle norme e sull'emersione tempestiva della crisi di cui all'articolo 4 della Legge Delega. Esse sono quelle relative al dovere dell'imprenditore e degli organi della società di creare strutture interne all'impresa tali da consentire una tempestiva rilevazione dello stato di crisi, per poter altrettanto tempestivamente attivarsi per adottare uno degli strumenti di superamento della crisi e di recupero della continuità aziendale prevista dalla riforma (comma 1, lettera b), e quelle secondo cui nell'ambito delle misure protettive che si attivano a seguito delle procedure di allerta, di composizione assistita della crisi, di accordo di ristrutturazione dei debiti e di regolazione concordata preventiva della crisi, prevedono la sospensione delle cause di scioglimento della società relative alla perdita del capitale sociale o alla sua riduzione al di sotto del minimo legale, come indicato dagli articoli 2484 n. 4, e 2545-duodecies del Codice civile, nonché la sospensione di alcuni obblighi degli organi sociali. In particolare, nelle società di capitali, potranno essere sospesi gli obblighi relativi:

- Alla riduzione del capitale sociale in proporzione alle perdite subite (articolo 2446, 1 e 3 comma; articolo 2482-bis, 4, 5 e 6 comma), la cui funzione è quella di ricostituire la corrispondenza tra capitale sociale e patrimonio effettivo, permettendo ai terzi che contrattano con le società di potersi immediatamente rendere conto della situazione economica;

- All'aumento del capitale sociale per portarlo ad una cifra non inferiore al minimo legale, quando la riduzione del capitale l'abbia portato sotto la soglia prevista dalla legge (articolo 2447 per le S.p.a.; articolo 2482-ter per le S.r.l.);
- Alla gestione della società da parte degli amministratori (articolo 2486);

La commissione ha poi stabilito di integrare l'elenco delle cause di scioglimento delle società di capitali (articolo 2484 del Codice civile), includendovi anche l'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale (comma 1, lettera c) delle Delega) e definire i criteri per la quantificazione del danno risarcibile in caso di azione di responsabilità verso gli amministratori che abbiano violato l'articolo 2486 Codice civile, recando danni alla società e ai soci, ai creditori sociali e ai terzi, attraverso una gestione non limitata alla conservazione del patrimonio sociale (lettera e), comma 1). Vi sono poi altre norme che integrano la disciplina delle società a responsabilità limitata, prima fra tutte quella che estende l'applicabilità alle S.r.l., anche prive di organo di controllo, delle disposizioni dell'articolo 2409 C.c., in tema di denuncia al Tribunale delle irregolarità commesse dagli amministratori e sindaci ad opera dei soci. Sicuramente la novità più importante che integra la regolamentazione normativa delle società a responsabilità limitata è data dalla lettera g). Sostanzialmente la commissione si è mossa, revisionando l'intera disciplina, al fine di prevedere un assetto organizzativo tale da far emergere tempestivamente la crisi, in modo tale che si potessero attivare delle misure di allerta per il superamento della stessa. Alla luce di questo si è previsto, infatti, la modifica dei limiti quantitativi per i quali la società a responsabilità limitata è obbligata alla nomina di un organo di controllo o di un revisore. In particolar modo, la nomina obbligatoria è

prevista quando la società per due esercizi consecutivi ha superato almeno due dei seguenti limiti:

- Totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 2 milioni di euro;
- Ricavi delle vendite e delle prestazioni: 2 milioni di euro;
- Dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 10 unità;

Inoltre, è stata prevista anche l'interruzione della nomina obbligatoria dell'organo di controllo qualora non vengano superati per tre esercizi consecutivi alcuno dei sopracitati limiti quantitativi. L'ultima procedura su cui la commissione si è concentrata è stata la liquidazione coatta amministrativa regolamentata all'articolo 15 della Legge Delega. In particolar modo sono previste, per alcune fattispecie particolari, come banche ed imprese assimilate, ed intermediari finanziari, l'applicazione del relativo regime speciale. Un'altra novità, sempre per questa procedura, risulta essere quella di aver previsto per le autorità amministrative di vigilanza le competenze in tema di segnalazione di allerta e le funzioni attribuite agli organismi di composizione della crisi nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 4, anche al fine di individuare soluzioni di carattere conservativo, nonché la legittimazione alla domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale di cui all'articolo 7. Infine, l'ultimo capo della Legge Delega 19 ottobre 2017, n.155, tratta delle disposizioni finanziarie dove si stabilisce sostanzialmente che dalla attuazione della presente legge e dei decreti legislativi da essa previsto, ad eccezione delle disposizioni dell'articolo 2 comma 1, lettera o), e dell'articolo 11, comma 1, lettera a), per le quali sono previste

specifiche autorizzazioni di spesa, non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica²⁷.

²⁷ i dati presenti in questo paragrafo, che riguardano l'analisi di tutti gli articoli, sono stati presi da: [Rordorf \(fallimento.it\)](http://Rordorf(fallimento.it)).

1.8. Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza

La legge Delega 19 ottobre 2017, n. 155, è stata attuata mediante il d.lgs. 14\2019²⁸, che contiene la disciplina degli strumenti previsti dal nostro ordinamento circa la regolazione della crisi di impresa e l'insolvenza. Infatti, questo atto normativo consiste nel "Codice della crisi e dell'insolvenza" e qui sono disciplinate la maggior parte delle procedure che riguardano questo ampio fenomeno, ad eccezione della liquidazione coatta amministrativa e dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Il nuovo codice è composto da 391 articoli, suddivisi in 10 titoli. Di particolare importanza sono le norme contenute nel titolo secondo e nel titolo quinto capo decimo; infatti, troviamo nel titolo secondo le procedure di allerta e di composizione della crisi, mentre il quinto titolo, capo decimo, è relativo all'istituto dell'esdebitazione. Nonostante il codice sia stato emanato nel 2019, ancora oggi non è entrato in vigore. Inizialmente si era previsto il 15 agosto 2020, ma il decreto liquidità dell'8 aprile 2020 ne ha prorogato la sua attuazione al primo settembre 2021. Successivamente, attraverso il Decreto-legge 118\2021, è stato previsto un ulteriore rinvio al 15 maggio 2022. Anche gli strumenti di allerta avranno una decorrenza ulteriormente differita nel tempo, ed entreranno in vigore nel 2024. Lo slittamento relativo all'entrata in vigore del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è stato necessario affinché si potesse garantire un adeguamento dello stesso a causa della pandemia da Covid-19 che ha danneggiato numerosissime imprese, le quali avrebbero dovuto attivare, a causa della stessa, le procedure di allerta. La decisione è infatti giustificata da questo particolare

²⁸ Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, numero 14, gazzetta ufficiale [Gazzetta Ufficiale](#).

momento storico, in cui il sistema economico globale si è trasformato profondamente. In particolar modo, l'attuazione delle numerose novità contenute all'interno del decreto potrebbero non raggiungere gli obiettivi cercati e sperati, ma potrebbero essere addirittura dannose. Gli strumenti di allerta pensati prima della pandemia per una tempestiva rilevazione della crisi di impresa, ad esempio, potevano risultare efficaci nel momento in cui sono stati ideati e in merito al contesto economico pre-Covid19, ma potrebbero non essere altrettanto adeguati in considerazione dell'attuale situazione economica generale. Inoltre, la posticipazione del codice è stata data anche dal fatto che si voleva conformare quest'ultimo alla direttiva dell'Unione Europea 1023\2019²⁹, che riguardava i quadri di ristrutturazione preventiva, le esdebitazioni e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione. Lo scopo della direttiva era quello di:

- Offrire ai soggetti falliti e agli imprenditori falliti una seconda opportunità;
- Facilitare per le imprese e gli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a misure di ristrutturazione in una fase precoce e prevenire la crisi;
- Modificare la direttiva (EU) 1132\2017 su alcuni aspetti del diritto societario relativo alle società di capitali;

La procrastinazione del nuovo codice, tuttavia non ha interessato tutte le norme contenute al suo interno, infatti, ci sono alcune disposizioni che il legislatore ha ritenuto

²⁹ Direttiva UE 2019\1023 [DIRETTIVA \(UE\) 2019/ 1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO - del 20 giugno 2019 - riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva \(UE\) 2017/ 1132 \(direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza\) \(europa.eu\).](#)

opportuno farle entrare subito applicabili all'interno della Legge Fallimentare³⁰. In particolar modo:

- Articolo 180, comma 4, che concerne il concordato preventivo. Il tribunale può omologare il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze e quando anche sulle risultanze della relazione del professionista, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria;

- Articolo 182-bis, comma 4, comma 8, che tratta degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il tribunale omologa l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria. L'eventuale adesione deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento. Il comma 8, invece, dice che in caso di modifiche sostanziali del piano o degli accordi sia prima che dopo l'omologazione deve essere rinnovata l'attestazione e il debitore chiede il rinnovo delle

³⁰ Ivan Libero Nocera: "Riforma crisi di impresa: la tabella riepilogativa dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni", Altalex quotidiano giuridico telematico, 2019.

manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo di lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al tribunale.;

- Articolo 182-quinquies, comma 5 e comma 6, finanziamento e continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione. Il tribunale può autorizzare il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione (comma 5). Quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, è possibile richiedere l'autorizzazione al tribunale al rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, se il debitore, alla data della presentazione della domanda di ammissione al concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale e interessi scaduto a tale data (comma 6);

- Articolo 182-septies che attribuisce la facoltà al debitore di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione anche ai creditori non aderenti, purché appartenenti ad una medesima "categoria", individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici;

- Articolo 182-octies che disciplina la convenzione di moratoria. La novità è data dal fatto che anche se i creditori non sono banche o intermediari finanziari è possibile stipulare una convenzione di moratoria con effetti estesi ai creditori non aderenti appartenenti alla stessa categoria per omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici;

- Articolo 182-novies, accordi di ristrutturazione agevolati. L'imprenditore potrà chiedere l'omologa di un accordo di ristrutturazione stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 30% dei crediti invece che il 60% se: 1) rinuncia a chiedere l'inesigibilità dei propri debiti entro 120 giorni dall'omologa (in caso di crediti già scaduti a quella data) o dalla scadenza (in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologa); 2) non presenta ricorso di pre-concordato; 3) non richiede il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive nel corso delle trattative;
- Articolo 182-decies, soci illimitatamente responsabili. Nel caso in cui l'efficacia degli accordi sia estesa ai creditori non aderenti, questi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Fatti salvi patti contrari, gli accordi di ristrutturazione della società avranno efficacia anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili;
- Articolo 186-bis, comma 2 concordato con continuità aziendale. L'arco temporale della moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, prevista in caso di concordato con continuità aziendale viene prevista sino a due anni.

Il titolo secondo del nuovo codice della crisi e dell'impresa disciplina una fattispecie fondamentale: le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. Infatti, sulla scia della matrice europea anche il nostro legislatore ha dato la possibilità alle imprese sane, ma in difficoltà finanziaria, di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire la propria attività. Infatti, l'introduzione di strumenti di allerta consente di scongiurare la dispersione del valore aziendale preservandolo a beneficio dei creditori, dei dipendenti, dei proprietari e dell'economia in generale. Si tratta, in particolare, di uno strumento stragiudiziale e confidenziale di sostegno alle imprese

volto a monitorare i sintomi del malessere economico e finanziario dell'impresa, ad anticipare l'emersione della crisi e a favorirne il superamento. Ispirandosi alla logica propria del procedimento di mediazione, gli strumenti di allerta sono volti alla composizione della crisi attraverso organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata tra gli interessi del debitore e quelli del creditore. La crisi di impresa viene tempestivamente individuata attraverso degli indicatori, elaborati dal Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, in riferimento ad ogni tipologia di attività secondo le classificazioni I.S.T.A.T. Questi mostrano eventuali criticità dal punto di vista finanziario, patrimoniale ed economico dell'impresa, e che quindi possono incidere negativamente e compromettere la continuità aziendale. In particolare modo viene dato rilievo, per individuare tempestivamente dei segnali di crisi, a quegli indici 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 ai terzi. Inoltre, costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi. Collegato a questo strumento è stato previsto l'OCRI, cioè l'organismo di composizione della crisi di impresa, che ha il compito di gestire il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi. I soggetti che hanno il poter di avviare queste procedure sono lo stesso imprenditore, gli organi di controllo societari e i creditori pubblici qualificati. Un altro istituto molto rinnovato con il nuovo codice della crisi di impresa è l'esdebitazione. Tale istituto è stato introdotto nel sistema giuridico italiano con il d.lgs. numero 5 del 2006, al quale si deve la riscrittura dell'articolo 142 della Legge Fallimentare, tutt'ora vigente, almeno fino a quando non entrerà in vigore la disciplina del "nuovo codice" (maggio 2022). La logica

che presiede all'istituto dell'esdebitazione, accolto, con novità rispetto al passato, nel "codice della crisi e dell'insolvenza" si inserisce perfettamente nel quadro generale di un testo normativo volto a valorizzare la finalizzazione al recupero della capacità dell'impresa di rientrare, ristrutturata e risanata, nel mercato, con una proposta di cambiamento, anche culturale, nella disciplina della crisi. Il fenomeno esdebitatorio continua, però, ad andare oltre la stessa considerazione della fattispecie "impresa": destinatario della normativa è non solo l'imprenditore, la cui nozione va intesa nella sua più ampia accezione, ma il professionista e addirittura il consumatore. Fin dalla Legge di delega (articolo 8, comma 1, lettera c) appare evidente la novità più importante quanto ai beneficiari: possono richiedere l'esdebitazione anche le società di capitali sottoposte alla procedura della liquidazione giudiziale, non più solamente le persone fisiche. Questa rappresenta la vera e propria novità della disciplina del "codice" rispetto al passato. Infatti, possono essere beneficiari dell'esdebitazione soggetti diversi dalle persone fisiche titolari della ditta individuale sottoposta al fallimento e dai soci illimitatamente responsabili delle società di persone. Sono inoltre previste condizioni temporali di accesso (articolo 279) e condizioni vere e proprie (articolo 280). Quanto alle condizioni temporali: il termine per il conseguimento del beneficio della esdebitazione è stabilito in tre anni dalla data in cui il Giudice dispone l'apertura della procedura di esdebitazione; l'esdebitazione può essere riconosciuta nel provvedimento di chiusura, quando la chiusura stessa avvenga prima del decorso dei tre anni. Il termine triennale viene ridotto a biennale se il debitore ha proposto tempestiva istanza di composizione assistita della crisi. Quanto alle condizioni di accesso all'esdebitazione: il debitore deve aver tenuto una condotta collaborativa nei confronti della procedura, non aver beneficiato in

passato dell'esdebitazione per più di due volte (la normativa richiede anche che siano passati più di cinque anni dalla concessione dell'ultima esdebitazione), non aver distrutto attivo, esposto passività inesistenti e aggravato il dissesto, non aver ricevuto condanne per specifici reati. Tali condizioni devono sussistere anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti³¹.

³¹ "Esdebitazione nel codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza: nuove prospettive di "liberazione" dai debiti", a cura di Valerio Goldoni, articolo economico-giuridico, Editore MTA Studio Tributario Societario, Pisa, 2019.

2.1. Aspetti generali del concordato preventivo precedenti alla recente riforma della crisi e dell'insolvenza

La procedura del concordato preventivo rappresenta, in questo momento, la fattispecie concorsuale sicuramente più adeguata a superare la dannosa e gravosa procedura fallimentare per il debitore. Questa, infatti, rappresenta una soluzione negoziata tra il debitore e i suoi creditori. Dal punto di vista del funzionamento l'imprenditore, che si trova in uno stato di crisi, senza perdere il potere di gestire la sua impresa, formula ai propri creditori, una proposta di adempimento non esatto dei loro crediti. L'adempimento è definito non esatto in quanto quest'ultimo può essere sia parziale e sia dilazionato, cioè l'imprenditore in crisi può onorare gli impegni che aveva nei confronti dei creditori anche in modo differito nel tempo. Questa proposta, formulata dall'imprenditore in crisi, se viene accettata dalla maggior parte dei creditori, e omologata dal tribunale, ha degli effetti rilevanti e che rappresentano una vera e propria linea di rottura con la procedura della liquidazione giudiziale. Infatti, qualora la proposta venisse accettata dalla maggioranza dei creditori, questi devono adeguarsi, per le loro pretese, all'ammontare di credito che è indicato nella proposta, allo stesso tempo l'imprenditore è obbligato a restituire solo la totalità dei debiti sempre indicati nella proposta e per la parte restante, ivi non indicata ne è liberato³². Affinché si possa prospettare questa soluzione, l'accordo tra imprenditore-debitore e creditori è

³² *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa"*, p. 56, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

vincolante e quindi ha efficacia anche nei confronti della minoranza dei creditori che non hanno prestato il loro consenso alla proposta concordataria.

Un'altra grande peculiarità della stessa procedura concorsuale, che sicuramente la rende più appetibile rispetto alla liquidazione giudiziale, è che l'istituto concordatario prevede il cosiddetto "spossessamento attenuato", cioè durante lo svolgimento della procedura l'imprenditore non perde, così come accade per il fallimento, il possesso dell'impresa, ma conserva anche l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura, la quale impone che ogni atto sia comunque funzionale all'esecuzione del concordato.

Questa procedura è accomunata al fallimento, in quanto il presupposto soggettivo è lo stesso, inoltre possono essere sottoposte a concordato preventivo le imprese sottoposte a liquidazione coatta amministrativa e quelle sottoposte ad amministrazione straordinaria.

Una differenza che emerge con il fallimento è quella relativa al presupposto oggettivo. Il presupposto oggettivo del concordato preventivo non è più lo stato di insolvenza, così come era espressamente indicato per il fallimento, ma per questa procedura concorsuale è lo stato di crisi. Da quest'ultima affermazione è possibile capire perché l'interesse del legislatore è stato quello di inserire nel nostro ordinamento, attraverso il codice della crisi e dell'insolvenza, una definizione dello stato di crisi per differenziarlo dallo stato di insolvenza che, come sappiamo, è regolato attualmente dall'articolo 5 della Legge Fallimentare. Lo stato di crisi è una situazione in cui si viene a trovare l'imprenditore che precede lo stesso stato di insolvenza e questo determina lo stesso obiettivo del concordato preventivo. Infatti, essendo un istituto che può essere attivato

dall'imprenditore che si trova in uno stato di crisi, la sua funzione principale è la prevenzione rispetto alla mera insolvenza. Questa prevenzione apporta da un lato dei vantaggi per quanto riguarda lo stesso debitore, in quanto egli non subisce in questo modo gli effetti negativi del fallimento, dall'altro lato avvantaggia i creditori perché mediante l'attuazione di questa procedura riescono a soddisfare maggiormente le loro pretese rispetto al fallimento³³.

³³ *Diritto Commerciale: "Il Diritto della crisi d'impresa"*, p. 58, a cura di Marco Cian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

2.2. L'istituto del concordato preventivo nel codice della crisi e dell'insolvenza: presupposti e funzioni

La tendenza legislativa manifestatasi negli ultimi anni, tesa a favorire la sistemazione concordata del dissesto in modo da evitare l'impatto disgregativo sul sistema socio-economico e le inevitabili ricadute su di esso dell'estinzione dell'impresa per effetto dell'apertura della procedura concorsuale liquidatoria, è stata accentuata fortemente nella recente riforma, al punto che in uno dei passaggi della legge delega, era stato completamente abolito il concordato liquidatorio; istituto poi rientrato, nella versione finale, purché caratterizzato dall'apporto di risorse esterne idonee ad aumentare "in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori"(articolo 6, comma 1, lettera a, L. 19 ottobre 2015 numero 155), in modo da non privare i creditori del vantaggio che, in tal caso, il concordato liquidatorio effettivamente per loro presenta rispetto all'alternativa della semplice liquidazione giudiziale, ferma restando la previsione che, deve essere "assicurato, in ogni caso, il pagamento di almeno il 20 per cento dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari".

Il legislatore delegato ha dato seguito a questa indicazione provvedendo a quantificare l'apporto delle risorse esterne per poi confermare la soglia di accesso già esistente; infatti nell'ultimo comma dell'articolo 84 del codice della crisi e dell'insolvenza è previsto che "Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il 10 per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al

20 per cento dell'ammontare complessivo del reddito chirografario". Questa disposizione conferma che il concordato liquidatorio è visto nell'intero progetto di riforma con particolare sfavore al punto che, quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, è preferibile ricorrere alla procedura liquidatoria per eccellenza, il fallimento o, come si chiamerà, liquidazione giudiziale, che ha modalità di liquidazione dei beni del debitore quasi del tutto sovrapponibili a quelle del concordato preventivo liquidatorio, ma presenta il vantaggio di un più sicuro e collaudato meccanismo di accertamento dei crediti e del non trascurabile risparmio di costi, peraltro anche l'effetto esdebitatorio, in origine esclusivo del concordato, dopo la riforma degli anni 2005-2007 è divenuto comune al fallimento a lo sarà anche per la futura liquidazione giudiziale. E non solo rispetto alla liquidazione giudiziale, ma anche nell'ambito concordatario, il concordato liquidatorio è concepito come un'eccezione, giustificata dall'offerta supplementare rispetto al solo compendio dei beni del debitore, emergendo chiaro, dall'intero del nuovo quadro normativo, l'intento del legislatore di scongiurare la progressiva dispersione dei valori dell'impresa e preservare la struttura oggettiva dell'organizzazione imprenditoriale e, quindi, di preservare la dimensione oggettiva della continuità a scapito delle finalità prevalentemente liquidatorie. Analizzando più da vicino il nuovo codice, l'articolo 84, comma 1, individua due tipi di concordato, quello con cui il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale e quello con cui il soddisfacimento dei creditori è realizzato mediante la liquidazione del patrimonio. Sono queste le uniche due tipologie di concordato alle quali devono essere rapportate tutte le fattispecie concordatarie, sicché anche quelle forme intermedie tra liquidazione e

continuità che vanno sotto il nome di concordati misti, o rientrano tra i concordati con continuità o tra quelli liquidatori, dal momento che il nuovo legislatore, non solo non contempla la figura del concordato misto, ma espressamente individua i tipi di concordato utilizzabili. Nello specifico l'articolo 84 CCII provvede a fornire una definizione dei vari tipi di concordato³⁴ attraverso una doppia previsione contenuta nel comma 3. In primo luogo, infatti, tale norma pone come criterio differenziatore il principio della prevalenza quantitativa, basato sul raffronto, al momento del soddisfacimento dei creditori, tra le risorse provenienti rispettivamente dalla prosecuzione dell'attività e dalla liquidazione dei beni, così come ritiene l'attuale maggioritaria giurisprudenza di merito³⁵, per la quale, per stabilire se sia applicabile la disciplina di cui all'articolo 186-bis Legge Fallimentare, ovvero quella del concordato liquidatorio, ivi compreso anche il limite minimo di soddisfacimento del 20 per cento per i crediti chirografari di cui al comma 4 dell'articolo 160 Legge Fallimentare, occorre valutare se il ricavato dei beni liquidati rappresenti o meno la quota principale dell'attivo concordatario rispetto a quello derivante dalla prosecuzione dell'attività produttiva. Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. Il legislatore lascia intendere che, invece, nei concordati liquidatori, i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla liquidazione dei beni, sicché, sotto il profilo qualificatorio, sono da considerare concordati in continuità quelli in cui le risorse

³⁴ “Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori”, a cura di S. Ambrosini, p. 1-16, Crisi di impresa e insolvenza, 25 aprile 2018.

³⁵ Tribunale Ravenna 15 gennaio 2018; Tribunale Monza 26 luglio 2016; Tribunale Treviso 26 luglio 2016.

utilizzate per la soddisfazione dei creditori provengono in misura prevalente dalla continuità aziendale, e liquidatori quelli in cui tali risorse provengono dalla liquidazione dei beni. Questo criterio basato sul rigido confronto tra le dimensioni dei ricavi è stato, nell'attuale legislazione fallimentare, ritenuto, da altra giurisprudenza di merito³⁶, fuorviante ed inapplicabile dovendosi invece considerare sempre prevalente la disciplina dettata dall'articolo 186-bis rispetto a quella dettata dall'articolo 182 Legge Fallimentare, ogni qualvolta, in pendenza di procedura di concordato, vi sia esercizio dell'attività di impresa e tale esercizio divenga parte del piano; e il ripudio del criterio della prevalenza pure, , che già era stato indirettamente esposto nella sentenza della Cassazione n. 29742 del 19 novembre 2018, è stato di recente espressamente ribadito dai giudici legittimità³⁷, per la quale "Il concordato preventivo in cui alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale rimane regolato nella sua interezza, salvi casi di abuso, dalla disciplina speciale prevista dalla Legge Fallimentare, articolo 186-bis, che al comma 1 espressamente contempla anche una simile ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito; tale norma non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnata una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori".

³⁶ Tribunale Udine 28 febbraio 2018; Tribunale Firenze 2 novembre 2016; Tribunale Massa 29 settembre 2016.

³⁷ Cassazione Civile 15 gennaio 2020, n. 734.

Il novello legislatore, ben conscio del travaglio interpretativo intorno alla figura di quei concordati che prevedono la prosecuzione dell'attività aziendale mediante l'utilizzazione di una parte soltanto del complesso aziendale, con previsione di una liquidazione dell'altra parte, una volta posto a base della distinzione il criterio della prevalenza, ha fissato i criteri per misurarla, ossia ha offerto un metro per determinare a quali condizioni ciò che resta e prosegue dell'azienda (e inversamente l'attività liquidatoria prevista nel piano) possa essere considerata tale da configurare un'effettiva continuità e imporre la qualificazione come tale del concordato proposto, con conseguente applicazione delle regole peculiari alla fattispecie. E ciò ha fatto introducendo, nel comma 3, articolo 84 CCII, dopo la codificazione del principio della prevalenza sotto il profilo esclusivamente quantitativo, anche un criterio qualitativo, che è la parte più interessante e caratterizzante della norma, che opera in chiave funzionale in modo da valorizzare la conservazione del valore dell'azienda, favorendo contemporaneamente la prosecuzione dell'attività di impresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali. Infatti, la norma in esame aggiunge (nella versione rivisitata dal decreto correttivo) che "La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da una attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso"; ove l'inserimento dell'avverbio "sempre" fa capire che la prevalenza deve presumersi in ogni caso sussistente, in via assoluta, quando ricorrono queste condizioni, senza possibilità di prova contraria³⁸.

³⁸ "Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza" a cura di Francesco D'Angelo, articolo economico-giuridico, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

Il comma 2, dell'articolo 84 CCII, sancisce l'obbligo del soggetto che prosegua come cessionario, affittuario, usufruttario o conferitario dell'azienda, l'attività dell'imprenditore in concordato di mantenere o riassumere un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso e per un anno dall'omologazione. E, pur dopo le ripetute elaborazioni della norma che si sono succedute nelle varie versioni del CCII, è rimasta la coniugazione tra la gestione da parte di un soggetto terzo e il mantenimento della metà della forza lavoro, per cui è chiaro che questo secondo requisito non è alternativo al primo, bensì si cumula col primo, sicché debbono ricorrere entrambi per la qualificazione del concordato in continuità indiretta, in quanto la ricorrenza di queste caratteristiche, che assicurano l'effettività della dimensione oggettiva della continuità, sono qualificanti della continuità indiretta perché costituiscono valore aggiunto in ragione del quale il concordato in continuità è privilegiato rispetto alle proposte meramente liquidatorie.

Il mantenimento da parte del terzo del livello occupazionale voluto dalla legge si pone, quindi, come una condizione di ammissibilità che incide sulla stessa configurabilità ontologica del concordato preventivo in continuità indiretta, tanto che la previsione del contratto o nel titolo dell'impegno al mantenimento o del ripristino dei tassi occupazionali diventa oggetto di verifica e valutazione del tribunale, già in sede di ammissione e comunque certamente in sede di omologazione; pertanto, allorquando nel comma 3 si pone la presunzione della continuità quando i ricavi attesi dalla continuazione per i primi due anni di attività di impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti al momento del ricorso, non si fa altro, per quanto riguarda il terzo, che richiedere che i ricavi provengano

dall'organizzazione che il terzo cessionario (affittuario, conferitario, usufruttario) si è obbligato a mantenere o riattivare a pena di inammissibilità, di modo che non può aversi continuità indiretta ove non ricorrano le condizioni sulle quali è basata la presunzione di cui al comma 3 dell'articolo 84. Non può, quindi, aversi un concordato in continuità indiretta ove il piano preveda la cessione dell'azienda con l'obbligo per il cessionario di mantenere o riassumere un numero di dipendenti inferiore alla metà della media in forza negli ultimi due anni, quand'anche i creditori venissero soddisfatti in prevalenza con i ricavi dell'esercizio dell'attività ceduta. Sull'imprenditore che propone ai creditori di soddisfarli attraverso la continuazione diretta della sua attività non grava l'obbligo del mantenimento parziale del livello occupazionale per un certo periodo. Eppure, anche in questo caso, ove sorga un problema definitorio della proposta concordataria presentata, per stabilire se il concordato sia liquidatorio o in continuità, è necessario fare ricorso al criterio della prevalenza come delineato nel comma 3, che, operando per legge sia nella continuità indiretta che diretta, non può essere interpretato in modo diverso a seconda del tipo di continuità, altrimenti si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento perché nella continuità diretta sarebbe applicabile il criterio della prevalenza quantitativa pura e in quella indiretta il criterio della prevalenza qualificata. In sostanza, l'obbligo di cui al comma 2 fa capire come nel nuovo codice la fattispecie del concordato in continuità aziendale non è più qualificata nella mera prosecuzione dell'attività di impresa quale mezzo di attuazione del piano concordatario, ma richiede che la prosecuzione dell'attività aziendale sia anche uno strumento in funzione della conservazione dei valori e della capacità reddituale dell'azienda e del mantenimento dei livelli occupazionali, giacché il concordato in tanto può qualificarsi in

continuità in quanto vi sia l'assunzione di questo obbligo e i ricavi attesi dalla produzione derivino per un certo periodo proprio da questa attività che il terzo si è obbligato a mantenere e continuare. Del resto, se qualificante del concordato in continuità è l'elemento oggettivo della previsione, nella proposta concordataria, della prosecuzione dell'attività di impresa, vuoi direttamente da parte del debitore, vuoi un terzo, attraverso il meccanismo della cessione, dell'affitto, dell'usufrutto o del conferimento di azienda in una o più società anche di nuova costituzione, è indifferente il mutamento soggettivo dell'imprenditore; sicché, sebbene non si possa chiedere all'imprenditore concordatario che continua l'attività alcun impegno circa il mantenimento dei livelli occupazionali di cui al comma 2, di fatto, tale obbligo, seppur in via indiretta e nei limiti di cui al comma 3, sussiste per la necessità di qualificare il concordato come in continuità e non liquidatorio; pertanto la continuità diretta sussiste, per presunzione legale assoluta, solo quando i ricavi prodotti dalla prosecuzione dell'attività aziendale, per almeno due esercizi, provengano dall'attività d'impresa continuata alla quale siano addetti almeno la metà della forza lavoro mediamente occupata nei due anni anteriori alla presentazione del ricorso, indipendente dai ricavi derivanti dalle vendite degli altri beni. Disponendo, infatti, nello stesso comma, che nel concordato in continuità aziendale i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretto o indiretta, e precisando, subito dopo, 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 al momento del deposito del ricorso, è da ritenere che il legislatore abbia rifiutato il principio della

prevalenza pura, per la sua inidoneità a porsi come discriminante equa qualificante delle tipologie concordatarie, ed abbia voluto individuare la fattispecie in cui la prevalenza diventa qualificante della continuità, riducendo, così il perimetro della continuità a questa sola fattispecie presunta, in allineamento con le caratteristiche della continuità indiretta di cui al comma 2. La prevalenza quantitativa, infatti, non è in grado di preservare la struttura oggettiva dell'organizzazione imprenditoriale e, quindi, di preservare la dimensione oggettiva della continuità e la tutela dei posti di lavoro e proprio dall'esigenza di incentivare la conservazione del valore dell'azienda, favorendo la prosecuzione dell'attività di impresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali, nasce la necessità di porre la presunzione di cui al 3 comma , da un lato, per evitare che cadano nel campo della liquidazione imprese ancora in condizione di riprendersi, ma la cui ristrutturazione richiede la dismissione di assets di notevole valore e, dall'altro che, come si legge nella relazione al codice, "una prosecuzione solo apparente dell'attività imprenditoriale, ad esempio limitata ad un ramo insignificante dell'azienda, consenta l'aggiramento della previsione secondo la quale il concordato liquidatorio è ammissibile solo ove si avvalga di risorse poste a disposizione da terzi che accrescano sensibilmente le prospettive di realizzo per i creditori". Per assicurare che i benefici della continuità spettino soltanto quando essa sia reale, il comma 3, articolo 84 CCII, richiede che l'impresa abbia una certa dimensione, il che vuol dire che solo quando ricorrano le caratteristiche che fanno scattare la presunzione di prevalenza e, quindi, di continuità, lo scopo voluto dal legislatore viene raggiunto, perché, a monte, lo stesso legislatore ha presupposto che solo in presenza di quelle condizioni la continuità, diretta o indiretta, sia vera e reale e, quindi, idonea ad essere privilegiata. Ad ogni modo, comunque si

intenda la presunzione al comma 3 dell'articolo 84, un dato appare chiaro e, cioè la natura residuale del concordato liquidatorio. Se, infatti, il legislatore ha previsto due tipologie di concordato, quello in continuità e quello liquidatorio, e ha dato una definizione in positivo dei concordati in continuità, ne discende che detta disposizione ha la funzione di selezionare i concordati che hanno le caratteristiche della continuità, lasciando fuori dalla fattispecie normativa tutti quei concordati che in essi non vi rientrano e che, pertanto, ricadendo nella tipologia di liquidazione devono sottostare alle condizioni di ammissibilità dettate dal comma 4 dell'articolo 84 CCII. Con la conseguenza che sono da considerarsi liquidatori tutti i concordati che, anche se prevedono la continuazione dell'impresa, non presentano i requisiti prescritti per il concordato in continuità. In conclusione, i concordati, sia con continuità diretta che indiretta, o rispondono alle previsioni di cui al comma 3 dell'articolo 84, oppure vanno considerati come liquidatori, con la conseguente necessità, ai fini dell'ammissione, dell'apporto di risorse esterne e del rispetto della soglia del 20 per cento minimo di soddisfazione dei creditori chirografari.

2.3. In particolare: il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza

Il CCII interviene profondamente sulla disciplina del concordato preventivo e, in particolare, su quella che dovrebbe essere la sua declinazione in funzione della continuità aziendale. Al riguardo, questi sono i principi essenziali fissati dalla legge delega³⁹:

- Il concordato preventivo ha prioritariamente natura di procedura volta alla salvaguardia della continuità aziendale, essendo ammissibili proposte “liquidatorie” solo in presenza di apporti esterni che aumentino in misura “apprezzabile” la soddisfazione dei creditori. In ogni caso, ai creditori chirografari deve essere assicurato il pagamento complessivo di almeno il 20 per cento;
- La continuità aziendale può essere assicurata anche tramite un diverso imprenditore;
- È possibile la contemporanea presenza di continuità e liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che si possa concretamente ritenere che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente con il ricavato della continuità;
- Rientrano nel concordato in continuità le ipotesi in cui vi sia l'affitto di azienda, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato⁴⁰:

³⁹ “La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza”, a cura di L. Stanghellini, p. 873ss, Editore Il Mulino, Bologna, 2017.

⁴⁰ “Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi”, a cura di R. Brogi, p. 305 ss, Editore Ipsoa, Milano, 2019.

L'articolo 84 CCII distingue così la continuità diretta, in capo all'imprenditore, da quella indiretta, per tale intendendo quella in cui sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di un altro soggetto diverso dal debitore, in forza di cessione, usufrutto, affitto, conferimento in società ovvero a qualsiasi altro titolo. In tutti i casi:

- Nel caso di continuità indiretta, il contratto o il diverso titolo attraverso il quale si attua il passaggio dell'azienda deve prevedere il mantenimento o la riassunzione di almeno la metà della media dei lavoratori in forza all'impresa nei due esercizi anteriori rispetto al momento del deposito del ricorso, per l'anno successivo all'omologazione (articolo 84, comma 2);
- Il piano deve prevedere che l'attività di impresa, diretta o proseguita dal terzo, sia tale da assicurare il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci (articolo 84, comma 2);
- I creditori debbono essere soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale, diretta o indiretta, ivi compreso quanto ricavato dalla cessione del magazzino. La prevalenza sussiste quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività di impresa alla quale è addetta almeno la metà della media dei lavoratori in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso (articolo 84, comma 3);
- A ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile, che può essere rappresentata anche

dalla prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore o il suo avente causa (articolo 84, comma 3);

- Ove sia prevista la prosecuzione diretta dell'attività, il piano deve prevedere un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura (articolo 87, comma 1, lettera g);

inoltre, il piano deve indicare le ragioni per le quali la continuità aziendale è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori e questo deve trovare conferma nella relazione del professionista indipendente. In questo caso il legislatore ha riproposto quanto già previsto dall'articolo 186-bis, comma 2, lettera b) Legge fallimentare. Queste sono le più importanti disposizioni dettate dal CCII in materia di concordato preventivo con continuità aziendale.

2.4. Segue. Le problematiche relative all'affitto d'azienda e al mantenimento dei livelli occupazionali

Sul piano delle fattispecie, l'articolo 84, comma 2 conferma la nozione oggettiva di continuità, centrata sull'esercizio dell'attività indipendentemente dal soggetto che la esercita ed espressamente distinta in "diretta" o "indiretta" a seconda che vi sia identità nel soggetto che prosegue o riprenda l'esercizio dell'attività. Sempre l'articolo 84, comma 2 rende esplicita, in conformità alla previsione contenuta nell'articolo 6, lettera l), n. 3, della Legge Delega, la compatibilità della continuità con la presenza di un contratto di affitto stipulato anteriormente al deposito del piano. Peraltro, in tale caso è necessario che il contratto di affitto sia stato stipulato "in funzione" della presentazione del ricorso. Questa previsione potrebbe introdurre una nuova area di incertezza, anche tenendo conto della lettura sistematica e complessiva delle previsioni in materia di continuità. È infatti prevedibile che si aprirà un nuovo dibattito circa la nozione di "funzionalità" dell'affitto alla presentazione del ricorso, e dunque in ordine ad un parametro valutativo dai confini incerti. Peraltro, non è neppure detto che la mancanza di "funzionalità" dell'affitto rispetto al concordato conduca per ciò solo ad escludere la qualificazione in termini di continuità indiretta, dal momento che potrebbero sussistere casi nei quali, nonostante un preesistente affitto "non funzionale", il piano si rilevi comunque in continuità aziendale. Così, ad esempio, è da ritenere in continuità quel concordato al quale l'imprenditore dovesse far ricorso dopo aver concesso in affitto l'azienda, ma il cui piano preveda la cessazione dell'affitto in vista di una continuità diretta o di una cessazione a terzi mediante procedure

competitive. L'accesso alla procedura, a ben guardare, potrebbe persino costituire lo strumento per rientrare nel possesso dell'azienda e su queste basi proporre un piano fondato sulla continuità diretta. In tali casi, ferma la sussistenza degli altri presupposti fissati dall'articolo 84 CCII, il concordato dovrebbe comunque essere qualificato in continuità ancorché fra i suoi presupposti vi sia la cessazione degli effetti, e non la stipula, di un precedente contratto di affitto. In tutti i casi, il contratto di affitto stipulato prima del deposito della domanda dovrà essere oggetto di una valutazione caso per caso, da effettuarsi in forza di un principio (quello della funzionalità), che apre il campo ad ampi margini di discrezionalità, con buona pace delle esigenze di certezza. Da altro punto di vista, opportunamente, la nuova disciplina esplicita poi la possibilità di definire in continuità anche quei concordati nei quali l'esercizio non sia mantenuto bensì ripreso. Il riferimento dovrebbe essere alle ipotesi nelle quali, magari anche a causa dello stato di crisi, l'imprenditore abbia cessato l'attività ma questa possa essere utilmente ripresa grazie allo strumento concordatario ed alla sua efficacia esdebitatoria. L'impostazione è condivisibile, dal momento che valorizza le potenzialità latenti, anche qualora l'esercizio sia cessato, consentendo l'accesso al concordato anche a quelle imprese che proprio per evitare l'aggravamento delle perdite abbiano cessato l'attività o siano state poste in liquidazione prima della presentazione del ricorso. La precisazione, oltre ad essere maggiormente coerente con la nozione di azienda quale complesso di beni anche solo "potenzialmente" produttivo, porta con sé l'ulteriore corollario dell'irrilevanza dello stato di liquidazione nel quale eventualmente l'impresa si trovi⁴¹.

⁴¹ Tribunale Trento 19 giugno 2014.

Come accennato in precedenza, l'articolo 84 CCII, comma 1, fissa una profonda distinzione fra continuità diretta e indiretta, introducendo, in quest'ultimo caso, l'ulteriore requisito del mantenimento per almeno un anno successivo all'omologazione, della metà della media dei lavoratori dipendenti impiegati nei due esercizi anteriori rispetto al deposito del ricorso. Si tratta di un requisito generale, comunque necessario perché si possa parlare di continuità indiretta, indipendentemente dall'attualità di esercizio dell'azienda e dal giudizio di prevalenza previsto dal comma 3, dal quale rimane evidentemente distinto. Ciò desta più di una perplessità, sia sul piano della legittimità che su quello dell'opportunità. In primo luogo, la norma presta il fianco a forti dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega⁴², posto che la legge delega non sembrava autorizzare l'introduzione di un regime giuridico della continuità indiretta così differente, fin sul piano dei requisiti essenziali. Certo, talune differenze di disciplina sono inevitabili e costituiscono un adattamento alle peculiarità dell'uno o dell'altro genere tipologico. L'eccesso di delega appare ancor più evidente se si considera che, ove il concordato non soddisfi tale requisito, in nessun caso si potrà parlare di continuità indiretta, con ciò vanificando la norma contenuta nella legge delega secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto includere in tale ambito anche le ipotesi in cui il piano preveda la liquidazione di beni non più funzionali, a condizione che "i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale". Quale paradossale conseguenza si pensi così che un concordato che preveda di soddisfare i creditori unicamente grazie al ricavato della

⁴² "Il concordato preventivo con affitto d'azienda", a cura di S. Ambrosini, p. 1-8, crisi di impresa e insolvenza, 2 gennaio 2019.

cessione dell'azienda in esercizio, senza alcun concorrente aspetto liquidatorio, ma al contempo senza soddisfare il requisito occupazionale, non avrebbe dignità di concordato in continuità indiretta. Inoltre, al di là di questi dubbi di costituzionalità, è poi la disciplina introdotta a non convincere. In primo luogo, l'articolo 84 CCII, comma 2, prevede che il mantenimento o il ripristino del livello occupazionale debba essere previsto dal "contratto o dal titolo" sul quale il trasferimento si fonda. La previsione desta qualche stupore, poiché tale "contratto o titolo" ben potrebbe formarsi in un momento successivo al deposito del piano e della proposta, ossia in un momento successivo a quello in cui il Tribunale è chiamato a valutare, fra l'altro, anche la eventuale sussistenza della continuità ai fini dell'ammissione alla procedura. Anzi, se si considera che la cessione a terzi prevede quasi inevitabilmente il preventivo esperimento di procedure competitive, prima o dopo l'omologazione, è evidente che al momento dell'ammissione alla procedura di concordato è del tutto incerta l'identità del terzo e altro non vi è se non una previsione di cessione dell'azienda a terzi a determinate condizioni, fondata su manifestazioni di disponibilità, ovvero su offerte di acquisto, o anche solo sul valore stimato dell'azienda. Il mantenimento del livello minimo occupazionale viene dunque assunto fra i requisiti oggetto di valutazione in sede di ammissione alla procedura, ma non potrà che realizzarsi ed essere riscontrato in un momento diverso e successivo. Ai fini del giudizio sulla continuità indiretta, in sede di ammissione non sembra potersi fare riferimento ad altro se non alla sussistenza di un piano fondato sul trasferimento del complesso aziendale nell'ambito del quale sia previsto il mantenimento del livello occupazionale richiesto. Diversamente, infatti, la previsione sulla continuità indiretta rischierebbe di perdere gran parte della propria

valenza, divenendo inapplicabile nella larghissima parte dei casi. In secondo luogo, la norma non convince neppure con riguardo all'arco temporale assunto come parametro di confronto, dal momento che il criterio della " media degli ultimi due esercizi anteriori al deposito del ricorso" potrebbe essere, ed anzi normalmente è, falsata dalla maggiore capacità occupazionale che l'impresa poteva avere in precedenza sia dalla eventuale scelta alternativa che alcuni lavoratori dovessero aver fatto nel frattempo, magari riuscendo a trovare altra occupazione spinto proprio dalle avvisaglie della crisi. Né il criterio sembra tenere conto delle politiche di riduzione dei costi o di dismissioni di rami di attività che l'impresa potrebbe avere adottato nel tempo, magari al fine di fronteggiare le prime difficoltà poi sfociate nella crisi o nell'insolvenza. A questo proposito viene da chiedersi se il parametro numerico di riferimento sia quello dell'impresa o dell'azienda; la differenza non è di poco conto dal momento che, nel primo caso, la media dovrebbe essere calcolata guardando al complessivo numero dei lavoratori impiegati dall'impresa nel biennio anteriore, mentre nel secondo caso si dovrebbe guardare al numero dei soli lavoratori addetti all'azienda o al ramo d'azienda del quale è previsto il trasferimento. Nel silenzio della legge, quest'ultima a rigor di logica sia la soluzione più condivisibile, dal momento che diversamente si arriverebbe alla paradossale conseguenza di imporre il mantenimento di un numero di lavoratori riferito a complessi aziendali ormai non più esercitati dall'imprenditore, alla luce di questa considerazione dalla base di calcolo della media dovranno dunque essere espunti eventuali rami d'azienda che siano stati nel frattempo dismessi o cessati. Certo è che, anche a questo proposito, la soluzione non è chiara e sarebbe stato certamente preferibile far riferimento al momento del deposito del ricorso, cristallizzando la

situazione al momento attuale e dunque alle concrete prospettive occupazionali dell'azienda.

Ancora, la previsione normativa rischia di creare situazioni di conflitto con l'interesse dei creditori, potendo disincentivare eventuali terzi, altrimenti disponibili ad offrire un maggiore prezzo per l'acquisizione dell'azienda. A questo proposito non si deve dimenticare che l'interesse tutelato dal concordato è, almeno prioritariamente, quello dei creditori, tanto ciò è vero che ove la continuità non dia prospettive di miglior soddisfazione, l'epilogo non potrà che essere quello liquidatorio, indipendentemente da ogni considerazione e da ogni valutazione in ordine al possibile mantenimento dei livelli occupazionali. Ora, se può apparire condivisibile il tentativo di portare anche sul terreno delle procedure "ordinarie" le esigenze di cura degli interessi dei lavoratori, che non dovrebbe rimanere confinato nel solo ambito delle grandi società soggette alle amministrazioni straordinarie, è anche vero che, proprio per evitare conflitti fra interessi astrattamente meritevoli di tutela, sarebbe stata preferibile una disciplina più ponderata e meno ancorata a rigide medie aritmetiche, dal momento che la fissazione di troppi vincoli rischia di sortire l'effetto opposto, disincentivando i possibili acquirenti dell'azienda e così creando un danno ai lavoratori.

Infine, desta qualche perplessità il termine di un anno dall'omologazione quale tempo minimo di mantenimento del livello occupazionale. Tale termine non pare opportunamente pensato né calibrato sulle effettive esigenze del concordato. Cosa accade, infatti, quando è previsto che il trasferimento della azienda debba avvenire, come normale, dopo l'omologazione? Considerando infatti i tempi necessari per avviare ed attenuare una vendita competitiva, pare evidente che l'anno inizierà a decorrere

quando ancora neppure vi è la certezza circa il soggetto che porterà avanti la continuità aziendale. In tale caso, la verifica annuale rischia di essere a dir poco macchinosa, dal momento che per un primo periodo, dall'omologazione al trasferimento, dovrà sussistere in capo all'impresa in concordato e, per il secondo periodo, dal trasferimento fino alla scadenza dell'anno post omologazione, dovrà sussistere in capo al terzo cessionario dell'azienda⁴³. Per altro, tale termine rischia invece di produrre risultati di segno opposto nel caso in cui la vendita dell'azienda sia disposta prima dell'omologazione, in forza all'articolo 91 CCII, mediante la procedura delle offerte concorrenti. In tali casi, infatti, il terzo potrebbe avere minori incentivi a partecipare, dovendo assicurare il mantenimento dei livelli occupazionali per un tempo decorrente da un momento per lui incerto e sul quale non ha nessuna possibilità di influire.

Non è poi necessario che il livello occupazionale permanga almeno pari alla metà della media degli occupati dei due esercizi anteriori al deposito della domanda durante l'intera procedura; la norma chiede infatti che detto requisito sia mantenuto per un anno dall'omologazione e che possa essere soddisfatto anche a seguito di riassunzione. Ora, al di là del fatto che il termine "riassunzione" dovrebbe comprendere anche le "nuove assunzioni" di soggetti che prima non avevano alcun rapporto di lavoro con l'impresa, è chiaro che questo presuppone la possibilità che il requisito venga temporaneamente meno, magari prima o nel corso della procedura, purché sia ripristinato al momento dell'omologazione e per l'anno ad essa successivo. Non così chiare sono infine le conseguenze dell'eventuale perdita di tale requisito. La norma prevede infatti che il mantenimento dei livelli occupazionali al di sopra delle soglie

⁴³ Commissione giustizia della Camera dei deputati, 19 dicembre 2018.

minime debba essere previsto dal contratto o dal titolo su cui si fonda il trasferimento e, come detto, al momento dell'omologazione tale contratto o titolo potrebbe non esserci. Benché, ovviamente, tale previsione costituirà parte del bando di gara funzionale alla cessione del complesso aziendale, cosa accade nel caso in cui il terzo non rispetti l'impegno o comunque non sia in grado di mantenere i livelli occupazionali per l'intero anno? Si può affermare che, fermi i rimedi contrattuali e risarcitori nei confronti del terzo, l'eventuale venire meno del requisito in costanza di anno non possa determinare alcuna particolare conseguenza sul concordato, ormai omologato. A ben vedere, dunque, il mantenimento futuro dei livelli occupazionali, ove non già oggetto di proposte irrevocabili di acquisto da parte di terzi, non potrà che far parte del corredo di informazioni oggetto del giudizio di fattibilità ad opera del Tribunale. Nel caso poi in cui il requisito venga meno prima dell'omologazione, invece, il concordato non potrà essere ritenuto in continuità e dunque potrà essere disposta la revoca dell'ammissione laddove il concordato non soddisfi i requisiti di un concordato "liquidatorio". In definitiva, il legislatore rischia di cadere nell'errore di innestare sul piano della fattispecie un elemento (il mantenimento di una certa aliquota di posti di lavoro) che avrebbe potuto trovare qualche forma di valorizzazione sul piano della disciplina o, ancora meglio, la cui tutela avrebbe potuto continuare ad essere affidata alla normale dialettica e al reperimento, caso per caso, delle soluzioni più equilibrate, senza introdurre rigidi requisiti che appaiono inopportuni e tali da creare un disincentivo al trasferimento dell'azienda, a danno della continuità indiretta e dei creditori concorsuali.

2.5. Segue. Il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario

L'articolo 84 CCII, esplicita che il piano deve consentire il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario dell'impresa. Per quanto riguarda la continuità diretta, si tratta di un requisito implicito, non essendo ammissibili, neppure ai sensi dell'articolo 186 L.F., concordati in continuità che non consentano il conseguimento di tale riequilibrio. Tanto ciò è vero che la giurisprudenza ha dichiarato l'inammissibilità di piani che al loro esito vedevano la società in una situazione di deficit patrimoniale rilevante ai sensi dell'articolo 2447 CC⁴⁴. Il che non vale a dire che l'impresa debba mostrare la capacità di riequilibrio anche a prescindere dagli interventi di terzi, come invece è stato talora affermato⁴⁵, dal momento che una simile prospettiva appare avulsa dal contesto normativo vigente e futuro. Questo sia nelle ipotesi di continuità diretta, nelle quali il riequilibrio può essere affidato a fisiologici interventi sul capitale da parte di soci o terzi, sia nelle ipotesi di continuità indiretta, nelle quali l'intervento di soggetti diversi è lo stesso. Quanto alla continuità indiretta, l'applicazione della norma nei limiti della compatibilità, induce a ritenere che il piano non debba necessariamente prendere posizione, ma lo debba fare solo ove ciò sia, a quel momento, possibile. È infatti evidente che il piano potrebbe prevedere la cessione dell'azienda in esercizio senza indicazione del soggetto destinato a proseguire l'attività. Anzi, la necessaria competitività disposta dal regime delle offerte concorrenti nell'articolo 91 CCII, e delle vendite post

⁴⁴ Tribunale Trento 19 giugno 2014; Tribunale Verona 21 luglio 2016.

⁴⁵ Tribunale Firenze 12 febbraio 2018.

omologazione ai sensi dell'articolo 114 CCII, non consentono il più delle volte, di esprimere alcuna valutazione in ordine alle prospettive di riequilibrio affidate al terzo, dal momento che esse dipendono da troppe variabili oggettivamente non conoscibili al momento della redazione del piano. La norma sembra dunque destinata ad avere un'applicazione residuale, ad esempio nel concordato con assuntore che, sfuggendo alle regole della competitività, già individua il cessionario delle attività, così consentendo di offrire un giudizio sulla sua capacità di ripristinare l'equilibrio economico e finanziario dell'impresa assunta, ovvero nei casi in cui vi sia già quanto meno un'offerta di acquisto da parte di un soggetto individuato, pur senza alcuna certezza circa il fatto che sarà quest'ultimo a proseguire nell'attività. Va da sé che, trattandosi di elementi contenuti nel piano, essi dovranno essere vigilati dal Tribunale e dall'attestatore nell'ambito delle valutazioni sull'attuabilità del piano. Nel caso in cui ciò non sia possibile, è chiaro che il giudizio sulla capacità di assicurare il riequilibrio economico e finanziario non potrà che dipendere dalla valutazione operata anche dagli organi della procedura in sede di cessione d'azienda.

2.6. Utilità e rischio del concordato in continuità

Si legge spesso che nel concordato in continuità i creditori partecipano al rischio dell'attività di impresa. Questo è certamente vero nel concordato che prevede la continuazione diretta dell'attività. Può esserlo o meno nei casi in cui vi sia continuità indiretta, dal momento che, ove sia prevista la cessione dell'azienda, il rischio di inadempimento da parte del terzo all'obbligo di pagare il prezzo non pare poi così diverso dalla normale alea di qualunque concordato, anche liquidatorio. In questo caso è bene chiarire la portata del concetto di "assunzione di rischio", anche al fine di evitare possibili letture volte a svalutare la portata letterale delle disposizioni del nuovo codice. In fin dei conti, l'assunzione del rischio da parte dei creditori non è un necessario elemento costitutivo della fattispecie ma, diversamente, è oggetto di norme che si pongono sul piano della disciplina da seguire nel caso in cui la fattispecie della continuità sia realizzata direttamente dal debitore, o comunque nei casi in cui in concreto vi sia detta assunzione. Non bisogna dunque confondere il piano della fattispecie e della disciplina, dal momento che questa intende evidentemente scongiurare i rischi connessi alla continuità, siano essi riconducibili alla prosecuzione diretta siano essi invece legati alla cessione dell'attività. In questa prospettiva, la disciplina trova applicazione se il concordato rientra in una delle fattispecie previste dal comma 1, mentre non è vero il contrario, ossia che solo se tutta la disciplina trovasse applicazione allora saremmo in presenza di un concordato in continuità. Non è dunque condivisibile l'assunto secondo il quale il rischio della prosecuzione dell'attività è di per sé un requisito essenziale del concordato, mancando il quale non vi sarebbe spazio per un concordato in continuità.

Esso rileva infatti al solo fine di sterilizzare, o quanto meno minimizzare, il rischio d'impresa laddove questo gravi sui creditori. In altre parole, il legislatore vuol far sì che, per quanto possibile e nei limiti delle attendibili previsioni del piano e dell'asseverazione, il rischio gravi il meno possibile sui creditori che debbono avere ragionevole garanzia di un miglior soddisfacimento delle proprie aspettative rispetto alle alternative possibili. A questo fine è dettata la relativa disciplina, e non solo per rendere i creditori partecipi del rischio di impresa. Tale ordine di idee, esplicito nel nuovo CCII, è già recepito dall'articolo 186-bis L.F. in quanto, diversamente ragionando, si arriverebbe all'abrogazione di buona parte del comma 1 di tale articolo, postulando la necessità di una continuazione diretta dell'impresa da parte del debitore e si giungerebbe all'aberrante risultato di escludere dalla fattispecie persino ipotesi volte a tutelare in misura maggiore i creditori. Il vero è che ogni qual volta il debitore intenda far gravare sui creditori il rischio della prosecuzione dell'attività, si rende allora necessario seguire una disciplina più rigorosa, sia per quanto riguarda il contenuto del piano sia per quanto riguarda l'asseverazione. Ma queste previsioni hanno il solo scopo di rafforzare la disciplina nell'interesse dei creditori, dal momento che la prosecuzione dell'azienda genera costi e questi dovrebbero essere coperti dai ricavi o comunque dal maggior valore ricavabile dalla cessione di un'azienda in esercizio, ma nulla hanno a che vedere con la fattispecie che è chiaramente delineata e descritta dal comma 1 dell'articolo 186-bis. Solo ove i più rigorosi requisiti siano rispettati, il concordato in continuità potrà dirsi più favorevole al debitore, ma unicamente in quanto al contempo risulti più favorevole per i creditori. In questa direzione, che è poi quella assunta dalla riforma, la pronuncia della S.C. n. 29742 del 19 novembre 2018, sembra allora chiarire quel che deve

intendersi per “rischio”: vero è che nel concordato in continuità i creditori sopportano il rischio della prosecuzione, ma esso deve essere inteso in senso ampio e non come mero riferimento alla gestione. È dunque evidente che tale elemento può sfumare laddove la continuità sia realizzata mediante intervento di un terzo, mentre ovviamente esso si apprezza appieno nelle ipotesi ben più complesse dell’esercizio diretto dell’attività di impresa. In questa ottica appare chiaro che non c’è un legame imprescindibile fra le fattispecie della continuità aziendale e l’assunzione del rischio di impresa da parte dei creditori concorsuali. Questo è certamente vero ogni qualvolta la soddisfazione dei creditori sia legata, in tutto o in parte, ai risultati attesi⁴⁶, e a questo riguardo il legislatore è intervenuto nella disciplina, improntandola ad un maggior rigore. Quel che conta è che l’azienda sia in esercizio e che questo determini migliori opportunità di soddisfacimento per i creditori. In un’ulteriore e parzialmente diversa prospettiva, si osserva talora che il concordato in continuità finirebbe con il presupporre che il soddisfacimento dei creditori avvenga per mezzo dei profitti generati dalla continuazione dell’attività⁴⁷, tuttavia il rapporto fra concordato in continuità e “rischio” non può mai, neppure in forza dell’articolo 186-bis, ancora in vigore, risolversi nel mero profitto in senso stretto. Non a caso, l’articolo 84 CCII fa riferimento alla continuità centrando l’attenzione sulla prevalenza del “ricavato” in senso ampio anche della continuità indiretta, da intendersi evidentemente quale ricavato della cessione dell’azienda o comunque quali utilità ritraibili dal trasferimento a terzi dell’azienda. La norma non parla, come ovvio e in piena coerenza con la precedente previsione

⁴⁶ “Le utilità conseguite con l’esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?”, a cura di G. D’Atorre, p. 316-317, in *Il Fallimento*, 2017.

⁴⁷ Appello Firenze, 12 aprile 2017.

dell'articolo 186-bis, di profitti, ma impone e presuppone un vantaggio per i creditori, indipendentemente da come la continuità consenta il perseguimento di tale vantaggio. Si tratta dunque di dare corretto significato al termine "profitto" che certamente non può essere inteso alla stregua di "utile" direttamente derivante dall'esercizio dell'attività, poiché così ragionando si escluderebbe in radice ogni fattispecie di cessione dell'azienda che per definizione esclude i creditori dalla partecipazione ai profitti dell'attività. Il che non può ovviamente essere. Altrettanto è a dire, a maggior ragione, per quell'orientamento che, portando a conseguenze estreme tale ragionamento, finisce con il negare la riconducibilità all'articolo 186-bis L.F., delle fattispecie caratterizzate da aziende decotte e ormai esangui, "tenute in vita solo per essere cedute"; in tali casi, sembrerebbe addirittura profilarsi la necessità di valutare la potenzialità dell'azienda, in sé e per sé, a generare profitti⁴⁸. Rimane da capire quale sia il sostegno normativo di tale interpretazione, che sembra prendere le mosse dalla nozione di continuità aziendale alla stregua dei principi contabili, dimenticando però che il campo di applicazione dell'articolo 186-bis è per definizione quello di realtà "decotte" e che il tenere in vita un'azienda in crisi per non disperdere valori latenti di avviamento, in vista della cessione, è uno dei presupposti dai quali muove la disciplina delle procedure concorsuali⁴⁹.

⁴⁸ Tribunale Firenze 12 febbraio 2018

⁴⁹ Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza" a cura di Francesco D'Angelo, articolo economico-giuridico, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

2.7. Concordato preventivo con cessione parziale dei beni e principio della responsabilità patrimoniale

Nel sistema previgente, l'articolo 160 L.F., comma 2, n. 2, prevedeva espressamente nel caso di concordato con cessione, l'obbligo per il debitore di cedere "tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta del concordato". Il silenzio della legge rende dubbia l'ammissibilità di una proposta che contempra la cessione solo di alcuni beni. La conservazione dell'incipit recato nel comma 1 dell'articolo 160 L.F. non appare un elemento concludente, giacché non esclude che il piano concordato possa contemplare la cessione solo di alcuni beni compresi nel patrimonio del debitore⁵⁰. Il medesimo discorso vale ora per il nuovo articolo 114 CCII, ove si prevede che "se il concordato consiste nella cessione dei beni", nella sentenza di omologazione il tribunale nomina uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità di liquidazione. Né particolari indicazioni sono offerte dall'articolo 85, comma 3, CCII, lettera a), il quale si limita a stabilire che il piano può prevedere, tra l'altro, "la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni". Dottrina e giurisprudenza in rare occasioni hanno affrontato il tema, offrendo risposte radicalmente divergenti. La dottrina più diffusa reputa ammissibile una offerta mercé la quale il debitore metta a disposizione solo parte dei suoi beni⁵¹. La tesi riposa su un

⁵⁰ "La nuova legge fallimentare dopo la n. 132/2015", a cura di F. Santangeli, p. 270, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

⁵¹ "Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore", a cura di G. D'Attorre, p. 359, in *Il Fallimento*, 2018.

triplice argomento: la natura atipica della proposta di concordato; l'esclusivo potere dei creditori di valutare la convenienza economica della proposta; la configurazione di tutta la disciplina del concordato preventivo come deroga dell'articolo 2740 Codice civile. Sotto il primo profilo, la dottrina osserva che l'articolo 160 Legge Fallimentare, ora articolo 85 codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, non fa più riferimento a ciò che il piano deve contenere, ma a ciò che il piano può prevedere, lasciando intendere che l'elencazione successiva ha un valore meramente esemplificativo. Su questa linea, la cessione parziale rappresenterebbe solo "una delle possibili forme di soddisfacimento dei creditori cui l'articolo 160 Legge Fallimentare, oggi articolo 85 codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, allude in astratto". L'assoluta libertà nella formulazione della proposta postula necessariamente anche la libertà di non coinvolgere nel concordato liquidatorio tutto il patrimonio⁵². In questo caso andrebbe interpretata la modifica dell'articolo 160 Legge Fallimentare, il quale, nel testo previgente, stabiliva che la proposta di concordato dovesse rispondere a due condizioni alternative: o l'offerta di serie garanzie reali o personali per il pagamento dei debiti entro una certa misura e un certo tempo; o la "cessione di tutti i beni esistenti nel patrimonio [del debitore] alla data della proposta di concordato". Eliminato il riferimento alla "cessione di tutti i beni", non potrebbe negarsi la legittimità di una destinazione solo parziale del patrimonio al soddisfacimento dei creditori. Sotto questa luce, la destinazione totale o parziale del patrimonio riguarderebbe il merito della proposta sottratto al sindacato del giudice: "starà ai creditori accettare o respingere la proposta e ai creditori dissenzienti opporsi all'accordo ove dimostrino che la soluzione alternativa, consistente nell'esecuzione

⁵² "Commentario breve alla legge fallimentare", a cura di Mafei, Aberti, p. 1058, CEDAM, Padova, 2013.

fallimentare o anche nelle esecuzioni singolari, sia per essi più vantaggiosa”⁵³. Si osserva, inoltre, che i beni offerti con la proposta di concordato costituiscono la garanzia di soddisfacimento dei creditori concorsuali e sono sottratti alla garanzia patrimoniale dei nuovi creditori⁵⁴. In questa prospettiva, affiora una prima deroga al principio universale della responsabilità patrimoniale, giacché il concordato appare idoneo a costituire un patrimonio separato, ossia una massa di beni caratterizzata dalla tendenziale insensibilità alle vicende che riguarderanno il debitore successivamente alla sua creazione. Una deroga al principio di universalità della responsabilità patrimoniale discende anche dall’articolo 184 Legge Fallimentare, ora articolo 117 CCII: passata in giudicato la sentenza di omologazione, il debitore risponderà definitivamente, salva l’ipotesi di risoluzione del concordato, delle proprie “vecchie” obbligazioni nei soli limiti di capienza del patrimonio ceduto nell’ambito del concordato liquidatorio. In altre parole, i creditori concordatari potranno pretendere di essere soddisfatti solo mediante la liquidazione dei beni ceduti, non già mediante la liquidazione di altri beni eventualmente acquisiti dal loro debitore. Se la dottrina appare favorevole ad ammettere la proposta di concordato preventivo che contempli la cessione solo parziale dei beni in favore dei creditori, la giurisprudenza giunge ad una conclusione opposta⁵⁵. La figura in esame violerebbe sia l’articolo 2740 Codice civile, secondo il quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, sia l’articolo 2910 Codice civile, che ne costituisce la protezione in sede esecutiva, giacché i beni

⁵³ “La riforma fallimentare: pregi e difetti delle nuove regole” a cura di A. Jorio, p. 705-706, UTET Giuridica, Roma, 2017.

⁵⁴ Tribunale Firenze 13 maggio 1959.

⁵⁵ Tribunale Roma 25 luglio 2012.

esclusi dalla cessione sarebbero sottratti all'azione esecutiva (ex articolo 168 Legge Fallimentare, ora articolo 54 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ma solo se il debitore ne ha fatto richiesta). Il concordato preventivo, osserva la Cassazione, offra "la possibilità di diversi risultati in tema di soddisfacimento dei creditori, ma non già il sacrificio senza indennizzo delle loro posizioni, con la sottrazione di alcuni beni alla garanzia generica ex articolo 2740"⁵⁶. Il contemperamento tra "l'interesse pubblico alla gestione della liquidazione o al recupero tramite un eventuale concordato e quello privato dei creditori si deve realizzare senza sottrazione dell'attivo". Solo nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale ex articolo 186-bis Legge Fallimentare, ora articolo 84 CCII, sarebbe consentita la cessione parziale dei beni. Qui la deroga al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale si giustificerebbe alla luce dell'esigenza di favorire la continuità e, dunque, la conservazione dell'impresa; viceversa, nel concordato esclusivamente liquidatorio la cessione parziale dei beni ai creditori non viene tollerata, sicché i creditori devono potersi soddisfare sull'intero patrimonio del debitore⁵⁷. Proprio argomentando a contrario dall'articolo 186-bis Legge Fallimentare, dovrebbe reputarsi inammissibile la proposta che preveda la destinazione parziale del patrimonio in assenza di una espressa previsione legislativa volte a porre una deroga all'articolo 2740 Codice civile. Né sarebbe possibile trarre argomenti contrari dall'articolo 1977 Codice civile, poiché la cessione dei beni ai creditori, a differenza del concordato con cessio bonorum, non ha effetto esdebitatorio: con la cessione ex articolo 1977 Codice civile il debitore è liberato verso i creditori cessionari solo nei limiti di

⁵⁶ Cass. Civ. 19 giugno 2006, n.20259.

⁵⁷ Tribunale Arezzo, 8 novembre 2011.; Tribunale Torino, 23 dicembre 2010; Tribunale Roma, 29 luglio 2010.

quanto hanno ricevuto. Ne discende che, ove la cessione abbia avuto ad oggetto solo una parte del patrimonio, i creditori potrebbero agire esecutivamente anche sui beni non ceduti⁵⁸. Il tema è stato affrontato anche in una recente pronuncia, ove la suprema Corte di Cassazione ha rilevato che il concordato con cessione parziale dei beni realizza una violazione dell'articolo 2740 Codice civile, poiché l'effetto esdebitatorio postula la messa a disposizione dei creditori di tutte le attività del debitore. Secondo i giudici di legittimità proprio la presenza di tale effetto spiega l'inapplicabilità della disciplina recata dall'articolo 1977 Codice civile, il quale consente al debitore di cedere "tutte o alcune sue attività". Si osserva che la cessione dei beni di fonte contrattuale non ha un effetto esdebitatorio, a differenza di quanto avviene nel concordato, e consente ai creditori cessionari di agire esecutivamente anche sulle attività non cedute (articolo 1984 Codice civile). Su questa linea, nell'ambito della disciplina codicistica, la facoltà di cedere solo "alcune sue attività" si giustificerebbe alla luce dell'assenza di una falciata: ceduti i beni ai sensi dell'articolo 1977 Codice civile il debitore è liberato, ma solo nei limiti di quanto i creditori hanno ricevuto. Non sarebbe, inoltre, convincente l'argomento tratto dal testo dell'articolo 160 Legge Fallimentare (ove manca il puntuale riferimento alla cessione di "tutti" i beni), giacché la formulazione della norma in termini generali si chiarisce osservando che la cessione è divenuta una delle forme attraverso le quali è possibile attuare la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti.

⁵⁸ App. Roma, 5 marzo 2013.

2.8. Concordato preventivo e l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento delle loro ragioni

Il nuovo codice chiaramente intende tutelare l'interesse primario dei creditori, avente ad oggetto il loro "miglior soddisfacimento", al punto da porre tra i principi generali l'obbligo del debitore di "gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori" e di imporre al Tribunale, in caso di proposizione di più domande, di trattare "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 nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata". Del resto anche nell'articolo 84 CCII si trova traccia dell'interesse dei creditori quando richiede, nell'ultima parte del comma 2, che la continuità, sia diretta che indiretta, deve essere "funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci", che si riflette sulla relazione del professionista, che, appunto, a norma del comma 3 articolo 87 CCII, in caso di continuità deve attestare "che la prosecuzione dell'attività di impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori". È inevitabile che, nel momento in cui si pone come valore da proteggere la salvaguardia della continuità dell'attività produttiva e dell'occupazione che questa realizza, ciò possa ritardare la soddisfazione degli interessi creditori, ma ciò non dovrebbe teoricamente, compromettere tale risultato, a meno che l'impresa non produca perdite e l'azienda, anche in prospettiva, non abbia alcun valore, oltre a quello

che deriva dalla somma dei suoi beni. Solo in tal caso la continuazione dell'attività imprenditoriale può aggravare la situazione, poiché l'impresa assorbirebbe più valore di quello che crea, ma il legislatore ha cercato di ridurre questo rischio richiedendo per l'ammissione alla procedura una serie di cautele, che vanno dalla presentazione di un piano che contenga un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi della prosecuzione dell'attività di impresa, accompagnato da una relazione dell'esperto la quale attesti che la prosecuzione è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, a una valutazione più approfondita del giudice, che ora si estende anche alla fattibilità del piano; da cui si deduce che la continuità aziendale non solo non deve costituire un rischio per i creditori, ma, anzi, deve rappresentare un bene che merita tutela in quanto il complessivo valore del patrimonio del loro debitore potrebbe ridursi qualora l'attività d'impresa non venisse continuata o ripresa o comunque definitivamente cessasse. La disarmonia tra continuità e interesse dei creditori diventa in tal modo più apparente che reale e trova una composizione nell'articolo 84 se si attribuiscono alle singole previsioni ruoli diversi. Ossia, il criterio della prevalenza ha una funzione soltanto qualificatoria della tipologia di concordato, mentre il miglior soddisfacimento dei creditori entra in campo solo dopo che si è fatta questa scelta sulla base dei criteri indicati dal comma 3 dell'articolo 84 e attiene alla valutazione di merito attribuita al giudice, che nel nuovo codice è stata fortemente ampliata, e ai creditori. La qualificazione opera "a monte, sul piano della fattispecie", allo scopo di fissare concettualmente "ciò che deve ricorrere nella realtà perché sia applicabile una determinata disciplina"⁵⁹ e richiede al giudice

⁵⁹ Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza" a cura di Francesco D'Angelo, articolo economico-giuridico, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

soltanto una verifica dei dati, al cospetto dei quali scatta, se non in una certa direzione, la presunzione che non ammette interventi interpretativi. Tuttavia, poiché il concordato non ha, come invece l'amministrazione straordinaria, la funzione prioritaria di assicurare la ristrutturazione economico-finanziaria in sé, al fine di consentire la prosecuzione dell'attività, e, con essa, il mantenimento dei posti di lavoro, ma è una procedura la cui funzione è rimasta quella di tutelare il credito assicurandone il "miglior soddisfacimento", eventualmente attraverso la continuità aziendale, il giudice, una volta individuato il tipo di concordato che viene presentato, deve valutare, ove si tratti di concordato liquidatorio, se esso soddisfi i requisiti legali prescritti dal comma 4 dell'articolo 84, e, ove si tratti di concordato in continuità, deve verificare, nei limiti consentiti dalla legge, se la soluzione proposta corrisponde al "miglior interesse dei creditori". È in questa ottica che il nuovo codice ammette, nell'articolo 47 CCII al momento dell'ammissione e nell'articolo 48 CCII al momento dell'omologa, quella verifica della fattibilità economica del piano che nell'attuale legislazione fallimentare subisce le restrizioni ben note segnate dall'intervento delle sezioni unite del 2013⁶⁰; pertanto, in futuro la verifica della fattibilità andrà svolta, non più nei limiti dell'accertamento della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, ma, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta di concordato, comprenderà necessariamente anche un giudizio di idoneità, che riguarderà l'assetto degli interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue. Il che vuol dire che il piano liquidatorio deve

⁶⁰ Cassazione civile, sez. I 06 novembre 2013, n. 24970.

essere tale da far ragionevolmente presumere che i risultati promessi siano realizzabili e che il piano con continuità deve essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa, al fine di evitare il rischio di un aggravamento del dissesto a danno dei creditori.

2.9. Le proposte concorrenti

Le proposte concorrenti nel concordato preventivo sono state riviste anche nel D.lgs. n. 14\2019 che fra qualche tempo entrerà in vigore. Se ne occupano, in quel decreto, l'articolo 90 CCII quanto alla legittimazione, all'ammissibilità ed al possibile contenuto, gli articoli 92 e 105 CCII quanto ai compiti che ne derivano in capo al Commissario giudiziale, l'articoli 118 CCII quanto all'esecuzione dopo l'omologa. Nel raffronto fra l'articolo 163 Legge Fallimentare, nel quale il D.L. n. 83\2015 aveva aggiunto tre commi (dal 4 al 7) sulle proposte concorrenti, e l'articolo 90, D.lgs. n. 14\2019, che invece è esclusivamente dedicato a quelle proposte, vanno segnalate le seguenti novità⁶¹:

- Al fine di assicurare la estraneità del concorrente rispetto al debitore, alla vigente disposizione secondo cui, se il debitore è una società, nel computo della soglia minima del 10% dei crediti dei concorrenti vanno esclusi i crediti di società controllanti o controllate o soggette al comune controllo, si aggiunge che se il debitore è imprenditore individuale non possono concorrere , oltre a lui stesso, nemmeno un soggetto interposto, o il coniuge, il convivente di fatto, la persona del medesimo sesso legata al debitore da un'unione civile, i parenti ed affini entro il quarto grado e parti correlate;
- La regola per cui i creditori concorrenti potranno votare solo se collocati in apposita classe viene trasferita dall'articolo 163 L.F., al nuovo articolo 109, comma 6, D.lgs. n. 14\2019;

⁶¹ “Intervento di terzi, proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo”, a cura di G. Tarzia, p. 311 ss, IPSOA Editore, Milano, 2018.

- Il limite di ammissibilità della proposta concorrente, nel raffronto con quella del debitore, viene modificato: alla soglia del 40% o del 30%, a seconda che si tratti di concordato liquidatorio ovvero con continuità aziendale, nella previsione di soddisfacimento dei creditori chirografari nella proposta del debitore, si sostituirà, per entrambi i tipi del concordato, la soglia unica del 30%, con una riduzione “premiale” al 20% se il debitore aveva in precedenza attivato la procedura di allerta o di composizione assistita della crisi, cioè uno degli strumenti “anticipatori” ai quali, nelle intenzioni della riforma, il debitore dovrebbe essere incentivato, qui riducendo la possibilità che si apra una concorrenza su una sua futura ed eventuale proposta di concordato.

Nessuna sostanziale variazione vi è fra le due normative quanto ai compiti del Commissario giudiziale in caso di proposte concorrenti: né su quello “preventivo” delle informazioni che possono essere date ai creditori intenzionati a concorrere, né su quello “successivo” della relazione ai creditori, con la comparazione fra le varie proposte sulle quali si andrà a votare.

Venendo infine al raffronto fra le vigenti e le prossime disposizioni sull’esecuzione del concordato allorquando abbia prevalso e sia stata omologata una proposta concorrente, si vede che il D.lgs. n. 14\2019 segue in gran parte le disposizioni introdotte nel 2015 con l’integrazione dell’articolo 185 L.F., con qualche modifica:

- Fermo restando l’obbligo del debitore di dare esecuzione alla proposta omologata, vuoi che fosse la sua ovvero quella di un concorrente, l’intervento “sostitutivo”, con l’attribuzione al Commissario giudiziale del potere di dare corso agli adempimenti che il debitore non esegue, vi sarà non solo per la

mancata esecuzione della proposta di un concorrente, ma anche per la mancata esecuzione della proposta dallo stesso debitore;

- Sempre per il caso di inadempimento del debitore agli obblighi di cui sopra è stato soppresso l'improprio richiamo alla sanzione prevista dall'articolo 173 L.F.;
- Gli ultimi due commi del nuovo articolo 118, D.lgs. n. 14\2019 hanno trasferito nelle norme dedicate all'esecuzione del concordato due disposizioni ora collocate altrove: quella della cancellazione delle formalità iscritte nei pubblici registri relative ai beni venduti, che attualmente si trova nel comma 5 dell'articolo 182 L.F. e quella della deroga alla disposizione dell'articolo 2560 Codice civile sul passaggio dei debiti dell'azienda ceduta in capo all'acquirente, ora risultante dal richiamo, nell'articolo 182, comma 5, L.F., dell'articolo 105 L.F. ove il comma 4 contiene, appunto, la medesima disposizione in favore dell'acquirente dell'azienda nell'esecuzione del concordato.

Queste modifiche appaiono tutte condivisibili: la prima perché, in effetti, non vi era ragione di limitare l'intervento "sostitutivo" di cui all'articolo 185 L.F. alle omissioni del debitore nell'esecuzione dell'altrui piano concordatario e non anche del proprio, dovendosi in egual modo tutelare il diritto dei creditori all'esecuzione del concordato nell'uno e nell'altro caso, la seconda per le plurime ragioni dell'articolo 173 L.F. in caso di mancata esecuzione di un concordato omologato, la terza perché sembra più corretta la nuova collocazione delle norme sulla cancellazione delle iscrizioni nei pubblici registri sui beni alienati, e sul mancato passaggio all'acquirente dell'azienda dei debiti contratti per l'esercizio dell'azienda prima del suo trasferimento.

2.10. Le offerte concorrenti

L'articolo 91, D.lgs. n. 14\2019 sostituirà il vigente articolo 163-bis L.F. nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ed il vigente articolo 182, comma 5, L.F. del quale si è comparata la sfera di applicabilità in rapporto a quella dell'articolo 163-bis L.F., sarà sostituito dall'articolo 114, comma 4, del D.lgs. 14\2019.

Poiché quest'ultima norma è identica a quella ad essa corrispondente nell'attuale Legge Fallimentare, il confronto va effettuato fra le altre due norme, cioè l'attuale articolo 163-bis L.F. e l'articolo 91, D.lgs. n. 14\2019 di futura vigenza.

Anzitutto, l'oggetto della procedura competitiva viene ampliato, aggiungendo alle cessioni ed ai preliminari di cessione l'affitto d'azienda; resterà così superata la distinzione che, come detto in precedenza, viene ora effettuata in via interpretativa, ai fini della necessità o meno della procedura competitiva, fra le offerte di acquisto con o senza l'impegno del futuro acquisto da parte dell'affittuario. Quanto ai contratti preliminari, ripetendo il disposto della norma ora vigente, l'articolo 91, D.lgs. 14\2019 precisa che saranno posti in competizione quelli sul futuro trasferimento di "beni aziendali"; aggiunta che di per sé dice poco, ma che la Relazione spiega dicendo che "non possono essere rimessi in discussione anche i contratti preliminari aventi ad oggetto i beni prodotti dall'impresa che il debitore potrebbe avere stipulato anche molto tempo prima del manifestarsi della situazione di crisi": il che è quel che si era suggerito nel regime normativo attuale⁶².

⁶² Gazzetta Ufficiale, Decreto legislativo n. 14\2019.

Un'altra novità rinviene nell'articolo 91 CCII, là dove vuole l'apertura della procedura competitiva dopo la pubblicazione dell'offerta d'acquisto o d'affitto "al fine di acquisire proposte concorrenti" se ed in quanto pervengano "manifestazione di interesse" per l'acquisto o l'affitto di cui all'offerta che è stata resa pubblica; il che non è richiesto dal vigente articolo 163-bis L.F., che per la procedura competitiva presuppone soltanto che vi siano l'offerta o il contratto preliminare nel piano concordatario depositato dal debitore. Sembra di capire che con quella disposizione il legislatore della riforma abbia voluto evitare che il Tribunale sia chiamato ad emettere un decreto che potrebbe essere inutile per l'assenza di concorrenti, se dopo la pubblicazione dell'offerta nessuno si sia fatto avanti, sia pure in modo non ancora impegnativo; resta però il fatto che, alla fine, potrà partecipare il titolare di un'offerta formulata dopo l'emissione del decreto ed adeguata alle prescrizioni ivi contenute (anche se l'offerente non avesse fatto precedere la sua "manifestazione di interesse"); e l'offerta del concorrente dovrà essere irrevocabile, al pari di quella originaria posta in competizione, il tutto come chiaramente esplicitato nei commi 1 e 4 dell'articolo 91 CCII⁶³.

A questo punto il disposto del comma 10 dell'articolo 91 CCII richiede una precisazione: nel senso che, dicendo la norma che "indetta la gara, ove non vengano presentate offerte, l'originario offerente rimane vincolato nei termini di cui all'offerta di cui al comma 1", quindi nei termini della offerta originaria inserita nel piano concordatario, ciò significa anche che se l'originario offerente, per poter partecipare alla gara, aveva modificato la sua offerta adeguandola alle prescrizioni del decreto, egli sarebbe

⁶³ "Intervento di terzi, proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo", a cura di G. Tarzia, p. 315 ss, IPSOA Editore, Milano, 2018.

vincolato all'offerta modificata anche in assenza di concorrenti, perché comunque la gara si sarebbe aperta con la presenza di tale sua offerta, situazione diversa da quella come sopra indicata nell'articolo 91 CCII. L'ultimo comma dell'articolo 91, D.lgs. 14\2019 andrà a sostituire l'ultimo comma del vigente articolo 163-bis L.F.: dicendo che l'articolo 91 "si applica, in quanto compatibile, nel caso che il debitore abbia chiesto l'assegnazione del termine previsto dell'articolo 44, comma 1, lettera a)", si è fatto richiamo alla "prenotazione" sia di una domanda di accesso al concordato, sia di una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione. La Relazione spiega che il lasso di tempo al quale la norma ha inteso riferirsi è quello "intercorrente fra la presentazione della domanda di accesso ed il deposito della proposta e del piano [...] dunque anche in presenza di atti urgenti di straordinaria amministrazione quando essi consistano in uno degli atti individuati dai commi 1 e 2 della norma e vi sia una controparte del debitore già univocamente individuata. Se così è, si è in sostanza recepita l'interpretazione dell'ultimo comma del vigente articolo 163-bis L.F., anche per individuare la sfera di applicazione della procedura competitiva voluta da tale norma in rapporto a quella prescritta dall'articolo 182, comma 5 L.F.; e dunque, con la riforma, nel rapporto degli articoli 91 e 114, D.lgs. 14\2019 con le corrispondenti norme ora vigenti, nulla cambierà quanto alle diverse fasi del concordato nelle quali l'una o l'altra procedura competitiva andrà espletata.

3.1. Circolazione dell'azienda tra continuità diretta e indiretta e il relativo dibattito in dottrina

La circolazione dell'azienda nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, tramite affitto e successiva cessione, da lungo tempo costituisce oggetto di dibattito in dottrina e di differenti posizioni nella giurisprudenza di merito; inoltre, dall'inizio del nuovo millennio si è assistito ad una progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale, che ha profondamente mutato il rapporto tra i due istituti. Se si pone attenzione alla forma concordataria più frequente, quella liquidatoria, la principale evoluzione è consistita nella diversa valutazione del concordato chiuso; se, sino a non molti anni fa, la prevalente giurisprudenza di merito richiedeva, per valutare favorevolmente la domanda di concordato, che si fosse in presenza di un concordato così impostato, nei tempi più recenti il concordato chiuso è divenuto dapprima "mal visto" dai tribunali e poi è venuto meno a seguito delle riforme legislative che hanno imposto il principio della competitività e delle offerte concorrenti⁶⁴. Anche se si volge l'attenzione al concordato in continuità, solo recentemente introdotto nel nostro ordinamento, si riscontra una significativa evoluzione; sin dalla sua introduzione, infatti, si era posto il problema del rapporto tra un eventuale contratto di affitto di azienda e la continuità del debitore in concordato, essendo dubbia l'ammissibilità della loro coesistenza⁶⁵. Il punto focale del problema era se la continuità dovesse essere

⁶⁴ "Il controverso perimetro applicativo delle procedure competitive di cui all'articolo 163-bis Legge Fallimentare", a cura di Marco Aiello, rivista "Il Fallimento e le altre procedure concorsuali"; p. 77-86, 2019.

⁶⁵ "L'affitto d'azienda e la continuità aziendale indiretta nel concordato preventivo: opzioni interpretative e riflessi di natura fiscale", a cura di M. Greggio- R. Bonivento, p. 1-27, rivista "Il caso.it", 21 aprile 2017.

interpretata in senso soggettivo, riferita all'imprenditore, che doveva continuare ad essere tale⁶⁶, ovvero oggettivo, con riferimento all'attività, all'azienda, che doveva continuare ad esistere, sebbene gestita da terzi. Nei primi tempi si prediligeva la visione soggettiva e si riteneva che l'ipotesi dell'affitto, con successivo acquisto d'azienda, fosse compatibile con il solo concordato liquidatorio. Successivamente, giurisprudenza e dottrina hanno recepito la distinzione tra continuità diretta e indiretta⁶⁷; come noto, si ha continuità diretta quando l'azienda prosegue in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato e i creditori verranno soddisfatti con i proventi derivanti dalla prosecuzione dell'attività. Si ha continuità indiretta quando è prevista la gestione e l'esercizio dell'azienda da parte di un soggetto diverso dal debitore, in forza di un negozio che ne trasferisce la disponibilità, e i creditori verranno soddisfatti con il ricavo rinveniente dall'affitto e dal trasferimento dell'azienda medesima. Nella continuità indiretta, in sostanza, si pone al centro della disciplina l'azienda e non più l'imprenditore insolvente (o in crisi); si passa cioè da una visione soggettiva (che è sempre stata quella prevista dalla legge fallimentare) ad una visione oggettiva, nella quale ciò che rileva è la prosecuzione dell'attività, sebbene sia conseguenza della separazione delle sorti dell'imprenditore in crisi da quelle della sua impresa, destinata a rimanere sul mercato a seguito dell'opera di ristrutturazione posto in essere da un terzo estraneo.

⁶⁶ “Affitto d'azienda e concordato in continuità”, a cura di F. Di Marzo, p. 34-35, rivista “Il fallimentarista”, 15 novembre 2016, “La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda”, a cura di D. Galletti, p. 23-26, rivista “Il fallimentarista”, 3 ottobre 2012, “La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo”, a cura di F. Lamanna, p. 53-55, Giuffrè Editore, speciale Il Civilista, Milano, 2013.

⁶⁷ “Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro”, a cura di Guido Canale, articolo ripreso dalla rivista “Il diritto fallimentare e delle società commerciali”, G. Giappichelli Editore 2020.

3.2. Il dibattito preesistente riguardante i limiti applicativi dell'istituto del concordato in continuità e la soluzione risolutiva della Corte di Cassazione con la sentenza numero 29742 del 19 novembre 2018

Pur acquisito, quanto meno in via tendenziale, il principio, secondo il quale anche la forma indiretta consente il concordato in continuità, il dibattito non si è sopito con riguardo al “tempo” di conclusione del contratto d'affitto e, cioè, se la sua preesistenza al deposito della domanda di concordato fosse o meno impeditiva al riconoscimento della continuità e se fosse ammissibile, a questo fine, anche un contratto di affitto privo di un impegno all'acquisto dell'azienda. Si discuteva, infatti, sulla differenza tra affitto d'azienda “puro o fine a se stesso” e affitto “ponte”, funzionale al successivo trasferimento dell'azienda a titolo di cessione o conferimento; e la prima forma (il contratto fine a se stesso) non riscuoteva, per lo più, i favori della giurisprudenza di merito⁶⁸, in quanto in contrasto con la lettera dell'articolo 186-bis L.F. Si sottolineava, invece, che l'affitto ponte, accompagnato da una proposta di acquisto dell'azienda, conferisse “solidità” alla proposta concordataria e rientrasse nella previsione legislativa. In questa prospettiva, la piena compatibilità dell'affitto con l'articolo 186-bis L.F. richiedeva tre requisiti: 1) la sopravvivenza dell'azienda in esercizio in capo all'imprenditore al momento della domanda; 2) la previsione dell'affitto e della successiva cessione nel piano concordatario e non in un contratto stipulato

⁶⁸ Tribunale Monza, 11 giugno 2013, www.ilcaso.it.

anteriormente ad esso; 3) la conservazione in capo al debitore della qualità di imprenditore, da molti, peraltro, ritenuta compatibile con un affitto contemplato nel piano concordatario, poiché l'imprenditore in crisi, si sottolineava⁶⁹, è tenuto alla gestione del contratto, con l'incasso dei ricavi e la sopportazione dei costi quali, ad esempio, le riparazioni straordinarie poste a suo carico⁷⁰.

Si concludeva rilevando⁷¹ che, se il contratto di affitto d'azienda è previsto quale elemento del piano concordatario, il concordato è qualificabile in continuità, purché l'affittuario si sia impegnato all'acquisto; se, invece, il contratto d'affitto d'azienda è già stato stipulato all'epoca del deposito del ricorso ex articolo 161 L.F., le opinioni erano discordi: secondo alcuni⁷², si esulerebbe dal campo di applicazione dell'articolo 186-bis L.F., dato che questa norma imporrebbe che sia il piano a prevedere la cessione o il conferimento (e non un contratto ad esso anteriore) e, inoltre, che la continuità andrebbe collegata alla circostanza che l'imprenditore sia alla guida dell'azienda in crisi nel momento in cui deposita il ricorso immissivo alla procedura. Secondo altri⁷³, nulla escluderebbe che il piano concordatario faccia riferimento ad un contratto precedentemente concluso, incorporandone gli effetti economici; la continuità andrebbe unicamente collegata al dato oggettivo che l'azienda sia in esercizio, a prescindere dal soggetto che la conduce, e si concludeva così che anche il contratto di affitto "ponte cessione" ricadrebbe sotto la disciplina dell'articolo 186-bis L.F., sebbene

⁶⁹ "Concordato preventivo", in commentario Scialoja-Branca al Codice civile, a cura di M. Fabiani, p. 194, Bologna, 2014.

⁷⁰ "Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano", a cura di A. Danovi- P. Riva- M. Azzola, p. 837, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

⁷¹ "Affitto d'azienda e concordato preventivo tra passato, presente e futuro", a cura di Guido Canale, articolo ripreso dalla rivista "Il diritto fallimentare e delle società commerciali", G. Giappichelli Editore 2020.

⁷² "Il concordato con continuità aziendale", a cura di L. Stanghellini, p. 1222, "In Fallimento", 2013.

⁷³ "Commentario breve alla legge fallimentare" Maffei Alberti, p. 1328, "In Fallimento", 2013.

concluso prima dell'accesso alla procedura concordataria. Il dibattito proseguiva sui requisiti previsti per il piano concordatario e, in specifico, sulla esigenza, anche in caso di continuità indiretta, della analitica indicazione di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa e dell'indicazione di risorse e modalità di copertura, poiché più d'uno riteneva che tali indicatori non fossero necessari né utili, in quanto la fattibilità e la convenienza della proposta di concordato e del piano ad esso collegato dovevano essere verificate in rapporto alla sola solvibilità dell'affittuario, senza dover prendere in esame l'andamento dell'attività imprenditoriale condotta dall'affittuario e non più dal debitore⁷⁴.

Il dibattito, quanto meno giurisprudenziale, è stato risolto con la decisione della Suprema Corte 19 novembre 2018, numero 29742. I Giudici di legittimità, con un'ampia motivazione, hanno sancito il principio, secondo il quale la continuità aziendale può essere ottenuta non solo attraverso le consuete modalità dirette e, quindi, per mezzo del mantenimento dell'azienda in capo all'imprenditore che provveda al suo risanamento nell'ambito della procedura, ma anche per mezzo di una modalità "indiretta", mediante il suo trasferimento a terzi che provvederanno al risanamento⁷⁵.

La valorizzazione in termini oggettivi della continuità aziendale rende del tutto indifferente sia il momento, nel quale il contratto venga concluso, sia il soggetto che la eserciti, se il debitore o terzo affittuario, al tempo del deposito della domanda di concordato, poiché, viene ribadito dalla sentenza "il contratto d'affitto costituisce un

⁷⁴ "L'esercizio provvisorio nella mission della procedura fallimentare", a cura di A. Rossi, p. 1177, "Giurisprudenza Commerciale", 2010.

⁷⁵ "Affitto e vendita dell'azienda quali strumenti di risanamento dell'impresa", a cura di G. Bozza, p. 1023 ss, "In Fallimento", 10\2017.

semplice strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, produrrebbe in modo irreversibile". In buona sostanza, ferma la necessità di valutare i piani caso per caso, ciò che determina la qualificazione del concordato in continuità, e quindi l'applicazione delle disposizioni in favore, è la rilevanza della prosecuzione dell'attività ai fini del piano. Se, dunque, l'attenzione del legislatore si appunta sull'azienda in esercizio, indipendentemente da chi sia a condurla, nell'intento di favorire con ogni mezzo il risanamento indiretto o diretto di essa in funzione della maggior soddisfazione dei creditori, qualunque negozio giuridico ad esso prodromico è soggetto alla disciplina legislativa della continuità⁷⁶.

È dunque compatibile con la continuità concordataria, conclude la Suprema Corte, sia il contratto di affitto ponte, a prescindere se esso sia stipulato prima o in corso di procedura, sia il contratto di affitto puro. Si può così ritenere che con l'arresto dei Giudici i principali problemi sulla differenza tra affitto "puro o fine a sé stesso" e affitto "ponte", esaminati in precedenza, siano venuti meno

⁷⁶ " L'evoluzione normativa dell'affitto dell'azienda a rischio di depotenziamento competitivo", a cura di A. Patti, p. 517 ss., "In Fallimento", 2017.

3.3. La continuità nel Codice della crisi e dell'insolvenza e la Direttiva EU 1023\2019

La recente riforma organica del diritto concorsuale ha recepito una soluzione tra concordato in continuità e affitto d'azienda, che si pone sostanzialmente in linea con i risultati raggiunti dal dibattito precedentemente analizzato. È noto che il legislatore della riforma ha dato preminenza assoluta al concordato in continuità, ampliandone le ipotesi e dettando una disciplina a favore; al contrario, ha penalizzato il concordato liquidatorio, che costituisce ormai un'ipotesi residuale, vista come ipotesi minore rispetto alla liquidazione giudiziale. La riforma, infatti, ha fissato il principio, secondo il quale nel nostro ordinamento esistono due soli modelli di concordato preventivo: quello liquidatorio e quello in continuità, diretta o indiretta. La regola, ritraibile dal nuovo dettato normativo, individua le condizioni e i presupposti in base ai quali un concordato può essere qualificato in continuità; ogniqualvolta ciò non sia possibile, il concordato deve essere ricondotto all'ipotesi liquidatoria⁷⁷, che, come già ricordato, è assai penalizzata nel Codice della crisi e dell'insolvenza, che ha così chiaramente manifestato il disfavore del legislatore verso questa forma concordataria. Si deve infatti condividere l'idea che con la riforma sia confermato il venir meno della figura di concordato misto, poiché la scelta fra le due discipline è netta e, ove vi siano sovrapposizioni fra le due procedure, si dovrà utilizzare il criterio della prevalenza quantitativa per qualificare il concordato e individuare la disciplina applicabile; quali siano le modalità del piano, esse

⁷⁷ “La bicicletta, la carrozza, il carro armato, il fiume e il concordato in continuità”, a cura di G. La Croce, p. 1-12, fallimentiesocietà.it, 2019.

saranno sempre modalità di attuazione di un piano liquidatorio o in continuità⁷⁸. Tuttavia, giova sottolineare che il criterio della prevalenza quantitativa è temperato, nel Codice della crisi, dalla previsione che la misura della prevalenza della soddisfazione dei creditori deve essere valutata tenendo conto sia dei ricavi attesi, che sono composti anche dal ricavo proveniente dall'alienazione del magazzino, sia dal rilievo economico che può assumere il rinnovo o la prosecuzione di rapporti contrattuali già in essere o già risolti nel passato; il criterio, poi, è del tutto eliso in favore del mantenimento dei livelli occupazionali. A pochi mesi di distanza dalla pubblicazione del D. Lgs. n. 14/2019 l'Unione Europea ha promulgato, il 20 giugno 2019, la Direttiva n. 1023 in tema di procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione; l'Unione Europea ha sottolineato che la ristrutturazione ha come obiettivo non solo quello di preservare l'attività imprenditoriale, ma anche quello di tutelare i posti di lavoro. (Esigenza, quest'ultima, esplicitamente prevista dall'articolo 4, 1° comma, della Direttiva nonché in vari considerando quali, ad esempio, quelli a numeri 2, 3, 4, 16, 23 e 60-62). La riforma è in linea con questi principi, sebbene vi sia chi dubita della compatibilità dell'attuale disciplina con la Direttiva 1023\2019: quest'ultima richiede agli Stati di assicurare alle imprese di avere accesso agli strumenti di ristrutturazione che consentono di conservare la continuità aziendale, senza che questa conservazione sia, in linea di principio, soggetta a definizioni di "prevalenza" rispetto a componenti liquidatorie. La riforma risolve sul piano positivo alcuni dei precedenti problemi che avevano agitato il dibattito in dottrina

⁷⁸ "Il concordato atipico nel Codice della crisi, tra concordato con continuità aziendale, e concordato liquidatorio", a cura di A. Zorzi, p. 1-17, crisi d'impresa e insolvenza, 4 novembre 2019.

e giurisprudenza⁷⁹. In primo luogo, il Codice della crisi e dell'insolvenza ha recepito, a livello positivo, che la continuità deve essere intesa in senso oggettivo; ciò che rileva per la qualificazione di concordato, e l'individuazione della disciplina ad esso applicabile, è soltanto il fatto che l'attività d'impresa possa continuare anche dopo la conclusione della procedura, prescindendo dall'identità dell'imprenditore; per espresso dato normativo rientrano così nel concetto di continuità anche i casi, in cui la gestione sia operata da un soggetto diverso rispetto al debitore⁸⁰. Di conseguenza, diviene norma l'approdo interpretativo al quale era giunta la Suprema Corte, secondo il quale la continuità può essere sia diretta che indiretta, purché il precedente contratto di affitto sia stato concluso in funzione della presentazione del ricorso; in entrambi in casi la continuità, precisa l'articolo 84, 2° comma CCII, deve essere funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario dell'impresa nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. L'affitto d'azienda, quindi, deve essere soltanto funzionale alla presentazione del ricorso e non necessariamente finalizzato anche alla sua cessione. In secondo luogo, l'articolo 84, 2° comma CCII, richiede che il piano dia conto della funzionalità della prosecuzione dell'attività ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa, ma l'articolo 87, lettera g) rende esplicito la regola secondo la quale questa analisi di costi e ricavi non è richiesta in caso di continuità indiretta, poiché ciò che rileva, in questa ipotesi, è la capacità del soggetto terzo, che gestisce l'azienda, di onorare le obbligazioni assunte. In terzo luogo,

⁷⁹ “Il concordato preventivo nel codice della crisi: il crepuscolo del Re”, a cura di M. Greggio, p. 23-24, fallimentiesocietà.it, Padova, 12 aprile 2019.

⁸⁰ “L'affitto d'azienda e la continuità aziendale”, a cura di M. Greggio-R. Bonivento, p.1-27, www.ilcaso.it, 21 aprile 2017.

la riforma, in linea con il contenuto della Direttiva 2019\1023, ha chiarito che tra le finalità della procedura concordataria vi è quella della salvaguardia dei livelli occupazionali, che sono stati incentivati con le previsioni contenute all'articolo 84, comma 3°.

3.4. Le questioni irrisolte e i nuovi problemi aperti

Sebbene il Codice della crisi e dell'insolvenza abbia dedicato al concordato preventivo e alla continuità un apparato di norme assai più esteso di quello contenuto nella precedente Legge Fallimentare, tuttavia non tutti i problemi appaiono risolti, e ad alcuni, che già sussistevano, se ne aggiungono altri che sorgono dalla nuova disciplina. Nel concordato in continuità 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 e tenuto conto dei benefici derivanti dalla prosecuzione e/o ripresa dei rapporti contrattuali. Il piano può quindi essere "misto" e prevedere sia la continuazione dell'azienda, o di suoi rami, sia la dismissione di beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività; in questa ipotesi le dismissioni non devono incidere sulla natura del concordato, in quanto i beni oggetto di cessione devono essere quelli non necessari alla continuazione dell'attività, e i creditori devono essere soddisfatti in misura prevalente con il ricavato della prosecuzione dell'impresa anche da parte di terzi. La prevalenza è una condizione di ammissibilità per il concordato in continuità e costituisce la linea di demarcazione con il concordato liquidatorio. Viene così risolto il dubbio interpretativo sorto, vigente la Legge Fallimentare, sulle situazioni di concordato misto, recependo, a livello normativo, la tesi giurisprudenziale della prevalenza, secondo la quale il concordato può essere considerato in continuità quando il soddisfacimento dei creditori derivi in via maggioritaria dai flussi generati dalla prosecuzione dell'attività caratteristica. Tuttavia, la prevalenza si considera sempre sussistente, con una presunzione legale, quando, secondo le previsioni del piano, e per

almeno due anni, i flussi di cassa attesi dalla continuità 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. Questa disposizione, che contiene una presunzione assoluta non superabile da prova contraria, amplia il perimetro applicativo del concordato in continuità, in quanto prescinde dal calcolo meramente qualitativo dei ricavi generati dalla prosecuzione dell'attività. Si è così voluta 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, e si è cercato così di evitare che una prosecuzione solo apparente dell'attività imprenditoriale consenta l'aggiramento della previsione della necessità della finanza esterna per il concordato liquidatorio. È tuttavia evidente che l'intento della norma è anche quello di incentivare la salvaguardia dei livelli occupazionali, poiché, in presenza della previsione descritta, tanto nell'ipotesi di continuità diretta quanto in quella di continuità indiretta, il tribunale dovrà 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 dei beni⁸¹. Due profili applicativi, di un certo rilievo, dovranno essere affrontati dalla giurisprudenza:

- Il primo concerne la delimitazione del perimetro dei lavoratori addetti, rispetto ai lavoratori non stabili, quali i lavoratori a termine, gli interinali e i collaboratori;

⁸¹ “Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi”, a cura di R. Brogi, p. 815, “In fallimento”, 2017.

- Il secondo concerne le varie forme di mantenimento del lavoro, quali la terziarizzazione e la delocalizzazione;

Sul primo profilo la mancanza di qualsivoglia previsione sembrerebbe indurre ad una interpretazione rigida della norma, tale da ricomprendere tutti i lavoratori, anche non stabili, nel perimetro di quelli da mantenere; tuttavia, questa interpretazione non convince. I lavoratori non stabili, siano essi interinali o a termine, non godono della stabilità del posto di lavoro, il quale può venire meno per la scadenza del termine; ed imporre un onere di rinnovo al terzo non è previsto. Inoltre, occorrerà riflettere anche sul fatto che il numero minimo di lavoratori potrà venire meno laddove ciò consegua a libere scelte di quest'ultimi, che diano le dimissioni spontanee nel periodo rilevante, poiché anche in questo caso l'obbligo di un'immediata assunzione in sostituzione non sia previsto né possa essere introdotto in via interpretativa. Più complesso è il secondo profilo, qui infatti è prevista un'interpretazione più rigida, secondo la quale il numero minimo di lavoratori debba essere mantenuto in capo alla società che si renda affittuaria e poi acquirente dell'azienda e che non possa venire meno per scelte imprenditoriali che, nel periodo di vigenza dell'obbligo, provochino le dimissioni dei lavoratori, i quali rifiutino, ad esempio, un trasferimento a seguito della delocalizzazione dell'attività⁸².

V'è da chiedersi cosa accada qualora non venga rispettato l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali. In caso di continuità diretta, si è in presenza di una violazione di un obbligo ex lege da parte del debitore; e si può riflettere se ciò possa dare luogo a risoluzione ai sensi dell'articolo 119 CCII. In caso di continuità indiretta, invece, la

⁸² "Il concordato con continuità aziendale nel codice della crisi", a cura di R. Brogi, p. 850, "In fallimento", 2017.

violazione dell'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali, prevista dall'articolo 84 CCII, è riconducibile ad una condotta del terzo, che abbia acquisito la disponibilità dell'azienda o di un suo ramo per effetto di un atto dispositivo della procedura; e in questo caso è da revocare in dubbio l'idea che ciò possa dare luogo a risoluzione. Da un lato, sembrerebbe iniquo far ricadere sul debitore conseguenze derivanti da una condotta inadempiente imputabile al terzo; dall'altro, si potrebbe ritenere che il debitore, facendo proprio il piano (di continuità indiretta) con la proposta, si assuma il rischio che venga rispettata questa condizione, sicché l'obbligo del terzo verrebbe fatto proprio anche dal debitore, che rimarrebbe quindi vincolato alla norma. In merito a ciò è preferibile la prima soluzione interpretativa. Non vi è peraltro dubbio che il concordato non possa più essere "riqualificato", ritenendo così che abbia perso la caratteristica della continuità per acquisire quella liquidatoria; ostacolo insormontabile a questa idea è costituito sia dalla definitività del provvedimento di omologa sia dall'accordo raggiunto tra creditori e debitori su uno specifico piano di concordato, che non può ex post essere mutato. Il concordato si conclude, ai sensi dell'articolo 113, con la sentenza di omologa; questi problemi si pongono nella fase di esecuzione, nella quale l'unico rimedio consentito è la risoluzione del concordato. In entrambi i casi, tuttavia, è difficile individuare una sanzione sul piano della procedura, poiché vi è un vero e proprio vuoto di tutela. La risoluzione, infatti, può essere chiesta soltanto dai creditori, ovvero dal commissario giudiziale a condizione che sia stato sollecitato all'iniziativa da un creditore; difficilmente, però, un creditore richiederà la risoluzione del concordato (o solleciterà il commissario giudiziale a richiederla) soltanto per la violazione dell'obbligo al mantenimento dei livelli occupazionali. Il creditore, infatti, è interessato al puntuale

pagamento da parte del debitore secondo quanto previsto nella proposta⁸³, difettando inoltre, in capo al creditore che sia comunque soddisfatto, un interesse alla domanda di risoluzione. Può, dunque, accadere che violazioni del piano, anche gravi e tali da mutarne la natura, rimangano prive di conseguenza, in tutti quei casi, nei quali il debitore, fors'anche aiutato dalla violazione, provveda comunque al pagamento ai creditori di quanto loro promesso. Una soluzione, parziale, a tutela dei lavoratori trasferiti, potrebbe essere rinvenuta sul piano del diritto del lavoro e, dunque, della violazione, nei loro confronti, del diritto riconosciuto ex lege, in ragione del trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, al mantenimento del rapporto di lavoro, come accadde, già da tempo, quando analoghi accordi vengano raggiunti in sede sindacale nell'ambito delle consultazioni che devono necessariamente precedere il trasferimento dell'azienda.

⁸³ “L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta”, a cura di A. Petrosillo-F. Ruggiero, in www.ilfallimentarista.it, 14 marzo 2019.

3.5. Problemi vecchi e nuovi in tema di finanziamenti nel concordato preventivo

Come è noto, il Codice della crisi e dell'insolvenza dedica al tema dei finanziamenti nel concordato preventivo le regole degli articoli 99 e 101, richiamati anche dall'articolo 102 CCII, per il caso in cui a sovvenire la società in concordato siano, come sovente accade, i suoi soci. Regole introdotte sulla base dell'esplicito criterio direttivo stabilito dall'articolo 6, comma 1°, lettera o), l. 19 ottobre 2017, n. 155, che chiedeva al legislatore delegato di intervenire operando "il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi" e poi "riconoscendo stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice nel caso di successiva liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria, salvo il caso di atti in frode ai creditori". Se questi erano gli obiettivi che avrebbe dovuto perseguire la disciplina del Codice della crisi e dell'insolvenza in materia di nuova finanza nel concordato preventivo, sembra che il recente legislatore li abbia mancati sotto più di un profilo. Occorre, tuttavia, procedere con ordine, e provare innanzitutto a individuare i tratti qualificanti della disciplina dettata dagli articoli 99 e 101 CCII, e le più significative innovazioni recate dal Codice della crisi rispetto ai precedenti articoli 182-quater e 182-quinquies L.F.

Ebbene, il primo aspetto che sembra opportuno porre in evidenza è costituito dalla riduzione delle ipotesi in cui i prestiti possono ambire al beneficio della prededuzione, che passano dalle quattro descritte dagli articoli 182-quater e 182-quinquies L.F. alle due contemplate dagli articoli 99 e 101 CCII, dove in queste due norme emerge la distinzione

tra “finanziamenti autorizzati” e “nuovi finanziamenti”. Tale distinzione si fonda su un dato non tanto cronologico, quanto funzionale e formale. Invero, gli articoli 99 e 101 CCII attribuiscono rilievo al fatto, nell’un caso, che i finanziamenti siano strumentali “all’apertura e allo svolgimento” del concordato, oppure “all’esercizio dell’attività aziendale sino all’omologa”; nell’altro, che i medesimi prestiti vengano effettuati in esecuzione del concordato e siano espressamente previsti dal piano. Il secondo profilo pure meritevole di essere sottolineato riguarda l’ampliamento del meccanismo dell’autorizzazione preventiva da parte del Tribunale, previsto dalla norma di fattura più recente tra quelle che disciplinavano il fenomeno nella Legge Fallimentare: in specie, dal primo e dal terzo comma dell’articolo 182-quinquies L.F. confluiscono nel primo, terzo e quarto comma dell’articolo 99 CCII. Più in dettaglio, deriva dal primo comma dell’articolo 182-quinquies L.F. il principio per cui l’autorizzazione può essere concessa solo quando emerga che i prestiti sono “funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori”. Origina, per converso, dal terzo comma dell’articolo 182-quinquies L.F. la regola secondo la quale, il debitore che chieda l’autorizzazione deve specificare di non essere in grado di reperire altri prestiti e chiarire perché, in mancanza dei “finanziamenti prededucibili”, si determinerebbe un pregiudizio per l’impresa. Discende, del pari, dal terzo comma dell’articolo 182-quinquies L.F., in tema di finanziamenti urgenti, il precetto che disciplina le modalità di rilascio dell’autorizzazione, stabilendo che il Tribunale debba assumere “sommarie informazioni” e “sentire il commissario giudiziale”, e possa sentire i principali creditori, prima di decidere in camera di consiglio se autorizzare i finanziamenti prededucibili. A queste disposizioni, che come detto si incentrano sulla necessità della preventiva autorizzazione del Tribunale, si sottraggono

soltanto i prestiti contemplati dall'articolo 101 CCII, ai quali tale norma riserva una disciplina il cui modello di riferimento è quello dei finanziamenti menzionati dall'articolo 182-quarter, comma 1°, L.F. Invero, la prededucibilità dei crediti originati da siffatti prestiti non è vagliata ex ante dal Tribunale, ma è riconosciuta ex post sulla base dell'accertata sussistenza dei requisiti di tipo funzionale e formale e dell'intervenuta omologazione del concordato⁸⁴. Costituisce, infine, una novità del Codice della crisi e dell'insolvenza la norma secondo cui i prestiti, nonostante l'autorizzazione rilasciata dal Tribunale ai sensi dell'articolo 99 CCII, oppure la loro strumentalità rispetto ad un piano che li menzioni espressamente, "non beneficiano della prededuzione" nella successiva procedura di liquidazione giudiziale, lì dove emerga il compimento di atti di carattere fraudolento da parte del debitore e la consapevolezza di tale carattere ad opera del finanziatore. Queste sono state le linee fondamentali seguite dal legislatore per introdurre novità in merito ai finanziamenti nel concordato preventivo; tuttavia, non vi è dubbio che la prima reazione al cospetto di queste sia di perplessità. Perplessità che non derivano dalla decisione di vertice di continuare a prevedere nella prededuzione il meccanismo più idoneo a propiziare l'erogazione di nuova finanza a vantaggio di un'impresa in crisi (o addirittura già insolvente), quanto da alcune più specifiche scelte compiute dal legislatore del 2019, nonché dalla tecnica adottata in sede di redazione del nuovo testo. A quest'ultimo proposito, il pensiero va innanzitutto alla pleora di requisiti necessari affinché il Tribunale possa dare l'autorizzazione a "contrarre finanziamenti in

⁸⁴ Analogo è l'approccio della direttiva UE 2019\1023, ove si discorre di "nuova assistenza finanziaria fornita [...] al fine di attuare il piano di ristrutturazione e inclusa in tale piano di ristrutturazione", e si consente agli Stati Membri di limitare la tutela dei "nuovi finanziamenti" al caso in cui il piano di ristrutturazione sia stato omologato da un'autorità giudiziaria o amministrativa.

qualsiasi forma [...] prededucibili". L'articolo 99, comma 1° e 3° CCII, afferma che il Tribunale è chiamato ad accertare la contemporanea ricorrenza di ben sette condizioni, ovvero:

1. Che il concordato preveda "la continuazione dell'attività aziendale" (se del caso, anche con finalità meramente liquidatorie);
2. Che i prestiti siano "funzionali": all'apertura e allo svolgimento della procedura o all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa;
3. Che i medesimi prestiti siano "in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori";
4. Che sia specificata la destinazione dei finanziamenti;
5. Che sia specificato che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti⁸⁵;
6. Che siano indicate le ragioni: per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura, o in alternativa dell'urgenza di provvedere per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale;
7. Che sia allegata la relazione di un professionista indipendente, il quale attesti la sussistenza dei requisiti menzionati dai numeri 1,2 e 3.

Analizzando questi requisiti, il pensiero va alla differenza tra il concetto di grave pregiudizio per l'attività aziendale e quello di danno grave e irreparabile all'attività aziendale. Appurato che, nella sistematica dell'articolo 99 CCII, il secondo scenario si caratterizza per un profilo d'urgenza, a differenza di quanto è previsto nel primo, fa sì

⁸⁵ Come potrebbe accadere – osserva la Relazione illustrativa – nel caso di "insufficiente capacità economica" dei soci della società destinataria dei finanziamenti.

che il Tribunale possa decidere con un bagaglio informativo più circoscritto, resta il fatto che anche una situazione in cui, in mancanza dei prestiti che si chieda di autorizzare, vi è il rischio concreto che si determini un grave pregiudizio per l'attività aziendale sembrerebbe costituire una situazione ove ricorre "l'urgenza di provvedere". Dinanzi a tale rilievo, non sarebbe decisa la replica che, nell'ipotesi dei "finanziamenti autorizzati urgenti", il quid pluris è costituito dall'esigenza di scongiurare non tanto un "grave pregiudizio" quanto un "danno grave e irreparabile all'attività aziendale": invero, escluso che i sostantivi "pregiudizio" e "danno" esprimano concetti diversi, non sembra che siano così numerose le situazioni, rientranti nella regola generale dei "finanziamenti autorizzati", in cui i prestiti si rendono necessari per evitare il prodursi di un pregiudizio (ovvero un danno) grave, ma pur sempre riparabile. Non a caso, si direbbe, il legislatore della Direttiva UE 2019\1023, nel fornire la definizione di "finanziamento temporaneo", adotta una nozione unitaria, basata sul profilo dell'urgenza, discorrendo di "assistenza finanziaria che sia ragionevole e immediatamente necessaria affinché l'impresa del debitore continui ad operare, o mantenga o aumenti il suo valore". In definitiva, l'assottigliarsi della linea distintiva tra le due fattispecie - che dall'articolo 182-quinquies L.F. si differenziavano in ragione di ciò, che i "finanziamenti autorizzati" previsti dal primo comma richiedevano solo che fosse accertata la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori - potrebbe o rendere più difficile, visto il maggior rigore dei requisiti necessari a tal fine, il rilascio dell'autorizzazione del Tribunale alla stipula dei "finanziamenti prededucibili" oppure, in alternativa, spingere il debitore a sostenere più spesso che in passato il carattere urgente dei finanziamenti da autorizzare, paventando un "danno grave e irreparabile all'attività aziendale", onde fare a meno della relazione

del professionista indipendente. In terzo luogo, non è affatto chiaro perché il precetto dell'articolo 99 CCII trascuri di riprodurre la regola prima contenuta nel secondo comma dell'articolo 182-quinquies L.F., ove era stabilito che l'autorizzazione potesse "riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative". Si tratta di un'omissione invero poco comprensibile, dal momento che la norma testé citata era parsa ai più senz'altro opportuna, sulla base del rilievo che essa avrebbe consentito al debitore di aprire un negoziato con i potenziali finanziatori, scegliendo quello tra essi che, rassicurato dalla già rilasciata autorizzazione giudiziale, avesse offerto le condizioni più vantaggiose; ovvero che la stessa norma avrebbe permesso di sfuggire al circolo vizioso per cui il sovente non concede credito se il giudice non autorizza prima il finanziamento, e il giudice non rilascia l'autorizzazione se il finanziatore non si impegna preventivamente a concedere credito⁸⁶.

In assenza di riferimenti ai motivi della novità nella relazione illustrativa, può solo supporre che la scelta del legislatore delegato si spieghi alla luce del timore di abusi, o comunque dall'idea che la regola in esame possa indurre il Tribunale ad eseguire un controllo più lasco sui presupposti di legge, concedendo autorizzazioni "a scatola chiusa" potenzialmente rischiose per i creditori. Volendo trarre un sommario bilancio da questi cenni, l'impressione che si ricava dall'analisi del testo degli articoli 99 e 101 CCII e dalla considerazione di taluni fra i quesiti che tali precetti pongono ai primi interpreti è di un intervento che non ha affatto realizzato il riordino e la semplificazione richiesti in sede di delega: del riordino vi è solo l'apparenza, e della semplificazione neppure questa.

⁸⁶ "Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi", seconda edizione, a cura Lorenzo Stanghellini, CNDCEC, pp. 1-81, 28 aprile 2015.

Nondimeno, una valutazione scevra da pregiudizi di tale intervento induce ad intravedere aspetti meritevoli di essere valorizzati. Si allude, in particolare, non solo al già rammentato rafforzamento dello schema dell'autorizzazione preventiva da parte del Tribunale, ma altresì alla scelta di "costruire" l'articolo 99 CCII intorno al nucleo più rigoroso dei vari precetti contenuti nell'articolo 182-quinquies L.F., cioè alle norme della legge fallimentare che circondavano il rilascio dell'autorizzazione necessaria per la prededucibilità dei crediti originati dai "finanziamenti urgenti" di cautele specifiche, ovvero di requisiti addizionali rispetto a quelli normalmente necessari. E in tale prospettiva potrebbe anche spiegarsi la scelta di non riprodurre nel nuovo testo la norma sull'autorizzazione generica contenuta nell'articolo 182-quinquies, comma 2, L.F. Questi rilievi non sembrano sciogliere quelli che sono i nodi più rilevanti della disciplina previgente in materia di "finanziamenti prededucibili" nel concordato preventivo. Il problema che il legislatore della riforma ha ignorato, o comunque ha ommesso di risolvere, è quello dei rapporti tra le regole in materia di nuova finanza nel concordato, in base alle quali il Tribunale è chiamato ad autorizzare il debitore a "contrarre finanziamenti [...] prededucibili", con la disciplina degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel corso della procedura, che oggi si rinviene in tre luoghi del Codice della crisi. Innanzitutto, nell'articolo 46 CCII, ove è stabilito che dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale e che i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili. In secondo luogo, nell'articolo 94 CCII, nel disciplinare pur esso gli effetti della presentazione della domanda, dopo aver fatto espressamente salvo

il disposto dell'articolo 46 CCII prevede che gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, ivi compresi i mutui, richiedono a pena di inefficacia l'autorizzazione del giudice delegato, autorizzazione che può essere concessa prima dell'omologazione se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, e il cui rilascio fa sì che i crediti acquisiti dai terzi in forza di tali atti possano considerarsi legalmente sorti per una delle finalità indicate dall'articolo 6, comma 1, lettera d), CCII e godere della prededuzione ai sensi della stessa norma. Questo problema si presentava in termini analoghi già rispetto alle previsioni della legge fallimentare, più precisamente agli articoli 161 comma 7°, e 167 comma 2° L.F., del cui coordinamento con la regola dell'articolo 182 quinquies L.F. si era invero molto discusso, senza tuttavia pervenire a conclusioni condivise: appare quindi singolare il silenzio del recente legislatore. Volendo, tuttavia, prospettare una soluzione, può rivelarsi, per un verso, che la Relazione illustrativa definisce quella dettata dall'articolo 99 CCII la disciplina dei "finanziamenti che il debitore può richiedere di contrarre nella fase intercorrente tra la domanda di accesso alla procedura e l'omologazione", per altro verso che si ritenesse che una volta aperta la procedura la norma di riferimento sia costituita dall'articolo 94 CCII si giungerebbe a un esito sotto vari profili incongruo. Non soltanto perché l'articolo 99 CCII finirebbe per avere un ambito di applicazione ridotto, visto che tale precetto riguarderebbe solo le richieste di autorizzazione presentate a partire dalla domanda ex articolo 40 CCII e fino al decreto di apertura ; non soltanto perché, se ci si fondasse esclusivamente sull'articolo 94 CCII, si porrebbe il problema del trattamento dei prestiti

dei soci⁸⁷, ma anche perché la disciplina dell'articolo 99 CCII appare nel complesso caratterizzata da maggior rigore rispetto a quella dell'articolo 94 CCII. E questo vuoi per la "garanzia" della collegialità, derivante dal precetto che attribuisce al Tribunale il compito di pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione; vuoi per la serie articolata di condizioni necessarie, a norma dell'articolo 99 CCII, ai fini del rilascio di siffatta autorizzazione; vuoi, infine, per il requisito di attestazione da parte di un professionista indipendente, indispensabile ai sensi dell'articolo 99 CCII (tranne nel caso di prestiti urgenti), e di cui invece non vi è traccia nella regola dell'articolo 94 CCII.

Per queste ragioni, e al cospetto altresì del quadro delineato dal legislatore europeo, sembra ragionevole privilegiare la tesi che gli articoli 99 e 102 CCII debbano considerarsi norme speciali, destinate come tali a prevalere sulle norme generali 46 e 94 CCII. Un ulteriore nodo della disciplina previgente, che il codice della crisi ha provato a sciogliere, senza però riuscirvi del tutto è quello della "tenuta" della prededuzione nella successiva procedura di fallimento, oppure, oggi, di liquidazione giudiziale. Problema di cui si era discusso, prima della riforma, con riguardo non tanto ai prestiti menzionati dal primo comma dell'articolo 182-quater L.F., quanto ai "finanziamenti ponte" menzionati dal secondo comma dello stesso precetto e ai prestiti autorizzati ai sensi dell'articolo 182-quinquies L.F. Anche rispetto a tali prestiti, in effetti, ci si era chiesti se il provvedimento con cui il Tribunale avesse espressamente disposto la prededuzione, nell'un caso, ovvero autorizzato il debitore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 L.F., nell'altro, ponesse davvero il finanziatore al riparo dal rischio di una diversa

⁸⁷ I relativi crediti potrebbero godere, in base all'articolo 102, CCII, del "beneficio della prededuzione previsto" dall'articolo 99 CCII, cioè di una norma di cui si postula l'inapplicabilità?

valutazione, da parte del giudice delegato, circa l'effettiva ricorrenza delle condizioni necessarie per riconoscere ai crediti rivenienti dai medesimi prestiti siffatto beneficio. E la possibilità che gli organi del fallimento operassero tale diversa valutazione, sovvertendo le conclusioni del Tribunale e frustando le aspettative del finanziatore, era parsa uno dei più gravi profili di debolezza della disciplina intesa a propiziare l'erogazione di nuova finanza ad un'impresa in crisi, tanto da giustificare l'introduzione nella legge 155\2017 del criterio direttivo che invitava esplicitamente il legislatore a riconoscere stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice nel caso di successiva liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria, salvo il caso di atti in frode ai creditori⁸⁸.

Ebbene, dinnanzi al sesto comma dell'articolo 99 CCII, vi è ragione di dubitare che la direttiva della legge delega sia stata attuata nel modo più felice. Invero, sembra che la lettera di tale precetto non permetta di dire che il Codice della crisi ha provveduto a riconoscere stabilità alla prededuzione del credito del finanziatore. L'articolo 99, comma 6° CCII, è formulato infatti in termini negativi, poiché individua un'ipotesi in cui, all'esito della frode del sovvenuto e del sovventore, i finanziamenti "non beneficiano della prededuzione" nella successiva procedura liquidatoria: tale norma non impedisce, dunque, che possa sostenersi che anche in altri casi, oltre che in quello espressamente previsto, sia possibile escludere a posteriori la sussistenza dei requisiti per la concessione del ricordato beneficio. Non si intende con ciò certo affermare che sia

⁸⁸ Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, per il riordino della disciplina del concordato preventivo, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] prevedere il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi, riconoscendo stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice nel caso di successiva liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria, salvo il caso di atti in frode ai creditori.

criticabile l'eccezione prevista per l'ipotesi di frode, eccezione contemplata sia dalla più volte citata direttiva UE 2019\1023⁸⁹, sia dalla Raccomandazione della Commissione 2014\135\UE⁹⁰, e neppure che vada condivisa l'idea che gli organi della procedura liquidatoria possano contestare che i crediti scaturiti da "finanziamenti autorizzati" godono della prededuzione. Tutt'al contrario, pare che questi, una volta che il Tribunale abbia rilasciato la necessaria autorizzazione, siano crediti "espressamente qualificati dalla legge" come prededucibili, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 6, comma 1° CCII, e che in tale qualifica⁹¹ non possa più essere messa in discussione, in conformità con il principio generale onde "la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali." Sembra, tuttavia, che aver adottato una formula "debole", senza sancire espressamente e in modo inequivoco la definitività del riconoscimento giudiziale del carattere prededucibile dei crediti degli autori di prestiti autorizzati, rappresenti una potenziale lesione del sistema, e confermi in ultima analisi il giudizio complessivamente non favorevole sulla nuova disciplina dei finanziamenti nel concordato preventivo.

⁸⁹ In particolare, quanto affermato dal 67° "Considerando", secondo cui la direttiva "dovrebbe lasciare impregiudicati gli altri motivi per dichiarare nulli, annullabili o inopponibili i finanziamenti nuovi e temporanei, o per determinare la responsabilità civile, penale o amministrativa dei fornitori di tali finanziamenti, come previsto dal diritto nazionale. Tali altri motivi potrebbero includere, tra l'altro, la frode, la malafede, un certo tipo di relazione tra le parti che potrebbe essere associato a un conflitto d'interessi".

⁹⁰ Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014, "su un nuovo approccio al fallimento e all'insolvenza", la quale precisa che "alle norme sulla tutela dei nuovi finanziamenti dovrebbe potersi derogare in caso di successivo accertamento di frode in caso di nuovi finanziamenti".

⁹¹ Ad eccezione del solo caso peculiare a cui allude il sesto comma dell'articolo 99 CCII.

3.6. Criticità del giudizio di omologazione del concordato preventivo nella disciplina del Codice della crisi in caso di mancato raggiungimento della maggioranza dei creditori e diniego dell'omologazione

Un'ulteriore fattispecie critica, che può venirsi a creare nel concordato preventivo, è rappresentata dal mancato raggiungimento della maggioranza dei creditori per quanto concerne il giudizio di omologazione. Nella disciplina del CCII non vi è l'espressa previsione di un provvedimento con cui si chiude la procedura di concordato in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze ovvero di mancata omologazione e in assenza di istanze di apertura della liquidazione giudiziale o in difetto dei presupposti di cui all'articolo 121 CCII. Il meccanismo previsto dal codice, infatti, presenta una regolamentazione compiuta solo nel caso in cui, all'esito della votazione che respinge la proposta di concordato, vi siano le condizioni per l'apertura della liquidazione giudiziale: il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo di cui all'articolo 2, comma 1°, lettera d) CCII, e lo stato di insolvenza, nonché il ricorso di uno dei due soggetti legittimati (inserire come nota l'articolo 49 CCII, 1 e 2 comma). Se però non vi sono istanze di apertura della liquidazione giudiziale o, in presenza di queste, il debitore non si trova in stato di insolvenza, il Codice non chiarisce quale sia il percorso che il Tribunale deve seguire. Non è chiaro, peraltro, neppure cosa accada nel caso in cui sia accertato il compimento di atti in frode ovvero non autorizzati, oppure in mancanza delle condizioni di ammissibilità ai sensi dell'articolo 106 CCII. Anche in questa ipotesi è, infatti, previsto

che il tribunale provveda ai sensi dell'articolo 49 comma 2° CCII, ma nulla si dispone per il caso in cui difettino i presupposti per l'apertura della liquidazione giudiziale. Nella disciplina della legge fallimentare, l'articolo 179 prevede che, in caso di mancato raggiungimento delle maggioranze, il giudice delegato ne riferisca immediatamente al tribunale, che deve provvedere a norma dell'articolo 162, 2° comma: cioè, sentire il debitore in camera di consiglio e, con decreto non soggetto a reclamo, dichiarare inammissibile la proposta di concordato; nonché, su istanza del creditore o su richiesta del P.M., accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiarare il fallimento del debitore. Manca, invece, anche nella legge fallimentare l'espressa regolamentazione dell'ipotesi di diniego dell'omologazione e contestuale assenza di istanze di fallimento e/o dei presupposti per la dichiarazione di fallimento. In questo ultimo caso, si ritiene che, giusto il disposto dell'articolo 180, ultimo comma, Legge Fallimentare⁹², il tribunale abbia il dovere, in assenza di istanze da parte dei creditori, di trasmettere gli atti della procedura al P.M. e di fissare comunque un'udienza per la dichiarazione di fallimento⁹³. Laddove, invece, manchi il ricorso di uno o più creditori o l'istanza del P.M., verrà emesso un decreto di rigetto della domanda di concordato, non potendosi procedere autonomamente a dichiarare il fallimento⁹⁴. È da ritenere che, anche alla luce dell'indirizzo formatosi nel vigore della legge fallimentare, la lacuna normativa sia da colmare nel senso che il tribunale, nei casi sopra menzionati, debba provvedere con

⁹² Il tribunale, se respinge il concordato, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui gli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente il decreto.

⁹³ "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", a cura di G. Di Cecco, p. 354, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014.

⁹⁴ "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", a cura di G. Lo Cascio, p. 376, IPSOA Editore, Milano, 2008.

decreto motivato. Depone in tal senso l'articolo 50 CCII, secondo cui il rigetto della domanda di apertura della liquidazione giudiziale è pronunciato con decreto motivato reclamabile innanzi alla Corte d'appello. Non sembra, invece, che possa essere, in queste ipotesi, utilizzato lo strumento del decreto non soggetto a reclamo previsto dall'articolo 44, 2° comma, CCII, la cui previsione si giustifica per il fatto che il provvedimento si colloca in una fase della procedura in cui ancora non è stato neppure depositato il piano. La soluzione prospettata, che si differenzia rispetto a quella contemplata dalla legge fallimentare per il fatto che il decreto è motivato e suscettibile di impugnazione, potrebbe avere l'effetto di dilatare i tempi della procedura e di introdurre margini di incertezza e instabilità delle decisioni del tribunale. In altri termini, nell'intento di soddisfare una istanza di etero tutela degli interessi dei creditori attraverso l'attuazione più stringente del principio del contraddittorio e la limitazione dell'uso del procedimento camerale, il legislatore potrebbe avere ottenuto un risultato opposto, e persino contrario ai principi enunciati dalla Direttiva UE 2019/1023, cioè quello di prolungare ulteriormente i tempi dei procedimenti di gestione e regolazione della crisi. Tuttavia, in assenza di una espressa previsione, non pare che nella disciplina del Codice vi possano essere "appigli" normativi utili a colmare il vuoto legislativo.

3.7. Problematica relativa al conflitto di interessi dei creditori e l'abuso del diritto di voto nel giudizio di omologazione del concordato preventivo

La Relazione di accompagnamento al D.lgs. n. 14\2019 offre ancora uno spunto per individuare un'ulteriore criticità avente ad oggetto il giudizio di omologazione nel concordato preventivo. Nella parte dedicata all'articolo 109 CCII, essa evidenzia che assume particolare rilievo la previsione secondo la quale sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto di interessi. La formulazione del precetto legislativo sembrerebbe, quindi, disporre che i creditori che si trovino in conflitto di interessi debbano essere preventivamente privati della possibilità di esercitare il voto sulla proposta di concordato. Del resto, l'articolo 107, 4° comma CCII, stabilisce che, almeno dieci giorni prima di quello in cui iniziano le operazioni di voto, ciascun creditore può sollevare contestazioni sui crediti concorrenti⁹⁵ e il successivo articolo 108, comma 2°, CCII, prevede che "i creditori esclusi possono opporsi alla esclusione in sede di omologazione del concordato nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze". L'esclusione preventiva dell'esercizio del voto dei creditori "in conflitto di interessi" è certamente ammissibile e opportuna, oltre che nei casi menzionati nell'articolo 109, 5° comma, CCII⁹⁶, anche in tutte le ipotesi in cui ricorre una relazione tra il debitore e un creditore, tale per cui

⁹⁵ Nell'ambito delle quali è da ritenere che si possono far rientrare non solo quelle sull'an e sul quantum, ma anche quelle sull'esistenza di conflitti che possano compromettere la validità del voto.

⁹⁶ Il coniuge o il convivente di fatto del debitore, ovvero la parte dell'unione civile con il debitore, i parenti e affini del debitore entro il grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della domanda di concordato.

quest'ultimo può definirsi parte cointeressata con il primo ad un certo esito della votazione.

Una esclusione preventiva negli altri casi “innominati” di conflitto non sarebbe, invece, compatibile con lo schema generale del conflitto di interessi nei corpi deliberanti, (il cui riferimento normativo è l'articolo 2373 c.c.): così ragionando si sanzionerebbe a priori, mediante la privazione del voto, la titolarità, da parte di un singolo creditore, di un interesse potenzialmente in conflitto con l'interesse collettivo⁹⁷, ma senza verificare, in concreto, se il voto sia stato determinante per l'approvazione della proposta dannosa e, se l'approvazione della proposta abbia determinato un danno anche solo potenziale sul piano collettivo. È quindi da ritenere, sulla base di una interpretazione orientata alle conseguenze della disposizione contenuta nell'articolo 109, 5° comma, CCII, che al tribunale spetti, anche successivamente alla votazione alla votazione e nell'ambito del giudizio di omologazione, un sindacato sulla sussistenza e sulla rilevanza in concreto della titolarità, da parte di uno o più creditori, di interessi in conflitto con quello “superindividuale” alla partecipazione sul piano collettivo e attraverso la programmata ristrutturazione, a un surplus di risorse rispetto all'alternativa liquidatoria⁹⁸. Assunta questa definizione di interesse collettivo, da prendere in considerazione quale parametro di confronto per individuare la sussistenza di un conflitto, emerge la necessità che il tribunale intervenga anche là dove, per effetto del voto negativo determinate di un creditore in conflitto di interessi, venga respinto un piano di ristrutturazione, economicamente fattibile e giuridicamente ammissibile, che avrebbe

⁹⁷ “Il conflitto di interessi”, a cura di G. Nuzzo, pp. 135 ss, Giuffrè Editore, Milano, 2019.

⁹⁸ “Il conflitto di interessi”, a cura di G. Nuzzo, pp. 181 ss, Giuffrè Editore, Milano, 2019.

consentito la ripartizione a livello collettivo di un surplus di risorse rispetto all'alternativa liquidatoria⁹⁹. In questo caso, tuttavia, non essendo state raggiunte le maggioranze richieste, l'articolo 112 CCII escluderebbe l'apertura del giudizio di omologazione, sicché si pone il problema di individuare quale possa essere il "luogo processuale" nel quale la questione possa trovare emersione. Al riguardo, è da ritenere che, nell'ambito della relazione prevista dall'articolo 110 CCII, il commissario giudiziale abbia il potere-dovere di evidenziare situazioni di conflitto di interessi in capo a creditori, che abbiano assunto in concreto rilevanza in relazione alle modalità effettive di esercizio del voto ai fini della reiezione della proposta. In questo caso, prima di avviare il procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale ai sensi degli articoli 112 e 49, 2° comma, CCII, ovvero di emettere il provvedimento di chiusura della procedura con decreto motivato, il tribunale dovrebbe attivare il contraddittorio sulla legittimità dei voti dei creditori in conflitto di interessi e, accertata la ricorrenza dei presupposti¹⁰⁰, procedere alla loro espunzione dal calcolo del quorum deliberativo. Se, una volta annullati i voti negativi dei creditori "in conflitto di interessi", si raggiungeranno le maggioranze richieste dalla legge, il tribunale, potrà quindi accertare l'intervenuta approvazione della proposta e aprire il giudizio di omologazione ai sensi dell'articolo 48 CCII. È infine da osservare che il sindacato del tribunale sulla legittimità del voto non potrà essere limitato solo al caso di conflitto di interessi¹⁰¹, ma anche a tutte quelle ipotesi in cui, per non ravvisandosi

⁹⁹ "Il conflitto di interessi", a cura di G. Nuzzo, pp. 187 ss, Giuffrè Editore, Milano, 2019; "I concordati ostili", a cura di G. D'Attorre, pp 154 ss, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

¹⁰⁰ Sussistenza del conflitto; danno, anche potenziale, consistente nella mancata ripartizione del surplus; prova di resistenza.

¹⁰¹ Fattispecie che, in ossequio alla disciplina generale dell'articolo 2373 c.c., per essere rilevante, presuppone la sussistenza di un danno, anche potenziale, sul piano collettivo.

lesione dell'interesse collettivo dei creditori, l'esercizio abusivo del voto da parte di uno o più creditori determini una ripartizione delle risorse rivenienti dal concordato secondo criteri che non si giustificano in modo oggettivo dal punto di vista economico, ma solo sulla base di ragioni esterne, non connesse con il rapporto che ha dato origine alla pretesa creditoria o, comunque, in ragione di particolari relazioni intercorrenti tra il debitore e il creditore che, abusando del diritto di voto, ha ricevuto un ingiusto vantaggio¹⁰².

¹⁰² “Il conflitto di interessi”, a cura di G. Nuzzo, pp. 193 ss, Giuffrè Editore, Milano, 2019.

Conclusioni

Il presente lavoro ha tentato di analizzare alcune peculiarità del Concordato preventivo che rappresenta lo strumento giudiziale più efficace e importante per la risoluzione della crisi di impresa, in virtù delle caratteristiche intrinseche della stessa procedura, le quali sono state più volte richiamate all'interno dello scritto, che la rendono più appetibile rispetto alle misure concorrenti. Il primo aspetto su cui è importante focalizzare l'attenzione riguarda l'introduzione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza. Questo rappresenta il secondo tentativo complessivo del legislatore di uniformare la disciplina fallimentare dopo il primo tentativo rappresentato dal Regio Decreto n. 267 del 10 marzo del 1942. Il d. lgs. 14\2019 da un lato favorisce in particolar modo gli strumenti di gestione e risoluzione della crisi e dell'insolvenza, dall'altro, invece, mostra un certo sfavore nei confronti dell'alternativa liquidatoria. Questo rappresenta un passaggio obbligatorio che il nostro legislatore ha dovuto percorrere, anche in relazione alle problematiche socioeconomiche che sono strettamente collegate con la crisi dell'impresa. Del resto, come sappiamo tutti, lo sfaldamento di un'impresa non comporta svantaggi in modo esclusivo al solo imprenditore e ai soggetti che hanno avuto rapporti economici e commerciali con lui, come ad esempio finanziatori, fornitori di materie prime ecc. Le implicazioni negative colpiscono duramente tutti i lavoratori che sono subordinati a quell'impresa e questo effetto negativo si estende tramite un effetto a "cascata" anche nel tessuto socioeconomico di cui quell'impresa fa parte.

Ulteriore aspetto positivo che può essere rintracciato nel CCII è la tendenza di disciplinare la crisi in maniera uniforme, a prescindere dal fatto di essere o non essere

imprenditori. Infatti, la linea guida seguita dal nostro legislatore è di non prescindere dalla natura del debitore e dal tipo di attività imprenditoriale esercitata. Inoltre, ulteriori punti di forza del CCII sono gli stessi principi ispiratori del Codice, in particolar modo lo stesso mira a far emergere in anticipo la crisi al fine di sanarla, mentre un altro principio è la “continuità”, cioè il legislatore ha mostrato ostilità verso la liquidazione e un favor verso tutte quelle soluzioni che hanno come obiettivo il risanamento. In merito a queste considerazioni, la tipologia di concordato preventivo più importante disciplinata dal legislatore è quello che persegue la continuità aziendale, mentre è limitata la possibilità a ricorrere ad un concordato preventivo liquidatorio. Questo elemento è dato dal fatto che sono presenti alcuni elementi di sfavore che rendono più appetibile il concordato con continuità aziendale, anche se il concordato liquidatorio rimane sempre una procedura concorsuale presente all’interno del nostro ordinamento. Sicuramente alcune grandi novità introdotte con il codice all’interno della procedura del concordato preventivo, e che apporteranno in futuro effetti positivi per i creditori, sono il soddisfacimento di almeno il 20% dei creditori chirografari e l’apporto di risorse esterne che soddisfi i creditori nella misura superiore al 10%.

Nel presente lavoro si è cercato di analizzare, le proposte concorrenti e offerte concorrente in virtù delle novità relative alla luce della riforma. Infatti, il nuovo codice dedica una normativa ad hoc per le proposte concorrenti dove la novità più importante è sicuramente la modifica relativa al limite di ammissibilità della proposta concorrente. Si passa infatti dalla soglia del 40% o 30% a seconda che si tratti di concordato liquidatorio ovvero con continuità aziendale, apportando così ulteriori aspetti positivi nei confronti creditori.

Nell'ultimo capitolo poi, si è posta l'attenzione a quelle che potrebbero essere le criticità dell'istituto in merito alle vicende circolatorie dell'azienda in crisi tra continuità diretta e indiretta, questioni problematiche che si possono presentare in sede di nuovi finanziamenti ed infine la spinosità della stessa procedura qualora nel giudizio di omologazione non sia raggiunta la maggioranza dei creditori ovvero ci sia il loro diniego. Nonostante l'ultimo capitolo sia incentrato sulle difficoltà che la stessa procedura può incontrare, ritengo che facendo un confronto tra vantaggi e svantaggi derivanti dall'istituto, i vantaggi prevalgono. Infatti, questo è uno strumento assai flessibile rispetto alle alternative concorrenti e in particolar modo alla liquidazione giudiziale, e inoltre comporta dei vantaggi maggiori sia per il debitore, ma anche per tutti gli altri soggetti che sono interessati dalla procedura. Alla luce di queste considerazioni, è necessario porre più attenzione e importanza a questo strumento concorsuale in virtù della situazione economica e geopolitica che stiamo vivendo in questo periodo, poiché questa sicuramente avrà un impatto negativo sul tessuto economico italiano, pertanto, in merito alle procedure concorsuali, è una situazione meritevole di essere gestita con particolare attenzione.