



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO

DIPARTIMENTO DI ECONOMIA, SOCIETÀ, POLITICA
Corso di Laurea Magistrale in Economia e Gestione Aziendale

IL CONCORDATO PREVENTIVO
CON CONTINUITÀ AZIENDALE

Relatore: Chiar.mo Prof.
PAOLO FELICE CENSONI

Tesi di Laurea di:
SILVIA PIERUCCI

Anno Accademico 2014-2015

www.osservatorio.oci.org

Alla mia famiglia

INDICE

INTRODUZIONE	5
1. IL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE.....	7
1.1 Le finalità del concordato con continuità aziendale.....	7
1.2 Art. 186-bis Legge Fallimentare: il concordato con continuità aziendale	9
1.3 Le agevolazioni (specifiche e generali) per la continuità aziendale	11
1.4 Le fattispecie del concordato con continuità aziendale - art. 186-bis, comma 1	13
1.4.1 Le modalità della continuazione	13
1.4.2 La problematica questione dell'affitto d'azienda.....	15
1.4.3 L'affitto d'azienda anteriore alla domanda	17
1.5 La domanda di concordato in continuità.....	18
1.5.1 Il contenuto del piano.....	18
1.5.2 L'attestazione del professionista	20
1.5.3 La prognosi della migliore soddisfazione dei creditori.....	23
1.5.4 I dati oggetto della valutazione	25
1.5.5 La falsità dell'attestazione.....	26
1.6 La moratoria nel pagamento dei creditori privilegiati	27
1.7 I contratti in corso di esecuzione e la continuità contrattuale	32
1.7.1 I contratti con la P.A.	34
1.7.2 La partecipazione alla stipula di contratti pubblici	36
1.7.3 Gli effetti della domanda di concordato preventivo sulla disciplina degli appalti pubblici.....	38
1.7.4 La cancellazione di iscrizioni e trascrizioni	41
1.8 L'esecuzione del concordato.....	42
1.9 La disciplina delle proposte concorrenti	43
1.9.1 Quali impegni il debitore può assumere per effetto di una proposta concorrente?	47
1.10 La disciplina delle offerte concorrenti	49
1.11 La revoca.....	52
2. IL RUOLO DELLE BANCHE NEL CONCORDATO PREVENTIVO	54
2.1 I finanziamenti alle imprese in crisi.....	54
2.1.1 I finanziamenti esecutivi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione	55
2.1.2 I finanziamenti funzionali all'ammissione al concordato preventivo o all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione	57
2.1.3 I finanziamenti strumentali al conseguimento degli obiettivi del piano	60
2.2 La nuova finanza "urgente"	65
2.2.1 L'utilizzo di linee autoliquidanti già in essere	66

3. ESAME DI UN CASO AZIENDALE: PIANO CONCORDATARIO DI CONTINUITÀ DI UNA S.R.L. PRESENTATO AL TRIBUNALE DI FORLÌ NEL LUGLIO 2015	68
La proposta di concordato.....	69
I progetti di sviluppo immobiliare Santa Teresa.....	71
Tempi, impegni e modalità di soddisfazione dei creditori.....	73
Ipotesi di cessione della società di Sviluppo Immobiliare Santa Teresa Srl.....	73
Ipotesi di mancata cessione della società ed assegnazione in <i>datio in solutum</i> delle azioni della società Sviluppo Immobiliare Santa Teresa ai creditori chirografari, previa trasformazione in S.p.a.	75
Costituzione della società di sviluppo immobiliare. Progetto di sviluppo immobiliare	76
Previsioni economico finanziarie.....	76
Convenienza rispetto all'alternativa del fallimento	79
 BIBLIOGRAFIA	 80
SITOGRAFIA	83

INTRODUZIONE

Il presente lavoro analizza le norme relative al concordato preventivo con continuità aziendale. Sul presupposto che la continuità aziendale possa essere nell'interesse dei creditori, il legislatore, mediante varie norme introdotte con la riforma del 2012, è intervenuto (anche) sulla disciplina del concordato preventivo. Casi di procedure di concordato preventivo nelle quali la continuità aziendale è stata mantenuta si erano avuti anche prima della riforma, e proprio le gravi criticità emerse nel corso di quelle esperienze hanno spinto il legislatore ad intervenire nella materia.

L'art. 186 bis, assieme all'art. 182 quinquies, non creano una nuova figura di concordato, limitandosi ad introdurre adattamenti allorché in pendenza della procedura di concordato vi sia esercizio dell'attività d'impresa e tale esercizio divenga parte del piano.

L'analisi di seguito riportata si suddivide in tre capitoli.

Nel primo capitolo si definiscono le finalità del concordato con continuità aziendale, con riferimento specifico all'art. 186 bis della legge fallimentare.

In tale capitolo, quindi, si analizza dettagliatamente il testo del suddetto articolo spiegando i singoli commi che lo compongono.

Il secondo capitolo affronta la tematica dei finanziamenti alle imprese in crisi esaminando singolarmente i finanziamenti esecutivi, funzionali e strumentali ed evidenziando anche la novità più significativa, ossia la cosiddetta "nuova finanza urgente".

Infine nel terzo capitolo si espone un caso aziendale, illustrando il piano concordatario di continuità di una società di capitali e riportando i fatti

giuridici salienti, nonché un prospetto della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'azienda stessa.

Un sentito ringraziamento va al Professore Paolo Felice Censoni, Docente presso la Scuola di Economia dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, per la Sua disponibilità e per aver fornito importanti indicazioni per la stesura finale della tesi.

www.osservatorio.oci.org

1. IL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

1.1 Le finalità del concordato con continuità aziendale

La possibilità di utilizzare il concordato preventivo in vista del recupero imprenditoriale era stata approfondita ed argomentata già nella vigenza del testo originario della legge fallimentare, segnalando come la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa potesse rivestire un preciso interesse dei creditori sia nel concordato in garanzia, sia in quello per cessione dei beni¹.

Il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella legge 134 del 7 agosto 2012, ha aggiunto nella legge fallimentare l'art. 186-bis con cui viene dettata una specifica disciplina per il concordato preventivo con continuità aziendale, più aderente alle necessità delle imprese che intendano proseguire la loro attività nonostante lo stato di crisi in cui sono incorse e che ritengano di possedere le caratteristiche per poterla superare mediante adeguate correzioni di rotta.

Il concordato con continuità aziendale è stato segnalato come l'innovazione più ardita della disciplina dell'istituto in esame, in quanto operante un profondo rinnovamento di concetti e di prospettive nel diritto concorsuale. E ciò per il passaggio da un sistema imperniato sul soggetto (l'imprenditore) e su una visione statica dei rapporti (i debiti e la loro garanzia patrimoniale) ad uno imperniato sull'attività (l'impresa) e su una

¹ LO CASCIO, *L'esercizio dell'impresa nel concordato preventivo*, Fall. 1999, 725.

visione dinamica dei rapporti (il ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari)².

La continuità aziendale costituisce un valore in quanto l'interruzione dell'attività può comportare una riduzione del valore del patrimonio pregiudizievole ai creditori³.

In sostanza, con la nuova norma, si è dato corso ad una sorta di “esercizio provvisorio dell'impresa” in previsione del ritorno *in bonis* della stessa impresa ovvero del trasferimento dell'attività aziendale “in esercizio”⁴.

La continuità aziendale, inoltre, in base al documento 570 sulla continuità aziendale elaborato dalla Commissione paritetica per i principi di revisione, implica che l'impresa sia “in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro, senza che vi sia né l'intenzione, né la necessità di metterla in liquidazione, di cessare l'attività o di assoggettarla a procedure concorsuali”.

Anteriormente all'introduzione della nuova figura, la giurisprudenza aveva analogamente ritenuto che la continuità aziendale implicasse necessariamente l'equilibrio economico, inteso come capacità del sistema aziendale di garantire un'adeguata remunerazione dei fattori produttivi, senza accontentarsi del solo dato del rapporto tra ricavi e costi. Al fine di valutare la sussistenza della continuità aziendale, occorre procedere all'analisi della situazione finanziaria, in quanto essa mira a valutare l'equilibrio finanziario, ossia la sincronia fra entrate ed uscite connesse allo svolgimento della gestione, in modo che le attività finanziarie a breve ed a

² TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, *Dir. Fall. S. C.* 2013, I, 1.

³ PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, *Fall.* 2014, 191 ss.

⁴ AMATORE, *Concordato con continuità e requisiti di ammissibilità*, www.ilfallimentarista.it.

media scadenza devono essere sufficienti a coprire i debiti a breve ed a media scadenza⁵.

1.2 Art. 186-bis Legge Fallimentare: il concordato con continuità aziendale⁶

L'art. 186-bis dispone che:

“Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Nei casi previsti dal presente articolo:

- a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera 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 finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;*
- b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;*
- c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, 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*

⁵ Trib. Milano 7.5.2012, *Soc.* 2012, 839.

⁶ Articolo aggiunto dall'art. 33, c. 1, lett. h), d.l. 22.6.2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.2012, n. 134; per l'applicazione di tale disposizione, vedi l'art. 33, c. 3 del medesimo d.l. n.83/2012.

tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.

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. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale⁷.

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

- a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;*
- b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è*

⁷ Comma inserito dall'art. 13, c. 11-bis, d.l. 23.12.2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.2.2014, n. 9.

impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in 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. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.

Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.”

1.3 Le agevolazioni (specifiche e generali) per la continuità aziendale

La continuità aziendale è facilitata da sette agevolazioni normative (non tutte contemplate dall'art. 186 bis), quattro delle quali sono un'esclusiva del concordato con continuità, mentre le altre tre sono comuni a tutte le forme di concordato⁸.

⁸ VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, Fall. 2013, 657.

Sono state introdotte esclusivamente in funzione del concordato con continuità aziendale:

1. la “continuità contrattuale” (art. 186 bis, comma 3), consistente, da un lato, nella “sterilizzazione” del deposito della domanda come possibile causa di risoluzione del contratto secondo i principi generali del codice civile, e dall’altro nella previsione dell’inefficacia di clausole contrattuali che espressamente prevedano lo scioglimento del contratto come conseguenza della sottoposizione del debitore a una procedura concorsuale. Ciò al fine di non compromettere i benefici derivanti dai contratti in corso di esecuzione alla data del deposito della domanda;
2. la norma in questione si applica anche con riferimento ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, purché il debitore presenti una relazione con cui un professionista indipendente attesta che il contratto medesimo è coerente con il piano di concordato depositato ai sensi dell’art. 161, comma 2, lett. e), e che il debitore, alla luce di tale piano e delle eventuali circostanze sopravvenute dopo il suo deposito, è ragionevolmente in grado di adempiere le obbligazioni che derivano dal contratto. Sempre con riferimento ai contratti pubblici, un’analoga relazione consente al debitore che ha presentato un concordato con continuità aziendale (e che abbia già presentato il piano) di partecipare a procedure per la loro assegnazione, cosa che è normalmente preclusa ai soggetti sottoposti a procedure concorsuali;
3. la possibilità di prevedere, nella proposta di concordato, una “moratoria fino ad un anno dall’omologazione” per il pagamento dei creditori prelatizi (art. 186 bis, comma 2, lett. c);

4. la possibilità di pagare i fornitori strategici per la continuazione dell'attività d'impresa per crediti anteriori da essi vantati.

Sono invece agevolazioni generali, che facilitano il ricorso al concordato con continuità aziendale, ma non la presuppongono.

Oggi c'è un ulteriore beneficio: l'esenzione dalla percentuale minima di soddisfacimento del venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari (nuovo 4° comma dell'art. 160);

5. la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione (art. 182 sexies) in conseguenza del deposito di una domanda di concordato preventivo;

6. la possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili in pendenza di un concordato preventivo (art. 182 quinquies, commi 1,2 e 3);

7. la possibilità di sciogliere selettivamente i contratti onerosi (art. 169 bis).

1.4 Le fattispecie del concordato con continuità aziendale - art. 186-bis, comma 1

1.4.1 Le modalità della continuazione

Il comma 1 della norma stabilisce che il concordato con continuità aziendale ricorre quando il piano di concordato *“prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione”*, disponendo, tuttavia, che *“può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa”*.

Queste sono le ipotesi tipizzate di continuità aziendale che non pongono particolari problemi interpretativi quanto alla loro individuazione e mettono in luce la prevalenza dell'elemento oggettivo della continuazione.

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

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

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

Il concordato preventivo si qualifica in concordato liquidatorio, in via residuale, in tutti quei casi in cui "non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione dei singoli beni senza alcuna valorizzazione sistemica di tutti o di parte degli stessi".

L'elencazione, secondo la dottrina, non ha carattere tassativo, dovendo ritenersi sussistente la prosecuzione dell'attività anche qualora l'impresa sia attribuita a una diversa società mediante scissione e, comunque, in tutti i casi in cui si abbia continuità "anche se in modo parziale", in relazione solo

ad un ramo aziendale, nonché quando la continuità aziendale sia mantenuta a livello ridotto di attività⁹.

La formulazione dell'art.186-bis, di certo, non ha favorito l'opera degli studiosi e degli operatori del diritto, che a vario titolo si occupano della materia, nell'individuazione di un'interpretazione univoca.

In dottrina e in giurisprudenza, soprattutto di legittimità, si sono formati orientamenti diversi che da un lato, muovendo dal dato letterale, valorizzano la continuità sotto il profilo oggettivo e dall'altro, seguendo una lettura sistematica delle norme, propendono per una definizione in cui l'elemento soggettivo è rilevante.

La discussione sulla corretta definizione, o meglio, della corretta qualificazione del concordato in continuità è ancora oggi, dopo quasi tre anni dalla sua introduzione, molto accesa.

1.4.2 La problematica questione dell'affitto d'azienda

Tra le fattispecie più controverse va ricordata quella della prosecuzione mediante affitto d'azienda.

Secondo un primo indirizzo, la continuità sussisterebbe soltanto nei casi della prosecuzione "diretta", restando invece esclusa nel caso dell'affitto dell'azienda. In quest'ultima, posto che l'imprenditore che concede in affitto l'azienda si limita a percepire il relativo canone, le condizioni di rischio concernerebbero, infatti, l'attività svolta dall'affittuario, ma non

⁹ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

Trib. Mantova 11.7.2014, www.ilcaso.it, il concordato proposto dalla società in stato di insolvenza può qualificarsi concordato con continuità aziendale, ex art. 186 bis L.F., nell'ipotesi in cui sia prevista una scissione parziale della società in concordato ed assegnazione ad una società preesistente dei beni in proprietà della proponente, con soddisfazione dei creditori mediante il reddito generato dalla nuova impresa, nonché mediante la vendita dei beni non necessari per la prosecuzione dell'attività d'impresa e l'incasso dei crediti.

ricadrebbero sui creditori concordatari, almeno allorché sia convenuto un compenso determinato in misura fissa, non parametrato sull'andamento dell'attività svolta dall'affittuario, con la conseguenza che non avrebbe allora senso imporre l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura, nonché l'attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori¹⁰.

In contrario, è stata, invece, ritenuta riconducibile alla continuità aziendale anche la gestione "indiretta" dell'azienda realizzata mediante affitto, sottolineando che, qualora il relativo canone sia previsto in misura variabile, ovvero in misura fissa, ma non adeguatamente garantita, la fattispecie del piano in continuità e la sua funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori richiedono anche una valutazione prospettica dell'andamento della gestione dell'affittuario¹¹. A conforto della

¹⁰ Trib. Terni 28.1.2013, www.osservatorio-oci.org, nell'ambito del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis L.F., la esplicita previsione del requisito della "cessione di azienda in esercizio" consente di escludere che il concordato con continuità possa essere attuato tramite la distinta ipotesi dell'affitto di azienda.

Trib. Busto Arsizio 1.10.2014, www.ilfallimentarista.it, sono da escludere dal novero della continuità aziendale tutte le fattispecie concordatarie caratterizzate dalla presenza di un contratto di affitto d'azienda. In particolare, non rientrano nella nozione di concordato con continuità aziendale le ipotesi in cui tale contratto, sia pure corredato da un impegno irrevocabile di acquisto da parte dell'affittuario, sia stato stipulato prima del deposito della domanda ex art. 161 L.F. o comunque prima dell'omologazione, atteso che il piano così strutturato non potrà contemplare l'esercizio dell'impresa come elemento di acquisizione del fabbisogno per il soddisfacimento dei creditori e posto che la cessione dell'azienda avverrà quando questa non sarà più in esercizio da parte del debitore. Il concordato può, infatti, essere ricondotto all'istituto di cui all'art. 186bis L.F. in tutte le ipotesi in cui il debitore prosegue nell'esercizio dell'impresa dopo l'omologazione: in via temporanea perché in vista di una cessione (anche eventualmente preceduta dall'affitto purché lo stesso intervenga dopo un periodo di gestione da parte del debitore) o in via definitiva perché in prosecuzione diretta in vista di un risanamento.

DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, www.ilfallimentarista.it.

¹¹ Trib. Bolzano 27.2.2013, www.osservatorio-oci.org, l'articolo 186 bis L.F., il quale disciplina il concordato con continuità aziendale, nel prevedere la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, non distingue tra attività esercitata direttamente ed attività esercitata indirettamente dal debitore imprenditore, con la conseguenza che quella di affitto di azienda deve necessariamente ritenersi compresa nell'esercizio dell'attività di impresa e che l'affitto di azienda può rientrare in una delle ipotesi di continuità espressamente previste dal citato articolo 186 bis..

Trib. Roma 24.3.2015, *Fall.* 2016, 79, a seguito dell'introduzione dell'art. 186 bis l.fall., anche il concordato c.d. con continuità indiretta è ascrivibile alla categoria a quello con continuità aziendale,

riconducibilità dell'affitto alla prosecuzione dell'attività, si è affermato che l'affittante conserva la qualità di imprenditore ed è onerato della tenuta della contabilità, dei relativi costi e ricavi. Inoltre, avendo il legislatore ricondotto alla continuità anche la cessione dell'azienda, in cui il cedente addirittura perde la qualità di imprenditore, il carattere tipicizzante del concordato preventivo andrebbe individuato nella prosecuzione dell'attività di impresa anche nel caso dell'affitto¹².

1.4.3 L'affitto d'azienda anteriore alla domanda

Questione ulteriore è quella concernente la qualificazione come in continuità, ovvero liquidatorio, del concordato preventivo proposto dopo che i rami aziendali sono stati affittati a terzi, risolta da un orientamento in senso positivo sul rilievo che in questa ipotesi l'attività imprenditoriale non cessa, ma prosegue secondo una modalità tecnica analoga alla allocazione dell'azienda presso altri (soggetto cessionario, o conferitario), di natura temporanea, in quanto destinata alla retrocessione nel suo patrimonio¹³.

L'affitto di azienda anche se anteriore alla presentazione della domanda, in quanto funzionale al trasferimento dell'impresa con mantenimento in esercizio della stessa, costituirebbe null'altro che una modalità (temporanea) di esercizio dell'attività imprenditoriale. Peraltro, è stato ritenuto che il

dovendosi avere riguardo alla prosecuzione della vita dell'azienda sia che questa venga mantenuta in capo all'originario imprenditore sia che si trasferisca a terzi affittuari o acquirenti, mentre le operazioni straordinarie (cessione, affitto, conferimento aziendale), seppure volte ad un mutamento della originaria compagine aziendale, ed anche in mancanza di espressa indicazione da parte del ricorrente, vanno ricondotte all'ambito della continuità sotto forma di risanamento traslativo indiretto.

¹² PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, Fall. 2014, 191 ss.

Trib. Mantova 19.9.2013, www.ilcaso.it, può rientrare nella previsione dell'art. 186 bis L.F. l'ipotesi in cui prima della presentazione della domanda di concordato la proponente abbia affittato l'azienda in esercizio, contemplando nel piano la prosecuzione dell'attività per mezzo della cessione dell'azienda.

STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

¹³ PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, Fall. 2014, 191 ss.

contratto di affitto è compatibile con lo strumento del concordato con continuità aziendale quando sia propedeutico alla successiva cessione dell'azienda, che deve essere prevista come obbligatoria nella proposta di concordato, dato che solo in tal caso rientrerebbe nell'ipotesi della cessione d'azienda direttamente disciplinata dalla norma dell'art. 186-bis¹⁴.

In contrario, è stato osservato che qualora l'affitto sia anteriore alla domanda, la continuità non vi è mai stata e non si applica la norma in esame, benché il piano, “secondo le regole generali e le buone prassi, deve indicare se l'andamento dell'impresa affittata incida sulla soddisfazione dei creditori” ed analogo valutazione va fatta dal professionista che redige la relazione ex art. 161, c.3¹⁵.

1.5 La domanda di concordato in continuità

1.5.1 Il contenuto del piano

La preoccupazione per un eventuale aggravio del disavanzo che può comportare la prosecuzione dell'attività ha suggerito al legislatore di stabilire un'integrazione della documentazione che deve corredare la domanda di concordato.

¹⁴ Trib. Patti 12.11.2013, *Fall.* 2014, 114, ove l'imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria - avanzata ai sensi dell'art. 186 bis L.F. - e in quest'ultima si preveda la prosecuzione dell'attività per mezzo dell'affittuario della stessa azienda, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non può trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'art. 186 bis L.F., non potendo qualificarsi la fattispecie come concordato con continuità aziendale.

Trib. Bolzano 10.3.2015, *Fall.* 2016, 84, l'affitto stipulato prima della presentazione della domanda di concordato, come quello da stipularsi in corso di procedura concordataria non è, ove vi sia la previsione di successiva cessione dell'azienda in esercizio, di ostacolo all'applicabilità della disciplina tipica del concordato in continuità.

¹⁵ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *Fall.* 2013, 1222 ss.

La prima integrazione riguarda la modalità di redazione del piano dell'art. 161, c. 2, lett. e).

La norma in esame stabilisce infatti che, quando è proposta una domanda di concordato in continuità, detto piano 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 finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura”*.

Il debitore deve cioè indicare quali siano i risultati attesi da tale attività e come essa possa essere in concreto finanziata, per tutto il periodo in cui la continuazione dell’impresa sia rilevante per i creditori.

La disposizione mira a fornire ai creditori adeguata evidenza, anche sotto il profilo economico e patrimoniale, delle conseguenze della continuazione aziendale, affinché essi possano soppesare con attenzione e cognizione di causa l’ammontare delle risorse destinate a tale scopo e, pertanto, sottratte all’immediato soddisfacimento dei creditori.

In particolare, è necessario che il piano risponda a quattro requisiti:

1. credibile, con esposizione di obiettivi raggiungibili;
2. sostenibile, sotto il profilo della gestione finanziaria ed imprenditoriale degli obiettivi;
3. verificabile, con indicazione del dettaglio dei fattori determinanti dei ricavi e dei costi in modo tale che siano comprensibili le variazioni, anche i termini di migliori performances, rispetto agli anni precedenti;
4. motivato, con esatta e chiara specificazione delle azioni (ad esempio, riduzione dei costi, discontinuità manageriale e riconversione del

business) che consentano il raggiungimento degli obiettivi fissati¹⁶.

Occorre, dunque, predisporre un piano industriale che contempli la prosecuzione dell'attività per un arco di tempo che consenta di svolgere previsioni ragionevoli, funzionale all'acquisizione delle risorse necessarie¹⁷.

In mancanza dell'analitica indicazione dei ricavi e costi attesi difettano i presupposti per qualificare un concordato in continuità.

Peraltro, va segnalato che, secondo una recente pronuncia, il concordato con continuità aziendale, con riferimento alla proposta, è catalogabile generalmente come concordato con garanzia e, quindi, comporta l'“obbligo del debitore di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti”¹⁸.

Ora l'art. 160, c. 4, dispone che *“in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*¹⁹.

1.5.2 L'attestazione del professionista

¹⁶ COVINO-JANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva*, www.ilfallimentarista.it.

¹⁷ FABIANI, *Concordato preventivo*, in SCIALOJA-BRANCA-GALGANI, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna 2014.

¹⁸ Trib. Monza 13.2.2015, www.ilcaso.it, il concordato con continuità aziendale è generalmente catalogabile come concordato con garanzia, con obbligo del debitore di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti e con potere di controllo del commissario in relazione al pagamento nei termini della percentuale concordataria.

¹⁹ Comma aggiunto dall'art. 4 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 in sede di conversione con la L. 6 agosto 2015 n. 132, entrata in vigore il 21 agosto 2015. La modifica si applica ai procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente alla entrata in vigore della citata legge di conversione.

Un altro punto focale su cui vale la pena di soffermarsi è la lett. b) del secondo comma dell'art. 186-bis, con la quale il legislatore stabilisce che *“la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”*.

In questo modo, al professionista si chiede di ridurre l'asimmetria informativa tra il tribunale e il debitore, validando le affermazioni di quest'ultimo allorché espone i suoi creditori alle incertezze e ai rischi della continuità aziendale.

Il professionista dovrà quindi attestare non che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al soddisfacimento del ceto creditorio, ma che è funzionale al miglior soddisfacimento dello stesso.

È stata, peraltro, ritenuta ammissibile una continuità aziendale temporanea, e cioè volta ad eseguire progetti o contratti specifici che portino favorevoli risultati ai creditori, sotto forma di incasso di somme, ma anche di conservazione del valore degli *assets* aziendali in vista di una successiva liquidazione o cessione a terzi, con quanto ne consegue in termini di soddisfacimento dei creditori²⁰.

L'accertamento implica una verifica dell'idoneità del concordato con continuità a consentire percentuali di realizzo più favorevoli rispetto a quelle ipotizzabili all'esito della liquidazione atomistica in sede concordataria ovvero in sede fallimentare²¹.

La valutazione comparativa necessaria per stabilire quale sia il “miglior soddisfacimento” dei creditori, va quindi effettuata comparando la prospettiva del pagamento ai creditori in ipotesi di prosecuzione dell'attività (anche se in realtà la soddisfazione dei creditori è concetto più

²⁰ Trib. Ravenna 19.8.2014, www.ilcaso.it.

²¹ CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato preventivo con continuità aziendale*, www.ilfallimentarista.it.

ampio del pagamento, potendosi ottenere anche nelle forme dell'assegnazione) e quella del pagamento in caso di cessazione dell'attività, e quindi nell'ottica meramente liquidatoria²².

La *ratio* sottostante, è rinvenibile nel fatto che il valore economico di un'impresa attiva ed in funzionamento è maggiore di quello di un'impresa che sciolga tutti i rapporti in essere e che entri nella fase liquidatoria, nella quale il valore economico dell'attivo, considerato in modo disaggregato, risulta ovviamente inferiore rispetto a quello di un complesso aziendale organizzato ed in fase di funzionamento, considerata anche la capacità di quest'ultimo di produrre redditi futuri²³.

Il professionista attestatore, nell'ambito del suo incarico, dovrà pertanto verificare che dal piano emerga, previo esame dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, che vi siano risorse finanziarie sufficienti a coprire il fabbisogno, quindi che vi sia un equilibrio nella situazione finanziaria.

Tale verifica, pertanto, verterà sui seguenti elementi contenuti nel piano:

- risultati reddituali degli ultimi tre/cinque anni;
- ragioni della crisi e relative misure di superamento;
- valutazioni circa la realizzabilità delle misure e dei risultati attesi;
- conti economici previsionali (arco temporale di tre/cinque anni);
- flussi di cassa (arco temporale di tre/cinque anni);

²² ZENATI, *Il concordato in continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, www.ilfallimentarista.it.

²³ Il valore di mercato di un'attività economica dipende in larga misura dalla sua capacità di produrre flussi di cassa, e dunque tale valore è connesso alla misurazione dei flussi finanziari attesi. Di conseguenza, il valore delle immobilizzazioni materiali, in caso di concordato liquidatorio, è inferiore al valore di funzionamento, mentre quello delle immobilizzazioni immateriali risulterebbe quasi azzerato nel primo caso. Tuttavia può ritenersi ugualmente suscettibile di una migliore soddisfazione dei creditori anche la prosecuzione dell'attività aziendale in perdita, nel caso in cui sia prevista la cessione del complesso in funzionamento, ove ciò comporti comunque il mantenimento di un valore del complesso aziendale (anche nel confronto con quello dei beni visti in modo disaggregato) di gran lunga superiore all'ipotesi della liquidazione.

- stati patrimoniali previsionali.

Nella già citata nozione di miglior soddisfacimento dei creditori sembrerebbero rientrare parametri di valutazione non diversi da quelli della percentuale finale offerta ai medesimi; pertanto, dato che nel caso di concordato con continuità aziendale, l'attestazione dovrà contenere una valutazione in merito alla funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa al miglior soddisfacimento dei creditori, è opportuno che la relazione esponga una comparazione tra le percentuali di soddisfacimento del ceto creditorio in ipotesi di continuità (con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, con cessione dell'azienda in esercizio o con conferimento dell'azienda in una o più società) e quelle in ipotesi di liquidazione dell'intero patrimonio della società debitrice²⁴. O che, comunque, rappresenti un percorso logico tale da consentire una ragionevole certezza, seppure non quantificabile con esattezza, sulla preferibilità del concordato con continuità rispetto a quello liquidatorio in relazione al migliore soddisfacimento dei creditori.

La relazione del professionista deve dunque essere idonea ad assolvere la funzione certificativa cui è diretta, mettendo in evidenza le percentuali di soddisfazione dei creditori e deve fornire ai medesimi tutte le informazioni necessarie all'espressione di un consenso realmente consapevole ed informato.

1.5.3 La prognosi della migliore soddisfazione dei creditori

²⁴ Trib. Milano 16.3.2013, *www.ilcaso.it*, secondo cui ove il piano di concordato presentato configuri una proposta di concordato con continuità aziendale, con applicazione del disposto dell'art. 186-bis, l'attestazione dovrà necessariamente contenere una valutazione in ordine alla funzionalità della prosecuzione dell'attività al migliore soddisfacimento dei creditori. Deve pertanto contenere una chiara comparazione tra le percentuali di soddisfacimento che deriverebbero dall'immediata liquidazione del patrimonio (intero) della società debitrice e quelle prospettate con la proposta in esame.

Secondo la dottrina, il compito del professionista è complesso, tuttavia non richiede che egli debba fornire prospettive assolutamente certe, ma solo indicare i dati che consentono di ritenere sussistente una ragionevole probabilità della funzionalità della prosecuzione dell'attività a garantire il miglior soddisfacimento dei creditori²⁵.

In buona sostanza, egli deve operare “una comparazione tra la prosecuzione dell'attività come prospettata nel *business plan* della società che prosegue l'attività e come recepita nel piano concordatario e un'altra situazione concretizzabile, alternativa al concordato proposto”, che non può che essere quella della liquidazione dei beni in sede concorsuale, “visto lo stato di insolvenza in cui si trova l'impresa e visto che altre alternative non sono nella pratica realizzabili”.

La giurisprudenza ha, quindi, osservato che tale attestazione, rivolgendosi in una valutazione sulla realizzabilità di eventi futuri, non può non scontare margini di incertezza o ipoteticità, al punto che una asseverazione che attestasse, senza margine di dubbio alcuno, la realizzabilità di un piano concordatario potrebbe addirittura apparire sospetta. Ciò che rileva, tuttavia, è il modo con il quale gli eventi futuri e incerti vengono contemplati e valutati dall'asseveratore. Egli deve svolgere una motivazione adeguata e completa che, pur senza negare l'esistenza di margini di incertezza, dia contezza delle ragioni che fondano un giudizio di verosimiglianza in ordine al fatto che quell'evento possa in futuro realmente realizzarsi²⁶, spettando al professionista non solo attestare la veridicità dei dati aziendali, ma argomentare con puntualità e coerenza logica la convenienza del concordato per i creditori.

²⁵ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

²⁶ Trib. Roma 25.7.2012, Fall. 2013, 748.

Le verifiche di veridicità e fattibilità del professionista vanno, quindi, condotte non solo sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica attuale, ma anche su quella prospettica (*budget*) riferita all'arco temporale entro il quale verrà adempiuta la proposta concordataria²⁷.

1.5.4 I dati oggetto della valutazione

La previsione della funzionalità della prosecuzione dell'attività al miglior soddisfacimento dei creditori ha indotto a ritenere che la formulazione del giudizio da parte dell'attestatore non possa prescindere dalla valutazione dei diritti dei crediti anteriori, in quanto soltanto se sussista anche per costoro una convenienza è possibile proseguire l'attività aziendale, anziché privilegiare ipotesi liquidatorie²⁸.

A questo scopo occorre, quindi, fornire ai creditori i dati utili a verificare se l'opzione concordataria sia più soddisfacente rispetto a quella della liquidazione anche fallimentare, benché la previsione non possa essere contestata adducendo prospettive incerte di miglior realizzo dell'attivo rispetto alle prospettive certe di cessione d'azienda ipotizzate dal piano. Inoltre, può essere preferibile conservare l'attività aziendale, nonostante la continuazione in perdita dell'attività, qualora questa sia controbilanciata dal maggior valore conseguito evitando la svalutazione degli *assets* che compongono l'azienda.

L'eccessiva dilatazione dei tempi è stata giudicata incompatibile con l'esigenza di garantire un riequilibrio, che dovrebbe essere realizzato in un tempo non superiore a 3/5 anni.

²⁷ ZOCCA, *L'attestazione nel concordato in continuità. Un quadro riassuntivo sui criteri che il professionista deve seguire*, www.ilfallimentarista.it.

²⁸ BOSTICCO, *Evoluzione del concordato dopo il decreto Sviluppo*, *Fall.* 2014, 707.

Tale forbice temporale è stata giustificata con la considerazione che la riduzione del tempo di durata della procedura riduce il rischio della previsione degli sviluppi futuri e, quindi, ad una previsione di tempi più ampi dovrebbe accompagnarsi un'adeguata motivazione e la predisposizione di misure in grado di prevenirlo.

In un caso in cui l'attestazione è stata resa da un esperto diverso da quello che aveva redatto la relazione sul piano ex art. 161 la giurisprudenza ha censurato tale diversità, in quanto il nuovo attestatore si era limitato a prendere le mosse dalla altrui precedente relazione senza ripetere la verifica di fattibilità²⁹.

1.5.5 La falsità dell'attestazione

L'art. 236 bis, prevede una nuova fattispecie di reato, il falso in attestazioni e relazioni, rivolto al professionista, designato dal debitore, che nel corso delle relazioni di cui agli artt. 67, c. 3, lett. d), 161, c. 3, 182 bis, 182 quinquies, 182 septies e 186 bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti; è inoltre previsto un aumento della pena per i casi in cui il professionista al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri ovvero se tali comportamenti cagionino un danno ai creditori, adotti tali condotte.

Detta previsione comporta il rafforzamento del ruolo del professionista indipendente, grazie alla responsabilizzazione del medesimo, nel quadro di una concezione volta a superare l'impostazione tradizionale delle disposizioni penali nella materia fallimentare, in favore di fattispecie

²⁹ Trib. Mantova 17.10.2013, www.ilcaso.it.

funzionali a garantire la soluzione concordata della crisi d'impresa, ma presidiate da misure idonee a garantirne la correttezza³⁰.

Con riguardo al concordato con continuità aziendale (art. 186 bis, comma 2, lett. b) è infatti imposto al professionista di integrare la relazione ex art. 161, comma 3, con l'attestazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori³¹; l'art. 182 quinquies, invece, nel prevedere la possibilità, per il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato, di chiedere al tribunale di essere autorizzato al pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, introduce la necessità dell'attestazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 terzo comma lett. d) che tali prestazioni siano essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori.

1.6 La moratoria nel pagamento dei creditori privilegiati

L'art. 186 bis, c. 2, lett. c), dispone che il piano di concordato con continuità aziendale *“può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, 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”*.

³⁰ CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, Fall. 2014, 1116.

³¹ E anche di attestare *“la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto”* in caso di continuazione di contratti pubblici in corso di esecuzione alla data di deposito della domanda di concordato (art. 186 bis, comma 3) nonché ai fini della partecipazione dell'impresa ammessa al concordato a procedure di assegnazione di contratti pubblici (art. 186 bis, comma 4, lett. a).

Si tratta di una previsione coerente con la concezione che i creditori assistiti da prelazione devono essere pagati immediatamente dopo il decreto di omologazione, fatti salvi i tempi tecnici della liquidazione laddove sia prevista la cessione dei beni su cui grava il privilegio³².

Fatto salvo quanto disposto dall'art. 160, c. 2, che prevede la soddisfazione non integrale dei creditori privilegiati (purché il piano ne preveda una soddisfazione in misura non inferiore al valore ottenibile dai beni, sui quali sussiste la causa di prelazione, in caso di liquidazione) è, quindi, possibile, una moratoria per il pagamento dei medesimi, entro un anno dall'omologazione, a meno che il piano non preveda la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussista la causa di prelazione; in tale caso infatti sarebbe legittima un'estensione della durata della moratoria, considerata la finalità dell'attività liquidatoria ed i tempi tecnici necessari. Peraltro, se il bene viene liquidato entro l'anno, non ha senso aspettare la scadenza dell'anno e a quel punto il creditore deve essere soddisfatto.

La moratoria è strumentale rispetto allo scopo di agevolare la continuazione dell'attività, che configura una forma indiretta di sostegno finanziario al piano.

Qualora il piano preveda la moratoria, i creditori muniti di cause di prelazione non hanno diritto di voto ed il pagamento integrale, entro un anno dall'omologazione, è equiparato, sotto il profilo dell'esclusione dal diritto di voto, alla soddisfazione integrale dei creditori privilegiati³³.

Dunque, i creditori privilegiati sono esclusi dal diritto di voto sia nel caso di soddisfacimento integrale, sia qualora sia prevista la moratoria entro un

³² LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, www.ilfallimentarista.it.

³³ Trib. Marsala 5.2.2014, www.ilcaso.it, in caso di sospensione del pagamento dei privilegiati ai sensi dell'art. 186 bis, comma 2, lett. c), e sempre che siano riconosciuti gli interessi di mora, i creditori privilegiati non votano in quanto la soluzione concordataria, prevedendo una soddisfazione comunque contenuta in tempi brevi, non disallinea la loro posizione rispetto a quanto conseguirebbero con la liquidazione fallimentare, rendendo gli stessi indifferenti all'una o all'altra soluzione.

anno, in quanto ritenuta inidonea ad incidere sul credito, così da far ritenere possibile negare loro il diritto di esprimere il proprio consenso sulla convenienza del concordato, in armonia con la previsione dell'art. 177, c. 2, costituendo un'interpretazione autentica del concetto di "integrale pagamento" stabilito da quest'ultima³⁴.

Questa disposizione costituisce una di quelle che ha posto più complessi problemi con riferimento alla configurabilità del periodo di un anno quale tempo massimo della dilazione ed all'identificazione dei creditori ai quali la stessa si applica³⁵, alla possibilità ed alle conseguenze della moratoria del pagamento superiore al termine dell'anno.

A questo proposito si richiama la Sentenza della Corte di Cassazione e il provvedimento del Giudice Delegato del Tribunale di Siena.

Secondo la Cassazione Civile, Sez. I, 26 settembre 2014, n. 20388, in materia di concordato preventivo, il pagamento dei creditori privilegiati con una dilazione superiore a quella imposta dai tempi tecnici di liquidazione dei beni gravati dalla prelazione e senza riconoscimento di interessi equivale a soddisfazione non integrale degli stessi, in ragione della perdita economica dovuta al ritardo con cui i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti. La determinazione in concreto di tale perdita, rilevante ai fini del computo del voto dei privilegiati, costituisce un accertamento in fatto che il giudice di merito deve compiere, anche alla luce della relazione giurata ex art. 160, comma 2, l.fall., tenendo conto degli eventuali interessi offerti ai creditori, dei tempi tecnici di liquidazione dei beni gravati dalla prelazione nell'ipotesi alternativa al concordato, del contenuto concreto della proposta e della disciplina degli interessi di cui agli artt. 54 e 55 l.fall.

³⁴ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

³⁵ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

CASA, *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1378.

In dottrina sono state illustrate le ragioni per le quali è ammissibile la previsione di un pagamento dilazionato dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione con riconoscimento del diritto di voto. In particolare, si argomenta che il pagamento dilazionato con riconoscimento di interessi compensativi per l'intera durata della dilazione integra un'ipotesi di "soddisfazione integrale" dei creditori relazionali, i quali sono legittimati ad esprimere il voto per l'intero ammontare dei rispettivi crediti secondo i meccanismi maggioritari³⁶.

L'ammissibilità di un siffatto trattamento di crediti assistiti da cause legittime di prelazione si fonda, nell'interpretazione fatta propria dalla Suprema Corte, sul disposto degli artt. 160, comma 2, 177, comma 3 e 182 ter l.fall.

L'art. 160, comma 2, l.fall. dispone che la proposta concordataria possa prevedere che "i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente", ferma la necessità di assicurare una soddisfazione in misura almeno pari, in ragione della collocazione preferenziale, a quella ritraibile dalla liquidazione fallimentare del bene sul quale sussiste la causa di prelazione in relazione al valore indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall.

La norma, se da un lato non preclude espressamente la soddisfazione dei creditori prelazionari in via dilazionata ovvero con mezzi diversi dal pagamento in danaro³⁷, dall'altro lato postula l'ammissibilità di forme di

³⁶ PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, Fall. 2015, 275 ss.

³⁷ NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, Fall. 2011, 233.

D'ORAZIO, *L'ammissibilità della domanda di concordato preventivo con proposta di dilazione di pagamento ai creditori prelazionari*, Fall. 2011, 453.

BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, Giur. comm. 2013, I, 1065.

adempimento dell'obbligazione distinte, per modalità e tempi, dal “pagamento integrale”, il quale, secondo la dottrina e la giurisprudenza, ricorre solo nell'ipotesi di pagamento per intero, in danaro e senza dilazione³⁸. La “soddisfazione” del credito è una modalità di estinzione dell'obbligazione distinta rispetto al “pagamento integrale”, sicché l'utilizzo della prima locuzione all'interno dell'art. 160, comma 2, l.fall. costituisce un indice della possibilità di una alterazione, non solo quantitativa, ma anche qualitativa dei crediti assistiti da cause legittime di prelazione³⁹.

Tale tesi è coerente con l'attuale formulazione dell'art. 177, comma 3, l.fall.⁴⁰, il quale, nel disporre l'equiparazione ai chirografi dei creditori prelazionari soddisfatti in misura non integrale, si riferisce alle sole ipotesi in cui la proposta concordataria preveda una falcidia quantitativa dei crediti prelatizi, lasciando impregiudicata la possibilità di una alterazione qualitativa dell'obbligazione mediante la previsione di un pagamento dilazionato⁴¹.

L'ammissibilità del pagamento dilazionato dei creditori prelazionari è altresì confermata dal disposto dell'art. 182 ter, comma 1, l.fall., il quale consente il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei crediti tributari assistiti da privilegio.

³⁸ NICOLAI, *I creditori privilegiati e il diritto di voto nel concordato preventivo*, www.ilfallimentarista.it.

AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Trattato di diritto commerciale, XI-1*, Padova, 2008, 113.

³⁹ Trib. Ravenna 19.8.2014, www.ilfallimentarista.it, secondo cui se è vero, infatti che la dilazione temporale (...) può rappresentare una forma di soddisfazione non integrale del creditore privilegiato, ebbene tale conseguenza è resa perfettamente legittima dall'art. 160 l.f., con il solo limite rappresentato dal fatto che la soddisfazione non può comunque essere deteriore rispetto a quella ricavabile da una ipotetica alternativa liquidatoria.

⁴⁰ Quale novellato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

⁴¹ MACRI', nota a Trib. Catania 27.7.2007, *Giur. comm.* 2008, II, 687, secondo cui l'art. 177, comma 3, l.fall., lungi dal precludere l'esercizio del voto ai creditori privilegiati, ne limita l'espressione soltanto nell'ipotesi in cui detti creditori vengano soddisfatti in maniera integrale e immediata, consentendo implicitamente la loro soddisfazione in misura non integrale e/o in via dilazionata con attribuzione del diritto di voto.

Tale norma è espressiva di un principio applicabile a tutti i crediti assistiti da cause legittime di prelazione, posto che sarebbe irrazionale vietare che i crediti prelatizi “ordinari” siano soddisfatti con una dilazione corrispondente a quella consentita per i crediti privilegiati erariali⁴².

1.7 I contratti in corso di esecuzione e la continuità contrattuale

La prosecuzione dell’attività d’impresa comporta inevitabilmente la prosecuzione dei rapporti pendenti.

In passato, prima delle recenti riforme della legge fallimentare⁴³, prevaleva largamente la tesi che il concordato preventivo non esercitasse alcuna influenza sui rapporti giuridici preesistenti nel senso del loro scioglimento, non ritenendosi applicabili all’istituto in esame gli artt. 72-83 l.fall., salva la facoltà del contraente *in bonis* di sospendere la propria prestazione a norma dell’art. 1461 c.c.

Con l’intervento in materia del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni con l. 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore ha dettato una regola generale: quella contenuta nell’art. 169 bis l.fall., integrato dall’art. 186 bis, 3°, 4° e 5° comma l.fall. (per l’ipotesi di concordato con continuità

⁴² BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, www.ilcaso.it, 28 ottobre 2013, 32.

ZANICHELLI, *La dilazione del pagamento dei creditori privilegiati: quando le ragioni dell’economia fanno premio su quelle del diritto*, www.ilfallimentarista.it, 26 gennaio 2015, 5 ss.

Trib. Monza 26.9.2014, www.ilcaso.it.

⁴³ BONFATTI e CENSONI, *La riforma della disciplina dell’azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 217 ss.

DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell’amministrazione controllata*, Milano, 1982.

BONSIGNORI, NARDO, LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 361 ss.

DIMUNDO e PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999.

STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivi*, Padova 2004.

aziendale) e anche (almeno in parte) dal quarto comma (ora quinto) dell'art. 182 quinquies l.fall.

In particolare, la prima delle norme sopra richiamate dispone nel primo comma che *“il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta”*.

Dunque il legislatore ne ha sì disposto la continuazione, ma nel contempo, ha concesso al debitore concordatario il potere di provocare la sospensione dell'esecuzione dei contratti per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta, o persino il loro scioglimento.

Come detto, alla disposizione dell'art. 169 bis l.fall. il legislatore ha aggiunto, per i concordati *“con continuità aziendale”* quella dell'art. 186 bis, 3° comma.

L'agevolazione della prosecuzione dell'attività è affidata anzitutto alla previsione contenuta nell'ultimo articolo sopra citato, in virtù della quale 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 e sono inefficaci eventuali patti contrari. Peraltro, la precisazione potrebbe apparire inutile, poiché nel regime delineato dall'art. 169 bis, la prosecuzione dei rapporti pendenti costituisce effetto naturale del concordato preventivo⁴⁴ ed è stata, quindi, spiegata

⁴⁴ CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, www.ilcaso.it.

essenzialmente alla luce della previsione concernente la sorte dei contratti pubblici⁴⁵.

Della continuazione, in virtù dell'espressa previsione della norma in esame, può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti.

Relativamente alla sorte dei contratti in corso, qualora sia depositata una domanda "in bianco", si è ritenuto implicito un principio, assimilabile a quello dettato dall'art. 104, comma 7⁴⁶, secondo cui in caso di esercizio dell'impresa dopo la domanda di concordato con riserva i contratti proseguono ai sensi dell'art. 186 bis, comma 3, ferma restando la necessità che, nei termini di legge, sia presentato un piano di concordato con continuità aziendale corredato dalle informazioni e dall'attestazione di cui all'art. 186 bis. In mancanza, gli effetti della continuità contrattuale verranno meno e la disciplina della prosecuzione del contratto sarà quella ordinaria⁴⁷.

1.7.1 I contratti con la P.A.

Relativamente ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, l'art. 186 bis, c. 3, stabilisce che questi "*non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura*" e che "*sono inefficaci eventuali patti contrari*". Tuttavia, poiché la norma prosegue precisando che "*l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il*

⁴⁵ MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici*, Fall. 2014, 667 ss.

⁴⁶ Che "disapplica" per il tempo dell'esercizio provvisorio dell'impresa la disciplina di cui all'art. 72 ss. in materia di contratti pendenti nel fallimento.

⁴⁷ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento”, l’esecuzione può proseguire solo dopo il deposito del piano di concordato (e della relativa attestazione) ed il debitore non può partecipare a procedure per l’assegnazione di (nuovi) contratti pubblici, in quanto egli può farlo solo quando il professionista avrà valutato se il contratto pubblico da ottenere è conforme al “piano”⁴⁸.

Fino a tale momento, quindi, è da ritenere che l’esecuzione del contratto pubblico resti sospesa.

In sostanza, il tema dell’astratta ammissibilità delle richieste di autorizzazione va distinto da quello di quali siano le informazioni che, *nello specifico caso*, il debitore debba fornire al tribunale, anche per il tramite dell’eventuale commissario giudiziale, per ottenere le autorizzazioni che richieda: escluso che sia in via generale necessaria la presenza di un piano e di una proposta di concordato già depositati, è evidente che per ottenere tali autorizzazioni l’imprenditore e il professionista che redige la relazione (che per talune di esse è richiesta) devono fornire al tribunale un quadro sufficientemente preciso degli interessi in gioco e dell’impatto dell’atto che si intende compiere sulla soddisfazione dei creditori, anche in scenari diversi da quelli del concordato che il debitore si propone di presentare.

La continuità aziendale dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva è dunque consentita e, seppur con alcuni limiti, agevolata, in vista della presentazione del complesso documentale e informativo di cui all’art. 186 bis. Ciò tuttavia non senza limiti e condizioni: da un lato, ai sensi dell’art. 161, commi 6 e 8, il tribunale deve imporre obblighi informativi periodici sulla gestione finanziaria

⁴⁸ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

dell'impresa e sull'attività volta alla predisposizione del piano e della proposta, il tutto finalizzato all'attivazione di strumenti di reazione a fronte di una manifesta distruzione di ricchezza dei creditori, e dall'altro il debitore resta responsabile dell'aggravamento del dissesto che eventualmente si fosse prodotto in pendenza del termine concesso dal tribunale.

1.7.2 La partecipazione alla stipula di contratti pubblici

Il c. 5 della norma dispone che l'ammissione al concordato in continuità non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando risultino soddisfatte le condizioni dallo stesso previste.

Il Consiglio di Stato, con una prima pronuncia⁴⁹, ha ritenuto che non può essere esclusa da una gara di appalto, ai sensi dell'art. 38, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006, come modificata dall'art. 33, c.2, l. n. 134/2012, una ditta che ha presentato l'offerta prima di avviare la procedura di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, alla luce delle finalità della legge di riforma, che ha quale obiettivo quello di guidare l'impresa oltre la crisi e ciò nell'interesse anche del mercato e degli stessi creditori.

Con una seconda sentenza⁵⁰ ha invece ritenuto che la norma comporta che la sola presentazione della domanda di concordato in continuità non determina la risoluzione del contratto in corso e, se seguita dall'ammissione ed accompagnata da quelle determinate condizioni, ne consente la continuazione.

⁴⁹ Sez. V, 27.12.2013, n. 6273, in UA 2014.

⁵⁰ Sez. II, 14.1.2014, n. 101, in UA 2014.

Relativamente alla partecipazione a nuove procedure di affidamento deve invece escludersi il ripristino del requisito nel periodo intercorrente tra il deposito della relativa istanza-ricorso ed il decreto del Tribunale conclusivo del procedimento di ammissione, poiché la novella del 2012 ha inteso incentivare la tempestiva emersione di criticità ed il ritorno *in bonis* dell'impresa o la conservazione dell'azienda "in esercizio", ma nella materia delle gare pubbliche ha circondato di cautele l'applicazione di tale normativa di favore, sia richiedendo in ogni caso opportune garanzie, sia limitando la partecipazione al concorrente in *status* di sottoposto a concordato con continuità, con conseguente permanere della preclusione qualora prima della scadenza del termine prefissato per la presentazione delle istanze di partecipazione alla gara l'iter iniziato dall'imprenditore non sia approdato al decreto del tribunale di ammissione del ricorrente al concordato con continuità e di formale apertura della procedura di concordato finalizzata all'omologazione.

Come è stato osservato in dottrina, le due sentenze⁵¹ hanno offerto divergenti soluzioni ad una questione che tuttavia può ritenersi risolta con l'introduzione nell'art. 186 bis di un c. 4⁵². Questo comma stabilisce, infatti, che "*successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale*".

La norma sembra essere chiara nel senso che, da un canto, è stato conservato il *favor* per la partecipazione dell'impresa alla procedura anche nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso e la pronuncia giudiziale di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale; dall'altro è

⁵¹ CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, UA 2014, 417 ss.

⁵² *Ex art.* 13, c. 11-bis, d.l. 23.12.2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla l. 21.2.2014, n. 9.

stata rafforzata la cautela ritenuta opportuna, prevedendo la necessità a tal fine dell'autorizzazione del tribunale, previo parere del commissario giudiziale che, evidentemente, esclude che possa operare nel caso di proposizione di domanda con riserva. Nondimeno, è stato segnalato che restano irrisolte le seguenti questioni:

- a. quella della possibilità che l'autorizzazione del tribunale intervenga nel corso della procedura di affidamento, risolta affermativamente sul rilievo che, in caso contrario, il legislatore avrebbe subordinato all'autorizzazione medesima “non tanto – come invece fa – ‘la partecipazione alle procedure di affidamento’, quanto piuttosto la ‘presentazione della domanda di partecipazione alle procedure di affidamento’”;
- b. quella dei presupposti sulla base dei quali il tribunale deve decidere se autorizzare o meno la partecipazione alla gara, per la quale si reputa preferibile la tesi secondo cui, costituendo l'autorizzazione un requisito soggettivo di partecipazione alla procedura di affidamento del contratto pubblico, l'istanza di autorizzazione alla partecipazione alla gara pubblica dovrebbe essere corredata dai documenti richiesti dall'art. 186 bis, c. 5, lett. a), b)⁵³.

1.7.3 Gli effetti della domanda di concordato preventivo sulla disciplina degli appalti pubblici

⁵³ PIZZA, *Concordato con continuità e contratti pubblici: questioni risolte e nuovi problemi nel primo del “nuovo” art. 186 bis, comma 4 l. fall.*, www.ilfallimenatrasta.it.

Per quanto concerne la disciplina della partecipazione alle gare, l'Autorità nazionale anticorruzione ha dato atto della distinzione tra le imprese che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e non abbiano ancora ottenuto il decreto di ammissione e le imprese che risultino invece già ammesse al predetto concordato⁵⁴. In entrambi i casi, come è noto, a precise condizioni indicate dal richiamato art. 186 bis, è consentita la partecipazione dell'impresa alla gara d'appalto.

La stessa, inoltre, ha affrontato specificamente i temi del regime di qualificazione delle imprese in ipotesi di:

1. concordato preventivo ordinario;
2. concordato preventivo "con continuità aziendale";
3. concordato preventivo "in bianco".

Nella prima ipotesi si è evidenziato che alle imprese che non presentino domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato "con continuità aziendale" sono preclusi non solo la partecipazione alle gare ma anche il conseguimento ed il rinnovo dell'attestazione di qualificazione.

Nella seconda è stato rilevato come la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato "con continuità aziendale" non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione (sul presupposto che la norma di riferimento consente alle medesime imprese la partecipazione alle gare - di cui l'attestato di qualificazione costituisce presupposto necessario e sufficiente -, ciò anche in presenza della sola domanda di ammissione al

⁵⁴ Determinazione Autorità nazionale anticorruzione 8 aprile 2015, n. 5, *Fall.* 2015, 769 ss.

concordato preventivo con continuità aziendale, qualora vi sia l'autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale). La presentazione della citata domanda non costituisce, altresì, elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese attestate) o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (per le imprese non attestate). In questi casi, è stato precisato, resta fermo l'obbligo della SOA (Società Organismo di Attestazione) di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale.

Con riferimento alla terza ipotesi, poiché l'art. 161, comma 6, della legge fallimentare prevede che l'imprenditore possa 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 documentazione di cui ai commi secondo e terzo del medesimo articolo entro un termine fissato dal giudice, la determinazione n. 3/2014 ha ritenuto tale fattispecie non idonea a consentire la continuità aziendale, stante l'assenza di un piano.

Da ciò l'Autorità aveva desunto che tale ipotesi costituisse causa ostativa per la qualificazione nonché presupposto per la soggezione dell'impresa al procedimento ex art. 40, comma 9 ter del Codice (decadenza dell'attestazione) per perdita del corrispondente requisito.

Da alcuni dati portati a conoscenza dell'Autorità è risultato, tuttavia, come sia prassi diffusa che le imprese, nel 99% dei casi, ricorrano alla domanda "in bianco", seppur finalizzata ad un concordato preventivo "con continuità aziendale" ex art. 186 bis della legge fallimentare.

Ciò posto, un'analisi accurata delle disposizioni di riferimento ed una lettura sistematica delle medesime inducono a ritenere possibile un'interpretazione che renda più facile il recupero della situazione di crisi da parte delle imprese; recupero da realizzarsi attraverso l'istituto del concordato preventivo "con continuità aziendale" anche nel caso di presentazione di ricorso "in bianco", a condizione che l'istanza presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuità aziendale. Ciò, beninteso, nel rispetto della piena legittimità dell'azione amministrativa in ordine alla persistenza della titolarità dei requisiti di qualificazione nonché alla partecipazione delle imprese alle gare d'appalto pubbliche.

In particolare, in caso di concordato "in bianco", sarà il giudice a valutare se autorizzare la suddetta partecipazione, sulla base dell'effetto prenotativo della domanda in ordine alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima.

Ciò posto, tenuto conto che nei lavori condizione necessaria e sufficiente per partecipare a gare d'appalto, di importo superiore alla soglia dei 150.000 euro, è il possesso dell'attestazione di qualificazione, deve ritenersi che la medesima norma consenta all'impresa di mantenere, nelle more del termine intercorrente tra la presentazione della domanda e la presentazione del piano di continuità, la qualificazione posseduta (attestazione SOA); ciò, di fatto, sul presupposto che persiste il requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici.

1.7.4 La cancellazione di iscrizioni e trascrizioni

Nello stabilire la regola che concerne la prosecuzione dei contratti, il legislatore ha poi disposto che il giudice delegato all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni, secondo quanto previsto per l'ipotesi di liquidazione fallimentare dall'art. 108, u.c.⁵⁵.

1.8 L'esecuzione del concordato

La norma in esame non detta specifiche disposizioni al fine di regolamentare l'esecuzione del concordato ed è stato affermato che, una volta omologato il concordato in continuità, la società è "restituita" all'organo gestorio, che deve operare nel rispetto del piano, con la conseguenza che gli atti ordinari o straordinari che rispettino il piano non necessitano di autorizzazione del Tribunale, mentre gli atti che si discostino dal piano non sono suscettibili di autorizzazione proprio in quanto contrari alla proposta approvata dai creditori. È, invece, controversa la necessità della nomina del liquidatore giudiziale, nel caso del concordato in continuità, che preveda l'alienazione di beni non strumentali alla continuazione dell'attività d'impresa.

Secondo un orientamento della giurisprudenza, nella figura di concordato in esame, in assenza di una espressa previsione normativa in relazione all'esecuzione, anche quando questo abbia ad oggetto la liquidazione di cespiti del patrimonio, non sarebbe necessario nominare un liquidatore giudiziale e la prosecuzione dell'attività, anche relativamente alla liquidazione, resta in capo agli amministratori e sotto il controllo del

⁵⁵ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova 2013.

commissario giudiziale e del giudice delegato, che devono vigilare, affinché non siano compiute operazioni straordinarie non previste dal piano⁵⁶.

In contrario, è stato osservato che sarebbe possibile la doppia qualificazione di un dato fenomeno, con conseguente applicabilità congiunta di discipline diverse e, in particolare, dell'art. 182, e di tutte le norme ivi richiamate ad ogni concordato che comune prevede nella fase attuativa l'alienazione di *assets* facenti parte dell'attivo concordatario e della garanzia dei creditori, in coerenza con la lettera della legge (che discorre di cessione "di beni", non "dei beni") e con l'esigenza di assicurare un concordato giurisdizionale sul momento esecutivo del concordato, premettendo altresì di avvalersi dell'efficacia "purgativa" della cessione concordataria ricollegata all'art. 182⁵⁷.

Aderendo a questa opzione, è possibile la nomina del liquidatore qualora vi sia un attivo da alienare o, comunque, anche soltanto diritti da realizzare (ad es. attraverso la riscossione di crediti), con conseguente necessità anche della nomina del comitato dei creditori.

1.9 La disciplina delle proposte concorrenti

L'art. 163 del decreto legge n. 83/2015, rubricato "Proposte concorrenti", prevede la possibilità che i creditori in possesso di determinati requisiti

⁵⁶ Trib. Chieti 15.10.2013, www.ilfallimentarista.it, poiché l'articolo 186 bis non contiene alcuna specifica disciplina dell'esecuzione del concordato con continuità aziendale, si deve ritenere che, in questo tipo di concordato, non sia necessaria la nomina di un liquidatore giudiziale e che l'attività debba proseguire, anche relativamente alla liquidazione, in capo agli amministratori e sotto il controllo del commissario giudiziale e del giudice delegato, i quali vigileranno affinché non siano compiute operazioni straordinarie non previste dal piano o che possano pregiudicare il pagamento dei creditori concorsuali.

⁵⁷ GALLETTI, *Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*, www.unijuris.it.

possano presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e relativo piano, non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori⁵⁸.

La disposizione prevede che “Uno o più creditori che rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell’articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell’adunanza dei creditori. Ai fini del computo della percentuale del quaranta per cento, non si considerano i crediti dei soggetti che, rispetto al debitore, sono controllanti o controllati, ovvero che con il medesimo debitore sono sottoposti a comune controllo. Al piano va allegata la relazione di attestazione di cui all’art. 161, comma terzo, l.f.

Le proposte di concordato concorrenti sono ammissibili se non risulta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il quaranta per cento dell’ammontare dei crediti chirografi. Il debitore può modificare la propria proposta a seguito della presentazione di una proposta concorrente. La proposta può prevedere l’intervento di terzi.

I creditori che presentano una proposta di concordato concorrente non hanno diritto di voto.

Qualora la proposta concorrente preveda diverse classi di creditori essa, prima di essere comunicata ai creditori ai sensi del secondo comma dell’articolo 171, deve essere sottoposta al giudizio del tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi”.

⁵⁸ Atto Camera n. 3201, Conversione in legge del decreto – legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Roma 13 luglio 2015.

Il limite costituzionale rappresentato dall'art. 41 della Costituzione non può essere superato con atto avente forza di legge e per tal motivo si è ritenuto opportuno prevedere che il debitore debba essere messo in condizioni di modificare la propria proposta. E infatti l'art. 172, comma 2, dispone che *“(...) Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori”*⁵⁹.

Si ritiene, inoltre, non sia possibile prevedere proposte concorrenti sino a quando l'imprenditore si trovi in stato di crisi e non di insolvenza. Oltre ai profili di illegittimità costituzionale l'imprenditore, sino a quando non è insolvente, non può essere espropriato dell'azienda e della libertà di porre in essere scelte imprenditoriali, tra le quali sicuramente rientra anche la decisione di proporre soluzioni per la risoluzione della crisi e, quindi, anche una proposta concordataria. Come prima rappresentato anche in forza della Raccomandazione Europea del marzo 2014 deve essere favorito l'ingresso anticipato in procedura, talché trattare nel medesimo modo lo stato di crisi e lo stato di insolvenza porta a trattenere l'imprenditore – che può temere di perdere l'azienda – dall'assunzione della decisione di accedere alla procedura se non quando sia troppo tardi.

Con riferimento alle proposte concorrenti nell'ambito dei concordati di imprese collettive, vale a dire di società per azioni o a responsabilità limitata, è stata espressamente prevista (5° comma dell'art. 163) la possibilità che la proposta possa prevedere l'aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione che la legge riconosce ai soci. Al riguardo, infatti, trattandosi di fattispecie che potevano non rientrare tra quelle già individuate nella legge come speciali e residuali

⁵⁹ Comma inserito dall'art. 3, comma 3, lett. b), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132; per l'applicazione di tale disposizione vedi l'art. 23, comma 1 del medesimo D.L. n. 83/2015.

rispetto al regime ordinario (cfr. art. 2441 c.c.), in mancanza di una espressa deroga sarebbero state stravolte le ordinarie regole del diritto societario che, al fine di garantire adeguate tutele ai soci, prevedono meccanismi informativi e valutativi di particolare importanza.

Non si è attribuito il diritto di voto ai creditori che hanno presentato la proposta concorrente per evidente conflitto di interesse.

www.osservatorio.oci.org

1.9.1 Quali impegni il debitore può assumere per effetto di una proposta concorrente?

Il terreno della nuova disciplina si fa poi decisamente scivoloso quando si cerca di tracciare il perimetro degli impegni che il creditore può spendere nella propria proposta concorrente⁶⁰.

Già dal 2005, l'art. 160 c. 1°, lett. b), l.fall. prevede tipicamente che il piano di concordato preventivo possa prevedere “l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore”: il creditore potrà quindi impegnarsi, direttamente o con l'intervento di un terzo (cfr. art. 163 c. 5° l.fall.), al soddisfacimento dei creditori in cambio del trasferimento dell'attivo del debitore.

Si tratta di una proposta “acquisitiva” che sembra il prototipo delle proposte concorrenti immaginate dal legislatore: se il debitore offre ai propri creditori complessivamente meno del valore dell'impresa rischia di essere scavalcato da una proposta concorrente che consente invece ai creditori stessi di appropriarsi di un risultato che, in condizioni di mercato perfetto, tende ad uguagliare siffatto valore.

Passando ad affrontare ipotesi più problematiche, interessa invece affrontare il dubbio se il creditore proponente possa soltanto impegnare se stesso, con l'intervento di un terzo ex art 163 c. 5° l.fall., o possa anche impegnare lo stesso debitore (con il suo patrimonio) che ha dato impulso alla procedura di concordato preventivo.

Il dubbio sembrerebbe risolto *in limine* dall'art. 161 c. 2°, lett. e), l.fall., ai sensi del quale la proposta di concordato deve obbligatoriamente indicare

⁶⁰ ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, www.ilcaso.it.

l'utilità⁶¹ che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

Sussistono, tuttavia, altre evidenze, letterali e sistematiche, che consentano di opinare diversamente e di ritenere, invece, che il creditore, nella propria proposta concorrente, possa impegnare anche lo stesso debitore.

Un primo indizio di questa possibilità emerge dalla stessa ammissibilità di proposte concorrenti parassitarie: se il creditore può avvalersi integralmente delle risultanze del piano del debitore, della relazione del "suo" professionista attestatore, delle verifiche svolte su detto piano dal commissario giudiziale e riportate nella propria relazione ex art. 172 l.fall., allora è giocoforza ritenere che la proposta concorrente non possa che impegnare *quel* patrimonio già sottoposto agli accertamenti del professionista attestatore e del commissario: qualunque impegno proveniente da soggetti diversi, tra i quali lo stesso creditore proponente, non potrebbe non passare attraverso il vaglio di affidabilità del soggetto obbligato o delle promesse dallo stesso spese, ciò che imporrebbe tuttavia la presentazione della relazione di attestazione quanto meno "differenziale" e limitata, per l'appunto, "alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale". Il fatto, invece, che sia ammissibile una proposta parassitaria, che non richiede alcuna relazione di attestazione ulteriore rispetto a quella depositata dal debitore, depone inequivocabilmente nel senso che detta proposta possa limitarsi ad impegnare il solo patrimonio verificato, corrispondente a quello del debitore.

Un secondo indizio deriva dalla possibilità, abbozzata dall'art. 163 c. 5° l.fall., che la proposta concorrente preveda un aumento di capitale sociale della società debitrice. A prescindere, per ora, da come detto aumento

⁶¹ AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 20.8.2015, 19.

forzoso possa trovare ingresso nella proposta del creditore, sembra indubbio che lo stesso non possa che essere funzionale all'adempimento delle obbligazioni concordatarie da parte della stessa società debitrice: sia che le risorse acquisite dalla stessa a seguito della sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale vadano a formare la provvista concordataria, sia che l'aumento sia destinato alla conversione dei crediti concorsuali in capitale sociale, mediante compensazione del credito falciato con il controcredito della società da sottoscrizione del capitale, chi paga è la società debitrice, non il creditore proponente.

A questa considerazione si abbina infine il dato testuale del comma 3° dell'art. 185 l.fall., per il quale *il debitore* “è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori” e tale dovere, imposto dalla proposta dal creditore, è presidiato al punto da imporre alla società debitrice una vera e propria amministrazione giudiziaria, destinata ad esaurirsi (se le cose procedono per il verso giusto) con l'integrale adempimento delle obbligazioni concordatarie contenute nella proposta concorrente e prevedenti impegni della società stessa.

La sommatoria di siffatti indizi consente, dunque, di ritenere superabile l'argomento letterale offerto dalla lettera e) dell'art. 161 c. 2° l.fall.: “il proponente si obbliga” ma, se creditore concorrente, non necessariamente in nome proprio.

1.10 La disciplina delle offerte concorrenti

Il meccanismo delle offerte concorrenti, ossia l'attivazione della competizione “nella” procedura per l'acquisizione da questa di un bene,

dell'azienda o di una qualsiasi utilità si apre, ovviamente, nei soli casi di “concordati chiusi”, ossia di proposte contenenti un'offerta da parte di un soggetto determinato ad un prezzo prefissato⁶².

In tali circostanze, è il tribunale, a norma dell'art. 163 bis, che dispone la ricerca di interessati all'acquisizione mediante l'apertura di un procedimento competitivo. Il relativo decreto stabilirà le modalità di presentazione delle offerte, di partecipazione alla gara e le forme ed i tempi di accesso alle informazioni.

Le offerte devono, ovviamente, essere irrevocabili (non avrebbe altrimenti senso l'apertura della gara) e comparabili, per l'esigenza di pervenire ad una valutazione di convenienza economica.

È il tribunale che con il decreto di apertura della procedura competitiva fissa le modalità di accesso alle informazioni, i limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta. Forse in parziale contrasto o sovrapposizione con la disposizione di cui sopra, contenuta nel secondo comma dell'art. 163 bis, è quella contenuta nel quarto comma dell'art. 165, il quale prevede che il commissario è comunque tenuto a fornire le informazioni utili per la presentazione delle offerte concorrenti con le stesse modalità e cautele per il caso di proposte concorrenti.

Poiché fra i proponenti le offerte concorrenti si aprirà una gara, per la quale il decreto del tribunale fisserà anche l'ammontare del rilancio minimo, queste dovranno essere standardizzate e variare essenzialmente per un solo elemento, ossia il prezzo; in caso contrario la valutazione multidimensionale delle offerte, seppur astrattamente fattibile con la

⁶² SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, www.ilcaso.it.

previsione di pesi diversi per le variabili ammesse, risulterebbe estremamente complessa.

In effetti il comma 3 dell'art. 163 bis prevede che le offerte, da presentarsi in forma segreta, non siano efficaci se non conformi a quanto previsto nel decreto.

Quando il bene oggetto di gara è complesso, come nel caso di un'azienda, il bando dovrà quindi essere preceduto da un'intensa attività preparatoria, in cui il commissario intuibilmente avrà un ruolo rilevante, di standardizzazione delle condizioni quali, ad esempio, le garanzie offerte, i tempi di pagamento, i livelli occupazionali garantiti, ecc.

In tale attività verranno in rilievo anche tutte le informazioni che il commissario avrà acquisito in azienda e sul mercato in relazione alle effettive condizioni di appetibilità del bene.

Per poter partecipare alla gara anche l'offerente indicato nella proposta concordataria dovrà modificare l'offerta coerentemente con il bando di gara, rendendo con ciò irrevocabile l'offerta stessa (art. 163 bis, comma 3).

Nel caso di apertura della gara e di aggiudicazione di un'utilità ad un offerente a condizioni diverse da quelle contenute nella proposta originaria, il debitore è ovviamente tenuto a modificare conseguentemente la proposta ed il piano originari per tener conto delle nuove modalità di liquidazione dell'attivo.

In tal caso al commissario è attribuito un compito del tutto inusuale rispetto alle proprie attribuzioni, ossia quello di disporre in favore del primo offerente il rimborso delle spese sostenute per la formalizzazione dell'offerta, entro il limite massimo del tre per cento del prezzo in essa indicato.

Se non che, ma l'annotazione è del tutto marginale per l'economista aziendale ed interessa più il giurista, il commissario non è un organo di

gestione, ma solo di supervisione e controllo, per cui non può liquidare l'entità di una spesa di gestione, salvo che si tratti di un atto meramente ricognitivo di verifica di spese effettivamente sostenute ed inerenti all'oggetto e, ancor meno, può disporre il pagamento, non avendo alcun potere di firma o di impegnare la società.

1.11 La revoca

L'art. 186 bis, u.c., prevede che l'ammissione al concordato preventivo può essere revocata, quando l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori.

Peraltro, si è accennato alla possibilità della vendita e del conferimento dell'azienda prima dell'omologazione che non integrano la "cessazione" dell'esercizio dell'impresa, che imporrebbe l'apertura del procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato⁶³.

Secondo una parte della dottrina, la norma prevedrebbe un penetrante controllo giudiziale di merito, che sopravanza gli stessi creditori, attraverso l'attivazione officiosa del meccanismo di revoca dell'intero concordato, mentre il richiamo espresso dell'art. 173 e non anche dell'art. 179, c. 2, sembra escludere dal raggio di azione di questo controllo il ceto creditorio (che pure è direttamente inciso dal dannoso protrarsi dell'esercizio dell'attività), rimettendolo al rapporto dialettico processuale tra il commissario giudiziale e il tribunale, come avviene per tutte le forme di revoca dell'ammissione del concordato⁶⁴.

⁶³ STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1222 ss.

⁶⁴ AMATORE, *Concordato con continuità e requisiti di ammissibilità*, www.ilfallimentarista.it.

La previsione che la procedura può cessare quando l'esercizio dell'attività risulti “manifestamente dannoso per i creditori” si contrappone alla cautela iniziale prevista per l'accesso alla stessa, rendendo palese che il danno per i creditori deve essere manifesto, e cioè deve essere certo che la prosecuzione della stessa cagionerebbe ai creditori un danno maggiore di quello derivante dalla liquidazione dell'attività⁶⁵.

⁶⁵ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova 2013.

2. IL RUOLO DELLE BANCHE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

2.1 I finanziamenti alle imprese in crisi

Dinnanzi allo stato di crisi di un'impresa le banche svolgono, sempre e necessariamente, un ruolo decisivo in quanto qualsivoglia forma di superamento di tale fase aziendale, dalla liquidazione al risanamento, passa inevitabilmente attraverso il coinvolgimento del ceto bancario.

Solo da ultimo, peraltro, il legislatore ha inteso disciplinare in modo specifico la sorte dei finanziamenti erogati dalle banche nel concordato preventivo, ciò attraverso i tormentati articoli 182 quater⁶⁶ e 182 quinquies⁶⁷ della legge fallimentare.

Al fine di assicurare stabilità (e per tale via favorire) la concessione di finanziamenti da parte delle banche alle imprese in crisi, lo strumento individuato dal nostro legislatore è rappresentato dalla prededucibilità ex art. 111 l. fall. Seppur con i dovuti distinguo, è possibile oggi ritenere che possono accedere al beneficio della prededucibilità i finanziamenti erogati dalle banche lungo tutto l'arco temporale di gestione della crisi di un'impresa.

In ragione del momento in cui intervengono, si distinguono:

- finanziamenti effettuati “in esecuzione di un concordato

⁶⁶ Articolo introdotto dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Lo stesso art. 182-quater della legge fallimentare è stato oggetto di modifiche attraverso la legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

⁶⁷ Articolo introdotto dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

preventivo”⁶⁸;

- finanziamenti concessi ed erogati “*in funzione della presentazione della domanda*” di ammissione alla procedura di concordato preventivo (c.d. “*finanziamenti ponte*”)⁶⁹;
- finanziamenti autorizzati dal tribunale e funzionali alla “*migliore soddisfazione dei creditori*”⁷⁰;
- finanziamenti autorizzati dal giudice delegato quali “*atti di straordinaria amministrazione*”⁷¹;

2.1.1 I finanziamenti esecutivi di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione

La prima tipologia che viene in evidenza nell’ambito della disciplina in esame è quella dei finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato, previsto dal comma 1 dell’art. 182 quater.

L’applicazione di tale norma, nella sua versione originaria, era espressamente limitata ai finanziamenti concessi dalle banche e dagli altri intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 del testo unico bancario⁷².

Venendo incontro alle critiche espresse in dottrina, la riforma del 2012 ha soppresso la suddetta disposizione, sicché deve concludersi che il beneficio della prededuzione è oggi riconosciuto a ogni forma di finanziamento, a prescindere dalla qualifica del soggetto erogatore.

⁶⁸ Cfr. art. 182 quater, comma 1, l. fall.

⁶⁹ Cfr. art. 182 quater, comma 2, l. fall.

⁷⁰ Cfr. art. 182 quinquies, l. fall.

⁷¹ Cfr. art. 167, comma 2, l. fall.

⁷² AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, Fall. 2011, 644.

Sul piano oggettivo della fattispecie, l'elemento essenziale è dato dall'essere la concessione di credito *esecutiva* di un concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione omologato.

Nel primo caso, la norma non richiede che sia già stato emesso il decreto di omologazione, il che costituisce una deroga alla necessità, in base all'art. 167, dell'autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione, ancorché previsti nel piano.

Quanto all'accordo di ristrutturazione, il comma in parola stabilisce che esso sia "omologato ai sensi dell'art. 182 bis", chiarendo l'indefettibilità di questo passaggio ai fini della prededuzione. Deve nondimeno ritenersi che l'evento omologatorio possa *seguire* l'erogazione del credito e non debba necessariamente precederla, purché poi l'omologazione intervenga effettivamente.

Sia nel caso del concordato che dell'accordo, ad ogni modo, condizione implicita ma necessaria è che nel piano sia contenuta la specifica previsione dei finanziamenti e dei loro elementi essenziali, senza la quale né l'esperto attestatore, né i creditori sono in grado di valutare la coerenza rispetto all'esecuzione del piano e quindi, in definitiva, rispetto alla conformità agli interessi del ceto creditorio.

Oltre al beneficio della prededuzione, i finanziamenti di cui trattasi e le garanzie in ipotesi rilasciate godono dell'esenzione da revocatoria, posto che l'art. 67, comma 3, lett. e), la esclude precisamente per "*gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato*".

La norma appare giustificata dal riferirsi ad atti compiuti sotto il controllo giudiziale o comunque in conformità a un accordo che ha superato il vaglio del tribunale e conferma il *favor* legislativo nei confronti delle soluzioni

negoziante della crisi, pur costituendo un'ulteriore deroga al principio, da tempo declinante, della *par condicio creditorum*.

La sua formulazione lascia tuttavia aperto un interrogativo. Nel caso di accordo di ristrutturazione, infatti, non è chiaro se siano da considerarsi esenti solo i pagamenti a favore dei creditori aderenti,⁷³ oppure se - come sembra in realtà preferibile dal punto di vista del rigore esegetico - l'esenzione abbia portata generale, basandosi sul presupposto che anche i creditori non aderenti ricevono pagamenti in esecuzione dell'accordo, secondo lo schema del contratto a favore di terzo⁷⁴.

2.1.2 I finanziamenti funzionali all'ammissione al concordato preventivo o all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione

Si è fin qui discusso di crediti sorti successivamente all'ammissione al concordato o alla stipulazione dell'accordo di ristrutturazione. Tuttavia la legge intende tutelare anche determinati finanziamenti effettuati *in epoca anteriore*, ma proprio per via del momento in cui sorgono i relativi crediti (in capo a soggetti bancari e non) essa stabilisce una serie di rigorose condizioni ai fini del riconoscimento della loro natura prededucibile.

Deve invero trattarsi, ai sensi del comma 2 dell'art. 182 quater, di finanziamenti *funzionali* alla presentazione della domanda di ammissione al concordato o di quella di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

Ciò significa, ad esempio, che le risorse messe a disposizione del debitore sono servite:

⁷³ FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 741.

⁷⁴ JORIO - FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 276 ss.

- a. a mantenere la solvibilità evitando il fallimento;
- b. a garantire la continuità aziendale (pagando dipendenti, fornitori strategici, Fisco, INPS, ecc.) nel caso in cui il concordato o l'accordo prevedano la prosecuzione dell'attività d'impresa;
- c. a poter contare su una somma di denaro sufficiente a effettuare il deposito delle spese della procedura concordataria e a pagare i professionisti incaricati a vario titolo di assistere l'imprenditore.

La formulazione della norma porta invece a escludere la prededucibilità di un finanziamento strumentale all'attuazione del piano⁷⁵, giacché l'obiettivo dell'erogazione non è, in prospettiva, la sistemazione della crisi nel suo insieme, bensì, assai più specificamente, la possibilità di presentare, nell'immediato, domanda per accedere al concordato o per ottenere l'omologazione dell'accordo.

Ne consegue che “la funzionalità non dipende dal successo del piano. Essa, tuttavia, deve caratterizzare oggettivamente il finanziamento, sicché non è necessario, ma neanche sufficiente, che trovi menzione in clausole contrattuali, mentre forma necessariamente oggetto della relazione del professionista attestatore, il quale deve esaminare ed esporre il ruolo svolto dal finanziamento nel periodo che ha preceduto la presentazione della domanda”⁷⁶.

Esaminando nello specifico le condizioni a cui è subordinata la prededuzione dei cc.dd. finanziamenti-ponte, ve ne sono due ulteriori rispetto a quelle già analizzate (anteriorità dell'erogazione e nesso di funzionalità): che i finanziamenti siano previsti dal piano ex art. 160 o

⁷⁵ BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, www.ilcaso.it, II, 228/2012, 6 ss.

STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, *Fall.* 2010, 1351.

BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori. Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, *Fall.* 2011, 195.

⁷⁶ FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 2189.

dall'accordo; e che la prededuzione sia espressamente disposta nel decreto di ammissione al concordato, ovvero che l'accordo sia omologato.

Il primo requisito implica che i finanziamenti in questione vadano non solo previsti nei loro elementi essenziali, ma *analiticamente descritti* in modo tale che l'esperto prima e il tribunale in seconda battuta siano in condizione di apprezzarne la funzionalità prescritta dalla legge.

In dottrina si è posto in luce il rischio di una sorta di sviamento di funzione relativamente all'eventualità che il debitore indichi "quale finanziamento ponte una erogazione invece acquisita a sostegno di altre, ordinarie, esigenze e poi rivestita di un compito strategico mediante un'artificiosa inserzione nel piano"⁷⁷.

Tale pericolo non è meramente astratto e non va quindi sottovalutato, anche se nel duplice filtro rappresentato dal controllo dell'attestatore e da quello del tribunale vi è, almeno *in thesi*, il mezzo per reprimere l'abuso.

Il secondo requisito attiene al controllo giudiziale che sui crediti di cui trattasi deve avere luogo e che, se positivo, pare rivestire carattere vincolante, nel caso di successivo fallimento, in sede di formazione dello stato passivo.

In merito al concordato, la norma postula che "la prededuzione sia espressamente disposta" nel decreto di ammissione, sicché *nulla quaestio* sull'indefettibilità di un provvedimento di tal genere.

Ciò comporta alcune conseguenze, e segnatamente:

- a. la formulazione di un'istanza *ad hoc* da parte del debitore all'interno del ricorso per concordato;
- b. la necessità che detto ricorso sia corredato da piano, dalla proposta, dalla relazione e dall'ulteriore documentazione prescritta, non

⁷⁷ FERRO - FILOCAMO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 2189.

risultando la fattispecie in esame conciliabile con il c.d. concordato in bianco ex art. 161, comma 6;

- c. la reclamabilità del provvedimento reiettivo ai sensi sia dell'art. 26, sia dell'art 111 Cost.

Quanto invece agli accordi di ristrutturazione, non sembra che la legge, limitandosi a stabilire che “l'accordo sia omologato”, richieda un'espressa pronuncia giudiziale in tal senso, essendo dunque sufficiente, stando alla perspicua formulazione normativa, che sia intervenuta l'omologazione.

2.1.3 I finanziamenti strumentali al conseguimento degli obiettivi del piano

Come si diceva in precedenza, il legislatore del 2010 aveva lasciato scoperta l'area dei finanziamenti successivi al deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, limitandosi l'art. 182 quater a disciplinare le ipotesi di finanziamenti “esecutivi” e “funzionali”.

Alcuni nel porre in evidenza la lacuna, ritenevano, quanto al concordato, che si dovesse far necessariamente ricorso all'istanza ex art. 167 (trattandosi di atto di straordinaria amministrazione), ad eccezione, probabilmente, del caso in cui nel piano contemplante la prosecuzione dell'attività vi fosse espressa menzione di tale nuova finanza e il concordato venisse poi omologato; quanto agli accordi, che fino all'omologazione i crediti in questione risultassero privi del rango prededucibile. Ma vi erano, in dottrina, anche posizioni diverse, in senso

talora più restrittivo talaltra più largheggiante, a riprova della perniciosità del vuoto normativo⁷⁸.

Era comunque evidente a tutti l'opportunità di un intervento chiarificatore sul punto.

Bene ha fatto la riforma del 2012, pertanto, ad affrontare questo delicato snodo, dedicandovi un' articolata previsione, l'art. 182 quinquies, commi 1, 2 e 3, dichiaratamente riferita a ogni tipo di "atto introduttivo": la domanda di concordato, ancorché presentata senza piano, la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, l'istanza di moratoria delle azioni esecutive e cautelari ex art. 182 bis, comma 6.

La disposizione di cui al comma 1, attributiva del beneficio della prededuzione, richiede inderogabilmente che:

- a. la conclusione dei contratti di finanziamento sia autorizzata dal tribunale;
- b. l'esperto attestatore verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione e attesti che detti finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

E proprio in quest'ultimo requisito sta l'architrave su cui poggia la norma: la concessione di un nuovo credito in tanto può essere autorizzata, in quanto l'esperto sia in grado, sotto la sua responsabilità, di attestarne la funzionalità rispetto all'obiettivo che a ben vedere permea di sé l'intera legge fallimentare: la "migliore soddisfazione dei creditori".

Tali finanziamenti sono "*prededucibili ai sensi dell'art. 111*" nella misura in cui siano autorizzati dal tribunale, il quale, ove occorra, può assumere "*sommarie informazioni*".

⁷⁸ FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 2194.

Anche in questo caso, non diversamente dalle situazioni simili contemplate dalla disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, il tribunale, secondo lo schema del controllo “di secondo grado”, deve astenersi dal verificare direttamente la funzionalità del finanziamento, essendo piuttosto tenuto ad accertare che la relazione di quest’ultimo sia preceduta dal calcolo del fabbisogno finanziario sino all’omologazione e sia provvista di quei requisiti di completezza e coerenza, nonché di rigore metodologico quanto allo sviluppo del percorso argomentativo, che sono ormai concordemente ritenuti imprescindibili affinché detta relazione possa assolvere alla funzione attribuitale.

Riguardo ai possibili contenuti dell’autorizzazione, i successivi commi 2 e 3 dell’art. 182 quinquies forniscono precisazioni importanti sul piano operativo, in quanto riflettono esigenze emerse nella pratica, con riferimento sia alla difficoltà di disporre fin da subito di elementi analitici circa i ridetti finanziamenti, sia all’opportunità di consentire ai soggetti erogatori forme di tutela ulteriore rispetto alla prededuzione.

Ed infatti, ai sensi del comma 2, l’autorizzazione rilasciata dal tribunale può riguardare anche i finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative; in base al comma 3, inoltre, il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

Quanto poi al momento in cui l’autorizzazione viene rilasciata, occorre distinguere⁷⁹:

- a. nel caso di domanda di concordato senza piano che contenga l’istanza a contrarre finanziamenti in prededuzione, il tribunale

⁷⁹ LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, www.ilfallimentarista.it, 27 ss.

- potrebbe, in teoria, provvedere contestualmente alla fissazione del termine ex art. 161, comma 6;
- b. nel caso di domanda di concordato completa di piano e altri documenti, il tribunale può emanare il provvedimento autorizzatorio all'interno del decreto di ammissione o di quello di fissazione del termine ex art. 162;
 - c. nel caso in cui l'esigenza dell'impresa di ricevere nuova finanza emerga successivamente all'ammissione al concordato, si pone il dubbio se l'istanza vada rivolta al tribunale, ovvero al giudice delegato, tenuto conto che dopo l'ammissione alla procedura la regola generale, non derogata dall'art. 182 quinquies, comma 1, è quella sancita dall'art. 167 per *tutti* gli atti di straordinaria amministrazione;
 - d. nel caso di accordi di ristrutturazione, l'istanza di autorizzazione può essere accolta con il provvedimento che fissa l'udienza di omologazione, o quella istruttoria se il tribunale richiede chiarimenti e integrazioni documentali.

In conclusione, dal punto di vista della “filosofia ispiratrice” della novella del 2012, ciò conferma in modo inequivoco che le nuove norme favoriscono le soluzioni negoziate della crisi *a prescindere* dal fatto che si persegua l'obiettivo della continuità aziendale: quest'ultimo rappresenta certamente uno degli aspetti più rilevanti dell'intervento riformatore, ma, com'è giusto che sia, non assurge a *conditio sine qua non* di misure di tutela che si prevede possano operare anche ove il piano non contempli la prosecuzione dell'attività d'impresa purché consentano di realizzare la migliore soddisfazione del ceto creditorio, che è poi il principio cardine al quale è improntata l'intera legge fallimentare.

www.osservatorio.oci.org

2.2 La nuova finanza “urgente”

La novità più significativa è tuttavia certamente quella relativa all'introduzione di una fattispecie di nuova finanza che può essere autorizzata dal tribunale in via di urgenza ai sensi del nuovo terzo comma dell'art. 182 quinquies l.fall. Si tratta di finanziamenti che potranno essere richiesti nella fase del c.d. “preconcordato” (ma anche dopo il deposito di una proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis, sesto comma, l.fall.) solo se “*funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale*”.

L'urgenza di disporre delle risorse finanziarie è il tema centrale della nuova disciplina e ciò è ulteriormente precisato dalla disposizione secondo cui il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, i motivi per i quali il debitore non è in grado di reperirli altrimenti e, soprattutto, le ragioni per le quali “*in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda*”.

Ulteriore riferimento dell'urgenza si coglie nella disposizione secondo cui i finanziamenti devono rispondere ad esigenze finanziarie del periodo fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale per il deposito della proposta di concordato e del relativo piano, quindi nel brevissimo termine (nei 60-120 giorni a venire).

Rilevante novità è che in questi casi non è richiesto che l'istanza sia accompagnata da una relazione del professionista che attesti il ricorrere dei requisiti di urgenza e funzionalità previsti dalla nuova norma: il Tribunale, peraltro, può sempre assumere sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione e può sentire sia il commissario giudiziale (se nominato) ed eventualmente anche i

principali creditori. Quest'ultimo riferimento appare significativo del riguardo da attribuire all'opinione ed alle aspettative dei creditori, i quali potrebbero essere già coinvolti in trattative per la definizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, e quindi effettivamente informati della situazione del debitore, oppure essere semplicemente a conoscenza del deposito di una domanda di concordato "con riserva".

La disposizione, in ragione dell'urgenza, richiede che il Tribunale decida in camera di consiglio con decreto motivato in un termine molto breve, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. Questa disposizione è da accogliere con favore, in quanto destinata a richiamare il Tribunale all'effettiva esigenza di una decisione immediata, nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti nel tentativo di risanamento.

Infine, al terzo comma è inserita la precisazione che le garanzie che il Tribunale può autorizzare il debitore a concedere ai nuovi finanziatori non sono solo il pegno e l'ipoteca, ma anche le cessioni di credito.

2.2.1 L'utilizzo di linee autoliquidanti già in essere

Un'ultima disposizione – destinata ad incidere più in generale sulla fattispecie oggetto dell'art. 182 quinquies l.fall. – è quella che prevede che *“la richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda”*. Infatti, fino ad oggi la giurisprudenza sembrava incline a considerare questa fattispecie come estranea al novero dei nuovi finanziamenti e quindi non era richiesta autorizzazione ai sensi dell'art. 182 quinquies l.fall.

L'impossibilità di proseguire in via di ordinaria amministrazione ad utilizzare le linee esistenti potrebbe anche creare qualche nuova difficoltà di gestione finanziaria alle imprese in crisi, se non si affermeranno prassi applicative virtuose da parte dei tribunali.

www.osservatorio.oci.org

3. ESAME DI UN CASO AZIENDALE: PIANO CONCORDATARIO DI CONTINUITÀ DI UNA S.R.L. PRESENTATO AL TRIBUNALE DI FORLÌ NEL LUGLIO 2015

In questo capitolo si illustra il Piano concordatario della società Bianchi s.r.l. (nome di fantasia) per la soddisfazione dei creditori sociali nel rispetto delle relative cause di prelazione con particolare riferimento alla parte relativa alla continuità aziendale.

Bianchi s.r.l. si occupava della progettazione, realizzazione e commercializzazione di iniziative immobiliari di valorizzazione e ristrutturazione in ambito residenziale, commerciale, direzionale ed industriale direttamente o indirettamente attraverso società dedicate in compartecipazione ad altri operatori del settore.

La causa dell'insolvenza doveva essere ricercata nella crisi di liquidità nella quale la società si era venuta a trovare, generata dall'assorbimento di risorse finanziarie dovuto:

- al completamento ed alle edificazioni in corso di numerosi complessi immobiliari e residenziali,
- agli investimenti in beni immobiliari (edifici e terreni) eseguiti, visti come opportunità di sviluppo per la società,
- alla difficoltà di disinvestire quanto acquistato a causa della generale crisi del settore immobiliare che ha visto riflettersi la grave recessione nella tenuta dei prezzi dei beni immobili in particolare quando l'esigenza è monetizzare l'investito in tempi mediamente

veloci per rientrare dell'esposizione, far fronte agli oneri finanziari crescenti, adempiere alle azioni di tutela del credito azionate dai creditori, tanto da non garantire l'equilibrio finanziario, quindi il regolare adempimento degli impegni verso la totalità dei creditori.

Il perdurare della crisi aveva inoltre compromesso l'equilibrio economico, che progressivamente alle perdite di valore, realizzate e non, registrate sui beni immobiliari, aveva pure condotto al deficit patrimoniale dell'azienda.

La proposta di concordato

La proposta concordataria prevede la ristrutturazione del passivo in tre anni dalla data di definitività del provvedimento di omologa, nei termini che seguono⁸⁰:

- la liquidazione dei beni immobili finiti, dei terreni, incluso il terreno Santa Teresa non oggetto di conferimento nella costituenda società di sviluppo (Lotti 6, 7 ed 11) per il pagamento delle spese di procedura, delle spese di prededuzione, dei debiti verso creditori ipotecari (per la quota capiente) e privilegiati e dei relativi fondi per oneri e rischi. Dalle somme che residueranno, anche per effetto dello svincolo dei fondi previsti (prededucibili e privilegiati), rimarranno circa euro 504 migliaia da destinare al soddisfacimento dei creditori chirografari;

⁸⁰ Trib. Ravenna 28.4.2015, *Fall.* 2016, 77, al concordato c.d. misto, il quale preveda cioè sia la continuità aziendale sia la liquidazione di determinati elementi dell'impresa, deve essere applicata la disciplina volta a volta più confacente con la porzione di piano concordatario che viene in esame, a seconda della causa concreta perseguita dal debitore e la nomina del liquidatore giudiziale appare indispensabile, senza tale organo possa ingerirsi nella gestione in continuità, ossia nelle scelte aziendali dell'imprenditore che prosegue la propria attività caratteristica.

- il conferimento, post omologa, in una costituenda società a responsabilità limitata (alla quale verrà data la denominazione sociale “Sviluppo Immobiliare Santa Teresa S.r.l.”), del terreno relativo ai lotti 8, 9 e 10 e dei fabbricati parzialmente realizzati ivi insistenti, con i relativi debiti ipotecari ad essi correlati; quindi la messa in vendita della stessa società (almeno al valore di stima pari ad euro 537 migliaia), unitamente alle somme rivenienti dalla liquidazione degli attivi, di cui al capoverso che precede, per il pagamento dei creditori chirografari (e comunque una volta soddisfatti, prima ed integralmente, creditori in prededuzione e creditori privilegiati) nella percentuale minima del 5,9%.

Laddove, entro 12 mesi dalla definitività del provvedimento di omologa, il Liquidatore giudiziale non riuscisse a cedere la società per assenza di offerte, lo stesso provvederà alla conseguente trasformazione in S.P.A. ai fini dell’assegnazione pro-quota delle azioni ai creditori chirografari a titolo di *datio in solutum*.

Bianchi S.r.l., una volta avvenuta la trasformazione in SPA della società di sviluppo immobiliare, tratterrà, cautelativamente e temporaneamente, azioni pari al 32,2% del capitale sociale (corrispondente all’incidenza percentuale dei fondi sul totale del passivo chirografario) a garanzia delle passività potenziali e sopravvenienze che abbiano natura di crediti concorsuali chirografari e che dovessero insorgere nel triennio previsto per l’esecuzione del piano a fronte dei fondi chirografari costituiti.

Al termine del triennio, il liquidatore giudiziale provvederà a distribuire ai creditori chirografari pro-quota le somme finanziarie residue nette ed a riassegnare le azioni della società di sviluppo immobiliare ai soci-creditori pro-quota.

Tavola di sintesi - % Soddisfazione creditori chirografari		%
importi espressi in euro migliaia		
Valore di realizzo da liquidazione beni finiti e da recupero crediti (Tavola-1 Attivo Colonna-2) [a]	12.053,3	
Spese Procedura e prededucibili	-2.628,1	22,8%
Creditori Privilegiati	-8.221,3	71,2%
Fondo rischi ed oneri in privilegio	-700,0	6,1%
Impegni per creditori in prededuzione e privilegiati (Tavola-1 Passivo Colonna-2) [b]	-11.549,4	100,0%
Eccedenza risultante dopo pagamento di creditori in prededuzione e privilegio [c=a+b] da destinare a pagamento dei creditori chirografari	504,0	
Valore di realizzo da cessione della società di sviluppo immobiliare [d]	537,0	
Somme/Attivi destinati alla soddisfazione dei creditori chirografari [e=c+d]	1.041,0	
Creditori Chirografari	-11.944,1	67,8%
Fondo rischi ed oneri in chirografo	-5.685,3	32,2%
Totale Impegni per creditori chirografari (Tavola-1 Passivo Colonna-1) [f]	-17.629,4	100,0%
% soddisfazione minima dei creditori chirografari [g=e/f]	-5,9%	

Tabella n.1

I progetti di sviluppo immobiliare Santa Teresa

La seguente tabella riepiloga i dati tecnici dell'area Santa Teresa:

Descrizione	s.f.	vol	s.com.	destinazione d'uso
	mq	mc	mq	
Area 10	5.300,0	9.410,0	5.716,0	edilizia residenziale
Area 9	5.836,0	9.300,0	5.580,0	edilizia residenziale
Area 8	2.006,0	2.580,0	1.699,0	edilizia residenziale
Area 6	4.489,0	9.591,0	5.680,0	edilizia residenziale-terziario
Area 7	5.518,0	10.491,0	6.200,0	edilizia residenziale-terziario
Area 11	2.500,0	2.159,0	1.400,0	edilizia terziario
Totale	25.649,0	43.531,0	26.275,0	

s.f: superficie fondiaria
vol.: volumetria edificabile
s.com:superficie commerciale

Tabella n.2



Immagine n.1

Allo scopo di garantire la migliore soddisfazione del ceto creditorio, il progetto Santa Teresa è stato suddiviso in due macro comparti:

- Santa Teresa (1) (lotti 10, 9 ed 8) destinato al conferimento nella costituenda società di sviluppo immobiliare per l'esistenza dei fabbricati al grezzo ed opere di urbanizzazione primaria pertinenti, entrambi in buono stato ed ad un buono punto di completamento;
- Santa Teresa (2) (lotti 6, 7 e 11) destinato alla vendita immediata.

A questo punto si prescinde dalla trattazione della fase liquidatoria, che non è oggetto di questo lavoro, e ci si soffermerà sui profili legati alla continuità aziendale in relazione alle problematiche sorte con riferimento all'art. 186 bis.

Tempi, impegni e modalità di soddisfazione dei creditori

La procedura prevede due ipotesi di soddisfazione dei creditori:

1. cessione della società di Sviluppo Immobiliare Santa Teresa Srl.
2. mancata cessione della società ed assegnazione in *datio in solutum* delle azioni della società Sviluppo Immobiliare Santa Teresa ai creditori chirografari, previa trasformazione in S.p.a.

Ipotesi di cessione della società di Sviluppo Immobiliare Santa Teresa Srl

Il seguente Piano finanziario descrive le entrate e le uscite semestrali previste nel periodo 2015-2018 nell'ipotesi di cessione della società Sviluppo Immobiliare Santa Teresa Srl entro i 12 mesi della sua costituzione:

descrizione	Seml-15	SemII-15	Seml-16	SemII-16	Seml-17	SemII-17	Seml-18	SemII-18	Totale
Saldo apertura	5,0	2,7	12,8	435,7	947,8	1.338,3	1.778,9	1.352,2	5,0
Beni-Finiii-entrate	26,5	1.806,6	4.254,7	1.057,9	531,6	387,0	0,0	100,0	8.164,3
Beni-Finiii-costi	-23,9	-115,3	-321,4	-149,8	-32,1	-22,9	0,0	0,0	-665,4
Beni-Finiii-restrizioni	0,0	-1.226,5	-3.123,3	-932,5	-185,1	-239,1	0,0	0,0	-5.706,5
S.Teresa(1)-Cessione partecipazione	0,0	0,0	0,0	524,8	0,0	0,0	0,0	0,0	524,8
S.Teresa(2)-entrate	0,0	0,0	0,0	801,9	801,9	801,9	801,9	0,0	3.207,7
S.Teresa(2)-restrizione	0,0	0,0	0,0	-186,6	-187,1	-187,7	-184,8	-3,3	-749,5
S.Teresa(2)-costi	-12,7	-12,7	-6,5	-30,5	-24,1	-30,5	-24,1	0,0	-141,1
Partecipazioni-entrate	0,0	150,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	150,0
Crediti-ICP-entrate	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1.300,0	0,0	1.300,0
Riepilogo Entrate	-10,1	602,1	803,6	1.085,2	905,1	708,7	1.893,1	96,7	6.084,4
Liquidazione-governance	0,0	-28,4	-27,1	-35,3	-35,3	-35,3	-35,3	-52,9	-249,4
Liquidazione-personale	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-44,7	-169,0
Liquidazione-servizi	-7,9	-7,9	-44,5	-44,5	-44,5	-44,5	-44,5	-44,5	-283,0
Liquidazione-costi	33,5	-19,4	-16,9	-201,0	-84,9	-83,6	-83,1	-100,7	-556,1
Liquidazione-conferimento	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Liquidazione-iva	0,0	0,0	0,0	0,0	-57,7	-86,9	-124,3	-123,5	-392,5
Liquidazione-iva-conferimento	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Riepilogo Uscite operative	7,8	-73,5	-106,3	-298,5	-240,2	-268,1	-305,0	-366,3	-1.650,1
Saldo entrate uscite operative	-2,3	528,7	697,4	786,6	665,0	440,6	1.588,0	-269,7	4.434,3
progressivo	-2,3	526,3	1.223,7	2.010,3	2.675,3	3.115,9	4.703,9	4.434,3	
SpeseProcedura	0,0	-244,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-244,0
Professionisti	0,0	-274,5	-274,5	-274,5	-274,5	0,0	0,0	0,0	-1.098,0
Privilegiati-fornitori	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-1.414,7	0,0	-1.414,7
Privilegiati-fondi	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-600,0	0,0	-600,0
Chirografari	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-1.044,0	-1.044,0
Uscite adempimenti concordatari	0,0	-518,5	-274,5	-274,5	-274,5	0,0	-2.014,7	-1.044,0	-4.400,7
Saldo entrate uscite	-2,3	10,2	422,9	512,1	390,5	440,6	-426,7	-1.313,7	33,6
Saldo finale	2,7	12,8	435,7	947,8	1.338,3	1.778,9	1.352,2	38,6	38,6

nota: gli importi sono inclusivi di iva

Tabella n.3

La società prevede di eseguire il concordato in un tempo massimo di 36 mesi dalla data di omologazione, con il pagamento dei creditori chirografari nell'ultimo semestre del 2018 e comunque entro tre anni dall'omologazione del concordato.

Ipotesi di mancata cessione della società ed assegnazione in *datio in solutum* delle azioni della società Sviluppo Immobiliare Santa Teresa ai creditori chirografari, previa trasformazione in S.p.a.

Il seguente piano finanziario rappresenta, invece, le entrate e le uscite semestrali previste nel periodo 2015-2018 nell'ipotesi di mancata cessione della società di sviluppo immobiliare, quindi con assegnazione in *datio in solutum* delle azioni della società Sviluppo Immobiliare Santa Teresa ai creditori chirografari, previa trasformazione in S.P.A.:

descrizione	Semi-15	SemII-15	Semi-16	SemII-16	Semi-17	SemII-17	Semi-18	SemII-18	Totale
Saldo apertura	5,0	2,7	12,8	435,7	423,0	831,4	1.272,0	845,3	5,0
Beni-Finiii-entrate	26,5	1.806,6	4.254,7	1.057,9	531,6	387,0	0,0	100,0	8.164,3
Beni-Finiii-costi	-23,9	-115,3	-321,4	-149,8	-32,1	-22,9	0,0	0,0	-665,4
Beni-Finiii-restrizioni	0,0	-1.226,5	-3.123,3	-932,5	-185,1	-239,1	0,0	0,0	-5.706,5
S.Teresa(1)-Cessione partecipazione	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
S.Teresa(2)-entrate	0,0	0,0	0,0	801,9	801,9	801,9	801,9	0,0	3.207,7
S.Teresa(2)-restrizione	0,0	0,0	0,0	-186,6	-187,1	-187,7	-184,8	-3,3	-749,5
S.Teresa(2)-costi	-12,7	-12,7	-6,5	-30,5	-24,1	-30,5	-24,1	0,0	-141,1
Partecipazioni-entrate	0,0	150,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	150,0
Crediti-ICP-entrate	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1.300,0	0,0	1.300,0
Riepilogo Entrate	-10,1	602,1	803,6	560,4	905,1	708,7	1.893,1	96,7	5.559,6
Liquidazione-governance	0,0	-28,4	-27,1	-35,3	-35,3	-35,3	-35,3	-52,9	-249,4
Liquidazione-personale	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-17,8	-44,7	-169,0
Liquidazione-servizi	-7,9	-7,9	-44,5	-44,5	-44,5	-44,5	-44,5	-44,5	-283,0
Liquidazione-costi	33,5	-19,4	-16,9	-201,0	-84,9	-83,6	-83,1	-100,7	-556,1
Liquidazione-conferimento	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Liquidazione-iva	0,0	0,0	0,0	0,0	-57,7	-86,9	-124,3	-123,5	-392,5
Liquidazione-iva-conferimento	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Riepilogo Uscite operative	7,8	-73,5	-106,3	-298,5	-240,2	-268,1	-305,0	-366,3	-1.650,1
Saldo entrate uscite operative	-2,3	528,7	697,4	261,8	665,0	440,6	1.588,0	-269,7	3.909,5
progressivo	-2,3	526,3	1.223,7	1.485,5	2.150,5	2.591,1	4.179,1	3.909,5	
SpeseProcedura	0,0	-244,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-244,0
Professionisti	0,0	-274,5	-274,5	-274,5	-274,5	0,0	0,0	0,0	-1.098,0
Privilegiati-fornitori	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-1.414,7	0,0	-1.414,7
Privilegiati-fondi	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	-600,0	0,0	-600,0
Chirografari	0,0	0,0	0,0	0,0	17,9	0,0	0,0	-538,9	-521,0
Uscite adempimenti concordatari	0,0	-518,5	-274,5	-274,5	-256,6	0,0	-2.014,7	-538,9	-3.877,7
Saldo entrate uscite	-2,3	10,2	422,9	-12,7	408,4	440,6	-426,7	-808,6	31,8
Saldo finale	2,7	12,8	435,7	423,0	831,4	1.272,0	845,3	36,8	36,8

nota: gli importi sono inclusivi di iva

Tabella n.4

La società prevede di assegnare le azioni della società di Sviluppo Immobiliare Santa Teresa, previa sua trasformazione, entro il primo semestre 2017, e comunque decorso l'anno dalla di omologa previsto per la vendita, e liquidare i creditori chirografari, con le eccedenze derivanti dalla liquidazione degli attivi e l'incasso dei crediti entro un tempo massimo di 36 mesi dalla data di omologazione, e comunque dopo il pagamento dei creditori prededucibili e privilegiati.

Costituzione della società di sviluppo immobiliare. Progetto di sviluppo immobiliare

Il conferimento in natura del ramo aziendale avente ad oggetto terreno, grezzi da ultimare, opere di urbanizzazione realizzate, progetti, contratti pendenti e scritture private correlate sono il presupposto per dare avvio allo sviluppo immobiliare che vede la realizzazione di 9 palazzine per complessivi 100 alloggi del comparto Santa Teresa (lotti 10, 9 e 8).

Previsioni economico finanziarie

L'ipotesi prevede che il comparto sia realizzato progressivamente nell'arco di 5 anni. Il piano finanziario prevede i costi afferenti lo sviluppo immobiliare ed i costi per opere standard ed extra- standard.

Gli impegni finanziari derivanti dall'Accordo di Programma per opere extra-standard si assumono sostenuti progressivamente allo sviluppo immobiliare e coerentemente con le volumetrie realizzate.

I termini di pagamento dei fornitori sono ordinari (acconto, pagamento 60gg e saldo 10% a collaudo).

Si ipotizza di avviare la vendita degli appartamenti della singola palazzina già in fase realizzativa e di completarne il realizzo in sei mesi.

Il piano prevede il rimborso dei mutui ipotecari progressivamente alle vendite, con le seguenti precisazioni:

- con riferimento al mutuo concesso in fase di acquisizione del terreno, lo stesso è stato assegnato al singolo lotto coerentemente con i volumi di edificabilità;
- con riferimento al mutuo concesso a fronte dell'inizio lavori delle palazzine C e D, lo stesso è stato assegnato interamente al lotto 10 ed assegnato alla singola palazzina in relazione ai volumi di edificabilità. Le condizioni dei finanziamenti ipotecari oggetto di rimborso saranno concordate con il nuovo soggetto economico. Fino alla data del conferimento, e conseguentemente fino alla data di vendita della società il tasso applicato è stimato all'1%.

Si riporta il conto economico sintetico a “vita intera” del comparto Santa Teresa (1):

Intervento	Sintesi Santa Teresa (1) include volumetrie Il Sole newco	
Dati sintetici di intervento	u.m.	q.tà
Descrizione		
Volumi	mc	21.290
Superficie commerciale	mq	12.995
Unità immobiliari	num	100
Superficie fondiaria	mq	13.172
Valore Area	euro	727
Lavori già eseguiti	euro	1.782
Mutuo terreno	euro	-708
Mutuo costruzione	euro	-1.264
Totale finanziamento	euro	-1.972,1
Conto economico dell'iniziativa	Conto economico vita intera	
Ricavi di vendita	eur/mq	importo
Ricavi Ed. Res. pluripiano	1.999,9	25.989 1
Costo dell'area	-55,2	-727
Costi di demolizione		0
Costi di costruzione sostenuti	-137,1	-1.782
Costi di completamento e costr.	-1.042,9	-13.552 -
Imprevisti	-26,1	-339
Oneri di urbanizzazione primaria	-55,4	-720
Opere Extra standard da convenzione	-172,5	-2.242
Contributi sul Costo di Costruzione	-43,2	-562
Oneri concessori	-271,2	-3.523,9 -
Spese tecniche (onorari professionali)	-49,7	-645,5
Polizza assicurativa (postuma)	-14,0	-182
Totale costi di realizzazione	-1.596,9	-20.751,2 -
Spese di commercializzazione	-60,0	-780
Totale Costi	-1.664,4	-21.629,3 -
Margine dell'iniziativa	335,5	4.359,9
Proventi (Oneri) finanziari ordinari		-120,2
Proventi (Oneri) finanziari finanza operativa		-483,4
Margine dell'iniziativa ante imposte	289,1	3.756,3
Imposte figurative di progetto	-92,6	-1.203,0
Margine dell'iniziativa	196,5	2.553,3
Flusso di cassa netto effettivo		5.062,3
Debiti finanziari (restrizioni ipotecarie)		-1.972,1
Flusso finanziario netto		3.090,2

Tabella n.5

Convenienza rispetto all'alternativa del fallimento

Il Piano e la Proposta, rispetto al fallimento, consentiranno:

- la prosecuzione dell'attività di impresa, seppur indirettamente, tramite il conferimento del ramo aziendale nella NEWCO come in precedenza descritti;
- la salvaguardia del posto di lavoro subordinato (che verrà pure trasferito nella NEWCO), con conseguente riduzione degli oneri economico-finanziari che sarebbero dovuti in caso di fallimento;
- la vendita degli altri *assets* ad equi valori di mercato senza il ricorso a procedure competitive eccessivamente penalizzanti, ovvero non falcidiati in relazione all'esigenza di un loro immediato e pronto realizzo;
- il salvataggio e la continuazione d'impresa delle società partecipate in attesa della loro cessione.

Da quanto evidenziato nei paragrafi che precedono, è, dunque, ragionevole ritenere che il ceto creditorio sarà assai meglio soddisfatto grazie all'omologazione del concordato, rispetto a quanto si avrebbe sia in caso di dichiarazione di fallimento sia in caso di concordato con previsione della cessione all'asta di tutti gli *assets* della società in un orizzonte temporale di breve periodo.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Trattato di diritto commerciale, XI-1, Padova, 2008, 113.

AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 20.8.2015, 19.

AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, Fall. 2011, 644.

BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, Giur. comm. 2013, I, 1065.

BONFATTI e CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 217 ss.

BONSIGNORI, NARDO, LAZZARA, *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 361 ss.

BOSTICCO, *Evoluzione del concordato dopo il decreto Sviluppo*, Fall. 2014, 707.

BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori. Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, Fall. 2011, 195.

CASA, *Il voto dei creditori privilegiati nel concordato con continuità aziendale*, Fall. 2013, 1378.

CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, Fall. 2014, 1116.

CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, UA 2014, 417 ss.

DIMUNDO e PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999.

Determinazione Autorità nazionale anticorruzione 8 aprile 2015, n. 5, *Fall.* 2015, 769 ss.

D'ORAZIO, *L'ammissibilità della domanda di concordato preventivo con proposta di dilazione di pagamento ai creditori prelazionari*, *Fall.* 2011, 453.

DI SABATO, *Il conto corrente bancario nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1982.

FABIANI, *Concordato preventivo*, in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna 2014.

FERRO - FILOCAMO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2011, 741 – 2189 – 2194.

JORIO - FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 276 ss.

LO CASCIO, *L'esercizio dell'impresa nel concordato preventivo*, *Fall.* 1999, 725.

MACAGNO, *Concordato in continuità e contratti pubblici*, *Fall.* 2014, 667 ss.

MACRI', nota a Trib. Catania 27.7.2007, *Giur. comm.* 2008, II, 687.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova 2013.

NISIVOCCIA, *Concordato preventivo e continuazione dell'attività aziendale: due decisioni dal contenuto vario e molteplice*, *Fall.* 2011, 233.

PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità*, *Fall.* 2014, 191 ss.

PIRISI, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, *Fall.* 2015, 275 ss.

Sez. II, 14.1.2014, n. 101, in UA 2014.

Sez. V, 27.12.2013, n. 6273, in UA 2014.

STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, *Fall.* 2010, 1351.

STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *Fall.* 2013, 1222 ss.

STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Padova 2004.

TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, *Dir. Fall. S. C.* 2013, I, 1.

Trib. Bolzano 10.3.2015, *Fall.* 2016, 84.

Trib. Milano 7.5.2012, *Soc.* 2012, 839.

Trib. Patti 12.11.2013, *Fall.* 2014, 114.

Trib. Ravenna 28.4.2015, *Fall.* 2016, 77.

Trib. Roma 25.7.2012, *Fall.* 2013, 748.

Trib. Roma 24.3.2015, *Fall.* 2016, 79.

VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, *Fall.* 2013, 657.

SITOGRAFIA

AMATORE, *Concordato con continuità e requisiti di ammissibilità*, www.ilfallimentarista.it.

BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, www.ilcaso.it, 28 ottobre 2013, 32.

BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, www.ilcaso.it, II, 228/2012, 6 ss.

CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato preventivo con continuità aziendale*, www.ilfallimentarista.it.

CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, www.ilcaso.it.

COVINO-JANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva*, www.ilfallimentarista.it.

DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, www.ilfallimentarista.it.

GALLETTI, *Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*, www.unijuris.it.

LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, www.ilfallimentarista.it, 27 ss.

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

NICOLAI, *I creditori privilegiati e il diritto di voto nel concordato preventivo*, www.ilfallimentarista.it.

PIZZA, *Concordato con continuità e contratti pubblici: questioni risolte e nuovi problemi nel prima del "nuovo" art. 186 bis, comma 4 lfall.*, www.ilfallimentarista.it.

ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, www.ilcaso.it.

SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, www.ilcaso.it.

Trib. Bolzano 27.2.2013, www.osservatorio-oci.org.

Trib. Busto Arsizio 1.10.2014, www.ilfallimentarista.it.

Trib. Chieti 15.10.2013, www.ilfallimentarista.it.

Trib. Mantova 19.9.2013, www.ilcaso.it.

Trib. Mantova 17.10.2013, www.ilcaso.it.

Trib. Mantova 11.7.2014, www.ilcaso.it.

Trib. Marsala 5.2.2014, www.ilcaso.it.

Trib. Milano 16.3.2013, www.ilcaso.it.

Trib. Monza 26.9.2014, www.ilcaso.it.

Trib. Monza 13.2.2015, www.ilcaso.it.

Trib. Ravenna 19.8.2014, www.ilcaso.it.

Trib. Ravenna 19.8.2014, www.ilfallimentarista.it.

Trib. Terni 28.1.2013, www.osservatorio-oci.org.

ZANICHELLI, *La dilazione del pagamento dei creditori privilegiati: quando le ragioni dell'economia fanno premio su quelle del diritto*, www.ilfallimentarista.it, 26 gennaio 2015, 5 ss.

ZENATI, *Il concordato in continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, www.ilfallimentarista.it.

ZOCCA, *L'attestazione nel concordato in continuità. Un quadro riassuntivo sui criteri che il professionista deve seguire*, www.ilfallimentarista.it.