

FRONTESPIZIO

www.osservatorio-oci.org

A mio padre, che mi ha insegnato il rigore, il coraggio e l'umiltà

A mia madre, per l'immenso amore di ogni suo gesto

www.osservatorio-oci.org

INDEX

INTRODUZIONE	4
I CAPITOLO	8
PRIME CONSIDERAZIONI SUL CONCORDATO PREVENTIVO	8
1.1 BREVI CENNI AL CONCORDATO PREVENTIVO NEL R.D. 267/1942	8
1.2 L'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA E LA CONSERVAZIONE DELL'ATTIVITÀ	11
1.3 L'EVOLUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA: IL DECRETO LEGISLATIVO 270/1999	13
1.4 IL TREND RIFORMATORE A PARTIRE DAL 2005: IL DECRETO CORRETTIVO 169/2007	15
1.5 GLI STRUMENTI IDONEI A “PROPIZIARE” LO SVILUPPO: DECRETO SVILUPPO 83/2012	17
1.6 LE RECENTI NOVITA’ PER LA SOLUZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D’IMPRESA	18
II CAPITOLO	23
LA CRISI E LA CONSERVAZIONE DEI VALORI AZIENDALI: OPPOSTI O COMPLEMENTI?	23
2.1 LE NOVITÀ DEL DECRETO SVILUPPO ALLA LUCE DELLE INDAGINI STATISTICHE	23
III CAPITOLO	31
IL CONCORDATO CON CONTINUITA’ AZIENDALE	31
3.1 IL CASO MEDEOR: BREVI CENNI SULLA STORIA E SULLE CAUSE DELLO STATO DI CRISI	31
3.2 IL NUOVO PIANO INDUSTRIALE E FINANZIARIO DEL 2013 ED I VANTAGGI DELLA SOLUZIONE CONCORDATARIA	32
L’istanza di integrazione del ricorso ex art. 161, comma sesto, l. fallimentare.	36
3.3 IL DECRETO DI AMMISSIONE DEL TRIBUNALE: LA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI E DELLE CONDIZIONI	36
I soggetti legittimati a presentare domanda di concordato preventivo con riserva. I requisiti soggettivi ed oggettivi.	37
3.4 PRESUPPOSTI E CONDIZIONI DEL CONCORDATO CON CONTINUITA’ AZIENDALE	39

Requisiti del professionista attestatore	41
3.5 L'ATTESTAZIONE EX ART. 161, COMMA TERZO, L. FALLIMENTARE	47
La veridicità dei dati aziendali	48
La fattibilità del piano	62
3.6 LA RELAZIONE ATTESTATIVA NEL CONCORDATO IN CONTINUITA'	68
3.7 L'ANALITICA INDICAZIONE DEI COSTI E DEI RICAVI	69
3.8 IL MIGLIOR SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI	71
IV CAPITOLO	78
LE AGEVOLAZIONI SPECIFICHE	78
4.1 PAGAMENTO NON INTEGRALE E MORATORIA DEI CREDITI MUNITI DI PRELAZIONE	78
Il parere circa la dilazione dei creditori e la relazione giurata di stima	79
La legittimazione dei creditori ad esprimere il proprio voto alla proposta concordataria	85
4.2 I CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE E CONTINUITA' AZIENDALE: SOSPENSIONE/SCIoglimento DEI CONTRATTI BANCARI	87
4.3 LA CANCELLAZIONE DELLE ISCRIZIONI E DELLE TRASCRIZIONI	108
4.4 LA PARTECIPAZIONE A PROCEDURE DI ASSEGNAZIONE DI CONTRATTI PUBBLICI	116
4.5 LA PARTECIPAZIONE A RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI D'IMPRESA	119
4.6 ATTESTAZIONI SPECIALI E CONTINUITA' AZIENDALE: LA <i>PAR CONDICIO</i> E IL PAGAMENTO DEI CREDITI ANTERIORI PER PRESTAZIONI DI BENI E SERVIZI EX ART. 182 <i>QUINQUIES</i> L. FALLIMENTARE	121
Il pagamento degli stipendi del personale dipendente	128
Il pagamento del debito IVA	133
4.7 IL COMMISSARIO GIUDIZIALE	140
CONCLUSIONI	146
BIBLIOGRAFIA	149
LA GIURISPRUDENZA	161
SITOGRAFIA	165
RINGRAZIAMENTI	166

Introduzione

L'attuale sistema della soluzione della crisi d'impresa è il risultato di una progressiva metamorfosi intervenuta sul R.D. n. 267 del 1942, una trasformazione, si intuisce, dipendente dall'assoluta centralità che hanno assunto le soluzioni concordate dell'insolvenza nell'attuale momento di picco della crisi d'impresa che attraversa il nostro Paese.

A partire dalle riforme alla legge fallimentare intervenute dal 2005 in avanti, sono stati introdotti strumenti per il riequilibrio economico-finanziario dell'imprenditore, anche soltanto in crisi, che, pertanto, grazie alle soluzioni più diversificate e beneficiando degli effetti protettivi sul patrimonio, primo fra tutti quello dell'inibizione delle procedure esecutive individuali *ex art. 168 l. fall.*, può ristrutturare i suoi debiti e sperare nel suo ritorno *in bonis*.

Il legislatore dei primi anni del XXI secolo riprende quel sentiero battuto con la disciplina dell'amministrazione controllata e con il modello dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese che, senz'altro, preludono le successive stagioni riformatrici che si propongono, per l'appunto, prima di ogni altra cosa, la creazione di un sistema di procedure concorsuali diretto alla salvaguardia del complesso produttivo, nel disperato tentativo di non perdersi in un deserto d'impresе. L'intervento normativo, in sintesi, si propone, partendo dall'introduzione di nuovi istituti, di superare quelle anomalie che avevano determinato un sostanziale insuccesso delle discipline appena su richiamate.

Successivamente, con l'entrata in vigore del cosiddetto "Decreto Sviluppo", convertito con la legge del 7 agosto 2012, n. 134, la procedura del concordato preventivo cambia definitivamente il suo volto: per la prima volta il concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa trova espressa e puntuale regolamentazione con l'introduzione dell'art. 186 *bis* l. fallimentare. Si delinea, così, uno strumento di tutela non solo per l'imprenditore in crisi e per i soggetti che gravitano intorno al tessuto economico in cui questi si muove, i creditori, ma di salvaguardia, altresì, di un interesse di stampo pubblicistico, ossia la conservazione dei valori aziendali, l'interesse collettivo a mantenere in vita l'organismo produttivo. L'intervento

riformatore introduce uno strumento per comporre l'insolvenza dell'impresa nel mercato: protagonisti dell'insolvenza non sono più solo il debitore ed i creditori, ma il mercato e l'interesse alla conservazione di valori preesistenti.

Ebbene, il presente lavoro, anche ai fini di una migliore comprensione delle scelte legislative susseguitesesi negli anni, si apre svolgendo un *excursus* normativo di tutti questi istituti che, in certo qual modo, possono ritenersi dei precursori della disciplina del concordato in continuità aziendale, oggetto dello studio svolto in questa sede.

Grazie ai risultati delle indagini statistiche compiute da alcuni centri di rilevazione, emergono progressivamente talune delle criticità sistemiche, delle *aporie normative* della disciplina del concordato in continuità aziendale che hanno determinato, nell'immediatezza, un chiaro fallimento della materia *de qua* e degli obiettivi che la stessa si proponeva di perseguire: la mancanza di misure di allerta note ad altri ordinamenti, l'incertezza definitoria dell'espressione "continuità aziendale", la sussistenza di requisiti concorrenti necessari per integrare la fattispecie di cui all'art. 186 *bis* l. fallimentare.

Segnatamente, i dati riportati si concentrano sui protagonisti indiscussi dell'intervento riformatore: l'istituto del preconcordato di cui all'art. 161, comma sesto, l. fall. che consegue un successo sul piano quantitativo che, sfortunatamente, non si riflette anche su quello qualitativo; la previsione del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 *bis* l. fall. che, in un confronto con il concordato con riserva, riporta, sul piano numerico, un risultato che può dirsi addirittura impietoso.

Le indagini statistiche, dunque, consentono alcune riflessioni. Anche le cosiddette agevolazioni specifiche (l'art. 182 *quinquies* l. fall. e il pagamento dei creditori anteriori, l'art. 169 *bis* l. fall. e lo scioglimento/sospensione dei contratti pendenti, la moratoria ed il pagamento non integrale dei crediti muniti di prelazione etc.), predisposte dal legislatore per incentivare il ricorso al concordato con continuazione dell'attività d'impresa, sono destinate a rimanere lettera morta: permane quell'atavica tendenza dell'imprenditore a nascondere lo stato di crisi e, pertanto, il momento della sua emersione viene rimandato, con successiva e

conseguente impossibilità di compiere, con prospettive di successo, un'operazione di risanamento, in quanto l'impresa è ormai già decotta.

Le domande allora sorgono spontanee: il nostro legislatore, i nostri operatori si sono nuovamente persi nei meandri di facili e false illusioni? L'istituto del concordato con continuità aziendale rischia di diventare una versione aggiornata dell'abrogata amministrazione controllata, passando attraverso le tre fasi dell'amministrazione stessa, del successivo concordato e poi del fallimento? Probabilmente, la nuova normativa permette di evitare la terza di queste fasi, ma l'esperienza, ad oggi, sembrerebbe proprio condurre ad un evidente smacco della procedura concordataria di cui all'art. 186 *bis* l. fall. che, nella migliore delle ipotesi, si converte in un concordato con cessione dei beni, unica forma, insieme al concordato con garanzia o con assuntore, che attualmente ha qualche possibilità di buon esito.

Ora, in questo quadro si insinua, come una stella polare, il caso Medeor S.p.A. quale straordinaria opportunità di “praticare”, nei limiti delle conoscenze maturate in questo percorso, quella *metodologia di indagine orientata ad osservare in modo sistemico la fenomenicità sottoposta all'analisi formale del giurista (...) sotto il duplice angolo visuale delle letture, giuridica ed economico-aziendale*¹.

Guardando da vicino quello che accade ad un'impresa in crisi, in un percorso tra diritto sostanziale e realtà, il caso Medeor S.p.A. ci offre la possibilità di verificare e riflettere su quando e, soprattutto, per quali ragioni ha funzionato o meno la disciplina che doveva fungere da baluardo da porre a presidio della conservazione dei valori aziendali. La continuità aziendale, infatti, è un obiettivo da perseguire, in quanto socialmente rilevante, ma è pur vero che si può “conservare” soltanto all'interno di un progetto di sostenibilità.

Specificamente, a partire dal caso concreto Medeor S.p.A, verranno esplorati i temi più spinosi della materia del concordato in continuità aziendale, ricostruendo, altresì, l'interpretazione “vivente” delle norme che regolano detta disciplina,

¹ Cfr. M. Ferro – P. Bastia – G. M. Nonno (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, IPSOA, 2013, p. XII.

prestando particolare attenzione, inevitabilmente, a quelle toccate dalle riforme più recenti.

www.osservatorio-oci.org

I Capitolo

PRIME CONSIDERAZIONI SUL CONCORDATO PREVENTIVO

1.1 BREVI CENNI AL CONCORDATO PREVENTIVO NEL R.D. 267/1942

Il diritto fallimentare, dal latino *fallere*, tradire la fiducia, è la branca del diritto che si occupa della crisi dell'impresa. La crisi dell'impresa e il successivo dissesto patrimoniale dell'imprenditore sono fenomeni che investono una gran massa di creditori che, dunque, non possono realizzare, in tutto o in parte, quanto loro dovuto. Tali eventi possono causare dissesti a catena: spesso, infatti, i creditori dell'imprenditore sono, a loro volta, imprenditori (banche, fornitori etc.) e la mancata soddisfazione del credito può causare, di conseguenza, la crisi economica delle loro imprese, con gravi ripercussioni per lo svolgimento ordinato della vita economica. Le cause della crisi dell'impresa possono essere le più svariate, diversa può essere la gravità così come la possibilità di superamento; da qui l'esigenza del nostro legislatore di andare a differenziare le procedure concorsuali. Il presente lavoro è diretto ad offrire un'analisi dettagliata dell'istituto del **concordato preventivo con continuità aziendale**, tracciando, in primo luogo, una panoramica degli istituti che ne hanno anticipato l'introduzione nel nostro sistema normativo.

La disciplina del concordato preventivo nel R.D. 267/1942 compariva negli articoli 160-186: si trattava di uno strumento che consentiva di prevenire il fallimento. La disciplina della composizione della crisi di impresa, originariamente, era concepita quale strumento per regolare gli effetti dell'insolvenza, cioè della crisi irreversibile dell'imprenditore, incapace di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni². La procedura di fallimento costituiva una *soluzione economica dissolutiva*³ e si sostanzialmente in una disciplina fortemente sanzionatoria, tesa, anzitutto,

²Art. 5, comma 2, 1. fall: *lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*

³Cfr. S. Pacchi, *L'amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3. In proposito: il fallimento è *quello strumento che disgrega il complesso aziendale*

alla realizzazione della liquidazione efficiente del patrimonio del fallito e, quindi, alla ripartizione del ricavato nel rispetto della *par condicio creditorum*, salve le legittime cause di prelazione. Il debitore poteva sfuggire alla rigidità della suddetta disciplina e tentare simultaneamente la conservazione del patrimonio ed il rispetto del trattamento paritario dei creditori attraverso la proposta di concordato preventivo, procedura concorsuale alternativa al fallimento⁴, alla quale poteva accedere in presenza di certe condizioni ed entro limiti ristretti:

- 1) il debitore doveva risultare meritevole del beneficio, nel senso che l'imprenditore in stato d'insolvenza, finché il fallimento non fosse stato dichiarato, avrebbe potuto procedere ad una proposta di concordato ai sensi dell'art. 160 l. fall., se:
 - iscritto nel registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, nel caso in cui quest'ultima avesse avuto durata inferiore, e per lo stesso periodo avesse tenuto una regolare contabilità;
 - nei cinque anni precedenti non fosse stato dichiarato fallito, né ammesso ad una procedura di concordato preventivo;
 - non fosse stato condannato per bancarotta o delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.
- 2) Il debitore doveva offrire ai creditori un rimedio di maggiore convenienza rispetto alla procedura fallimentare ed, in ogni caso, superiore ad un *minimo garantito*⁵. In altre parole, i creditori privilegiati dovevano essere soddisfatti integralmente ed i creditori chirografari in misura non inferiore al quaranta per cento.

Il vecchio art. 160 l. fall. prevedeva due forme di concordato, il cui presupposto era, analogamente al fallimento, lo stato d'insolvenza⁶:

per ripartire il ricavato tra i creditori e che conduce alla cessazione dell'attività, tralasciando ogni considerazione per altri interessi distinti da quelli dei creditori.

⁴ La procedura è concorsuale, nel senso che l'effetto tipico investe tutti i creditori dell'imprenditore anteriori al sorgere della procedura.

⁵ Cfr. S. Bonfatti, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione della crisi e del sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 9 ss.

⁶ Cfr. S. Pacchi, *L'amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 6. L'Autrice precisa: *lo stato d'insolvenza deve assumere una colorazione attenuata rispetto al fallimento. I creditori, con il concordato preventivo, debbono godere di un beneficio effettivo, non*

- 1) **il concordato con garanzia o conservativo.** Il debitore stesso o i garanti di cui si serviva fornivano garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato oppure, nel caso di dilazione maggiore, essi offrivano le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali da corrispondere oltre i sei mesi;
- 2) **il concordato preventivo con cessione dei beni.** Il debitore procedeva al pagamento dei suoi debiti attraverso l'alienazione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio al momento della proposta concordataria, fatta eccezione di quelli di cui all'art. 46 l. fall., purché si ritenesse fondatamente che i cespiti derivanti dalla liquidazione fossero funzionali al pagamento di almeno il quaranta per cento dei crediti chirografari.

La prassi affiancava alle ipotesi suddette il **concordato misto**, consistente nella combinazione degli elementi delle due fattispecie di cui all'art. 160, comma secondo, l. fallimentare.

Il concordato preventivo non aveva una finalità specifica di conservazione dell'impresa⁷ e di continuazione dell'attività ad opera dello stesso imprenditore e, generalmente, si traduceva nella liquidazione dell'intero patrimonio, da parte dell'imprenditore o dei suoi creditori, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. L'istituto, nella sua impostazione originaria, era destinato a trovare scarsa applicazione ed incontrava la riluttanza dello stesso imprenditore in crisi. Non era raro, infatti, che l'imprenditore si trovasse nell'impossibilità di far fronte alla percentuale promessa e che si assistesse ad una conversione della procedura di concordato in fallimento, in quanto la crisi aveva raggiunto già il suo livello

dovendo correre il rischio di essere attirati in una "trappola", che funga da mera dilazione della procedura di fallimento.

⁷ Ivi p. 8. In proposito: la cessazione dell'attività d'impresa *potrebbe essere scongiurata da una cessione unitaria dell'azienda o, nell'ipotesi in cui, pagati i creditori nella misura pattuita, residui anche solo parte del complesso aziendale con cui si possa continuare l'attività d'impresa. Le norme non escludono, infatti, che con il concordato si possa salvare l'impresa anche se la tesi è stata sostenuta non senza contrasti. Nel caso di vendita in blocco dovrà parlarsi piuttosto di conservazione del complesso aziendale e passaggio nelle mani e sotto il controllo di un diverso imprenditore. Ciò che preme sottolineare è comunque l'identità di ratio del concordato preventivo rispetto al fallimento per cui di alternative si può ragionare, a mio avviso, in termini estremamente circoscritti.*

patologico irreversibile⁸ o che, comunque, lo stesso concordato si riducesse ad espediente per evitare il fallimento, procedura che costringeva il debitore ad un *iter* profondamente punitivo⁹.

1.2 L'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA E LA CONSERVAZIONE DELL'ATTIVITÀ

L'amministrazione controllata, disciplinata nel R.D. 267 del 1942 dagli artt. 187 ss. e dagli artt. 1 e 2 della legge 24 Luglio 1978, n. 391, abrogata per effetto della riforma del diritto fallimentare nel 2006, rappresentava un istituto singolarissimo che si proponeva come scopo diretto e immediato il risanamento della normale vita dell'impresa, cosicché il debitore potesse soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Nell'ambito della procedura si compiva un'indagine prognostica circa le possibilità di conservazione dell'impresa e si concedeva all'imprenditore una moratoria nei pagamenti per un periodo massimo di due anni e il mantenimento del potere di gestione dell'attività durante questo periodo, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. Si trattava di una procedura alternativa al fallimento i cui presupposti erano:

- 1) la temporanea difficoltà;
- 2) le comprovate possibilità di risanare l'impresa (l. n. 391 del 1978).

⁸L'imprenditore fallito preferiva concludere un accordo con i creditori concorsuali successivamente alla dichiarazione di fallimento, **il concordato fallimentare**. L'istituto nasce per consentire una chiusura più celere e soddisfacente per i creditori rispetto alla procedura di liquidazione fallimentare, ma rappresentava un'importante opportunità per lo stesso debitore che poteva uscire prima dalla procedura ed, eventualmente, accordarsi con i creditori ed ottenere l'esdebitazione. Prima della riforma del 2006 il concordato fallimentare costituiva un espediente estremamente accattivante per il fallito, perché gli consentiva di soddisfare i suoi creditori in misura certamente superiore rispetto a quanto essi avrebbero potuto ottenere al termine del fallimento, ma comunque in misura inferiore rispetto al pagamento della *percentuale consistente* richiesta dalla disciplina concordataria. L'imprenditore, in sostanza, non era indotto a scegliere lo strumento di soluzione della crisi.

⁹L'asprezza punitiva, ispirata al Codice Napoleonico, ha caratterizzato il nostro ordinamento sino al 2006. Il motivo di tale scelta legislativa riposava nel fatto che l'insolvenza pregiudicava non solo i creditori, ma anche una situazione economica più estesa; vi era, dunque, un interesse collettivo a sanzionare il fatto. Il fallito era esposto alla pubblica ignominia: l'iscrizione nel registro del fallito, il controllo della corrispondenza, l'esclusione dal diritto di voto etc.

La crisi transitoria rappresentava la situazione dell'imprenditore intesa come incapacità di far fronte agli impegni assunti o come possibilità di soddisfare le proprie obbligazioni soltanto alterando il principio della parità di trattamento dei creditori; la stessa relazione ministeriale escludeva l'apertura della procedura laddove vi fosse *incapacità obiettiva dell'impresa a riacquistare il suo normale equilibrio*.

Il secondo requisito poneva l'accento sul termine risanamento e il suo significato. Il legislatore non indicava le modalità per la realizzazione di detto risultato; ciò nonostante è ragionevole pensare a vendite di uno o più rami del complesso aziendale, favorendo il ritorno della solvibilità, nonché la riorganizzazione dell'attività; alla riorganizzazione degli acquisti, della produzione o della distribuzione; al mutamento della gestione; alla fusione con altre imprese etc.

In questa prospettiva, il risanamento appariva come il tentativo di salvare l'impresa da una situazione economica problematica che, in quanto tale, ne metteva in pericolo la stessa esistenza: l'attenzione del legislatore volgeva alla *conservazione della sostanza attuale*, non però per la soddisfazione dei creditori né per la tutela del mercato. La procedura, infatti, risentiva della centralità dell'imprenditore-proprietario-organizzatore, tipica del nostro sistema civilistico, e veniva tratteggiata come uno strumento chiamato a proteggere l'interesse dell'imprenditore incolpevole a mantenere la proprietà e il potere organizzativo nel complesso aziendale. L'amministrazione controllata appariva più che come una procedura alternativa al fallimento, come una procedura conservativa¹⁰. Ebbene, questi elementi illusori accompagnati ad una disciplina povera e lacunosa avevano determinato il malfunzionamento e l'insuccesso dello scopo che il legislatore si era proposto di perseguire. Per questo motivo la legge del '78 interveniva a specificarne l'ambito di applicazione: la procedura poteva essere stabilita solo nella misura in cui il risanamento fosse funzionale al ripristino della solvibilità dell'imprenditore. Si deve segnalare, però, come la procedura non abbia potuto assolvere la funzione per la

¹⁰ Cfr. S. Pacchi, *L'amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 12. L'Autrice chiarisce: *si può parlare di procedura alternativa ad altra procedura quando muovendo da identici presupposti è dato scegliere tra due opzioni. Così sarebbe per esempio se in presenza dello stato di insolvenza fosse consentito previo accertamento dello "stato di salute" del complesso aziendale, della sua collocazione all'interno del sistema, scegliere tra due procedure, l'una liquidativa e l'altra conservativa.*

quale era stata pensata: si assisteva, infatti, alla tendenza a mantenere in vita l'impresa insolvente ad ogni costo. L'amministrazione controllata veniva in tal modo deformata, da strumento alternativo alla dissoluzione del complesso aziendale in un mero strumento dilatorio della liquidazione, ormai inevitabile.

1.3 L'EVOLUZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA: IL DECRETO LEGISLATIVO 270/1999

Nell'analisi del sistema di soluzione della crisi non può non essere richiamata l'innovazione intervenuta, per effetto del d.lgs. 270/1999, sulla disciplina dell'**amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza**¹¹. Procedendo ad una breve descrizione della suddetta procedura concorsuale emerge, infatti, che l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi costituisce lo sviluppo del modello di amministrazione controllata. Il modello concorsuale in esame si apre con la fase di accertamento: il tribunale, per iniziativa dello stesso imprenditore, di uno o più creditori, del Pubblico Ministero o d'ufficio verifica il presupposto soggettivo, i requisiti di cui all'art. 2¹² e lo stato di insolvenza. La fase di accertamento, però, potrebbe intervenire anche successivamente su impulso del tribunale o dei soggetti di cui all'art. 3, cioè al termine dell'amministrazione controllata o del concordato preventivo, in quanto non sono stati raggiunti gli obiettivi prestabiliti. Questo momento non ha per oggetto solo l'insolvenza, ma anche la verifica dei requisiti *ex art. 2*, necessari per sottoporre l'impresa a quella *fase di transito*, preliminare all'apertura della procedura concorsuale idonea, o del fallimento, o dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese per la cessione unitaria dell'azienda o per la sua ristrutturazione. Per tale ragione in camera di consiglio sono convocati l'imprenditore, il ricorrente ed il Ministro dell'Industria¹³. L'accertamento rappresenta un primo livello di valutazione circa l'esistenza o meno

¹¹ La procedura è stata introdotta con l. 95/1979.

¹² Si tratta di verificare il numero dei lavoratori dell'impresa ed il livello di indebitamento.

¹³ Il Ministro dell'Industria valuta l'insolvenza e la sua soluzione ma indica, altresì, il/i commissari giudiziali che il tribunale potrà nominare a seguito della sentenza dichiarativa dello stato d'insolvenza.

della possibilità di recupero dell'impresa, anticipa, in un certo qual modo, l'attività della successiva fase di osservazione. Quest'ultima rappresenta l'assoluta novità del decreto legislativo 270/1999 e si traduce in un'indagine per stabilire *la sorte concorsuale dell'impresa*. Solo successivamente ad un'attenta valutazione del complesso aziendale, dell'impresa e della natura dell'insolvenza (economica, finanziaria, reversibile, irreversibile), si sceglie il tipo di soluzione della crisi. La fase di osservazione produce effetti peculiari^{14, 15} che fanno della procedura in esame nient'altro che l'evoluzione del modello dell'amministrazione controllata e che riflettono le nuove finalità della procedura giudiziario-amministrativa. Non si può non evidenziare che, accanto all'interesse dei creditori al soddisfacimento ed alla conservazione delle garanzie patrimoniali, si pone l'interesse collettivo a mantenere in vita l'organismo produttivo: l'intervento riformatore introduce uno strumento per comporre l'insolvenza dell'impresa nel mercato; protagonisti dell'insolvenza non sono più solo il debitore ed i creditori, ma il mercato e l'interesse alla conservazione di valori preesistenti¹⁶. Il decreto legislativo del '99 rappresenta certamente una tappa normativa importante e, probabilmente, prelude le successive stagioni riformatrici che si propongono la creazione, anzitutto, di un sistema di procedure concorsuali diretto alla salvaguardia del complesso produttivo, nel disperato tentativo di non perdersi in un deserto d'impresе.

¹⁴ Si possono richiamare: la cosiddetta cristallizzazione dei crediti ed il blocco delle azioni esecutive individuali dei creditori anteriori e posteriori; il "congelamento" del patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili; l'imprenditore subisce un controllo sulla gestione dell'impresa che continua (attraverso lo spossessamento attenuato od una gestione sostitutiva), e, altresì, sull'azienda e sull'attività per valutare delle soluzioni in chiave ricostruttiva.

¹⁵ I creditori subiscono la procedura: infatti, diversamente dal concordato preventivo e dall'amministrazione controllata, non sono chiamati ad esprimere un parere, né si individuano momenti di dialogo fra questi e gli organi della procedura; si individuano, tuttalpiù, un diritto ad ottenere informazioni (ciascun creditore può visionare la relazione del commissario giudiziale ed estrarne copia) e la facoltà di formulare osservazioni sulla relativa relazione.

¹⁶ Cfr. S. Pacchi, *L'amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 18-28.

1.4 IL TREND RIFORMATORE A PARTIRE DAL 2005: IL DECRETO CORRETTIVO 169/2007

Il decreto correttivo 12 Settembre 2007, n. 169 introduce *disposizioni integrative e correttive* della legge fallimentare del 1942, così come riformata nel 2005: a partire da questa data si riscrive una normativa ormai anacronistica e incapace di rispondere con prontezza alle esigenze dell'impresa e del mercato. Il decreto in questione rappresenta l'ultima tappa di un cammino tortuoso intrapreso in seguito ai gravissimi dissesti Parmalat e Volare che portarono ai decreti d'urgenza "Marzano" e che ispirarono i successivi progetti di legge. Guardando, infatti, l'impianto normativo risultante dalle leggi di riforma, l'impresa viene posta al centro e l'obiettivo primario diventa la salvaguardia dei valori aziendali, perseguito attraverso importanti modifiche alla disciplina della revocatoria e del concordato preventivo e attraverso l'introduzione di istituti di composizione negoziale della crisi, quali l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* l. fall. e il piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fallimentare. Nella disciplina per il "rilancio della competitività" l'istituto del concordato preventivo risulta profondamente cambiato. La nuova legge fallimentare, al fine di incentivare il ricorso alla riformata procedura, offre all'imprenditore in crisi l'opportunità di ricercare soluzioni al suo dissesto mediante un apposito accordo con i creditori, finalizzato al soddisfacimento di questi ultimi ed alla conservazione dell'esistenza e dell'unità del complesso aziendale. Un dato di diversità di immediata evidenza riguarda il presupposto oggettivo: la domanda di concordato preventivo può essere compiuta dall'imprenditore **in stato di crisi**¹⁷; non si richiede più lo stato d'insolvenza, ma si introduce un concetto più ampio che indica diverse patologie dell'impresa, dalla mera difficoltà finanziaria o industriale (la momentanea crisi di liquidità, la crisi momentanea dell'impresa che non riesce a stare al passo con la crescita), allo stato d'insolvenza vero e proprio, ma anche il rischio d'insolvenza¹⁸ o,

¹⁷ Il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 interviene a chiarire il concetto di stato di crisi con l'introduzione del comma 2 all'art.160 l. fallimentare.

¹⁸ L'imprenditore è solvibile limitatamente ai debiti scaduti, probabilmente non sarà in grado di soddisfare quelli futuri. Cfr L. Mandrioli, *Il concordato preventivo*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Ipsoa Milanofiori Assago, 2007, pp. 665 ss.

ancora, lo sbilancio patrimoniale e la riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale. Sempre nell'esaltare l'intento della salvaguardia del valore e della continuità aziendale vengono meno i requisiti di convenienza economica e di meritevolezza; ai sensi dell'art.160 l. fall., l'imprenditore, mantenendo la titolarità e l'amministrazione della sua impresa¹⁹, può proporre interventi di diversa natura:

- la ristrutturazione dei debiti e il soddisfacimento dei crediti in qualsiasi forma, anche attraverso la cessione dei beni, l'accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società partecipate da questi ultimi, di azioni, quote od obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
- l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato preventivo ad un assuntore; la qualità di assuntore può essere rivestita da uno o più creditori oppure da una o più società da questi partecipate o da costituire nell'ambito della procedura, le cui azioni siano destinate ai creditori;
- la suddivisione in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;
- trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse;
- il **pagamento in misura falcidiata dei creditori privilegiati**. Nella proposta concordataria l'imprenditore, sulla base della relazione giurata predisposta da un professionista con i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall., non è obbligato al soddisfacimento integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca, purché il trattamento loro riservato non sia inferiore a quello che essi potrebbero realizzare in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni o diritti sui quali insiste la causa di prelazione.

La procedura concorsuale, insomma, si riempie di elementi di modernità, inducendo l'impresa che lancia i primi campanelli di allarme a predisporre un piano di superamento della crisi. A tal fine l'imprenditore che vi ricorra è munito, altresì, di

¹⁹ L'esercizio dell'impresa e l'amministrazione dei beni organizzati prevede comunque la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato (art. 167 l. fall.).

effetti protettivi²⁰: la procedura sarà tanto più efficace quanto più tempestiva sarà la scelta del ricorrente ad intervenire, un risultato perseguibile soltanto attraverso l'introduzione di facilitazioni ed agevolazioni alla disciplina concordataria.

1.5 GLI STRUMENTI IDONEI A “PROPIZIARE” LO SVILUPPO: DECRETO SVILUPPO 83/2012

Il d.l. 22 Giugno 2012, n. 83, conosciuto come “Decreto Sviluppo”, è stato convertito con la legge 7 Agosto 2012, n. 134. Il Governo, con questo provvedimento, ha profondamente mutato alcuni elementi costitutivi della legge fallimentare. Il legislatore non poteva più esitare: il mutamento della realtà socio-economica, la gravissima e persistente depressione economica avevano reso evidente l'inadeguatezza della vecchia legge fallimentare ed avevano posto l'esigenza di un quadro normativo caratterizzato da maggiore chiarezza e completezza informativa.

Il legislatore, nel tentativo di superare anche la reiezione dell'imprenditore a rendere pubblico il proprio dissesto, si propone, anzitutto, di integrare e di potenziare gli strumenti volti a prevenire, comporre e superare la crisi d'impresa: il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione ed i piani di risanamento, le cui modifiche si riflettono, altresì, nel procedimento fallimentare (si guardi la disciplina dell'azione revocatoria e dei contratti pendenti), sono gli istituti maggiormente travolti da questo spirito riformatore, finalizzato alla crescita ed allo sviluppo economico.

L'art. 33 costituisce certamente la norma principale, poiché, per quanto concerne la materia concorsuale, va a modificare il tessuto normativo preesistente ed introduce cinque nuovi articoli: gli articoli della legge fallimentare 169 *bis* “*I contratti in corso di esecuzione*”, 182 *quinquies* “*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*”, 182 *sexies* “*Riduzione o perdita del capitale della*

²⁰ Tra gli altri, l'esenzione dal reato di bancarotta e dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in esecuzione del concordato preventivo; il blocco delle azioni esecutive individuali e delle misure cautelari.

società in crisi”, 186 bis “*Concordato con continuità aziendale*” e 236 bis “*Falso in attestazioni e relazioni*”.

La novella, in astratto, si pone diversi obiettivi: da una parte, vuole creare un sistema di misure di allarme e di prevenzione della crisi, finalizzato all'emersione anticipata e tempestiva del dissesto economico, vera musa ispiratrice delle riforme, così da evitare il suo occultamento agli *stakeholders*²¹ (fatta eccezione per il ceto bancario che, di regola, prende conoscenza immediatamente delle crisi)²²; dall'altra, introduce misure per la salvaguardia della continuità aziendale e per la conservazione dell'azienda, inducendo anche i terzi a *scommettere*²³ sull'impresa in crisi. Tale intervento legislativo è teso ad evitare l'insolvenza irreversibile e la sua diffusione a macchia d'olio e rappresenta lo sforzo di contribuire a salvare ed a conservare imprese ancora economicamente sane. Il legislatore nel suo *iter* riformatore soddisferebbe così, o quantomeno dovrebbe, la funzione primaria del diritto fallimentare: eliminare le cosiddette “*anatre zoppe*”, cioè le imprese inefficienti, per depurare il mercato e salvare quelle che ancora hanno un valore, dirottando, dunque, le risorse mal impiegate verso queste ultime²⁴.

1.6 LE RECENTI NOVITA' PER LA SOLUZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA

Le *misure urgenti per la crescita del paese*, come già anticipato, investono diversi aspetti della legge fallimentare: il piano attestato; la domanda di concordato *ex art. 161 l. fall.*; *gli effetti protettivi dell'art. 168 l. fall.*; *i contratti in corso di*

²¹ Il termine significa letteralmente "portatore d'interesse" e individua tutti i soggetti o categorie che sono nella posizione di rivendicare un diritto nei confronti dell'azienda in quanto hanno un interesse rilevante in gioco nella conduzione dell'impresa. Tale interesse può essere dato da un investimento specifico nell'impresa, da un eventuale rapporto contrattuale o semplicemente dai possibili effetti positivi o negativi a cui la gestione aziendale può portare.

²² Cfr. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *Il Civilista-Speciale Riforma*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1-13.

²³ Cfr. G. Staiano, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, cit., pp. 101 ss.

²⁴ Cfr. L. Stanghellini, *Diritto fallimentare: ritorno all'età della pietra*, in www.lavoce.info, 08/06/2010.

esecuzione di cui al nuovo art. 169 *bis*; le modificazioni all'art. 182 *bis*; *i finanziamenti interinali* dell'art.182 *quinquies*; l'art. 182 *sexies* etc. Ai fini dell'analisi per la quale si procede, sarà sufficiente rievocare sinteticamente solo alcuni degli elementi innovativi compresi nel “Decreto Sviluppo”.

Un primo aspetto di particolare interesse è rappresentato dalla specificazione della figura dell'esperto attestatore, chiamato a redigere una relazione circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario. Il legislatore vuole rendere le attestazioni, peraltro previste in molteplici fattispecie, più affidabili – specie per quanto concerne la fattibilità – con lo scopo di chiarire il quadro nel quale terzi devono prendere decisioni *strategiche*^{25, 26}. Il legislatore si impegna a

²⁵ Cfr. G. Serafini, *Il sistema bancario di fronte alle recenti evoluzioni della disciplina concorsuale*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, cit., pp.1-5.

²⁶ In questo contesto si inserisce la problematica riguardante i rapporti tra la relazione dell'esperto asseveratore ed i poteri di sindacato del tribunale. L'orientamento precedente comprime i poteri di sindacato di merito esistenti in capo al tribunale che, dunque, sembrerebbe non essere destinatario della relazione attestativa: il giudice non deve verificare se la fattibilità sussiste o meno, ma se la relativa relazione è sufficientemente ed adeguatamente motivata: cfr. Cass. n. 21860/2010; n. 3585/2011; n. 13817/2011; n. 18987/2011; in senso contrario, Cass. n. 18864/2011. Tralasciando le critiche al suddetto orientamento, il “Decreto Sviluppo” e la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 1521 in data 23 Gennaio 2013 dimostrano che la discussa attestazione non ha come finalità esclusiva la rappresentazione della proposta ai creditori. Infatti, vi sono alcune varianti che richiedono immediatamente l'intervento autorizzatorio del tribunale: si pensi alla possibilità di contrarre finanziamenti o di pagare crediti anteriori di cui all'art. 182 *quinquies*. Ebbene, in questa ipotesi, il tribunale interviene prima che i creditori manifestino la loro posizione con la votazione; non solo, laddove l'autorizzazione non fosse rilasciata, i creditori non possono più discutere della suddetta possibilità. In sostanza il tribunale che nega il finanziamento o il pagamento dei crediti anteriori potrebbe influire in modo decisivo sul piano, impedendone l'attuazione, qualora i finanziamenti o i pagamenti fossero essenziali per la realizzazione degli obiettivi prefissati. Pertanto, la fattibilità dipende direttamente ed immediatamente dal potere autorizzatorio del giudice. Inoltre, nella stessa fattispecie il tribunale può rilasciare l'autorizzazione sulla base della relazione del professionista indipendente: l'attestazione si configura come un vero e proprio ausilio tecnico, non come un atto insindacabile nel merito o come un mero elemento informativo. Si rende evidente la natura della relazione attestativa: essa non è nient'altro che una consulenza tecnica d'ufficio. Il giudice è chiamato a valutarla senza esserne vincolato negli esiti, qualora non ne condivida le argomentazioni e le conclusioni. Egli, pertanto, non può limitarsi a verificarne la regolarità formale, la completezza e la analiticità, ma il suo giudizio si estende ad un'analisi circa la razionalità e la compatibilità di quanto attestato nella relazione. Viene risolta la contraddizione nascente dal fatto che l'imprenditore in crisi è legato all'esperto in virtù di un negozio di mandato professionale. Infatti, la necessaria sussistenza del requisito d'indipendenza, in capo alla figura dell'attestatore, fa sì che questi ricopra certamente una posizione giuridica del tutto assimilabile al consulente tecnico d'ufficio e svolga compiti e funzioni tipiche di un ausiliare del giudice.

In ogni caso, l'attestazione:

-rappresenta un valido ausilio tecnico per il tribunale, chiamato ad operare, nella fase di ammissione, in tempi ristretti e senza altri organi giudiziari di supporto;

raggiungere questo obiettivo da una parte, mediante l'introduzione di uno statuto penalistico dell'attestatore, segnatamente il riferimento è al nuovo reato di *falso in attestazioni e relazioni ex art. 236-bis l. fallimentare*²⁷; dall'altra, illustrando il contenuto fondamentale della relazione attestativa: il professionista in questione deve, innanzitutto, assicurare la veridicità dei dati aziendali; infine, attraverso l'introduzione di norme che garantiscano l'indipendenza dell'esperto asseveratore.

Non può essere trascurata, inoltre, la nuova disciplina del cosiddetto concordato con continuità aziendale, di cui all'art. 186 *bis* l. fallimentare. Si tratta di uno strumento per la prosecuzione dell'attività da parte dello stesso debitore oppure di un mezzo di cessione dell'azienda in esercizio o, ancora, di una modalità di conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, le *new company*. Si riprende il percorso tracciato precedentemente dal decreto legislativo n. 270 del 1999 a proposito della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle imprese insolventi: la volontà di conservare il complesso aziendale inteso unitariamente o il valore dell'organizzazione dell'impresa, prescindendo dalla figura dell'imprenditore. In realtà, il concordato preventivo in continuità costituiva una modalità applicativa già realizzabile in virtù dell'ampio contenuto della disposizione in materia di concordato di cui all'art. 160 l. fall., ma ora, per effetto della riforma, si introduce una specifica normativa del concordato caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa: il legislatore separa le discipline a seconda delle finalità, puramente liquidatorie o, viceversa, di continuazione dell'attività d'impresa. L'importanza dell'istituto si riflette su più

-è destinata a consentire al tribunale di svolgere quella funzione di "filtro" rispetto all'ammissione di concordati privi di serietà (e verosimilmente destinati all'insuccesso) al fine di proteggere i creditori dagli incisivi effetti pregiudizievoli che derivano dall'art. 168 l.fall.;

- rappresenta la prima base informativa, poi scrutinata ed integrata dalla relazione del commissario giudiziale, per una corretta e consapevole manifestazione di volontà del ceto creditorio, ispirata al modello (ormai comunemente diffuso nell'ordinamento) del cosiddetto "consenso informato". Cfr. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo*, in *Il Civilista-Speciale Riforma*, cit., p.12; cfr. M. Vitiello, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa: il nuovo concordato preventivo modello "ordinario" e modello con continuità aziendale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 14.

²⁷ La previsione penale punisce coloro che forniscono attestazioni contenenti *informazioni false* ovvero coloro che omettono di fornire *informazioni rilevanti*; la pena è aumentata se il fatto è commesso per conseguire un profitto ingiusto, è aumentata fino alla metà se dal fatto deriva un danno per i creditori. Cfr. C. Trentini, *Un primo commento alle "misure urgenti per la crescita del paese" e alla revisione della legge fallimentare*, in www.Ilfallimentarista.it, 06/09/2012.

versanti. Proprio in questo contesto emerge in tutta la sua centralità la figura dell'attestatore, impegnato qui a verificare la funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa al *miglior soddisfacimento dei creditori*, in primis le banche. Non solo, la finalità conservativa, che domina l'attuale riforma, apporta nuove deroghe al principio della *par condicio* (un primo *vulnus* era già stato apportato dal *trend riformatore* del 2005):

- i creditori concorsuali possono essere pagati al di fuori di ogni riparto, anche violando il principio della parità di trattamento, se ciò è funzionale al *miglior soddisfacimento dei creditori*; i creditori possono essere pagati mediante risorse provenienti da terzi, senza che vengano osservate particolari formalità (art. 182-*quinquies*, comma quarto);
- l'imprenditore può contrarre debiti, se necessari a conservare l'impresa, e ad essi è riconosciuta la prededuzione sia nel successivo fallimento, sia, se sono stati concessi in occasione di un accordo *ex art. 182 bis*, nell'eventuale successivo concordato, sia, infine, all'interno della stessa procedura in occasione della quale sono stati concessi (art. 182 *quinquies*);
- il debitore può fornire garanzie reali a favore di coloro che vantano un credito prededucibile²⁸.

Ancora, la legge fallimentare conferma ed arricchisce la serie di incentivi applicabili ai tentativi di soluzione della crisi, consentendo, altresì, all'imprenditore di incidere sulla massa dei creditori:

- lo scioglimento e la sospensione dei contratti pendenti;
- l'apertura della procedura non determina l'automatico scioglimento dei contratti con la P.A.;
- la possibilità per l'imprenditore, data la sussistenza di determinati requisiti, di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici;
- la possibilità per il debitore in crisi di concorrere ad un raggruppamento temporaneo di imprese;

²⁸ Cfr. M. Arato, *Speciale D.L. Sviluppo – Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.lfallimentarista.it, 03/08/2012.

- l'eventuale previsione nel piano di una moratoria fino ad un anno dalla omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni e dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In questo caso i creditori non hanno diritto di voto;
- l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti posti in esecuzione del piano sotteso al tentativo di *incentivare, sostenere, e proteggere il percorso concordatario*²⁹;
- l'esimente da responsabilità penali connesse ai reati di bancarotta per gli atti o i fatti compiuti nell'ambito della procedura;
- l'agevolazione fiscale per il debitore, consistente nell'escludere l'imposizione fiscale della plusvalenza realizzata con l'indebitamento pregresso ottenuto dai creditori;
- alcuni effetti protettivi per il debitore: i creditori non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sui beni del debitore o acquisire titoli prelatizi su di essi non concordati con il debitore;
- l'anticipazione degli effetti protettivi alla fase delle trattative, prima che abbia inizio la procedura di composizione della crisi;
- l'esenzione dall'applicazione della disciplina rivolta a garantire l'integrità del capitale sociale.

Il legislatore, dunque, auspica principalmente la conservazione dell'impresa, in quanto strumentale ad una migliore liquidazione dell'attivo; in tal senso si prevede una particolare tutela di ordine patrimoniale e di gestione in tutti i casi in cui l'imprenditore decida di affrontare il recupero della propria azienda³⁰, anche a discapito delle pretese creditorie. Si tratteggia, dunque, un sistema *favor debitoris*.

²⁹ Cfr. P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, doc. 320/2012.

³⁰ Cfr. G. Lo Cascio, *Crisi delle imprese, attualità normative, e tramonto della tutela concorsuale*, in *Il Fallimento*, 1/2013, www.ipsoa.it, pp. 13 ss.

II Capitolo

LA CRISI E LA CONSERVAZIONE DEI VALORI AZIENDALI: OPPOSTI O COMPLEMENTI?

2.1 LE NOVITÀ DEL DECRETO SVILUPPO ALLA LUCE DELLE INDAGINI STATISTICHE

Le due principali novità introdotte dal “Decreto Sviluppo”, ossia dal decreto legge n. 83 del 2012 convertito nella legge n. 134 del 2012, sono costituite, secondo ormai comune opinione, dal concordato e dal concordato con continuità aziendale.

In particolare, lo strumento del concordato di cui all’art. 161, comma sesto, l. fall. era stato pensato quale *assist* in funzione della continuità di cui all’art. 186 *bis* l. fall., per consentire all’impresa in crisi di avere un termine entro il quale riuscire a “confezionare” e a presentare il piano. Purtroppo, guardando alle indagini statistiche, il fallimento di questo nobile intento risulta evidente. Con il presente lavoro, pertanto, si tenta di offrire una prima panoramica di quelle criticità sistemiche che hanno determinato l’insuccesso di detta disciplina.

I dati che provengono da vari centri di rilevazione mostrano che, mentre il concordato ha riscosso un successo enorme, almeno per i numeri delle domande presentate, al contrario, il concordato con continuità aziendale ha avuto un esito ben diverso e minore.

I dati milanesi confermano questa situazione: il confronto del concordato con continuità aziendale con il concordato è addirittura impietoso, almeno sotto l’aspetto statistico.

I dati statistici raccolti presso il Tribunale di Milano³¹, la sede giudiziaria che tratta il maggior numero di procedure concorsuali in Italia, indicano infatti che dall’11 settembre del 2012 all’11 settembre del 2013, ossia nel primo anno di applicazione dei due nuovi istituti, sono state radicate a Milano ben 410 procedure di concordato, un numero comparabile al totale dei concordati preventivi radicati in

³¹ Cfr. F. Lamanna, *Il concordato con continuità aziendale*, in *GFormazione*, 17.03.2014.

tutta Italia solo qualche anno prima: sul piano quantitativo, l'istituto del concordato ha avuto un successo senz'altro sensazionale.

Del tutto opposta è stata, invece, la sorte del concordato con continuità aziendale, il cui tasso di presenza si è attestato su percentuali analoghe a quelle degli altri anni e, quindi, assai prossime allo zero: la cifra non supera il 2/3% delle proposte di concordato totali.

Si tratta di un risultato alquanto paradossale, in quanto esattamente contrario a quello che si era proposto la legislatura del "Decreto Sviluppo" quando ha introdotto, tra le altre, anche la figura del concordato con continuità aziendale.

Lo scopo dichiarato dal legislatore era quello di incentivare l'emersione se non anticipata comunque tempestiva della crisi, spingere l'impresa, sebbene in difficoltà, a proseguire la sua attività, conservando il valore di avviamento: il ricorso al concordato preventivo doveva rappresentare una soluzione efficiente e nell'interesse di tutti, sia del debitore che dei creditori, evitando quel danno che, in alternativa, si determinerebbe in caso di cessazione dell'impresa.

Proprio a tal fine, il legislatore prevede per il concordato con continuità aziendale alcuni forti incentivi, cioè una serie di benefici speciali di cui non può fruire, invece, l'imprenditore la cui proposta di concordato preveda la semplice liquidazione e, quindi, la dissoluzione dell'impresa: la possibilità di procedere ad una domanda di scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione *ex art. 169 bis l. fall.*, il pagamento dei crediti anteriori di cui all'*art. 182 quinquies l. fall.*, il pagamento non integrale e la moratoria dei creditori prelatizi eccetera. Tali incentivi, però, appaiono insufficienti: nonostante lo sforzo compiuto con la miniriforma, permane quell'atteggiamento di atavica tendenza dei nostri imprenditori a nascondere lo stato di crisi; pertanto, il momento della sua emersione continua ad essere rimandato il più possibile. È il problema tutto italiano, si arriva alla procedura concorsuale tardi: per usare un'espressione diffusa fra gli esperti della materia *l'imprenditore chiude la stalla quando i buoi sono scappati*.

Peraltro, il dato statistico su riportato, ossia quel 2/3% di domande di concordato con continuità aziendale presentate nel primo anno di applicazione del "Decreto Sviluppo", appare, in realtà, relativo e anche troppo ottimistico. Si tratta,

infatti, di un dato rozzo, poiché è stato possibile in concreto rilevare semplicemente la presenza dei casi in cui vi era, in via di fatto, la prosecuzione, parziale o totale, dell'attività d'impresa da parte della stessa società che chiedeva l'accesso al concordato preventivo.

In tal senso, è opportuno sottolineare che la sola prosecuzione in via di fatto dell'attività d'impresa non basta ad integrare la figura del concordato con continuità aziendale; pertanto, già sotto questo aspetto si solleva un primo preliminare problema: stabilire quando davvero ricorra tale figura, ossia se basti ad integrarla la sola prosecuzione di fatto dell'attività d'impresa o occorranza, invece, ulteriori requisiti.

La questione si pone soprattutto nei preconcordati che, per definizione, non sono accompagnati ancora da proposte e piani definitivi. In essi, dunque, non è certo se possa davvero considerarsi, come concordato con continuità aziendale, il concordato in bianco in cui il debitore dichiara semplicemente la sua intenzione di proporre successivamente un concordato con continuità aziendale o in cui semplicemente egli prosegue in via di fatto l'attività d'impresa.

Ebbene, i dati statistici di cui si parla, hanno per l'appunto considerato come concordati con continuità aziendale anche tutte tali fattispecie, ma, in tal modo, probabilmente, la percentuale di concordati con continuità aziendale, che risultano proposti, sale, poiché l'autodichiarazione del debitore o la sola rilevazione del fatto della prosecuzione dell'attività possono risultare anche statisticamente frequenti.

Il problema è, da un lato, che non necessariamente, poi, alle intenzioni del debitore farà seguito l'effettivo deposito di una proposta di concordato con continuità aziendale e, dall'altro, la semplice prosecuzione di fatto dell'impresa potrebbe rispondere ad esigenze solo provvisorie e non risultare, quindi, programmata come elemento essenziale e conformativo della proposta e del piano, quando e se essi vengano depositati.

In questo senso, dunque, rilevare il dato statistico già in corso di preconcordato e solo in relazione a un esercizio di fatto dell'impresa è falsante.

All'interno della disciplina del concordato con continuità aziendale si segnala, poi, un altro ostacolo ancor più grande.

I primi tre commi dell'art. 186 *bis* l. fall., la norma che delinea il concordato con continuità aziendale, fanno chiaramente intendere che l'esercizio dell'attività d'impresa è certamente un requisito essenziale e immancabile ai fini della configurazione del concordato con continuità aziendale, ma, tuttavia, non anche un requisito sufficiente. Infatti, occorrono ben altri quattro concorrenti requisiti, oltre alla prosecuzione in concreto dell'attività nelle tre forme indicate dal primo comma dell'art. 186 *bis* l. fall., ossia la continuità dell'attività d'impresa da parte dello stesso debitore, la cessione dell'azienda in esercizio a terzi o, infine, il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione. Specificamente è necessario che:

- la prosecuzione dell'attività d'impresa sia esplicitamente contemplata nel piano divenendone parte essenziale, parte conformativa;
- il piano contenga anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato sia funzionale sul piano sostanziale al *miglior soddisfacimento dei creditori* (cioè, più conveniente rispetto al caso in cui la continuazione non si realizzi);
- nella relazione attestativa del professionista deve esservi l'attestazione di tale funzionalità al *miglior soddisfacimento dei creditori*.

Alla luce di ciò, dunque, il concordato con continuità aziendale è una figura che ricorre solo se, insieme al dato effettuale della prosecuzione dell'attività d'impresa, vi siano anche tutti gli altri requisiti suddetti di natura formale o sostanziale: il piano, il carattere analitico di tale piano, la convenienza, la speciale attestazione sulla convenienza della continuità. In mancanza anche di uno solo di tali requisiti, il concordato con continuità aziendale o non è configurabile come tale o non è ammissibile.

Ora, per definizione, nel preconcordato manca un piano e ancor meno, quindi, esso può risultare analitico e, in ogni caso, non vi è un'attestazione che possa prendere a base un piano con tali caratteristiche.

La conclusione è che assai difficilmente può intravedersi un concordato con continuità aziendale qualora venga radicato un preconcordato e, evidentemente, il problema non può che riflettersi sul piano statistico: per essere certi che davvero sia stato presentato un concordato con continuità aziendale, bisognerebbe attendere lo spirare del termine previsto nel preconcordato per lo scioglimento della riserva.

Il problema si amplifica anche per altri motivi. Continuando ad esaminare i dati statistici, pur nella loro relatività, emerge, con molta generosità, che i concordati in cui il piano prevedeva quantomeno una continuità spuria da realizzare attraverso la cessione di aziende in esercizio erano il 35% circa di tutti i concordati presentati a Milano nell'anno 2012/2013, mentre nel restante 63% dei casi si trattava di concordati con semplice cessione dei beni e senza alcun tipo di continuità. Il dato conferma che la procedura di concordato resta comunque appannaggio soprattutto delle imprese ormai decotte che vanno a cessare e non di quelle che operano in una situazione di continuità. Tuttavia, anche il dato relativo alla continuità spuria o indiretta è molto ambiguo, essendo rimasta ambigua la stessa nozione di concordato con continuità aziendale realizzato in modo diverso dalla prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso debitore. Basti riflettere sul fatto che a Milano non si considera, ad esempio, come concordato con continuità aziendale quello in cui l'impresa ricorrente abbia affittato l'azienda a terzi. Se i dati, dunque, evidenziano uno scarso successo della figura di concordato con continuità aziendale, l'insuccesso sarebbe ancora maggiore se i dati statistici si basassero sull'interpretazione rigorosa e stringente della figura.

Tuttavia è necessario evidenziare che, se a differenza del concordato con continuità aziendale, il preconcordato ha riscosso quel già detto maggiore successo quantitativo, i dati statistici hanno comunque registrato per questa figura un ben più modesto risultato sul piano qualitativo, per cui, alla fine, entrambe le novità legislative non hanno prodotto i frutti sperati.

Si precisa che i dati raccolti ed elaborati in concreto si riferiscono alla data di giugno 2013, ossia a circa sei mesi dopo il 31 dicembre 2012. I dati, conseguentemente, non tengono conto degli effetti prodotti dal cosiddetto "Decreto del Fare" che è stato emanato subito dopo il mese di giugno, decreto che si

proponeva proprio lo scopo di eliminare o ridurre alcune delle criticità, denunciate in materia di concordato.

Ebbene, i dati statistici sono i seguenti: il totale dei ricorsi pervenuti nei tre mesi e mezzo del periodo che va dall'11 settembre 2012 al 31 dicembre 2012 erano 145; di questi 145, al 15 giugno 2013, 11 erano ancora in fase di concordato, perché era ancora pendente il termine; quelli definiti erano 134. Di questi 134 ricorsi definiti, quelli per cui era stata depositata la proposta nel termine erano 74, pari al 51% del totale; dunque, quelli non seguiti dal deposito della proposta erano ben 60, pari al 41,37% del totale. Dei ricorsi per cui è stata depositata la proposta nel termine, cioè i 74 di cui si è detto, 8 erano ancora in fase di esame per la domanda di ammissione; quelli definiti con rigetto della domanda erano 10; quelli definiti con dichiarazione di incompetenza 5; quelli definiti finalmente con una intervenuta ammissione erano 51, cioè il 35,17% del totale. I ricorsi definiti con l'intervenuta ammissione, i concordati ammessi, sono questi 51, ma subito ne sono stati revocati 7; i concordati ammessi, ma non revocati 44: in definitiva, circa il 30% dei ricorsi. Dunque, i ricorsi con intervenuta ammissione non immediatamente revocati e l'impregiudicato accertamento circa la successiva omologazione, che statisticamente in un certo numero di casi è negata, sono stati meno di uno su tre.

Da questi dati emerge la conferma di come fosse fondata la denuncia immediatamente fatta da molti operatori ed interpreti circa la sussistenza di una prima forma di abuso del concordato: l'accesso indiscriminato alla procedura *de qua* da parte di qualunque impresa in crisi, anche di quelle già decotte e non salvabili o risanabili, senza la possibilità di effettuare alcuna effettiva selezione preventiva da parte del tribunale. Riflettendo, se l'esito favorevole di uno su tre valesse in proporzione anche per i concordati con continuità aziendale pura che, come detto, sono stati circa il 2/3%, il risultato finale si arresterebbe per essi ad un successo inferiore all'1%.

Per comprendere l'effettiva utilità del concordato preventivo in generale, qualunque forma sia quella assunta in concreto, possono essere utili altri dati statistici che sono stati tratti, in un caso, da un'analisi fatta dall'Università di Brescia

in accordo con la sezione fallimentare del Tribunale di Milano, nell'altro, da un centro studi nazionale.

Il primo dato riguarda il trattamento effettivo che hanno avuto i creditori chirografari alla data del 15 giugno 2013 con riferimento ai concordati preventivi presentati al Tribunale di Milano e omologati negli anni 2008/2009, ossia a distanza di 4/5 anni. Ebbene, i creditori chirografari hanno percepito lo 0% di quanto era stato loro promesso nel 38,4% dei concordati: in sostanza, quasi nel 40% dei casi non è stato pagato nulla. Il dato rende evidente come le promesse di pagamento si rivelino quasi sempre inconcludenti per i creditori, quantomeno per quelli chirografari.

L'ultimo dato ha un carattere di maggiore generalità, consiste in un'analisi effettuata su un campione di 865 concordati in tutta Italia, prendendo in esame i bilanci delle società in concordato nei 3/5 anni precedenti alla presentazione della proposta. Il risultato è che già tre anni prima 752 imprese su 865, pari all'87% del totale, si trovavano in una situazione di alta probabilità di fallimento.

Il dato appare chiaro, conferma che la principale ragione dell'insuccesso è il ritardo con cui si rende nota ai terzi, all'esterno, la crisi dell'impresa e si cercano le misure per superarla. Ciò va ricondotto alla nota mancanza nel nostro ordinamento di misure di allerta e prevenzione che, invece, sono ben note e rodiate in altri ordinamenti come, ad esempio, quello francese. Naturalmente, in mancanza di tali misure, anche le norme incentivanti, introdotte per facilitare l'accesso alla procedura di concordato con continuità aziendale, sono destinate a restare lettera morta.

Un aspetto critico di carattere generale apparso sin ora riguarda la stessa definizione concettuale della figura del concordato con continuità aziendale: nell'incertezza che caratterizza ancor oggi la stessa definizione concettuale del concordato con continuità aziendale può rinvenirsi una causa concorrente e, certamente, non secondaria dello scarso successo di questa figura.

Con il presente lavoro si procede guardando da vicino quello che accade ad un'impresa in crisi: in un percorso tra diritto sostanziale e realtà, il caso Medeor S.p.A. ci offre la possibilità di verificare e riflettere su quando e, soprattutto, per quali ragioni ha funzionato o meno la disciplina che doveva fungere da baluardo da porre a presidio della conservazione dei valori aziendali; la continuità aziendale,

infatti, è un obiettivo da perseguire, in quanto socialmente rilevante, ma è pur vero che si può conservare soltanto all'interno di un progetto di sostenibilità.

www.osservatorio-oci.org

III Capitolo

IL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE

3.1 IL CASO MEDEOR: BREVI CENNI SULLA STORIA E SULLE CAUSE DELLO STATO DI CRISI

È il 28 maggio 2007 quando, al termine di un complesso piano di ristrutturazione societaria ed industriale di Ekfero S.p.A., si costituisce la Medeor S.p.A., società avente per oggetto la fabbricazione ed il commercio di qualsiasi prodotto per uso e consumo domestico in cristallo, in vetro ed in altri materiali.

Nel corso dell'anno 2008, Medeor risente fortemente della crisi economica globale che porta con sé un calo degli investimenti in tutti settori dell'industria, una generalizzata riduzione degli affidamenti bancari e, conseguentemente, una violenta riduzione dei volumi di fatturato e dei margini di profitto.

Nel 2009, la diminuzione a partire dal 2006 di circa il 70% della domanda mondiale proveniente dai mercati di riferimento di Medeor (produzione di cristallo al piombo) e le difficoltà causate dalla graduale messa a regime di una nuova miscela vetrificabile (cosiddetta *Luxion* che sostituisce il cristallo al piombo) inducono la Società a predisporre un piano attestato di risanamento *ex art. 67*, comma terzo, lett. d) 1. fall. e, in esecuzione dello stesso, a negoziare una convenzione di ristrutturazione dell'esposizione debitoria con le Banche Creditrici (Banca Monte dei Paschi Siena S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Banca CR Firenze S.p.A., Cassa di Risparmio di Volterra S.p.A., Banca Antonveneta S.p.A.). Sfortunatamente i risultati del piano di risanamento del 2009 non sono quelli attesi.

Alla luce di ciò l'assetto dell'impresa necessita di un nuovo intervento di natura industriale e di riequilibrio patrimoniale-finanziario e, nel maggio 2012, la Società perfeziona un nuovo piano di risanamento, sottoscrivendo, altresì, con le Banche Creditrici una nuova convenzione di ristrutturazione dell'esposizione debitoria, che supera e modifica la precedente convenzione del 2009.

3.2 IL NUOVO PIANO INDUSTRIALE E FINANZIARIO DEL 2013 ED I VANTAGGI DELLA SOLUZIONE CONCORDATARIA

L'insuccesso del piano di risanamento del 2012 e la perdurante situazione di grave squilibrio finanziario della Società spingono, nei primi mesi del 2013, la Società Medeor a conferire incarico a V. & A. S.p.A., allo studio B. E. P. e allo studio dell'Avvocato P. (gli *Advisor*) per definire le linee guida di un piano industriale e finanziario volto alla composizione dello stato di crisi.

Gli *Advisor*, al termine delle analisi e delle verifiche, presentano una preliminare proposta di ristrutturazione del debito della Società *ex art. 182 bis* l. fall. accompagnata da una bozza di piano industriale e finanziario: la proposta prevede – *inter alia* – l'erogazione da parte delle Banche di nuova finanza a favore della Società e la sottoscrizione da parte dei soci di un aumento del capitale sociale. Tuttavia, nel corso delle riunioni e delle conferenze telefoniche, tenutesi a partire dal marzo 2013, le Banche Creditrici esprimono un orientamento tendenzialmente non favorevole rispetto ad alcuni elementi fondamentali della proposta di accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* l. fall. e, a seguito di tale circostanza, la Società si riserva di valutare un percorso alternativo per la soluzione della crisi finanziaria: il ricorso alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

Il 19 giugno 2013 l'organo di amministrazione della Società in questione si riunisce per discutere e deliberare sul seguente ordine del giorno: la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva.

Orbene, il 13 luglio 2013 Medeor S.p.A. presenta il ricorso *ex art. 161*, comma sesto, l. fall. e dichiara di non aver presentato, nei due anni precedenti al deposito del suddetto ricorso, altra domanda ai sensi e agli effetti di cui al sesto comma dell'art. 161 l. fall.³², affinché il Tribunale:

- conceda il termine di 120 giorni di cui all'art. 161, comma sesto, l. fall. per il deposito *in primis* della proposta di concordato, *in secundis* del piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta di cui all'art. 161, comma secondo, lett. e), l.

³² La relativa domanda sarebbe, altrimenti, inammissibile ai sensi dell'art. 161, comma 9, l. fallimentare.

fall. e, infine, della documentazione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo, l. fallimentare³³;

- disponga gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che la Società debitrice dovrà assolvere sino alla scadenza del termine fissato dal Tribunale, ai sensi e agli effetti dell'art. 161, comma ottavo, l. fall.;
- autorizzi Medeor S.p.A. a sciogliersi da alcuni contratti, ai sensi e agli effetti dell'art. 169 *bis* l. fallimentare.

Il piano di concordato con continuità aziendale che la Società si riserva espressamente di modificare ed integrare nel termine di 120 giorni e, dunque, in corso di finalizzazione alla data di presentazione del suddetto ricorso, prevede:

- a) la sottoscrizione da parte dei soci di Medeor (e/o di un terzo investitore) di un aumento del capitale sociale a titolo oneroso per l'importo di euro 5 milioni, da versarsi in denaro;
- b) la suddivisione dei creditori in classi *ex art.* 160 l. fall. secondo la natura e gli importi dei crediti, con soddisfazione degli stessi in percentuali e modalità da definirsi nella proposta di concordato ai creditori;
- c) la soddisfazione della classe dei creditori finanziari mediante la conversione dei crediti in strumenti finanziari partecipativi;
- d) la soddisfazione delle classi degli altri creditori (in particolare quelli di natura commerciale) mediante il pagamento parziale del credito e in via dilazionata, secondo tempistiche compatibili con i flussi di cassa del piano.

³³ Art. 161, comma 2 e 3 l. fall.: *il debitore deve presentare con il ricorso:*

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

Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

La Società opta per tale strumento, che consente di risolvere la crisi in continuità aziendale mediante un sostanziale riequilibrio del rapporto fra patrimonio netto ed indebitamento, garantendo, altresì, in questo modo, una maggiore soddisfazione ai creditori, a differenza di altre soluzioni, incluso il fallimento³⁴.

Il concordato con continuità aziendale rappresenta una delle novità più rilevanti della novella del 2012. Per la prima volta, il concordato caratterizzato dalla prosecuzione della attività d'impresa trova espressa e puntuale regolamentazione con l'introduzione nella legge fallimentare dell'art. 186 *bis*. La fattispecie in esame viene in essere quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e), l. fall. prevede la continuazione dell'attività in capo allo stesso imprenditore, la cessione dell'azienda in esercizio oppure il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

Il legislatore amplia il significato di concordato in continuità rispetto a quello invalso nella pratica: la disposizione, infatti, comprende sia il concordato con continuità diretta, il cosiddetto concordato con ristrutturazione, sia il concordato con continuità indiretta o concordato con cessione, sia, ancora, le soluzioni intermedie, ossia i concordati misti, nei quali alla prosecuzione dell'attività, attraverso la continuazione di uno o più rami di azienda, si accompagna la liquidazione atomistica delle attività residue non funzionali all'esercizio dell'impresa. In sostanza, il nuovo art. 186 *bis* l. fall. abbraccia tutte le ipotesi di concordato in cui l'attività prosegue in qualunque modo, o in capo allo stesso debitore o in capo a terzi: il delirante fermento normativo dà forma e senso al principio ispiratore dell'attuale sistema concorsuale, la continuità "aziendale" e non esclusivamente "imprenditoriale"³⁵.

Riprendendo la disamina del caso in esame, nella domanda di cui al sesto comma dell'art. 161 l. fall., la Società Medeor considera l'opportunità di richiedere al Tribunale lo scioglimento, *ex art. 169 bis* l. fall., di tutti i contratti di

³⁴ Nello scenario fallimentare i creditori potrebbero essere pagati soltanto attraverso i ricavi derivanti dalla realizzazione dell'attivo patrimoniale, rappresentato sostanzialmente dai crediti verso i clienti e dalle scorte di magazzino.

³⁵ Cfr. P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione: la soluzione negoziata della crisi d'impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali*, M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), cit., pp. 161-201.

finanziamento, di apertura di credito, di anticipo di fatture, ordini e/o contratti in Italia e all'estero esistenti con le seguenti banche: Cassa Risparmio di Firenze, Banca Monte dei Paschi di Siena, Cassa Risparmio di Volterra e Banca Nazionale del Lavoro.

L'autorizzazione a sciogliersi dai suddetti contratti, infatti, sarebbe funzionale non solo ad evitare che le Banche Creditrici incassino i crediti commerciali di Medeor in violazione della *par condicio creditorum*³⁶, ma a far sì che l'incasso diretto da parte della Società di tali somme consenta alla stessa di mantenere la normale operatività nel periodo compreso tra il deposito del ricorso e l'omologa del concordato.

Nel ricorso in questione si evidenzia, altresì, al fine di assicurare la continuità dell'attività d'impresa, l'esigenza di dare corretta esecuzione ad alcuni contratti per prestazione di beni e servizi, nonché di procedere al regolare pagamento dei debiti, anteriori al deposito del ricorso, che sono sorti in esecuzione dei medesimi contratti. Ergo, la Società procede alla richiesta di cui all'art. 182 *quinquies* l. fall. e si riserva di formulare, entro breve, apposita istanza per procedere al pagamento dei crediti sorti anteriormente al deposito del ricorso per le seguenti forniture di materie prime, essenziali alla continuità del ciclo produttivo:

- 1) contratto di fornitura di gas in essere con S.;
- 2) contratto di fornitura di energia elettrica in essere con H.;
- 3) contratto di fornitura di ossigeno in essere con R.;
- 4) contratto di fornitura di scatole per imballi speciali (prodotti a marchio W.) in essere con T. P. H.;
- 5) contratto di fornitura di *decanter* in essere con S. (per promozioni in essere con cliente strategico ed essenziali a completare la fornitura in parte già eseguita con C.).

³⁶ Si tratta del principio giuridico in virtù del quale i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le legittime cause di prelazione.

L'istanza di integrazione del ricorso ex art. 161, comma sesto, l. fallimentare.

In data 18 luglio 2013 Medeor S.p.A. presenta istanza di integrazione del ricorso *ex art. 161, comma sesto, l. fallimentare*. La Società, a seguito di un contatto avuto con gli Istituti di credito con esito negativo e con conseguente impossibilità di portare a termine le commesse in scadenza, manifesta, in tale occasione, l'urgenza di ottenere un provvedimento che disponga lo scioglimento dei contratti suddetti, che obblighi le Banche a mettere a disposizione immediatamente in favore della Società tutte le somme che verranno presso di loro depositate e che vieti agli Istituti di operare compensazione con i crediti da loro vantati verso la Ricorrente.

3.3 IL DECRETO DI AMMISSIONE DEL TRIBUNALE: LA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI E DELLE CONDIZIONI

Il Tribunale di Siena, in Camera di Consiglio, il 19 luglio 2013 decide circa la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva presentata da Medeor S.p.A.: il ricorso *ex art. 161, comma sesto, l. fall.* supera il vaglio di ammissibilità e di regolarità. Pertanto, considerato il tenore della domanda, quanto emerge dalla documentazione allegata, nonché la complessità delle operazioni da compiere, il Tribunale accoglie la richiesta di concessione di termine nella misura di 120 giorni per il deposito della proposta, del piano di cui al secondo comma, lett. e) dell'art. 161 l. fall. e della documentazione di cui al secondo e terzo comma dell'art. 161 l. fallimentare. Nel decreto del Tribunale, infatti, si legge che:

- la domanda è approvata *ex art. 152 l. fallimentare*;
- la Società ha depositato visura camerale dalla quale risulta la competenza territoriale del Tribunale di Siena;
- i bilanci depositati consentono di ritenere sussistenti i requisiti soggettivi, essendo la Società al di sopra di tutti i parametri;
- l'elenco nominativo dei creditori è stato depositato;
- la sussistenza dello stato di crisi può rilevarsi, come dichiarato dalla stessa Società, dall'insuccesso del piano di risanamento dell'anno 2012 e

dall'impossibilità di trovare un'intesa con alcuni istituti bancari nell'ambito dell'accordo *ex art. 182 bis l. fallimentare*.

Anche dopo le modifiche introdotte dal c.d. "Decreto del Fare", la disciplina del concordato preventivo con riserva è stata tratteggiata dal legislatore in modo molto scarno e, in questo scenario, è intervenuta fin da subito la giurisprudenza, che ha adottato un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in questione e ha tentato di specificare il contenuto che la relativa domanda deve avere, con l'intento di evitare eventuali comportamenti strumentali da parte dei debitori. Infatti, gli atti che il debitore può chiedere di essere autorizzato a compiere, già con il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, potrebbero essere pregiudizievoli per i creditori, specie nel caso in cui si richieda l'autorizzazione al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione o degli altri atti di cui agli artt. 182 *quinquies* e 169 *bis l. fallimentare*. Di conseguenza, la disciplina della domanda di cui all'art. 161, comma sesto, l. fall. è data non solo dal dettato normativo, ma anche e soprattutto dall'interpretazione della giurisprudenza: la *law in action* ha assunto un ruolo preponderante rispetto alla *law in books*³⁷.

I soggetti legittimati a presentare domanda di concordato preventivo con riserva. I requisiti soggettivi ed oggettivi.

L'art. 161, comma sesto, l. fall. non indica i soggetti legittimati a presentare la domanda di concordato con riserva: la disposizione si riferisce genericamente all'*imprenditore*, senza stabilire i requisiti soggettivi ed oggettivi che tale imprenditore deve avere per poter beneficiare della procedura in esame.

Nel silenzio della legge si ritiene³⁸ che siano legittimati ad accedere alla procedura di concordato preventivo con riserva gli imprenditori che sono assoggettati alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo ai sensi dell'art. 1 l. fall.³⁹:

³⁷ Cfr. M. Arato, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, G. Giappichelli, 2013, pp. 33 ss.

³⁸ Ivi, pp. 33 ss.

³⁹ Art. 1 l. fall.: *sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*

sarebbe, infatti, irragionevole estromettere dalla categoria dei soggetti legittimati coloro che sottostanno alle disposizioni di una delle procedure in cui può sfociare la domanda di cui all'art. 161, comma sesto, l. fallimentare⁴⁰.

Quanto alla sussistenza del requisito oggettivo non vi sono perplessità: il debitore deve dimostrare lo “stato di crisi”, valutato alla luce delle risultanze dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi che devono essere depositati dal debitore insieme al ricorso *ex art.* 161, comma sesto, l. fallimentare.

Nell'ipotesi di procedura di concordato preventivo con riserva il legislatore, però, richiede espressamente, con l'art. 161, comma nono, l. fall., il rispetto di un ulteriore requisito da parte del ricorrente, peraltro non richiesto per nessuna altra procedura concorsuale o procedimento di ristrutturazione: il debitore non deve aver depositato nei due anni antecedenti una domanda di concordato preventivo con riserva cui non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma primo, l. fallimentare.

Laddove al debitore fosse consentita la reiterazione senza alcun limite della richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva, egli non sarebbe incentivato a perseguire seriamente un percorso di composizione della propria crisi, con il rischio di protrarre il proprio dissesto *sine die* e di pregiudicare irrimediabilmente la posizione dei creditori. Il legislatore vuole che il debitore

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

I limiti cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

⁴⁰ Dunque, salvo il rispetto dei limiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall., sono legittimati a presentare la domanda di concordato preventivo con riserva:

- le società di fatto, le società di persone irregolari;
- le società in liquidazione;
- l'imprenditore cessato o gli eredi dell'imprenditore defunto, purché non sia decorso l'anno dalla cessazione o dalla morte;
- le imprese che per dimensioni possono essere soggette alle procedure di amministrazione straordinaria. Cfr. M. Arato, *Il concordato preventivo con riserva*, cit., pp. 33 ss.

compia una scelta responsabile e convinta in merito al percorso di ristrutturazione onde evitare il pericolo di ripetute proposizioni di domande di concordato preventivo con riserva con finalità meramente dilatorie: in questa situazione il disposto di cui all'art. 161, comma nono, l. fall. rappresenta un principio generale secondo cui il debitore non deve disporre autonomamente dei tempi di composizione della propria crisi.

3.4 PRESUPPOSTI E CONDIZIONI DEL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE

L'art. 186 *bis* l. fall. disciplina i piani concordatari caratterizzati dalla continuità aziendale, sia essa realizzata con la prosecuzione dell'attività imprenditoriale da parte dello stesso debitore o con l'alienazione dell'azienda ad altro imprenditore, ovvero con il suo conferimento in una o più società, anche costituite *ad hoc*. Si tratta di una sorta di esercizio provvisorio dell'impresa in vista del ritorno *in bonis* della stessa impresa o del trasferimento a terzi dell'attività/azienda in esercizio⁴¹.

L'art. 186 *bis* l. fall. stabilisce due precise condizioni affinché trovi applicazione la relativa disciplina di favore:

- a) *il piano di concordato di cui all'art. 161, comma secondo, lett. e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura;*
- b) *la relazione dell'esperto asseveratore di cui all'art. 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.*

Come noto, con il ricorso presentato in data 13 luglio 2013, Medeor S.p.A. chiede di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo con riserva di presentare la proposta di concordato, il piano di cui al secondo comma, lett. e),

⁴¹ Cfr. M. Arato, *Speciale D.L. Sviluppo-Il concordato con continuità aziendale*, cit.

dell'art. 161 l. fall. e la documentazione di cui al secondo e terzo comma del predetto art. 161 l. fallimentare. Il Tribunale di Siena, con decreto del 19 luglio 2013 (depositato il 23 luglio 2013), assegna alla Società il termine di 120 giorni per il deposito della proposta di concordato *ex art. 161*, commi primo, secondo e terzo, l. fallimentare.

Successivamente, con decreto depositato il 13 novembre 2013, il Tribunale proroga fino al 19 gennaio 2014 il termine per il deposito della proposta di concordato; con successivo decreto depositato il 18 gennaio 2014, il Tribunale concede alla Società il termine fino al 6 marzo 2014 per il deposito della proposta di concordato⁴².

Medeor S.p.A. accorda la sua fiducia all'attestatore Dott. G. A. che, dunque, in esecuzione dell'incarico conferitogli dalla Società e da lui accettato, avendone i requisiti e non ricorrendo alcuna delle incompatibilità previste dal comune disposto degli artt. 161, 67 e 28 l. fall.⁴³, provvede a redigere nel termine stabilito la relazione di attestazione *ex artt. 161*, comma terzo, l. fall., 186 *bis* l. fall. per attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo, nonché, trattandosi di un concordato con continuità aziendale, che la prosecuzione dell'attività d'impresa, prevista nel piano di concordato, è funzionale al *migliore soddisfacimento dei creditori*.

⁴² Il tribunale competente ritiene di applicare il termine di sospensione feriale giudiziario al termine di cui all'art. 161, comma 6, l. fallimentare.

⁴³ L'attestatore dichiara in via preliminare di possedere, con riferimento all'incarico, tutti i requisiti di cui all'art. 28 R.D. 267/1942 e in particolare di:

- a) non essere stato interdetto, inabilitato, dichiarato fallito o condannato ad una pena che comporta l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici;
- b) non essere parente o affine entro il quarto grado del debitore, né coniuge del debitore né un creditore di questi;
- c) di aver ricevuto, da parte della Società, soltanto un altro incarico, ovvero quello di redigere anche l'attestazione di cui all'art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fall., incarico che non risulta incompatibile con quello della relazione di attestazione *ex art. 161*, comma 3, l. fall. e 186 *bis* l. fallimentare;
- d) non essersi, in nessun modo, ingerito nella gestione dell'impresa durante i due anni anteriori alla presentazione della domanda;
- e) non aver mai ricevuto, né di espletare attualmente alcun incarico professionale, da e per società controllate o collegate al debitore, né da persone fisiche cui tali società fanno riferimento.

Il professionista è, quindi, in condizioni di assoluta indipendenza: i) nei confronti dell'incarico assunto, ii) di tutti i soggetti coinvolti.

Requisiti del professionista attestatore

La nomina del professionista attestatore compete in via esclusiva al debitore. Il professionista attestatore deve essere iscritto nel registro dei revisori legali e deve essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b), l. fall., per la nomina a curatore fallimentare, sicché possono essere nominati attestatori, purché iscritti nel registro dei revisori legali: gli avvocati, i dottori commercialisti, i ragionieri e i ragionieri commercialisti, nonché gli studi professionali associati o le società tra professionisti, i cui soci abbiano i requisiti di cui alla lett. a) dell'art. 28 l. fallimentare; viceversa, sono esclusi dalla possibilità di assumere l'incarico di attestatori i cosiddetti "non professionisti", cioè coloro che hanno svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni con comprovata capacità, non essendo richiamata nell'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall., la lettera c) dell'art. 28 l. fallimentare.

Il legislatore della riforma, inoltre, ha fissato, in termini rigorosi, i requisiti di indipendenza che deve possedere il professionista attestatore. L'attestatore:

- a) non può essere legato all'impresa, né a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento, da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio;
- b) deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c., ovvero non deve trovarsi in alcuna delle cause di ineleggibilità e di decadenza previste per la carica di sindaco di società;
- c) non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato, negli ultimi cinque anni, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero non deve avere partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

L'indipendenza rappresenta un requisito imprescindibile di cui deve essere dotato l'attestatore, volto a garantire la terzietà e l'imparzialità del professionista nello svolgimento dell'incarico.

A tal proposito, in dottrina, si osserva che la disposizione di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall., tesa a rafforzare il requisito d'indipendenza dell'esperto asseveratore, *non va criticata, ma non è certo risolutiva*.

L'indipendenza del professionista, infatti, difficilmente potrebbe non essere condizionata dal fatto che l'incarico venga conferito dal debitore. In altre parole, *derivando l'incarico dal debitore, l'indipendenza sostanziale resta forse un miraggio*⁴⁴. Pertanto, diffusa è l'opinione secondo cui le finalità perseguite dalla riforma fallimentare non sono state realizzate: l'indipendenza del professionista, quale requisito necessario per il compimento dell'indagine richiestagli, risulta inevitabilmente compromessa dall'iniziativa dell'imprenditore nella sua designazione. Proprio queste considerazioni hanno spinto a conservare il vecchio schema del 1942, per cui si mantiene in vita la figura del commissario giudiziale chiamato al controllo della proposta e dello svolgimento della procedura⁴⁵. Ebbene, il mantenimento e il rafforzamento di questa figura, specie nell'ambito di un concordato preventivo con riserva⁴⁶, hanno amplificato la disarmonia del dato normativo, anziché rendere effettivamente indipendente il professionista asseveratore⁴⁷. Forse, come sostengono molti⁴⁸, sarebbe stato preferibile una scelta nel senso di una nomina giudiziale del professionista. Questa soluzione alternativa, infatti, sarebbe quantomeno funzionale ad eliminare quelle perplessità di *parzialità valutativa* sussistenti sulla figura dell'attestatore, in quanto verrebbe meno quel

⁴⁴ Cfr. M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it - doc. n.303/2012, 01/08/2012.

⁴⁵ Cfr. G. Lo Cascio, *Il professionista attestatore*, in *Il Fallimento*, 11/2013, pp.1325 ss.

⁴⁶ Il commissario deve garantire che la proposta di concordato sia seria, non persegua, dunque, finalità dilatorie, che la documentazione prodotta dal debitore sia una premessa per le indagini dell'attestatore e che i dati soggetti al giudizio dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, cosicché essi possano esprimersi in merito all'approvazione della proposta.

⁴⁷ Cfr. G. Lo Cascio, *Il professionista attestatore*, in *Il Fallimento*, cit., pp. 1325 ss; a tal proposito l'Autore si chiede *sino a che punto il professionista ed il commissario giudiziale possano perseguire i loro compiti, senza alcuna sovrapposizione, né commistione degli atti rispettivamente compiuti e se, quindi, sarebbe stato meglio pensare ad una nomina giudiziale di detto professionista e ad un'unificazione delle due figure menzionate. (...) in verità, il protrarsi nel nostro Paese di una cultura del sospetto, del controllo di chi controlla e di una sfiducia coeva alle nostre istituzioni, ostentando solo la preoccupazione di giurisdizionalizzare i nuovi sistemi, non è la strada maestra della liberalizzazione e del progresso civile ed economico*.

⁴⁸ Cfr. F. Tetto, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 6/2013, pp. 675 ss.

vincolo (gravante sull'attestatore), anche solo psicologicamente condizionante, a realizzare un risultato, valutato alla luce delle aspettative del debitore-committente.

La nozione di indipendenza spinge inevitabilmente a chiedersi quali siano le conseguenze giuridiche che si producono in caso di difetto del detto requisito.

La legge fallimentare non dispone espressamente una sanzione per l'attestatore poco indipendente o, addirittura, incompatibile; pertanto, a tal proposito, si possono riportare alcune voci degne di nota.

In dottrina⁴⁹ c'è chi ritiene che una tale condotta possa pesare nell'eventuale esercizio di azioni di responsabilità risarcitoria da parte del curatore o dei singoli creditori.

In giurisprudenza⁵⁰, invece, si legge che *l'eventuale mancanza di terzietà dei professionisti attestatori quanto al contenuto delle loro relazioni deve ritenersi irrilevante in quanto superata ed assorbita dalle rettifiche apportate dal commissario giudiziale nella sua relazione ex art. 172 l. fall.*, fermo restando che, al di fuori della procedura concordataria, la mancanza di terzietà costituisce causa di responsabilità.

Altri⁵¹, ancora, ritengono che, qualora il requisito di indipendenza sia carente, tale circostanza si rifletta sulle relazioni del professionista; pertanto detti atti saranno privi di qualsivoglia effetto, sussistendo un vizio della designazione da parte del debitore e, quindi, del rapporto da essa scaturente: il concordato è affetto da un grave vizio di irregolarità che ne impedisce l'ammissione alla procedura o, se rilevato successivamente, ne causa la revoca dell'ammissione.

La chiave di lettura più convincente sembra quella che fa conseguire, dalla inidoneità/incompatibilità dell'asseveratore, una relazione priva di attendibilità, in quanto non conforme al modello legale e ciò – oltre a renderla inutilizzabile nel procedimento – integrerà l'assenza di un indefettibile presupposto di ammissibilità sostanziale del ricorso. Perché un'attestazione (ma anche una stima ex art. 160,

⁴⁹ Cfr. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, in *Il Civilista-Speciale Riforma*, cit.

⁵⁰ Tribunale di Bergamo, 29.11.2012, in www.ilcaso.it.

⁵¹ Cfr. A. Nigro-D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Appendice, Bologna, Il Mulino, 2012, p.33.

comma secondo, 1. fall.) rilasciata da un professionista non libero da condizionamenti di varia natura, predeterminati dalla legge, trasmette la stessa illegittimità alla proposta e al piano di esdebitazione.

In tal senso anche la recente circolare dell'IRDCEC, che sul punto chiosa: "la relazione prodotta dal professionista in assenza dei requisiti di indipendenza (...) è viziata, potenzialmente invalida e priva di efficacia".

Il difetto del requisito di indipendenza va ritenuto, senz'altro, una situazione giuridica integrante una violazione di legge.

Ne consegue che, in merito, troveranno applicazione le regole di diritto civile sulla responsabilità del professionista che abbia taciuto la propria inidoneità all'assunzione dell'incarico⁵².

È innegabile, quindi, la delicatezza del compito svolto da questa peculiare figura: l'attestatore si fa carico di un giudizio complessivo del piano di risanamento in una fase del procedimento nella quale le vicende dell'impresa potrebbero anche evolversi e, per questo, la sua posizione può risultare difficilmente controllabile.

La delicatezza del ruolo del professionista attestatore si riflette nella disciplina riguardante la sua responsabilità.

In particolare, il riferimento è all'introduzione di uno statuto penalistico dell'attestatore di cui all'art. 236 bis 1. fall., introdotto dal legislatore al fine di rendere più affidabili le attestazioni⁵³. Lo scopo della fattispecie incriminatrice è quello di delineare una *garanzia esterna* alle relazioni ed attestazioni del professionista: in altre parole, queste ultime devono godere di un affidamento nell'ambito delle procedure concorsuali in cui si innestano⁵⁴.

⁵² Cfr. L. A. Bottai, *L'evoluzione della figura dell'attestatore. Ruolo e requisiti di indipendenza e professionalità*, in *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, N. B. Clerici-L. A. Bottai-C. Pagliughi (a cura di), Milano, Giuffrè, 2014, p. 20.

⁵³ Art. 236 bis, 1. fall.: *Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies e 186 bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con multa da 50.000 a 100.000 euro.*

Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.

⁵⁴ Cfr. R. Borsari, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, Editore Luca Santa Maria, 1/2013, pp. 84 ss.

Il delitto di falso in attestazioni o relazioni può essere ricondotto ai delitti contro la fede pubblica, specificamente al delitto di falsità ideologica in scrittura privata. La più recente giurisprudenza di legittimità, a proposito dei delitti che tutelano la fede pubblica intesa come un vero e proprio bene giuridico, ha sostenuto che dette fattispecie, di cui al titolo settimo del codice penale, tutelano, altresì, i soggetti le cui posizioni giuridiche vengono colpite direttamente dall'atto e, dunque, le persone offese da reato; ebbene, in questa tutela rientrano anche gli interessi patrimoniali dei creditori.

La fattispecie in esame prevede due modalità alternative di condotta, cioè l'esposizione di informazioni false e l'omissione di informazioni rilevanti. Ergo, la prima richiede un comportamento per sua natura commissivo, la seconda, diversamente, presuppone l'occultamento e la reticenza, fermo restando che la relazione attestativa può essere falsa su entrambi gli aspetti.

La nozione di "informazione" richiama un fatto oggetto di comunicazione; pertanto, il falso impone una discrasia fra il documento e la verità che, difficilmente, può essere rilevata rispetto a valutazioni, giudizi, in quanto si riferiscono all'avvenire. Allora le *informazioni* di cui all'art. 236 bis l. fall. coincidono con i dati economici, finanziari e patrimoniali, richiamati nel piano ed acquisiti dal debitore, la cui verità il professionista incaricato è chiamato a verificare. Tuttavia, se si guarda al lessico impiegato dal legislatore, appare difficile escludere la sussistenza di una componente valutativa, cioè le relazioni attestative finiscono per tradursi proprio in pronostici, in quanto è la stessa *ratio* delle norme che lo impone. Si pensi al giudizio prognostico sulla fattibilità del piano: ebbene, detto giudizio costituisce, nella sua oggettività, un'informazione, in quanto notizia dell'esistenza di un piano attestato come fattibile⁵⁵. Queste riflessioni richiamano il dibattito giurisprudenziale e dottrinale a proposito della penale rilevanza nelle valutazioni: l'idea, sebbene controversa, è che anche in merito a giudizi pronostici possono compiersi apprezzamenti in termini di verità e falsità. Il falso prende forma quando vengono violati criteri di ragionevolezza.

⁵⁵ Cfr. F. Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in www.ilfallimentarista.it, 3.8.2012.

Quanto all'ipotesi di omissione di informazioni rilevanti, le condotte omissive incriminate sono quelle in grado di offendere l'interesse tutelato. Di conseguenza, il rilievo di tali informazioni, relativamente al reato *ex art. 236 bis l. fall.*, può essere valutato alla luce del giudizio finale della relazione attestativa e, cioè, nella misura in cui la mancanza dell'informazione comporti un mutamento del segno di tale giudizio: il reato non è integrato qualora vengano in discussione informazioni, qualitativamente e quantitativamente, marginali ai fini del giudizio finale dell'attestazione.

Il reato si ritiene consumato quando l'attestazione è presentata in cancelleria fallimentare: infatti da questo momento si realizza l'elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, ossia la capacità ingannatoria della relazione.

Infine, perché il delitto di falso in attestazioni o relazioni sia punibile è necessario il dolo, cioè la consapevolezza della falsità delle informazioni e/o dell'omissione delle informazioni, nonché dell'incidenza di dette informazioni sul giudizio finale dell'attestazione⁵⁶.

Si può concludere la breve descrizione del professionista attestatore con un cenno a quel che concerne la sua responsabilità civile: l'esperto in questione risponde a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti dell'imprenditore che gli assegna l'incarico, ai sensi dell'art. 1176 c.c. e, laddove il debitore concorre colposamente nella realizzazione del danno, vi è una riduzione dello stesso, a seconda della gravità e, chiaramente, delle conseguenze che ne derivano; invece, nel caso di danni che avrebbero potuto essere evitati dai creditori secondo il criterio dell'ordinaria diligenza, il risarcimento del danno può addirittura annullarsi. In ogni caso, la prestazione dell'attestatore rientra nella previsione di cui all'art. 2236 c.c. a proposito della soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà: l'esperto asseveratore, conseguentemente, in ragione del disposto normativo su richiamato, non risponde dei danni in assenza di dolo o colpa grave.

⁵⁶ L'elemento soggettivo deve essere rigorosamente provato, una prova che risulta particolarmente faticosa nelle ipotesi di omissione di informazioni, in quanto non è facile distinguere il caso di falsità consapevole da quello dovuto a negligenza. In quest'ultima ipotesi, infatti, si concreta una colpa che, nel ricorrere di un pregiudizio economico, può determinare una responsabilità civile. Cfr. G. G. Sandrelli, *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *IFallimento*, 7/2013, pp. 789 ss.

3.5 L'ATTESTAZIONE EX ART. 161, COMMA TERZO, L. FALLIMENTARE

Grazie al contributo della dottrina e della Commissione Procedure Concorsuali del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti è possibile ricostruire il contenuto minimo della relazione dell'attestatore. Essa deve essere costituita dalle seguenti sezioni:

- a) una premessa, nella quale sono indicati i requisiti professionali dell'attestatore e l'incarico conferitogli, nonché la dichiarazione di sussistenza dei requisiti di indipendenza e terzietà, e il riferimento ai dati della impresa;
- b) una parte illustrativa del piano e della documentazione allegata;
- c) una parte relativa alla verifica della veridicità dei dati aziendali, con la descrizione dei controlli effettuati, dei documenti analizzati, dei criteri e delle metodologie adottati;
- d) una parte relativa alla verifica della fattibilità del piano contenente le ragioni della fiducia al piano e delle valutazioni compiute dal professionista, con particolare riferimento ai modelli utilizzati, alle ipotesi assunte e agli scenari considerati;
- e) le attestazioni conclusive con il giudizio finale di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano.

Sulla base delle linee guida del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti – Commissione Procedure Concorsuali, l'attestazione del professionista deve figurare come una sorta di discussione e commento del piano, nel quale viene esplicitato l'*iter* logico percorso dall'esperto (precisando, se necessario, le cifre considerate ed i calcoli effettuati) per pervenire ad un giudizio positivo circa il rilascio dell'attestazione. In altre parole, l'attestatore deve esporre chiaramente la motivazione del suo giudizio positivo.

Sempre con riguardo al contenuto delle attestazioni, la giurisprudenza⁵⁷ ha affermato che il professionista deve *redigere una motivata relazione dalla quale risultino l'attività svolta e le ragioni che hanno portato a ritenere veridici i dati aziendali e fattibile il piano.*

L'esperto asseveratore, in sostanza, deve enunciare, in maniera ordinata e coerente, i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti, in modo da rendere manifesti il percorso logico, i ragionamenti e le motivazioni su cui si fonda l'attestazione⁵⁸.

La veridicità dei dati aziendali

La formulazione dell'art. 161, terzo comma, 1. fall. non specifica, in realtà, nemmeno in modo sintetico, quali debbano essere i contenuti minimali della relazione di accompagnamento al piano né, parimenti, sono indicati i principi che devono guidare il professionista nella predisposizione della stessa. La norma sopra richiamata si limita soltanto a stabilire che *Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.*

Relativamente al primo scopo, l'attestazione di veridicità dei dati aziendali, dottrina⁵⁹ e giurisprudenza⁶⁰ sottolineano che il giudizio dell'attestatore non può tradursi in una semplice dichiarazione di conformità o di equivalenza formale dei dati utilizzati per la redazione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, ma,

⁵⁷ Linee guida elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti-Commissione Procedure Concorsuali. Nello stesso senso, Università degli Studi di Firenze, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Assonime.

⁵⁸ Cfr. C. Luisi, *Le attestazioni del professionista nei procedimenti di composizione della crisi*, in www.osservatorio-oci.org, 2014.

⁵⁹ M. Ferro, *Commento all'art. 161 l.fall.*, in *La legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2011, pp. 1839 ss; U. Apice – S. Mancinelli, *Commento sub art. 161 l. fall.*, in *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 339.

⁶⁰ Tribunale di Firenze, 9.2.2012, in *Redazione Giuffrè*, 2012; Tribunale di Mantova, 28.5.2012, in www.ilcaso.it doc. 7257/2012, secondo cui *Il giudizio dell'attestatore di cui all'articolo 161 legge fallimentare non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell'azienda, che egli deve indagare verificando la reale consistenza del patrimoni, esaminando e vagliando i dati che lo compongono (...).*

viceversa, è necessario che l'esperto accerti ed attesti che i dati in questione sono effettivamente reali.

Il concetto di "veridicità" coincide, stante l'interpretazione consolidata⁶¹, con quello di rappresentazione veritiera e corretta di cui all'art. 2423 c.c. e, dunque, deve essere inteso nel senso di *corrispondenza al vero*.

In tal senso, il professionista ha il dovere di analizzare e valutare ciascun elemento contabile ed extracontabile su cui si fonda il piano, vale a dire tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano: l'attenzione dell'attestatore volge in particolare alle componenti che destano maggiore interesse in termini quantitativi (quali i crediti rilevanti), al capitale circolante che genera flussi di cassa (scorte, debiti, crediti), ai dati con profilo di rischio ai fini dell'attestazione (ad esempio i fondi di rischio ed oneri).

L'attestatore, inoltre, conduce le sue verifiche non senza guardare alle peculiarità del piano stesso: in un piano liquidatorio, ad esempio, l'esperto deve accertare e attestare la libera disponibilità dei beni immobili e degli altri cespiti di cui è proprietario l'imprenditore in crisi, l'esistenza, nonché il corretto apprezzamento dei crediti commerciali, l'effettiva sussistenza di giacenze di magazzino e la reale possibilità di una loro collocazione sul mercato. Viceversa, in un piano volto al risanamento della crisi, compito del professionista è l'accertamento della veridicità dei dati riguardanti i beni e le utilità organizzate dall'imprenditore, cosicché la sua impresa possa riacquistare l'economicità di gestione⁶².

La giurisprudenza compie ulteriori precisazioni relativamente all'attività di attestazione della veridicità dei dati aziendali; infatti, *al fine di effettuare l'attestazione della veridicità dei dati, il professionista (...) deve verificare la reale consistenza del patrimonio dell'azienda, esaminando e vagliando gli elementi che lo compongono. Egli deve, quindi, accertare che i beni materiali ed immateriali esposti in domanda (diritti di esclusiva, brevetti, giacenze di magazzino, macchinario, beni immobili, eccetera) siano esistenti e correttamente valorizzati, anche prendendone visione diretta o, in caso di dubbio, richiedendo apposite stime (senza che ciò non lo*

⁶¹ Tribunale di Benevento, 23.04.2013, in www.ilcaso.it.

⁶² Cfr. C. Luisi, *Le attestazioni del professionista nei procedimenti di composizione della crisi*, cit.

esimi da una valutazione critica della stima); deve accertare che i crediti vantati siano esistenti e concretamente esigibili, in quanto relativi a debitori solvibili, effettuando le opportune verifiche (circolarizzazione del credito, esame della situazione patrimoniale del debitore, ecc.); deve accertare il valore delle partecipazioni societarie calandosi nella realtà della società partecipata. Il tutto con criterio di prudenza ovvero assumendo, nel dubbio, le attività esposte al valore più basso. Quanto alle passività, egli deve verificare che quelle esposte siano (quantomeno) quelle risultanti dalla contabilità e dagli altri documenti aziendali (non solo dal bilancio), nonché dalle informazioni che egli possa assumere presso clienti, banche e fornitori; che il debitore abbia tenuto conto, nella proposta, della natura dei crediti vantati nei suoi confronti (privilegiati o chirografari), indagando la condizione del creditore e la causa del credito; che il debitore abbia palesato l'esistenza di diritti reali di garanzia esistenti sui suoi beni; che abbia tenuto conto delle passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali, ovvero la posizione di garanzia assunta rispetto ai lavoratori; che abbia adeguatamente considerato i rischi connessi ai contenziosi pendenti o prevedibili; che abbia risolto (o programmato di risolvere) secondo legge e contratto i rapporti giuridici pendenti. Anche in questo caso, dovrà seguire criteri di prudenza assumendo, nel dubbio, al valore più alto le passività accertate⁶³.

Nel caso della Ricorrente, l'attestazione di veridicità dei dati aziendali si identifica con quelli emergenti dalla situazione patrimoniale, economica e finanziaria riferita alla data del 31 luglio 2013 e posta a base della proposta presentata ai creditori. L'attestatore effettua l'analisi delle voci componenti la *aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della impresa* ai sensi dell'art. 161, comma secondo, lett. a), l. fall. e, più in generale, di tutti i documenti ritenuti utili e forniti dalla Società, per poter esprimere il giudizio richiesto ex art. 161, comma terzo, l. fallimentare. Nella relazione viene riportata, in dettaglio, la sintesi del lavoro e delle valutazioni effettuate dal professionista, per giungere alla propria valutazione ed adempiere all'incarico ricevuto. L'attestatore, in

⁶³ Tribunale Firenze, 9.2.2012, cit.; Tribunale Mantova, 28.5.2012, cit.

altre parole, indica nella relazione i controlli effettuati e la metodologia seguita per il riscontro sostanziale dei dati contabili⁶⁴.

Nella stesura della relazione sono di fondamentale ausilio, per il professionista indipendente, i principi di revisione nazionali ed internazionali, i contributi e le linee guida provenienti dal mondo accademico e professionale, nonché gli orientamenti della giurisprudenza, atteso che costituiscono *standards* di riferimento di generale accettazione. Pertanto, l'esperto indipendente fa riferimento, quando possibile e per quanto applicabili e compatibili:

- ai principi previsti dal CNDCEC in tema di *business plan*;
- alle "Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale delle crisi di impresa", della Commissione di Studio "Crisi e risanamento d'impresa" del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili;
- alle linee guida a "Il finanziamento delle imprese in crisi" (prima edizione gennaio 2010 e ufficiosamente, "bozza per discussione della seconda edizione 2011", in uso ai soli addetti ai lavori) redatte dal CNDCEC con l'Università di Firenze e l'Assonime;
- alle linee "Guida al Piano Industriale" elaborate dalla Borsa Italiana, edizione 2003;
- ai principi di revisione internazionale emanati in materia di verifica dei dati prospettici ed, in particolare, all'*International Standard on Assurance Engagements* (ISAE) 3400 "*The Examination of Prospective Financial Information*" emesso dall'IFAC (*International Federation of Accountants*) i cui contenuti risultano recepiti nel documento di ricerca n. 114 Assirevi;
- ai principi di comportamento del Collegio Sindacale, a cura della Fondazione Dottori Commercialisti di Milano;
- ai principi di revisione;
- ai principi contabili.

⁶⁴ Cfr. C. Luisi, *Le attestazioni del professionista nei procedimenti di composizione della crisi*, cit. L'Autrice precisa: *il controllo di veridicità demandato al professionista attiene, come evidenziato nelle linee guida elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, a profili di correttezza sostanziale, non anche di regolarità contabile in senso stretto.*

Ai fini del rilascio di una compiuta attestazione, il professionista non limita la propria analisi al piano, ma scende nel dettaglio di ogni documento allegato alla domanda di concordato di cui lo stesso piano è parte integrante. Più in particolare, ha il dovere, anche deontologico, di chiedere al debitore, di leggere e di verificare i seguenti documenti:

- 1) Atto costitutivo e statuto aggiornato;
- 2) Visura aggiornata;
- 3) Bilancio completo esercizio 2009;
- 4) Bilancio completo esercizio 2010;
- 5) Bilancio completo esercizio 2011;
- 6) Bilancio completo esercizio 2012;
- 7) Situazione patrimoniale, economica e finanziaria dettagliata riferita al 31 luglio 2013;
- 8) Modello Unico 2010;
- 9) Modello Unico 2011;
- 10) Modello Unico 2012;
- 11) Modello Unico 2013;
- 12) Dichiarazione Iva relativamente agli anni 2009/2010/2011 e 2012;
- 13) Dichiarazione Irap relativamente agli anni 2009/2010/2011 e 2012;
- 14) Comunicazioni dati Iva per gli anni 2010, 2011 e 2012;
- 15) Modelli 770 presentati per gli anni 2009/2012;
- 16) Comunicazioni *black list* presentate negli anni 2012 e 2013;
- 17) Modelli Intrastat presentati negli anni 2012 e 2013;
- 18) Modelli F24 pagati nel periodo 2010/2013;
- 19) Contratto di locazione tra Ekfero S.p.A. e Medeor S.p.A.;
- 20) Verbale di accordo di mobilità del 24 luglio 2013;
- 21) Dettaglio elenco dipendenti;
- 22) Verbale conciliazione in sede sindacale del 15 febbraio 2012;
- 23) S. P. S.p.a. del 4 aprile 2013;
- 24) Bilancio 2012 di E. T. S.r.l.;
- 25) Bilancio 2012 C. E. S.r.l.;

- 26) Bilancio 2012 S. S. S.r.l.;
- 27) Relazione di stima del 19 ottobre 2011 delle partecipazioni in E. Srl e in S. S. S.r.l. del Dott. P.;
- 28) EE/CC bancari al 31 dicembre 2012 e al 31 luglio 2013;
- 29) Contratto *leasing* BNL P.;
- 30) Contratto per il noleggio di stampi stipulato tra E. T. e Medeor S.p.A.;
- 31) Certificato carichi pendenti dell'8 luglio 2013 e del 2 dicembre 2013;
- 32) Estratto ruoli Equitalia del 28 maggio 2013 e del 26 novembre 2013;
- 33) Regolamento degli strumenti finanziari partecipativi (documento datato 30 gennaio 2014);
- 34) Domanda di transazione fiscale *ex art. 182 ter l. fall.* (documento datato 28 gennaio 2014);
- 35) Verbale del CDA del 16 gennaio 2014;
- 36) Bozza *timetable* per fusione per incorporazione di E. T. S.r.l.;
- 37) Accordo quadro tra Ekfero S.p.A. e Medeor S.p.A del 30 gennaio 2014.

Inoltre si esamina la seguente ed ulteriore documentazione:

- Comunicazioni INPS e INAIL;
- Libri Sociali;
- Documentazione contabile (mastrini, libro giornale, libro cespiti ammortizzabili) e bilanci di verifica relativi agli ultimi tre esercizi sociali;
- Documentazione pervenuta alla Società per effetto della circolarizzazione effettuata al 31 dicembre 2012 e all'attestatore per effetto della circolarizzazione effettuata al 31 luglio 2013;
- Documentazione di tipo legale (contratti di mutuo, verbali di conciliazione, contenziosi non fiscali, ecc.);
- Copia delle lettere di impegno alla sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale.

Conformemente ai principi di revisione n. 600/ 610/ 620, l'attestatore si avvale, altresì, della possibilità di utilizzare il lavoro di revisione svolto da terzi (società di revisione, revisore unico o collegio sindacale), in quanto *in presenza di*

dati recenti verificati da un revisore, è legittimo per il professionista fare, sia pure non completo e incondizionato, un affidamento sul lavoro già svolto, fermo, in questo caso, il dovere dell'attestatore di valutare la competenza professionale dell'altro revisore, in relazione allo specifico incarico assegnatogli.

L'attestatore incaricato da Medeor S.p.A., dunque, raccolti e visionati i verbali degli ultimi quattro esercizi del collegio sindacale, comprensivi delle relazioni ai bilanci, non riscontrando alcun rilievo sulla correttezza e sulla veridicità dei dati aziendali e sulla correttezza/veridicità dei dati di bilancio infra-annuale alla data del 31 luglio 2013, e neppure alcun rilievo particolare circa l'attendibilità dei dati o della contabilità aziendale, ritiene possibile affermare che Medeor S.p.A. è dotata di una struttura di *governance* e di controllo tale da ritenere che il quadro di riferimento contabile sia un punto di partenza, nel complesso, attendibile e che vi siano le condizioni necessarie all'implementazione del piano.

L'attestatore, nella fattispecie in esame, ritiene, comunque, di procedere ad un'analisi di alcune poste per verificare, al di là della specifica e corretta esposizione contabile già attestata dai soggetti incaricati della revisione contabile, la loro attendibilità. A tal fine la Società consegna una situazione economica e patrimoniale al 31 luglio 2013 sulla quale il professionista provvede ad effettuare autonomamente dei controlli in merito alla correttezza dei dati contabili utilizzati ai fini della predisposizione del piano, onde poterne attestare la veridicità.

In particolare, la situazione al 31 luglio 2013 rappresenta, da parte di Medeor S.p.A., l'adempimento alle disposizioni contenute nell'art. 161, comma secondo, lett. a), l. fall., le quali richiedono che il debitore presenti con il ricorso *una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa*. Orbene, tale documento altro non è che un bilancio⁶⁵, redatto ad una data di riferimento (definita nella attestazione del professionista come "Situazione di Partenza" o "Situazione di Riferimento") che serve sia per i controlli prima citati

⁶⁵ Si tratta di un bilancio straordinario in quanto riferito ad una data non necessariamente coincidente con quella di fine esercizio. Pur tuttavia, nella sua redazione si debbono applicare – quando il piano mira al risanamento e prevede la continuità – i principi e i criteri previsti per la redazione del bilancio di esercizio, (tra i quali, a mero titolo esemplificativo, quelli dell'art. 2423 *bis*, del 2424 *bis*, 2425 *bis*, 2426 c.c., nonché i principi contabili (nazionali o internazionali), applicabili in funzione della tipologia e della dimensione della attività svolta dalla società.

(verifica delle poste contabili ai fini della attestazione di veridicità dei dati aziendali) sia quale base di partenza del piano per il *test* di fattibilità del medesimo, nell'orizzonte temporale necessario per la ristrutturazione dell'indebitamento e per il riequilibrio finanziario.

Inoltre, in adempimento alle disposizioni di cui alla lettera b) dello stesso art. 161, comma secondo, l. fall., la Società provvede a redigere uno stato analitico ed estimativo delle attività vevoli ai fini di piano (oltre all'elenco nominativo dei creditori). Muovendo poi dalla Situazione di Partenza, ciascuna voce dell'attivo in essa contenuta è stata valutata nella prospettiva della continuità aziendale di Medeor.

Occorre, poi, sottolineare che la situazione patrimoniale al 31 luglio 2013 è stata approvata (*rectius* redatta) dal consiglio di amministrazione di Medeor S.p.A. in data 5 dicembre 2013 e, di conseguenza, assunta come documento ufficiale (appunto Situazione di Riferimento), al fine di attestare la veridicità dei dati aziendali.

La situazione patrimoniale al 31 luglio 2013 è stata redatta in base ai principi contabili italiani e sul presupposto della continuità aziendale.

Per indicare le poste contabili che sono state oggetto di verifica, i principali controlli eseguiti dal professionista su tale Situazione di Partenza possono essere riassunti come segue.

Per quello che riguarda la situazione al 31 luglio 2013, i controlli svolti per attestare la veridicità dei dati aziendali (sui quali si fonda il piano) hanno riguardato le seguenti voci⁶⁶:

⁶⁶ Le tabelle riportate interessano specificamente i dati contabili. Il legislatore, tuttavia, impone all'attestatore un'indagine più approfondita: l'attestazione circa la veridicità dei dati aziendali. È opportuno, quindi, operare una distinzione fra dati contabili e dati aziendali. Il dato contabile è quell'elemento che si inserisce all'interno di un sistema di rilevazione continua di qualunque evento di rilevanza economica e finanziaria. Il dato aziendale afferisce a quei fatti di gestione che si riflettono e, dunque, incidono sui dati contabili e che, in quanto tali, l'attestatore deve conoscere. Ad esempio, sulla base di alcune indagini nel mercato della moda il colore giallo sarà di grande tendenza. L'impresa ha una produzione di abiti color senape, ebbene quest'ultimo rappresenta un dato aziendale che si riversa nella contabilità nella quale deve essere indicato il valore di quella produzione, pertanto, pari a zero.

Tabella 1

ATTIVO	31-lug-13	
Immobilizzazioni		17.910.056
Immobilizzazioni immateriali	657.719	
Immobilizzazioni materiali	16.736.761	
Immobilizzazioni finanziarie	515.576	
Rimanenze		33.886.301
Crediti		24.742.815
Verso client	13.428.409	
Verso imprese controllate	10.784.488	
Verso imprese collegate	39.000	
Per imposte anticipate	3.648	
Verso altri	487.270	
Disponibilità liquid		366.233
Ratei e risconti attivi		155.217
Totale attivo		77.060.622

Tabella 2

PASSIVO	31-lug-13
Patrimonio Netto	(14.324.846)
Fondi per rischi e oneri	1.390.202
Tfr	6.183.053
Debiti	82.751.607
Verso banche	36.854.109
Acconti	324.398
Verso fornitori	23.365.195
Verso imprese collegate	2.829.208
Tributari	1.900.575
Verso Istituti di Previdenza	7.564.474
Verso altri	9.913.648
Ratei e risconti passive	1.060.606
Totale passive	77.060.622

Tabella 3

CONTI D'ORDINE	31-lug-13
Impegni	6.630.069
Garanzie	508.878
Totale conti d'ordine	7.138.947

Le metodologie di controllo utilizzate dal professionista per giungere alle proprie conclusioni si fondano, come detto, sui principi di revisione nazionali ed internazionali, sulle linee guida provenienti dal mondo accademico e professionale e sugli orientamenti della giurisprudenza, già in precedenza puntualmente elencati.

In coerenza con quanto sopra, in merito alle principali **poste dell'attivo** si osserva come l'esperto indipendente abbia compiuto le attività di seguito elencate.

Sulle immobilizzazioni materiali:

- ✓ accertamento dell'esistenza, della proprietà e della libera disponibilità delle immobilizzazioni;
- ✓ accertamento della corretta valutazione in conformità ai principi contabili statuiti;
- ✓ accertamento della corretta determinazione dei fondi di ammortamento con particolare riferimento al valore preso a base del calcolo delle quote e all'attribuzione delle quote ai singoli esercizi in relazione alla residua possibilità di utilizzazione;
- ✓ accertamento della competenza di periodo delle registrazioni contabili;
- ✓ accertamento della corretta esposizione in bilancio (nella Situazione di Partenza);
- ✓ accertamento dell'uniformità dei principi contabili rispetto all'esercizio precedente.

Sulle rimanenze

È questa la voce principale dell'attivo patrimoniale (circa il 44%).

Nella Situazione di Partenza, infatti, risultano iscritte rimanenze per € 33.886.301 (già al netto del fondo svalutazione magazzino di € 12.225.596 che considera il rischio obsolescenza delle rimanenze finali) così composte:

- ✓ materie prime, sussidiarie e di consumo: pari a € 4.372.836;
- ✓ prodotti in corso di lavorazione e semilavorati: pari a € 14.967.126;
- ✓ prodotti finiti e merci: pari a € 14.127.339;
- ✓ acconti: pari a € 419.000.

Occorre tornare sulle “poderose” svalutazioni delle rimanenze per segnalare che si effettuano, oltretutto per i segnalati motivi di obsolescenza, anche a seguito dell’aggiornamento delle analisi ordinarie effettuate, a fine esercizio 2012, dalla direzione, in relazione ai codici a minor rotazione ed ai codici la cui valutazione al costo è stata rettificata (al ribasso) sulla base dei prezzi effettivi di vendita; ulteriore svalutazione si compie in seguito a decisione presa nel 2013 di destinare parte dei prodotti in giacenza a mercati prima non considerati da Medeor S.p.A., favorendo l’ingresso in essi a prezzi di conseguenza molto competitivi.

Tanto detto, con particolare riguardo alla posta in esame, il professionista tiene conto dell’attività svolta anche dalla società di revisione - applicazione dei sopra richiamati principi di revisione 600/610/620 che, si ricorda, consentono ad un revisore, in questo caso l’attestatore, di utilizzare il lavoro di revisione già svolto da terzi - nell’ambito della revisione del bilancio al 31 dicembre 2012, e cioè della conta fisica dello *stock* a magazzino. In particolare:

- per quanto concerne le quantità: si verificano a campione le fatture di acquisto e di vendita del primo e del secondo trimestre 2013 ed i rapporti interni della produzione dei forni;
- per quanto riguarda la valorizzazione: si verificano a campione le fatture di acquisto delle materie prime e le fatture di vendita dei prodotti finiti e dei semilavorati, per accertarsi che il presunto valore di realizzo di semilavorati e prodotti finiti non sia inferiore al costo medio ponderato utilizzato per valorizzare le quantità esistenti al 31 luglio 2013.

I riscontri effettuati non danno luogo a rilievi in ordine alla corretta valutazione delle rimanenze e consentono di ritenere congrua la svalutazione delle stesse operata dagli amministratori della Società per i prodotti soggetti a fenomeni di bassa redditività, lenta movimentazione e/o obsolescenza.

L’attestatore, inoltre, dà atto, nella propria relazione, di aver provveduto ad incontrare più volte la società di revisione per conoscere i criteri utilizzati per la valutazione delle rimanenze nel corso degli anni e di aver più volte incontrato il

responsabile del controllo di gestione ai fini della diretta verifica della contabilità di magazzino e della valorizzazione mensile.

Sui **Crediti**

Gli obiettivi del controllo dei crediti possono complessivamente riassumersi come segue:

- accertamento della loro esistenza;
- accertamento della loro corretta iscrizione in bilancio;
- verifica della competenza di periodo delle operazioni che generano i crediti;
- accertamento della loro corretta valutazione;
- verifica dell'uniformità dei principi contabili nel tempo.

Al fine di verificare l'esistenza e l'esigibilità della posta in esame, l'attestatore provvede a:

- ✓ esaminare le risposte alla circolarizzazione dei saldi complessivi (per rimessa diretta e ricevute bancarie) al 31 luglio 2012, effettuata dalla società di revisione riscontrando la corrispondenza dei saldi comunicati con quelli iscritti nella contabilità della Società;
- ✓ chiedere conferma scritta dei saldi complessivi (per rimessa diretta e ricevute bancarie) al 31 luglio 2013 in relazione anche ad altri clienti, diversi da quelli circolarizzati dalla società di revisione (circolarizzazione dei clienti rappresentante circa l'83% del monte crediti); le eventuali differenze con i saldi contabili sono state riconciliate dalla Società;
- ✓ esaminare le posizioni in sofferenza segnalate da Medeor S.p.A. e dai legali dalla stessa incaricati del recupero crediti, accertandosi che la valutazione data dalla Società a tali crediti sia adeguata alla presumibile possibilità di realizzo e che il fondo svalutazione sia una congrua espressione dei rischi di inesigibilità dei crediti stessi. Dall'analisi svolta emerge che la Società non ha riportato perdite su crediti non coperte dal relativo fondo svalutazione.

Alla luce degli esiti delle verifiche svolte e dalle informazioni disponibili, l'attestatore ritiene che la voce in esame sia correttamente rappresentata nella Situazione di Riferimento.

Circa le principali **poste del passivo**, si osserva come l'esperto indipendente compia le attività di seguito elencate.

Sulla voce **fondo per rischi ed oneri**

L'attestatore analizza nel dettaglio la voce in esame, stanziata per complessivi € 1.390.202, costituita principalmente per tener conto di accantonamenti prudenzialmente effettuati a fronte delle potenziali future passività da sostenere in relazione agli impegni assunti, in particolar modo nei confronti di una partecipata e di una partecipante.

Sulla voce **fondo TFR**

L'attestatore provvede a verificare la corrispondenza dell'importo iscritto nella Situazione di Riferimento con quello determinato dall'Ufficio del Personale della Società.

Sulla voce **debiti verso banche**

In sostanza è la voce pressoché principale e quasi esclusiva dell'intero passivo (circa il 90%).

Gli obiettivi sui quali si è concentrato l'attestatore sono i seguenti:

- accertamento dell'esistenza dei debiti;
- verifica della competenza di periodo delle registrazioni, della loro completezza ed accertamento della corrispondenza delle poste di bilancio con i debiti verso le banche e le amministrazioni postali come risultanti dai saldi contabili;
- l'accertamento della loro corretta classificazione in bilancio, della loro corretta valutazione e dell'esistenza delle necessarie informazioni in nota integrativa.

La verifica della consistenza dei rapporti bancari si effettua mediante controllo della corrispondenza dei saldi di bilancio con i dati emergenti, oltre che dagli EE/CC bancari anche dalle risposte pervenute a seguito di richiesta di conferma/informazioni inviata su richiesta dell'attestatore a tutti gli Istituti di credito con i quali la Società intrattiene attualmente rapporti⁶⁷.

⁶⁷ Si tratta della c.d. "circolarizzazione dei debiti", ovvero di una metodologia di revisione prevista dai principi di revisione, che consiste nell'inviare una comunicazione a tutti o a parte dei creditori per

In relazione alla posta in esame, l'attestatore provvede, inoltre, a verificare la corrispondenza dei debiti iscritti nella situazione di partenza con quelli risultanti dalla Centrale Rischi⁶⁸ alla medesima data.

In relazione ai controlli effettuati l'attestatore conferma la correttezza dei saldi riportati nella Situazione di Partenza.

Sulla voce **debiti verso fornitori**

Al fine di verificare la completezza della posta in esame, l'attestatore provvede a

- esaminare le risposte alla circolarizzazione dei saldi complessivi al 31 dicembre 2012 effettuata dalla società di revisione, riscontrando la corrispondenza dei saldi comunicati con quelli iscritti nella contabilità della Società (la percentuale di copertura del saldo iscritto alla suddetta data è stata pari al 90%);
- chiedere conferma scritta dei saldi complessivi risultanti dalla Situazione di Partenza in relazione anche ad altri fornitori diversi da quelli circolarizzati dalla società di revisione (la percentuale di copertura del saldo iscritto alla suddetta data è stata pari al 54%).

In relazione ai controlli effettuati, l'attestatore conferma la correttezza dei saldi riportati nella Situazione di Partenza.

Pertanto, alla luce dei riscontri effettuati e delle risultanze emerse dalle suddette verifiche, il professionista **attesta** la veridicità dei dati contenuti nella situazione di riferimento e conferma, quindi, l'attendibilità dei dati aziendali presi a base della domanda di concordato.

La fattibilità del piano

L'attestazione *ex art.* 161, comma terzo, 1. fall. dedica una sezione alla verifica della fattibilità del piano⁶⁹. In tal senso, il controllo circa la veridicità dei dati

ottenere da essi una conferma dei saldi verso la società oggetto di revisione, che devono essere iscritti con saldo coincidente e speculari nei bilanci del creditore stesso.

⁶⁸ La Centrale dei Rischi (CR) è un sistema informativo sull'indebitamento della clientela verso le banche e le società finanziarie (intermediari). Gli intermediari comunicano mensilmente alla Banca d'Italia il totale dei crediti verso i propri clienti: i crediti pari o superiori a 30.000 euro e i crediti in sofferenza di qualunque importo. La Banca d'Italia fornisce mensilmente agli intermediari le informazioni sul debito totale verso il sistema creditizio di ciascun cliente segnalato. Cfr. www.bancaditalia.it.

aziendali costituisce una condizione prodromica e strumentale al giudizio di fattibilità del piano che, necessariamente, deve fondarsi su dati veritieri, il più possibile affidabili ed adeguati: l'attendibilità di tale valutazione, dunque, dipende dalla completezza e dalla analiticità dell'esame dei dati aziendali su cui si basa il piano.

L'attestazione di fattibilità, sostanzialmente, allude alla formulazione di un giudizio prognostico circa l'idoneità del piano al superamento della crisi.

Chiaramente l'esperto valuta ed attesta la fattibilità del piano dipendentemente agli obiettivi che il piano si propone di raggiungere: la fattibilità del piano è legata al contenuto del piano stesso ed alle modalità stabilite dal debitore per il superamento della crisi della sua impresa.

L'attestatore, nel caso del concordato preventivo, verifica se le soluzioni prospettate dal debitore nella proposta di concordato siano realizzabili o meno, sia in ordine agli aspetti quantitativi, sia in relazione alle tempistiche⁷⁰ previste, e i presupposti di fattibilità mutano a seconda della tipologia del piano: liquidatorio o di ristrutturazione, con continuazione o meno dell'attività d'impresa.

⁶⁹ Al concetto di fattibilità sono riconducibili tre ambiti:

-la **fattibilità tecnica** (*o in senso stretto*), quale presupposto di ammissibilità del concordato preventivo, sia ordinario che con continuità aziendale;

-la **fattibilità funzionale** (*o in senso lato*), quale insieme degli incentivi previsti dal legislatore per il buon esito del percorso concordatario (predeuzioni, finanziamenti, pagamenti dei crediti anteriori, esenzioni da revocatoria o da bancarotta);

-la **fattibilità strumentale** (*o in senso procedurale*), quale allestimento normativo di una "rete protettiva" per l'opzione concordataria. Cfr. P. Vella, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla predeuzione nel concordato preventivo riformato*, in www.osservatorio-oci.org, 8.10.2012.

⁷⁰ Tribunale di Como, 28.6.2013, in www.nuovodirittofallimentare.unifi.it, a proposito della ragionevole durata del concordato in continuità aziendale. Si sottolinea come la fattibilità di un piano non piano non possa prescindere dal fattore "tempo": l'arco temporale di un piano deve abbracciare un lasso di tempo ragionevole, nella cui individuazione può aiutare il riferimento richiamato dal cosiddetto "Decreto Sviluppo" del 2012, che indica in sei anni la durata massima di una procedura concorsuale. In tal senso, Università degli Studi di Firenze-Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti-Assonime, *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi*; nella raccomandazione n. 5 si legge: *l'arco temporale del piano, entro il quale l'impresa deve raggiungere una condizione di equilibrio economico-finanziario, non deve estendersi oltre i 3/5 anni. Fermo che il raggiungimento dell'equilibrio non dovrebbe avvenire in un termine maggiore, il piano può avere durata più lunga, nel qual caso è però necessario motivare adeguatamente la scelta e porre particolare attenzione nel giustificare le ipotesi e le stime previsionali utilizzate; occorre comunque inserire nel piano alcune cautele o misure di salvaguardia aggiuntive, tali da poter compensare o quantomeno attenuare i possibili effetti negativi di eventi originariamente imprevedibili.*

In altre parole, l'esperto asseveratore valuta il piano predisposto dall'imprenditore in crisi e le sue aspettative di successo: l'attestatore, compiendo una serie di complesse considerazioni, verifica la congruità dei rimedi proposti dal debitore rispetto agli scopi prestabiliti, che le operazioni economiche e societarie attese siano sostenibili e giuridicamente possibili e che, pertanto, la situazione economica e finanziaria, prospettata come risultato finale del processo di riorganizzazione, sia conseguibile, date le risorse di partenza e le modifiche dei fattori interni ed esterni contemplati nel piano⁷¹.

In definitiva, il professionista indipendente verifica in modo critico l'attendibilità del piano proposto dal debitore, nonché la ragionevolezza degli obiettivi prefissati, cioè che essi siano verosimilmente conseguibili, giungendo così ad un giudizio che, in modo chiaro e approfondito, indichi le ragioni che lo inducono a propendere per l'attendibilità, la sostenibilità e la concreta praticabilità del piano dal punto di vista giuridico ed economico.

In linea generale, in tutti quei casi, come per Medeor S.p.A., in cui il piano concordatario preveda il risanamento in continuità dell'impresa, il giudizio

⁷¹ Tribunale di Firenze, 9.2.2012, cit., secondo cui *l'attestatore deve verificare che il piano sia concretamente attuabile, in relazione agli obiettivi che si propone e alla specifica situazione concreta. È, infatti, noto che l'aspetto della fattibilità del piano è collegato al contenuto della proposta e alle modalità individuate dal debitore stesso di superamento della crisi di impresa. È evidente, allora, che diverse sono le condizioni di fattibilità a seconda che il piano sia liquidatorio o di ristrutturazione e contempli o meno la prosecuzione dell'attività d'impresa. In ogni caso l'attestatore dovrà dar conto dei criteri seguiti per l'espressione del giudizio ed esplicitare il percorso logico seguito nell'esame della fattibilità. È altresì evidente che detto percorso deve essere tanto più analitico quanto maggiore è la complessità del piano e numerose sono le variabili cui è collegato. Tenuto conto della funzione che egli deve assolvere (assicurare ai creditori la serietà della proposta e la sua praticabilità), il giudizio di fattibilità non deve essere di "possibilità" o di "probabilità" - posto che nella realtà fenomenica quasi tutto il possibile e la probabilità non soddisfa alcun reale interesse dei creditori - ma di concreta verosimiglianza, nel senso che la situazione (necessariamente futura) prospettata nel piano deve apparire il naturale sviluppo, secondo logiche di esperienza e in base ai dettami delle discipline economiche finanziarie, delle premesse del piano e delle condotte attuative finalizzate alla sua esecuzione. Anche in questo caso, l'attestatore dovrà attenersi a criteri di prudenza, tenendo conto del fatto che ai creditori non interessa la possibilità astratta, ma la concreta praticabilità della soluzione proposta.* Tribunale di Firenze, 7.1.2013, in www.ilcaso.it: *l'attestazione del professionista di cui all'art. 161, comma terzo, l. fall. deve offrire garanzia ai creditori, come al giudice, sull'esito positivo delle analisi compiute dal debitore rispetto ai dati aziendali e sulla conseguente verosimile certezza che quanto previsto nel piano possa effettivamente realizzarsi nei modi e nei tempi proposti. Un'attestazione che esprima valutazioni sulla fattibilità di mera "possibilità" o anche "probabilità" è priva dei requisiti prescritti per legge e deve quindi condurre all'inammissibilità della proposta concordataria, ove il professionista incaricato non provveda a rivederla nel termine all'uopo assegnabile dal tribunale.*

dell'attestatore è più complesso, dovendo quest'ultimo esaminare le cause della crisi aziendale e verificare i profili di discontinuità tra le linee di azione previste nel piano e le precedenti modalità di gestione dell'azienda; il professionista, inoltre, è chiamato ad analizzare le linee del risanamento e ad accertare la compatibilità del piano con gli sviluppi del settore di riferimento, in cui opera l'impresa in crisi.

Orbene, alla luce di quanto suddetto, l'attestatore incaricato da Medeor S.p.A. deve esprimere un giudizio di fattibilità al fine di valutare se il piano è:

- astrattamente idoneo a consentire di adempiere alla proposta fatta ai creditori, fermi il risanamento dell'esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione economica e finanziaria⁷²;
- concretamente realizzabile.

In particolare, la concreta realizzabilità del piano, oggetto delle analisi dell'attestatore ai fini del giudizio di fattibilità, implica che l'analisi dell'esperto in questione si svolga su una serie di documenti:

- a) il **piano industriale**, fondamentale non solo per individuare la tipologia d'intervento che più si adatta al caso di specie, ma anche e soprattutto per formulare ipotesi corrette in ordine al futuro dell'impresa, delineando, conseguentemente, la strategia di risanamento che evidenzia, fra tutte le soluzioni disponibili, le misure da adottare nell'immediato, al fine di stabilizzare la situazione o, meglio, di evitare che quest'ultima si aggravi ulteriormente attraverso sia la ricollocazione strategica, sia il cambiamento organizzativo ed il miglioramento dei processi critici;
- b) il **piano economico**, vale a dire quel documento di sintesi che rappresenta, nel rispetto dei contenuti del piano industriale, la previsione economica dell'andamento della gestione imprenditoriale futura nei diversi esercizi presi in considerazione;
- c) il **piano finanziario**, volto a porre in luce le conseguenze di carattere finanziario che scaturiscono dall'adozione del piano industriale, nonché la sistemazione dei rapporti con i creditori mediante l'analisi dei flussi

⁷² L'art. 186 *bis*, lett. a), 1 fall. punta i riflettori sulle suddette finalità:

- il risanamento dell'esposizione debitoria;
- il riequilibrio della situazione economica e finanziaria.

finanziari generati dal raffronto tra lo stato patrimoniale al momento della redazione del piano e quello prospettico alla data in cui quest'ultimo avrà effetto per il tramite degli atti ipotizzati per il superamento della crisi d'impresa;

- d) il **prospetto dei flussi totali di cassa**, scadenze temporalmente definite, che, mettendo a confronto, nel corso dei vari esercizi presi in considerazione, gli impegni di liquidità e le fonti di approvvigionamento dell'impresa, permette di determinare sia i flussi di cassa annuali, sia quelli complessivi continui, dimostrando la capacità dell'impresa di pagare i debiti in scadenza e quelli eventualmente ristrutturati.

Nel caso di specie, la relazione del professionista deve con ogni prudenza assicurare che la fattibilità del piano della proposta sia indissolubilmente legata al ritorno in equilibrio finanziario, cioè ad una ipotizzata struttura produttiva che generi redditività nelle condizioni ordinarie (ritrovate o ristrutturate) della gestione caratteristica dell'impresa, sulla base di una proiezione di stabilità a breve o a medio – lungo termine, ferma restando la necessità di adempiere nei confronti dei creditori sociali, destinatari della proposta di concordato.

Sotto questo profilo, risulta evidente come oggetto di particolare attenzione da parte dell'attestatore sia la versione definitiva del piano e della proposta che i mandanti hanno approvato con delibera del consiglio di amministrazione della Società *a ministero* notaio R. C. di Siena in data 16 gennaio 2014.

L'esperto asseveratore, al fine della valutazione di fattibilità e lungo il percorso che conduce all'espressione del giudizio, fa metodologicamente riferimento alle indicazioni della dottrina aziendalistica e delle prassi più qualificate in materia, tra le quali quelle già in precedenza elencate.

Inoltre, all'interno del solco metodologico prescelto, ritiene di dover effettuare anche le verifiche di coerenza sia con il contesto "esterno"⁷³ in cui l'impresa opera, sia con quello "interno"⁷⁴.

⁷³ Per *coerenza esterna* si intendono le verifiche poste in essere per valutare la compatibilità del Piano con i vincoli (e le opportunità) dell'ambiente esterno, economico e non, in cui l'impresa si troverà ad operare. Vi rientrano: a) le valutazioni del contesto ambientale in cui assume particolare rilievo l'andamento delle variabili macroeconomiche (tasso di crescita dell'economia, del costo del lavoro,

Nello svolgimento dell'attività necessaria all'accertamento dell'affidabilità e della fattibilità del piano, il professionista può fare riferimento agli *standard* in materia di dati revisionali.

In particolare, rispetto alla fattispecie in esame, l'attestatore si riferisce, laddove possibile, all'*International Standard on Assurance Engagements*, il documento ISAE 3400 che stabilisce gli *standard* di riferimento per il processo di verifica delle informazioni prospettive finanziarie, ovvero fornisce un canone di comportamento che guida l'analisi di giudizio rispetto a proiezioni finanziarie revisionali basate su assunzioni ipotetiche.

Il dato essenziale dei citati documenti è che essi forniscono la definizione di dati previsionali (*prospective financial information*), distinguendo tra *forecast* e *projection*. Più in particolare:

- i *forecast* (previsioni) sono dati previsionali redatti sulla base di *best – estimate assumptions* (assunzioni), relativi a eventi futuri oggettivi o ad azioni che il *management* ritiene ragionevolmente realizzabili con riferimento ai fattori chiave del piano;
- le *projection* (previsioni ipotetiche) sono dati previsionali elaborati sulla base di *hypothetical assumptions* (assunzioni ipotetiche) relativi ad eventi futuri ed azioni del *management* che non necessariamente si verificheranno.

dell'andamento dell'inflazione: il riscontro di tali dati proviene da organismi indipendenti); b) l'andamento delle dinamiche del settore, in termini di evoluzione della domanda, evoluzione della dinamica dei prezzi (anche per il riscontro di tali dati è necessario far riferimento a studi e pubblicazioni di fonte esterna); c) il contesto normativo esistente e la sua prevedibile evoluzione futura (modifiche regolamentari per settori specifici, innovazioni di carattere fiscale). Cfr. G. Salvioli, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2010, pp. 272 ss.

⁷⁴ Per *coerenza interna* si intendono le verifiche e gli approfondimenti necessari all'attestatore per acquisire un'adeguata conoscenza dell'economia dell'azienda. L'indagine di *coerenza interna* è indirizzata verso: a) la presa d'atto delle intenzioni strategiche e le concrete azioni applicative che il *management* intende porre in essere; b) la verifica della compatibilità delle predette azioni con le risorse umane e finanziarie a disposizione; c) il corretto riflesso delle azioni programmate sui *key value driver*; d) la verifica sul fatto che i costi, i ricavi, gli investimenti, i disinvestimenti e i flussi finanziari conseguenti alle future ipotesi di svolgimento della gestione siano correttamente riflessi nei conti economici e patrimoniali e nei prospetti dei flussi di cassa del piano. Cfr. G. Salvioli, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, cit., pp. 272 ss.

La distinzione tra previsione (*forecast*) e previsione ipotetica (*projection*) attiene, quindi, alla minore o maggiore soggettività ed incertezza che caratterizza i dati previsionali, ove ai *forecast* è attribuito un minore grado di incertezza e alle *projection* è attribuito un maggiore grado di aleatorietà con possibile rischio di irrealizzabilità.

3.6 LA RELAZIONE ATTESTATIVA NEL CONCORDATO IN CONTINUITA'

Quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e), l. fall. prevede la prosecuzione dell'attività di impresa si applicano le disposizioni dell'art. 186 *bis* l. fallimentare.

In tali casi, la lett. b) del secondo comma dello stesso articolo richiede all'attestatore di esprimere un giudizio circa il fatto che la prosecuzione dell'attività sia funzionale al *miglior soddisfacimento dei creditori*; non solo, la precedente lett. a) dell'articolo in commento richiede che, nei casi di concordati con continuità aziendale, il piano, di cui al secondo comma dell'art. 161, contenga anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura (*business plan*).

Dal punto di vista soggettivo, il piano di cui alla lett. a) e la relazione di cui alla lett. b) sono documenti diversi e riconducibili a due soggetti distinti: il primo fa capo al debitore ricorrente, il secondo al professionista da lui nominato. Sotto il profilo oggettivo, tuttavia, il contenuto del piano in ordine al bilancio previsionale di esercizio (costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, risorse finanziarie necessarie e relative modalità di copertura) finisce per confluire nell'attestazione di funzionalità al *miglior soddisfacimento dei creditori* nella prosecuzione dell'attività d'impresa, comportando, conseguentemente, una assunzione di responsabilità da parte dello stesso attestatore. D'altra parte, l'attestatore è chiamato a verificare la fattibilità del piano ed, in particolare, la

suddetta funzionalità: ne deriva, di conseguenza, che l'esperto in questione deve operare il suo controllo anche in merito all'analitica indicazione contenuta a tal proposito nel piano.

Pertanto, su entrambi i punti, espressamente nel caso della lett. b), implicitamente nel caso della lett. a), in quanto argomenti rientranti nel più ampio oggetto del giudizio di fattibilità del piano, deve esprimersi l'attestatore⁷⁵.

3.7 L'ANALITICA INDICAZIONE DEI COSTI E DEI RICAVI

La disciplina del concordato in continuità aziendale prevede, come anticipato, degli oneri aggiuntivi a carico del debitore nella predisposizione del piano e della proposta e, a carico dell'esperto asseveratore, nella redazione dell'attestazione.

Il primo obbligo riguarda la formulazione del piano: il debitore deve indicare dettagliatamente le modalità ed i tempi di adempimento della proposta, ma deve fornire, altresì, **un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.**

Il legislatore, sostanzialmente, stabilisce che il piano sia integrato da un bilancio previsionale dell'attività d'impresa che si vuole proseguire, cosicché l'imprenditore in crisi persegua seriamente una finalità di risanamento, e per far sì che il professionista e, successivamente, i creditori valutino attentamente i rischi, gli oneri, ed i benefici derivanti dalla continuazione aziendale.

La prescrizione, introdotta dalla l. n. 134 del 2012, richiama il *business plan* di matrice aziendalistica ed alcune sue componenti. In particolare:

- la *componente operativa*, che ha per oggetto la raffigurazione minuziosa di azioni organizzative ed industriali volte a recuperare l'economicità della gestione dell'impresa, individuando le attività da proseguire, i beni funzionali

⁷⁵ Cfr. P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., pp. 161-201.

alla prosecuzione e quelli, viceversa, destinati alla liquidazione immediata o separata;

- la *componente economica*, ossia la previsione dei costi e dei ricavi attesi dallo svolgimento dell'attività;
- la *componente finanziaria*, cioè la specificazione di quanto necessario a livello finanziario, nonché il sistema attraverso cui sostenere tale esigenza;
- la *componente patrimoniale*, ossia l'indicazione degli stati patrimoniali volti a misurare il valore dell'impresa nel tempo, così da rendere manifesta l'eliminazione della possibile perdita del capitale sociale oltre il terzo al momento dell'omologazione.

L'indicazione dei costi e dei ricavi si rende necessaria anche nell'ipotesi in cui non sussista la prosecuzione dell'attività d'impresa, in quanto essi rilevano ai fini del giudizio di fattibilità *ex art. 161, comma terzo, l. fallimentare*. Sul piano finanziario, inoltre, non vanno trascurati: i flussi di cassa, le ricapitalizzazioni, i finanziamenti *ex art. 182 quater e 182 quinquies l. fall.*, le risorse destinate a terzi, i vantaggi derivanti dalla prosecuzione (si pensi ad una riduzione delle spese tributarie o contrattuali), la possibilità di utilizzare risorse per finanziare l'attività od il pagamento dei creditori anteriori.

Per quanto concerne lo spazio temporale che il bilancio previsionale deve abbracciare, ebbene esso dipende dal contenuto e, dunque, dalle finalità che il piano stesso si propone di realizzare. In ogni caso devono essere indicati puntualmente i tempi di adempimento della proposta; qualora la soddisfazione dei creditori dipenda dall'attività d'impresa e dal suo svolgimento, allora le previsioni di bilancio dovrebbero contemplare tutto l'arco temporale necessario al riequilibrio finanziario ed all'attuazione delle operazioni pianificate (ad esempio, la cessione di partecipazioni nella società), così da poter valutare, anche, in che misura vengono soddisfatti i creditori⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. M. Ferro, in *Legge fallimentare Commentario Teorico Pratico*, Padova, Wolters Kluwer Italia, 2014, p. 2708.

3.8 IL MIGLIOR SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI

La relazione del professionista deve attestare, si è detto, che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è *funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*.

Il comma secondo, lett. b) dell'art. 186 *bis* l. fall. sembra contrassegnare una discontinuità nel tempo e nello spazio:

- nello spazio, perché stabilendo letteralmente la necessità di un'ulteriore attestazione per le ipotesi in cui si prevede la prosecuzione dell'attività aziendale, ne deriva, conseguentemente, che tale verifica non si rende necessaria negli altri casi, e cioè per i concordati liquidatori;
- nel tempo, perché il testo normativo in esame recita esplicitamente che il “Decreto Sviluppo” è applicabile alle sole procedure presentate a partire dall'11 settembre 2012, corroborando la tesi per cui tale attestazione non è dovuta nell'ambito dei concordati presentati anteriormente⁷⁷.

La legge non specifica il concetto di *miglior soddisfacimento dei creditori*. È possibile, però, mettere a fuoco due termini di riferimento. Il primo è la situazione procedimentale alternativa cui rapportare il soddisfacimento, così da poter compiere quel confronto sotteso dall'aggettivo “migliore”: i creditori otterranno con la procedura di concordato in continuità aziendale un soddisfacimento migliore rispetto ad altre soluzioni; il secondo riguarda, invece, i soggetti cui si riferisce il soddisfacimento, per operare la comparazione.

Pertanto, ai fini del collegamento continuità – *miglior soddisfacimento dei creditori*, l'esperto asseveratore deve procedere, anzitutto, al confronto, sulla base dei dati disponibili, tra l'ipotesi della continuità stessa e l'alternativa della liquidazione; non solo, è necessario che si interroghi circa il tipo di soluzione liquidatoria con cui cercare il confronto, ad esempio se tra una liquidazione volontaria e una liquidazione sotto procedura (concordato liquidatorio, concordato

⁷⁷ Cfr. P. Riva, F. Cesare, *La continuità nel concordato preventivo: caratteristiche, ruoli, critiche*, in *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, D. Galletti, A. Panizza, A. Danovi, A. Ferri, P. Riva, F. Cesare, A. Quagli. (a cura di), Milanofiori Assago, Ipsoa, 2013, pp. 141 ss.

con cessione dei beni o altre forme o, addirittura, una liquidazione fallimentare)⁷⁸; giunto ad una conclusione, è necessario che si domandi se essa sia da ritenere definitiva o meno, considerando che il nostro sistema di regolazione della crisi è evidentemente *debtor oriented*. Non si può, infatti, aprioristicamente escludere che, al termine del lungo percorso logico – argomentativo per pervenire al risultato finale sul quale basarsi ai fini del rilascio del giudizio di attestazione, si pervenga ad una situazione in cui il perseguimento del fine della continuità aziendale (fine sistematico) non sia (almeno nell'immediato e patrimonialmente parlando) compatibile con il fine puntuale della norma (*miglior soddisfacimento dei creditori*) che ispira sistemi diversi dal nostro, in quanto orientati alla salvaguardia dei creditori, anche se con sacrificio della continuità aziendale (sistemi *creditor oriented*)⁷⁹.

In questo caso, ci si domanda se l'eventuale giudizio negativo dell'attestatore in punto di migliore soddisfazione dei creditori, ma positivo in punto di essenzialità per la prosecuzione della attività di impresa, determini l'interruzione del percorso. L'attestatore avrebbe, comunque, svolto bene il suo compito (anche ai fini dell'art. 236 bis 1. fall.), informando sullo stato di salute dell'impresa, sulle sue prospettive di continuità aziendale, sulle prospettive di soddisfazione dei creditori (migliori in uno scenario piuttosto che in un altro). C'è da ritenere, quindi, che l'eventuale

⁷⁸ In realtà la norma di cui all'art. 186 bis comma 2, lett. b) si connota per una sostanziale *indeterminatezza* di natura *oggettiva*, attinente, cioè, alla specificazione delle alternative e delle variabili rispetto alle quali il giudizio va espresso. In tal senso ci si domanda se devono, tali alternative, limitarsi al raffronto con l'intuitiva e classica liquidazione, se del caso fallimentare o anche concordataria. Oppure, od anche, con le altre modalità di uscita dalla crisi, fondate su diverse formule strategiche di prosecuzione dell'attività. Ovvero, all'opposto, devono includere ogni e qualunque percorso di soddisfacimento dei creditori nella fattispecie praticabile (liquidazione, fallimentare o concordataria, altre ipotesi concordatarie di continuità). Si scarta, in quanto irrealistica, l'ipotesi che la valutazione comparativa richiesta dalla norma in commento contempra ogni e possibile modalità di soddisfacimento dei creditori in concreto percorribile; una siffatta visione, infatti, si pone in contrasto con la natura stessa delle cose aziendali, atteso che nessun imprenditore, nessuno dei professionisti che eventualmente lo assistano, nessun attestatore potrà mai essere sicuro di avere esplorato tutte le alternative praticabili. Cfr. R. Tizzano, *L'indeterminatezza del giudizio di migliorata e l'attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lett. b), l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2014, www.ipsqa.it, pp. 137 ss.

⁷⁹ Nella dottrina comparativistica, si distinguono due principali sistemi di gestione della crisi di impresa: quelli *creditor oriented* (ispirati alla salvaguardia dei diritti dei creditori, anche con sacrificio della continuità aziendale) e quelli *debtor oriented* (ispirati alla salvaguardia dell'impresa, anche con maggiori sacrifici per i creditori concorsuali). Cfr. A. Paletta, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit., pp. 231 ss.

contrapposizione tra continuità aziendale e *miglior soddisfacimento dei creditori* non necessariamente debba risolversi con una prevalenza del secondo fine sul primo: si pensi alla dispersione dei valori aziendali che ci sarebbe in caso di chiusura / liquidazione dell'impresa, valori che non trovano espressione monetaria nel bilancio, i cosiddetti *intangibles*, quali l'organizzazione di persone, le loro competenze e capacità manageriali, insomma tutto ciò che si definisce come capitale intellettuale.

Ebbene, rispetto all'interrogativo, cosa si intenda per *miglior soddisfacimento dei creditori*, è possibile dare una solida risposta riferendosi ai risultati della recente (quarta) ricerca dell'Osservatorio sulle crisi di impresa (OCI), che ha coinvolto oltre settanta tribunali e diciotto regioni italiane. L'indagine mira a ricostruire, per la parte giuridica e grazie ad un questionario di quasi 500 quesiti, le posizioni interpretative su tutto il territorio giudiziario nazionale, alla luce delle novità legislative introdotte dal cosiddetto "Decreto Sviluppo" del 22 giugno 2012, n. 83⁸⁰.

In particolare, al quesito n. 81, *L'attestazione che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori' comporta che il professionista deve attestare che essa consentirà di soddisfare:*

- a) *i crediti concorsuali nel loro complesso in misura superiore a quella ottenibile in base alle alternative liquidatorie praticabili;*
- b) *ciascun singolo credito in misura superiore a quella ottenibile in base alle alternative liquidatorie praticabili*"⁸¹.

La risposta al quesito a) trova una sorprendente (in quanto rara) convergenza di opinioni: il 100% dei giudici intervistati ritiene che, riguardo al senso da attribuire all'espressione *miglior soddisfacimento*, cui dovrebbe essere funzionale la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano, il professionista attestatore debba compiere una valutazione comparativa del soddisfacimento dei crediti concorsuali nel loro complesso rispetto a quello conseguibile con le alternative liquidatorie praticabili e non che detta comparazione debba essere compiuta con

⁸⁰ Cfr. M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit.

⁸¹ Cfr. P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., pp. 161-201.

riferimento al trattamento di ciascun singolo creditore. Si tratta, insomma, di un giudizio riferito alla globalità dei creditori.

Così stando le cose, si tratta evidentemente di ricercare dei criteri che permettano di dimostrare come la prosecuzione della attività (la continuità aziendale) possa essere, per i creditori intesi nel loro complesso, un'alternativa da preferire, in quanto migliore, rispetto ad un altro scenario in concreto praticabile. L'alternativa si riassume in un confronto secco tra uno scenario in continuità ed uno scenario liquidatorio, dove uno scenario liquidatorio può portare a risultati migliori o inferiori, a seconda che si svolga solo attraverso regole societarie ovvero fallimentari, che la disgregazione degli attivi riguardi l'intero patrimonio, ovvero avvenga in maniera atomistica⁸². L'attività richiesta all'attestatore sembra, in altre parole, risolversi in un'analisi di sensitività. Si tratta, infatti, di verificare come si modificerebbe il piano nell'ipotesi in cui venisse meno la continuazione dell'attività dell'azienda o del ramo di azienda: l'attestazione di funzionalità non può sostanzarsi in una generica affermazione, ma deve verificare i probabili scenari futuri, comparati con una o più soluzioni alternative che finirebbero per remunerare in misura minore i creditori.

La lett. b) del secondo comma dell'art. 186 *bis* l. fall. chiama l'attestatore ad esprimere un giudizio sulla funzionalità del piano di prosecuzione dell'attività al *miglior soddisfacimento dei creditori*⁸³ e, dunque, ad una peculiare valutazione di convenienza che si affianca a quella "ordinaria" di veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano e che parrebbe vincolare il concordato con continuità ad un

⁸² M. Arato, *Speciale D.L. Sviluppo-Il concordato con continuità aziendale*, cit.; l'Autore rende esplicito che *dalla classificazione introdotta dall'art. 186 bis si conferma che è possibile prevedere anche un piano di concordato meramente liquidatorio dei singoli beni senza prosecuzione dell'attività di impresa. In tali casi, le principali differenze di tale forma di concordato rispetto alla liquidazione fallimentare dei beni in modo atomistico potranno consistere nei tempi necessari per la liquidazione (auspicabilmente minori del concordato) e nell'inapplicabilità al concordato della disciplina della revocatoria.*

Pur ribadendo il principio della massima autonomia nella determinazione del contenuto della proposta di concordato, è evidente che sarà molto scarsa l'appetibilità (sotto il profilo della convenienza per i creditori) di una proposta di concordato che preveda la liquidazione atomistica dei beni, in quanto una simile proposta non si differenzia da un procedura fallimentare, salvo che per l'inapplicabilità della disciplina revocatoria.

⁸³ Si osservi che il "soddisfacimento" dei creditori previsto dalla lett. b) è nozione più ampia del "pagamento" dei creditori privilegiati di cui alla successiva lett. c) e riconducibile, solo per certi versi, alla soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma di cui all'art. 160, comma 1, lett. a), l. fallimentare.

principio di salvaguardia dei creditori pregressi, coerente con il principio di garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 del codice civile.

Come già accennato, tuttavia, è possibile che la prospettiva del *miglior soddisfacimento dei creditori* non collimi sempre – e comunque non necessariamente – con la finalità di salvaguardia del “bene-sociale impresa” e del “bene-sociale lavoro”, finalità che erano senz'altro presenti al legislatore della riforma del 2006 e che tali sono rimaste anche nella riforma del 2012.

La problematica si pone non soltanto per la rilevanza dei già ricordati valori di interesse sociale risiedenti nell'azienda e nella salvaguardia dei livelli occupazionali, ma, soprattutto, per l'interpretazione che deve essere data al concetto di “soddisfacimento dei creditori”, espressione che sembra evocare la possibile ricorrenza di un interesse degli stessi creditori, o di classi di essi, alla prosecuzione dell'attività di impresa, distinto da quello diretto alla massima realizzazione del credito concordatario. Si pensi, in via esemplificativa, ad una classe, costituita ai sensi della lett. c) del primo comma dell'art. 160 l. fall., formata da creditori che hanno interesse alla prosecuzione del rapporto con l'impresa, in quanto loro cliente principale, e che quindi sarebbero disposti ad accettare anche un sacrificio, in termini di minor soddisfacimento rispetto all'alternativa liquidatoria, pur di assicurare un mercato di sbocco alla propria attività.

Il riferimento al *soddisfacimento dei creditori*, espressione letterale ben diversa da quella contenuta nell'art. 160 l. fall., dove si parla di *soddisfazione dei crediti*, fa ritenere che il legislatore non abbia ancorato il giudizio di legittimità della proposta al presupposto che ai creditori, in forza della continuità aziendale, venga comunque promessa una qualche maggior attribuzione patrimoniale, sia pur diversa dalla dazione di denaro⁸⁴.

Appare, quindi, legittima ogni soluzione in cui il debitore non offra di soddisfare i crediti in misura maggiore di quella che deriverebbe dalla liquidazione

⁸⁴ M. Arato, *Speciale D.L. Sviluppo-Il concordato con continuità aziendale*, cit.; l'Autore precisa *la conservazione dell'impresa e la migliore liquidazione dell'attivo (auspicabilmente consentita dalla conservazione dell'impresa) rappresentano il primario obiettivo del legislatore, anche se il loro perseguimento può pregiudicare o, quantomeno, allungare le prospettive di recupero dei creditori concorsuali.*

del patrimonio, ma prometta una qualche utilità al creditore e che il creditore, in qualche modo, dimostri un maggiore apprezzamento per l'alternativa che gli viene proposta.

Un'interpretazione che discende, come detto, dall'inequivocabile dato letterale che parla di soddisfazione dei creditori, fattispecie, quest'ultima, che ricorre in tutte le ipotesi in cui la minore soddisfazione del credito sia compensata dall'attribuzione al creditore di una qualche diversa utilità .

La disposizione di cui all'art. 186 *bis* l. fall. solleva un'ulteriore riflessione. Infatti, come già accennato, essa sembra introdurre di fatto una valutazione di convenienza, demandata, in prima battuta, all'attestatore e poi, in via mediata, al tribunale: l'attestatore deve verificare, sotto il profilo economico, patrimoniale e finanziario, la convenienza della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa fino al momento del risanamento dell'imprenditore o della cessione del complesso aziendale. La migliore soddisfazione dei creditori dovrà, dunque, essere valutata tenendo in considerazione il fatto che la prosecuzione dell'attività deve generare un reddito positivo e, quindi, un incremento del patrimonio tale da migliorare il soddisfacimento dei creditori in termini percentuali rispetto ad altre possibili soluzioni concordatarie che non prevedano la continuità, ma che prevedano la sola vendita dei beni in blocco o mediante liquidazione atomistica più o meno immediatamente.

In tal modo la norma appare, tuttavia, controcorrente rispetto all'impalcatura generale della disciplina concordataria: il professionista, infatti, difficilmente può formulare un giudizio favorevole di vantaggio economico certo ed inoppugnabile, in quanto egli è in grado di descrivere, ma non di valorizzare esattamente "le utilità esterne" per le classi di creditori; laddove il tribunale valuti negativamente il ricorso e ciò determini un'automatica inammissibilità dello stesso, si renderebbe vano il diritto di scelta dei creditori. Non va, infatti, trascurato che la procedura di concordato preventivo è caratterizzata dal principio consensualistico, pur a carattere maggioritario e, dunque, rimette, in ultimo, alla maggioranza dei creditori il diritto di decidere sulla proposta: i creditori esprimono il loro voto sulla base di una completa informativa, secondo il principio del consenso informato.

Se fosse corretta una tale lettura, allora il professionista potrebbe esprimersi anche in termini probabilistici sulla “misura” della convenienza (anche solo per una o più classi di creditori) e il concordato potrebbe essere ammesso, così i creditori, fruendo delle informazioni contenute nell’attestazione e ulteriormente vagliate dal commissario nella sua relazione *ex art.* 172, terzo comma, l. fall., sarebbero posti in grado di esprimere un consenso informato sulla proposta, eventualmente accettandola, anche laddove consentisse loro un soddisfacimento immediato più contenuto rispetto alla liquidazione degli *asset*⁸⁵.

⁸⁵ Cfr. G. Lo Cascio, in *Il codice Commentato del Fallimento*, II Edizione, Milano, Ipsoa, 2013, paragrafi 15, 16 e 17, *sub art.* 186 *bis* l. fallimentare.

IV Capitolo

LE AGEVOLAZIONI SPECIFICHE

4.1 PAGAMENTO NON INTEGRALE E MORATORIA DEI CREDITI MUNITI DI PRELAZIONE

La normativa sul concordato in continuità aziendale si contraddistingue per la previsione di una serie di agevolazioni specifiche.

In particolare, l'art. 186 *bis*, comma secondo, lett. c), l. fall. stabilisce, a favore dell'imprenditore in crisi che si avvale della procedura di concordato in continuità aziendale, che *il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160, comma secondo, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.*

La nuova previsione legislativa, dunque, permette al debitore di dilazionare il pagamento dei creditori prelatizi e, congiuntamente agli artt. 160, comma secondo e 177, commi secondo e terzo, l. fall., concorre a determinare la disciplina circa il trattamento ed il diritto di voto dei creditori assistiti da prelazione generale o speciale nel concordato preventivo con continuità aziendale.

La proposta di Medeor S.p.A., come già premesso, prevede:

a) per la **Classe 1, Banche privilegiate:**

- pagamento *cash* del 100% del credito (garantito da privilegio speciale sul magazzino) in 5 anni con pre-ammortamento fino al 31 dicembre 2015 (ultima rata con scadenza 31 dicembre 2020) e rate semestrali crescenti;
- interessi determinati secondo le attuali condizioni contrattuali (Euribor 3m + 75 bps) e pagati su base semestrale;
- interessi maturati nel periodo di pre-ammortamento capitalizzati e pagati in linea con il rimborso del capitale.

b) Per la **Classe 2, Enti previdenziali e Fonchim:**

- pagamento del 100% del credito dilazionato in quote costanti in 10 anni a partire dalla data di omologa;
- interessi determinati al saggio di interesse legale e pagati unitamente alla rata capitale.

Ebbene, nel corso della procedura in esame si sollevano questioni attinenti, per l'appunto, la possibilità di dilazionare il pagamento dei creditori assistiti da prelazione generale o speciale.

Specificamente, il commissario giudiziale di Medeor S.p.A., preso atto che il piano prevede il pagamento dei privilegiati di classe 1 e di classe 2 rispettivamente in 5 e 10 anni, anziché in un anno come previsto dall'art. 186-bis, comma secondo, 1. fall., domanda:

- perché non è stata fatta la relazione giurata di cui all'art. 160, comma secondo, 1. fall. e sollecita, pertanto, il deposito di tale relazione; chiede, quindi, anche di *prendere posizione* sulla disciplina degli interessi *ex artt. 54 e 55 1. fall.* e segnala la recente Cassazione n. 10112/2014 *che contiene importanti indicazioni;*
- se sussiste la legittimazione dei sopradetti creditori ad esprimere il proprio voto alla proposta concordataria e, in caso positivo, in che misura.

Il parere circa la dilazione dei creditori e la relazione giurata di stima

L'art. 160, comma secondo, 1. fall. dispone che *la proposta di concordato può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) (...).*

In dottrina si ritiene pacificamente che la disposizione appena richiamata si applica quando:

- a) nella proposta di concordato si prevede per i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca la “soddisfazione non integrale”⁸⁶;
- b) i beni sui quali insiste la causa di prelazione sono incapienti⁸⁷.

Dunque, in presenza di queste condizioni, l'imprenditore deve:

- allegare al proprio ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo la relazione giurata *ex art. 160, comma secondo, l. fall.*, nella quale è riportato il *valore di mercato attribuibile ai beni oggetto della prelazione, riferito all'epoca di presunto realizzo secondo le modalità e i tempi prospettati dal piano*⁸⁸;
- assicurare ai creditori privilegiati un grado di soddisfacimento almeno pari o superiore a quello che essi potrebbero conseguire con la vendita dei beni sui quali esiste la causa di prelazione, avuto riguardo al valore indicato nella relazione giurata di stima, fermo restando che, stante la lettera dell'art. 160, comma secondo, l. fall., il trattamento stabilito per detti creditori *non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione*⁸⁹.

Ciò posto, si rende necessario stabilire se, in presenza di un siffatto trattamento dei creditori privilegiati di classe 1 e classe 2, ricorra o meno il presupposto di cui all'art. 160, comma secondo, l. fall. e, dunque, se l'imprenditore sia tenuto a dimostrare che il piano di concordato offra ai predetti creditori una soddisfazione non inferiore a quella astrattamente realizzabile, nell'ipotesi di liquidazione dei beni sui quali insiste la causa di prelazione, in base al valore ad essi attribuito da una relazione giurata.

⁸⁶ Cfr. P. F. Censoni, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, pp. 511 ss.

⁸⁷ Cfr. A. Audino, *sub art. 160 l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, A. Maffei Alberti (a cura di), Padova, Cedam, 2013, pp. 1072 ss.; nello stesso senso P. F. Censoni, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, cit., secondo cui *la seconda condizione, espressamente enunciata, sta nell'insufficienza del valore del bene sul quale insiste la garanzia rispetto all'importo del credito garantito*.

⁸⁸ Così A. Audino, *sub art. 160 l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., pp. 1072 ss.

⁸⁹ Cfr. T. E. Cassandro, *Il piano concordatario e il suo contenuto*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, Torino, Giappichelli, 2011, p. 77.

In realtà, all'atto della redazione della domanda di concordato preventivo di Medeor S.p.A, si escludeva che il trattamento riservato ai creditori delle classi 1 e 2 ricadesse nella fattispecie prevista dall'art. 160, comma secondo, 1. fall., sicché, coerentemente, non si predisponeva la relazione giurata di stima dei beni sui quali grava il privilegio vantato dagli anzidetti creditori.

Infatti l'art. 160, comma secondo, 1. fall. trova applicazione qualora *i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente*: la relazione giurata di stima, di conseguenza, deve essere predisposta tutte le volte in cui i creditori privilegiati trovino una "soddisfazione non integrale".

Nel caso in esame, pertanto, gli *advisor* legali ritengono che i creditori delle classi 1 e 2 siano destinatari di una soddisfazione integrale, il che esclude in radice l'applicabilità dell'art. 160, comma secondo, 1. fallimentare. Essi, dunque, sostengono la loro tesi attraverso una serie di complesse argomentazioni svolte alla luce di autorevoli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

Il termine "soddisfazione non integrale", cui fa riferimento l'art. 160, comma secondo, 1. fall., ricorre, senza dubbio, nell'ipotesi in cui la proposta concordataria preveda il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, ossia tutte le volte in cui si preveda una riduzione relativa al *quantum* dei crediti interessati⁹⁰.

Viceversa, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sostengono che la soddisfazione è integrale quando:

- 1) *pur non determinando una decurtazione quantitativa del credito, incide sulle modalità o le tempistiche di pagamento, ossia il credito viene soddisfatto integralmente, ma in un lasso temporale difforme rispetto a quello iniziale*⁹¹. In tale ipotesi, il creditore privilegiato, pur se integralmente soddisfatto, è legittimato al voto⁹²;**

⁹⁰ Cfr. *Relazione Illustrativa al d.lgs. 169/2007*, secondo cui l'art. 160, comma 2, 1. fall. attribuisce al debitore la possibilità di offrire un pagamento in percentuale non solo ai creditori muniti di un privilegio speciale, nella parte in cui il credito sia incapiente, ma anche a quelli muniti di un privilegio generale, sempre nella misura in cui tale credito non risulti capiente.

⁹¹ M. Nicolai, *I creditori privilegiati e il diritto di voto nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 6.8.2013, p. 11.

⁹² G. D'Atorre, *sub. art. 177 l. fall.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, (a cura di) A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, Giappichelli, 2014, p. 298.

2) si prevede il riconoscimento di interessi nella misura legale. *A tal proposito si è affermato che in presenza di modalità soddisfattorie diverse dal denaro o di eccessive dilazioni temporali o di misura parziale della soddisfazione, non sarebbe ravvisabile un pagamento (tanto meno integrale), ma solo una soddisfazione, integrale o meno, a seconda della entità quantitativa rapportata al credito maggiorato di interessi*⁹³, posto che *il riconoscimento degli interessi legali per la durata di esecuzione del concordato garantisce (...) il soddisfacimento integrale dei creditori*⁹⁴. Si è affermato⁹⁵, altresì, che *se i creditori vengono pagati in più anni, ma con la corresponsione degli interessi legali, non possono avere diritto al voto, perché sia il pagamento che la soddisfazione sono integrali. In giurisprudenza*⁹⁶, *per quanto riguarda la questione, dibattuta anche in dottrina, se debba o meno considerarsi "integrale" il pagamento di quei creditori dei quali il piano di concordato preventivo preveda il pagamento dell'intero credito ma con una dilazione in un lasso di tempo anche considerevole, si ritiene che il riconoscimento degli interessi legali per la durata di esecuzione del concordato ne garantisca comunque il pagamento e l'integrale soddisfazione.*

Ora, in considerazione dei principi su riportati, il pagamento del credito privilegiato in via dilazionata e con riconoscimento di interessi in misura pari al saggio legale è qualificabile alla stregua di una soddisfazione integrale. In altre e più chiare parole, si ha “soddisfazione non integrale” quando ad essere incisa è la misura quantitativa del soddisfacimento; viceversa, laddove la proposta preveda il pagamento con modalità diverse dal danaro e/o in via dilazionata con riconoscimento di interessi, si verterà in un’ipotesi di “soddisfazione integrale”.

Tali principi sono confermati dalla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione sopra richiamata relativa ad una proposta concordataria che prevedeva il

⁹³ Tribunale di Pescara, 16.10.2008, in www.ilcaso.it.

⁹⁴ Tribunale di Sulmona, 2.11.2010, in www.ilcaso.it.

⁹⁵ L. D’Orazio, *Le procedure di negoziazione della crisi d’impresa*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 116 ss.

⁹⁶ Tribunale di Sulmona, 2.11.2010, cit.

pagamento dilazionato dei creditori privilegiati con riconoscimento degli interessi legali per il periodo della dilazione.

Tale pronuncia afferma che il pagamento dei privilegiati *con dilazione superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (...) equivale a soddisfazione non integrale di essi. Ciò a causa della perdita economica conseguente al ritardo (rispetto ai tempi 'normali') con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti.* La Cassazione prosegue sostenendo la necessità di accertamento, ad opera del giudice di merito, di tale perdita economica, *anche alla luce della relazione giurata (...) e tenendo conto di eventuali interessi offerti ai creditori (...) oltre che del contenuto concreto della proposta nonché della disciplina degli interessi di cui agli artt. 54 e 55 l. fallimentare*⁹⁷.

Ebbene, può parlarsi di “soddisfazione non integrale” solo in quanto la dilazione comporti, per i creditori privilegiati, una perdita economica conseguente al ritardo, *rispetto ai tempi normali*, nell’adempimento dell’obbligazione. Tuttavia, la sentenza aggiunge che la perdita economica può non sussistere nelle ipotesi in cui siano riconosciuti al creditore degli interessi, al saggio legale ovvero determinati ai sensi degli artt. 54 e 55 l. fall., che compensino la mancata immediata disponibilità delle somme: difettando la perdita economica, il pagamento, seppur dilazionato, è da intendersi “soddisfazione integrale”.

Sulla base di quanto detto, gli *advisor* legali, rispetto alla questione sottoposta alla loro attenzione dal commissario giudiziale, ritengono non sussistere i presupposti per la redazione di una relazione giurata *ex art. 160, comma secondo, l. fall.*, atteso che i creditori privilegiati di classe 1 e i creditori privilegiati di classe 2 vengono soddisfatti integralmente, e cioè in via dilazionata con riconoscimento di interessi, nel primo caso, al saggio convenzionale (comunque ultralegale) e, nel secondo caso, al saggio legale.

La Cassazione in proposito afferma che:

- 1) l’art. 160, comma secondo, l. fall. *detta le condizioni di ammissibilità di soddisfazioni quantitativamente parziali, alle quali resta estranea*

⁹⁷ Cassazione civile, 9.5.2014, n. 10112, in www.ilcaso.it.

l'ipotesi di soddisfazioni quantitativamente integrali, ma effettuate (...) con differimenti temporali rispetto alla scadenza dei crediti;

- 2) *qualora si volesse accedere alla diversa tesi in forza della quale il soddisfacimento dilazionato nel tempo dei creditori privilegiati deve essere equiparato ad un soddisfacimento non integrale, si dovrebbe nondimeno concludere per l'obbligatorietà (...) dell'apposita perizia di stima giurata (...). Se ciò fosse vero, la conclusione si profilerebbe in aperto ed evidente contrasto con il principio di graduazione delle procedure concorsuali che fa divieto al debitore ricorrente di soddisfare in proporzione un creditore di un certo grado (per l'appunto il chirografario) se prima non è stato soddisfatto integralmente quello di grado precedente, vale a dire il privilegiato*⁹⁸.

Queste argomentazioni hanno validità anche nell'ipotesi di cui all'art. 186 bis, comma secondo, lett. c), l. fall., ossia quando il debitore si serve della cosiddetta moratoria infrannuale: *il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160, secondo comma, una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto di voto.*

L'art. 186 bis, comma secondo, lett. c), l. fall., recita *fermo quanto disposto all'art. 160, secondo comma*. L'inciso normativo afferisce alla *falcidia quantitativa del credito*⁹⁹, il che sta proprio a significare che anche in tal caso il pagamento dei crediti prelazionari, pur dilazionato, può essere effettuato comunque non integralmente se venga prodotta la relazione giurata del professionista prevista dall'art. 160, comma secondo, l. fallimentare¹⁰⁰.

⁹⁸ L. Mandrioli, *Commento sub art. 160 l. fall.*, M. Ferro (a cura di), in *La legge fallimentare, Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, disposizioni integrative e correttive*, Padova, Ipsoa, 2008, p.1790.

⁹⁹ L. D'Orazio, *L'ammissibilità della domanda di concordato preventivo con proposta di dilazione di pagamento ai creditori prelazionari*, in *ilFallimento*, 2014, p. 456.

¹⁰⁰ F. Lamanna, *La "definitività" della degradazione al chirografo dei crediti privilegiati incapienti nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 12.5.2014.

Diversamente, nell'ipotesi di una proposta che preveda congiuntamente la moratoria (infrannuale o pluriennale) ed il riconoscimento degli interessi, ma non anche una riduzione dei crediti prelatizi, si rientra nel caso di “soddisfazione integrale”, per cui sarebbe sproporzionata l'imposizione dell'obbligo di redazione della relazione di cui all'art. 160, comma secondo, l. fallimentare. Infatti:

- essa andrebbe ad interessare crediti per i quali non vi è alcuna degradazione a chirografo, dunque capienti;
- *finirebbe impropriamente per essere destinata a fini diversi per i quali essa è stata introdotta nell'ordinamento concorsuale: con essa si dovrebbe infatti attestare che il ricavato dei beni gravati da prelazione non consentirebbe il pagamento degli interessi maturati nell'anno di moratoria*¹⁰¹.

La legittimazione dei creditori ad esprimere il proprio voto alla proposta concordataria

Per quanto riguarda il riconoscimento del diritto di voto in capo ai creditori privilegiati delle classi 1 e 2, ebbene, prevedendo la proposta concordataria la “soddisfazione integrale” come sopra descritto, si rileva che, rispetto ad un concordato con continuità aziendale, *l'esclusione dal voto dei creditori muniti di prelazione vale solo a fronte di una moratoria annuale conforme all'art. 186 bis, comma secondo, lett. c), l. fall. (...) mentre, a fronte di dilazioni maggiori (...) i creditori suddetti vanno ammessi al voto per l'intero credito, venendo meno il presupposto della 'indifferenza' che ne legittima l'esclusione dal voto, ai sensi dell'art. 177 l. fall. (...)*^{102,103}.

Ciò in quanto l'ipotesi di pagamento dei privilegiati al cento per cento, in un arco temporale predeterminato ovvero con pagamento dilazionato, oltre interessi

¹⁰¹ Cfr. P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., pp. 161-201.

¹⁰² Tribunale di Terni, 7.11.2013, in www.ilcaso.it.

¹⁰³ Non può trovare applicazione la fattispecie di esclusione dal voto di cui all'art. 177, comma secondo, l. fall., in quanto, diversamente dall'ipotesi in esame, essa presuppone un pagamento integrale. Il diritto di voto non può essere escluso o limitato neanche in forza di quanto previsto dall'art. 177, comma terzo, l. fall., in quanto tale disposizione è dettata per stabilire la misura del diritto di voto dei creditori privilegiati non integralmente soddisfatti e, dunque, non può trovare applicazione con riferimento alla diversa ipotesi di soddisfazioni quantitativamente integrali ma effettuate con dilazione o con modalità diverse dal pagamento in denaro. In tal senso, Tribunale di Pescara, 16.10.2008, cit.

compensativi, se da un lato garantisce al creditore una “soddisfazione integrale”, dall’altro lato è comunque tale da *incidere sull’attualità e sull’integrità della pretesa creditoria*¹⁰⁴. Dunque, laddove non si versi nell’ipotesi di moratoria infrannuale di cui all’art. 186 *bis*, comma secondo, lett. c), l. fall., senza dubbio ai creditori deve essere riconosciuta la legittimazione al voto per l’intero credito: non è possibile operare un’alterazione del contenuto del diritto di credito senza che il titolare presti il suo consenso.

Concludendo, la proposta concordataria, che influisce sulle modalità e sulle tempistiche del soddisfacimento dei creditori, legittima i creditori prelatizi ad esprimere il proprio voto all’interno dell’adunanza dei creditori per l’intero ammontare dei rispettivi crediti comprensivo degli interessi e senza che questo vada a discapito della prelazione, e ciò sia all’interno del concordato preventivo sul quale sono chiamati ad esprimere il proprio voto, sia nell’ambito dell’eventuale successivo fallimento che dovesse essere dichiarato a seguito della mancata omologa del primo o, successivamente, in ogni ipotesi di cui all’art. 186 l. fallimentare. A tal proposito la giurisprudenza¹⁰⁵, infatti, precisa che i creditori privilegiati, *dovendo in tal caso essere computati ai fini del calcolo della maggioranza, devono essere resi edotti della facoltà di esprimere l’adesione o il dissenso sulla proposta concordataria, senza per questo rischiare di perdere la prelazione*.

In estrema sintesi, la proposta concordataria di Medeor S.p.A., stante l’inapplicabilità dell’art. 186 *bis*, comma secondo, lett. c), l. fall., legittima i suoi creditori ad esprimere il proprio voto per l’intero ammontare dei relativi crediti comprensivo degli interessi, conservando il proprio rango privilegiato.

Per quanto attiene, infine, le modalità attraverso le quali il voto dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca debba essere inserito all’interno del meccanismo di approvazione della proposta concordataria, si ritiene¹⁰⁶ che il voto debba essere espresso e computato secondo gli ordinari meccanismi maggioritari di cui agli artt. 177 e 178 l. fallimentare. Pertanto, ciascuno dei predetti creditori concorrerà a formare la maggioranza necessaria all’approvazione della proposta

¹⁰⁴ M. Nicolai, *I creditori privilegiati e il diritto di voto nel concordato preventivo*, cit.

¹⁰⁵ Tribunale di Terni, 2.4.2013, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁶ Ivi.

concordataria sia nell'ambito della generalità dei creditori ammessi al voto, sia nell'ambito della propria classe di appartenenza¹⁰⁷.

4.2 I CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE E CONTINUITÀ AZIENDALE: SOSPENSIONE/SCIoglIMENTO DEI CONTRATTI BANCARI

In data 13 luglio 2013 Medeor S.p.A. deposita istanza di concordato preventivo *ex art. 161 l. fall.*, con riserva di presentazione della proposta ai sensi del comma sesto della stessa disposizione, contenente la richiesta di autorizzazione allo scioglimento, *ex art. 169 bis l. fall.*, di tutti i contratti di finanziamento, apertura di credito, anticipo fatture, ordini e/o contratti in Italia e all'estero in essere con le banche Cassa Risparmio di Firenze, Banca Monte Dei Paschi di Siena, Cassa Risparmio di Volterra e Banca Nazionale del Lavoro.

L'autorizzazione si considera opportuna al fine di evitare che le Banche Creditrici incassino i crediti commerciali della Società in violazione della *par condicio creditorum* e perché l'incasso diretto da parte di Medeor S.p.A. di dette somme consente di mantenere la normale operatività nel periodo compreso tra il deposito del ricorso e l'omologa del concordato. Successivamente, come già detto, con separata istanza integrativa, depositata in data 18 luglio 2013, Medeor S.p.A. chiede, ai sensi e per gli effetti dell'art. 169 *bis l. fall.*, l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti indicati nel ricorso introduttivo in modo che, per gli Istituti di credito indicati, sia decretato i) l'obbligo di mettere a disposizione in favore della Società, con effetto immediato, tutte le somme che verranno depositate presso di loro e ii) il divieto di operare compensazione con i crediti loro dovuti dalla Ricorrente.

Con decreto del Tribunale di Siena del 23 luglio 2013, il collegio premette di condividere *l'orientamento della giurisprudenza di merito che non esclude, anche*

¹⁰⁷ Il giudice delegato del caso Medeor S.p.A., preso atto di quanto appena su illustrato, **autorizza i creditori di classe 1 e classe 2 ad esprimere il proprio voto alla proposta concordataria in misura pari all'importo dei rispettivi crediti in linea capitale, inclusi gli interessi già maturati alla data di apertura della procedura di concordato.**

nella presente fase (preconcordataria), la possibilità di autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso ex art. 169 bis l. fall., in essa implicitamente ricompresa la domanda di sospensione dei contratti medesimi, ritenendo tuttavia che detta autorizzazione (anche la sospensione) non possa prescindere, se non dal contraddittorio¹⁰⁸, quanto meno da un approfondimento istruttorio, tenuto conto dell'interesse del contraente in bonis e, altresì, più in generale, dell'interesse dei creditori, e aderendo all'argomentazione di quei giudici di merito¹⁰⁹ secondo la quale neppure può tacersi che l'applicabilità dell'art. 169 bis l. fall. alla fase preconcordataria potrebbe accreditare comportamenti strumentali o comunque alterazioni statutarie definitive e prive di causa in riferimento alla posizione del contraente in bonis tutte le volte in cui, una volta autorizzato lo scioglimento del contratto, la domanda ex art 161 l. fall. venisse ritirata (senza evoluzione fallimentare), in quanto non è impensabile che lo stato di crisi possa essere stato risolto proprio attraverso lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione.

Poiché Medeor S.p.A. richiede un'ampia domanda di autorizzazione allo scioglimento di tutti i contratti di finanziamento, apertura di credito, anticipo fatture, ordini e/o contratti in Italia e all'estero in essere con le Banche Creditrici e non allega i dati relativi ai contratti di cui si chiede lo scioglimento, né li argomenta al fine di consentire al Tribunale una valutazione sia pure sommaria in considerazione dell'urgenza prospettata, il Tribunale, con provvedimento del 23 luglio 2013, chiede

¹⁰⁸ Non è dello stesso avviso il Tribunale di Genova, 4.11.2013, in www.ilcaso.it: *essendo un intervento sui rapporti con un terzo, è un principio di civiltà giuridica ed è importante ai fini di una corretta decisione sentire il parere della controparte contrattuale.*

¹⁰⁹ Tribunale di Pistoia, 9.7.2013, in www.ilcaso.it; in tal senso *neppure può tacersi che l'applicabilità dell'art. 169 bis alla fase preconcordataria potrebbe accreditare comportamenti strumentali o, comunque, alterazioni statutarie definitive e prive di causa in riferimento alla posizione del contraente in bonis (tale essendo l'effetto riconnesso all'autorizzazione allo scioglimento, almeno secondo un'interpretazione allo stato priva di incrinature), tutte le volte in cui, una volta autorizzato lo scioglimento del contratto, la domanda ex art. 161, comma 6 venisse ritirata. Né ciò porterebbe necessariamente alla declaratoria di fallimento, sia per possibile carenza di istanze in tal senso, sia perché, una volta autorizzato lo scioglimento ex art. 169 bis, potrebbe cessare lo stato di insolvenza/crisi proprio determinato dall'impossibilità di adempimento dei contratti in corso (alla rimozione del presupposto oggettivo di una procedura concorsuale potrebbe contribuire anche l'intervenuta concessione di un finanziamento ex art. 182 quinquies), con la conseguenza che il contraente in bonis non potrebbe avvalersi dello strumento dell'abuso di diritto né di una eventuale actio nullitatis (...).*

alla Ricorrente un'integrazione documentale, onde valutare e decidere circa la richiesta di scioglimento dei contratti pendenti.

In data 29 luglio 2013, conseguentemente, la Società presenta istanza di integrazione documentale alla quale allega un elenco completo dei contratti pendenti con gli Istituti di credito menzionati in ricorso di cui si richiede lo scioglimento, con la descrizione della tipologia contrattuale e gli estremi di riferimento.

Poco più tardi, in data 5 agosto 2013, Medeor S.p.A. deposita una relazione per il commissario giudiziale al fine di chiarire i motivi fondamentali, sia dal punto di vista giuridico sia dal punto di vista finanziario, sottostanti alla richiesta relativa allo scioglimento dei contratti bancari per anticipazione fatture e ordini/contratti.

In data 8 agosto 2013, quindi, il commissario giudiziale deposita il proprio parere sulla richiesta di scioglimento dei contratti bancari in corso, condividendone il contenuto e la funzionalità della richiesta *al miglior soddisfacimento dei creditori*: dall'esame di opportunità e convenienza economica dell'istanza *ex art. 169 bis l. fall.* risulta che lo scioglimento si giustifica in quanto necessario a garantire proprio la continuità aziendale, a sua volta diretta alla realizzazione del miglior soddisfacimento della massa creditoria.

Il Tribunale di Siena, con provvedimento del 14 agosto 2013, *autorizza il debitore, Medeor S.p.A., a sospendere¹¹⁰ i seguenti contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso (13 luglio 2013): contratti di finanziamento, apertura di credito, anticipo fatture e/o contratti in Italia e all'estero in essere con le seguenti banche: Cassa Risparmio di Firenze; Banca Monte dei Paschi di Siena; Cassa di Risparmio di Volterra; Banca Nazionale del Lavoro come individuati nella integrazione documentale del 29 luglio 2013 e con limitazione ai soli contratti anticipo su fatture, ordini, contratti e sbf, e con esclusione dei contratti di conto corrente ordinari e relativi alle operazioni di mutuo, obbligando per la durata della sospensione gli Istituti di credito a mettere immediatamente a disposizione della*

¹¹⁰ È opportuno qui sottolineare che il Tribunale competente del caso Medeor S.p.A. autorizza alla **sospensione** dei contratti pendenti, sebbene l'impresa proponga istanza di scioglimento. Il Tribunale, infatti, ritiene non trascurabili i rischi di una siffatta autorizzazione in sede preconcordataria, richiamando la giurisprudenza del Tribunale di Pistoia, ma allo stesso tempo dimostra grande concretezza ed elasticità, non limitandosi al mero rigetto della domanda di scioglimento dei contratti bancari in corso.

Società tutte le somme che verranno depositate presso di loro in qualunque forma, ed espressamente inibendo agli Istituti menzionati di operare compensazione¹¹¹ con i crediti loro dovuti.

In sintesi, il concordato in corso di presentazione è un concordato in continuità e la prosecuzione dell'attività d'impresa deve essere funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; l'autorizzazione alla sospensione dei contratti con le Banche Creditrici e il conseguente incasso diretto da parte di Medeor S.p.A. garantisce alla Società quell'equilibrio finanziario idoneo a garantire la normale operatività conservativa nelle more del procedimento concordatario. Infatti, in un'ottica di continuità aziendale, l'efficacia e l'esecuzione dei contratti in corso, con il venir meno dei flussi di cassa, ostacolano in modo decisivo la continuità, anche in pregiudizio dell'intera massa dei creditori¹¹². Più chiaramente, la riduzione delle

¹¹¹ Così Tribunale di Monza, 27.11.2013, in www.unijuris.it: *la sospensione o lo scioglimento dei contratti bancari in corso di esecuzione disposta ai sensi dell'art. 169 bis l. fall. comporta la caducazione del patto di compensazione tra crediti e debiti, con la conseguenza che le somme trattenute dalla banca in data successiva al provvedimento di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento debbono essere restituite all'impresa in concordato.* Tribunale di Bologna, 26.4.2013, in www.ildiritodegliaffari.it: *la sospensione autorizzata dagli organi fallimentari secondo quanto previsto dall'art. 169 bis l. fall. comporta la sospensione degli effetti di ogni clausola del contratto, compresa la clausola di compensazione, con conseguente devoluzione di ogni incasso effettuato dalla banca al debitore concordatario.* È di avviso contrario il Tribunale di Bergamo, 21.11.2011, in www.ilcaso.it, secondo cui *deve ritenersi operante anche dopo l'inizio della procedura di concordato preventivo la clausola contrattuale (patto di compensazione) che attribuisce alla banca il diritto di incamerare le somme incassate in relazione ad anticipazioni effettuate prima dell'inizio della procedura.*

¹¹² L'attestatore del caso verifica che la Cassa di Risparmio di Firenze e la Cassa di Risparmio di Volterra non danno esecuzione a quanto disposto dal Tribunale di Siena con provvedimento del 14 agosto 2013, non mettendo a disposizione le somme rivenienti dagli incassi *post* 15 luglio 2013 (data di ammissione del ricorso).

Dai dati e dalla documentazione messa a disposizione da Medeor S.p.A. risulta che:

- Cassa di Risparmio di Firenze ha incassato dopo il 15 luglio 2013 complessivamente € 259.284,86 da clienti di Medeor S.p.A., ma non ha provveduto a mettere a disposizione della Società la somma presso la stessa depositata; la banca ha comunicato gli avvenuti incassi/bonifici, ma ha accreditato in conto solo € 89.574,89; i restanti € 169.709,97 sono depositati in altro conto di cui Medeor S.p.A. ha solo evidenza, ma non ha disponibilità;

- Cassa di Risparmio di Volterra ha incassato dopo il 15 luglio 2013 complessivamente € 120.812,59 da clienti di Medeor S.p.A., ma non ha provveduto a mettere a disposizione della Società detta somma; la banca ha comunicato gli avvenuti incassi, ma ha accreditato la somma in altro conto di cui la Società ha solo evidenza, non anche la disponibilità.

Dunque, Cassa di Risparmio di Firenze e Cassa di Risparmio di Volterra non rispettano quanto previsto dal provvedimento del Tribunale del 14 agosto 2013, che obbliga gli Istituti di credito a mettere immediatamente a disposizione di Medeor S.p.A. tutte le somme che verranno depositate presso di loro in qualunque forma e che vieta agli Istituti menzionati di operare compensazione con i crediti loro dovuti: per la somma complessiva di € 380.097,45 l'obbligo viene disatteso. Come evidenziato dalla stessa Società nella relazione per il commissario giudiziale del 5 agosto 2013,

disponibilità di cassa inciderebbe negativamente sia sulla continuità aziendale della Società sia, logicamente, sulle prospettive di soddisfazione del ceto creditorio. Diversamente, lo scioglimento dei contratti bancari consentirebbe alla Società di conservare il proprio equilibrio finanziario in vista della corretta esecuzione del piano concordatario, con evidente beneficio altresì per il ceto creditorio.

In tal senso, si offre una comparazione fra (i) i flussi di cassa previsionali per il periodo compreso tra il 15 gennaio 2014 e il 30 giugno 2014 per l'ipotesi in cui si disponesse lo scioglimento dei contratti bancari e (ii) i flussi di cassa previsionali relativi al medesimo periodo per l'ipotesi in cui non si disponesse lo scioglimento dei predetti contratti:

Medeor S.p.A. ha come obiettivo principale quello di assicurare la continuità aziendale come condizione essenziale della procedura di concordato a cui è stata ammessa con decreto del Tribunale di Siena del 19 luglio 2013. Tale condizione è possibile se si consente alla Società di trattenere gli incassi dai suoi clienti per crediti esistenti e già in parte anticipati dalle Banche (prima del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato), in virtù dei contratti di cui si chiede lo scioglimento. Nel caso in cui non si autorizzasse lo scioglimento dei contratti bancari, le Banche verosimilmente incasserebbero i pagamenti effettuati dai clienti di Medeor S.p.A. e li tratterrebbero, compensandoli con i crediti per le anticipazioni a suo tempo effettuate, riducendo così - anche in violazione della *par condicio* - la loro esposizione nei confronti della Società. La conseguenza del mancato scioglimento porterebbe ad una situazione di tensione finanziaria, caratterizzata da entrate finanziarie non sufficienti a coprire le uscite finanziarie di natura corrente. Medeor S.p.A. allega, perciò, alla relazione per il commissario giudiziale, a conferma di quanto detto e dell'urgente necessità di ottenere lo scioglimento dai contratti bancari, i flussi di cassa in ipotesi di scioglimento dei contratti e, per converso, le conseguenze derivanti a livello finanziario dal mancato scioglimento: il *cash flow* riportato, relativo al periodo 31 luglio 2013 - 31 luglio 2014, evidenzia che la continuità è assicurata dal regolare flusso di entrate mensili rinveniente dagli incassi diretti dei crediti verso clienti. In caso di compensazione da parte delle Banche (o anche nel caso in cui venisse soltanto sospesa l'esecuzione dei contratti bancari e gli incassi fossero, ancorché temporaneamente, trattenuti dalle Banche), si verificherebbe una consistente riduzione delle disponibilità di cassa, pari a circa il 20% delle entrate, con conseguente impossibilità da parte della Società di rispettare i pagamenti delle forniture di beni e servizi correnti e necessari a preservare la continuità aziendale, precludendo, dunque, il miglior soddisfacimento del ceto creditorio. Sostanzialmente, sulla scorta delle premesse metodologiche di carattere tecnico, in una prognosi sulle prospettive poste a fondamento del piano concordatario e per le motivazioni abbondantemente esposte, tenuto conto dello spirito della riforma e della necessità di tutelare la *par condicio*, anche l'attestatore incaricato ritiene che la sospensione dei contratti bancari con divieto di compensazione rappresenti effettivamente una necessità a tutela anche del ceto creditorio, in quanto, in tal modo, è assicurato un migliore soddisfacimento dei creditori stessi. Proprio alla luce delle considerazioni fatte, la Società chiede al Tribunale competente di essere autorizzata a promuovere un giudizio cautelare volto all'accertamento delle somme trattenute dai suddetti Istituti di credito e alla rimessa delle stesse a disposizione della Società, non rappresentando il provvedimento del giudice in data 14 agosto un titolo esecutivo di cui poter disporre.

Figura 1 comparazione fra i flussi di cassa previsionali

FLUSSO DI CASSA MENSILE															
Aggiornato al: 28.01.2014															
	riporto	15-gen	31-gen	15-feb	28-feb	15-mar	31-mar	15-apr	30-apr	15-mag	31-mag	15-giu	30-giu	Σ	NOTE
Totale entrate	0	1.222	2.044	1.265	2.108	1.101	2.331	841	2.391	1.484	3.593	1.634	4.307	24.322	
- incassi da clienti Italia		322	483	456	684	469	703	381	571	584	875	154	231	5.914	media pagamento 150gg (pag. anticipato circa 6% del totale)
- incassi da clienti Estero		464	696	609	914	462	693	160	240	500	750	960	1.440	7.888	media pagamento 90gg (pag. anticipato circa 20% del totale)
- incassi da clienti Private Label		337	505	100	150	120	180	200	300	200	300	320	480	3.192	media pagamento 30gg
- incassi da clienti Promobeverage		100	200	100	200	50	194	100	1.120	200	1.508	200	1.996	5.968	media pagamento 75gg
- incassi diversi			60		60		460		60		60		60	760	contributi stampi, lavorazioni per terzi, interrompibilità
- incassi da scaduto			100		100		100		100		100		100	600	
	1.579														
Totale uscite		1.390	1.962	1.486	2.159	1.418	2.425	1.390	2.513	1.390	2.881	1.470	4.029	24.513	
- fornitori con PdR/scaduto (C/IVA)															
- costo del lavoro		500	642	580	795	650	685	630	685	730	685	730	1.035	8.347	
- altri fornitori (incluso per invest.)			880		880		880		880		910		930	5.360	
- Elsatec (canone noleggio stampi)		30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	50	380	
- Shell gas		290		140		150		130		110		110		930	
- Hera Commerciale		550		500		500		500		500	250	500	250	3.550	
- Europoligrafico corrente			100		100		320		200		250		250	1.220	
- Materie Prime			300		300		280		300		300		300	1.780	Sabbia, ricetta fusoria vetro/cristallo
- provvigioni/rimborsi spese		20		20		20		20		20		20		120	
- provvigioni pregresse														0	
- liberi professionisti (compreso CG)														670	
- IVA/ritenute IRPEF					44		220		308		396		484	1.452	
ENTRATE - USCITE	periodo	1.579	-168	82	-221	-51	-317	-94	-549	-122	94	712	164	278	
in ipotesi di scioglimento dei contratti	cumulato		1.411	1.493	1.273	1.222	905	810	261	140	233	946	1.110	1.388	
INCASSI CHE VERREBBERO COMPENSATI	periodo		0	0	0	490	0	0	0	0	0	0	0	0	
in ipotesi di mancato scioglimento dei contratti	cumulato		0	0	0	490	490	490	490	490	490	490	490	490	
ENTRATE - USCITE	periodo	1.579	-168	82	-221	-541	-317	-94	-549	-122	94	712	164	278	
in ipotesi di mancato scioglimento dei contratti	cumulato		1.411	1.493	1.273	732	415	320	-229	-350	-257	456	620	898	

Dalla lettura della tabella sopra riportata emerge con chiarezza che, nell'ipotesi di mancato scioglimento dei contratti bancari, Medeor S.p.A. subirebbe una forte riduzione delle proprie disponibilità di cassa. In particolare, nel periodo compreso tra il 15 aprile 2014 e il 15 maggio 2014, la Società registrerebbe flussi di cassa negativi, con conseguente impossibilità di rispettare i tempi per il pagamento delle forniture di beni e servizi correnti, necessari a preservare la continuità aziendale.

Viceversa, nell'ipotesi di scioglimento dei contratti bancari, Medeor S.p.A. beneficerebbe di una disponibilità di cassa ampiamente sufficiente per far fronte al fabbisogno della gestione corrente fino all'omologa, alla quale andrebbero ad aggiungersi le ulteriori somme tuttora dovute alla Società da parte di Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. e Cassa di Risparmio di Volterra S.p.A.

Il caso Medeor S.p.A., quindi, si connota per un ulteriore peculiare aspetto che ha suscitato l'interesse e la curiosità di numerosi esperti in dottrina e giurisprudenza e che rappresenta una delle novità più rilevanti della recente mini-riforma delle procedure concorsuali, quello attinente la sospensione e lo scioglimento dei contratti.

L'art. 169 *bis*, al primo comma, prevede che il debitore, con il ricorso di cui all'art. 161 l. fall., possa chiedere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso. Il periodo successivo dello stesso comma aggiunge che di detti contratti il debitore può chiedere non solo lo scioglimento, ma anche la sospensione. Il secondo comma disciplina l'indennizzo che deve essere riconosciuto al contraente; il terzo e il quarto prevedono i casi di esclusione, ossia quei rapporti ai quali il nuovo istituto non è applicabile.

Con la l. n. 134 del 2012 che converte con modificazioni il d.l. n. 83 del 2012 si stabilisce pertanto, per la prima volta dall'entrata in vigore della legge fallimentare, un'espressa disciplina in tema di effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione: l'art. 169 *bis* l. fall. è la disposizione che detta le regole in tema di contratti pendenti e concordato preventivo ed esclude dal suo ambito di applicazione il contratto di lavoro subordinato, il contratto di locazione immobiliare (quando il debitore è il locatore), il contratto di finanziamento di cui all'art. 2447 *bis*, comma primo, lett. b), c.c. quando impedisce la continuazione o la realizzazione

dell'operazione (art. 72 *ter* l. fall.), il contratto preliminare di compravendita immobiliare destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti ed affini fino al terzo grado ovvero ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente e, infine la clausola compromissoria anche se contenuta in contratti che possono essere sciolti. Per tutti questi rapporti si ritiene che continui a trovare applicazione il regime previgente della naturale prosecuzione del rapporto contrattuale¹¹³.

Un primo elemento da chiarire, dunque, è quale sia il perimetro dei contratti per i quali possono ammettersi le soluzioni dello scioglimento o della sospensione di cui all'art. 169 *bis* l. fallimentare.

I contratti in corso di esecuzione, così definiti nella rubrica dell'art. 169 *bis* l. fall., altro non sarebbero che i contratti pendenti di cui agli artt. 72 ss. l. fall.¹¹⁴ (per esempio, la vendita, i contratti di somministrazione, quelli di locazione finanziaria, alcuni tipi di contratti bancari ecc.), ma dalla stessa lettera della norma si desume, a detta di alcuni, la maggiore ampiezza operativa del disposto rispetto al sistema dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento. La norma, infatti, parla di *contratti in corso di esecuzione* diversamente dall'art. 72 l. fall. che si riferisce a contratti ineseguiti o, comunque, non compiutamente eseguiti da entrambe le parti contrattuali: l'art. 169 *bis* l. fall., conseguentemente, può essere richiesto per tutti i contratti espressamente non esclusi e in cui almeno una parte deve adempiere alle proprie obbligazioni¹¹⁵. Il disposto normativo, quindi, dal punto di vista letterale può dirsi

¹¹³ Cfr. V. Tavormina, *Contratti bancari e concordato*, in www.judicium.it, 3.12.2012.

¹¹⁴ Così F. Lamanna, *La nozione di "contratti pendenti" nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 7.11.2013. Cfr. P. F. Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, doc. 11.3.2013, in www.ilcaso.it. L'Autore precisa: *la soluzione qui suggerita mi sembra ulteriormente giustificata dall'espresso riferimento agli artt. 72, comma 8, 72 *ter* e 80, comma 1, l. fall. (tutti relativi agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti) contenuto nell'ultimo comma dell'art. 169 *bis* l. fall., sia pure per escludere l'applicazione delle regole stabilite dai primi due commi a talune fattispecie contrattuali (...).*

¹¹⁵ Rimarrebbe pertanto isolata, seppur autorevolmente motivata, la tesi giurisprudenziale del Tribunale di Vicenza, 25.6.2013, in www.ilcaso.it, per cui l'art. 169 *bis* l. fall. si riferirebbe ai soli contratti sinallagmatici con prestazioni non eseguite da entrambe le parti. Specificamente, nel provvedimento del Tribunale si legge che si escludono *dalla applicazione della norma tutti i contratti di anticipazione bancaria, poiché in essi la prestazione fondamentale a carico della banca, della erogazione o messa a disposizione del denaro in favore del cliente, si è già esaurita, e non rimane altro che la controprestazione di restituzione (a mezzo mandato all'incasso in rem propriam, ed infatti ciò cui mira l'istanza è evitare l'effetto compensativo derivante dall'esecuzione del mandato*

autosufficiente, prevedendo tutti i contratti tranne le ipotesi specificamente non contemplate¹¹⁶.

Al di là dei contratti sopra menzionati, allora, il regime di cui all'art. 169 bis l. fall. non lascia fuori tutti i contratti con causa finanziaria ed è il dettato normativo a suggerire una soluzione in tal senso: la formula *contratti in corso di esecuzione* contempla anche quei contratti a prestazione unilaterale¹¹⁷, ma in corso e non

all'incasso da parte della Banca), cosicché non vi sono due reciproche prestazioni da sospendere, in equilibrio sinallagmatico funzionale, ma una sola, come nel mutuo, ciò che pone la fattispecie al di fuori del campo di applicazione della norma di cui all'art. 169 bis l. fall., che si riferisce ai contratti in corso di esecuzione, che sono, con la miglior dottrina, gli stessi rapporti pendenti di cui all'art. 72 l. fall., cioè i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti, di modo tale che il sacrificio che è imposto in forza di legge alla controparte in bonis trovi riscontro (in equilibrio sinallagmatico funzionale) nella reciproca sospensione della controprestazione (nel leasing, ad esempio, se viene sospeso il pagamento del canone, lo è anche l'uso del bene), la qual cosa non avviene per i contratti unilaterali e per l'anticipazione bancaria che è contratto bilaterale a livello genetico, ma sostanzialmente unilaterale nella fase funzionale del sinallagma, in cui eventuali obblighi accessori della banca (di rendiconto, di diligenza, etc.) non incidono sulla struttura fondamentale (causa) del rapporto.

¹¹⁶ Tribunale di Genova, 4.11.2013, cit.

¹¹⁷ In dottrina si segnala l'opinione contraria di F. Lamanna, *La nozione di "contratti pendenti" nel concordato preventivo*, cit.; l'Autore precisa: *l'opinione, però, non può essere affatto condivisa, essendo basata su un mero dato letterale, comunque ambiguo, che appare per di più caratterizzato da una nuda omissione irrelata sul piano sistematico. Non può, in altri termini, farsi derivare dalla mera circostanza che il legislatore abbia ommesso di reiterare o richiamare in modo espresso nell'art. 169-bis la nozione di contratti pendenti contenuta nell'art. 72, la conseguenza che, allora, nel concordato preventivo può essere sciolto o sospeso qualunque tipo di contratto, perché tale conclusione contrasta con molteplici ed opposte evidenze di carattere logico-interpretativo. Innanzitutto, non può dimenticarsi che la norma immediatamente precedente all'art. 169-bis, ossia l'art. 169 l. fall. rende applicabili al concordato preventivo anche gli artt. 55 e 59 l. fall. (nella loro interezza), estendendo quindi anche al concordato preventivo la regola – dettata in via principale per il fallimento – dell'anticipata scadenza delle obbligazioni pecuniarie e non pecuniarie (del fallito). Tale regola non è stata affatto abrogata con l'intervenuta introduzione dell'art. 169-bis, e quindi gli artt. 55 e 59 continuano pacificamente ad applicarsi (anche) al concordato preventivo. Ciò significa che tutti i contratti unilaterali (ossia quelli con obbligazioni che residuano, dopo la stipula, solo a carico di una parte contraente, come ad esempio è a dirsi per la maggior parte dei contratti di credito bancario, per i quali non a caso si segnala il maggior numero di controversie nell'ambito concordatario qui in esame) non possono rientrare nella categoria dei contratti pendenti, in quanto relativamente ad essi una delle due contrapposte prestazioni è stata già immediatamente ed interamente adempiuta prima dell'inizio del procedimento di concordato. In quelli, di tali contratti, in cui l'obbligazione ancora inadempita sia riferibile al proponente del concordato, essa risulterà scaduta in forza dell'art. 55 l. fall. e dovrà quindi essere soddisfatta nel concorso secondo i dettami della legge ed i termini della proposta concordataria. Se, invece, l'obbligazione che residua è a carico della controparte, l'art. 55 l. fall. non ha ragione di operare, poiché non si tratta più di un caso in cui può verificarsi, ai sensi di tale disposizione, l'anticipata scadenza di un'obbligazione del debitore proponente. Costui potrà dunque (quale creditore) esigerne l'adempimento (alla prevista scadenza). La situazione suddescritta, che sempre si verifica per ragioni strutturali nei contratti unilaterali, è uguale a quella che ricorre anche nel caso in cui i contratti sinallagmatici siano stati già interamente eseguiti da una sola delle due parti del rapporto prima della presentazione della domanda di concordato. Anche in tali casi, infatti, quando l'altro contraente abbia già interamente adempiuto la sua prestazione, non potrà che*

compiuti, come per l'appunto un contratto di apertura di credito implicato nel caso in esame. In sostanza, l'art. 169 *bis* l. fall. non trova applicazione tutte le volte in cui vengono in questione contratti la cui esecuzione consiste esclusivamente nel pagamento da parte del debitore concordatario di un debito scaduto o non, ogni qual volta che si tratti, insomma, di contratti che non richiedono più per il contraente *in bonis* il compimento di alcunché.

Precedentemente, nel silenzio della legge¹¹⁸, la prevalenza degli interpreti sosteneva che, nell'ambito della disciplina concordataria, il contratto preesistente dovesse essere eseguito regolarmente. Gli artt. 72-83 l. fall. si consideravano non applicabili alla disciplina concordataria, ferma la possibilità per il contraente *in bonis* di sospendere la prestazione in virtù dell'art. 1461 c.c.; infatti, lo stato d'insolvenza dell'altra parte contrattuale, mancando idonea garanzia, era tale da mettere a rischio

residuare il solo credito di costui per la controprestazione cui è tenuto il debitore concordatario, credito da soddisfare secondo le regole del concorso; oppure, ove abbia già adempiuto interamente la sua prestazione il debitore proponente, residuerà solo il credito di quest'ultimo ed egli potrà esigerne il pagamento alla prevista scadenza e nelle forme ordinarie. In via logico-consequenziale non resta che concludere, peraltro secondo una tradizione interpretativa e poi legislativa che ha caratterizzato per oltre un secolo la disciplina dei contratti pendenti nel fallimento alla stregua di criteri assolutamente razionali, che anche nel concordato preventivo pendenti sono, e hanno ragione di essere considerati, solo i contratti bilaterali a prestazioni corrispettive, non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti del rapporto. D'altra parte se, fino all'emanazione dell'art. 169-bis, non si era mai dubitato che nel concordato preventivo i contratti in corso – a differenza che nel fallimento - dovessero proseguire, non si era mai neppure dubitato del fatto che dovessero intendersi per tali sempre e solo quelli così qualificabili in forza dell'art. 72 l. fallimentare. Ebbene, non si vede per quale motivo dovrebbe adesso risultare diversa la nozione di contratti pendenti nel concordato preventivo alla sola stregua dell'intervenuta eccezionale previsione della possibilità di uno scioglimento o di una sospensione, quando è stata ancora comunque confermata la regola dell'ordinaria automatica prosecuzione di tali contratti. Tale regola, infatti, non risulta essere stata affatto ribaltata, ma l'art. 169-bis l'ha soltanto "relativizzata" ammettendo appunto la possibilità dello scioglimento o della sospensione dei contratti pendenti (solo) previa autorizzazione del Tribunale. Vi è poi finanche un indice espresso a conforto di tale conclusione. Come infatti già evidenziato da una parte della dottrina (Inzitari, Censoni), l'art. 169-bis, comma 4, nell'escludere dalla possibilità di scioglimento e di sospensione alcuni contratti, sintomaticamente richiama gli artt. 72, comma 8, 72 ter e 80, comma 1, l. fall. in tal modo chiaramente manifestando che la medesima nozione di contratti pendenti riferita ai contratti da tale norme disciplinati in ambito fallimentare vale anche per il concordato preventivo. Vero è che nell'art. 169-bis risulta presente anche un espresso riferimento ai "contratti di lavoro subordinato" senza richiamo ad altri specifici articoli della legge fallimentare, ma ciò dipende solo dal fatto che la pendenza di tali contratti non è stata specificamente regolata, appunto, nella legge fallimentare. Sul piano sistematico, del resto, non avrebbe francamente alcun senso che la nozione di rapporti pendenti si divaricasse nel concordato preventivo rispetto a quella tradizionale del fallimento pur all'interno del medesimo corpus normativo, e senza una ragion sufficiente.

¹¹⁸ Diversamente dal fallimento, dove è sempre esistita una sezione dedicata alla sorte dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione.

il conseguimento della prestazione: la parte contraente poteva reagire all'inadempimento con i cosiddetti strumenti di autotutela privata predisposti dall'ordinamento, cioè la sospensione dell'esecuzione della prestazione o *l'exceptio inadimpleti contractus* di cui all'art. 1460 c.c. o il recesso dal contratto di apertura di credito a norma dell'art. 1845 c.c. oppure avvalendosi dello strumento di risoluzione del contratto o dell'azione di risarcimento dei danni.

La tesi trovava un valido supporto nel fatto che, *in primis*, nel tessuto normativo mancava un esplicito richiamo alle disposizioni concernenti gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, il che esprimeva una precisa scelta del legislatore di disciplinare questi rapporti secondo le regole del diritto civile e, *in secundis*, nella circostanza che in questo contesto procedurale l'imprenditore conserva l'amministrazione della propria impresa: è un argomento di tipo logico, pertanto, ad imporre la normale esecuzione dei contratti.

Tuttavia, le conseguenze pratiche¹¹⁹ di tale tesi non erano affatto trascurabili e il vuoto normativo esigeva un intervento, specialmente dal momento in cui lo strumento concordatario diventa un mezzo di conservazione indiretta dell'impresa e non di mera liquidazione: l'art. 50 d.lgs. n. 270 del 1999, nell'amministrazione straordinaria, prevede la continuazione del contratto, salva la possibilità del commissario di scioglierlo; ai sensi dell'art. 104 l. fall., in caso di esercizio provvisorio, i contratti proseguono, salva diversa volontà del curatore. Il legislatore, insomma, non poteva più esitare e, sostanzialmente, propone una soluzione assimilabile a quella prevista dal settimo comma dell'art. 104 l. fall. per il caso di esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento^{120,121}.

Ora, il concordato con continuità aziendale *più di ogni altro reclamerebbe la normale prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, eppure se in linea di principio è condivisibile che i contratti proseguano, perché prosegue l'attività*

¹¹⁹ Ad esempio i costi e gli oneri successivi all'apertura del concordato, che devono essere collocati in prededuzione o l'incertezza del trattamento da riservare alla quantificazione dei danni patiti dalla controparte contrattuale a seguito della procedura concorsuale.

¹²⁰ Cfr. P. F. Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, doc. 11.3.2013, cit.

¹²¹ Art. 104, comma 7, l. fall.: *durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli.*

d'impresa (...), occorre considerare che il contratto pendente può rivelarsi un ostacolo al processo di ri-organizzazione dell'impresa stessa, in quanto il suo adempimento può gravare in misura determinante sul bilancio e sul conto economico del proponente e, persino, pregiudicare la fattibilità della proposta concordataria. Si segnalano tre interessi confliggenti: a) l'interesse del contraente in bonis alla regolare esecuzione del contratto; b) l'interesse dei creditori concorsuali a non subire i costi di prosecuzione del contratto, riducendo le loro aspettative di soddisfacimento; c) l'interesse dell'impresa concordataria a realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti. Assecondare l'interesse del contraente in bonis significa che i) il costo della prosecuzione grava sulle risorse che spetterebbero ai creditori concorsuali (così concorrendo a ridurre la misura del loro soddisfacimento) e che ii) il debitore deve predisporre un piano nel quale si facciano i conti con i costi dei contratti¹²².

Il legislatore, allora, rispetto ai contratti pendenti, dispone, indirettamente, la loro continuazione, ma concede, altresì, all'imprenditore concordatario il potere¹²³ di sospendere l'esecuzione di detti contratti (sia pure con previa autorizzazione, per un periodo non superiore a sessanta giorni prorogabile per una sola volta) e, addirittura, la possibilità di un loro scioglimento¹²⁴. Nell'ambito della disciplina del concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa, poi, si individua un elemento di novità nella proposizione di cui al comma terzo dell'art. 186 bis l. fall.: *sono inefficaci eventuali patti contrari*, che ricorda quanto stabilito nel fallimento dal sesto comma dell'art. 72 l. fall. (*sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del*

¹²² Cfr. M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, sez. dottrina ed opinioni, in www.ilcaso.it, 11.3.2013.

¹²³ Il debitore dispone del potere di scegliere quali rapporti proseguire e quali, invece, sciogliere. Si tratta di un potere discrezionale, di un diritto potestativo che la legge attribuisce a colui che propone il concordato preventivo; si tratta, d'altra parte, di una procedura che prevede una componente negoziale, che si esplica soprattutto nella facoltà concessa al debitore che si trova in stato di crisi o di insolvenza di formulare ai creditori una proposta di soluzione, di superamento di questa sua condizione. Ora, essendo la gestione dei contratti pendenti parte della proposta e del piano concordatario, non ci sono perplessità sul fatto che, a scegliere quali contratti dovranno proseguire e quali invece no, non possa essere altri che lo stesso debitore. Cfr. F. Benassi, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e alla tutela del terzo contraente*, doc. 11.4.2014, in www.ilcaso.it; Tribunale di Salerno, 25.10.2012, in www.ilcaso.it.

¹²⁴ L'art. 186 bis, comma 3, l. fall.: *fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura.*

contratto dal fallimento). Ebbene, a tal proposito alcuni¹²⁵ si sono legittimamente domandati perché mai quest'ultima precisazione valga solo nel concordato con continuità aziendale e non in ogni caso di concordato preventivo, anche meramente liquidatorio, nel quale comunque la sopravvivenza del contratto è la regola, se, invece, nel fallimento, la procedura liquidatoria per eccellenza, quella inefficacia vale sempre, senza distinzioni. Probabilmente la *ratio* della disposizione in esame trae origine dall'ampio riferimento ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, ai quali sono dedicati sia la seconda parte del terzo comma, sia i successivi quarto, quinto e sesto comma dell'art. 186 *bis* l. fallimentare.

Alla luce di quanto detto, l'art. 169 *bis* l. fall. può rappresentare una soluzione efficiente all'esigenza di tutela di interessi collettivi:

- consente all'imprenditore in crisi di liberarsi da quei contratti che di fatto ostacolano il suo processo di ristrutturazione;
- concorsualizza il diritto di credito che al contraente *in bonis* deve essere riconosciuto in virtù del venir meno del vincolo negoziale; concentrare il sacrificio sui soli creditori, infatti, non sembrava del tutto equo¹²⁶.

In sintesi, l'articolo prevede uno scioglimento del contratto potenzialmente idoneo a cagionare un danno all'altro contraente che viene, però, pagato in moneta fallimentare: la legge, per salvare l'impresa che presenta la domanda di concordato, sacrifica scientemente la posizione di alcuni dei suoi contraenti.

Ora, una tale configurazione dell'istituto ha sollevato criticità, peraltro, allo stato non risolte.

In particolare, l'opportunità di una concorsualizzazione del diritto all'indennizzo solleva opinioni divergenti.

C'è chi¹²⁷ sostiene che la prededucibilità di un siffatto diritto di credito renderebbe l'art. 169 *bis* una soluzione inefficiente. D'altra parte, *nel fallimento lo*

¹²⁵ Cfr. P. F. Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, doc. 11.3.2013, cit.

¹²⁶ Cfr. M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, cit.

¹²⁷ Ivi.

*scioglimento del contratto non dà titolo al risarcimento del danno*¹²⁸ (art. 72 l. fall.); *riconoscere al contraente in bonis un indennizzo, ancorché concorsuale, riporta questa opzione (da un punto di vista di soddisfacimento del credito) in termini di competitività rispetto all'alternativa fallimentare*, ma non solo, la stessa controparte si libera da un vincolo contrattuale non sano con successiva possibilità di dirottare ed impiegare le proprie risorse altrove e quantomeno efficientemente. Tuttavia, per concorsualizzare il credito da indennizzo, bisogna tenere conto dell'art. 111, comma secondo, l. fall., che sancisce la prededucibilità di tutti i crediti sorti in occasione di una procedura concorsuale; ciò significa, quindi, che il debitore deve manifestare la sua volontà ad essere autorizzato allo scioglimento o alla sospensione del contratto in un momento antecedente, e cioè quando deposita il ricorso e fa ingresso nella procedura concorsuale. *De facto*, la richiesta, purché intervenga prima del decreto di ammissione, si reputa consentita anche in un momento successivo al deposito della domanda, fermo restando che, poi, sarà necessario fare i conti con la sussistenza di una norma che sancisce la prededucibilità dei crediti maturati dopo la pubblicazione della domanda e, quindi, con il conseguente fondato dubbio che la concorsualità riguardi solamente i crediti antecedenti.

Diversamente, in giurisprudenza¹²⁹, *non si comprende la mancata qualificazione dell'indennizzo quale credito prededucibile, in coerenza con la regola generale posta dall'art. 184, comma primo ("il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161")*. *Si tratterebbe, infatti, di un credito sorto in fase successiva alla pubblicazione del ricorso, conseguente ad un atto "legalmente compiuto" dal debitore (difficile ignorare le suggestioni provenienti dall'art. 161, comma settimo, secondo periodo) e alla autorizzazione rilasciata dal tribunale*¹³⁰ o dal giudice

¹²⁸ L'art. 72, comma 4, l. fall. concede al contraente adempiente non il diritto al risarcimento del danno conseguente all'esercizio da parte del curatore della facoltà di scioglimento, ma solo quello *di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento*, cioè il credito per le eventuali restituzioni e semmai il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento del debitore anteriormente all'apertura del fallimento.

¹²⁹ Tribunale di Pistoia, 9.7.2013, cit.

¹³⁰ Lo scioglimento o la sospensione del rapporto giuridico preesistente è tutt'altro che inoffensiva per il contraente *in bonis*; pertanto, la soluzione di assegnare al giudice il compito di autorizzare detta disciplina appare condivisibile: in questo modo si opera una vera e propria comparazione fra tutte le

delegato secondo il modello archetipico delineato dall'art. 167. Persino in ambito fallimentare si assiste al riconoscimento di crediti prededucibili a seguito dell'intervenuto recesso (artt. 79, 80, comma quarto). Autorevole dottrina ha evidenziato come la concorsualità del credito sia in generale legata all'antiorità della radice causale del titolo da cui lo stesso trae origine rispetto all'inizio della procedura concorsuale, come può desumersi agevolmente, oltre che dall'art. 184, dall'art. 167, comma secondo, l. fall. (creditori anteriori al concordato) o dall'art. 168, commi primo e terzo, l. fall. ("creditori per titolo o causa anteriore al concordato"), con la conseguenza che tutto ciò che ha causa o titolo posteriore a quel momento (quale il credito indennitario di cui all'art. 169 bis, comma secondo,) può solo dar luogo ad un credito prededucibile, nelle ipotesi e nelle condizioni stabilite dalla legge. Del resto, anche quando si è ipotizzata la possibilità (nel regime vigente prima dell'introduzione dell'art. 169 bis) di ottenere l'autorizzazione del giudice delegato ex art. 167 a non proseguire il contratto in corso (quale atto di straordinaria amministrazione e nel discutibile presupposto che la norma fosse operativa anche con riferimento ai rapporti in itinere e non solo a quelli sorti dopo l'apertura della procedura), mai si è dubitato della natura prededucibile del conseguente credito risarcitorio¹³¹.

Emerge immediatamente, quindi, come l'art. 169 bis si proponeva di risolvere la questione dei contratti pendenti, ma, evidentemente, non è stato affatto così.

Le complicazioni sono sopravvenute in occasione delle prime applicazioni di detta disposizione. In particolare, fra gli altri, si pongono i problemi i) della applicabilità della disciplina anche al cosiddetto concordato con riserva e ii) della necessità, prima della pronuncia del giudice sull'autorizzazione di scioglimento dei contratti, di convocare la controparte contrattuale.

Su questi aspetti sono intervenute alcune pronunce di tribunali.

opzioni possibili alla luce dell'interesse dei creditori e si evita, altresì, il rischio di incorrere in condotte opportunistiche volte a perseguire interessi diversi da quelli della regolazione della crisi.

¹³¹ Tuttavia, essendo chiara la lettera della norma di cui all'art. 169 bis, la giurisprudenza su richiamata, in contrasto con le proprie motivazioni, ha disposto, a favore dei contraenti *in bonis*, il diritto all'indennizzo in moneta concorsuale.

È opportuno qui ricordare la decisione del Tribunale di Terni del 27 dicembre del 2013¹³².

In quest'occasione si assiste alla manifestazione di un orientamento favorevole all'applicazione della disciplina contenuta nell'art. 169 *bis* l. fall. anche al concordato con riserva: i giudici ritengono che il generale riferimento al *ricorso di cui all'art. 161* contenuto nell'art. 169 *bis* l. fall. riguardi non solo il primo comma, ma anche il sesto comma del citato art. 161 l. fallimentare. Manca, infatti, qualsivoglia distinzione¹³³ ed individuano, altresì, nelle regole riguardanti lo scioglimento dei contratti pendenti, la medesima *ratio* che si cela alle spalle degli istituti delle autorizzazioni al compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 161, comma settimo, l. fall., ovvero ai finanziamenti *ex art. 182 quinquies*, commi primo e quarto, l. fall., ossia il *favor* per l'accesso alla procedura concordataria e per il buon esito della proposta di concordato e la volontà di realizzare un ombrello protettivo nella fase preparatoria del piano anche con sacrificio dei singoli creditori, in quanto la soluzione concordataria coinvolge gli interessi non solo del ceto creditorio, ma anche degli altri *stakeholders*, tanto interni quanto esterni all'impresa in crisi.

In altre parole, lo strumento introdotto dal legislatore non si inserisce nell'ambito della tutela del contraente *in bonis* per il mancato adempimento del debitore in crisi, ma piuttosto esso è funzionale all'attuazione del modulo concordatario prescelto dall'imprenditore; in tal senso, infatti, non sembrerebbe un caso l'assenza di quel criterio della funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori.

¹³² Tribunale di Terni, 27.12.2013, www.ilcaso.it.

¹³³ Dello stesso avviso il Tribunale di Genova, 4.11.2013, cit., secondo cui *il richiamo all'art. 161 nella sua interezza è più che sufficiente; alcuni interpreti si domandano come mai l'art. 182 quinquies l. fall. richiami espressamente l'art. 161, comma 6, e se ne vorrebbe trarre l'argomento per limitare l'ambito di applicabilità della norma; in realtà dal punto di vista lessicale dire "sono convocati alla riunione i componenti della commissione" o "sono convocati alla riunione i componenti della commissione incluso tizio" è lo stesso; l'art. 182 quinquies l. fall. inoltre si riferisce non solo al concordato preventivo ma anche alla domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis, comma 1, l. fall. ed alla proposta di accordo ex art. 182 bis, comma 6, l. fallimentare; proprio il richiamo a queste due ultime fattispecie ha indotto per prudenza il Legislatore a fare espressamente il doppio richiamo ai due commi dell'art. 161 per evitare dubbi interpretativi, ma tale richiamo minuzioso non costituisce certo regola necessaria.*

Peraltro, il carattere “pericoloso” della norma non viene meno neppure in quei casi in cui non vi sono dubbi circa l’ammissibilità della domanda di scioglimento dei contratti, ossia con la proposizione della completa domanda di concordato, in quanto l’ammissione alla procedura può essere respinta dal tribunale, la proposta può essere modificata dal proponente, la proposta concordataria ammessa può non essere approvata dall’adunanza dei creditori, il tribunale può rigettare la richiesta di omologazione della proposta approvata dai creditori, il concordato può essere risolto. In sostanza, resta comunque l’eventualità che i sacrifici imposti ai terzi contraenti siano stati vani, oltre che nocivi¹³⁴.

Il Tribunale non tralascia, allora, di smorzare i timori legati a detta disciplina nell’ipotesi di esito anomalo del concordato con riserva, quali la rinuncia o l’inammissibilità o l’improcedibilità della domanda. Ebbene, la soluzione offerta dalla giurisprudenza richiamata consiste nella correlata caducazione *ex tunc* di tutti gli effetti prenotativi e protettivi, con conseguente riespansione del diritto risarcitorio della controparte contrattuale in regime di “prededuzione di fatto”, in quanto in questi casi viene meno la condizione concorsuale, così come nella circostanza di passaggio alla passerella alternativa dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, il contraente pregiudicato verrà collocato fra i creditori estranei e soddisfatto, conseguentemente, per intero.

Detta giurisprudenza risponde alle perplessità di chi¹³⁵ ritiene di non poter dare una risposta secca al quesito riguardante l’applicabilità o meno della nuova disciplina al deposito della domanda ai sensi del comma sesto dell’art. 161 l. fallimentare.

In particolare, in dottrina¹³⁶ si osserva che, effettivamente, la cornice letterale dell’art. 169 *bis* non esclude la sua azione nella fase del concordato in bianco, non ricorrono, cioè, incompatibilità formali, ma contemporaneamente si esorta alla prudenza: *lo scioglimento potrebbe produrre effetti irreversibili nel caso di una successiva proposta di diverso contenuto rispetto a quello inizialmente ipotizzato, né*

¹³⁴ Ivi.

¹³⁵ Tribunale di Pistoia, 30.10.2012, in www.ilcaso.it.

¹³⁶ Cfr. M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, cit.

va trascurata l'importante variante del possibile fallimento o del transito verso gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Pertanto, si ricerca una soluzione che eviti un aggravamento del passivo e che protegga, altresì, la controparte contrattuale fino a che la proposta di concordato non venga definita. Una siffatta necessità si ritiene possa essere soddisfatta ammettendo in questa fase un'autorizzazione alla sospensione del contratto¹³⁷, fermo restando che lo scioglimento non viene limitato in via assoluta, essendo consentito in presenza di dettagliate spiegazioni.

Il tema in esame ha stimolato le riflessioni di molti e nella stessa direzione del Tribunale di Terni si pongono altre pronunce di tribunali¹³⁸. Solo nel novembre del 2013 interviene per la prima volta sulla disciplina in commento una corte d'appello: con decisione del 20 novembre 2013 la Corte d'appello di Venezia affronta con soluzioni interessanti alcune delle questioni scaturenti dal disposto di cui all'art. 169 bis l. fallimentare¹³⁹.

A proposito della eventuale istanza di scioglimento dei contratti pendenti non esclusivamente circoscritta al cosiddetto concordato pieno, la Corte risponde affermativamente e, a tal fine, risulta decisivo il riferimento alla domanda vera e propria di concordato al sesto comma dell'art. 161 l. fall.: *L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la*

¹³⁷ Così il Tribunale di Pistoia, 30.10.2012, cit., che ritiene non possibile la richiesta di scioglimento dei contratti bancari in presenza di una domanda di concordato preventivo con riserva, ammettendo, tuttavia, la possibilità di un provvedimento di sospensione.

¹³⁸ Tribunale di Mantova, 27.9.2012, in www.ilcaso.it, secondo cui la richiesta del proponente il concordato preventivo, formulata ai sensi dell'art. 169 bis l.fall., in seno ad un ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall., di essere autorizzato alla sospensione di contratti pendenti è ammissibile se viene delineato il tipo di concordato che sarà proposto e ne viene rappresentata l'incidenza nella gestione ordinaria della società. Tribunale di Biella, 13.11.2012, in www.ilcaso.it, ammette la domanda di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva della presentazione del piano e dei documenti di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., purché adeguatamente motivata, a pena d'inammissibilità dell'istanza stessa. Tribunale di Bergamo, 7.6.2013, in www.ilcaso.it, autorizza l'istanza di sospensione dei contratti in corso di esecuzione risultando evidente la convenienza di detta autorizzazione per la massa dei creditori. Sul versante opposto, il Tribunale di Vicenza, 25.6.2013, cit., il Tribunale di Brescia, 19.6.2013, in www.ilcaso.it, il Tribunale di Verona, 31.10.2012, in www.ilcaso.it.

¹³⁹ Cfr. F. Benassi, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l. f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente (breve nota di commento ad Appello Venezia, 20 novembre 2013)*, doc. 1.1.2014, in www.ilcaso.it.

*documentazione (...).*In altri termini, la domanda di concordato è solo una e l'imprenditore in crisi o la presenta munita di tutto quanto richiesto dall'art. 161 o si riserva di presentare in un momento successivo, nel termine stabilito dal tribunale competente, la proposta, il piano e la documentazione.

L'orientamento così manifestato è estremamente accattivante: proseguire i contratti in fase di concordato in bianco, infatti, significa, altresì, produzione di costi in prededuzione che mettono a repentaglio la soluzione prospettata dal debitore e riducono, chiaramente, i benefici cui auspica la disciplina del concordato con riserva.

Ora, in questo contesto si insinua un delicato problema: la domanda di cui all'art. 169 *bis* l. fall., nel lasso di tempo che intercorre tra la domanda di concordato in bianco ed il deposito del cosiddetto concordato pieno, non permette al tribunale di pronunciare un giudizio circa il nesso di funzionalità sussistente fra l'istanza di scioglimento/sospensione e la proposta, in quanto non è a conoscenza del contenuto né della proposta né del piano. Una soluzione ragionevole a siffatto problema proviene da quella giurisprudenza¹⁴⁰ che pone a carico del debitore proponente il compimento di una *disclosure* di ciò che successivamente connoterà il contenuto della proposta e del piano, almeno con riguardo ai contratti coinvolti nella richiesta.

L'orientamento su riportato non regge, però, di fronte a quei casi in cui il giudizio di funzionalità al piano risulta pressoché impossibile, cioè qualora il debitore nell'ambito del preconcordato non abbia ancora determinato la formula da adottare per affrontare la propria crisi. In proposito, si segnala la posizione del Tribunale di Terni che suggerisce il ricorso ai criteri che dominano la disciplina della concessione degli atti di straordinaria amministrazione *ex art. 161, comma settimo, l. fall.*, in quanto, anche in questa ipotesi, il tribunale è tenuto ad assumere una decisione in assenza di un piano e di una proposta che facciano da parametri di riferimento al suo giudizio finale¹⁴¹.

¹⁴⁰ Tribunale di Mantova, 27.9.2012, cit.

¹⁴¹ Tribunale di Terni, 28.12.2012, in www.ilcaso.it: *In tema di concordato preventivo, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 l. fall., deve essere compiuta dal giudice di merito tenendo conto che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la*

Appare evidente che l'atteggiamento del tribunale chiamato a decidere sulla richiesta del debitore dovrà modularsi caso per caso, in base al livello di disclosure di volta in volta offerto. Il controllo potrà così estendersi al nesso di funzionalità di cui si è detto in presenza di elementi del piano già tracciati e definiti, mentre dovrà limitarsi all'applicazione dei criteri che governano il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 161, comma settimo, l. fall. qualora siffatti elementi non siano noti o non vengano offerti dal debitore¹⁴².

In ordine all'altro punto di discussione sollevato dall'art. 169 bis l. fall., la necessità o meno di convocare la controparte contrattuale, non si perviene ancora ad una visione unanime.

La giurisprudenza, nella stragrande maggioranza delle sue decisioni, si lascia guidare dai principi del contraddittorio e del giusto processo: il giudice, laddove chiamato a decidere in ordine alla tutela di diritti soggettivi o di interessi legittimi lesi, deve garantire al titolare di siffatte posizioni giuridiche la facoltà di difendersi e agire in giudizio; la convocazione del terzo contraente, pertanto, diventa requisito imprescindibile della disciplina in esame.

Nella sentenza d'appello su richiamata, questa posizione viene affermata in termini pressoché assoluti, in quanto il principio del contraddittorio sancito all'art. 111 Cost. è stato oggetto di numerose sentenze della Cassazione che ne hanno confermato l'inderogabilità, specie con riguardo a quei procedimenti di natura camerale dove è identificabile un controinteressato, analogamente all'ipotesi dell'art. 169 bis l. fallimentare.

Tuttavia, prendendo le mosse dal dato normativo, il ragionamento si colora diversamente.

capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi. Alla luce di questo principio, devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti.

¹⁴² Cfr. F. Benassi, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e alla tutela del terzo contraente*, cit.

La disposizione non prevede nessun potere o intervento del terzo, ma introduce un'agevolazione specifica per il debitore in crisi, la facoltà di domandare, per l'appunto, lo scioglimento/sospensione dei contratti in corso di esecuzione nell'ambito del suo progetto di soluzione concordataria da sottoporre, poi, al vaglio dei creditori.

In altri termini, la risposta al problema non è così scontata; il contraente *in bonis*, infatti, è catapultato in una condizione particolarmente delicata, in quanto mantiene un rapporto contrattuale con un soggetto che non è ancora inadempiente, ma è altamente probabile che lo diventerà, qualora lo strumento pensato per far fronte al dissesto abbia un risvolto negativo. In pratica, la posizione del terzo è già segnata.

Peraltro, il procedimento concordatario offre una tutela diversa ai diritti dei creditori: essi rilevano collettivamente, non si instaura un'udienza per quanti sono i creditori, dominano, in questo contesto, le regole del concorso, cioè ciascun creditore manifesta un voto destinato a confluire nella deliberazione di maggioranza il cui effetto sarà vincolante per tutti i creditori concorsuali. L'interesse del singolo retrocede rispetto a quello della collettività dei creditori e la procedura concorsuale volta a superare la situazione di crisi si connota per il perseguimento di un interesse di stampo pubblicistico.

Ora, il contraente *in bonis* è certamente un creditore, la legge stessa gli riconosce un diritto all'indennizzo pari al risarcimento del danno da considerarsi come credito anteriore. Il terzo, allora, in quanto creditore, deve essere trattato alla stregua di tutti gli altri creditori: sarà collocato in apposita classe in ragione della posizione giuridica o degli interessi economici, verrà convocato all'adunanza ai sensi dell'art. 174 l. fall., esprimerà il proprio voto sulla base del credito che l'imprenditore in crisi ha quantificato e dichiarato. Riservare un trattamento diverso e particolare sarebbe, altrimenti, irragionevole in assenza di una dimostrazione che giustifichi la deroga alla regola generale stabilita dal legislatore nella disciplina concordataria: una ragione difficilmente rinvenibile, considerando il carattere speciale della disciplina della crisi d'impresa e, pertanto, le condizioni di "anormalità" con cui deve fare i conti il terzo, dove la pari tutela e la facoltà di difendersi

assumono una configurazione del tutto peculiare. L'art. 169 *bis* non vuole proteggere il contraente *in bonis* dall'inadempimento del debitore in crisi, ma vuole creare uno strumento che sia funzionale e strumentale alla soluzione concordataria prescelta¹⁴³.

Su questa scia, concludendo, si collocano alcune recentissime decisioni¹⁴⁴. Si richiama qui il Tribunale di Ravenna, che ha ritenuto garantito il diritto al contraddittorio del contraente *in bonis* proprio nella sua partecipazione all'udienza dei creditori *ex art. 174 l. fallimentare*. Si potrebbe obiettare che in questo contesto, però, le controparti contrattuali non possono contestare l'ammontare del credito indennitario. Ebbene, la pratica diffusa vede i soggetti che subiscono uno scioglimento ai sensi dell'art. 169 *bis* reagire mediante l'esperimento di un'azione risarcitoria ordinaria che, dunque, potrebbe compensare quell'attenuazione che subiscono i principi del giusto processo in ragione dell'applicazione delle regole del concorso, un'attenuazione che, certamente, si proietta nella logica degli istituti pensati dal nostro legislatore per favorire l'emersione anticipata dello stato di crisi, sin dai suoi primi campanelli d'allarme.

4.3 LA CANCELLAZIONE DELLE ISCRIZIONI E DELLE TRASCRIZIONI

L'ultimo periodo dell'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. attribuisce espressamente al giudice delegato il potere di disporre la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni, all'atto di cessione dell'azienda o del suo conferimento a terzi. Nel silenzio della legge, in dottrina¹⁴⁵ si è affermato che tali poteri possono essere esercitati in sede di esecuzione del concordato, sia *ante* che *post* omologa, in qualunque momento della procedura in cui abbia luogo la cessione o il conferimento.

La disposizione sul concordato in continuità aziendale, quindi, prevede espressamente la cancellazione delle ipoteche, dei pignoramenti e dei sequestri ad

¹⁴³ Tribunale di Terni, 27.12.2013, cit.

¹⁴⁴ Tribunale di Ravenna, 28.1.2014, in www.ilcaso.it.

¹⁴⁵ F. Lamanna, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 26.6.2012.

opera del giudice delegato e, analogamente al disposto di cui all'art. 64 del d. lgs. n. 270 del 1999 nell'amministrazione straordinaria, detta cancellazione può avvenire indipendentemente dall'avvenuto integrale pagamento del prezzo di cessione d'azienda di cui parla l'art. 108 l. fall., che pure prevede tale potere in capo al giudice delegato: l'inciso (...) *riscosso interamente il prezzo*, d'altra parte, difficilmente può essere ricondotto alla fattispecie di un conferimento d'azienda, che ammette sì la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni, ma non anche il pagamento di alcun prezzo, giacché a favore del conferente vengono emesse azioni.

Occorre ora interrogarsi circa le conseguenze applicative di una siffatta previsione normativa.

A tal fine è paradigmatico il caso del conferimento di azienda -comprendente anche i beni gravati da ipoteca a garanzia dei crediti, con accollo di tutto il passivo concordatario a carico della società conferitaria¹⁴⁶ - che ha coinvolto un'importante società per azioni del sud Italia.

In questa occasione è stato possibile osservare che, laddove il disposto di cui all'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. recita che il giudice delegato **deve** disporre la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni, si sollevano problemi attinenti al credito privilegiato; segnatamente necessita anzitutto di essere esaminata la sorte dell'ipoteca a seguito del conferimento d'azienda.

Tipicamente l'assuntore acquisisce l'attivo in cambio dell'accollo del passivo del debitore al fine del miglior soddisfacimento dei creditori concordatari. Ebbene, ritenere che i creditori privilegiati - che neppure hanno diritto di voto con riguardo all'accettazione della proposta di assunzione del concordato da parte del terzo - possano perdere la garanzia reale del loro credito *ex art. 186 bis*, comma terzo, l. fall. sembra davvero essere una contraddizione in termini.

Non va trascurato che, dunque, in concreto, in un'ipotesi siffatta, attraverso il conferimento d'azienda, i beni oggetto della garanzia ipotecaria sarebbero destinati all'assuntore con perdita per il creditore della garanzia reale, in conseguenza dell'ordine di cancellazione *ex art. 186 bis*, comma terzo, l. fall., per cui *il giudice*

¹⁴⁶ La società conferitaria assume così la qualità di assuntore del concordato.

delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni.

Ciò considerando, si assisterebbe alla singolare situazione di un creditore privilegiato degradato - per la perdita della garanzia reale - a chirografario, da pagare al 100%, ma posticipato rispetto agli altri creditori chirografari soddisfatti presumibilmente in una percentuale minore: da un punto di vista pratico, è innegabile che il differimento del pagamento del creditore declassato rappresenti un evidente vantaggio sia per gli altri creditori prelatizi che, soprattutto, per i creditori chirografari allo stesso anteposti.

Sul punto, in realtà, non si rinvengono precedenti giurisprudenziali, salvo la massima della sentenza della Corte di Cassazione n. 1580 del 27 maggio 1971 a mente della quale *il creditore ammesso al passivo fallimentare con privilegio generale conserva il privilegio stesso nei confronti dell'assuntore del concordato fallimentare.* Tale statuizione, pur essendo stata pronunciata nel vigore di precedenti disposizioni normative e non chiarendo se si trattasse di assunzione con liberazione del debitore originario o meno, sembra ritenere inapplicabile la norma, all'epoca in vigore, di cui all'art. 1275 c.c.¹⁴⁷ alle ipotesi di assunzione del concordato.

Nel caso che qui interessa, quindi, anche nell'incertezza interpretativa delle norme richiamate, salvo che nell'eventuale convenzione di accollo la società conferente non abbia acconsentito espressamente a conservare l'ipoteca a garanzia del credito accollato dalla conferitaria, sussiste il rischio che l'ipoteca possa ritenersi estinta *ex art. 1275 c.c.* per effetto dell'omologazione del concordato e/o possa comunque estinguersi per effetto della cancellazione disposta dal giudice delegato, di cui all'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fallimentare.

Queste deduzioni prospettate meritano un migliore chiarimento, perché è probabile che (i) non rappresentino la reale volontà della eventuale proposta concordataria in una fattispecie di tal tipo e che (ii) non esprimano una del tutto

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 1275 c.c., se il creditore libera il debitore si estinguono le garanzie annesse al credito (anche l'ipoteca si sensi ed agli effetti dell'art. 2878, comma primo, n. 3, c.c.), sempre che colui che le ha prestate non consenta espressamente di conservarle. Pertanto, oltre alla formale cancellazione su disposizione del giudice delegato *ex art. 186 bis*, comma 3, l. fall., l'ipoteca si potrebbe estinguere, da un punto di vista sostanziale, quale effetto *ex lege* dell'accollo liberatorio.

appropriata valutazione dell'applicabilità dell'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. al caso del conferimento d'azienda dopo l'omologa del concordato.

Nell'incertezza del dato normativo, uno degli studi professionali che ha assistito il creditore finanziario privilegiato coinvolto, per evitare il rischio di tale effetto estintivo, consiglia la modifica della convenzione di collo, nel senso di prevedere, in deroga all'art. 1275 c.c., l'espresso consenso della società conferente e della conferitaria alla conservazione dell'ipoteca, anche a seguito del conferimento degli immobili gravati da privilegio. Da qui ne deriverebbe, infatti, la necessaria modifica anche della proposta di concordato¹⁴⁸: la conservazione dell'ipoteca a garanzia del pagamento del debito privilegiato accollato dalla società conferitaria, quale assuntore della medesima posizione giuridica attiva e passiva del debitore liberato, dovrà essere prevista, pertanto, quale parte integrante della proposta concordataria da sottoporre al vaglio dei creditori.

Apportate tali modifiche, si ritiene, infatti, che il giudice delegato non avrebbe più il potere/dovere di disporre la cancellazione dell'ipoteca *ex art. 186 bis*, comma terzo, l. fallimentare. Detta norma, infatti, è stata inserita al fine di evitare l'insidia - frequentemente verificatasi in fase di esecuzione dei concordati - rappresentata dal rifiuto del creditore ipotecario ad acconsentire alla cancellazione dell'ipoteca all'atto della vendita del bene gravato, quando cioè il creditore non ha ancora riscosso il suo credito¹⁴⁹. Ove al contrario, in esecuzione del concordato, sia lo stesso promittente acquirente ad obbligarsi all'acquisto del bene oggetto dell'ipoteca, garantendo la conservazione del privilegio a garanzia del creditore, ebbene non v'è alcun motivo di ritenere che il giudice delegato non abbia il potere/dovere di omettere l'ordine di cancellazione.

Pertanto, alla luce di quanto appena detto, essendo la proposta di concordato modificabile fino al momento dell'apertura della votazione in sede di adunanza dei creditori, sarebbe preferibile, in questi casi, domandare immediatamente, mediante formale richiesta da inviare a mezzo p.e.c. e/o fax, una integrazione a chiarimento

¹⁴⁸ Ai sensi dell'art. 175, comma 2, l. fall. la proposta di concordato può essere modificata sino all'inizio delle operazioni di voto e, quindi, sino al momento dell'adunanza dei creditori.

¹⁴⁹ La riscossione da parte del creditore privilegiato, infatti, si realizza solo per effetto del successivo riparto del ricavato della cessione incassato dagli organi della procedura.

della convenzione di accollo e della proposta di concordato, nel senso di specificare esattamente che gli immobili gravati da ipoteca a garanzia del credito privilegiato verranno conferiti alla società conferitaria con obbligo di conservazione di tali medesimi gravami a garanzia del pagamento dei corrispondenti debiti accollati, nonostante l'effetto liberatorio a favore della società conferente. Così, difatti, senza sottintesi, si esonererebbe il giudice delegato dal disporre la cancellazione all'atto del conferimento.

Inoltre i professionisti suggeriscono - ove il creditore privilegiato coinvolto non ricevesse positivo riscontro dalle società conferente e conferitaria, rispetto alla richiesta di modifica, prima dell'adunanza dei creditori - di ribadire a verbale dell'adunanza detta richiesta, facendo, ancora, presente al giudice delegato che, in caso contrario, sussisterebbero i profili di inammissibilità del concordato.

Ove, infatti, le società non intendessero aderire a tale richiesta di chiarimento ed integrazione della convenzione di accollo e della proposta di concordato, si renderebbe necessaria la valutazione della stessa ammissibilità del concordato spettante d'ufficio al tribunale.

Va considerato che la paventata estinzione e cancellazione delle ipoteche determinerebbe un sostanziale declassamento di un credito privilegiato in chirografario, il che, salvo rinuncia della prelazione da parte dello stesso creditore, è contrario al disposto normativo ed ai principi fondamentali della procedura di concordato, anche in caso di approvazione da parte della maggioranza dei creditori. Sul punto si riporta uno stralcio della motivazione della sentenza n. 9373 dell'8 giugno 2012 della Corte di Cassazione che, riguardo ai criteri di formazione delle classi, afferma che *né il testo della norma, né i principi generali consentono di ritenere che la maggioranza potrebbe sopprimere o ridurre i diritti di prelazione spettanti ai creditori sol perché il terzo ha condizionato il suo apporto ad una alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione.*

Se, dunque, è inammissibile formare una classe di creditori ai quali si sopprima o si riduca il privilegio come condizione di apporto di finanza da parte di terzi, allora, a maggior ragione, sarà inammissibile che un creditore privilegiato

possa essere privato del proprio diritto di prelazione per effetto del semplice accollo del passivo concordatario da parte di un assuntore.

Ove, quindi, le società non intendessero espressamente indicare che le ipoteche in favore del creditore sopravvivranno al conferimento dei beni con accollo liberatorio, il *team* di professionisti esorta il creditore stesso ad eccepire, fin dall'adunanza dei creditori, l'inammissibilità del concordato per i profili suddetti: la violazione dell'ordine dei privilegi e dell'art. 186 *bis* l. fall. in via analogica, ai fini della sua revoca d'ufficio. Poi, in caso di eventuale approvazione, si consiglia di proporre opposizione all'omologazione: il creditore, a tal fine, dovrebbe (i) esprimere voto contrario nei soli espressi limiti del credito chirografario assegnatogli dal giudice delegato oppure (ii) dichiarare la propria astensione dal voto, contestando l'attribuzione stessa di una parte del credito in chirografo ed insistendo per la natura interamente privilegiata del credito. Si rammenta, infatti, che l'opposizione all'omologazione può essere proposta dai creditori dissenzienti oppure da altri interessati, dal novero dei quali recenti pronunce di merito¹⁵⁰ hanno escluso che possano ricomprendersi i creditori che abbiano espresso voto favorevole all'adunanza o non si siano pronunciati, così, di fatto, approvando il concordato.

La disposizione in esame è evidentemente di recente introduzione e, pertanto, non ancora sufficientemente sperimentata sul piano applicativo; tuttavia si percorrono alcune osservazioni¹⁵¹ non senza rilievo pratico.

L'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. non si esprime in ordine al momento ed alla procedura della cancellazione, ma si dovrebbe escludere, coerentemente con quanto previsto all'art. 152, comma secondo, l. fall. e all'art. 108 l. fall., che ciò debba necessariamente accadere con l'omologa, essendo forse preferibile pensare che accada dopo l'esecuzione del particolare concordato in continuità aziendale¹⁵².

¹⁵⁰ Tra gli altri, Tribunale Prato, 8.5.2012, in www.ilcaso.it. In proposito, *legittimati a proporre opposizione all'omologa del concordato preventivo sono esclusivamente i creditori dissenzienti e non i creditori astenuti*.

¹⁵¹ Così la società conferente del caso preso ad esempio in *Note integrative a migliore chiarimento e ad eventuale modifica della proposta e del piano di concordato preventivo*.

¹⁵² È evidente che le argomentazioni sostenute dalla società conferente sono dirette a rassicurare le legittime perplessità del creditore che rischia la degradazione a creditore chirografario.

Il conferimento dell'azienda che contiene l'immobile ipotecato da "purgare" dell'ipoteca, infatti, ha un ruolo ed un significato radicalmente diverso a seconda che il concordato sia liquidatorio ovvero in continuità aziendale.

Nel primo caso, infatti, per invogliare un terzo ad acquistare più rapidamente parte dell'attivo in fase di esecuzione del concordato, la legge gli prospetta la pronta cancellazione delle ipoteche dopo il pagamento integrale del prezzo. Diversamente, nel secondo caso, il conferimento dell'azienda che contiene l'immobile ipotecato non ha alcun valore liquidatorio, ma ha la diversa funzione di consentire un miglior subentro, ossia l'ingresso nell'impresa in crisi di un nuovo soggetto affidabile. Ciò sarebbe essenzialmente utile a poter produrre flussi destinati alla soddisfazione dei creditori concordatari mediante la prosecuzione dei rapporti in corso esattamente come erano in capo a chi li trasferisce, salvo eventuali diverse decisioni o proposte da indicare espressamente nella proposta, con riferimento anche proprio all'eventuale cancellazione di iscrizioni e trascrizioni, oggi legittimata dall'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. anche per il concordato in continuità.

Insomma, in questa prospettiva, il terzo assunto conferitario di un concordato in continuità aziendale non è certo paragonabile ad un terzo acquirente di un bene immobile che ha prioritario interesse ad acquistare il bene, come si dice, *libero da pesi ed oneri* dopo aver pagato il prezzo. Si tratta, invece, di colui che acquista un complesso di beni il cui uso in continuità deve dare una soddisfazione ai creditori; di colui che, ammessa per ipotesi l'applicabilità della norma in questione, ha la possibilità di decidere, con l'impresa ricorrente in sede di proposta di concordato, se e quando intenderà usufruire dell'opportunità che oggi la legge fallimentare gli offre appositamente nell'ambito del nuovo concordato in continuità aziendale.

Nel silenzio sul punto di una proposta concordataria in continuità aziendale, dovrebbe, quindi, naturalmente intendersi che essa non contempra o preveda alcuna possibilità di cancellazione di iscrizioni e trascrizioni al momento del conferimento dell'azienda e fino all'integrale esecuzione delle obbligazioni concordatarie.

In altri termini, la nuova norma di legge, senza descrivere alcun effetto automatico, tanto meno all'omologa, si limita ad offrire all'impresa in crisi ed

eventualmente al suo assuntore, che voglia fare ricorso al concordato in continuità aziendale, una ulteriore possibilità, quella di prospettare ai suoi creditori dopo il conferimento dell'azienda e, pertanto, durante l'esecuzione del concordato ovvero oltre ancora, l'opportunità di chiedere la progressiva liberatoria di trascrizioni ed iscrizioni.

In tal senso, sostanzialmente, l'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 186 *bis* l. fall. prevede la cancellazione a tutela esclusiva dell'imprenditore in crisi e dell'eventuale assuntore che, quindi, ben vi potrebbero rinunciare.

D'altro canto, si evidenzia che, pur a non voler considerare per nulla tutto quanto fin qui osservato, non muterebbe la conclusione della mera eventualità della cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni rimessa alla volontà di chi propone il concordato.

È, infatti, del tutto pacifico che l'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. costituisce la riproposizione, seppure nei termini meramente dispositivi e non certo imperativi¹⁵³, come appena chiarito, di una regola, nel cosiddetto concordato con continuità aziendale, già nota ed applicata sia al concordato liquidatorio *ex art.* 182, comma quinto, l. fall., che richiama l'applicazione degli *articoli da 105 a 108 ter in quanto compatibili*, sia al fallimento *ex art.* 108 l. fall., quando si vende qualcosa in sede concorsuale, per cui chi acquista deve acquistare *libero da pesi ed oneri*.

Concludendo, se già con riferimento a tali due ultime fattispecie è del tutto pacifico che l'ordine del giudice delegato di cancellazione dei gravami, ossia di ipoteche, privilegi speciali, pignoramenti, sequestri conservativi, deve essere preceduta da un'istanza di parte, di regola del curatore od anche del terzo acquirente, allora, a maggior ragione, non c'è alcun motivo di escludere questo assunto per l'ipotesi di un concordato con continuità aziendale¹⁵⁴.

Ora, *de facto*, il Tribunale competente del caso, rispetto alle osservazioni su riportate, non fornisce chiarimenti tali da poter consentire al creditore di esprimere

¹⁵³ Nel caso di specie è questo il nodo da sciogliere: imperatività o meno dell'art. 186 *bis*, comma 3, l. fall.?

¹⁵⁴ Cfr A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p. 753; M. Montanaro, *Commento all'art. 108 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. Cavallini (a cura di), Milano, Egea, 2010, vol. II, pp. 1080 - 1082.

un voto consapevole in merito a questi aspetti tanto disquisiti che, per la qual cosa, rimangono irrisolti¹⁵⁵.

Nel silenzio della legge e in assenza di un orientamento consolidato, in questa sede è possibile soltanto rilevare ed osservare la gravità delle conseguenze che deriverebbero dal qualificare l'art. 186 *bis*, comma terzo, l. fall. quale norma imperativa: si perverrebbe al paradossale esito di un declassamento del creditore privilegiato in creditore chirografario, ad un'alterazione della pretesa creditoria nella totale assenza di consenso da parte del suo titolare.

4.4 LA PARTECIPAZIONE A PROCEDURE DI ASSEGNAZIONE DI CONTRATTI PUBBLICI

Il nostro legislatore, ai commi quarto e quinto dell'art. 186 *bis* l. fall., detta ulteriori peculiari disposizioni per soddisfare le epidermiche esigenze di risanamento e di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa e, comunque, di *conservazione* dell'azienda ai fini di una sua migliore alienazione: l'impresa in crisi, nell'ambito della disciplina del concordato in continuità aziendale, a determinate condizioni, può essere ammessa a partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici.

In proposito, con l'entrata in vigore del decreto legge n. 83 del 2012, sono emerse opinioni divergenti sia in dottrina¹⁵⁶ che nella giurisprudenza¹⁵⁷ amministrativa: la possibilità, infatti, di partecipazione alle suddette procedure sembrava subordinata e, quindi, destinata ad essere applicata soltanto in un momento successivo alla pronuncia del decreto di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale.

Per alcuni, la presentazione della domanda di concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa ed il deposito della documentazione di cui al comma quinto

¹⁵⁵ Non ci sarà allora da sorprendersi e, quindi, non sarà del tutto inaspettato l'eventuale voto contrario alla proposta concordataria del creditore privilegiato coinvolto.

¹⁵⁶ F. Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 26.11.2012.

¹⁵⁷ TAR Friuli Venezia Giulia, sez. Trieste, 7 marzo 2013, n.145, www.ilcaso.it; TAR Valle D'Aosta, 18 aprile 2013, n. 23, www.giustizia-amministrativa.it.

erano condizioni sufficienti a consentire l'accesso del debitore alla procedura in questione, in quanto precludere all'impresa di avvalersi di tale possibilità, nell'intervallo di tempo che va dal deposito della domanda all'ammissione al concordato, andrebbe a vanificare l'intento legislativo, che volge alla salvaguardia della capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i suoi creditori mediante l'acquisizione di nuovi appalti.

Altri, viceversa, sostenevano che solo coloro che assumono lo *status* di sottoposti al concordato in continuità aziendale possono partecipare alle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

La soluzione sembra provenire dalla modifica intervenuta sulla legge fallimentare con l'art. 13, comma undici- *bis* della legge n. 9 del 2014. Infatti la norma, adesso, regola espressamente l'eventuale partecipazione alla gara per l'affidamento di contratti pubblici durante la fase che va dal deposito del ricorso all'ammissione al concordato e, dunque, legittima senza dubbio la concessione di detta facilitazione nel lasso di tempo antecedente al decreto di ammissione e successivo al deposito della domanda di concordato, anche con riserva, in quanto il nuovo comma quarto dell'art. 186 *bis* 1. fall. fa riferimento al solo deposito del ricorso ed all'eventualità che il commissario giudiziale non sia stato ancora nominato¹⁵⁸.

Ad essere rigorosi, l'autorizzazione alla partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici non equivale a legittima partecipazione alla gara; infatti la modifica legislativa del 2014 non investe anche i commi successivi che sembrano presumere l'ammissione al concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa o almeno il deposito del piano¹⁵⁹.

Ad ogni modo, la nuova disposizione sancisce un altro presupposto per avvalersi della relativa disciplina di favore, ossia la preliminare autorizzazione del tribunale su parere del commissario, se nominato.

La norma, però, non chiarisce se, ai fini dell'autorizzazione, siano necessarie le attestazioni di cui il comma quinto richiede espressamente la presentazione solo in

¹⁵⁸ Il decreto di ammissione necessariamente contiene la nomina del commissario giudiziale.

¹⁵⁹ Cfr. M. Ferro, *La legge fallimentare*, cit., pp. 2713 ss.

sede di gara. In realtà, non sembra ragionevole pensare che, antecedentemente alla fase di ammissione o in sede di integrazione della domanda di concordato in bianco, venga attestata la conformità della partecipazione alla procedura di affidamento di contratti pubblici ad un piano, prima ancora che lo stesso venga depositato.

Orbene, dovrebbe essere sufficiente, perché si ottenga l'autorizzazione di cui al comma quarto dell'art. 186 *bis* l. fall., che il debitore procuri, al tribunale ed al commissario giudiziale incaricati, elementi concreti tali da far pervenire ad un parere positivo circa l'adeguatezza della partecipazione all'interesse dei creditori.

Pertanto, l'autorizzazione del tribunale nel momento che precede l'ammissione alla procedura si profila come fondamentale controllo per verificare che realmente sussista la continuità e che quest'ultima sia necessaria a garantire il soddisfacimento di quell'interesse sotteso all'assegnazione del contratto, laddove l'imprenditore non abbia ancora depositato, congiuntamente al ricorso, quel piano dal quale emergano le modalità effettive volte ad assicurare la continuazione dell'attività aziendale ed il risanamento dell'impresa.

Per quanto riguarda la fase successiva all'ammissione, l'originario comma quarto, oggi quinto, dell'art.186 *bis* l. fall. non ha subito modifiche. I presupposti richiesti per partecipare alla gara sono:

- la presentazione di una relazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. d), che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- la dichiarazione di un altro operatore, in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni verso il contraente e verso la pubblica amministrazione a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa in concordato, qualora, nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto, fallisca o non sia più in grado di dare esecuzione all'appalto regolarmente, per qualsiasi ragione.

La norma, dunque, richiede una relazione attestativa che, certamente, ha un contenuto simile a quella di cui al comma terzo, ma resta un documento distinto.

Infatti deve essere prodotto in sede di gara dall'impresa in concordato che intende partecipare alla procedura di affidamento, ferma, in ogni caso, l'esigenza di verificare la riferibilità del contratto alla continuazione dell'attività d'impresa e la necessità di appurare l'adeguatezza e la sostenibilità degli impegni economici e finanziari derivanti dal contratto con il piano.

Non va trascurata, inoltre, l'introduzione¹⁶⁰ della possibilità per la stazione appaltante di pagare i corrispettivi dovuti ai subappaltatori, ai cottimisti ed agli altri soggetti che costituiscono nel caso l'affidatario, secondo le modalità stabilite dal tribunale competente.

La previsione è di notevole importanza, in quanto pensata per rendere compatibile la continuità aziendale con l'esecuzione dei contratti ed essa trova applicazione anche qualora ciò non sia previsto nel bando di gara.

Infatti, l'impresa appaltatrice in concordato versa nell'impossibilità oggettiva di eseguire i pagamenti verso i subappaltatori, vicenda che conduce alla sospensione del pagamento dei successivi SAL (stato avanzamento lavori); ebbene, una situazione siffatta si riversa negativamente sulla prosecuzione dell'attività e, conseguentemente, sulla continuità aziendale che il concordato si propone di salvaguardare.

Concludendo, la nuova disciplina legislativa, permettendo il pagamento dei corrispettivi derivanti dall'appalto, si propone di tutelare sia la *par condicio creditorum* che la continuità¹⁶¹.

4.5 LA PARTECIPAZIONE A RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI D'IMPRESA

L'impresa in concordato con continuità aziendale può, per effetto della previsione di cui all'art. 186 *bis*, comma sesto, l. fall., concorrere anche riunita in

¹⁶⁰ L'articolo 13, comma 10, lett. b) del decreto n. 145 del 2013 modifica il comma 3 dell'articolo 118 del codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹⁶¹ Cfr. Assonime, *Circolare N. 12/2014, Decreto legge Destinazione Italia: le novità in materia di crisi aziendale*, pp. 13 ss.

raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale.

Un primo dato che salta all'occhio consiste nel fatto che l'impresa può concorrere al raggruppamento temporaneo d'impresa soltanto in veste di mandante e ciò discende dalla previsione di cui all'art 37 del codice dei contratti pubblici¹⁶².

In sintesi, dal combinato disposto delle disposizioni di cui agli art. 186 *bis* l. fall. e 37 del codice dei contratti pubblici possono desumersi i seguenti principi:

- solo nella qualità di mandante un'impresa nell'ambito di un concordato in continuità aziendale può partecipare al raggruppamento temporaneo d'impresa;
- la partecipazione impone il rispetto degli obblighi posti dall'art. 186 *bis*, comma quinto, lett. a), b), l. fall. come richiamato dal comma sesto della stessa disposizione: i) la presentazione dell'attestazione del professionista indipendente in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d), l. fall. circa la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento, e ii) la dichiarazione d'impegno da parte di altro operatore con i necessari requisiti, cosicché nell'ipotesi di fallimento dell'impresa in corso di gara o

¹⁶² Art. 37, comma 13: (...) i concorrenti riuniti in un raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente.

Art. 37, comma 14: (...) ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario.

Art. 37, comma 16: (...) al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

Art. 37, comma 18: in caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

Art. 37, comma 19: in caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

nel caso di incapacità di dare regolare esecuzione all'appalto per qualunque ragione dopo la stipula, vi sarà già il soggetto chiamato a prenderne il posto, assicurando in ogni caso l'esecuzione del contratto pubblico.

4.6 ATTESTAZIONI SPECIALI E CONTINUITA' AZIENDALE: LA PAR CONDICIO E IL PAGAMENTO DEI CREDITI ANTERIORI PER PRESTAZIONI DI BENI E SERVIZI EX ART. 182 *quinquies* L. FALLIMENTARE

Nell'ambito della domanda che Medeor S.p.A. presenta ai sensi del comma sesto dell'articolo 161 l. fall., la Società ritiene necessario, al fine di assicurare la continuità dell'attività di impresa, dare corretta esecuzione ad alcuni contratti per prestazioni di beni e servizi, nonché di procedere al regolare pagamento dei debiti che sono sorti in esecuzione dei medesimi contratti.

Ebbene, l'art. 182 *quinquies*, comma quarto, l. fall. sancisce la possibilità, previa autorizzazione del tribunale, nel caso di concordato con continuità aziendale ed anche nell'ipotesi di domanda con riserva ai sensi dell'art. 161, comma sesto, l. fall., di pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi. Si rende in tal caso necessaria l'attestazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 182 *quinquies*, comma quarto, l. fall. che consente, per l'appunto, al debitore di effettuare taluni pagamenti a favore di creditori anteriori quando sussistono le seguenti condizioni legittimanti¹⁶³:

¹⁶³ Il legislatore apre uno spiraglio al pagamento dei debiti anteriori, ma lo fa stabilendo presupposti puntuali; pertanto, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fall., siffatti pagamenti sono inefficaci ai sensi dell'art. 168 l. fall. e, in teoria, possono causare la revoca del decreto di ammissione al concordato, potendo trovare applicazione il disposto di cui all'art. 173 l. fallimentare. In tal senso Tribunale di Siracusa, 20.12.2012, in www.ilcaso.it. Il Tribunale considera atti di frode, rilevanti per la revoca del concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 l. fall., i pagamenti non autorizzati dagli organi della procedura effettuati dopo l'apertura della stessa, in quanto lesivi della *par condicio creditorum*, anche qualora essi siano stati effettuati mediante la compensazione dei debiti sorti anteriormente con i crediti conseguiti pendente la procedura.

- a) un regime di continuità aziendale *ex art. 186 bis l. fall.*, dunque nell'ipotesi di presentazione della domanda, anche prenotativa¹⁶⁴, di concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa;
- b) un professionista indipendente accerta che il pagamento a favore di creditori pregressi sia uno **strumento di migliore soddisfacimento per tutti i creditori ed essenziale per la prosecuzione dell'attività**. Pertanto, è necessaria l'esistenza di creditori anteriori strategici che, negando di fornire l'impresa regolarmente, per via della mancata corresponsione dei crediti antecedenti, mettono a repentaglio la continuazione dell'esercizio dell'attività (si pensi ai rapporti di somministrazione di materie prime, energia elettrica, gas, etc.); quindi, l'attestatore deve compiere una valutazione circa l'essenzialità effettiva delle prestazioni per la continuazione dell'attività d'impresa e ciò, guardando sia al profilo oggettivo dell'inserimento della prestazione nella continuità aziendale, sia a quello soggettivo dell'atteggiamento del fornitore di reale volontà al mantenimento del rapporto sulla base del regime di trattamento riservatogli. In particolare, il giudizio sull'essenzialità si svolge alla luce di due *sub* parametri, l'**indispensabilità** e l'**insostituibilità** delle stesse prestazioni per la prosecuzione della attività, laddove i) l'indispensabilità si rivolge, in senso oggettivo, alla tipologia della fornitura ed alla stringente urgenza della stessa rispetto al processo produttivo in atto e, quindi, alla continuità aziendale e ii) l'insostituibilità si traduce, in

¹⁶⁴ In proposito si era alimentata una vivace discussione; i primi commentatori, infatti, sostenevano l'impossibilità di applicare la norma in caso di concordato in bianco, perché durante il pre-concordato manca per definizione un piano, per cui non sarebbe configurabile un concordato in continuità aziendale, e perché il giudice ed il professionista non potrebbero verificare la sussistenza delle condizioni. In tal senso F. Lamanna, in *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, cit., parla di una *invalicabile aporia normativa*. Tuttavia una siffatta interpretazione rischia di pregiudicare l'operatività ed il successo della norma: l'art. 182 *quinquies* mira a promuovere il concordato con continuità aziendale anche attraverso l'eventuale eccezionale deroga alla *par condicio creditorum* mediante il pagamento dei debiti anteriori. D'altra parte il dato normativo non si presta ad equivoci: esso, senz'altro, consente l'istanza di cui all'art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fall. al debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fallimentare. Così P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il pagamento dei crediti anteriori*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione: la soluzione negoziata della crisi d'impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali*, M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), cit., pp. 203 ss; Tribunale di Modena, 29.05.2013., in www.ilcaso.it.

senso soggettivo, in una verifica circa l'impossibilità di reperire un fornitore alternativo in tempi e/o modalità compatibili con la continuità. L'attestatore indipendente, in questa prospettiva, valuta, sulla base dell'analisi della documentazione disponibile ed in seguito ad informazioni raccolte¹⁶⁵, l'effettiva necessità per Medeor S.p.A. di effettuare i pagamenti di crediti con titolo/causa anteriore al concorso sull'ipotesi di continuità, sull'assunto che il mancato pagamento potrebbe comportare la risoluzione dei contratti con grave danno all'azienda ed alla sua continuità¹⁶⁶. La relazione dell'attestatore si propone, pertanto, quale strumento di approfondimento conoscitivo principalmente rivolto al tribunale: il fine è quello di fornire le informazioni necessarie e, dunque, di dare al tribunale un parere professionale imparziale sull'essenzialità dei pagamenti dei crediti anteriori per la sussistenza del processo produttivo, così da consentire allo stesso di valutare la funzionalità dell'atto al miglior soddisfacimento dei creditori.

La norma in esame dà origine a diversi spunti di riflessione.

Un primo dubbio si solleva con riguardo al riferimento normativo ai *crediti anteriori tout court*: il legislatore non specifica quale sia il termine a ritroso del quale i crediti devono considerarsi anteriori e le perplessità sono alimentate dalle norme della stessa legge fallimentare che stabiliscono ognuna un criterio diverso per la

¹⁶⁵ Si tratta di una prassi garantista che spinge a chiedere che la relazione dell'esperto asseveratore dia conto di altri dati documentali: il riferimento è a quei documenti che dovranno essere trasmessi con la domanda di concordato vera e propria. Si discute, infatti, di provvedimenti autorizzatori di atti che danno luogo ad un'evidente violazione del principio della *par condicio creditorum* e che rendono le prestazioni, effettuate nell'arco temporale, per così dire, protetto, intangibili, nonostante l'aleatorietà e precarietà della strada intrapresa. Il pagamento autorizzato è esentato da revocatoria: si tratta del beneficio offerto al fornitore strategico e mediamente al debitore, per cui il creditore non solo viene pagato in via eccezionale fuori dal concorso, ma il relativo pagamento, in caso di successivo fallimento, è garantito nella sua stabilità. Il sistema si chiude con l'esclusione dalla responsabilità penale, per bancarotta preferenziale e bancarotta semplice, del debitore che compie i pagamenti autorizzati, ex art. 217 bis l. fallimentare. Ebbene, proprio queste circostanze rendono indispensabili, a maggior ragione, criteri di cautela e rigore. Cfr. P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il pagamento dei crediti anteriori*, cit., pp. 203 ss.

¹⁶⁶ Non va trascurato che l'art. 182 *quinquies* non fa menzione circa la necessità di procedere altresì alla **verifica di veridicità dei dati aziendali**. Tuttavia dottrina e prassi dominante ritengono che essa rappresenti attività propedeutica anche ai fini dell'attestazione ex art. 182 *quinquies*, comma 4, l. fallimentare. In particolare, nel caso di specie, l'esperto incaricato intraprende i lavori di verifica della veridicità dei dati aziendali assumendo come oggetto di analisi la situazione economica, patrimoniale e finanziaria riferita alla data del 31 dicembre 2012, predisposta dal consiglio di amministrazione ed approvata dall'assemblea, in quanto riflessa nel bilancio di esercizio del 2012 approvato in data 5 settembre 2013.

determinazione dell'anteriorità e della posteriorità nella procedura concordataria¹⁶⁷. Ad ogni modo, non senza fatica si può risolvere l'interrogativo alla luce dello stesso dettato normativo: la facoltà di pagamento anticipato dei creditori strategici, infatti, è riconosciuta sia nell'ambito di una domanda di concordato definitiva, sia di domanda con riserva e, ancora, l'art. 161 l. fall. individua quale *dies a quo*, per la realizzazione degli effetti, il deposito della domanda. Così sembrerebbe da accogliere l'indirizzo, sebbene di poco prevalente, emerso dai risultati della recente (quarta) ricerca dell'Osservatorio sulle crisi di impresa (OCI), che ha coinvolto oltre settanta tribunali e diciotto regioni italiane: detto indirizzo indica, quale linea di demarcazione tra crediti anteriori e posteriori, il deposito del ricorso¹⁶⁸.

Il debitore, in sostanza, con la richiesta di cui all'art. 182 *quinquies* l. fall. chiede di essere autorizzato a pagare integralmente¹⁶⁹ forniture pregresse che, diversamente, sarebbero soggette alle regole del trattamento concorsuale paritario e, dunque, ai tempi ed alla falcidia della proposta concordataria: il disposto in questione, di conseguenza, incide certamente, violandola, sulla *par condicio creditorum*¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Ad esempio l'art. 168 l. fall. a proposito del blocco delle azioni esecutive e cautelari: detto effetto scatta a partire dalla pubblicazione del decreto di ammissione al concordato nel registro delle imprese; viceversa, l'art. 169 l. fall. individua come termine a partire dal quale possono essere applicate le disposizioni di cui agli artt. 45, 55, 56, 57, 58, 59 e 60 l. fall. la data di presentazione della domanda di concordato.

¹⁶⁸ Cfr. P. Vella, F. Lamanna, S. Pacchi, *Il pagamento dei crediti anteriori*, cit., pp. 203 ss.

¹⁶⁹ La norma non è chiarissima nello stabilire se detto pagamento sia integrale o se costituisca un'anticipazione del trattamento concordatario. La lettera della legge e la possibilità di procedere alla relativa richiesta anche in assenza della proposta vanno a favore della prima opzione su indicata: il pagamento *ex art.182 quinquies* sfugge al trattamento concorsuale paritario. Cfr. A. Nigro-D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Appendice, cit., pp. 24 ss.

In senso contrario, F. Lamanna, *Il concordato con continuità aziendale*, in *GFormazione*, 17.03.2014, cit. L'Autore ritiene che non sia certo che la norma in esame implichi l'integralità del pagamento. Pertanto, la soluzione negativa è quella preferibile, poiché ogni deroga alla *par condicio* dovrebbe risultare espressamente da una norma chiara ed inequivoca, mentre nel caso di specie manca qualunque accenno in proposito: tali crediti rispetto al *quantum* andranno soddisfatti nella stessa misura che sia per essi già prevista nella proposta e nel piano; se, al contrario, si reputa che il pagamento in questione debba essere sempre fatto nella sua integralità, si costringerebbe addirittura il debitore a fare ciò che, in ipotesi, non vuole o considera superfluo: nulla impedisce, infatti, che il debitore ritenga di pagare non al cento per cento i fornitori strategici o alcuni di essi, ma in una percentuale minore, e nulla esclude che ad essi vada bene proprio così.

¹⁷⁰ L'art. 168 l. fall. stabilisce, infatti, che il debitore non può pagare i crediti anteriori di propria volontà: i creditori per titolo o causa antecedente, fino a che il decreto di omologazione del concordato preventivo non acquista definitività, non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, una volta avvenuta la pubblicazione del ricorso nel

In tal senso si rende necessario un controllo di merito del tribunale; quest'ultimo è chiamato a compiere approfondite valutazioni economiche vicine al concetto di convenienza; una decisione siffatta viene adottata proprio con la guida della relazione del professionista attestatore.

La norma di cui all'art. 182 *quinquies*, comma quarto, l. fall. richiede, come già accennato, ai fini dell'attestazione da rilasciarsi, due particolari valutazioni, di a) essenzialità alla prosecuzione dell'attività e di b) miglior soddisfacimento dei creditori. La recente giurisprudenza¹⁷¹ ritiene che questi giudizi *possono essere compiutamente e agevolmente svolti quando il piano generale di risanamento è stato predisposto nella sua interezza, mostrando sia il risultato economico sia quello finanziario ottenibile mediante il piano*. Tale attività, però, è *consentita anche in un momento anteriore a quello del completamento del piano predetto, ove si disponga comunque della conoscenza delle linee guida di tale piano* o le informazioni disponibili consentano in ogni caso di eseguire l'analisi relativa al *miglior soddisfacimento dei creditori*, analisi per la quale è necessario, peraltro, indagare

registro delle imprese. In questa prospettiva la Cassazione n. 578 del 12.01.2007 (...) *dopo l'ammissione alla procedura di concordato preventivo non sono consentiti pagamenti lesivi della par condicio creditorum, nemmeno se realizzati attraverso compensazioni di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza della procedura concordataria. [...] L'art. 168, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori.*

La ragione di detto orientamento va ravvisata nel fatto che i pagamenti sono vietati non perché atti lesivi dell'integrità del patrimonio, ma in quanto atti lesivi della *par condicio*, che è altra cosa. Se fossero atti incidenti sul patrimonio, essi finirebbero per essere o liberamente eseguibili, se considerabili quali atti di ordinaria amministrazione, o eseguibili previa autorizzazione del tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall. durante il preconcordato, o del giudice delegato *ex art. 167 l. fall.* dopo l'ammissione al concordato; con il pagamento, del resto, il debitore non fa altro che adempiere ad un debito preesistente, un debito, cioè, per definizione, già compreso nel patrimonio come posta passiva. Tuttavia, la legge mira a tutelare non solo l'integrità del patrimonio, quando il debitore diventa insolvente, vietandogli di compiere atti negoziali che possano diminuire questo patrimonio, ma anche di effettuare pagamenti che, pur non diminuendo il patrimonio, abbiano non di meno l'attitudine a creare un trattamento disparitario tra i creditori. Ecco, dunque, perché la lesione della *par condicio* si verifica al momento stesso in cui un pagamento viene effettuato, a prescindere dal fatto che esso sia compensato o compensabile con una corrispondente entrata monetaria: questa entrata va a integrare, certo, la garanzia patrimoniale, ma non elimina la lesione della *par condicio*, che storicamente si è già realizzata, e per sempre già consumata. Per tale motivo, alcuni tribunali, in particolare il Tribunale di Milano, considerano non sanabili i pagamenti non autorizzati, anche se poi il debitore, per caso, immette una liquidità pari a quella utilizzata per effettuare i pagamenti. Una volta compiuto l'atto illegittimo, infatti - un atto che è illegittimo, perché privo di autorizzazione - scatta la sanzione della revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fallimentare.

¹⁷¹ Tribunale di Terni, 21.1.2013, in www.ilcaso.it.

l'andamento economico e finanziario durante l'orizzonte temporale previsto nel piano stesso.

Quanto al concetto di **migliore soddisfazione dei creditori**, anche questa volta¹⁷², non compaiono specifiche regole o aiuti definitori.

Si può notare che l'attestazione circa sia l'essenzialità sia il miglior soddisfacimento dei creditori ha per oggetto non i pagamenti, bensì le prestazioni. La funzionalità al *miglior soddisfacimento* e l'essenzialità afferiscono, pertanto, alle prestazioni. Ciononostante, anche il riferimento alle prestazioni desta qualche incertezza, in quanto la relazione dell'esperto verte sui crediti sorti anteriormente al deposito del ricorso per prestazioni di beni e servizi. Eppure, nella generalità dei casi, il fine ultimo dell'autorizzazione è il mantenimento dei rapporti con la controparte; perciò essa finisce per inglobare le prestazioni da svolgere nel corso della procedura, laddove il pagamento della fornitura pregressa eviti il rifiuto di stipulare un nuovo contratto analogo al precedente.

Inoltre, ai fini dell'autorizzazione non è richiesto espressamente dalla legge la prova che il fornitore interessato, in assenza del pagamento del credito anteriore, sospenderà l'esecuzione delle prestazioni¹⁷³; pertanto, è necessario l'accertamento dell'impossibilità a proseguire utilmente l'attività d'impresa in assenza di quelle prestazioni, la verifica della sussistenza del nesso di funzionalità fra quelle prestazioni e la prosecuzione dell'attività. In altre e più chiare parole, per il professionista indipendente e per il tribunale è influente appurare la disponibilità del creditore ad approvvigionare l'impresa solo se pagato anche dei crediti anteriori: ottenere dichiarazioni in tal senso sarebbe facile, nonché altamente probabile che le stesse affermazioni siano del tutto strumentali.

All'inverso, ciò da cui non si può prescindere è l'essenzialità della prestazione, fermo che vi possono essere ipotesi di prestazioni essenziali che il fornitore è disposto ad eseguire nonostante il mancato pagamento del credito formatosi precedentemente e, in questo caso, la richiesta di autorizzazione *ex art. 182 quinquies*, comma quarto, l. fall. non si renderà più necessaria: l'attestazione

¹⁷² Il riferimento è all'art. 186 *bis*, comma 2, lett. b), l. fallimentare.

¹⁷³ In realtà questo rischio si ritiene sia in *re ipsa*, implicito nella stessa domanda a procedere al pagamento *ex art. 182 quinquies*, comma 4, l. fallimentare.

circa la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori investe, quindi, il “pagamento” dei crediti anteriori, cioè è questa pretesa che attiva il sistema di autorizzazione di cui si discute.

Il *miglior soddisfacimento dei creditori*, poi, deve derivare dall'esecuzione delle prestazioni e dalla continuazione dell'attività resa possibile da esse stesse; in altri termini, la rinuncia alla fornitura strategica equivale a mettere a rischio l'operatività e la redditività dell'impresa e, quindi, il grado di soddisfacimento dei creditori.

In sostanza, il legislatore, mediante questa disciplina, tenta di recuperare la tutela del ceto creditorio: da un lato, i creditori, di fronte alla deroga del principio della parità di trattamento, essendo anteposti al loro pagamento alcuni creditori strategici, assistono ad un immediato svantaggio delle loro pretese; dall'altro lato, però, la disposizione normativa è volta alla realizzazione di un risultato complessivo in ogni caso funzionale agli interessi dei creditori¹⁷⁴.

La dottrina, quindi, con riguardo al *miglior soddisfacimento dei creditori*, ha individuato un presupposto finalizzato alla massima valorizzazione del patrimonio del debitore nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede delle parti coinvolte, debitore e creditori.

Quando si parla di *miglior soddisfacimento* emergono problemi con riguardo alla natura di questo presupposto ed all'ipotesi procedimentale alternativa con cui operare il confronto sotteso all'aggettivo migliore.

Ai fini del collegamento continuità¹⁷⁵ – migliore soddisfazione dei creditori si procede, anzitutto, sulla base dei dati disponibili, ad una comparazione tra l'ipotesi della continuità e l'alternativa della liquidazione e, quindi, si stabilisce con quale tipo di soluzione liquidatoria cercare il confronto.

Inoltre, analogamente all'attestazione di cui all'art. 186 *bis*, comma secondo, lett. b), l. fall., è necessario dimostrare che la continuità aziendale sia un'alternativa da preferire, rispetto ad altri scenari effettivamente praticabili, per i creditori intesi

¹⁷⁴ Cfr. M. Falagiani, *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.*, in *Il Fallimento*, 7/2014, pp. 827 ss.

¹⁷⁵ La possibilità che l'attività prosegua, si ripete, è resa possibile soltanto dall'esecuzione delle prestazioni essenziali.

complessivamente¹⁷⁶. Così stando le cose, l'attestazione *ex art. 182 quinquies*, comma quarto, 1. fall. deve ritenersi assorbita e ricompresa nella più generale attestazione della disposizione richiamata al periodo precedente, rispetto alla quale è disposizione ancillare.

In questo contesto, concludendo, emerge un ulteriore importante interrogativo circa le conseguenze derivanti da un eventuale giudizio negativo dell'attestatore in punto di migliore soddisfazione dei creditori, ma positivo in punto di essenzialità per la prosecuzione dell'attività di impresa. In particolare, ci si domanda se ciò determini l'interruzione del percorso o cambi il regime delle autonomie e delle autorizzazioni. Ebbene, si ritiene¹⁷⁷ che, in tali circostanze, muti anche l'approccio del tribunale che, in assenza di un giudizio positivo su entrambe le condizioni di cui all'art. 182 *quinquies*, comma quarto, 1. fall., non può autorizzare un pagamento anteriore proprio per carenza del presupposto di legge, fermo che potrebbe sempre farlo ai sensi dell'art. 161, comma settimo, 1. fall. ovvero dell'art. 167, comma secondo, 1. fall., a seconda del punto nel quale viene a trovarsi la procedura nel momento in cui un problema come quello rilevato viene ad emergere.

Il pagamento degli stipendi del personale dipendente

Si procede, adesso, ad un'analisi rigorosa di alcuni dei pagamenti da autorizzare.

In data 17 settembre 2013 Medeor S.p.A. deposita in Tribunale l'istanza di richiesta di autorizzazione a pagamenti necessari per la corretta prosecuzione dell'attività d'impresa. La richiesta riguarda le somme già pagate, in continuità, ai dipendenti per lo stipendio di luglio, con annesse indennità contributive ed accessori. Medeor S.p.A., quindi, provvede, nei confronti dei dipendenti, nel mese di agosto 2013, al pagamento di:

- stipendi di luglio;
- contributi trattenuti;

¹⁷⁶ In tal senso il giudizio sulla funzionalità al miglior soddisfacimento si discosta da quello sull'essenzialità che si connota per la sua puntualità: il giudizio avviene pagamento per pagamento.

¹⁷⁷ Cfr. M. Falagiani, *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, 1. fall.*, cit., pp. 827 ss.

- una polizza infortuni relativa al 2012.

Per quanto riguarda il pagamento degli stipendi corrisposti dalla Società, essi abbracciano l'intero mese di luglio, sebbene soltanto i primi quindici giorni di prestazione siano maturati anteriormente al deposito della domanda. Pertanto, anche se la questione viene complessivamente trattata, è solo per questa prima parte del debito, ossia quella anteriore alla data di pubblicazione del ricorso *ex art. 161*, comma sesto, l. fall., avvenuta in data 15 luglio 2013, che si deve intervenire con l'attestazione: infatti, il pagamento del debito maturato successivamente costituisce atto di ordinaria amministrazione ai sensi dell'art. 161, comma settimo, l. fallimentare.

L'attività di Medeor S.p.A. e, più precisamente, la continuità aziendale presuppongono l'attività lavorativa da parte del personale dipendente ed il tempestivo pagamento degli stipendi e del connesso debito per ritenute e contributi previdenziali. In un'ottica di concordato con continuità aziendale, il pagamento dei dipendenti viene considerato¹⁷⁸ come un atto di ordinaria amministrazione, un atto di comune gestione dell'azienda. Infatti le prestazioni del personale dipendente sono considerate essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e per il mantenimento della continuità aziendale.

In questa circostanza sono significative le parole dell'amministratore delegato della Società in una e-mail del 23 ottobre 2013 in cui evidenzia *l'esigenza di Medeor S.p.A. al rispetto della regolarità del pagamento delle retribuzioni ai propri dipendenti*. L'amministratore descrive la condizione della società: (...) *l'azienda è all'interno di una procedura di concordato preventivo in continuità, per cui deve seguire un comportamento che non la esponga ad alcun pericolo per il mantenimento della stessa e di conseguenza per il rispetto dell'intera categoria dei creditori. Non pagare gli stipendi andrebbe contro il principio enunciato, in quanto comporterebbe tensioni sindacali ed astensione dal lavoro, che sfocerebbero ineluttabilmente in forme di contestazione (sciopero, interruzioni di attività, cancellazione della flessibilità nei turni). La conseguenza sarebbe la difficoltà di continuare la normale attività lavorativa. Per questi oggettivi e gravi motivi*

¹⁷⁸ Tribunale di Novara, 17.04.2013, in www.ilcaso.it.

chiediamo di autorizzare il pagamento dei dipendenti, che rientra a pieno titolo fra quelli da considerarsi come necessario ed essenziale per la continuità dell'azienda.

A ben guardare, la norma di cui all'art 182 *quinquies*, comma quarto, l. fall. consente, alle note condizioni, il pagamento di debiti anteriori per prestazioni di beni e servizi, il che escluderebbe la possibilità di pagare debiti anteriori per prestazioni di lavoro: i dipendenti non possono qualificarsi come fornitori di beni e servizi.

Eppure, in giurisprudenza non mancano voci a favore. Il Tribunale di Novara si è pronunciato in merito alla questione del pagamento in favore dei dipendenti in data 17 aprile 2013, in seguito a ricevuta istanza di autorizzazione al pagamento in favore dei dipendenti delle competenze spettanti *ex art. 161*, comma settimo, l. fall., per il caso in cui il tribunale lo ritenesse atto di straordinaria amministrazione. Il tribunale citato, in quest'occasione, ha rilevato che l'autorizzazione richiesta non rientra tra gli atti di competenza del tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 161, comma settimo, l. fall., trattandosi di atto di ordinaria amministrazione (pagamento delle spettanze dei dipendenti) e che, pertanto, la società ricorrente poteva provvedervi senza necessità di alcuna autorizzazione da parte del tribunale.

In altri casi, invece, il dettato normativo è stato applicato¹⁷⁹ rigidamente, escludendo i dipendenti dal novero dei fornitori di beni e servizi. In particolare, il Tribunale di Modena ha sostenuto che la norma contenuta nel quarto comma dell'art. 182 *quinquies*, l. fall. comporta una deroga al principio della *par condicio creditorum* e che, pertanto, la stessa natura eccezionale della disposizione ne impedisce l'applicabilità in via analogica a fattispecie non espressamente contemplate. Nel caso di specie, il Tribunale, quindi, ha negato l'autorizzazione al pagamento dei dipendenti e della Cassa edile, in quanto detti soggetti non possono qualificarsi come fornitori di beni e servizi¹⁸⁰.

In ogni caso, da un recente studio dell'Osservatorio sulle Crisi di Impresa (OCI) risulta che la maggioranza dei tribunali intervistati, circa il 78,3%, propende

¹⁷⁹ Tribunale di Modena, 15.11.2012, in www.ilcaso.it; Tribunale di Padova, 9.5.2013, in www.ilcaso.it.

¹⁸⁰ Nella fattispecie richiamata, tuttavia, il concordato ha natura liquidatoria.

per la concessione dell'autorizzazione soltanto alle condizioni previste dall'art. 182 *quinquies*, comma quarto, l. fallimentare¹⁸¹.

È evidente, dunque, come la formula legislativa di cui all'art. 182 *quinquies* l. fall., *prestazioni di beni e servizi*, ha sollevato un dibattito a proposito dell'ambito oggettivo della disciplina stessa. A tal proposito c'è anche chi ha osservato¹⁸² che l'espressione su richiamata compare per la prima volta nell'ambito della materia del concordato preventivo. Diversamente, il codice civile all'art. 2082, nel definire la figura dell'imprenditore, anche commerciale, soggetto pertanto alla disciplina concorsuale, fa riferimento alla nozione di *beni e servizi*. Nello svolgimento dell'attività d'impresa compare quale contratto tipico certamente il contratto d'appalto, eppure le *opere* non compaiono tra i frutti cui è finalizzata l'attività di produzione dell'imprenditore *ex art. 2082 c.c.* contrariamente al disposto di cui all'art. 1655 c.c. che le annovera, insieme ai *servizi*, fra le eventuali obbligazioni di cui si può far carico l'appaltatore. Ora, il concetto di "servizio" di cui all'art. 2082 c.c. abbraccia senz'altro anche le opere; tuttavia, una siffatta certezza non c'è con riguardo alla disposizione di cui all'art. 182 *quinquies*, comma quarto, l. fall., cioè la differenza operata dal legislatore all'art. 1655 c.c. potrebbe far escludere che per i crediti nascenti dal compimento di opere possa trovare operatività l'autorizzazione di cui al comma quarto dell'art. 182 *quinquies* l. fallimentare. La nozione di "servizio", indubbiamente, si contraddistingue per la sua polisemia. Il d.lgs n. 163 del 2006, ad esempio, riconduce alla categoria di *servizi* anche quelli *di ricerca e sviluppo, di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili, attinenti all'architettura e ingegneria, legali, sanitari e sociali* cui si riconducono le prestazioni d'opera intellettuale e le *professioni protette*. Orbene, queste ultime, guardando alla disciplina codicistica, non rientrerebbero nel concetto di servizio e non potrebbero beneficiare della disciplina di favore dell'art. 182 *quinquies*, comma quarto, l. fallimentare. In pratica, il quadro così come delineato dalle diverse legislazioni a proposito delle *prestazioni di beni e servizi* dovrebbe far propendere a favore di

¹⁸¹ Cfr. F. Lo Presti, *Concordato preventivo e autorizzazioni al pagamento di crediti di lavoro subordinato maturati prima del deposito della domanda*, in www.ilfallimentarista.it, 21.6.2013.

¹⁸² Cfr. A. M. Leozappa, *Sul pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 18.10.2013.

un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicabilità del tanto discusso art. 182 *quinquies*, comma quarto, 1. fall., nel senso che esso contempla la possibile autorizzazione di debiti anteriori derivanti da prestazioni di fare e di dare. Infatti una differenza di trattamento derivante dalla diversa qualificazione che riceve la stessa prestazione nelle diverse normative di settore non sembrerebbe giustificabile: *la norma dell'art. 182 quinquies 1. fall. non è preordinata a tutelare il soggetto erogante/creditore, ma a favorire il buon esito della procedura (prosecuzione dell'impresa e migliore soddisfazione dei creditori).*

Nell'attestazione del caso in esame il professionista indipendente incaricato da Medeor S.p.A. riprende gli autorevoli orientamenti su riportati, ma, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, sottolinea come occorre comunque non perdere di vista la *ratio* dell'art. 182 *quinquies* 1. fall. che va ricercata anche nell'esclusione di alcuni atti dalla revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67 l. fallimentare.

Specificamente, per quello che riguarda i dipendenti, l'esperto segnala la norma di cui all'art. 67, comma terzo, lett. f), 1. fall che sottrae a revocatoria *i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori.*

Nella disamina del caso, quindi, bisogna tenere in considerazione che, essendo Medeor S.p.A. azienda industriale e manifatturiera, mai si arriverebbe al pagamento di un fornitore, ancorché essenziale e strategico, prima di aver pagato i dipendenti; perciò l'attestatore condivide appieno il rischio di generare tensioni sindacali e astensioni dal lavoro.

Inoltre, nel corso delle sue riflessioni, l'attestatore tiene ulteriormente conto del fatto che i dipendenti sono i "primi" privilegiati e che il loro debito sarebbe comunque saldato in ogni situazione, in continuità o in liquidazione, e che il patrimonio della Società è comunque capiente per fronteggiare il relativo pagamento in ognuno degli scenari indicati. In altre parole, l'attestatore ritiene che il pagamento nei loro confronti rappresenti una semplice anticipazione di ciò che comunque avverrebbe nella fase esecutiva del concordato e che, quindi, pur trattandosi di debiti anteriori, l'eventuale alterazione della *par condicio creditorum* avverrebbe solo per via temporale, ma non anche sostanziale.

Il pagamento del debito IVA

Medeor S.p.A., con istanza datata 6 dicembre 2013 e depositata il 17 dicembre 2013, ha chiesto al Tribunale di Siena autorizzazione al pagamento del debito IVA per l'intero importo di euro 390.794,00. L'autorizzazione è stata richiesta ai sensi e per gli effetti di cui al settimo comma dell'art. 161 l. fall., ritenendo la Società di trovarsi, evidentemente, di fronte al compimento di un atto qualificabile come di straordinaria amministrazione e, stante l'imminenza del termine, ossia il 27 dicembre 2013, sussistendo il requisito dell'urgenza.

Nel merito, la Società fornisce, a sostegno delle proprie richieste, tutta una serie di argomentazioni tra le quali:

- a) il debito erariale per IVA non versata nel corso del 2012, pari ad euro 390.794,00 in linea capitale, dovrà essere pagato, dalla stessa Società, comunque in via privilegiata ai sensi dell'art. 2757, comma terzo c.c.;
- b) Medeor S.p.A. ha tempo sino al 27 dicembre 2013 per procedere al pagamento dell'intero importo del debito IVA in linea capitale potendo, in tal modo, evitare maggiori oneri per interessi e sanzioni che maturerebbero entrambi con natura privilegiata e, ancora, con l'ulteriore pregio di evitare l'applicazione della sanzioni penali previste dall'art. 10 *ter* d.lgs. n. 74/2000 nei confronti degli amministratori di Medeor S.p.A.¹⁸³,

¹⁸³ A tal proposito, Cassazione penale 31.10.2013, n. 44283, in www.ilcaso.it. I giudici di legittimità osservano come la vigente legislazione, indipendentemente dalla presenza o meno del ricorso all'istituto della transazione fiscale, non permette in alcun modo la falcidia del debito IVA in ragione delle norme di ordine pubblico economico internazionale la cui applicazione dipende dalla stessa natura sovranazionale dell'imposta. Dunque, anche l'accesso alla procedura di concordato preventivo - in quanto *atto di autonomia privata di iniziativa del debitore*, derivante, pertanto, da una sua autonoma valutazione - non può, assolutamente, far venir meno obblighi di rilievo pubblicistico, quale è il pagamento dell'IVA alla scadenza di legge: il debito IVA costituisce risorsa propria dell'Unione Europea e, nell'ambito di una procedura concorsuale, l'art. 182 *ter* l. fall., così come modificato dal d.l. 29 novembre 2008, n. 185, prevede l'intangibilità di detto debito d'imposta. Al debitore che chiede l'accesso alla procedura di concordato preventivo sono, infatti, offerte varie soluzioni, quali la transazione fiscale o la redazione di un piano che, presentato tempestivamente ed in presenza di risorse che permettono il pagamento dei creditori di grado poziore, consente il pagamento integrale dell'IVA.

Tuttavia, c'è chi osserva che, dall'analisi delle motivazioni su riportate della sentenza, i giudici di legittimità non escludono la possibilità che la produzione di un'istanza di concordato preventivo da

- c) il pagamento del debito IVA non altererebbe comunque la *par condicio creditorum*, in quanto il piano di concordato della Società, in corso di redazione, determinerà, insieme alla prosecuzione della attività di impresa, anche il pagamento integrale di tutti i creditori privilegiati (quali, *in primis*, lavoratori dipendenti, erario ed enti previdenziali) che, dunque, rimarrà salvo ed impregiudicato;
- d) Medeor S.p.A. dispone delle risorse finanziarie per procedere al pagamento del debito IVA e ritiene essere lo stesso funzionale affinché la Società possa regolarmente proseguire nella propria attività di impresa.

Con provvedimento del 20 dicembre 2013, depositato in data 21 dicembre 2013, il Tribunale di Siena, prima di provvedere in merito all'istanza, chiede alla Società di fornire una serie di chiarimenti, riservandosi all'esito la decisione.

Nel suddetto provvedimento si legge, tra le altre cose, che (...) *al fine di valutare se l'autorizzazione richiesta rientri nella previsione dell'art 161, comma settimo, l. fall. è indispensabile conoscere quali fossero le scadenze dell'obbligo di pagamento dell'IVA per l'esercizio 2012, ovvero se queste fossero maturate, anche solo in parte, prima del deposito del ricorso ex art. 161, comma sesto, l. fallimentare; che in tale ipotesi si ricadrebbe nell'ambito dell'art. 182 quinquies l. fall., il pagamento di crediti anteriori, con necessità della relativa attestazione (...).*

La Società, con istanza del 23 dicembre 2013 in risposta al provvedimento in discorso, precisa che:

- 1) l'importo di cui al debito IVA si riferisce a IVA non versata nel corso del 2012. Medeor S.p.A. evidenzia, altresì, che si tratta di IVA il cui obbligo di pagamento era integralmente scaduto prima

parte del contribuente possa in qualche modo costituire causa giustificativa del mancato pagamento dell'IVA alla scadenza dovuta. Nella pronuncia della Cassazione, dunque, si asserisce piuttosto che *la semplice e generica ammissione al concordato preventivo non produce automaticamente questo effetto giustificatorio*. Pertanto, laddove il contribuente ponga in essere tutte le possibili azioni da lui praticabili per evitare l'omesso versamento, si potrebbe pervenire ad un giudizio di non colpevolezza in ambito penale e, di conseguenza, di non realizzazione della fattispecie di reato di cui all'art. 10 *ter* d.lgs n. 74/2000, nonché della violazione di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 472/1997. Cfr. B. Santacroce, D. Pezzella, *Il concordato preventivo non esclude il reato di omesso versamento IVA: quali effetti sulle sanzioni tributarie?*, in *Corriere Tributario*, 1/2014, in www.ipsoa.it, pp. 38 ss.

del deposito del ricorso *ex art. 161, comma sesto, l. fall.*, avvenuto in data 15 luglio 2013;

- 2) ritiene di insistere affinché il Tribunale la possa autorizzare al pagamento del debito IVA *ex art. 161, comma settimo, l. fall.*, norma che, in sede di concordato con riserva, disciplina le autorizzazioni degli atti di straordinaria amministrazione alla stregua di quanto disposto dall'art. 167 l. fall., per l'impresa già ammessa alla procedura di concordato preventivo.

In sintesi, la Società ritiene necessario, per tutte le motivazioni indicate, pagare il suddetto debito IVA, pari ad euro 390.794.00 in linea capitale, quale debito anteriore al deposito del ricorso.

La richiesta avanzata da Medeor S.p.A. comporta sia dal punto di vista formale che dal punto di vista sostanziale il porsi di una serie di complicate questioni che dal merito si estendono al diritto.

In tal senso, si ricorda che la Società, nella sua originaria istanza, richiede l'autorizzazione ai sensi ed agli effetti del disposto di cui all'art. 161, comma settimo, l. fallimentare. Il Tribunale, in questa circostanza, si riserva ogni decisione all'esito di alcune delucidazioni richieste alla stessa Società: l'organo, infatti, si chiede se la relativa autorizzazione debba avvenire ai sensi dell'art. 161, comma settimo, l. fall. o se, viceversa, si ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 182 *quinquies* l. fallimentare.

In punto di diritto, l'art. 182 *quinquies* l. fall. prevede la possibilità per l'imprenditore in crisi, nell'ambito di un concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa, anche ai sensi del comma sesto dell'art. 161 l. fall., di chiedere il pagamento di crediti anteriori per **prestazioni di beni e servizi**.

Orbene, il professionista asseveratore incaricato ritiene di non poter qualificare il debito IVA quale debito derivante da "prestazioni di beni e servizi", in quanto il debito deriva da tributi, peraltro relativi all'esercizio precedente. I dubbi sollevati non vengono meno, si osserva, neppure nell'ipotesi in cui si qualifichi il debito come correlato alla "circolazione" dei beni o servizi, in quanto nel meccanismo IVA, il soggetto passivo d'imposta, cioè colui che cede beni o servizi,

detrae l'imposta pagata sugli acquisti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'impresa, arte o professione dall'imposta addebitata, a titolo di rivalsa, agli acquirenti dei beni o dei servizi prestati e, quindi, egli versa il predetto tributo solo per differenza, formandosi così il debito IVA.

Così stando le cose, l'attestatore incaricato nel caso Medeor S.p.A. ritiene di non potersi esprimere in merito al parere richiestogli, in considerazione anche di alcune letture particolarmente rigide fatte da taluna giurisprudenza¹⁸⁴ proprio sul significato e sui limiti ristretti della locuzione "crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi".

L'attestatore, inoltre, aggiunge alle proprie conclusioni in punto di merito che, anche qualora il Tribunale ritenga applicabile alla fattispecie descritta l'art. 182 *quinquies*, comma quarto, 1. fall., egli non ravvisa il requisito di essenzialità per la prosecuzione dell'attività nel compimento del pagamento in questione, non sussistendo, in particolare, il *sub* requisito della indispensabilità e non risultando applicabile alla fattispecie quello della insostituibilità.

In conclusione l'attestatore, preso atto della tipologia di pagamento da effettuare, verificato che il debito IVA interessa la fase anteriore alla domanda prenotativa di concordato, tenuto conto che il relativo pagamento non è necessario alle prospettive dell'esercizio aziendale, rilascia **attestazione negativa**:

- per mancanza del requisito di essenzialità del pagamento del debito IVA con la prosecuzione dell'attività d'impresa;
- perché la carenza del primo requisito, impedendo da solo il rilascio di un'attestazione positiva, rende vana l'indagine sulla funzionalità del pagamento stesso alla migliore soddisfazione dei creditori interessati alla proposta concordataria.

Nel caso, le conclusioni dell'esperto asseveratore, d'altra parte, non possono essere altrimenti: la carenza della condizione legittimante della "essenzialità" e le indubbe difficoltà circa l'ambito oggettivo della disciplina in questione, derivanti dalla formula legislativa *prestazioni di beni e servizi*, impediscono di pervenire ad un giudizio diverso.

¹⁸⁴ Tribunale di Modena, 15.11.2012; Tribunale di Padova, 9.5.2013, su riportate.

A tal proposito c'è chi¹⁸⁵ vede nella richiesta di autorizzazione una concreta attivazione del contribuente per adempiere ai propri obblighi tributari idonea ad evitare il rischio di vedersi comminare la sanzione per omesso pagamento delle imposte con le possibili conseguenze che tale scelta comporta, in taluni casi, anche in sede penale. Quindi, l'eventuale mancata autorizzazione al pagamento del credito anteriore da parte del tribunale farebbe, a meno che derivi da un'insufficiente informativa sul piano da parte del debitore, venire meno il presupposto per l'irrogazione della sanzione, in quanto, essendo siffatta decisione frutto di un'attenta valutazione da parte di un organo giurisdizionale circa l'idoneità del pagamento a ledere i diritti della massa degli ulteriori creditori concorsuali, costituisce di per sé prova della non irrilevanza del pagamento con riguardo alla *par condicio creditorum*.

A ragionare diversamente si finirebbe nella paradossale situazione di porre il debitore di fronte all'amletica scelta tra il disattendere la decisione del tribunale, effettuando il pagamento ed esponendosi a tutte le conseguenze che da ciò ne derivano, *in primis* l'inammissibilità alla procedura o la revoca dell'ammissione al concordato e la possibile dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 173, terzo comma, 1. fall., ed il rischiare di vedersi infliggere la sanzione per l'omesso pagamento dovuto.

In questa prospettiva, la relativa richiesta di pagamento dei debiti anteriori *ex art. 182 quinquies*, comma quarto, 1. fall. potrebbe figurare come una sorta di onere a carico della Ricorrente, di passaggio obbligato.

Ciononostante, con decreto in data 27 dicembre 2013, il Tribunale competente, letta l'istanza depositata e, quindi, la relazione dell'attestatore, rileva che:

- la Società ricorrente ha chiarito che si tratta di pagamento IVA integralmente scaduto prima del deposito del ricorso *ex art. 161*, comma sesto, 1. fallimentare;
- non ricorre l'ipotesi di cui all'art. 161, comma settimo, 1. fall.; pertanto il relativo pagamento rientra nell'ipotesi di cui all'art. 182 *quinquies*,

¹⁸⁵ B. Santacroce, D. Pezzella, *Il concordato preventivo non esclude il reato di omesso versamento IVA: quali effetti sulle sanzioni tributarie?*, cit., pp. 38 ss.

ravvisandosi il fatto genetico del debito IVA nella prestazione di beni e servizi e facendo la norma espresso riferimento al *pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi*, laddove è credito anteriore anche quello per IVA non versata;

- il professionista ritiene difettare i requisiti dell'indispensabilità e dell'insostituibilità ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa, ma che la relazione, come resa, non pare particolarmente convincente sul piano delle motivazioni che avrebbero dovuto attendere, sotto un profilo quantitativo, all'incidenza o meno delle eventuali sanzioni applicabili in caso di mancato pagamento;
- prescindendo dall'attestazione, non ritenendosi comunque vincolante¹⁸⁶, il pagamento del credito IVA, maturato interamente prima del deposito del ricorso *ex art. 161, comma sesto, l. fall.*, non necessita di autorizzazione del tribunale, configurandosi quale **atto dovuto**.

Il Tribunale, pertanto, alla luce di quanto suddetto, dichiara non luogo a provvedere sull'istanza.

Il decreto del Tribunale solleva alcune stimolanti perplessità. Detto atto, infatti, non chiarisce le ragioni della qualificazione del pagamento del credito IVA quale atto dovuto.

Una possibile risposta all'interrogativo può essere articolata richiamando le recenti sentenze della Cassazione n. 22931 e n. 22932 del 4 novembre 2011 a proposito dell'intangibilità del credito IVA. Nelle citate sentenze la Corte afferma l'inammissibilità di un concordato che prevede un pagamento ridotto dell'IVA anche in mancanza dello speciale procedimento di transazione fiscale, il che significa che l'IVA va pagata sempre integralmente, indipendentemente dalla soddisfazione dei creditori privilegiati di grado anteriore: i giudici così, in sostanza, assicurano una

¹⁸⁶ Deve escludersi che il tribunale veda limitato il suo potere di controllo dall'attestazione dell'esperto, poiché gli viene espressamente attribuito il potere di assumere sommarie informazioni, previsione che ha senso solo in presenza della possibilità di valutare comunque in modo autonomo i presupposti legittimanti il pagamento in punto di essenzialità delle prestazioni e di funzionalità dei pagamenti alla migliore soddisfazione dei creditori. Cfr. F. Lamanna, *Il concordato con continuità aziendale*, in *GFormazione*, 17.03.2014, cit.

maggior tutela al pagamento di un siffatto credito che, nell'ordine dei privilegi, si colloca al grado diciannovesimo.

Il Tribunale di Siena, pertanto, nell'*iter* percorso per pervenire ad una decisione in merito alla questione sottopostagli, potrebbe aver fatto riferimento alle suddette sentenze, probabilmente, ritenendo di non doversi preoccupare delle obiezioni alimentate dalle due decisioni del 2011. Nelle argomentazioni a sostegno delle proprie richieste, infatti, la Società afferma che il piano determinerà anche il pagamento integrale di tutti i creditori privilegiati (quali, *in primis*, lavoratori dipendenti, erario ed enti previdenziali). Detto pagamento, in sintesi, rimarrà salvo ed impregiudicato. È evidente, allora, che il Tribunale non si pone quel problema del trattamento del credito IVA al di fuori della transazione fiscale quando l'attivo disponibile è insufficiente a soddisfare tutti i crediti preferenziali o comunque a soddisfarli integralmente, non essendo questa l'ipotesi che si propone alla sua attenzione. In altre e più chiare parole, forse, il Tribunale competente del caso ritiene trascurabili le critiche cui incorre la tesi della intangibilità, e cioè l'assenza di una solida argomentazione per desumere che una norma dettata per operare in un ambito speciale, quale è quello della transazione fiscale, possa avere una valenza generale, in quanto non ricorre, nel caso Medeor S.p.A., la circostanza di un attivo non sufficiente per il pagamento di tutti i creditori privilegiati e, quindi, il rischio di capovolgere i capisaldi della responsabilità patrimoniale, tra cui il rispetto dell'ordine delle prelazioni¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Cfr. G. Bozza, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 4/2012, pp. 377 ss. L'Autore precisa che il legislatore lascia la libertà di accedere o meno alla transazione fiscale, quale strumento che consente al debitore concordatario di non pagare integralmente i debiti tributari (e previdenziali) e che esclude l'IVA dalla transazione decurtativa, consentendo solo la dilazione di detto pagamento, in ragione della sua natura comunitaria. Tuttavia, quando non si ricorre all'istituto, vale la normativa generale che non ammette l'alterazione dell'ordine delle cause di prelazione. Pertanto, il credito IVA va pagato nei limiti della capienza: l'IVA, in quanto credito privilegiato, va pagato per intero solo se le disponibilità residue, dopo il soddisfacimento dei creditori di grado superiore, lo consentono, nell'ipotesi di mancanza di transazione *ex art. 182 ter* che, di conseguenza, costituisce un requisito obbligatorio per ottenere la decurtazione dei crediti per contributi e per tributi amministrati dalle Agenzie fiscali o la dilazione del credito IVA. *Contra*, il Tribunale Monza che, nella riunione tenuta ai sensi dell'art. 47 *quater* dell'ordinamento giudiziario, in data 07.05.2014, ha emesso un provvedimento di indirizzo dell'attività dei professionisti che intendano proporre proposta di concordato preventivo completa ai sensi dell'art. 160 l. fallimentare. Il Tribunale ritiene che in tutti i casi (ovvero che si chiedi o meno la transazione fiscale di cui all'art.

4.7 IL COMMISSARIO GIUDIZIALE

Il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la deposita in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori. Nello stesso termine la comunica a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma.

Su richiesta del commissario il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni¹⁸⁸.

Con il decreto legge del 21 giugno 2013, n. 69, il cosiddetto "Decreto del fare", l'art. 161, comma sesto, l. fall. viene modificato sensibilmente: il legislatore introduce la possibilità di anticipare la nomina del commissario giudiziale nella fase precedente e prodromica a quella di apertura della procedura di concordato preventivo.

La finalità di tale modifica è evidente: si vogliono limitare gli abusi che ben possono realizzarsi nella fase preconcordataria, prevedendo una figura tecnica di garanzia per i creditori.

Il legislatore, stante la lettera della legge, concede una facoltà e, quindi, non impone un obbligo all'organo giudiziario: secondo l'art. 161, comma sesto, l. fall., infatti, il tribunale *può nominare* il commissario giudiziale e, ai sensi del successivo comma settimo, può acquisirne il parere, *se nominato*.

Eppure, le prime applicazioni della norma evidenziano che, nella maggior parte dei tribunali d'Italia, è ormai prassi procedere ad una nomina pressoché automatica.

182 *ter*) la proposta ed il piano, con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, possono prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento.

¹⁸⁸ Così recita l'art. 172 l. fallimentare.

Ebbene, il Tribunale di Siena, quale organo competente nel caso Medeor S.p.A., nel decreto del 23 luglio 2013 ritiene opportuno, sulla base della situazione patrimoniale e finanziaria e della documentazione contabile prodotta, disporre la nomina del commissario giudiziale, la dottoressa E. G., collocandosi sulle orme di quell'atteggiamento prudentiale della prassi su richiamata.

L'art. 161, comma sesto, l. fall. richiama la medesima figura di cui all'art. 163, comma secondo, l. fall., il che, insieme alla previsione per cui l'amministrazione dei beni aziendali rimane in capo all'imprenditore in crisi¹⁸⁹, depone a favore della teoria secondo cui il commissario giudiziale riveste una funzione di vigilanza, di verifica del comportamento dell'imprenditore in crisi¹⁹⁰, una funzione che, poi, nella procedura di concordato, si traduce nell'assunzione di un vero e proprio ruolo centrale: il commissario giudiziale è chiamato a valutare tutti gli aspetti formali e sostanziali del piano di risanamento della crisi, stilato dal debitore.

Tutto ciò premesso, ai sensi ed agli effetti della disposizione succitata, l'art. 172 l. fall., il commissario giudiziale del caso in esame redige la sua relazione, al fine di consentire ai creditori della Società di esprimere un giudizio consapevole e ragionato sulla proposta di concordato.

Delle situazioni rappresentate si riportano alcune riflessioni compiute, in un incontro avuto con il commissario giudiziale nominato, alla luce dei cenni storici della Società richiedente il concordato e delle cause del dissesto, nonché la l'approccio prescelto dal commissario giudiziale stesso nelle fasi più critiche della votazione.

Partendo dal dato storico della Società, Medeor S.p.A. trova un suo lontano progenitore in Ekfero S.p.A., nata alla fine degli anni '60 dalla fusione di due aziende artigiane del territorio valdelsano.

A partire dal 1971 Ekfero S.p.A. avvia un progetto di industrializzazione progressiva del sistema produttivo con l'installazione del primo forno elettrico e della prima linea di produzione automatica che, quindi, sostituisce, gradualmente, una produzione fino ad allora esclusivamente artigianale: l'obiettivo prefissato è

¹⁸⁹ Ai sensi dell'art. 167 l. fallimentare.

¹⁹⁰ Ad esempio il commissario verifica la gestione dei beni o se la continuazione di alcune attività d'impresa è antieconomica etc.

quello di soddisfare una importante quota di domanda mondiale “latente” di manufatti di cristallo a basso prezzo.

Nel corso degli anni '80 si completa progressivamente l'automazione della fabbrica con un assetto basato su tre forni elettrici ed un totale di dodici linee di produzione a funzionamento alternato.

Successivamente, l'azienda viene quotata alla Borsa Valori di Milano nel 1986 fino al 2003, anno in cui si decide di optare per il *delisting*¹⁹¹ e per un successivo allargamento della compagine sociale ad alcuni fondi di *Private Equity*¹⁹². Il progetto imprenditoriale, brevemente, mira ad entrare nel mercato del vetro per aumentare la propria massa critica e diventare uno dei *player* mondiali del settore. Tuttavia, si arriva all'anno 2003 quando si palesa una crisi economica che interessa tutti i principali settori, con flessioni più o meno marcate nelle differenti categorie merceologiche.

Nel 2004, grazie al forte recupero nel settore delle promozioni, l'azienda torna ad un modesto utile di 0,7 milioni di euro, ma nel 2005 il tentativo di aggredire il mercato con promozioni commerciali e forti sconti non produce recuperi nei volumi di vendita.

Nel 2006, allora, si tenta, con un ribaltamento delle strategie commerciali¹⁹³, di invertire il *trend* dei ricavi: il risultato che si consegue, sfortunatamente, è il peggiore della storia della Ekfero.

Siamo agli inizi del 2007 quando i fondi decidono di uscire dalla società, azzerando completamente il loro investimento e lasciando l'azienda in una situazione di sostanziale insolvenza. È in questa occasione che si realizza il primo intervento di ristrutturazione: nel luglio 2007 si costituisce la nuova società, la Medeor S.p.A.,

¹⁹¹ Nel linguaggio borsistico, rappresenta la cancellazione di un titolo da un listino ed il suo definitivo ritiro dalle negoziazioni di borsa.

¹⁹² Le operazioni di *Private Equity* si caratterizzano come investimenti istituzionali in capitale di rischio e consistono nell'acquisizione temporanea, da parte di un investitore finanziario specializzato, di una quota di partecipazione al capitale di una società *target*, generalmente non quotata, finalizzata alla realizzazione di un guadagno in conto capitale in un arco temporale medio/lungo.

¹⁹³ Ad esempio si opta per vendite dirette al dettaglio e forti rialzi dei prezzi nel tentativo di recuperare marginalità mediante la creazione di un prodotto diretto ad aggredire il mercato del lusso; ancora, si interrompono i rapporti con i grossisti abituali, creando una nuova rete distributiva eccetera.

dopo un complesso piano di ristrutturazione societaria, produttiva e commerciale della preesistente Ekfero S.p.A..

Il primo luglio 2007 la Società avvia la propria attività di produzione automatizzata, conducendo il ramo di azienda acquisito con un organico in forza di circa 500 persone. L'assetto produttivo originario, ereditato dalla preesistente Ekfero S.p.A., si fonda su tre forni operanti a cristallo ed a ciclo continuo, con un capacità fusoria nominale complessiva di circa 135 tonnellate nominali giornaliere, con specifiche capacità per ciascun forno. Coerentemente con le linee guida del piano di ristrutturazione che prevedono una diversificazione strutturale nel settore del vetro di alta qualità, nel luglio dello stesso anno, va a regime la conversione di fondente nel forno F2: dal cristallo al nuovo materiale *Luxion*, con marchio registrato e brevetto in corso di registrazione, all'interno di una categoria costituita da prodotti similari viene messa a punto dai laboratori chimici della neo costituita Società una miscela di vetro sonoro superiore, assolutamente innovativa e con eccellenti proprietà chimico-fisiche.

Nel secondo semestre del 2007, nel primo esercizio parziale, la allora neo costituita Medeor S.p.A., in soli sei mesi, raggiunge un fatturato di circa 34 milioni di euro contro il fatturato di circa 39 milioni di euro raggiunto in tutto l'esercizio del 2006; tuttavia, a seguito di un più attento esame, l'importante risultato conseguito è da ritenersi, in realtà, inconsistente, in quanto dovuto prevalentemente allo sviluppo del settore promozionale, sviluppo che non si consolida nell'esercizio successivo.

Senza andare oltre nel ripercorrere la storia di Medeor S.p.A., emerge da quanto suddetto un elemento costante quanto dirompente: la società Medeor S.p.A. nasce proprio dalla crisi senza mai, purtroppo, superarla.

Ora, ai nostri professionisti, nelle analisi di fattibilità e di sostenibilità di un progetto di ristrutturazione, s'insegna che, per compiere le proprie valutazioni, bisogna, per l'appunto, prendere le mosse dalla storia dell'impresa coinvolta. Ebbene, di fronte alle difficoltà attraversate e mai sconfitte, Medeor S.p.A. merita questo percorso di ristrutturazione, rappresenta effettivamente quel valore, quell'interesse collettivo a mantenere in vita un complesso produttivo?

Questo è il pesante interrogativo che irrompe dinnanzi agli operatori, agli organi e agli esperti che si pongono dietro il sipario del caso Medeor S.p.A.

Il buon esito, il successo di una siffatta procedura, nel caso in esame, significa indubbiamente rimettere sul mercato un'area, un territorio; eppure, è bene evidenziare che, nel corso della trattazione compiuta, le 400 famiglie operanti nell'azienda non sono state l'unico parametro per maturare l'idea che un concordato in continuità aziendale fosse, a maggior ragione, procedura opportuna e necessaria. In altre e più chiare parole, il Tribunale competente non è mai figurato un ostaggio delle 400 famiglie, a discapito della correttezza e dell'utilità della procedura. Al contrario, l'importanza e la rilevanza economico-sociale di detta Società si traducono in una maggiore rigidità, in quella severità e ponderatezza di scelte che, probabilmente, ha molto influito sulla eventuale e prossima buona riuscita del concordato.

Si assiste ad un organo giudiziario che chiede chiarimenti (si pensi alla richiesta *ex art. 182 quinquies*, comma quarto, l. fall.), che nel misurare attentamente le proprie scelte non rinuncia ad un essenziale, evidentemente, senso pratico (è questo il caso dell'autorizzazione alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione).

Si guarda, infine, ad un commissario giudiziale che - senza trascurare la straordinaria efficienza produttiva dell'Impresa e gli sforzi dalla stessa compiuti per la realizzazione di un prodotto competitivo - nelle fasi più critiche della votazione sceglie di adottare il metodo più penalizzante per la Società nel computo dei voti: la procedura concordataria ottiene all'incirca l'80% di voti favorevoli, una percentuale raggiunta, però, passando per bizzarre particolarità. In tal senso, si può ricordare il caso di una banca che esprime voto favorevole per la parte del credito privilegiato e voto contrario per la parte del credito chirografario. Come agire di fronte ad un siffatto atteggiamento riguardo alla proposta concordataria? È chiaro che le conseguenze pratiche di un trattamento in negativo di detta risposta, nel silenzio della legge, si riversano sul commissario giudiziale. E allora, quel famoso 80% di voti favorevoli si raggiunge proprio attraverso queste peculiarità che spingono all'adozione di un trattamento di sfavore che, però, è senz'altro volto a perseguire il buon esito della procedura concordataria.

Da quanto appena detto emerge, concludendo, un dato non privo di spessore: una condotta cauta e lungimirante quale elemento, forse, concorrente ad una disciplina che incentiva le soluzioni concordate della crisi d'impresa¹⁹⁴, per preservare la continuità aziendale.

WWW.OSSERVATORIO-OCI.ORG

¹⁹⁴ Con la previsione delle cosiddette agevolazioni specifiche: l'art. 169 *bis* l. fall., l'art. 182 *quinquies* l. fall., l'art. 161, comma 7, l. fall. eccetera.

Conclusioni

È sempre tempo di crisi.

La presenza della parola *crisi* – che si guardi alle cronache politico-economiche, alle pagine dei giornali dedicati all'economia ed alla finanza, ai duelli politici o, ancora, alla vita reale – è diventata ormai una costante invariabile, forse la stessa politica italiana, senza la parola crisi, perderebbe valore e consistenza.

Le parole quasi profetiche dell'economista Nouriel Roubini, *ciò che abbiamo appena vissuto è solo un assaggio di ciò che verrà, le crisi faranno parte del nostro futuro*¹⁹⁵, non smentiscono affatto quell'accezione negativa che, nell'uso comune, ha assunto la voce crisi: dal verbo greco *krino*, separare, in senso più lato valutare, giudicare, la crisi si riferisce generalmente ad un momento di grave difficoltà.

Eppure l'etimologia della parola nasconde un'ulteriore sfumatura e la crisi d'impresa, attraversata da Medeor S.p.A., ha rappresentato, in questo senso, una sfida, la partita di ricerca e di scoperta di questo dettaglio: in una prospettiva positiva, la crisi può diventare un'occasione, una formidabile occasione e portare il progresso, perché fa nascere l'inventiva, le grandi scoperte e la strategia.

Il tema del concordato in continuità aziendale, di cui all'art. 186 *bis* l. fall., in prima battuta, è stato salutato con grande enfasi e favore, ma, malgrado ciò, i dati risultanti dalle indagini statistiche riportate palesano altro: da un punto di vista operativo la disciplina del concordato con prosecuzione dell'attività d'impresa non sembra aver convinto appieno.

La disciplina esaminata si contraddistingue per una serie di facoltà, indubbi vantaggi di cui si è avvalsa, come visto, la stessa società Medeor S.p.A. lungo il suo percorso concordatario: la possibilità di richiedere lo scioglimento/sospensione dei contratti pendenti, il pagamento dei creditori strategici, la possibilità di prosecuzione o stipulazione di contratti con la Pubblica Amministrazione eccetera.

Accanto alle disposizioni ancillari, volte ad incentivare il ricorso all'istituto di cui all'art. 186 *bis* l. fall., si ritiene che la giurisdizionalizzazione del concordato, la presenza cioè di un giudice delegato e di un commissario giudiziale, non

¹⁹⁵ Cfr S. Mihm-N. Roubini, *La crisi non è finita*, Milano, Feltrinelli, 2010.

rappresenti un dato privo di riflessi pratici: si tratta di un elemento, infatti, utile a rendere il ricorso a detta disciplina, come dire, più rassicurante, laddove, peraltro, la presenza di questi organi non è prescritta nelle altre procedure concorrenti.

Non priva di importanza, ancora, è la sussistenza di una norma che scandisce i tempi per l'omologa del concordato: si assicura così, infatti, un intervento a breve termine sul dissesto dell'impresa.

Ma in che misura detti vantaggi si traducono in elementi di *appeal* per una partecipazione al concordato preventivo con continuità aziendale, laddove, nella prassi, l'impresa sembra rimanere incastrata nella prigione dorata di una procedura abbellita di agevolazioni specifiche e, dunque, lontana dalla propria libertà, il rilancio della competitività nel mercato?

Restano ancora manifesti, pertanto, quelli che possono dirsi sicuri svantaggi della materia *de qua*: l'incertezza applicativa del comma primo dell'art. 186 *bis*, 1. fall. nell'ambiguità dell'espressione *prosecuzione dell'attività d'impresa* e dell'art. 169 *bis* 1. fall., per cui si è reso necessario il formarsi di tutta una giurisprudenza; le evidenti elevate professionalità che un piano di concordato in continuità aziendale impone, giacché l'aleatorietà di un piano basato su flussi di cassa attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa si traduce in un pesante onere tecnico a carico del professionista che deve leggere i futuri andamenti dei mercati; i maggiori costi della procedura concordataria; la breccia, dall'efficacia meramente formale e non anche sostanziale, al sistema del Codice dei contratti pubblici, rappresentata dalla possibilità, per l'impresa ammessa al concordato, di partecipare a procedure di affidamento, in quanto se è vero che i contratti non si sciolgono per effetto dell'ammissione alla procedura, ebbene è altrettanto vero che, finché permane l'evidenza del concordato, quell'impresa, *de facto*, non riuscirà ad aggiudicarsi alcun contratto.

La disciplina del concordato in continuità aziendale, insomma, non rappresenta certo un fallimento nella scommessa legislativa alla realizzazione di strumenti idonei a propiziare lo sviluppo, ma, piuttosto, un territorio ancora tutto da esplorare, sperimentare e, quindi da innovare.

In un approccio diretto con la tematica del diritto della crisi d'impresa, allora, si rendono chiare le principali motivazioni che spingono ad affrontare detta disciplina, sperando di sollevare la curiosità di tutti gli operatori economici – giuristi, professionisti, magistrati e studiosi – e cercando di sollecitare nuovi e costruttivi contributi, necessari per poter portare a compimento un progetto di perfezionamento, sotto il profilo giuridico-aziendalistico, della procedura concordataria in continuità aziendale, a partire, magari, dalla creazione di un sistema di allerta: poter disporre di sistemi di controllo dello stato di salute dell'azienda, che si rivelino in grado di agevolare ed indirizzare le scelte di gestione, potrebbe rappresentare quel primo passo verso uno sviluppo sempre più sostenibile del nostro universo economico.

Bibliografia

- Amatore R., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2013;
- Amatore R., *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità*, in www.ilfallimentarista.it, 6/9/2013;
- Ambrosini S., *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Fallimento ... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza: aggiornato con il D. lgs. n. 169/2007 in vigore dal 1 Gennaio 2008*, in Panzani L. (a cura di), Milano, Ipsoa, 2008;
- Ambrosini S., *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, www.ilcaso.it/articoli, doc. n. 306/2012, 21/08/2012;
- Ambrosini S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it/articoli, 4 agosto 2013;
- Apice U.–Mancinelli S., *Commento sub art. 161 l. fall.*, in *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2008;
- Apice U. (diretto da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2011;
- Arato M., *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in Bonelli F. (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2011;
- Arato M., *Speciale D.L. Sviluppo-Il concordato preventivo con continuità aziendale*, www.ilfallimentarista.it, 03/08/2012;

- Arato M., *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, Giappichelli, 2013;
- Assonime, *Circolare N. 12/2014, Decreto legge Destinazione Italia: le novità in materia di crisi aziendale*;
- Audino A., *sub art. 160 l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Maffei Alberti (a cura di), Padova, Cedam, 2013;
- Baldassarre-Pereno, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in www.Ilfallimentarista.it, 03/08/2012;
- Balducci C., *Il trasferimento di azienda delle imprese in concordato preventivo e in ristrutturazione del debito*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro*, 2013;
- Benassi F., *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l. f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente (breve nota di commento ad Appello Venezia, 20 novembre 2013)*, doc. 1/1/2014, in www.ilcaso.it;
- Benassi F., *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il compito dell'imprenditore di dar forma alla proposta e alla tutela del terzo contraente*, doc. 11/4/2014, in www.ilcaso.it;
- Benvenuto G., *Speciale D.L. Sviluppo-Quadro sintetico delle novità in materia concorsuale introdotte con il D.L. 22 Giugno 2012*, www.Ilfallimentarista.it, 06/09/2012;
- Bonfatti S., *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it/articoli, 28 ottobre 2013;

- Bonfatti S., *Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione della crisi d'impresa : punti di forza e punti di debolezza a sei anni dalla riforma*, Milano, Giuffrè, 2013;
- Bonfatti-Falcone, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Bonfatti S., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione della crisi e del sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Borsari R., *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, Editore Luca Santa Maria, 1/2013;
- Bottai L.A., *Misure per facilitare la gestione della crisi aziendale*, in *Il Fallimento*, 08/2012, 961;
- Bottai L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 03/08/2012;
- Bottai L.A., *L'evoluzione della figura dell'attestatore. Ruolo e requisiti di indipendenza e professionalità*, in *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, N. B. Clerici-L. A. Bottai-C. Pagliughi (a cura di), Milano, Giuffrè, 2014;
- Bozza G., *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 4/2012;

- Cassandro T. E., *Il piano concordatario e il suo contenuto*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, Torino, Giappichelli, 2011;
- Cavallini C. (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, Egea, 2010, vol. II;
- Cavallini C., *Il concordato preventivo in continuità e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, www.ilfallimentarista.it, 21/01/2013;
- Censoni P. F., *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009;
- Censoni P. F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, doc. 11/3/2013, in www.ilcaso.it;
- Clerici N. B. - Bottai L. A. - Pagliughi C. (a cura di), *Il professionista attestatore: relazioni e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Danovi A., *La continuazione dell'esercizio d'impresa : tra vincoli giuridici e tematiche valutative*, in *La valutazione delle aziende*, n.35/2004;
- D'Attorre G., *sub. art. 177 l. fall.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, (a cura di) A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, Torino, Giappichelli, 2014;
- Del Rosso F.G., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto delle procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2013;

- Didone A., *Le Sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Le procedure di composizione della crisi e del sovra indebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014;
- D'Orazio L., *Le procedure di negoziazione della crisi d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2013;
- D'Orazio L., *L'ammissibilità della domanda di concordato preventivo con proposta di dilazione di pagamento ai creditori prelaionari*, in *il Fallimento*, 2014;
- Fabiani M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, www.ilcaso.it/articoli. n.303/2012, 01/08/2012;
- Fabiani M., *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, sez. dottrina ed opinioni, in www.ilcaso.it, 11/3/2013;
- Fabiani M., *Dai principi generali alla falcidiabilità di tutti i crediti tributari*, in www.ilcaso.it, 23/7/2013;
- Ferro M. (a cura di), *La legge fallimentare, Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, disposizioni integrative e correttive*, Padova, Ipsoa, 2008;
- Ferro M., *Commento all'art. 161 l. fall.*, in *La legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2011;
- Ferro M., Bastia P., Nonno G.M. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione: la soluzione negoziata della crisi*

d'impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali, Milano, Ipsoa, 2013;

- Ferro M., *La legge fallimentare*, Padova, Wolters Kluwer Italia Srl, 2014;
- Falagiani M., *Il pagamento autorizzato di debiti anteriori nel concordato preventivo. Il nuovo art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.*, in *Il Fallimento*, 7/2014;
- Galletti D., Panizza A., Danovi A., Ferri A., Riva P., Cesare F., Quagli A. (a cura di), *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2013;
- Italia, *Legge fallimentare 2013 : 16 Marzo 1942 n. 267: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta*, *Il Fisco*, Roma, 2013;
- Lamanna F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo*, in *Il Civilista-Speciale Riforma*, Milano, Giuffrè, 2012;
- Lamanna F., *Il cd decreto sviluppo : primo commento sulle novità in materia concorsuale*, www.Ilfallimentarista.it, 26/6/2012;
- Lamanna F., *La problematica relazione tra preconcordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, www.Ilfallimentarista.it; 26/11/2012;
- Lamanna F., *Il Decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, www.Ilfallimentarista.it, 18/6/2013;
- Lamanna F., *La nozione di "contratti pendenti" nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 7/11/2013;

- Lamanna F., *Il concordato con continuità aziendale*, in *GFormazione*, 17/03/2014;
- Lamanna F., *La “definitività” della degradazione al chirografo dei crediti privilegiati incapienti nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 12/5/2014;
- Leozappa A. M. , *Sul pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 18/10/2013;
- Linee guida elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti-Commissione Procedure Concorsuali;
- Lo Cascio G., *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Il Fallimento*, 1/2013;
- Lo Cascio G., *Il professionista attestatore*, in *Il Fallimento*, 11/2013;
- Lo Cascio G., in *Il codice Commentato del Fallimento*, II Edizione, Milano, Ipsoa, 2013;
- Lo Presti F., *Concordato preventivo e autorizzazioni al pagamento di crediti di lavoro subordinato maturati prima del deposito della domanda*, in www.ilfallimentarista.it, 21/6/2013;
- Luisi C., *Le attestazioni del professionista nei procedimenti di composizione della crisi*, in www.osservatorio-oci.org, 2014;
- Maffei Alberti A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 2013;

- Mandrioli L., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti S., Panzani L., Milanofiori Assago, Ipsoa, 2007;
- Mandrioli L., *Commento sub art. 160 l. fall.*, M. Ferro (a cura di), in *La legge fallimentare, Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, disposizioni integrative e correttive*, Padova, Ipsoa, 2008;
- Mihm S. - Roubini N., *La crisi non è finita*, Milano, Feltrinelli, 2010;
- Montanaro M., *Commento all'art. 108 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. Cavallini (a cura di), Milano, 2010, vol. II;
- Mucciarelli F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, in www.ilfallimentarista.it, 3/8/2012;
- Nardecchia G. B., *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, www.ilcaso.it/articoli., doc. n. 340/2013, 28 Gennaio 2013;
- Nicolai M., *I creditori privilegiati e il diritto di voto nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 6/8/2013;
- Nigro A.-Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese*, Appendice, Bologna, Il Mulino, 2012;
- Nigro A., Sandulli M., Santoro V. (a cura di) , *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2014;
- Pacchi S., *L'amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004;

- Pacchi S., *L'esecuzione del concordato preventivo con cessione di beni e di risanamento*, in *Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali nella gestione della crisi*, Milano, Giuffrè, 2013;
- Paletta A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, Ipsoa, 2013;
- Quattrocchio L.-Ranalli R., *Speciale D.L. Sviluppo-Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, www.Ifallimentarista.it, 03/08/2012;
- *Relazione Illustrativa al d.lgs. 169/2007*;
- Riva P., *L'attestazione dei piani delle aziende in crisi : principi e documenti di riferimento a confronto. Analisi Empirica*, Milano, Giuffrè, 2009;
- Riva P.-Cesare F., *La continuità aziendale nel concordato preventivo : caratteristiche, ruoli, critiche*, in *Esercizio provvisorio e strumenti alternativi per la continuità aziendale*, D. Galletti, A. Panizza, A. Danovi, A. Ferri, P. Riva, F. Cesare, A. Quagli. (a cura di), Milanofiori, Ipsoa, 2013;
- Salvioli G., *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2010;
- Sandrelli G. G., *Le esenzioni dai reati di bancarotta e il reato di falso in attestazioni e relazioni*, in *Il Fallimento*, 7/2013;

- Santacroce B., Pezzella D., *Il concordato preventivo non esclude il reato di omesso versamento IVA: quali effetti sulle sanzioni tributarie?*, in *Corriere Tributario*, 1/2014, in www.ipsoa.it;
- Serafini G., *Il sistema bancario di fronte alle recenti evoluzioni della disciplina concorsuale*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Staiano G., *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento*, Milano, Giuffrè, 2014;
- Stanghellini L., *Diritto fallimentare: ritorno all'età della pietra*, in www.lavoce.info, 08/06/2010;
- Stanghellini L., *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169 bis L.F. in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione (Breve nota di commento al Tribunale di Pistoia, 23 gennaio 2014)*, doc. 8/4/2014, in www.ilcaso.it;
- Stroppa V., *Concordato preventivo, il piano? Lo integro poi. Ma salvo gli asset*, *Italia oggi*, 05/09/2012;
- Tavormina V., *Contratti bancari e preconcordato*, in www.judicium.it, 3/12/2012;
- Tetto F., *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 6/2013;

- Tizzano R., *L'indeterminatezza del giudizio di miglioria e l'attestazione ex art. 186 bis, comma 2, lett. b), l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2014, in www.ipsoa.it;
- Trentini C., *Un primo commento "misure urgenti per la crescita del paese" e alla revisione della legge fallimentare*, www.Ilfallimentarista.it, 06/09/2012;
- Trentini C., *I concordati preventivi*, Milano, Giuffrè ed., 2014;
- Vella P., *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, in www.osservatorio-oci.org, 8/10/2012;
- Vella P., *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, doc. 320/2012, in www.ilcaso.it/articoli;
- Vella P.-Lamanna F.-Pacchi S., *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, in Ferro M.-Bastia P.-Nonno G. M. (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*, Milano, Ipsoa, 2013;
- Vella P.-Lamanna F.-Pacchi S., *Il pagamento dei crediti anteriori*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione: la soluzione negoziata della crisi d'impresa: dalla domanda al piano all'attuazione operativa. I progetti aziendali e le scelte processuali*, M. Ferro, P. Bastia, G.M. Nonno (a cura di), Milano, Ipsoa, 2013;

- Vitiello M., *Le soluzioni concordate della crisi di impresa : il nuovo concordato preventivo modello “ordinario” e modello con continuità aziendale*, Milano, Giuffrè, 2013;

www.osservatorio-oci.org

La giurisprudenza

- Tribunale di Pescara, 16 ottobre 2008, Pres., Est. Filocamo, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Sulmona, 2 novembre 2010, Pres., Est. D'Orazio, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale Bergamo, 21 novembre 2011, Est. Gaballo, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Firenze, 9 febbraio 2012, Pres. M. Grazia Damonte, Est. Settembre, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale Prato, 8 maggio 2012, Pres. Genovese, Est. Maria Novella Legnaioli, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Mantova, 28 maggio 2012, Pres., Est. Gibelli., in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012, Pres. Villani, Est. Laura De Simone, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012, Pres. Russo, Est. Jachia, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012, Pres., Est. D'Amora, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Verona, 31 ottobre 2012, Pres. Platania, Est. Fontana, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Biella, 13 novembre 2012, Pres. Tetto, Est. Angelini, in *www.ilcaso.it*;

- Tribunale di Modena, 15 novembre 2012, Pres., Est. Zanichelli., in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Bergamo, 29 novembre 2012, Pres. Alfani, Est. Gaballo, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Siracusa, 20 dicembre 2012, Pres. Veronica Milone, Est. Leuzzi, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Terni, 28 dicembre 2012, Pres., Est. Paola Vella, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Firenze, 7 gennaio 2013, Pres. Est. Mariani, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Terni, 21 gennaio 2013, Pres. Lanzellotto, Est. Paola Vella, in *www.ilcaso.it*;
- TAR Friuli Venezia Giulia, sez. Trieste, 7 marzo 2013, n.145, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Terni, 2 aprile 2013, Pres. Lanzellotto, Est. Paola Vella, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Novara, 17 aprile 2013, Pres. Quatraro, Est. Guendalina Pascale, in *www.ilcaso.it*;
- TAR Valle D'Aosta, 18 aprile 2013, n. 23, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- Tribunale di Benevento, 23 aprile 2013, Pres. Est. Monteleone, in *www.ilcaso.it*;

- Tribunale Bologna, 26 aprile 2013, Pres., Est. Liccardo, in *www.ildirittodegliaffari.it*;
- Tribunale di Padova, 9 maggio 2013, Pres. Santinello, Est. Caterina Zambotto, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Modena, 29 maggio 2013., Pres., Est. Zanichelli, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Bergamo, 7 giugno 2013, Pres., Est. Gaballo, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Brescia, 19 giugno 2013, Pres. Bitonte, Est. Spina, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Vicenza, 25 giugno 2013, Pres. Colasanto, Est. Limitone, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Como, 28 giugno 2013, Pres. Negri Della Torre, Est. Febbraro, in *www.nuovodirittofallimentare.unifi.it*;
- Tribunale di Pistoia, 9 luglio 2013, Pres. est. D'Amora, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Genova, 4 novembre 2013, Pres. Basoli, Est. Davini, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Terni, 7 novembre 2013, Pres. Lanzellotto, Est. Paola Vella, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Monza, 27 novembre 2013, Est. Buratti, in *www.ilcaso.it*;
- Tribunale di Terni, 27 dicembre 2013, Pres. Lanzellotto, Est. Paola Vella, in *www.ilcaso.it*;

- Tribunale Ravenna, 28 gennaio 2014, Est. Farolfi, in *www.ilcaso.it*;
- Cassazione Civile, 12 gennaio 2007, n. 578, in *Il Fallimento*, 2007;
- Cassazione Civile, 4 novembre 2011, n. 22931 e 22932, Pres. Proto, Est. Zanichelli, in *www.ilcaso.it*;
- Cassazione Civile, sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373, Pres. Plenteda, Est. Ceccherini, in *www.unijuris.it*.
- Cassazione Penale, 31 ottobre 2013, n. 44283, Pres. Mannino, Est. Elisabetta Rosi, in *www.ilcaso.it*;
- Cassazione Civile, 9 maggio 2014, n. 10112, Pres. Salmè, Est. Didone, in *www.ilcaso.it*.

Sitografia

- www.bancaditalia.it;
- www.osservatorio-oci.org;
- www.nuovodirittofallimentare.unifi.it;
- www.ilcaso.it;
- www.ipsoa.it;
- www.lavoce.info;
- www.ildirittodegliaffari.it;
- www.ilfallimentarista.it;
- www.unijuris.it;
- www.judicium.it;
- www.giustizia-amministrativa.it.

Ringraziamenti

Desidero ricordare tutti coloro che mi hanno aiutato nella stesura della tesi con suggerimenti, critiche ed osservazioni: a loro va la mia gratitudine, anche se a me spetta la responsabilità per ogni errore contenuto in questa tesi.

Un sentito ringraziamento alla Professoressa Stefania Pacchi per la scintilla dell'idea e per avermi offerto la straordinaria opportunità di vivere l'esperienza vera della crisi dell'impresa.

Un grazie ricco di stima ed affetto al Dott. Giovanni Angelini per avermi guidato nella stesura del presente lavoro con gioia ed entusiasmo, per avermi stimolato alla riflessione ed all'approfondimento, con serietà, rispetto e gentilezza.

Grazie ai miei genitori, senza i quali tutto ciò non poteva che essere solo un progetto, per avermi insegnato lo spirito di sacrificio, la costanza e la pazienza, per l'accuratezza e profondità di ogni loro singolo gesto.

Grazie alle mie sorelle, Stefania per l'insostituibile presenza e Maria Gabriella per l'affetto dimostratomi prendendosi cura di me.

Un ringraziamento sincero ad Angela, per la pazienza di ogni rilettura.

Grazie alla Professoressa Matarazzo per avermi trasmesso l'amore per lo studio del diritto.

Grazie a Valentina, per avermi strappato da quel perfezionismo maniacale che paralizza, per essere stata una compagna di studi, ma prima di tutto un'amica, un punto di riferimento.

Grazie a Marilù, per avermi ascoltato e per aver condiviso con me lacrime, sorrisi e momenti di felicità indescrivibile.

Un ringraziamento di cuore a tutti coloro che mi sono stati vicino in questo percorso di studi in Giurisprudenza, che hanno pazientemente compreso ogni mio "no, non posso, devo studiare" e brindato con me per ogni esame superato.