



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

**Scuola di
Giurisprudenza**

Corso di Laurea in
Magistrale in Giurisprudenza

Concordato “in bianco” e gestione dell’impresa

Tesi di laurea in Diritto Fallimentare

Relatore

Lorenzo Stanghellini

Candidato

Matteo Panelli

Anno Accademico 2013/2014

Indice

Premessa.....	7
Capitolo 1. Il concordato “in bianco”.....	8
1.1 Il ruolo delle procedure concorsuali dal 1942 a oggi.....	8
1.2 Perché il preaccordo (di ristrutturazione dei debiti) non ha avuto successo...	11
1.3 Una panoramica sul modello di riferimento della nuova disciplina: il <i>Chapter II</i> statunitense.....	13
1.4 Requisiti ed effetti della domanda di concordato “in bianco” (cenni).....	15
Capitolo 2. La gestione dell’impresa.....	19
2.1 Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.....	19
2.1.1 Il compimento degli atti durante la fase di “preconcordato” tra legalità e prededucibilità.....	19
2.1.2 La distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione dettata dall’art. 167 è utilizzabile per gli atti nella fase interinale?.....	22
2.1.3 La giurisprudenza tra il criterio della “conservatività” e quello della “normalità” dell’atto.....	24
2.1.4 Il conferimento di incarichi professionali: una lunga strada verso la prededucibilità.....	28
2.1.5 Il divieto di pagamento dei debiti pregressi: vi rientrano anche i fornitori di beni e servizi e gli emolumenti dei dipendenti?.....	33
2.2 I contratti in corso di esecuzione.....	39
2.2.1 L’inserimento del nuovo art. 169 bis l.fall. chiamato a colmare la lacuna della precedente disciplina.....	39
2.2.2 Compatibilità del regime dei contratti pendenti con la domanda di concordato “in bianco”.....	43
2.2.3 Il momento di presentazione della richiesta e il determinarsi degli effetti relativi all’autorizzazione.....	47

2.2.4 La tutela del contraente <i>in bonis</i> tra rimedi negoziali, sospensione del rapporto e concorsualizzazione del credito a seguito di scioglimento.....	51
2.2.5 La particolare categoria dei contratti bancari autoliquidanti tra concordato “in bianco” e art. 169 bis l.fall.....	55
2.3 I controlli nella fase interinale e l’apparato sanzionatorio previsto per attenuare possibili abusi.....	61

Capitolo 3. Il concordato con continuità aziendale..... 65

3.1 La continuità aziendale come valore per i creditori non è un concetto assoluto.....	65
3.2 Le ipotesi di concordato in continuità e il controverso caso dell’affitto d’azienda.....	67
3.3 La disciplina prevista per i casi di concordato con continuità aziendale: cautele e facilitazioni.....	72
3.4 Compatibilità tra la domanda “in bianco” e la disciplina della continuità aziendale.....	75
3.5 La dilazione di pagamento dei creditori privilegiati.....	78
3.6 La finanza durante la fase di “preconcordato”: finanziamenti a seguito della presentazione della domanda e finanziamenti-ponte.....	81
3.7 Il pagamento dei debiti anteriori <i>ex art. 182 quinquies</i> , comma 4, nella fase interinale.....	87

Capitolo 4. Profili di responsabilità della condotta del debitore nella fase interinale..... 93

4.1 L’aggravamento del dissesto <i>ex art 217</i> , n. 4, a seguito di domanda “in bianco”, può esporre il debitore a responsabilità penali?.....	93
4.2 L’esenzione dai reati di bancarotta <i>ex art. 217 bis</i> non si applica alle operazioni compiute nella fase interinale.....	97
4.3 Doveri giuridici e regole di condotta ripresi dal codice civile.....	100
4.4 Regole di condotta rinvenibili nella legge fallimentare.....	105

4.5 Il criterio della migliore soddisfazione dei creditori può rappresentare un parametro generale di valutazione della condotta del debitore?.....	109
4.6 Responsabilità extracontrattuale dell'impresa: in che cosa consiste?.....	113
Conclusioni.....	116
Bibliografia.....	119

PREMESSA.

Il concordato “in bianco” rappresenta la novità più importante, in materia fallimentare, dal momento della sua introduzione nel 2012. Nell’ambito della procedura di concordato preventivo, è prevista la possibilità per l’imprenditore in crisi o insolvente di ottenere la protezione immediata del patrimonio dalle azioni dei creditori, mediante il deposito di una semplice domanda, e riservandosi di depositare nel termine compreso tra sessanta e centoventi giorni, fissato dal Tribunale, tutta la documentazione indicata dall’art. 161, comma 2, l.fall.

L’approdo a tale strumento è giunto al termine di un percorso che ha avvicinato la nostra legge fallimentare a quelle più evolute del mondo. Da anni, gli operatori invocavano una disciplina come quella in esame che, attraverso la protezione dell’imprenditore già nella fase iniziale della predisposizione della soluzione concordataria, lo incentivasse a manifestare quanto prima lo stato di crisi e, al tempo stesso, favorisse la continuità aziendale se questa si fosse rivelata funzionale ad una migliore soddisfazione dei creditori.

1. IL CONCORDATO “IN BIANCO”

1.1. IL RUOLO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI DAL 1942 A OGGI

Il contesto economico nel quale le imprese si trovano ad operare, da qualche anno a questa parte, è di profonda crisi e recessione. Basti analizzare i dati dell'Osservatorio Cerved sulla crisi d'impresa per rendersi conto di come, dall'aprile del 2008, i fallimenti siano aumentati per sedici trimestri consecutivi su base annua.

Al di là delle soluzioni prospettate per rilanciare l'economia, che qui non interessano, merita approfondire l'approccio del legislatore per cercare di attenuare tutta questa serie di chiusure e individuare soluzioni alternative a quella meramente liquidatoria.

La legge fallimentare, fin dalla sua introduzione nel 1942, ha previsto due procedure concorsuali per l'imprenditore in stato di insolvenza: il fallimento e il concordato preventivo. La prima è la disciplina di *default* per tutti quei casi in cui non è più possibile risanare l'impresa e, pertanto, prevede lo spossessamento del debitore e l'affidamento al curatore fallimentare dell'amministrazione del patrimonio, sotto la supervisione del giudice delegato e del comitato dei creditori, in vista della liquidazione e della ripartizione dell'attivo tra i creditori; la seconda, invece, è diretta a favorire il raggiungimento di una soluzione concordata della crisi, mediante una proposta del debitore e l'approvazione della maggioranza dei creditori, omologata dal Tribunale.

Questa impostazione è rimasta sostanzialmente inalterata per più di sessant'anni. A partire dal 2005, il legislatore ha iniziato a potenziare soluzioni che si basavano sempre più su accordi tra debitore e creditori poiché si stava prendendo atto, sulla scia di quanto già accadeva negli altri ordinamenti internazionali (il *Chapter 11* americano, la *procedure de sauvegarde* francese, ecc.), che tali soggetti hanno le potenzialità, grazie all'autonomia privata di ciascuno, di elaborare soluzioni che meglio permettono di non distruggere i valori del patrimonio del debitore. Infatti, l'esperienza mostra come i fallimenti paghino tardi e male e con percentuali

bassissime di soddisfazione per i chirografari. Se, quindi, al debitore è riconosciuta la possibilità di presentare una proposta migliorativa rispetto a quella fallimentare, è giusto che i creditori abbiano il diritto di valutarla e, se la ritengono soddisfacente, accettarla.

Col D.L. 35/2005, convertito in L. 80/2005, è stato ampliato il novero di strumenti a disposizione dell'imprenditore non più solo insolvente, ma anche "in crisi" (nozione più ampia, comprendente anche il rischio d'insolvenza imminente), ulteriori rispetto alle procedure concorsuali: il piano di risanamento attestato e l'accordo di ristrutturazione dei debiti. Si tratta dei cosiddetti "percorsi stragiudiziali protetti" che si basano, appunto, sull'autonomia privata di debitore e creditori nel trovare una soluzione negoziale alla crisi d'impresa, all'interno di un quadro di tutele che diano certezza agli accordi.

Per molto tempo, infatti, la crisi delle imprese è stata percepita come un evento patologico e il legislatore aveva imperniato la disciplina delle procedure concorsuali sulla liquidazione del patrimonio, prediligendo la prospettiva sanzionatoria (e i relativi requisiti di meritevolezza per l'imprenditore ai fini dell'accesso al concordato) di espulsione dal mercato delle aziende insolventi. Con le riforme degli ultimi anni, la prospettiva del legislatore è cambiata e obiettivo delle procedure concorsuali è divenuto principalmente l'interesse dei creditori coinvolti nella crisi, sia perché, evitare la chiusura di aziende e salvare posti di lavoro, comporta costi minori a carico del sistema generale, sia perché attraverso la continuità d'impresa è possibile, in molti casi, assicurare una migliore soddisfazione dei creditori stessi (si pensi alla conservazione dell'avviamento, alla possibilità di liquidare i beni a condizioni di mercato più vicine all'effettivo valore del bene, invece che tramite procedure competitive).

Questa impostazione non deve portare all'errata conclusione che le imprese devono essere salvate ad ogni costo, esistono situazioni in cui non è conveniente, o addirittura è pregiudizievole per i creditori, mantenere l'azienda in attività e allora la soluzione fallimentare rappresenta l'estrema *ratio* cui ricorrere. Tuttavia, il fallimento deve rimanere la procedura di *default* per tutti i casi in cui non è possibile risolvere la crisi in maniera diversa.

Nell'ottica della legge, infatti, il ricorso agli strumenti alternativi al fallimento

avrebbe dovuto portare ad un abbattimento del numero di chiusure di imprese per il semplice fatto che sia il piano di risanamento, che l'accordo di ristrutturazione, che il concordato preventivo, pur con discipline che vanno in crescendo per quanto riguarda l'invasività del controllo giudiziale, offrono al debitore la possibilità di risolvere le difficoltà prima ancora di uno stato di insolvenza, e quindi lo incentivano a far emergere lo stato di crisi, mentre ai creditori è riconosciuto il diritto di valutare e accettare una proposta che potrebbe essere più vantaggiosa dell'alternativa liquidatoria.

Su queste premesse, il legislatore ha cercato di favorire sempre più il ricorso alle soluzioni negoziali e l'ha fatto, da una parte, prevedendo un quadro di tutele che mettessero al riparo il debitore, che tenti di superare la crisi attraverso il ricorso ai suddetti strumenti, dai rischi delle azioni revocatorie per gli atti compiuti, dai rischi penali e dal rischio di subire un'azione di responsabilità. Dall'altra parte, paralizzando, fin dai momenti iniziali delle trattative, le azioni esecutive e cautelari dei creditori, i quali, molto spesso, intimoriti dalla situazione di crisi in cui viene a cadere il comune debitore, rischiano di compromettere tutta la procedura perché (legittimamente) attaccano il patrimonio per soddisfare le proprie pretese insoddisfatte.

1.2. PERCHÉ IL PREACCORDO (DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI) NON HA AVUTO IL SUCCESSO ATTESO

La richiamata stabilità iniziale, necessaria al debitore per conoscere con esattezza su quali beni e risorse poter contare, abbiamo visto, è funzionale ad elaborare una soluzione definitiva, che potrà risultare più soddisfacente per gli stessi creditori.

Col D.L. 78/2010, convertito in L. 122/2010, il legislatore ha inserito nell'ordinamento fallimentare il cosiddetto "preaccordo" (di ristrutturazione dei debiti) che ai sensi dell'art. 182 bis, comma 6, l. fall. prevede, appunto, il diritto di ottenere la protezione dalle azioni esecutive e cautelari anche in pendenza delle trattative.

La possibilità di ottenere una sospensione effettiva già nella fase preparatoria dipende da una serie di condizioni. Innanzitutto, il debitore deve depositare, oltre alla documentazione richiesta dall'art. 161, commi 1 e 2, una proposta di accordo, corredata da un'autocertificazione attestante che sono in corso trattative col 60% dei creditori. In secondo luogo, occorre una relazione del professionista indipendente che attesti l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori che non hanno partecipato alle trattative. Tutta la documentazione deve essere depositata presso il registro delle imprese e, entro trenta giorni, il Tribunale fissa l'udienza (alla quale parteciperanno anche i creditori che potranno essere sentiti) per verificare se sussistono i presupposti per giungere ad un accordo di ristrutturazione con la maggioranza. Solo a questo punto, riscontrate tutte le condizioni, il giudice dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione non concordati, per un periodo di non oltre sessanta giorni, termine entro il quale deve essere depositato l'accordo definitivo.

Dall'analisi della disciplina, emerge come sia difficile per il debitore ottenere una sospensione delle azioni creditorie. Al di là dei diversi interessi che, fin da subito, devono essere coniugati, essa è subordinata ad una serie di requisiti stringenti: infatti, per poter presentare l'istanza di preaccordo, le negoziazioni coi creditori e il piano definitivo devono essere a uno stato abbastanza avanzato da permettere al professionista di prendere cognizione della reale situazione e assumersi la

responsabilità di rendere una dichiarazione gravosa come quella richiesta. Ed è proprio su questo punto che si è rivelata la debolezza dello strumento in esame e ha determinato lo scarso successo che ha riscontrato nella pratica.

La strada intrapresa per una disciplina che favorisse l'emersione dello stato di crisi era corretta, ma occorreva una procedura che assicurasse una protezione immediata al debitore, meno farraginoso e più snello da attivare, e non al termine di un *iter* che coinvolgeva una serie di soggetti e condizioni come quelli previsti nel preaccordo di ristrutturazione dei debiti.

1.3. UNA PANORAMICA SUL MODELLO DI RIFERIMENTO DELLA NUOVA DISCIPLINA: IL *CHAPTER 11* STATUNITENSE

Un'influenza importante nel far confluire la nuova figura del concordato "in bianco" nel nostro ordinamento l'ha avuta la disciplina fallimentare americana, tra le prime in assoluto a sperimentare nuove soluzioni alla crisi d'impresa basate su accordi oggetto dell'autonomia negoziale del debitore e approvati dai creditori.

Infatti, nel 1978 la procedura di *Reorganization* conflui nel famoso *Chapter 11*, all'interno del *Bankruptcy Code* (corrispondente alla nostra legge fallimentare), e pian piano venne seguita dai principali paesi industrializzati; si tratta di una disciplina che ha riscosso un enorme successo nel contesto americano ed ha accompagnato il salvataggio di grandi imprese in crisi (si pensi di recente alla Chrysler).

Le ragioni risiedono nella possibilità di attivare immediatamente una procedura che permette al debitore di mantenere la gestione dell'impresa e di predisporre nel frattempo un piano, mentre le azioni dei creditori vengono paralizzate. Essa viene attivata dall'imprenditore o, in casi tassativi, anche dai creditori (e in questo caso l'amministrazione dell'impresa viene affidata ad un *Trustee*¹), il quale continua a mantenere la gestione dell'attività sotto la supervisione del Tribunale. La *Bankruptcy Court*, se accoglie la domanda di riorganizzazione, emana un *order for relief*² che sospende tutte le azioni poste in essere dai creditori in attesa che nei successivi 120 giorni venga predisposto il piano dal debitore.

Quest'ultimo, quindi, già durante la fase delle negoziazioni, gode di una serie di norme di favore tali da metterlo, immediatamente, nelle migliori condizioni per predisporre una soluzione definitiva e incentrata sulla continuità dell'impresa: durante l'elaborazione del nuovo piano industriale e finanziario, potrà ottenere il blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori, essere autorizzato a contrarre nuovo indebitamento, al riparo dalle azioni revocatorie e dal rischio di

¹ A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in *Le novità in materia di concordato preventivo*. Atti del Convegno (Firenze, 22 gennaio- 6 febbraio 2014), p. II-268;

² L. BALESTRA, *Gli obblighi informativi di cui al comma 8 dell'art. 161 l.fall.*, in *Fallimento*, 2013, I, 99;

essere perseguito penalmente per gli atti compiuti.

Il *Chapter 11* è una procedura che mira a favorire la riorganizzazione dell'impresa in crisi. Attorno al debitore vengono create le condizioni affinché la continuità aziendale rappresenti una soluzione maggiormente conveniente rispetto all'alternativa fallimentare: l'imprenditore viene incentivato, attraverso la possibilità di iniziare le negoziazioni con i fornitori, banche, clienti, godendo fin da subito di un'ampia protezione, a denunciare il prima possibile lo stato di crisi, così da evitarne l'aggravamento e avere maggiori probabilità di continuare l'attività. Tutto questo perché il mantenimento dell'azienda in attività può rappresentare uno strumento col quale soddisfare maggiormente i creditori.

È evidente che non sarà sempre possibile salvare le imprese, tuttavia, anche nelle ipotesi in cui esse sono destinate alla liquidazione, il legislatore americano incentiva il ricorso ad una soluzione concordata mantenendo ferma l'applicazione della disciplina predetta e, in particolare, la possibilità per il debitore di ottenere la protezione dalle azioni dei creditori nel tempo che predispone un piano di liquidazione.

Una normativa del genere non esisteva nel nostro ordinamento fino a due anni fa. Una disciplina che ha tentato di avvicinarsi è stata quella del preaccordo (di ristrutturazione dei debiti), ma, abbiamo visto, quanto sarebbe difficoltoso ottenere una protezione dalle azioni creditorie fin dal momento delle trattative, a causa dei requisiti stringenti richiesti dall'art. 182 bis.

D'altra parte, la nostra legge ha da sempre contemplato l'istituto del concordato preventivo, ma la procedura si attiva (e gli effetti del blocco delle azioni operano) contestualmente al deposito della domanda e della proposta già confezionata da sottoporre all'approvazione dei creditori, quindi fino a quel momento non vi è alcuna "copertura" delle condotte del debitore.

I tempi erano maturi per operare la riforma.

1.4. REQUISITI ED EFFETTI DELLA DOMANDA DI CONCORDATO “IN BIANCO” (CENNI)

Il nostro ordinamento si è adeguato e l’art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 convertito dalla L. 7 agosto 2012, n.124, recante “disposizioni per favorire la crescita, lo sviluppo e la competitività”, ha previsto l’inserimento dei nuovi commi da 6 a 10 all’art. 161 l. fall., che introducono la figura del concordato “in bianco” (o “con riserva” o “preconcordato”).

Esso consiste nella possibilità per l’imprenditore di depositare la domanda di concordato insieme ai bilanci degli ultimi tre esercizi e all’elenco dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione richiesta dai primi commi dell’articolo in questione entro il termine fissato dal giudice, compreso tra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

Già da questo primo inciso, emerge che una prima novità della riforma consiste nella nuova modalità di accesso alla procedura di concordato preventivo. Accanto alla previsione ordinaria che, ai fini dell’attivazione, richiede il deposito di un ricorso contenente tutta la documentazione richiesta all’art. 161, commi 1 e 2, è stata inserita la possibilità di attivare la procedura anche in maniera più semplificata: in tal caso, è sufficiente che la domanda dell’imprenditore sia accompagnata dagli ultimi bilanci d’esercizio, per “consentire al Tribunale –si legge nella relazione d’accompagnamento- di valutare la sussistenza dei presupposti dimensionali di fallibilità dell’impresa”, e l’elenco dei creditori (previsione inserita, successivamente, dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69 convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, per scoraggiare l’utilizzo a fini dilatori dell’istituto) in modo che possano essere sentiti fin dalle fasi iniziali se il Tribunale lo ritiene opportuno.

Entro il termine fissato, il debitore deve cercare di elaborare un piano e una proposta soddisfacenti per i creditori o, in alternativa, può depositare una domanda di ristrutturazione dei debiti, con conservazione degli effetti prodottisi, fino all’omologazione del ricorso. Tuttavia, se nei due anni precedenti ha presentato analoga domanda alla quale non abbia fatto seguito l’ammissione alla

procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il ricorso viene dichiarato inammissibile.

La normativa è preordinata a concedere un periodo al debitore, nel quale egli porta avanti le trattative con i terzi e i creditori al fine di elaborare una proposta definitiva. Aspetto imprescindibile della nuova normativa sono gli effetti scaturenti dal deposito del ricorso: il debitore, ai sensi dell'art. 168, gode di un ombrello protettivo che, innanzitutto, impedisce l'operare della compensazione e la maturazione di nuovi interessi. Inoltre, a partire dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Inoltre i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'art. 167, e sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del ricorso (prescrizione quest'ultima importantissima perché scoraggia quei creditori, in particolare le banche, che in virtù delle informazioni privilegiate cui hanno accesso, sono solite acquisire posizioni di vantaggio mettendo a rischio il buon esito della procedura).

La maggiore semplicità con la quale è possibile attivare la procedura e ottenere gli effetti protettivi, ha rappresentato un rischio riguardo alla possibilità che l'istituto possa essere utilizzato con finalità dilatorie, ossia diretto a paralizzare le pretese dei creditori e a ritardare la dichiarazione di fallimento. Infatti, all'indomani della sua entrata in vigore, il numero delle domande di concordato è aumentato in maniera esponenziale. Certamente il contesto di crisi economica ha contribuito a ingrandire tali numeri, ma allo stesso tempo non possiamo trascurare come questa semplicità di attivazione possa essere stata utilizzata in maniera non corretta.

Per questi motivi, il legislatore col D.L. 21 giugno 2013, n. 69 convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 ha inserito alcune disposizioni correttive così da esercitare un controllo maggiore sull'attività compiuta dal debitore fin dal momento del deposito del ricorso. Al comma 6, ha previsto, da un lato, che possa essere nominato un commissario giudiziale che ha il compito di vigilare sull'attività

dell'imprenditore e riferire al Tribunale di eventuali condotte poste in essere di cui all'art. 173 che possono portare all'arresto della procedura; dall'altro, la possibilità che, qualora l'attività appaia manifestamente inidonea alla predisposizione del piano, il Tribunale, anche d'ufficio, e sentito il commissario giudiziale se nominato, abbrevi il termine inizialmente concesso.

Quella del commissario è certamente una figura importante, potremmo definirla "di garanzia", anche se in verità prima della sua introduzione, molti Tribunali già procedevano alla nomina di un ausiliare³, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., al fine di esercitare un effettivo controllo sull'attività del debitore e sulla serietà del piano di superamento della crisi.

Sempre al fine di dar conto della correttezza e sostenibilità del piano è improntato il nuovo comma 8: prevede che il Tribunale disponga obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e dell'attività compiuta fino a quel momento, che il debitore deve assolvere con periodicità almeno mensile sino alla scadenza del termine fissato. Una relazione sulla situazione finanziaria deve essere depositata ogni trenta giorni e pubblicata nel registro delle imprese in modo da permettere, da un lato, ai creditori di prenderne visione e, dall'altro, responsabilizzare ancor più il ruolo del debitore. La violazione degli obblighi informativi comporta l'interruzione della procedura e il conseguente rischio che venga dichiarato il fallimento dal Tribunale, a seguito di istanza di un creditore o del pubblico ministero.

Tutte queste previsioni sono dirette a far sì che l'istituto venga correttamente utilizzato attraverso un controllo più stringente sull'attività del debitore. Tale controllo (tramite gli obblighi informativi, vigilanza del commissario giudiziale se nominato, possibilità di accorciare il termine concesso inizialmente) è accompagnato da una serie di conseguenze che scattano allorché gli organi della procedura rilevino una condotta non conforme alle leggi.

Dall'analisi di questa prima parte di disciplina, molto vicina a quella del *Chapter 11* americano, è possibile trarre qualche piccola considerazione. Prima di tutto, emerge quanto siano limitati in tale fase i diritti dei creditori: il blocco delle azioni

³ M. POLLIO e P. P. PAPALEO, *La stretta sull'utilizzo del concordato "in bianco" introdotta dal Decreto del "Fare"*, in *Amministrazione&Finanza*, 2013, 28, 10, p. 9;

cautelari ed esecutive che potrebbero (legittimamente) essere esperite, è funzionale ad assicurare una maggiore stabilità al debitore durante la predisposizione della proposta definitiva nella speranza che quest'ultima sarà più conveniente e soddisfacente per lo stesso ceto creditorio. I creditori non hanno alcuna possibilità di far sentire le proprie ragioni a seguito di una domanda "in bianco", a meno che non sia il Tribunale, ai sensi dell'art. 161, comma 8 ultimo periodo, a disporre la loro audizione.

Questa impostazione è frutto di una scelta del legislatore diretta a tutelare non l'imprenditore in crisi o insolvente, ma gli stessi diritti di credito: posto che la soluzione fallimentare è un'estrema *ratio*, negli altri casi vengono incentivate le soluzioni concordatarie le quali, oltre alla possibilità che si rivelino più soddisfacenti per i creditori, hanno il pregio di incentivare l'emersione della crisi. Infatti, direttamente collegato a quest'ultimo aspetto, è proprio la previsione che il debitore venga mantenuto a capo dell'impresa: sia perché il mancato spossessamento (come avviene nel fallimento) viene percepito in maniera favorevole dal soggetto in crisi e, quindi, può fungere da ulteriore stimolo a manifestare le difficoltà il prima possibile; sia perché l'imprenditore è il miglior alleato dei creditori, nel senso che nessuno meglio di lui è in grado di conoscere l'impresa, le sue difficoltà, i suoi prodotti e tentare di risollevarne le sorti.

2. LA GESTIONE DELL'IMPRESA

2.1. ATTI DI ORDINARIA E STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE

2.1.1. IL COMPIMENTO DEGLI ATTI DURANTE LA FASE DI “PRECONCORDATO” TRA LEGALITÀ E PREDEDUCIBILITÀ

Posto che l'imprenditore viene mantenuto a capo della sua impresa durante la fase di predisposizione della proposta e del piano, diviene assolutamente centrale individuare quali tipi di operazioni possono essere compiute dal momento del deposito del ricorso fino al decreto di ammissione alla procedura (cosiddetta fase interinale).

La legge fallimentare non offre un criterio distintivo tra condotte ammesse e condotte vietate, ma si limita semplicemente a riconoscere all'art. 161, comma 7, che il debitore può compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione è necessaria l'autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e sentire il parere del commissario giudiziale se nominato. Non si distingue, quindi, tra ciò che si può fare e ciò che non si può fare, ma si distingue l'ordinarietà dalla straordinarietà di un atto: perché? Perché, potenzialmente, durante la cosiddetta fase interinale, non si possono individuare a priori attività che non possono essere compiute, non si può escludere certe operazioni senza prima conoscere che tipo di soluzione concordataria verrà prospettata. Si tratta di una fase delicata nella quale, sebbene i creditori subiscano una limitazione dei propri diritti, si deve tener conto dei loro interessi e questo, in molte occasioni, può condurre a escludere l'opportunità di certe operazioni; ma ciò dovrà essere valutato più precisamente caso per caso, con riguardo alle condizioni dell'impresa, non poteva essere il legislatore a individuare, in maniera astratta, le condotte da vietare.

Così, all'art. 161, comma 7, è stata operata la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: vi sono operazioni che possono essere compiute liberamente dall'imprenditore e altre, urgenti, che necessitano dell'autorizzazione del Tribunale, ma sarà quest'ultimo, eventualmente, in relazione ai dettagli che

verranno forniti, a non autorizzare il compimento di una certa attività.

Nemmeno il pagamento di crediti anteriori può essere escluso a priori, nonostante si tratti di un'operazione che viola la *par condicio creditorum*, perché esistono situazioni in cui il compimento di atti del genere, a certe condizioni, può essere autorizzato (si pensi all'ipotesi di un concordato con continuità aziendale, secondo il quale il debitore può chiedere di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori).

Sulla base di quanto appena detto, diviene allora essenziale scoprire criteri che permettano di individuare quando un'operazione possa essere qualificata come ordinaria o straordinaria. Il legislatore non indica canoni, se non indirettamente all'art. 167, comma 2, alla cui stregua distinguere gli atti, pertanto sarà importante vedere come si sono mossi i Tribunali rispetto ai casi concreti.

La questione è fondamentale, innanzitutto, perché solo i crediti sorti per effetto di atti legalmente compiuti sono prededucibili. La prededucibilità, prevista *ex lege* all'ultimo periodo dell'art. 161, comma 7, è funzionale ad evitare che, durante la predisposizione della proposta e del piano, l'attività dell'imprenditore sia paralizzata dal timore dei terzi con cui contratta di non essere rimborsati, vista la situazione, quantomeno di crisi, in cui versa. La norma è diretta a tutelare le controparti dell'imprenditore (e quindi indirettamente l'adozione della soluzione concordataria), e non l'imprenditore stesso, poiché solo se a esse viene riconosciuto una qualche certezza in ordine al rapporto giuridico instaurato, saranno incentivate a non evitare rapporti con un soggetto che proponga una domanda di concordato in bianco: e qui la certezza è costituita dalla prededucibilità del credito eventualmente sorto, dal fatto che assumerà una posizione privilegiata rispetto agli altri diritti dei creditori. Questa prededucibilità è collegata esclusivamente alla legalità dell'atto compiuto e non ad una condotta propria dell'imprenditore, consistente nel deposito della proposta completa di concordato preventivo poiché, in questo caso, una condotta omissiva verrebbe a incidere retroattivamente sui terzi e sull'affidamento che avevano fatto sulla legge

stessa⁴.

Cosa intenda poi il legislatore con l'avverbio "legalmente" quando, nell'ultimo periodo dell'art. 161, comma 7, afferma che "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti...", mi sembra giusta la riflessione di coloro che lo interpretano come coerenza dell'atto di gestione al piano o alla proposta⁵; il problema magari è che, se è stata presentata domanda di concordato "in bianco", ben potrebbero ancora non esserci un piano o una proposta e allora l'interpretazione appena indicata si svuoterebbe di significato.

In realtà, l'imprenditore dovrebbe quantomeno avere in mente, fin da subito, che tipo di impostazione dare al concordato, se in continuità o meno, e già questo costituirebbe un primo parametro di riferimento dell'atto. A maggior ragione, se volesse usufruire dei vantaggi che la legge prevede, sarebbe obbligato a fornire ulteriori informazioni sul perché richiede il compimento di un certo atto, in mancanza delle quali il Tribunale non si assumerebbe la responsabilità di concedere l'autorizzazione e, in tal caso, rispetto a questi dettagli potrebbe ancor di più essere valutata la sua coerenza rispetto al piano e alla proposta. Una domanda di concordato priva di qualsiasi tipo di informazioni non è in sé incompatibile con ciò che dice la legge, ma se il debitore vuole usufruire dei vantaggi che le varie norme riconoscono, sarà obbligato a rivelare maggiori dettagli sul tipo di proposta che intenderà presentare.

⁴ Trib. Terni, 17 gennaio 2014, in www.ilcaso.it;

⁵ G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. Fall.*, 2013, 3-4, p. 392 ss; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 2012, 303, p. 12;

2.1.2. LA DISTINZIONE ORDINARIA E STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE DETTATA DALL'ART 167 È UTILIZZABILE PER GLI ATTI NELLA FASE INTERINALE?

L'art 167 l. fall. disciplina la gestione dell'impresa nel momento successivo a quello oggetto della nostra trattazione, quando cioè l'imprenditore è stato ammesso alla procedura e, ovviamente, si conoscono i dettagli del piano e della proposta: la legge si limita a dire che il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e la gestione dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale e, al secondo comma, viene riportato un elenco di operazioni, a titolo esemplificativo, che richiedono l'autorizzazione del Tribunale, pena l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori; il decreto che contiene l'autorizzazione può anche fissare un limite al di sotto del quale essa non è richiesta.

È opportuno valutare se la disciplina qui descritta non possa essere d'aiuto nell'elaborazione di quei criteri di valutazione di un atto anche nella fase di "preconcordato".

Ciò che a prima vista si può ricavare è, innanzitutto, la diversità letterale nella costruzione delle norme: nell'art. 161 comma 7 non viene prevista la possibilità di introdurre un criterio quantitativo come avviene, invece, nell'altra norma, dal che dovrebbe discendere che nella fase interinale la distinzione tra attività ordinaria o straordinaria non può essere semplificata dalla fissazione di un valore al di sotto del quale l'autorizzazione non è richiesta.

In secondo luogo, viene richiamato il requisito della urgenza per il compimento di atti di straordinaria amministrazione nel concordato "in bianco", da interpretarsi nel senso della indifferibilità ad un momento successivo. La *ratio* risiede nel fatto che non sarebbe facile per il Tribunale valutare la congruità di un tale atto rispetto ad un piano e ad una proposta non ancora stilati o, addirittura, di fronte alla possibilità che venga presentata una domanda ai sensi dell'art. 182 bis. Ecco perché, a fronte di un quadro non così ben definito, è richiesto che l'atto di straordinaria amministrazione di cui il debitore chiede l'autorizzazione presenti delle caratteristiche tali da non renderlo differibile alla fase successiva.

Tuttavia, al di là delle differenze appena viste, che attengono ad un piano esterno

al merito rispetto alle operazioni che possono essere effettivamente compiute, le condotte richiamate a titolo esemplificativo all'art. 167, comma 2, permettono di trarre considerazioni importanti riguardo anche alla fase interinale di un concordato "in bianco": i mutui, le cancellazioni di ipoteche, i compromessi, le fidejussioni, le accettazioni di eredità, le donazioni, ecc. sono operazioni da considerare straordinarie anche rispetto a tale fase. Esse, infatti, come vedremo meglio nel successivo capitolo, hanno in comune l'idoneità ad incidere sul patrimonio del debitore, nel senso di ridurlo o gravarlo di pesi. Da questa elencazione, pertanto, è possibile affermare che il carattere straordinario di un'attività, secondo le intenzioni del legislatore, potrebbe essere collegato alla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio dell'imprenditore. E ciò varrà tanto nella fase successiva all'ammissione alla procedura, tanto nella fase precedente, in quanto il carattere straordinario attiene a peculiarità proprie dell'atto e non al momento in cui viene compiuto.

Semmai, in relazione a quest'ultimo aspetto, può essere richiesto un ulteriore requisito per bilanciare una situazione non ancora definita ed è proprio quello che è accaduto all'art. 161, comma 7, dove il legislatore ha previsto il requisito dell'urgenza per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

2.1.3. LA GIURISPRUDENZA TRA IL CRITERIO DELLA “CONSERVATIVITÀ” E QUELLO DELLA “NORMALITÀ” DELL’ATTO

I Tribunali, in assenza di un qualche aiuto offerto dal legislatore all’interno della legge fallimentare, si sono dovuti attivare per elaborare criteri che permettessero di individuare in maniera precisa quando un atto poteva essere qualificato come straordinario e, pertanto, necessitava dell’autorizzazione. Tale esigenza si era prospettata prima ancora delle novità introdotte dalla riforma del 2012, con riguardo alle operazioni che potevano essere compiute in una normale procedura di concordato preventivo: come abbiamo visto, l’art. 167, comma 2, contiene un’elencazione di operazioni qualificate come straordinarie, ma che non hanno il carattere dell’esaustività.

La giurisprudenza ha recuperato gli orientamenti elaborati in tema di amministrazione del patrimonio degli incapaci e li ha riproposti nell’ambito della crisi d’impresa. Il criterio della “conservatività” (o potenziale disgregatorietà) dell’atto faceva leva sull’impatto che una certa operazione avrebbe avuto sul patrimonio del debitore. Per valutare il carattere straordinario, il giudice deve tenere di conto dell’idoneità dell’atto ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l’acquisizione di utilità reali prevalenti su quest’ultimi ⁶. Si tratta di una ricostruzione (ripresa, successivamente, dal tribunale di Terni per gli atti di straordinaria amministrazione nella fase interinale) certamente condivisibile: posto che il concordato preventivo non è altro che una procedura che permette all’imprenditore di risolvere la crisi, alternativa al fallimento, attraverso un piano di soddisfacimento da sottoporre ai creditori, ne segue che la tutela di questi costituisce il parametro di riferimento per tutte le operazioni compiute nel momento compreso tra l’ammissione alla procedura e l’approvazione della

⁶ Cass. 20 ottobre 2005, n. 20291, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

maggioranza. E poiché la garanzia dei creditori si fonda sul patrimonio del debitore, è legittimo che esso venga assunto come base per valutare gli effetti delle varie operazioni.

Tale interpretazione è stata riproposta anche per gli atti compiuti a seguito di domanda di concordato “in bianco”⁷: tuttavia, vi è un’importante differenza, ovvero nella fase precedente all’ammissione non esistono un piano e una proposta definitivi (in caso contrario non si ricadrebbe nell’ipotesi di cui all’art. 161 comma 6), pertanto occorre una maggiore cautela nella valutazione delle singole operazioni. Questo perché, fintanto che il debitore non scopre i dettagli definitivi di cosa intenda offrire ai creditori, la sua proposta può essere aperta ad un triplice scenario: un concordato liquidatorio, un concordato in continuità o una domanda di accordo di ristrutturazione dei debiti. Di fronte a scenari così diversi, possono essere autorizzate solo quelle operazioni che saranno compatibili con qualsiasi strada deciderà di intraprendere il debitore, a meno che quest’ultimo fornisca informazioni precise su quale percorso intenderà percorrere.

La questione è molto delicata perché, ai sensi dell’art. 67, comma 3, lett. e), ultimo periodo, gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente poste in essere dopo il deposito del ricorso sono esenti dall’azione revocatoria fallimentare e, in base all’art. 161, comma 7, se dal compimento dell’atto sorge un credito, questo gode del trattamento prededucibile⁸. Per tali motivi, il Tribunale dovrebbe adottare un atteggiamento cauto perché dalle sue valutazioni discenderanno effetti irreversibili.

Accanto a questa teoria, che è anche la più risalente, ripresa dalla giurisprudenza maggioritaria, non mancano pronunce che invece fanno riferimento al criterio della “normalità”: non è più il patrimonio del debitore ad esser preso come punto di riferimento, ma l’attività caratteristica dell’impresa, la cosiddetta attività ordinaria. È rispetto a questa e al suo patrimonio che dovrà essere valutato il carattere ordinario o straordinario⁹, da ciò derivando che la “normalità” dell’atto

⁷ Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in www.ilcaso.it, Trib. Crotone, 17 luglio 2014, in www.ilcaso.it;

⁸ M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 9, p. 1058;

⁹ Cass., 18 ottobre 1997, n. 10229, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

dovrà tener di conto anche delle finalità della procedura: infatti, un'operazione può assumere una diversa rilevanza a seconda che venga compiuta durante l'ordinaria attività o nell'ambito di una procedura concorsuale e il Tribunale dovrà tener di conto di tutti questi elementi nella sua valutazione (così, ad esempio, la stipula di atti di cessione d'immobili non è stato ritenuto atto di straordinaria amministrazione perché si trattava di attività caratteristica dell'impresa¹⁰).

Indipendentemente dal tipo di criterio che utilizzerà il Tribunale, la condotta dell'imprenditore a seguito del deposito della domanda "in bianco" dovrebbe essere orientata alla conservazione del patrimonio, senza intraprendere operazioni che potrebbero ridurlo o gravarlo di pesi né impegnarlo rispetto a situazioni che fino al decreto di ammissione alla procedura non saranno definite. Tuttavia, se riguardo a operazioni di questo genere, è da ritenere che sarà il Tribunale ad assumere un tale atteggiamento, non rilasciando eventualmente l'autorizzazione al compimento, anche rispetto agli atti di ordinaria amministrazione il debitore dovrebbe assumere una condotta molto cauta, tale da non comportare un peggioramento delle condizioni del patrimonio e, di conseguenza, delle aspettative dei creditori.

Il miglior soddisfacimento dei creditori è il parametro di riferimento a cui deve orientare la propria condotta il debitore. Tutti gli atti potenzialmente dannosi per la soddisfazione del ceto creditorio devono essere evitati alla luce del fatto che ancora non c'è un piano definitivo e non c'è stato alcun vaglio d'ammissibilità alla procedura da parte del Tribunale¹¹. Poiché il blocco delle azioni dei creditori è stato previsto come funzionale ad assicurare all'imprenditore quella stabilità necessaria per predisporre una soluzione più soddisfacente per gli stessi, è corretto, allora, che tale "protezione" non venga utilizzata malamente per compiere operazioni disgregatrici del patrimonio. Anche perché, in tali casi, si esporrebbe ad eventuali responsabilità penali.

Talvolta può accadere che per il debitore non sia agevole ricondurre una certa attività ad una delle classi ordinaria/straordinaria amministrazione, pertanto, per evitare il rischio che possa essere valutata diversamente *ex post* dal Tribunale, e

¹⁰ Trib. Modena, 15 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*;

possa condurre all'arresto della procedura, o addirittura a conseguenze penali, egli richieda preventivamente ai giudici un vaglio sulla natura dell'operazione e, successivamente, l'autorizzazione al compimento. Un atteggiamento di questo tipo è certamente improntato alla massima cautela possibile ed evita che si crei il rischio di una divergenza nella classificazione di un'attività tra debitore e Tribunale, ma è auspicabile che sia ridotto solo ai casi realmente dubbi, che anche alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza, rimangono d'incerta interpretazione: in caso contrario, infatti, oltre ad una paralisi dell'attività gestoria, i giudici si ingerirebbero troppo nella conduzione dell'impresa, andando contro quella che è la *ratio* dell'istituto di mantenere in capo al debitore la gestione dell'azienda.

2.1.4. IL CONFERIMENTO DI INCARICHI PROFESSIONALI: UNA LUNGA STRADA VERSO LA PREDEDUCIBILITÀ

Cerchiamo di vedere, in concreto, quali sono le principali operazioni che possono essere compiute durante la gestione dell'impresa e a quali problematiche danno luogo.

Inizierei la trattazione da quell'attività che, seguendo un ordine puramente cronologico, si pone in maniera prioritaria tra le esigenze dell'imprenditore in crisi: il conferimento degli incarichi professionali a tutte quelle figure, previste o non dalla legge, che lo assistono fin dai momenti iniziali di difficoltà. Mi riferisco ai dottori commercialisti, agli advisor, ai professionisti indipendenti che ai sensi dell'art. 161 comma 3 devono attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, agli avvocati stessi rispetto ai quali, pur non essendo stata prevista come necessaria la loro assistenza, non si può escludere l'importanza della loro professionalità e delle loro competenze anche ai soli fini della presentazione della domanda tramite ricorso.

Elemento centrale che ha animato le pronunce giurisprudenziali è stato, non il conferimento di incarichi a queste figure nella fase di preconcordato, essendo legittimo che il debitore possa avvalersi di tutti i soggetti che ritiene opportuno, ma il trattamento dei relativi compensi che assumono la veste di crediti per l'attività professionale svolta. Il vecchio comma 4 dell'art. 182 quater prevedeva <<la prededucibilità dei compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli artt. 161, comma 3, 182 bis, comma 1, purché ciò fosse espressamente previsto nel provvedimento con cui il Tribunale accoglieva la domanda di ammissione al concordato preventivo>>.

Introdotta con la novella del 2010, l'articolo, secondo l'orientamento prevalente, chiariva meglio la distinzione tra crediti sorti "in occasione" delle procedure concorsuali minori e quelli sorti "in funzione", riconoscendo un diverso trattamento a seconda del momento in cui veniva conferito l'incarico: infatti, i crediti del liquidatore o del professionista attestatore erano prededucibili per definizione, mentre quelli del professionista incaricato della predisposizione e presentazione del concordato non lo erano.

Tuttavia il quarto comma è stato abrogato dal D.L. 83/2012.

La questione è rimasta aperta con riferimento, in particolare, non solo a taluno di essi, ma riguardo a tutti i professionisti che affiancano il debitore. Se il trattamento privilegiato non sembra porre alcun problema se il rapporto sorge dopo il deposito del ricorso, visto l'operare dell'art. 161, comma 7, o in caso di successivo fallimento, stante la prededucibilità accordata dall'art. 111, comma 2, per i crediti sorti "in occasione" di una procedura concorsuale, diversa è la situazione in cui l'incarico venga conferito prima della domanda "in bianco".

La differenza è notevole e, ovviamente, diverse sono le conseguenze sia per gli stessi professionisti, sia per i creditori concorsuali: riconoscere a quei crediti un trattamento prededucibile significa prevedere, per i primi, una soddisfazione anticipata rispetto a tutti gli altri (sempreché vi sia attivo sufficiente), per i secondi, di conseguenza, il rischio che il patrimonio o parte di esso venga diminuito a discapito loro e dei loro diritti di credito.

Il presupposto iniziale di tutta la discussione è il ruolo affidato agli strumenti alternativi alla soluzione fallimentare; non credo vi siano dubbi sul fatto che la ratio alla base degli interventi legislativi degli ultimi anni, dal 2005 in poi, compresa quindi anche la novella del 2012, sia stata quella di incoraggiare il ricorso a queste procedure concordate delle crisi. Già abbiamo detto della volontà del legislatore di inserire nella nostra disciplina una normativa che favorisse l'emersione della crisi e la continuità dell'attività aziendale. Sulla base di tali premesse, non si può escludere come il ruolo riservato alle figure professionali suddette sia comunque decisivo nel senso di assistere l'imprenditore in difficoltà e aiutarlo nella predisposizione di piani per il superamento della crisi o, nelle ipotesi di insolvenza, nell'attività liquidatoria, evitando di aggravare ulteriormente il dissesto. Ne segue che se l'intento del legislatore è stato quello di incentivare il ricorso a tali strumenti e, rispetto ad essi, risulta centrale l'assistenza di avvocati, dottori commercialisti, professionisti attestatori, allora il successo delle riforme non potrà non passare anche da condizioni legislative favorevoli per chi affianca il debitore in difficoltà. Certamente, sapere che il proprio credito, relativo all'attività prestata in aiuto dell'imprenditore che ha presentato o si appresta a presentare una domanda di concordato "in bianco", godrà del trattamento prededucibile,

costituirà un incentivo, e non un freno, ad assistere un soggetto in crisi.

Inizialmente, tale trattamento veniva giustificato sulla base di un orientamento¹² che, partendo dal presupposto che il conferimento di un incarico professionale costituiva attività necessaria per lo svolgimento della procedura, esso era da annoverare come atto di ordinaria amministrazione e, il relativo credito, avrebbe goduto del trattamento prededucibile in quanto atto legalmente compiuto dal debitore dopo il deposito del ricorso (art. 161 comma 7). Il limite di questa interpretazione era, tuttavia, evidente, dal momento che l'atto di conferimento sarebbe dovuto avvenire dopo il deposito del ricorso di concordato: infatti, se fosse avvenuto prima, il relativo credito sarebbe stato considerato come sorto anteriormente e quindi sarebbe stato trattato come credito concorsuale e non prededucibile, non operando il regime previsto dall'art. 161 comma 7 per gli atti anteriori al ricorso.

Successivamente, la Suprema Corte¹³ si è attestata su un diverso piano, superando la dicotomia ordinaria/straordinaria amministrazione e il relativo problema della natura del credito, elaborando il criterio "dell'adeguatezza funzionale" delle prestazioni dei professionisti rispetto alle necessità risanatorie dell'impresa e all'utilità per i creditori¹⁴: viene osservato che l'incarico e quindi l'assistenza di questi soggetti deve essere valutata non dal punto di vista della natura dell'atto, ma da quello della sua funzionalità al risanamento e alla utilità per i creditori medesimi. Visto che è proprio attraverso il loro soddisfacimento che passa l'attività dell'imprenditore in difficoltà (liquidazione e riparto dell'attivo in caso di fallimento, modalità diverse di soddisfazione rispetto a quelle pattuite in caso di concordato), ecco che l'operato dei professionisti deve essere valutato in concreto con riguardo all'utilità che ne hanno tratto i creditori; sarebbe contraddittorio che una attività giudicata utile per una procedura (incentivata dal legislatore) e quindi per la massa dei creditori, finisca per prevedere che una parte dei relativi crediti rimanga insoddisfatta.

¹² Trib. Terni, 28 dicembre 2012, in www.ilcaso.it e Trib. Piacenza, 26 aprile 2013, in www.ilcaso.it;

¹³ Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

¹⁴ G. GIURDANELLA, *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2014, 3, p. 355;

Ancora più chiara ed esplicita è stata la recentissima sentenza, sempre della Corte di Cassazione¹⁵, la quale ha cercato spiegare il ragionamento facendo appiglio anche alla volontà del legislatore espressa tramite gli art. 67 lett. g) e 182 quater comma 2 l. fall.: si tratta di norme che disciplinano due situazioni completamente diverse, la prima esenta dall'azione revocatoria fallimentare i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure di concordato, la seconda invece riconosce il trattamento prededucibile dei cosiddetti finanziamenti-ponte, funzionali alla presentazione di una domanda di concordato. Attraverso il combinato di queste norme con l'art. 111, che considera come crediti prededucibili quelli qualificati da un'espressa disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione di una procedura concorsuale, si evince che l'espressione lì adoperata "in funzione" non può essere intesa come sinonimo dell'altra "in occasione", altrimenti il legislatore non l'avrebbe prevista, da ciò derivando un diverso significato da attribuirle. Tale significato può essere desunto dalla ratio, più volte richiamata, che sta alla base della nuova disciplina del concordato preventivo, ripresa nelle due norme sopra richiamate: il credito sorto "in funzione" di una procedura concorsuale è senza dubbio anche quello sorto per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali, essendo irrilevante la sua natura concorsuale per essere sorto in un periodo antecedente al fallimento; inoltre, leggendo l'art. 182 quater comma 2, si desume che crediti prededucibili possono essere anche quelli sorti prima dell'apertura della procedura e quindi pure quelli sorti in funzione della presentazione di una domanda di concordato.

L'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisce senza dubbio un vantaggio per la massa dei creditori visto che, quantomeno, si ottiene la cristallizzazione della massa e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare; quindi, indipendentemente dal momento in cui venga conferito l'incarico, appare legittimo riconoscere un trattamento preferenziale a quei professionisti che assistono l'imprenditore per l'accesso ad una disciplina dalla quale possono scaturire effetti favorevoli per tutti.

¹⁵ Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *www.ilcaso.it*;

Questo trattamento preferenziale, conseguenza di quel criterio di adeguatezza funzionale dell'incarico al risanamento dell'impresa, richiamato dalla Corte, implica, pertanto, che il professionista possa essere pagato in corso di procedura. Sebbene una disposizione come questa non sia prevista nell'ambito del concordato, già nella procedura fallimentare l'art. 111 bis, comma 4, dispone che i crediti prededucibili liquidi ed esigibili non contestati per collocazione ed ammontare, possono essere soddisfatti, previa autorizzazione del comitato dei creditori o del giudice delegato, al di fuori del procedimento di riparto se l'attivo è presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti. Una tale interpretazione potrebbe essere applicata anche al caso di un concordato preventivo, anche se non vi sono né un comitato dei creditori né un giudice delegato, essendo medesima la *ratio* della norma.

Non paiono condivisibili quelle pronunce¹⁶ che subordinano il trattamento prededucibile all'omologazione del concordato poiché solo in tal modo potrebbe dirsi rispettato quel criterio di adeguatezza funzionale rispetto alla procedura e alla concreta utilità per i creditori. Sebbene, infatti, l'omologazione del concordato costituisca il risultato evidente che l'attività del debitore, sfociata in una proposta, è stata ritenuta soddisfacente dalla maggioranza dei creditori, cui hanno certamente contribuito i professionisti tramite la loro assistenza, tuttavia, come ha sottolineato la recente sentenza della Suprema Corte, l'utilità della loro opera non può essere valutata esclusivamente in base ad eventi finalistici come quelli suddetti.

La sola presentazione della domanda "in bianco" garantisce di per sé un vantaggio per i creditori posto che, innanzitutto, cristallizza la massa, impedendo agli stessi di aggredire il patrimonio, acquisire diritti di prelazione e iscrivere ipoteche giudiziali nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione del ricorso in base all'art. 168; in secondo luogo, nell'ipotesi di un successivo fallimento, i termini per le azioni revocatorie vengono fatti decorrere non dalla data di dichiarazione di fallimento, ma retroagiscono alla data della pubblicazione nel registro delle imprese della domanda medesima.

¹⁶ Trib Rovigo, 12 dicembre 2013, in www.ilcaso.it e Trib. Vicenza, 11 marzo 2014, in www.ilcaso.it;

2.1.5. IL DIVIETO DI PAGAMENTO DEI DEBITI PREGRESSI: VI RIENTRANO ANCHE I FORNITORI DI BENI E SERVIZI E GLI EMOLUMENTI DEI DIPENDENTI?

Tra le operazioni che si possono e non si possono fare a seguito di domanda di concordato “in bianco”, rilievo centrale assume il pagamento dei debiti pregressi che, in realtà, non è altro che il rimborso dei crediti sorti prima della procedura.

Conviene iniziare da ciò che dice la legge, allargando poi la riflessione a termini più ampi.

L’art. 182 quinquies, comma 4, prevede una specifica ipotesi, riservata al caso in cui venga presentata una domanda di concordato con continuità aziendale: il debitore può chiedere al Tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell’attività e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Essendo la norma riservata a un concordato con continuità, ha portato molti Tribunali ad affermare che il pagamento di debiti anteriori, al di fuori del caso espressamente disciplinato, sarebbe vietato, altrimenti la legge lo avrebbe previsto proprio come per la norma in questione.

Unitamente a questa specifica ipotesi, il divieto viene giustificato anche sulla base del fatto che un’operazione del genere sarebbe idonea a frodare le ragioni dei creditori, soddisfacendone alcuni a discapito di altri, ledendo in tal modo quella *par condicio creditorum* assicurata e garantita per il tramite del blocco delle azioni cautelari e esecutive ai sensi dell’art. 168: sarebbe incongruo che ciò che il creditore non potrebbe ottenere in via di esecuzione forzata, potrebbe conseguirlo in virtù di adempimento spontaneo da parte del debitore¹⁷.

In realtà, un orientamento di questo tipo appare troppo rigido e sembra circoscrivere la *ratio* stessa della disciplina concordataria. Posto che il principio della *par condicio creditorum* è l’architrave su cui poggia la procedura stessa, poiché funzionale a soddisfare i creditori secondo la regola, appunto, della parità

¹⁷ Trib. Milano, 28 febbraio 2013, in www.ilcaso.it;

di trattamento, tuttavia l'altro criterio al quale deve rispondere, è quello della migliore soddisfazione dei creditori. In quanto strumento alternativo alla disciplina fallimentare, il concordato deve prospettare una soluzione maggiormente conveniente per i creditori, altrimenti non avrebbe senso la sua previsione. Non a caso, la migliore soddisfazione dei creditori è alla base della attestazione del professionista al momento in cui saranno presentati il piano e la proposta definitivi. Ne segue che vietare il pagamento dei debiti anteriori al di fuori del caso previsto all'art. 182 quinquies, comma 4, potrebbe limitare fin troppo il ricorso allo strumento concordatario, e la conseguente maggior soddisfazione dei creditori, in tutte le ipotesi in cui non sia stata presentata una domanda con continuità aziendale.

L'ipotesi espressamente prevista dalla legge, che richiede tutta una serie di requisiti, è riservata ad una fattispecie particolare, cioè al caso in cui venga proposta una domanda in continuità, ma non pone alcun divieto per le altre ipotesi. Anche in tali casi potrebbe essere autorizzata un'operazione di questo tipo e, con riguardo alla fase interinale di un concordato "in bianco", la disciplina non può che essere quella dell'art. 161, comma 7: se il pagamento di un debito pregresso è funzionale ad elaborare una proposta che assicurerà una migliore soddisfazione dei creditori, il debitore dovrà chiederne l'autorizzazione al Tribunale, prospettando e illustrando tali vantaggi. È vero che tale pagamento incide sul patrimonio (in quanto ne pregiudica la consistenza riducendolo), ma il criterio della "conservatività" elaborato dalla giurisprudenza fa riferimento anche ai vantaggi, prevalenti sui vincoli, che potrebbero comunque discendere da una operazione di questo tipo. Se, quindi, le utilità reali corrispondenti ad un'attività idonea a ridurre o gravare il patrimonio prevalgono rispetto ai vincoli e ai pesi, non ci sono motivi per escluderne l'autorizzazione al compimento anche durante la fase interinale di una domanda "in bianco".

Caso emblematico è costituito dalla recente pronuncia del Tribunale di Monza¹⁸, che mostra come il pagamento di un debito anteriore nella fase interinale può rivelarsi essenziale, anche nell'ipotesi in cui sia proposto un concordato liquidatorio o una domanda di ristrutturazione dei debiti. Nel caso di specie, si

¹⁸ Trib. Monza, 25 luglio 2014, in www.ilcaso.it;

trattava di una rata del piano di dilazione di un debito per omesso versamento di ritenute alla fonte verso l'Erario, pagamento richiesto da una società, che pur avendo proposto domanda di concordato "in bianco", aveva affermato che avrebbe depositato un accordo di ristrutturazione liquidatorio, non essendovi più le condizioni per continuare l'attività. Posto che la rateizzazione rappresentava certamente un beneficio per l'impresa, visto che riduceva la sanzione comminata, il mancato pagamento di una rata avrebbe vanificato tutto quanto, facendo perdere il diritto al beneficio e, di conseguenza, aggravando ulteriormente il patrimonio della società; se, quindi, la migliore soddisfazione dei creditori, come più volte ribadito, rappresenta il parametro di riferimento dell'attività risanatorie o liquidatorie del debitore, non si può trascurare come il pagamento della rata rappresentasse un atto a vantaggio anche dei creditori medesimi perché, in tal modo, si sarebbe ridotto il passivo di un creditore privilegiato (l'Erario) e, per converso, si sarebbe evitato l'aumento di tale passivo.

Il problema era su che base giustificare tale operazione, posto il richiamo dell'art. 182 quinquies e il fatto di essere al di fuori di un concordato in continuità aziendale: i giudici non hanno potuto che far riferimento all'art. 161 comma 7 e agli atti di straordinaria amministrazione in particolare, visto che tale pagamento era da qualificare come tale. Pertanto, hanno concesso l'autorizzazione, avendo accertato che il pagamento provocava un decremento del passivo legato all'Erario e non comportava alcuna lesione delle cause legittime di prelazione visto che le disponibilità liquide erano sufficienti a pagare gli altri creditori privilegiati e quelli stimati in prededuzione.

Negli stessi termini si pone l'ipotesi simile del pagamento di fornitori di beni e servizi. Anche in questo caso siamo di fronte a un atto di straordinaria amministrazione e, fermo il divieto di pagamento dei creditori dopo la pubblicazione della domanda, per non ledere il principio della *par condicio creditorum*, si ripresenta il problema su affrontato, considerando, tra l'altro, che l'attività d'impresa, anche nei concordati liquidatori, difficilmente si arresta al momento della presentazione del ricorso.

Essa, infatti, può proseguire anche per un certo periodo perché il debitore deve ultimare commesse già pattuite per non incorrere nelle penali, deve tenere i

macchinari in funzione altrimenti potrebbero deteriorarsi e perderebbero di valore in vista della loro liquidazione, può essere necessario mantenere gli uffici amministrativi operativi; non si tratta di una “continuità aziendale” come intesa dalla legge, ma l’attività può proseguire. Se essa, anche solo in parte, continua ad operare, normalmente anche i rapporti di fornitura di beni (materie prime, semilavorati, ecc.) e servizi (energia elettrica, acqua, assicurazioni, ecc.) devono continuare: senza entrare nel merito della sorte dei contratti in corso di esecuzione che saranno approfonditi in apposito capitolo, interessa qui il fatto che nella maggior parte dei casi questi rapporti consistono di prestazioni isolabili e distinguibili sotto il profilo economico, nel senso che ogni erogazione è riferibile ad un arco temporale definito, che ne determina il prezzo e non è condizionata dalle erogazioni precedenti.

Potendole analizzare separatamente, si ripresenterà la distinzione tra quelle prestazioni effettuate prima della domanda di concordato e prestazioni successive. Rispetto alle prime, bisognerà fare i conti sia con una giurisprudenza abbastanza consolidata sul punto¹⁹ che classifica i corrispondenti crediti come concorsuali e che, in quanto tali, non possono essere soddisfatti per non violare la *par condicio*, salvo i casi *ex lege* in cui assumono una veste prededucibile; sia con la legge stessa che, come già anticipato, all’art. 182 quinquies, comma 4, prevede tale ipotesi come eccezionale.

Il problema è che chi fornisce questi beni e servizi, non solo si rifiuterà di stipulare nuovi contratti se non vengono adempiuti quelli precedenti ma, normalmente, si cauterà attraverso misure che possono comportare l’interruzione del servizio stesso (ad esempio possono essere apposti sigilli ai contatori dell’acqua, del gas, può essere interrotto il servizio di trasporto merci, e così via). Per ovviare a tutto questo, l’imprenditore potrà essere autorizzato al pagamento delle prestazioni anteriori se ha presentato domanda di concordato in continuità e ricorrono le condizioni indicate dall’art. 182 quinquies, comma 4; se il concordato, invece, non prevede la continuità dell’impresa, il debitore potrà chiedere (nonostante molte posizioni contrarie) di essere autorizzato dal Tribunale al pagamento delle forniture precedenti la domanda, ai sensi dell’art. 161, comma

¹⁹ Trib. Roma, 3 ottobre 2013, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

7, poiché funzionali ad assicurare che il servizio non venga interrotto e provochi un aggravamento del patrimonio (a discapito dei creditori).

Riflessioni non dissimili si presentano anche con riguardo al pagamento delle retribuzioni anteriori alla domanda dei dipendenti di cui, normalmente, continua ad avvalersi l'imprenditore, anche nei concordati liquidatori, quantomeno fino all'ammissione alla procedura o comunque per il tempo necessario a completare le commesse già pattuite per non incorrere nelle penali o per la manutenzione dei macchinari, ecc.

Senza, ancora una volta, approfondire ciò che sarà trattato in seguito circa la facoltà dell'imprenditore di licenziare o meno, la questione che si ripropone è sempre la stessa: limitatamente a quei rapporti di lavoro che proseguono anche dopo la domanda di preconcordato (rispetto agli altri è fuori dubbio che si cristallizzino e vengano trattati al pari di qualsiasi altro credito sorto anteriormente), può ammettersi il pagamento degli emolumenti relativi al periodo antecedente alla domanda durante la fase interinale?

La giurisprudenza non è unanime al riguardo. Da una parte rinveniamo pronunce che qualificano tali atti come di ordinaria amministrazione, senza necessità, quindi, di alcuna autorizzazione²⁰, dall'altra invece vi sono giudici che classificano il pagamento delle retribuzioni come una ipotesi che ricade all'interno di quei pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi richiamati dall'art. 182 quinquies comma 4 e, come tali, applicabili solo alle ipotesi di concordati in continuità e in presenza di specifiche condizioni²¹.

Anche rispetto al caso del pagamento delle retribuzioni dei dipendenti in "preconcordato", non vedo perché non potrebbe essere invocata, nuovamente, la disciplina per il compimento degli atti in tale fase: se per il debitore è necessario continuare ad avvalersi del lavoro dei suoi dipendenti, poiché occorre ultimare o mantenere situazioni che potrebbero dar luogo a maggiori costi a carico del patrimonio, è corretto che richieda l'autorizzazione del Tribunale. Non sarebbe giusto riservare tale possibilità solo all'ipotesi del concordato in continuità: questa ha una propria disciplina e per esse sono previste specifiche condizioni. Gli altri

²⁰ Trib. Novara, 17 aprile 2013, in *www.ilcaso.it*;

²¹ Trib. Padova, 9 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*;

casi continuano a seguire la procedura descritta all'art. 161, comma 7.

2.2. I CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE

2.2.1. L'INSERIMENTO DEL NUOVO ART. 169 BIS L. FALL. CHIAMATO A COLMARE LA LACUNA DELLA PRECEDENTE DISCIPLINA

Quando si parla di gestione dell'impresa in concordato, è importante approfondire la disciplina dei contratti pendenti al momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese.

Fino al 2012, la legge fallimentare non contemplava alcuna norma specifica che riguardasse la sorte dei contratti pendenti in un concordato preventivo, diversamente da quanto avviene nella disciplina fallimentare, dove, da sempre, è previsto (art. 72 l.fall.) che tali rapporti si sospendano automaticamente alla dichiarazione di fallimento, spettando al curatore fallimentare la decisione in ordine al successivo subentro, previa autorizzazione del comitato dei creditori, o scioglimento dell'accordo. È una disciplina incompatibile con la procedura di concordato perché è costruita sulle finalità di una procedura tipicamente fallimentare, diretta a salvaguardare il patrimonio del debitore in vista della sua liquidazione: per questo motivo è disposta la sospensione automatica di tutti i rapporti, spettando a chi dovrà amministrare il patrimonio del debitore, la decisione circa la sospensione o la prosecuzione di ciascuno di essi, sulla base dei maggiori vantaggi che potrà trarne il patrimonio stesso.

Per settant'anni, tuttavia, la situazione è rimasta invariata. Non potendosi applicare la disciplina fallimentare e in assenza di una propria, le proposte concordatarie non contemplavano la sorte dei contratti pendenti, ma questo, in certi casi, metteva a rischio il buon esito delle procedure a causa dei costi che il mantenimento di tutti i rapporti (anche quelli più onerosi o superflui) richiedevano.

Solo sulla spinta delle ultime riforme, si è avvertita l'esigenza di regolare tale aspetto che avrebbe potuto ostacolare le varie soluzioni concordatarie che il legislatore, al contrario, cercava di incentivare. Infatti, all'interno del pacchetto di novità per rilanciare lo sviluppo, D.L. 83/2012, convertito in L. 124/2012, è stato

inserito il nuovo art. 169 bis che disciplina i contratti in corso di esecuzione nel concordato: è previsto che il debitore, nel ricorso, possa chiedere al Tribunale o al giudice delegato, di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione, oppure di autorizzarne la sospensione per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

Si tratta di una disciplina chiaramente opposta rispetto a quella prevista per il fallimento, in quanto, innanzitutto, se il debitore deve attivarsi per ottenere l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione, significa che il regime ordinario è quello di prosecuzione dei contratti: quindi, non solo non si sospendono automaticamente, ma la scelta è rimessa ad una manifestazione di volontà del debitore. D'altronde, tale impostazione si è mostrata compatibile con le riforme degli ultimi anni (soprattutto quella del 2012), dirette a favorire la continuità dell'impresa: infatti, sarebbe stato incongruo che, a fronte del *favor* legislativo per la prosecuzione dell'attività, fosse stata prevista una disciplina che contemplasse l'interruzione automatica dei contratti. È il debitore che deve valutare quali di essi siano realmente funzionali al risanamento dell'attività e quali, invece, possano ostacolarla, nell'ottica del piano e della proposta che intenderà offrire ai creditori, ma fino a tale momento i contratti proseguono.

A fronte dell'eventuale scioglimento del rapporto, la legge prevede un trattamento particolare per il contraente *in bonis*: ha diritto -dice il secondo comma- ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, che sarà trattato come un credito concorsuale, cioè anteriore al concordato. Tale scelta è giustificabile sulla base della considerazione che per rendere appetibile la soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare, non si poteva trattare come prededucibile tale credito perché ciò avrebbe ostacolato non poco il buon fine della procedura.

Sebbene questa novità sembri sacrificare gli interessi dei creditori *in bonis* a favore di quello del debitore, in realtà, è verso la procedura di riorganizzazione che è impostata anche questa previsione: infatti, incentivare i risanamenti delle imprese e quindi la continuità delle attività, richiede una disciplina dei contratti come quella prospettata, dove deve essere prevista la possibilità per il debitore di lasciare da parte quelli che potrebbero ostacolare la riorganizzazione dell'impresa

(perché troppo onerosi, oppure superflui rispetto al piano). Il rischio che la norma possa essere utilizzata semplicemente per liberarsi dai contratti più onerosi, è attenuato dalla previsione che il debitore non è libero di compiere questo tipo di valutazione ma occorrerà sempre l'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato. Lo scioglimento del rapporto, tra l'altro, non può estendersi alla clausola compromissoria in esso contenuta, a dimostrazione che la legge fa salva la volontà delle parti in ordine alla scelta di definizione della controversia.

Rispetto a tale disciplina, tuttavia, rimangono escluse quattro tipologie contrattuali, indicate dal legislatore al quarto comma: non si possono sciogliere i rapporti di lavoro subordinato, i preliminari trascritti di immobili a destinazione abitativa principale, i contratti di finanziamento destinati ad uno specifico affare e i contratti di locazione di immobili, in caso di locatore in procedura. La ratio di tale deroga, facilmente comprensibile, consiste nella tutela del contraente debole, all'interno di quel bilanciamento degli interessi cui è chiamata costantemente la legge; i diritti del lavoratore subordinato, del promissario acquirente di abitazione principale o del conduttore, non potevano essere rimessi nelle mani del debitore, in quanto si tratta di situazioni talmente delicate rispetto alle quali, gli effetti di una disciplina come quella dell'art. 169 bis, provocherebbero conseguenze devastanti. Per l'ipotesi dei finanziamenti destinati, invece, l'esigenza di tutela consiste nel mantenimento di un'autonomia propria dell'operazione imprenditoriale finanziata dal terzo, con rimborso mediante i proventi dell'affare così come richiamato dagli art. 2247 bis, comma 1, lett. b) e 2247 decies c.c.

La disciplina in esame, quindi, si applica a tutti i tipi di contratti, esclusi quelli espressamente richiamati dalla legge. Tuttavia, l'espressione che viene utilizzata all'art. 169 bis non è la stessa richiamata dall'art. 72 l.fall.: nel concordato si parla di "contratti in corso di esecuzione", nozione che sembra più ampia di quella fornita in ambito fallimentare dei "contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti". La prima espressione, infatti, sebbene non manchi chi la ritenga coincidente con quella fallimentare, non richiede che entrambe le parti debbano ancora adempiere le proprie obbligazioni, ma richiede che almeno una sola di loro debba farlo. In tal modo, anche quei contratti in cui residui la prestazione a carico di una sola delle parti (fatta eccezione per l'ipotesi in cui essa

consista nel pagamento da parte del debitore concordatario di un debito, pena la violazione del principio di concorsualità) possono essere sciolti in base alla disciplina dell'art. 169 bis.

2.2.2. COMPATIBILITÀ DEL REGIME DEI CONTRATTI PENDENTI CON LA DOMANDA DI CONCORDATO “IN BIANCO”

Il regime dei rapporti di cui all’art. 169 bis, introdotto nel capitolo precedente, pone una serie di interrogativi con la domanda di “preconcordato”, dovuti alla non definitività della situazione, a causa della incompletezza della proposta e del piano.

Un primo profilo da subito rilevato, è stato proprio quello riguardante la compatibilità della disciplina dei contratti pendenti rispetto alla fase gestoria.

La pericolosità è insita nel fatto che l’autorizzazione richiesta al Tribunale o al giudice delegato, specialmente se ha ad oggetto lo scioglimento, comporta il determinarsi di effetti irreversibili²², non limitati al concordato, potendosi trasferire alla disciplina, ad essa estranea, degli accordi di ristrutturazione dei debiti, vista la possibilità riconosciuta al debitore di presentare una domanda in tal senso entro il termine fissato; oppure si pensi all’ipotesi del concordato che sfoci nel fallimento, rispetto al quale non c’è coincidenza con la normativa sui contratti. In entrambi i casi non sarebbe possibile far rivivere i rapporti interrotti, pertanto è opportuno che, per tutelare la posizione stessa del contraente *in bonis*, il Tribunale o il giudice delegato assumano un atteggiamento molto cauto, che tenga conto dei possibili esiti della domanda o anche di eventuali modifiche del piano e della proposta entro il termine, rispetto alle impostazioni inizialmente prospettate.

Cautela che, in alcune pronunce²³, è sfociata in dichiarazioni di inapplicabilità dell’art. 169 bis nella fase interinale. Un atteggiamento così estremo nei confronti della disciplina è giustificato sia riguardo ad un’asserita assenza di riferimenti normativi a favore della domanda “in bianco”, sia richiamando la contraddizione sussistente tra gli effetti provvisori di una tale domanda e la stabilità che caratterizza una decisione sui contratti pendenti.

In realtà, queste pronunce rappresentano casi isolati, non essendo ragionevoli le

²² A. Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 3, 261;

²³ App. Brescia, 19 giugno 2013, in www.ilcaso.it;

motivazioni addotte per giustificare un'incompatibilità assoluta tra una domanda "in bianco" e la disciplina dei contratti: non si capisce perché si dovrebbe impedire al patrimonio di beneficiare degli effetti scaturenti da minori oneri, dovuti al venir meno di rapporti superflui, anche in tale fase, qualora siano fornite informazioni dettagliate sui caratteri di superfluità rispetto al piano definitivo.

Certamente, affinché ciò accada, è necessario che tutte le parti siano maggiormente responsabilizzate, a cominciare dallo stesso debitore che, prima di tutto, dovrà indicare le motivazioni in base alle quali richiede, per ogni contratto, la sospensione o lo scioglimento, nell'ottica del piano e della sua migliore fattibilità; sarà inammissibile, infatti, una domanda generica con la quale chiedere l'interruzione di tutti i rapporti, non potendo i giudici valutare l'opportunità di ognuno rispetto al piano.

Molti Tribunali hanno assunto una posizione intermedia tra quella totalmente contraria e quella di completa adesione alla normativa, nella convinzione che solo un'autorizzazione alla sospensione sarebbe possibile nella fase interinale, visti gli effetti non irreversibili che comporta, a differenza dello scioglimento. Una posizione di questo genere permette di conciliare le due discipline senza che vi sia il rischio di creare situazioni definitive e immodificabili, specialmente nelle ipotesi in cui il concordato non vada a buon fine o sfoci nel fallimento o in un accordo di ristrutturazione, tutelando al massimo la posizione del contraente *in bonis*.

Lo scioglimento, eventualmente, potrebbe essere autorizzato dopo l'ammissione alla procedura del debitore, in un momento dove, per lo meno, vi sarà la certezza sul tipo di strada che quest'ultimo intenderà imboccare.

Questo tipo d'interpretazione garantisce al massimo la compatibilità tra la disciplina dei contratti pendenti e quella di "preconcordato". Tuttavia, esistono situazioni in cui la superfluità di certi rapporti riguardo al piano che il debitore andrà a presentare o l'eccessiva onerosità nell'ottica di un contenimento dei costi della procedura, può essere prospettata già in maniera evidente durante tale fase e, prevederne solamente l'autorizzazione alla sospensione, apparirebbe limitativo per tutti quei casi in cui le prestazioni del contraente *in bonis* non siano sospendibili e continuino ad essere erogate, dando luogo a ulteriori crediti da

soddisfare. Senza dimenticare, poi, che la richiamata maggiore stabilità nel periodo successivo all'ammissione al concordato, rispetto alla fase precedente, non presenta tutti quei caratteri di definitività immaginati: infatti, potrebbe accadere che la proposta non venga approvata dai creditori oppure che non sia omologata dal Tribunale e, quindi, si ripresenterebbero le medesime considerazioni fatte per la fase interinale.

Forse, un atteggiamento di questo tipo, dovrebbe essere tenuto dai giudici in tutte quelle ipotesi in cui l'imprenditore non ha fornito dettagli sufficienti, anche rispetto al piano che intenderà presentare, tali da giustificare l'interruzione del rapporto già in tale fase. Infatti, optare per una scelta che non comporta effetti definitivi, come l'autorizzazione alla sospensione, permette di rinviare la valutazione circa lo scioglimento alla fase successiva all'ammissione alla procedura, quando, pur non potendosi parlare di stabilità in senso assoluto, la situazione sarà sicuramente più definita.

In linea generale, è lo stesso tenore letterale della legge che sembra riconoscere una piena sincronia tra concordato in bianco e 169 bis, laddove, pur non essendoci alcun esplicito riferimento, quando parla del ricorso di cui all'art. 161, prevede che la richiesta possa essere inoltrata non solo al giudice delegato ma anche al Tribunale (nell'ipotesi, come quella di "preconcordato", che il primo non sia stato ancora nominato).

Al di là dell'aspetto puramente formale, non è possibile ignorare quanto possa essere utile poter usufruire di una norma di tale portata già nella fase interinale.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di quei contratti che, rispetto ad un concordato liquidatorio che il debitore intende presentare, si dimostrino fin da subito superflui rispetto alle necessità della liquidazione. È evidente che ciò esorterà il debitore a fornire, fin da subito, informazioni sul tipo di concordato da proporre -se liquidatorio o in continuità-, poiché già da questa prima impostazione, sarà più facile per i giudici valutare l'inutilità di beni o servizi, oggetto dei contratti pendenti, per l'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa, in caso di presentazione di domanda di concordato con continuità; oppure, al contrario, potrà meglio esserne valutata l'onerosità, nell'ottica di contenimento dei costi superflui,

rispetto ad un concordato liquidatorio²⁴.

In secondo luogo, il debitore dovrà prospettare l'incidenza della prosecuzione dei rapporti sul passivo concordatario, le ragioni in base alle quali ritiene di valorizzare, a vantaggio di tutti i creditori, le finalità perseguite mediante la prosecuzione o la sospensione o lo scioglimento dei contratti.

La critica che può esser mossa a un'interpretazione di questo genere consiste nel fatto che se il debitore, per poter ottenere l'autorizzazione di cui all'art. 169 bis, è tenuto a fornire una *disclosure* abbastanza dettagliata fin dal ricorso introduttivo, tanto valeva lasciare inalterato l'art. 161 e l'originaria previsione di una procedura che poteva instaurarsi solo col deposito contestuale di domanda, proposta e piano. In realtà, la ricostruzione prospettata dalla maggioranza della giurisprudenza è ascrivibile a quell'atteggiamento di maggiore responsabilità richiesta fin da subito al debitore, riscontrabile con riguardo a tutta la disciplina della domanda con riserva. Anche rispetto alla richiesta di un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni per il deposito della documentazione definitiva, i giudici hanno bisogno di informazioni e dettagli ulteriori, oltre a quelli minimi dei bilanci degli ultimi tre esercizi e dell'elenco dei creditori, per concedere la proroga; allo stesso modo, vedremo, come nell'ipotesi di una domanda di "preconcordato" in continuità aziendale siano richiesti, fin dall'inizio, un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse necessarie, nonché l'attestazione del professionista circa la funzionalità della prosecuzione alla migliore soddisfazione dei creditori.

Quindi, una domanda completamente in bianco è certamente idonea ad attivare la procedura, ma se il debitore vuole beneficiare dei vantaggi riconosciuti dalla legge, compresa l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento, è tenuto a fornire maggiori dettagli, in modo da permettere ai giudici di autorizzare le operazioni richieste con cognizione di causa.

²⁴ Trib. Monza, 16 gennaio 2013, in www.ilcaso.it e Trib. Novara, 27 marzo 2013, in www.ilcaso.it;

2.2.3. IL MOMENTO DI PRESENTAZIONE DELLA RICHIESTA E IL DETERMINARSI DEGLI EFFETTI RELATIVI ALL'AUTORIZZAZIONE

Accertata la compatibilità, almeno per la maggioranza della giurisprudenza, tra concordato "in bianco" e art. 169 bis, si tratta di affrontare il successivo quesito su quando debba essere presentata, da parte del debitore, la richiesta di sospensione o scioglimento, posto che i crediti sorti durante una procedura concorsuale assumono il rango di prededucibili ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 161, comma 7 e, certamente, la prosecuzione dei contratti pendenti determina costi che godranno del suddetto trattamento.

Diviene, pertanto, fondamentale individuare il momento in cui può essere inserita la richiesta di autorizzazione e, soprattutto, il momento a partire dal quale si determinano gli effetti della sospensione o dello scioglimento, in quanto, secondo le varie interpretazioni, saranno diversi i tempi in cui i crediti del contraente *in bonis*, da prededucibili quali erano, in virtù della loro emersione a seguito dell'accesso in procedura ai sensi dell'art. 111 comma 2, si trasformeranno in concorsuali.

L'art. 169 bis al riguardo non fornisce grande aiuto poiché, da un lato sembrerebbe che la richiesta d'autorizzazione debba essere contenuta nel ricorso introduttivo, dall'altro, vista la possibilità che la stessa possa essere indirizzata al giudice delegato dopo il decreto d'ammissione, parrebbe suggerire che possa essere inoltrata anche nel corso della procedura. In realtà, la concorsualizzazione del credito da indennizzo del contraente *in bonis*, sembrerebbe imporre di anticipare al momento del deposito del ricorso la manifestazione di volontà del debitore di essere autorizzato allo scioglimento o alla sospensione²⁵, poiché se fatta successivamente, ci sarebbe il rischio che tale credito goda del trattamento prededucibile in quanto il fatto genetico non è anteriore alla domanda, ma avvenuto in corso di causa.

Questa linea interpretativa, seguita dalla maggioranza della dottrina, è

²⁵ M. FABIANI, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, 4, I, p. 1352;

condivisibile laddove tenti di giustificare la concorsualizzazione dell'indennizzo con l'indicazione già nel ricorso introduttivo, quantomeno a livello previsionale, dei contratti dai quali il debitore intenderà sospendersi o sciogliersi. L'indicazione delle informazioni sul perché un determinato rapporto possa essere "paralizzato" rispetto a un piano che ancora deve essere definito, richiederà una maggiore responsabilizzazione del debitore fin dalle fasi iniziali.

Non sussiste alcuna prescrizione, da un punto di vista normativo, che vieti la presentazione della richiesta di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di un contratto durante la procedura. Potrebbe essere avanzata, ad esempio, anche col deposito della proposta e del piano definitivi. In questo caso si renderebbe più complicata la giustificazione del credito da indennizzo come concorsuale. Tuttavia, è da ritenere che, al massimo, la richiesta potrà pervenire non oltre il momento alle operazioni di voto²⁶ di cui all'art. 175, termine non oltrepassabile perché poi il creditore *in bonis*, al pari degli altri creditori concorsuali, sarà chiamato a votare rispetto alla soluzione prospettata.

Riguardo, infine, al determinarsi degli effetti in seguito all'autorizzazione accordata dai giudici, esistono varie posizioni. C'è chi (Fabiani) li fa discendere dalla manifestazione di volontà del debitore contenuta necessariamente nel ricorso, essendo irrilevante che la successiva autorizzazione sia rilasciata dal Tribunale o dal giudice delegato; alcune pronunce²⁷, aderendo sempre all'orientamento che la domanda di autorizzazione debba essere contenuta nel ricorso, riconoscono, però, la produzione degli effetti dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese del ricorso stesso, in quanto mezzo idoneo a portare a conoscenza, alle controparti contrattuali *in primis*, la scelta del debitore. Altre pronunce ancora²⁸ hanno previsto che sia il debitore a comunicare alla controparte contrattuale, l'autorizzazione accordata alla sospensione o allo scioglimento, pena l'inapplicabilità del regime di favore previsto dall'art. 169 bis e la conseguente collocazione in prededuzione del credito medesimo.

Tra questa varietà di posizioni, forse, quella che tiene più in considerazione la

²⁶ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, cit., p. 270;

²⁷ Trib. Busto Arsizio, 24 luglio 2014, in www.ilcaso.it;

²⁸ Trib. Modena, 7 aprile 2014, in www.ilcaso.it;

possibilità che la richiesta possa pervenire fino al momento delle operazioni di voto, è quella richiamata dal Tribunale di Terni²⁹: fintanto che non sarà presentata, i crediti derivanti dai contratti proseguiti non potranno che godere del trattamento prededucibile riconosciuto dall'art. 161 comma 7, in quanti sorti a seguito di atti legalmente compiuti. Non appena vi sarà la manifestazione di volontà di sospendere o sciogliersi dal rapporto, allora, sarà da tale momento che si determineranno gli effetti previsti dalla norma e la concorsualizzazione dell'indennizzo per le prestazioni inadempite.

Un problema che può sorgere, comune a tutte le posizioni giurisprudenziali viste, è quello riguardante la mancata concessione dell'autorizzazione, che rischia di pregiudicare il piano del debitore. Infatti, se lo scioglimento di un contratto è previsto come essenziale per il risanamento e la predisposizione del piano definitivo, è evidente che la mancata autorizzazione da parte dei giudici, può mettere a rischio il successo della procedura: in tal caso, se la domanda di concordato fosse dichiarata inammissibile o improcedibile, il credito del contraente *in bonis* tornerebbe a godere del trattamento in prededucazione, visto il venir meno di tutti gli effetti, a meno che non sfoci nella dichiarazione di fallimento e allora, in tal caso, continuerebbe a essere trattato come concorsuale, in virtù della *consecutio* tra le procedure³⁰.

Un'interpretazione dell'art.169 bis, che fuoriesce dall'orientamento generale e merita di essere richiamato, è quella fornita dal Tribunale di Pistoia, il quale considera la richiesta di scioglimento del contratto non come un aspetto avulso dalla proposta e dal piano definitivi, ma come un elemento essenziale, costitutivo della soluzione che sarà rimessa al voto dei creditori³¹. Posto che la richiesta di autorizzazione sia contenuta nel ricorso introduttivo, che in tal modo viene a giustificare l'anteriorità del credito e la sua concorsualizzazione, i giudici pistoiesi ritengono che l'autorizzazione non produca effetti sostanziali, ma solo l'effetto di verificare la legittimità dei presupposti del diritto del debitore di presentare un

²⁹ Trib. Terni, 27 dicembre 2013, in www.ilcaso.it;

³⁰ Trib. Terni, 27 dicembre 2013, op. cit.;

³¹ T. STANGHELLINI, *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169 bis in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, nota a Trib. Pistoia, 23 gennaio 2104, in www.ilcaso.it;

piano che preveda anche lo scioglimento da alcuni contratti pendenti (effetti endoprocedimentali): saranno i creditori, tramite il voto, a esprimersi in ordine alla convenienza di una proposta che contempli pure lo scioglimento di certi rapporti. Gli effetti, pertanto, si realizzeranno a seguito del provvedimento di omologa dopo che si sarà raggiunta la maggioranza tra i creditori.

I vantaggi di una tale ricostruzione risiedono nel fatto che la posizione del contraente *in bonis* non viene pregiudicata irrimediabilmente nel caso in cui il concordato non giunga a buon fine, ma solo nel momento in cui ci sarà stata una valutazione (positiva) da parte dei creditori su tutto l'impianto della proposta, di cui lo scioglimento dal contratto fa parte.

2.2.4. LA TUTELA DEL CONTRAENTE *IN BONIS* TRA RIMEDI NEGOZIALI, SOSPENSIONE DEL RAPPORTO E CONCORDSUALIZZAZIONE DEL CREDITO A SEGUITO DI SCIOGLIMENTO

Merita approfondire la posizione del contraente che, riguardo al rapporto in essere col debitore, che ha proposto domanda di concordato, si vede sospendere o sciogliere il relativo contratto.

Prima di tutto, occorre rilevare come, fintanto che non interviene l'autorizzazione del Tribunale o del giudice delegato, le parti sono obbligate a dar esecuzione al contratto, ognuno con riguardo alle proprie obbligazioni: lo stesso debitore non potrebbe rifiutarsi di adempiere la propria, nell'attesa che i giudici si pronuncino perché, sia che si aderisca all'orientamento maggioritario, o a quello del Tribunale di Pistoia, fino a che, rispettivamente, i giudici non concedano l'autorizzazione, o non sia intervenuto il provvedimento di omologa a seguito dell'approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori, entrambe le parti devono adempiere le proprie prestazioni. Sarebbe, infatti, alquanto arbitrario che una delle due potesse sciogliersi con una semplice manifestazione di volontà.

Tuttavia, ciò che debitore e creditori non potrebbero ottenere in via unilaterale, come appena visto, possono raggiungerlo in via negoziale al momento della stipula del contratto, non essendo prevista una norma come nel fallimento (l'art. 72 comma 6, stabilisce l'inefficacia delle clausole che prevedono lo scioglimento del contratto in caso di fallimento) o nell'ipotesi di concordato in continuità aziendale (l'art. 186 bis comma 3, decreta espressamente l'inefficacia di eventuali patti che prevedano lo scioglimento dell'accordo in caso di ricorso alla procedura), che escluda questi tipi di condotte³².

Non bisogna dimenticare, poi, i comuni rimedi negoziali di diritto civile, cui le parti possono sempre ricorrere per cautelarsi quando la controparte si rifiuti di

³² B. INZITARI, *Speciale D. L. Sviluppo - I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l. fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 03/08/2012, p. 5;

adempire spontaneamente la propria prestazione: si pensi all'eccezione d'inadempimento, art. 1460 c.c., che si basa sulla corrispettività delle prestazioni, la contemporaneità e la buona fede dell'eccipiente; oppure l'art. 1461 c.c. che permette di sospendere l'esecuzione della prestazione se le condizioni patrimoniali della controparte siano tali da far temere per la controprestazione, salvo che non venga prestata idonea garanzia; ancora, si pensi all'art. 1186 c.c., che riconosce al creditore il diritto di esigere immediatamente la prestazione se l'altra parte è divenuta insolvente; fino ad arrivare al rimedio estremo della risoluzione contrattuale quando l'inadempimento raggiunge una certa gravità³³, (art. 1453 c.c.).

Nel caso in cui sia autorizzata la sospensione, va da sé che il debitore non sarà tenuto ad eseguire la propria prestazione per un periodo di tempo di sessanta giorni, prorogabili di altri sessanta; diverso è se, in tale periodo, anche il contraente *in bonis* possa rifiutarsi di adempiere la propria. Una parte della dottrina (Fabiani, Inzitari) distingue a seconda che tale prestazione sia facilmente sospendibile o meno: nel caso in cui non lo sia, il contraente che ha continuato a dar seguito al rapporto, maturerà dei diritti di credito da far valere alla scadenza del termine; nel caso, invece, in cui lo sia, anch'egli potrà astenersi dall'adempimento delle proprie obbligazioni, non residuando, di conseguenza, alcun credito vista la sospensione di fatto del rapporto.

Altra parte della dottrina (Patti) ritiene, invece, che il contraente *in bonis* non possa mai rifiutarsi di eseguire le proprie prestazioni poiché rischierebbe di vanificare la volontà del legislatore laddove prevede che, nei casi di scioglimento e sospensione, sia riconosciuto al contraente un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento: ma se anch'egli s'è astenuto dallo svolgere la propria prestazione, allora non vi sarebbe alcun danno indennizzabile.

A me pare che la prima soluzione sia quella da preferire perché riequilibra una situazione tutta sbilanciata verso il debitore, al quale è riconosciuto il potere d'incidere sul rapporto, seppur sotto la vigilanza dei giudici, e ottenere, per

³³ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, cit., p. 266-267;

espressa disposizione di legge, il trattamento del conseguente credito non come prededucibile ma come concorsuale.

In particolare, di fronte alla sospensione del contratto, se il creditore ha la possibilità di sospendere la propria prestazione, non vi sono ragioni ostative dal punto di vista del debitore, il quale avendo manifestato la volontà di “paralizzare” il rapporto, significa che non lo ritiene necessario o indispensabile per il piano futuro e, quindi, gli sarà indifferente che il contraente *in bonis* adempia o meno la sua prestazione. Nessun pregiudizio deriverà al patrimonio dell'imprenditore poiché, se alla scadenza del termine di sospensione, interverrà lo scioglimento del rapporto, al contraente *in bonis* spetterà solamente l'indennizzo inerente al mancato adempimento delle prestazioni residue successive al momento interruttivo; mentre se il contratto riprende il suo corso, entrambe le parti non avranno comunque pregiudicato le proprie posizioni, in quanto il debitore avrà sospeso le sue prestazioni per un periodo di tempo di almeno sessanta giorni (periodo che potrebbe coincidere, o quasi, con quello necessario alla predisposizione del piano definitivo), il creditore, da parte sua, si sarà astenuto dall'adempiere le proprie obbligazioni in assenza delle relative controprestazioni. Sebbene, infatti, il *favor* legislativo verso le soluzioni concordatarie sia rinvenibile anche nello stesso art. 169 bis, tuttavia, la norma non è diretta a far conseguire al debitore la prosecuzione dei contratti esonerandolo dalle prestazioni a suo carico.

La previsione del credito da indennizzo come concorsuale, abbiamo già detto, era necessaria per rendere vantaggioso il ricorso allo strumento concordatario, permettendo al debitore di liberarsi, sotto il controllo dei giudici, da quei contratti pendenti che potevano ostacolare il risanamento dell'impresa, senza che i relativi crediti fossero venuti a godere del trattamento prededucibile.

Il relativo indennizzo, che non coincide col risarcimento del danno ma solo con un ristoro per il danno subito dallo scioglimento del contratto, viene fissato dal debitore d'accordo col creditore *in bonis*; se non viene trovata l'intesa, spetterà al giudice delegato indicare il relativo ammontare³⁴. Ovviamente tale credito, poiché concorsuale, sarà soddisfatto secondo le condizioni che risulteranno dalla proposta

³⁴ B. INZITARI, *Speciale D. L. Sviluppo - I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l. fall., cit.*, p. 3;

concordataria, approvata dai creditori e omologata dal Tribunale.

Circa, infine, la necessità, richiamata da molte Corti³⁵, di sentire le ragioni del contraente *in bonis*, prima di autorizzare lo scioglimento ai sensi dell'art. 169 bis, è bene precisare che la legge non fornisce alcun riferimento al riguardo. Tuttavia, questa ipotesi di litisconsorzio necessario appare condivisibile in tutti quei casi in cui il provvedimento del Tribunale o del giudice delegato ha natura definitiva: come nel caso dell'orientamento maggioritario, la convocazione del contraente assicura il rispetto del principio del contraddittorio, previsto all'art. 101 della Costituzione, permettendogli di far sentire le sue ragioni in ordine allo scioglimento del rapporto³⁶ (ad esempio, perché ritiene che lo scioglimento non sia funzionale al piano, oppure perché contesta l'ammontare riconosciutogli come risarcimento del danno).

Rispetto, invece, alla posizione tenuta dal Tribunale di Pistoia, la convocazione del contraente *in bonis* appare superflua perché il provvedimento del Tribunale comporta solamente effetti endoprocedimentali e il diritto di difesa sarà assicurato mediante l'opposizione all'omologazione. È in quell'ambito che il creditore potrà far valere le sue ragioni perché, altrimenti, si verrebbe a creare una disparità di trattamento, in quanto il litisconsorzio dovrebbe interessare tutti i creditori concorsuali³⁷.

³⁵ Trib. Novara, 27 marzo 2013, in www.ilcaso.it, App. Venezia 20 novembre 2013, in www.ilcaso.it;

³⁶ F. BENASSI, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis l.f. al concordato con riserva e convocazione del terzo contraente*, nota a App. Venezia 20 novembre 2013, in www.ilcaso.it, p. 3;

³⁷ T. STANGHELLINI, *Dallo scioglimento con concordato al concordato con scioglimento: un nuovo inquadramento sistematico dell'art. 169 bis in tema di scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, nota a Trib. Pistoia, 23 gennaio 2104, in www.ilcaso.it;

2.2.5. I CONTRATTI BANCARI AUTOLIQUIDANTI TRA CONCORDATO “IN BIANCO” E ART. 169 BIS

Un discorso più approfondito merita una particolare categoria di contratti bancari, diffusi nella prassi, che s’innestano, normalmente, ad un contratto di conto corrente: sono quelli relativi alle linee di credito autoliquidanti, dove la banca, in forma rotativa, anticipa al debitore i crediti risultanti da idonea documentazione commerciale (fatture, ricevute bancarie,..) e ottiene il rimborso delle anticipazioni mediante l’incasso, direttamente dai terzi, dei crediti medesimi smobilizzati.

Si tratta di una particolare forma di finanziamento, funzionale a permettere al debitore di avere a disposizione, in via anticipata rispetto alla fisiologica scadenza delle relative carte commerciali, la liquidità necessaria per il compimento delle operazioni ordinarie. Due sono i piani lungo i quali può snodarsi il rimborso dell’anticipazione: quello della cessione del credito e quello del mandato conferito alla banca per la riscossione dai terzi debitori.

I punti che hanno animato i dibattiti e le pronunce giurisprudenziali, per quel che interessa ai fini del nostro discorso, riguardano essenzialmente tre aspetti. La sorte di questi contratti, al momento della presentazione di una domanda di concordato (anche “in bianco”), dove ancora residua il diritto della banca al rimborso dell’anticipazione, la trattazione del mandato all’incasso dopo l’accesso in procedura e la possibilità per il debitore di ottenerne l’autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento, soprattutto nella fase “preconcordataria”, al fine di paralizzare le pretese dell’istituto di incassare i crediti dopo l’accesso alla procedura.

Riguardo alla disciplina da applicare, non pare esservi dubbi circa il fatto che, nonostante si tratti di particolari forme di finanziamento, non è l’art. 182 quinquies che deve essere applicato in questi casi: esso, infatti, riguarda finanziamenti ancora da autorizzare a seguito di domanda di ammissione alla procedura da parte del debitore e, addirittura, al secondo comma, finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità. D’altra parte, non è nemmeno possibile ricondurre tale contratto tra i casi espressamente esclusi dall’art. 169, comma 4, poiché è richiamato solo il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico

affare.

Da tutto ciò deriva che la disciplina non potrà che essere quella dei contratti in corso di esecuzione, rispetto ai quali residua a carico di almeno una delle parti l'adempimento delle proprie prestazioni (in questo caso la prestazione a carico della banca si è già esaurita con la messa a disposizione del denaro, residuando quella di restituzione a carico dell'obbligato³⁸). Come visto in precedenza, una domanda di concordato non provoca alcuna interruzione dei rapporti, ma essi proseguono fintanto che il debitore non manifesti la volontà di sciogliersi o sospenderli e sia autorizzato dai giudici. Prima di affrontare questo aspetto, occorre però riprendere le due opzioni lungo le quali può snodarsi il rimborso della banca e vedere a quali difficoltà hanno dato luogo rispetto alla disciplina concordataria.

Se il rientro dall'anticipazione, è stato pattuito mediante una cessione del credito, non si pongono particolari problemi: questa forma comporta che l'anticipo accordato sul conto corrente del debitore a fronte dei crediti ceduti, non rappresenti il corrispettivo per la titolarità del credito, ma si configuri come concessione di un affidamento. Il pagamento da parte del terzo (ceduto), pertanto, avviene nei confronti della banca (cessionaria), divenuta effettiva titolare del credito, la quale provvederà a restituire al debitore (cedente) l'ammontare riscosso in eccedenza rispetto all'anticipo concesso. Posto che l'art. 168 richiama, tra le norme applicabili al concordato, l'art. 45, il quale, ai fini dell'opponibilità dell'atto a terzi, richiede che siano espletate tutte le formalità necessarie entro la data di dichiarazione di fallimento, ne segue che, anche verso la procedura di concordato, se la cessione del credito viene notificata al debitore o dallo stesso accettata entro la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, nessuna pretesa alla restituzione delle somme potrà essere avanzata nei confronti della banca.

Diverso è il caso, sul piano giuridico, che il rimborso avvenga sulla base di mandati (all'incasso): in questi casi, infatti, la banca riceve dal debitore (cliente) l'incarico di incassare dal terzo il credito a fronte del quale ha concesso l'anticipo,

³⁸ V. CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis l.fall. ai contratti bancari autoliquidanti*, nota a App. Genova 10 febbraio 2014, in *Fallimento*, 2014, 7, p. 802;

non in quanto effettiva titolare del rapporto, ma solo in qualità di legittimata alla riscossione. In tal caso, la funzione di garanzia della cessione non trova una copertura sul piano giuridico, ma è realizzata solo in via di fatto. Ciò ha posto qualche problema riguardo alla domanda di (pre)concordato poiché è stato obiettato che il diritto della banca di incamerare i pagamenti, a compensazione col debito dell'imprenditore per le anticipazioni ricevute, successivamente all'accesso alla procedura, configurerebbe una lesione dell'art. 168 e del divieto di pagamento dei debiti pregressi.

Ricondurre il rientro operato dalla banca al fenomeno della compensazione (art. 56 l.fall. richiamato in sede concordataria dall'art. 168), non sarebbe possibile in quanto, stante la linea maggioritaria giurisprudenziale, che ai fini dell'operatività dell'istituto, richiede che le contrapposte obbligazioni abbiano il fatto genetico in un momento antecedente alla dichiarazione di fallimento (o all'apertura della procedura), se il credito derivante dall'anticipo è antecedente alla dichiarazione di fallimento, il debito relativo alla restituzione di quanto incassato del terzo trova il suo fondamento genetico nel successivo pagamento, pur avendo origine dal rapporto di mandato. Un ragionamento di questo tipo è alla base proprio di un'importante pronuncia della Suprema Corte³⁹ che aveva affermato la mancanza dei presupposti necessari alla compensazione (preesistenza dei crediti all'apertura della procedura) tra il credito della banca anteriore all'ammissione e l'obbligo di quest'ultima di restituire la somme riscosse dopo la presentazione della domanda: nel caso di mandato all'incasso, infatti, non si determina il trasferimento del credito in favore della banca, come avverrebbe in caso di cessione del credito, ciò comportando, di conseguenza, l'impossibilità per la stessa di trattenere le somme riscosse dopo l'accesso alla procedura.

Tuttavia, nel nuovo contesto normativo diretto a favorire la continuità aziendale e la prosecuzione dei contratti stessi, questa linea interpretativa appariva contraddittoria. Se a seguito di domanda di concordato, i rapporti, in linea generale, devono continuare, occorre che le regole poste dall'art. 169 bis inizino a trovare applicazione anche rispetto alle pattuizioni che disciplinano le linee di

³⁹ Cass. 7 maggio 2009, n. 10548, in www.ilcaso.it;

credito autoliquidanti⁴⁰. Ne deriva che se il mandato all'incasso costituisce la modalità di rientro pattuita tra la banca e il debitore al momento dell'anticipazione, questa previsione dovrà continuare a regolare i loro rapporti anche a seguito di accesso ad una procedura di concordato.

La Cassazione⁴¹, seguendo una linea interpretativa opposta a quella vista precedentemente, ha ritenuto, in particolare, che se la convenzione relativa al diritto di incamerare le somme riscosse da parte della banca avviene sulla base di una clausola attributiva (si parla di “patto di compensazione” o “di annotazione ed elisione”), essa ha diritto a compensare il suo debito per le anticipazioni concesse, con il proprio credito, sempre verso il debitore-cliente, conseguente ad operazioni regolate nel medesimo conto corrente. Le modalità di rientro dall'anticipazione, quindi, se sono previste in un'apposita clausola afferente al rapporto di mandato, permettono all'istituto di credito di trattenere gli importi riscossi anche dopo la domanda di concordato “in bianco”, poiché costituiscono l'attuazione del programma negoziale prefigurato dalle parti. In realtà, quindi, non sarebbe corretto parlare di compensazione, ma di prosecuzione del rapporto di conto corrente bancario insieme a tutte le clausole che lo regolano (comprese quelle incidenti sul piano satisfattivo), essendo incoerente che negozio e patto siano trattati in maniera indipendente l'uno dall'altro, quando, in realtà, sono stati prefigurati in modo da essere connessi.

Sebbene questa linea interpretativa sembri consolidarsi nella giurisprudenza più recente, la questione, tuttavia, è tutt'altro che pacifica. La disciplina dei rapporti bancari, al pari dei rapporti pendenti in generale, si intreccia con la possibilità per il debitore di essere autorizzato alla sospensione o allo scioglimento, stante l'operatività dell'art. 169 bis., al fine di assicurare la buona riuscita della procedura, grazie alla liberazione dai contratti più onerosi o superflui.

In particolare, nei casi di concordato “in bianco”, si registra la tendenza dei debitori a depositare una richiesta del genere, che a prima vista potrebbe apparire insensata. L'interruzione, infatti, delle linee di credito destinate allo smobilizzo, apparirebbe andare contro i loro stessi interessi di avere a disposizione delle

⁴⁰ C. FRIGENI, *Linee di credito autoliquidanti e concordato preventivo*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2013, 5, p. 545;

⁴¹ Cass. 1 settembre 2011, n. 17999, in www.ilcaso.it;

facilitazioni finanziarie necessarie a sostenere l'operatività dell'impresa. In realtà, la volontà del debitore non è quella di privarsi di queste linee di credito, ma quella di impedire alla banca di trattenere quanto incassato dai terzi e obbligarla a versare alla procedura le somme riscosse⁴²: l'effetto è quello di incidere sui rapporti di anticipo ancora pendenti e far venir meno la modalità di rientro prevista per la banca. È evidente, tuttavia, che tale obiettivo non sarà alla base della richiesta di autorizzazione, ma il Tribunale o il giudice delegato saranno chiamati a valutare l'operatività del contratto bancario solo per il futuro e rispetto al piano finale, rimanendo celata la reale volontà di incidere anche sulle obbligazioni pregresse.

Nonostante tutto, la maggioranza delle pronunce si sono attestate sulla validità di una richiesta alla sospensione o allo scioglimento, contenuta nel ricorso introduttivo di una domanda "in bianco"⁴³: essendo la procedura stessa finalizzata al risanamento dell'impresa e alla massimizzazione del soddisfacimento dei creditori, le pretese della banca successivamente all'ammissione vengono paralizzate proprio per assicurare maggiori disponibilità all'intera procedura, richiamando l'art. 56 e la *ratio* sottesa della cristallizzazione del passivo per il massimo soddisfacimento dei creditori concorsuali. Anche quelle pronunce che hanno accordato solamente la sospensione in tale fase, per gli effetti non definitivi che comporta, hanno trascurato che i richiamati effetti temporanei, in realtà, determinano situazioni definitive. Infatti, se il rapporto di mandato è destinato a estinguersi per scadenza dei sottostanti crediti, prima del decorso del periodo di sospensione autorizzato dai giudici, ne deriva una situazione di stabilità non molto differente da quella derivante da uno scioglimento contrattuale⁴⁴.

È necessario, pertanto, che i giudici valutino realmente quali siano le intenzioni del debitore che presenti una richiesta del genere e contemperino la sua esigenza ad accedere alla procedura con quella, contrapposta, delle banche che hanno in essere linee di credito autoliquidanti rispetto alle quali sono state pattuite

⁴² C. FRIGENI, *Linee di credito autoliquidanti e concordato preventivo*, cit., p. 549;

⁴³ Trib. Como, 5 novembre 2012, in www.ilcaso.it, Trib. Piacenza 1 marzo 2013, in www.ilcaso.it, Trib. Lucca, 21 maggio 2013, in www.ilcaso.it;

⁴⁴ V. CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169 bis l.fall. ai contratti bancari autoliquidanti*, cit., p. 804;

determinate modalità di rientro. Favorire l'interesse del primo rispetto ai secondi, potrebbe portare gli istituti, a lungo andare, ad adottare delle contromisure ogniqualvolta un proprio cliente presenti una domanda di concordato "in bianco" o si trovi semplicemente in situazioni di difficoltà, non residuando altra strada che quella di ridurre le proprie esposizioni. E non è un mistero quanto siano importanti, con una prospettiva di continuità aziendale, il mantenimento delle linee di credito.

2.3. I CONTROLLI NELLA FASE INTERINALE E L'APPARATO SANZIONATORIO PREVISTO PER ATTENUARE POSSIBILI ABUSI

La gestione dell'impresa successiva alla presentazione di una domanda di concordato "in bianco", abbiamo già visto, assume caratteri delicati per le conseguenze che può comportare: il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione liberamente, o quelli di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, dando luogo a crediti prededucibili. Oppure può essere autorizzato a sospendere o sciogliere i rapporti pendenti perché onerosi o superflui rispetto al piano definitivo. Quale che sia l'operazione compiuta, ogni attività è potenzialmente idonea a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, così come cristallizzato al sorgere del concorso dei creditori. Esso, infatti, si apre col deposito della domanda "in bianco" (tesi sostanzialista), e non, come vorrebbe altra parte della dottrina, col deposito della proposta, considerando il periodo interinale di mera osservazione (tesi formalistica)⁴⁵: ciò è confermato da tutta una serie di disposizioni, a cominciare dall'art. 161, comma 6, passando per l'art. 168, che fanno discendere gli effetti dal deposito della domanda "in bianco". Ne deriva che anche gli atti compiuti nella fase interinale dovranno trovare menzione e risultare coerenti col piano concordatario che il soggetto dovrà depositare entro il termine fissato dal Tribunale, al fine di permettere una corretta valutazione della proposta da parte dei creditori.

A tal riguardo, risultano importanti gli obblighi informativi posti a carico del debitore dall'art. 161, comma 8, che cercano, da una parte, di responsabilizzarlo maggiormente, e, dall'altra, di controllare che la sua attività sia diretta all'elaborazione di una proposta concreta, e non dall'esigenza di ritardare le azioni esecutive e cautelari. È previsto, innanzitutto, che il Tribunale disponga gli obblighi informativi periodici, non solo relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, ma anche dell'attività compiuta ai fini della predisposizione della

⁴⁵ I. Arcuri, *L'andamento economico dell'impresa tra la presentazione del concordato con riserva e il deposito della proposta. Analisi e pronunciamenti dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 15/10/2013, p. 3;

proposta e del piano, che il debitore deve assolvere con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato. Ciò ha portato i giudici a configurare obblighi informativi aggiornati che, in molti casi, sono andati oltre ciò che prescrive la legge: così, è stato imposto di depositare, con cadenza mensile, un'informativa riguardante operazioni, attive o passive, superiori ad un determinato importo, relative alla ordinaria amministrazione⁴⁶, oppure, in un altro caso, è stato stabilito l'obbligo di deposito, con cadenza periodica di venti giorni, di una relazione riepilogativa sullo stato delle trattative riguardanti la vendita di un immobile, lo stato di recupero del credito IVA e dei tempi di realizzazione, dei flussi di cassa in entrata ed in uscita nel periodo interessato⁴⁷.

La legge impone anche che, con periodicità mensile, sia depositata una situazione finanziaria dell'impresa, da pubblicare nel registro delle imprese a cura del cancelliere, in modo tale da consentire a terzi (creditori *in primis*) di conoscere i risultati della gestione interinale visto che, come già anticipato, potranno incidere sul patrimonio del debitore.

Accanto alla previsione degli obblighi informativi, si affianca un apparato sanzionatorio che colpisce tutte quelle condotte abusive o dilatorie tenute dal soggetto durante la fase interinale. Queste novità, contenute nel “Decreto del Fare” (dalla previsione della figura del commissario giudiziale agli obblighi informativi obbligatori) non avrebbero avuto senso se, accanto a strumenti diretti a prevenire possibili utilizzi distorti dello strumento preconcordatario, non avessero previsto un meccanismo sanzionatorio da attivare in tutti i casi di violazione. Così, all'art. 161, comma 8, è riconosciuto al Tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, il potere di abbreviare il termine concesso quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano.

La violazione, invece, degli obblighi informativi da parte del debitore, comporta l'inammissibilità della domanda di concordato e il rischio che il Tribunale ne dichiari il fallimento, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero,

⁴⁶ Trib. Modena, 14 settembre 2012, in www.ilcaso.it;

⁴⁷ Trib. Bolzano, 25 settembre 2012, in www.ilcaso.it;

sempreché sussistano i requisiti di fallibilità.

Nulla viene detto riguardo all'ipotesi in cui vengano compiuti atti accedenti l'ordinaria amministrazione senza la preventiva autorizzazione (diversamente dalla fase successiva dell'ammissione alla procedura che ai sensi dell'art. 167, comma 2, stabilisce l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato degli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza la preventiva autorizzazione del giudice delegato). L'art. 173 colpisce tutti gli atti in frode ai creditori, accertati dal commissario giudiziale se nominato o, in sua assenza, dai creditori, all'esito di un procedimento aperto per la revoca dell'ammissione al concordato e che può condurre, al termine di un'istruttoria prefallimentare, se ne ricorrono i presupposti, alla dichiarazione di fallimento del debitore: tale disposizione viene richiamata in molte pronunce⁴⁸ inerenti proprio alle ipotesi sopra richiamate o, più in generale, ad atti diretti a frodare le ragioni dei creditori compiuti anche nella fase interinale (quindi, oltre agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione non autorizzati, si pensi al pagamento di crediti anteriori fuori dalle ipotesi tassativamente previste). La sanzione, ovviamente, non consisterà nella revoca della procedura, ma nell'inammissibilità della domanda.

Tali atti non riguardano solamente quelli lesivi degli interessi dei creditori "scoperti" materialmente, anche dal commissario giudiziale, perché tenuti opportunamente nascosti, ma anche quelli non adeguatamente o compiutamente esposti in sede di proposta di concordato e nei suoi allegati. Sebbene questa pronuncia della Suprema Corte⁴⁹ sia stata dettata con riferimento all'ipotesi di un soggetto già ammesso al concordato che, nel caso di specie, aveva artificiosamente sottovalutato certe operazioni indicate senza esporre fatti rilevanti e non aveva chiarito alcuni collegamenti societari, è da ritenere che sia parimenti richiamabile nell'ipotesi di condotte tenute prima dell'ammissione alla procedura. Anche in questa fase, il debitore è tenuto a fornire informazioni dettagliate durante i *report* periodici che è obbligato a depositare, indicando gli atti che sono stati compiuti, quelli che presumibilmente saranno compiuti successivamente, visto che saranno alla base della valutazione dell'attestatore che, ai sensi dell'art. 161,

⁴⁸ Trib. Pinerolo, 9 gennaio 2013, in www.ilcaso.it, Trib. Venezia, 18 settembre 2014, in www.ilcaso.it;

⁴⁹ Cass. 18 aprile 2014, n. 9050, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

comma 3, ai fini della fattibilità del piano, dovrà considerare pure gli eventuali maggiori costi o le perdite generate dalla gestione interinale.

3. IL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

3.1. LA CONTINUITÀ AZIENDALE COME VALORE PER I CREDITORI NON È UN CONCETTO ASSOLUTO

Il concordato con continuità aziendale rappresenta l'espressione più evidente della volontà legislativa afferente alle riforme degli ultimi anni. Già abbiamo parlato del *favor* normativo verso una disciplina che assicurasse l'emersione anticipata della crisi e, soprattutto, la continuità dell'attività, quale mezzo per assicurare una maggiore soddisfazione dei creditori. Con il concordato con continuità è stato raggiunto l'apice di questa volontà.

Non si tratta di una diversa tipologia di concordato, ma di una particolare forma che può assumere il piano di concordato, che, nel caso avvenga, fa scattare una serie di norme da applicare: si parla di fattispecie-disciplina (la procedura concorsuale di "concordato preventivo" è sempre la stessa, sono diverse le norme che vengono richiamate al ricorrere di certe condizioni; è una situazione simile a quella che accade con la presentazione della domanda "in bianco", non siamo di fronte a una nuova tipologia di concordato, ma solamente ad una diversa modalità di attivazione della procedura che, comprensibilmente, richiede differenti norme da applicare).

La continuità aziendale è un concetto che non deve essere inteso in senso assoluto, ma deve essere funzionale ad un obiettivo bene preciso: la migliore soddisfazione dei creditori. La novella del 2012, nella previsione del nuovo art. 186 bis, rubricato "concordato con continuità aziendale", oltre a dettare una disciplina specifica che sarà analizzata più avanti, ha previsto espressamente che il criterio della migliore soddisfazione dei creditori costituisce il parametro di riferimento di questa normativa. Infatti, al comma 2, lettera b), richiede che il professionista attesti che la prosecuzione dell'attività prevista dal piano di concordato, sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Senza entrare nel merito dell'attestazione del professionista, adesso interessa sottolineare quello che abbiamo anticipato nel corso di questa tesi: la continuazione dell'attività d'impresa può creare valore per i creditori, anzi deve

crearlo e lo deve fare in misura maggiore rispetto a qualsiasi altra soluzione⁵⁰ perché, altrimenti, non è giustificabile una prosecuzione che può dar luogo a costi (peraltro prededucibili) che diminuiranno ulteriormente il patrimonio del debitore. Occorrerà, pertanto, che, affinché la continuità possa definirsi nell'interesse dei creditori, l'impresa sia capace di produrre immediatamente utili, oppure sia capace in prospettiva di tornare a produrli, a seguito di una ristrutturazione⁵¹. Si tratta di una comparazione tra i costi e i benefici derivanti ai creditori sia nell'ipotesi in cui l'attività venga interrotta, sia nell'ipotesi in cui venga proseguita. Per cui, anche nel caso in cui l'attività, a causa dell'interruzione, provochi un pregiudizio al patrimonio del debitore, se questo è comunque minore di quello derivante dalla comparazione tra le perdite che scaturiscono dalla prosecuzione e la ripresa dei valori che ne derivano, essa deve essere interrotta. La continuità aziendale è un valore tendenzialmente irreversibile, nel senso che, una volta persa, di solito non è più possibile recuperarla. È, quindi, corretto che costituisca oggetto di prioritaria valutazione da parte del debitore, rispetto a un'alternativa liquidatoria, come soluzione maggiormente soddisfacente per i creditori. Ma tale accertamento non sarà facile e dovrà essere assolutamente dimostrato, posto che la prosecuzione dell'attività rappresenta anche, allo stesso tempo, un rischio per gli stessi creditori concorsuali.

⁵⁰ Trib. Monza, 2 ottobre 2013, in www.ilcaso.it;

⁵¹ L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 10, p. 1222;

3.2. LE IPOTESI DI CONCORDATO CON CONTINUITÀ E IL CONTROVERSO CASO DELL'AFFITTO D'AZIENDA

Occorre approfondire, prima di tutto, quando il concordato proposto dal debitore possa definirsi con continuità aziendale. Leggendo l'art. 186 bis, comma 1, viene utilizzata una costruzione della frase ("Quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lett. e) prevede... si applicano le disposizioni del seguente articolo") che è espressiva del fatto che la continuità non dipende da una scelta del debitore, ma è il risultato della previsione come parte di tutta l'operazione concordataria. Il debitore è libero di configurare un concordato liquidatorio o in continuità, ma in quest'ultimo caso essa dovrà derivare dalla modalità di attuazione del piano concordatario tramite una delle condotte dell'art 186 bis. La continuità, come si vede, opera a livello di piano, in quanto la prosecuzione dell'impresa rappresenta il mezzo con cui reperire le risorse per adempiere la proposta; ma può operare anche a livello di proposta, quando la soddisfazione dei creditori dipende dall'andamento futuro dell'impresa (mediante l'attribuzione di una parte degli utili o quote di capitale o strumenti finanziari)⁵².

Il legislatore indica espressamente i casi rispetto ai quali il piano di concordato può definirsi in continuità aziendale: quando prevede la prosecuzione dell'attività d'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. A fronte della legge, quindi, le ipotesi alle quali trova applicazione la disciplina della continuità, che vedremo in seguito, sono solo quelle della prosecuzione dell'impresa da parte del debitore medesimo o della sua cessione in attività, attraverso le forme della vendita o del conferimento d'azienda.

Trattasi di situazioni rispetto alle quali, a patto che ricorrano le condizioni di utilità, sono comprensibili i vantaggi per il ceto creditorio: infatti, nel primo caso i creditori saranno soddisfatti per il tramite della prosecuzione dell'attività direttamente da parte del debitore; nel secondo caso, saranno soddisfatti grazie ai proventi della cessione dell'azienda; nel terzo caso, infine, mediante il prezzo della cessione della partecipazione o direttamente dalla società conferitaria.

⁵² L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1229;

Tuttavia, esistono dei casi limite, che hanno impegnato dottrina e giurisprudenza nella riconduzione o meno degli stessi alle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 186 bis. Uno di questi è il caso di affitto d'azienda, soprattutto in vista di una sua futura cessione, essendo un'ipotesi molto ricorrente nella prassi. La sua riconduzione ad un'ipotesi di continuità aziendale tutt'oggi non è pacifica.

Come ora illustrerò, vi è una parte della dottrina (atteggiamento rinvenibile anche in alcune pronunce giurisprudenziali) che rimane fedele al tenore letterale della legge ed esclude qualsiasi possibilità di ricomprendere l'affitto di azienda nell'art. 186 bis: al di là dell'aspetto puramente formale, che porta a escluderne l'applicazione sulla base della semplice considerazione che, se il legislatore avesse voluto prevederlo, gli sarebbe bastato inserirlo accanto alle altre ipotesi⁵³, tale dottrina fa riferimento ad una sorta di incompatibilità tra la disciplina dell'affitto e quella del concordato con continuità.

In particolare, c'è chi richiama una sorta di rapporto di esclusione tra le due normative in quanto, posto che l'unico problema della continuità aziendale consiste nella sopportazione del rischio per i creditori concorsuali, nell'ipotesi di contratto di affitto tale rischio non si pone (se il contratto viene stipulato prima dell'apertura della procedura) o viene meno nel momento in cui, nell'ambito di concordato, viene stipulato il contratto⁵⁴: in queste ipotesi è sull'affittuario che graverebbe il rischio d'impresa, anche nel caso in cui i creditori fossero remunerati in modo parametrato all'andamento della gestione, sarebbe solo l'affittuario che dovrebbe rispondere delle passività contratte⁵⁵. Altra obiezione che viene prospettata da questa parte della dottrina attiene al fatto che risulterebbero poco comprensibili, rispetto all'affittante d'azienda, le prescrizioni all'art. 186 bis, comma 2, lett. a) e b), inerenti alla previsione nel piano dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse necessarie, delle relative coperture e l'attestazione del professionista circa la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori, visto che l'affittante dovrà preoccuparsi solamente

⁵³ Trib. Terni, 12 febbraio 2013, in www.ilcaso.it;

⁵⁴ F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 15/11/2013;

⁵⁵ D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 03/10/2012;

di riscuotere i canoni dall'affittuario⁵⁶.

Altra parte della dottrina e buona parte della giurisprudenza, invece, sono concordi nel ritenere che l'elencazione fornita dalla legge non sia tassativa, richiamando, a fondamento delle proprie posizioni, un argomento di carattere teleologico dotato di grande incisività. Infatti, se è condivisibile l'idea che il legislatore con la riforma del 2012 abbia inteso favorire il risanamento dell'attività e, attraverso il suo mantenimento in esercizio, il pagamento dei creditori, ogni negozio funzionale a tale risanamento, come l'affitto d'azienda, dovrebbe essere assoggettato alla disciplina della continuità aziendale.

Occorre precisare che quando si parla di affitto d'azienda, esso non deve essere inteso come negozio fine a se stesso, poiché è pacifico che tale caso fuoriesca dall'ambito suddetto, ma è necessario, invece, che esso sia prodromico al futuro trasferimento aziendale o di una sua parte. I dibattiti maggiori, in questi casi, si registrano attorno al momento in cui viene stipulato il contratto.

Se esso avviene a seguito della presentazione del ricorso *ex art. 161* (o, ancorché anteriore, prende effetto successivamente), costituendo un elemento del piano concordatario di futura realizzazione, non vi sono dubbi che il concordato sia da qualificare in continuità; tutta la disciplina prevista si applicherà, a cominciare dalla prosecuzione dei contratti in capo all'affittuario. Nonostante vi sia chi subordini la stipula del negozio ad un contestuale impegno irrevocabile all'acquisto⁵⁷, appare maggiormente condivisibile la tesi di chi richiede non la necessaria individuazione del terzo cui allocare l'impresa dopo il periodo d'affitto, ma per lo meno le condizioni del successivo trasferimento, sia sotto forma di cessione che di conferimento⁵⁸.

In queste ipotesi, il piano concordatario dovrà indicare, innanzitutto, se l'andamento dell'impresa incida sulla soddisfazione dei creditori e, allo stesso tempo, il professionista che redige la relazione ai sensi dell'art. 161, comma 3

⁵⁶ F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*, in *Fallimento*, 2013, 11, p. 1380;

⁵⁷ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 04/08/2013, p. 6;

⁵⁸ A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2014, 2, p. 198

(superando l'obiezione dell'altra parte della dottrina circa l'incomprensibilità dell'attestazione rispetto all'attività proseguita dall'affittuario), dovrà rappresentare i rischi e i vantaggi della continuità aziendale in capo all'affittuario, fornendo informazioni sia sulla sua solidità patrimoniale riguardo al pagamento dei canoni di affitto nonché, se ha già acquisito un impegno all'acquisto dell'azienda, sulla possibilità di pagare tale corrispettivo, sia sul valore dell'azienda affittata⁵⁹.

Se la stipulazione del contratto di affitto è avvenuta in epoca antecedente alla domanda, invece, la riconduzione all'art. 186 bis è meno pacifica. Taluno non la ritiene possibile poiché, se l'affitto è anteriore alla domanda, in pendenza di concordato la continuità non vi è mai stata, e allora non può applicarsi la disciplina di favore richiamata dalla legge, ad iniziare dalla prosecuzione dei contratti disposta dall'art. 186 bis, comma 3: l'affitto sarebbe stato effettuato prima della procedura e, come tale, opera secondo le regole del codice civile⁶⁰. Senza dimenticare l'asserita perdita della qualifica di imprenditore commerciale per colui che si limiti solamente a riscuotere i pagamenti dall'affittuario, senza la prospettiva di tornare in possesso dell'azienda (anche se, come mostra l'esperienza, normalmente l'imprenditore affitta solamente alcuni rami o parti dell'azienda, conservando la qualifica per le residue attività imprenditoriali).

Tuttavia, non è trascurabile la posizione opposta, di chi ritiene che, a detta della norma, ciò che sembra contare è che l'azienda sia in esercizio (non importa se da parte dell'imprenditore stesso o di un terzo) tanto al momento della presentazione del ricorso quanto all'atto successivo del trasferimento, apparendo incontestabile che il rischio d'impresa continui a gravare, ancorché indirettamente, sul soggetto in concordato⁶¹. L'attività imprenditoriale, anche a seguito di affitto, proseguirebbe ugualmente, non in maniera diretta da parte del debitore, ma tramite una via non diversa, se non nella modalità tecnica, da quella che potrebbe seguire ai sensi dell'art. 186 bis (tramite cessione o conferimento). L'affitto, poi, giungerebbe alla naturale scadenza convenzionalmente pattuita oppure potrebbe

⁵⁹ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1230-1231;

⁶⁰ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1231;

⁶¹ Trib. Bolzano, 27 febbraio 2013, in www.ilcaso.it;

essere interrotto prima, tramite la richiesta di autorizzazione allo scioglimento ai sensi dell'art. 169 bis, in quanto contratto in corso di esecuzione, permettendo all'azienda di "rientrare" nel patrimonio del debitore. Invocare, in questi casi, la revoca del concordato ai sensi dell'art. 186 bis, ultimo comma, in quanto l'esercizio d'attività d'impresa sarebbe cessata nel corso della procedura, sarebbe da respingere poiché è riconosciuto che il trasferimento d'azienda a terzi prima dell'omologazione, non può integrare un'ipotesi di cessazione d'attività, ma al contrario rappresenta l'attuazione del piano. Tutto questo, a maggior ragione, dovrebbe dirsi in caso di affitto d'azienda⁶².

Va da sé che, anche in questa ipotesi, il negozio non può essere fine a se stesso ma dovrà essere funzionale ad un successivo trasferimento d'azienda. E, come visto in precedenza, il professionista dovrà indicare nella relazione l'idoneità dell'affittuario a far fronte ai propri impegni, grazie al patrimonio di cui dispone e alle garanzie su cui è in grado di far affidamento.

⁶² A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, cit., p. 197;

3.3. LA DISCIPLINA PREVISTA PER I CASI DI CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE: CAUTELE E FACILITAZIONI

Approfondite le ipotesi in cui è possibile parlare di concordato con continuità aziendale, occorre adesso vedere in cosa consiste la disciplina da applicare a questa particolare fattispecie.

Iniziando l'esegesi dallo stesso art. 186 bis, il comma 2, lett. a) e b), prevede, a carico del piano concordatario e del professionista, maggiori analiticità rispetto a quelle richieste in caso di un concordato liquidatorio. Tali previsioni sono necessarie perché la prosecuzione dell'attività può costituire un vantaggio per la soddisfazione dei creditori ma può rappresentare anche un rischio. Pertanto, proprio per prevenire e limitare al massimo questa eventualità, sono richieste cautele maggiori. In particolare, la lettera a) prevede che il piano di concordato, oltre agli altri dati *ex art.* 161, comma 2, lett. e), contenga anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura. È una disposizione che, per esigenze di trasparenza e di correttezza, cerca di mettere a disposizione dei creditori, del Tribunale, di terzi le informazioni necessarie a compiere le rispettive valutazioni.

La lett. b), invece, prescrive che la relazione del professionista ai sensi dell'art. 161, comma 3 (oltre alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano), deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Già era stata anticipata questa disposizione al paragrafo 3.1., quando si parlava della continuità aziendale come di un valore per i creditori. È proprio questo che deve essere accertato dal professionista, mediante una valutazione risultante dall'insieme di informazioni disponibili al momento della decisione: la continuità dell'azienda deve creare valore rispetto alla liquidazione e almeno una parte di tale valore deve essere messo a disposizione dei creditori⁶³. L'attestazione del professionista ha una funzione di garanzia poiché è strumentale ad assicurare un giudizio approfondito e imparziale rispetto

⁶³ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1227;

alle sorti della procedura (stante il richiamo alla nozione d'indipendenza che rimanda ai criteri fissati all'art. 67, comma 3, lett. d), e alla responsabilità penale per aver fornito informazioni false o aver omesso informazioni rilevanti *ex art. 236 bis*), riguardo all'idoneità della continuità aziendale prevista nel piano a soddisfare i creditori.

Proseguendo l'analisi dell'art. 186 bis, si incontrano anche le facilitazioni normative previste. La lettera c) prevede che nella proposta possa essere prevista 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 insiste la causa di prelazione (anche se vedremo una recente sentenza della Cassazione che ha esteso tale possibilità a tutti i tipi di concordato). Il successivo comma 3 sancisce un'agevolazione importantissima: la continuità dei contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, senza che possano essere risolti per effetto dell'apertura della procedura e dichiara inefficaci eventuali clausole contrattuali che prevedono lo scioglimento del rapporto come conseguenza della sottoposizione del debitore ad una procedura concorsuale. Tale continuità si applica anche ai contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, purché il professionista designato dal debitore attesti che tali rapporti sono conformi al piano concordatario e il debitore sarà in grado di adempiere le relative obbligazioni.

Ancora, il comma 4, prevede che il debitore che ha presentato un concordato con continuità aziendale possa partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici, purché, successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione alle procedure, sentito il commissario giudiziale se nominato, sia autorizzata dal Tribunale e alleggi, insieme alla relazione del professionista di cui al punto precedente, anche la dichiarazione di un altro operatore che si impegna a prendere il suo posto nel caso non sia per qualsiasi ragione in grado di dare regolare esecuzione al contratto.

Altra facilitazione è quella dettata dall'art. 182 quinquies, comma 4, anch'essa già anticipata nel primo capitolo quando si parlava del pagamento dei debiti anteriori durante la fase interinale, che permette al debitore di chiedere al Tribunale di essere autorizzato a pagare i crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi se il

professionista attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. È opportuno ricordare che il pagamento di crediti anteriori può essere autorizzato, se il concordato non è in continuità aziendale, in quanto atto di straordinaria amministrazione, ai sensi dell'art. 161, comma 7. L'art. 186 bis, infatti, detta una disciplina specifica del pagamento dei crediti anteriori per l'ipotesi che il piano preveda la prosecuzione dell'attività, ma non pone alcun divieto per le altre ipotesi che il concordato sia liquidatorio; pertanto, in tali casi, non sarà la disciplina della continuità aziendale a dover essere applicata, ma quella dell'autorizzazione al compimento degli atti.

Accanto a queste agevolazioni, specificatamente dettate per le sole ipotesi di concordato in continuità, ve ne sono altre comuni a tutte le forme di concordato: la disciplina dei contratti in corso di esecuzione permette al debitore di essere autorizzato dai giudici, ai sensi dell'art 169 bis, a sospendere o sciogliersi dai rapporti. Altra previsione consiste nella possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili in pendenza di concordato ai sensi dell'art. 182 quinquies, commi 1, 2 e 3. Infine, la prescrizione all'art. 182 sexies che sospende gli obblighi di ricapitalizzazione previsti nel Codice civile, dal deposito della domanda di concordato preventivo sino all'omologazione.

Tra tutte queste agevolazioni, saranno approfondite solo quelle inerenti alla fase interinale di un concordato “in bianco”, a cominciare proprio dall'applicabilità della disciplina della continuità aziendale ad una domanda con riserva.

3.4. COMPATIBILITÀ TRA LA DOMANDA “IN BIANCO” E LA DISCIPLINA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

La fattispecie normativa “concordato con continuità aziendale” prevede, come analizzato nei paragrafi precedenti, l’applicazione di una serie di disposizioni specifiche per quelle ipotesi in cui la continuità aziendale sia prevista nel piano di concordato. Proprio questa previsione ha fatto sorgere interrogativi sulla compatibilità esistente con una domanda “in bianco”, considerato che in tal caso non è possibile parlare di un piano e di una proposta definitivi fino alla scadenza del termine concesso dal Tribunale.

In particolare, una chiave di lettura che è stata fornita, ha ritenuto che, partendo dal presupposto che per potersi parlare di concordato con continuità occorrono tutte le condizioni, già analizzate, indicate all’art. 186 bis, comma 1 (il piano deve prevedere la prosecuzione dell’attività da parte del debitore, la cessione dell’azienda in esercizio oppure il conferimento in una o più società) e comma 2, lett. a) e b), (il piano deve contenere l’indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura; il professionista deve attestare che la prosecuzione dell’attività è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori), nell’ipotesi di un concordato “in bianco” esse sarebbero assenti perché l’istituto presuppone *in re ipsa* che non venga subito depositato un piano. Per questi motivi, non sarebbe mai configurabile un concordato con continuità aziendale prima del deposito del piano concordatario, e quindi in tutti i quei casi la procedura venga aperta con una domanda “in bianco”⁶⁴.

Le conseguenze di un’interpretazione del genere sarebbero quelle per cui non potrebbero essere invocate le agevolazioni specifiche della continuità fino al deposito del piano, ma solamente quelle generali relative alla sospensione delle norme in tema di ricapitalizzazione societaria, ai finanziamenti prededucibili in presenza dell’attestazione del professionista e dell’autorizzazione del Tribunale, ai

⁶⁴ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 27 novembre 2012, p. 14-15;

contratti in corso di esecuzione.

Tuttavia, una tale lettura non pare essere effettivamente in sintonia con la *ratio legis* sottesa alla riforma del 2012 e, in particolare, all'introduzione dell'istituto in esame. Aver fatto riferimento esclusivamente al criterio formalistico della presenza di un piano per poter configurare un concordato con continuità, ha trascurato altri criteri, anche formalistici, che invece sembrano propendere per una piena compatibilità tra la disciplina preconcordataria e il quadro delle agevolazioni connesse alla continuità aziendale.

Infatti, iniziando l'analisi delle varie norme, all'art. 182 quinquies, comma 5, inerente al pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi, la legge prevede espressamente che possa essere autorizzato "il debitore che presenta domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma". Oppure, riguardo alla possibilità di ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, l'art. 182 quinquies, comma 1, la riconosce al "debitore che presenta, anche ai sensi dell'art. 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo". Ancora, la disciplina relativa alla sospensione delle norme in tema ricapitalizzazione societaria opera automaticamente "dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma...". Per quel che concerne il compimento degli atti in tale fase, già è stata approfondito l'art. 161, comma 7, che riconosce al debitore che ha presentato domanda di concordato "in bianco" la possibilità di compiere liberamente gli atti di ordinaria amministrazione e gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale. Stesso discorso vale per la sorte dei contratti in corso di esecuzione, rispetto ai quali il debitore nella fase interinale può chiedere di essere autorizzato alla sospensione o, secondo certi Tribunali, anche allo scioglimento ai sensi dell'art. 169 bis.

L'unico problema potrebbe riguardare la continuità dei contratti e l'inefficacia di eventuali clausole che prevedano lo scioglimento del rapporto in seguito all'accesso in procedura di una delle parti. In assenza di indicazioni, si tratta di stabilire se queste condizioni operino a seguito del deposito di una domanda completa della proposta e del piano definitivi, con la conseguenza che con la

domanda di concordato “in bianco” i contratti si scioglierebbero nonostante la prosecuzione dell’attività d’impresa. Una tale conclusione sarebbe irragionevole, posto che le due discipline non possono essere considerate come alternative, ma, al contrario, entrambi funzionali alla conservazione del valore aziendale in vista della miglior soddisfazione dei creditori⁶⁵.

Come si vede da tutte queste norme, la continuità aziendale non è trattata come se dovesse configurarsi esclusivamente dopo il deposito del piano concordatario. Tutti i poteri esercitabili dal debitore trovano oramai piena applicazione anche nella fase interinale, purché costui assuma un atteggiamento più responsabile. Infatti, è indubbio che, per quanto un piano e una proposta ancora non siano stati depositati, il soggetto che accede alla procedura dovrà anticipare tutta una serie di informazioni il più dettagliate possibili che permettano al Tribunale di poter stabilire che la continuità aziendale sarà alla base del piano concordatario che verrà stilato entro la scadenza del termine e corredato di tutte le prescrizioni di cui all’art. 186 bis.

In cosa consistano effettivamente queste informazioni, poi, dipende dai casi concreti e dal tipo di autorizzazione richiesta, ma è evidente che esse dovranno riguardare una *disclosure* anticipata tanto più precisa quanto più elevato sarà l’impatto che avrà l’atto autorizzato sul patrimonio (così, la previsione del trasferimento, previo affitto, dell’azienda all’affittuario, in presenza di offerta irrevocabile assistita da garanzia fideiussoria, ovvero al diverso soggetto che dovesse risultare aggiudicatario a seguito dell’esperimento di procedura competitiva⁶⁶, sono stati ritenuti informazioni portanti di un futuro piano, idonee ad attribuire la natura di concordato in continuità a seguito di domanda “in bianco”). Senza dimenticare il ruolo importante che potrebbe assumere il commissario giudiziale ai sensi dell’art. 161, commi 6 e 8, riguardo alle informazioni e la vigilanza sull’attività compiuta dal debitore.

⁶⁵ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1233;

⁶⁶ Trib. Cuneo, 31 ottobre 2013, in www.ilcaso.it;

3.5. LA DILAZIONE DI PAGAMENTO DEI CREDITORI PRIVILEGIATI

Un'agevolazione importante prevista per il concordato con continuità, che qui merita accennare, riguarda la dilazione dei creditori privilegiati ai sensi dell'art. 186 bis, comma 2, lett. c). Essa dispone che il debitore “nel piano possa prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160, comma 2, 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”.

È accordata una sorta di moratoria *ex lege*, che permette al debitore di prevedere nel piano che le somme destinate alla soddisfazione dei creditori con prelazione, possano essere trattenute all'interno della gestione aziendale, come una specie di “autofinanziamento”, per un periodo non superiore a un anno. Tale agevolazione equivale ad un soddisfacimento integrale dei creditori predetti ai sensi dell'art. 177, comma 2 (essa dispone che i creditori prelatizi per i quali è previsto, nella proposta, il soddisfacimento integrale, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto o in parte al diritto di prelazione), in quanto il secondo periodo esclude che agli stessi sia riconosciuto il diritto al voto. L'unica eccezione riguarda il caso che venga liquidato il bene o il diritto sul quale sussiste la prelazione poiché, in tale ipotesi, il pagamento del creditore avverrà successivamente alla vendita del bene.

La *ratio legis* di questa norma è ravvisabile, ancora una volta, nel *favor* verso le soluzioni concordatarie, che cercano di assicurare al soggetto che vi accede le condizioni più favorevoli verso una conclusione positiva delle procedure. La dilazione di un anno del pagamento dei creditori prelatizi permette al debitore di utilizzare le relative somme, ancorché per un periodo limitato, per cercare di ripristinare l'equilibrio finanziario senza ricorrere ad ulteriore indebitamento.

Tuttavia, l'interpretazione della norma non è così pacifica, considerato che l'inciso “In tal caso”, introduttivo del secondo periodo, può essere interpretato anche in maniera diversa dal senso suddetto. Infatti, dal tenore letterale della

norma potrebbe dedursi che l'esclusione dal voto sia collegato alla condizione che il pagamento avvenga entro l'anno, da qui derivando, tramite una lettura a contrario, che la dilazione allora potrebbe essere anche al di sopra dell'anno stesso, compensata però dall'attribuzione al privilegiato soddisfatto integralmente, ma in ritardo, del diritto di pronunciarsi sulla proposta.

Questa lettura della norma, insieme all'ulteriore questione che si era aperta in giurisprudenza, circa il fatto se la dilazione dei creditori privilegiati fosse limitata al concordato con continuità aziendale o avesse valore generale, è stata sostenuta da una recentissima sentenza della Corte di Cassazione⁶⁷. I giudici, infatti, ritengono ammissibile una proposta di concordato preventivo che preveda il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati, sulla base del richiamo di una serie di norme dalle quali sarebbe evincibile una volontà legislativa in tal senso. Prima di tutto, lo stesso art. 160, riformato con il D. Lgs. 169/2007, adesso dispone che “la proposta possa prevedere che i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione...”. Coerentemente il nuovo art. 177, comma 3, ai fini della legittimazione al voto, equipara i creditori prelatizi, dei quali la proposta, ai sensi della norma prima richiamata, preveda un soddisfacimento non integrale, ai creditori chirografari per la parte residua del credito.

Sulla base di quanto appena detto, la Corte registra un cambio di volontà da parte del legislatore rispetto al sistema previgente proprio al fine di un richiamato *favor* verso le soluzioni concordatarie. Se prima delle riforme, non vi erano dubbi circa il fatto che il pagamento dei creditori garantiti dovesse avvenire non più tardi del decreto di omologazione del concordato (in virtù del vecchio art. 160 che, nel condizionare la proposta di concordato al pagamento dei creditori chirografari entro sei mesi, e in caso di dilazione maggiore, alla prestazione di garanzie per il pagamento degli interessi, implicitamente presupponeva l'immediato pagamento dei creditori privilegiati; e in virtù del fatto che solo l'obbligo di immediata soddisfazione di quest'ultimi giustificava la loro esclusione dal voto per

⁶⁷ Cass. 9 maggio 2014, n. 10112, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

l'approvazione del concordato), negli ultimi anni il legislatore sembrerebbe aver avallato la posizione opposta.

Pertanto –concludono i giudici- se la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei crediti privilegiati, allora il pagamento dei crediti medesimi con dilazione superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della stessa liquidazione, in caso di concordato liquidativo) equivale a soddisfazione non integrale di essi. “Ciò a causa della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi normali, con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti”. Da questa previsione deriva l'idea di ammettere il creditore prelatizio al voto nella misura corrispondente alla perdita finanziaria subita a seguito della dilazione di pagamento impostagli (determinazione che costituirà accertamento in fatto del giudice di merito).

3.6. LA FINANZA DURANTE LA FASE DI “PRECONCORDATO”: FINANZIAMENTI A SEGUITO DELLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA E FINANZIAMENTI-PONTE

La necessità di disporre di nuova finanza durante una procedura concordataria, molto spesso, assume rilevanza centrale per l'impresa in crisi. In particolare, in tutti quei casi in cui l'impresa non è in grado di “autofinanziarsi” tramite le risorse generate dalla gestione ordinaria, si rende essenziale ricorrere a disponibilità esterne per sostenere le spese necessarie per l'attività e/o la procedura. La legge non distingue in base al tipo di concordato che viene proposto, l'esigenza di finanza può aversi tanto nella configurazione liquidatoria che in quella con continuità, tuttavia, diverso è il momento, a seconda delle diverse fasi della procedura, in cui possono essere concessi nuovi finanziamenti: ci occuperemo di quelli richiesti a seguito della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo (art. 182 quinquies, commi 1, 2, 3) e di quelli erogati in funzione della presentazione della domanda medesima (art. 182 quater, comma 2). Partendo dai primi elencati, la legge dispone che “il debitore che presenta, anche i sensi dell'art. 161 comma 6, una domanda di ammissione al concordato preventivo (o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti), può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111...”. Da questa prima parte del comma 1, emerge che i finanziamenti di cui la norma parla sono quelli richiesti successivamente al deposito della domanda di concordato, anche “in bianco”: si parla della cosiddetta finanza “interinale”, idonea ad assicurare risorse al debitore nella fase precedente all'ammissione alla procedura.

L'espressa previsione che tali finanziamenti godano di un trattamento privilegiato, alle condizioni che tra poco vedremo, rappresenta uno dei casi in cui la legge, ai sensi dell'art. 111, comma 2, considera come prededucibili quei “crediti così qualificati da una specifica disposizione”. Era necessario, infatti, assicurare un'adeguata protezione ai terzi (dopo la riforma del 2012, anche soggetti diversi dagli intermediari finanziari, come i soci) che avessero assistito finanziariamente

l'imprenditore in crisi e, così, è stato previsto che i relativi crediti godano del suddetto trattamento, che assicura agli stessi un soddisfacimento in misura anticipata, sia all'interno della stessa procedura rispetto ai tempi del riparto che compete al liquidatore, sia nell'ipotesi in cui venga dichiarato in consecuzione il fallimento del debitore, a seguito di arresto della procedura concordataria⁶⁸.

Affinché l'istanza di autorizzazione del debitore sia accolta (e i crediti godano del trattamento prededucibile), la legge richiede che "un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori". Ancora una volta, il professionista viene ad assumere un ruolo centrale per il buon esito della richiesta del debitore. Infatti, ha il compito di rilasciare un'attestazione molto delicata, dalla quale discenderanno valutazioni che potranno determinare il successo o il fallimento della soluzione. È quindi opportuno che assolva il suo dovere con la maggiore analiticità e ragionevolezza possibili.

Partendo dal presupposto che la nuova finanza autorizzata produce per definizione un aggravamento dell'esposizione debitoria, si tratta di valutare quanto questo aggravamento sia ragionevole rispetto alle condizioni dell'impresa. L'entità del finanziamento deve essere temperata rispetto alla situazione economica, finanziaria, patrimoniale dell'azienda e alle caratteristiche del piano di concordato, poiché è dal bilanciamento di questi elementi che sarà possibile valutare se l'ulteriore indebitamento sarà funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori.

Un primo problema che si è posto è se, ai fini del rilascio dell'autorizzazione da parte del Tribunale, sia sufficiente la sola allegazione del professionista (come prevede espressamente la legge) oppure sia necessaria anche un'allegazione del debitore riguardo ai dettagli della proposta e del piano che intenderà offrire ai creditori. La posizione prevalente si è attestata su quest'ultima linea⁶⁹, richiedendo nell'istanza di autorizzazione "almeno una sommaria indicazione del piano e della

⁶⁸ M. VITIELLO, *Prededuzione da funzionalità negli accordi di ristrutturazione, nel concordato preventivo e nell'eventuale fallimento "in consecuzione"*, in www.ilfallimentarista.it, 24/10/2013;

⁶⁹ Trib. Treviso, 16 ottobre 2012, in www.ilfallimentarista.it;

proposta”, considerato che se essa è presentata a seguito di una domanda “in bianco”, un piano e una proposta ancora non sono stati elaborati e allora sarà difficile per il professionista, e di conseguenza per il Tribunale, valutare la coerenza dell’operazione economica richiesta⁷⁰.

Si pone, quindi, il problema di quale debba essere il rapporto tra l’istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti e la presentazione del piano. Escluso che, la prima debba essere presentata, in linea generale, solo a fronte di un piano ben definito, perché ciò svuoterebbe di significato la previsione legislativa di un’istanza presentata anche a seguito di domanda “in bianco” (che per definizione un piano e una proposta ancora non li prevede), ed escluso che la norma non limita la disciplina in esame ai soli concordati con continuità, si giunge alla conclusione che non è possibile individuare un unico principio, ma dovranno essere analizzate caso per caso le varie fattispecie su cui saranno chiamati a pronunciarsi il professionista e il Tribunale. Vi saranno situazioni, infatti, in cui, la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori sarà talmente evidente che sarà agevole l’anticipazione dei dettagli del piano da parte del debitore (si pensi al caso in cui il finanziamento sia di un importo limitato, necessario a evitare l’interruzione delle forniture di energia elettrica che produrrebbero conseguenze devastanti per l’attività); in altre situazioni, invece, la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori dipenderà maggiormente, o addirittura interamente, dalle condizioni del piano e della proposta e allora il debitore, se vorrà ottenere il finanziamento, dovrà fornire maggiori informazioni tali da delineare un quadro più definito al professionista (ad esempio, quando il finanziamento è necessario per realizzare investimenti iniziali con risultati attesi in un orizzonte di medio-lungo periodo).

Se il contenuto delle istanze di autorizzazione, in rapporto al piano, varia a seconda delle fattispecie concrete, ciò che rileva ai fini della valutazione del Tribunale riguarda tre ordini di informazioni⁷¹: innanzitutto, l’ammontare del finanziamento in relazione, non solo alla sua destinazione, ma anche alla

⁷⁰ M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012, 313, p. 8;

⁷¹ R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it, 06/12/2012;

complessiva esposizione debitoria pregressa; la misura dell'incremento del livello di soddisfazione dei creditori in caso di autorizzazione; la ragionevole probabilità che nelle circostanze tale incremento venga realizzato grazie alle risorse reperite con il finanziamento.

L'art. 182 quinquies, commi 2 e 3, prevedono che l'istanza di autorizzazione possa riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative, e che il debitore possa essere autorizzato dal Tribunale a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei finanziamenti richiesti.

La disciplina della finanza interinale si mostra, a ben vedere, funzionale ad assicurare all'impresa risorse aggiuntive in una fase in cui la stessa sta ancora elaborando le linee della soluzione definitiva, perché, molto spesso, l'apporto di nuova liquidità rappresenta una condizione imprescindibile per il salvataggio dell'impresa. È evidente, al tempo stesso, che l'accoglimento dell'istanza passerà dai maggiori vantaggi che dovranno derivare ai creditori in virtù del finanziamento accordato, altrimenti non sarà giustificabile un aggravamento dell'esposizione debitoria.

Il secondo tipo di finanziamenti, cui abbiamo accennato all'inizio del paragrafo, riguarda i cosiddetti "finanziamenti-ponte". L'art. 182 quater, comma 2, li definisce come quelli "erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti)". La differenza con la categoria in precedenza accennata è evidente: quelli sono finanziamenti chiesti, ed eventualmente erogati, a seguito della presentazione della domanda di concordato, questi invece sono funzionali alla presentazione della stessa.

Il legislatore si è mostrato cosciente del fatto che quando si presenta una situazione di crisi, o addirittura d'insolvenza, l'impresa può trovarsi in una condizione di difficoltà, anche o solo finanziaria, tale da non avere la liquidità necessaria per portare a conclusione la procedura di concordato. In questo caso, non si parla di risorse che servono per compiere un investimento o per portare a termine una commessa, dalle quali deriverebbero maggiori vantaggi per i creditori, ma si tratta della liquidità necessaria per sostenere l'impresa durante le fasi delle trattative coi creditori, dell'ammissione alla procedura,

dell'omologazione del concordato, che possono protrarsi per periodi di tempo anche abbastanza lunghi.

Ad esempio, le risorse potrebbero essere impiegate per pagare i fornitori e i dipendenti al fine di evitare che l'impresa cessi l'attività durante l'elaborazione del concordato, oppure potrebbero essere utilizzate, come visto nel paragrafo 2.1.4., per pagare i professionisti che assistono l'imprenditore nella ristrutturazione.

Per incentivare e dare protezione ai terzi che si assumono il rischio di finanziare un'impresa in crisi, è stato riconosciuto, ancora una volta, il trattamento dei relativi crediti come prededucibile ("Sono parificati ai crediti di cui al primo comma...", che riconosce il medesimo trattamento per i finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo), "qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art. 160 e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo".

È chiaro come la disciplina qui dettata sia diversa, e più stringente rispetto a quella precedente, anche con riguardo al riconoscimento del rango di prededucibile al credito del finanziatore. Essa, prima di tutto, presenta dei maggiori rischi dovuti al fatto che se la domanda di concordato non viene presentata, o il concordato non viene ammesso o il giudice non riconosce la funzionalità del finanziamento alla presentazione della domanda, come richiede la seconda parte dell'art. 182 quater, comma 2, nessun trattamento privilegiato potrà essere riconosciuto al credito del finanziatore⁷². In secondo luogo, pur non essendo richiesto dalla legge alcun intervento del professionista al momento dell'erogazione del finanziamento, tuttavia se il debitore vuole attribuire il rango di prededucibile al relativo credito (e accadrà tutte quelle volte in cui il terzo non si accolli il rischio della mancata prededuzione e si rifiuti di prestare nuove risorse in assenza di un'adeguata copertura), il professionista chiamato a redigere la relazione ai sensi dell'art. 161, comma 3, dovrà prendere posizione sulla funzionalità del finanziamento-ponte alla presentazione della domanda di

⁷² Linee-Guida per il finanziamento delle imprese in crisi, Bozza per discussione della seconda edizione – 2014, p. 73;

ammissione alla procedura di concordato preventivo⁷³. Questo perché la sua relazione rappresenterà, da una parte, un importante elemento informativo a disposizione dei creditori per conoscere l'esatta situazione ai fini del concorso (quanti e quali crediti prededucibili ci sono), dall'altra, per il Tribunale, cui il debitore chiede il riconoscimento della prededucibilità del credito ai sensi dell'art. 182 quater, comma 2.

Se ad effettuare il finanziamento è un socio, la prededucibilità è riconosciuta fino all'80% dell'ammontare, mentre è stato chiarito che resta prededucibile per intero il credito di chi sia divenuto socio in conseguenza dell'operazione di risanamento.

⁷³ Linee-Guida per il finanziamento delle imprese in crisi, Bozza per discussione della seconda edizione – 2014, p. 74;

3.7. IL PAGAMENTO DI DEBITI ANTERIORI *EX* ART. 182 QUINTIES, COMMA 4, NELLA FASE INTERINALE

L'art. 182 quinquies, comma 4, è stato anticipato più volte nel corso della trattazione. Ricollegandosi alla disciplina, esso regola l'autorizzazione del Tribunale, assunte sommarie informazioni, al pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi, contenuto in una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, proposta dal debitore anche ai sensi dell'art. 161 comma 6.

Quello del pagamento dei crediti anteriori è un tema piuttosto delicato poiché viene a incidere sul piano della *par condicio creditorum*, architrave della procedura concordataria. Infatti, esso rappresenta una specifica ipotesi di deroga alla parità di trattamento dei creditori concorsuali (contenuta nel divieto posto dall'art. 168), i quali, a condizioni normali, verrebbero soddisfatti secondo le modalità contenute e approvate nel piano e nella proposta. In tal modo, invece, è riconosciuta la possibilità al debitore di soddisfare talune categorie di creditori al di fuori del concorso, per prestazioni di beni e servizi che risultano strategicamente rilevanti ai fini della continuità dell'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Le condizioni richieste dalla legge attengono ad un triplice piano. Innanzitutto, quando si parla di "crediti anteriori" è opportuno tenere distinta tale nozione da quella riportata a proposito dei contratti in corso di esecuzione *ex* art. 169 bis: tali crediti devono riguardare prestazioni eseguite prima della presentazione della domanda di concordato, concernenti situazioni giuridiche che si sono definitivamente cristallizzate in un rapporto di debito/credito⁷⁴. Per i rapporti giuridici pendenti dove le prestazioni non sono ancora state eseguite o completamente eseguite, si ricade nella disciplina dell'art. 169 bis; ove il rapporto proseguisse a seguito della domanda, l'adempimento delle prestazioni nel corso della procedura invece soggiacerebbe al regime degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. Vi è solo un'eccezione ed è l'ipotesi in cui dal

⁷⁴ Trib. Reggio Emilia, 09 agosto 2013, in www.ilcaso.it.

contratto pendente sorgano coppie di prestazioni isolabili sotto il profilo funzionale ed economico (come nei contratti di somministrazione): in questi casi è pacifica l'applicazione della disciplina in esame alle prestazioni fornite ed esauritesi prima della domanda.

Individuati i rapporti ai quali si applica la disciplina, occorre che il fornitore che vanta tali crediti si rifiuti di eseguire le ulteriori prestazioni, nell'ambito di un nuovo contratto da stipulare o di un contratto in corso, se non vengono pagate quelle che egli ha già eseguito anteriormente alla domanda (rischiando così di compromettere la prosecuzione dell'attività d'impresa). Come richiede la legge, le prestazioni del fornitore devono essere essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa, nel senso che non è reperibile un fornitore alternativo a condizioni altrettanto vantaggiose e compatibili con la continuità aziendale.

Ultimo elemento centrale ai fini della disciplina attiene alla funzionalità della suddetta continuità alla migliore soddisfazione dei creditori. Questo criterio è richiamato all'interno anche di altre norme (art. 186 bis, comma 2, lett. b), oppure art. 182 quinquies, comma 1) e sta a dimostrare come, per il legislatore, la prosecuzione dell'attività e le connesse agevolazioni non sono concetti assoluti, ma devono essere prodromiche a rappresentare una soluzione maggiormente conveniente per il ceto creditorio. Spetterà al professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), fare gli opportuni approfondimenti e attestare l'essenzialità di tali prestazioni per la continuità aziendale e la miglior soddisfazione dei creditori.

La richiesta, come dice espressamente la legge, può essere inserita anche all'interno di una domanda di concordato con continuità proposta ai sensi dell'art. 161, comma 6. Tuttavia, nonostante l'espressa previsione, non sono mancate posizioni che hanno escluso l'applicabilità della disciplina *ex art. 182 quinquies*, comma 4, alla domanda di concordato "in bianco": l'obiezione si fonda sempre sul presupposto che prima del deposito del piano definitivo, il Tribunale non può esprimere una valutazione non essendo già configurabile il requisito "concordato

con continuità” cui si ricollega la possibilità di autorizzare il pagamento⁷⁵.

In realtà, già è stata affrontata tale problematica nel paragrafo precedente e la conclusione è stata quella che un’interpretazione del genere non sarebbe in sintonia con la volontà del legislatore, peraltro in questo caso espressa chiaramente nella norma. Vi sono pronunce in cui il Tribunale, col medesimo decreto con cui ha concesso il termine per l’integrazione della domanda “in bianco”, ha autorizzato anche al pagamento dei crediti anteriori alla domanda⁷⁶. Va da sé che il debitore dovrà anticipare un quadro abbastanza preciso riguardo, prima di tutto, la volontà di configurare un concordato con continuità aziendale e, in secondo luogo, l’essenzialità di pagare determinati fornitori per non compromettere tale continuità ed assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. In mancanza di queste informazioni, il professionista non sarà in grado di verificare la reale incidenza della richiesta e non potrà rilasciare alcuna attestazione.

Tale attestazione non è richiesta solamente nell’ipotesi in cui il debitore chieda di essere autorizzato ad effettuare pagamenti con “nuove risorse che gli vengono apportate senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori” (ad esempio, versamenti a fondo perduto). In questi ultimi casi è necessaria solo l’autorizzazione al pagamento da parte del Tribunale sulla base delle informazioni del debitore.

L’autorizzazione al pagamento dovrà riguardare esclusivamente il pagamento di quelle prestazioni riconducibili alle categorie “beni e servizi” indicati nella legge. L’art. 182 quinquies, infatti, deve essere ritenuto come una disciplina specifica dei pagamenti nell’ipotesi di un concordato con continuità aziendale e non potrà essere invocata al di fuori dei presupposti e delle condizioni indicate dalla norma (così, è stata negata l’autorizzazione al pagamento dei dipendenti e della Cassa edile, in quanto detti soggetti non possono qualificarsi come fornitori di beni e

⁷⁵ F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, cit., p. 15;

⁷⁶ Trib. Piacenza, 12 ottobre 2012, in *Crisi d’impresa e continuità aziendale, Le novità del pacchetto sviluppo in materia fallimentare*, materiali del corso di perfezionamento dell’Università di Firenze, 15 e 29 novembre 2012;

servizi nell'ambito di un concordato di natura liquidatoria⁷⁷). Per queste ipotesi, il pagamento dei debiti anteriori potrà avvenire sulla base delle altre norme che disciplinano il compimento degli atti in concordato, spettando al Tribunale o al giudice delegato (a seconda della fase in cui si trova la procedura, art. 161, comma 7 oppure art. 167) la valutazione circa la centralità di detto pagamento rispetto all'interesse dei creditori⁷⁸.

La disciplina dei pagamenti affrontata in questo paragrafo pone degli elementi di attrito con l'ipotesi di affitto d'azienda. In particolare, ammesso che l'affitto (per lo meno successivo alla domanda di concordato) è ritenuto dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza un caso in cui è configurabile un concordato con continuità aziendale, si rende opportuno coniugarlo con l'agevolazione prevista all'art. 182 quinquies, comma 4. Il problema si pone per il fatto che sarebbe problematica la giustificazione del pagamento del debitore, affittante l'azienda, di debiti anteriori verso i propri fornitori strategici, sostanzialmente in favore dell'affittuario, il quale si trova temporaneamente a garantire la continuità dell'impresa. Secondo taluno, il problema non si porrebbe se l'affitto d'azienda venisse considerato in un'ottica prettamente oggettiva, ovvero quale tappa di un percorso di finanziamento in funzione di una ricollocazione dell'impresa competitiva sul mercato, indipendentemente dal fatto se la conduzione avvenga in maniera diretta o indiretta (come nel caso d'affitto) e sempreché le prestazioni siano essenziali per la prosecuzione dell'attività, temporaneamente a cura dell'affittuario, e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori⁷⁹.

Per altri, al contrario, appare difficilmente giustificabile che il debitore in concordato, affittante l'azienda, paghi fornitori strategici per l'affittuario. Benché tale pagamento possa essere in via indiretta a vantaggio della procedura e dei creditori medesimi, tale posizione non ritiene possibile che il concordato debba accollarsi il relativo onere per la soddisfazione preferenziale⁸⁰.

Ultimo aspetto che rimane da affrontare, riguarda la sanzione per le condotte non

⁷⁷ Trib. Modena, 15 dicembre 2012, in www.ilcaso.it;

⁷⁸ Linee-Guida per il finanziamento delle imprese in crisi, Bozza per discussione della seconda edizione – 2014, p. 78;

⁷⁹ A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, cit., p. 199-200;

⁸⁰ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1230;

autorizzate ai sensi dell'art. 182 quinquies, comma 4. La giurisprudenza ha proposto soluzioni interpretative alquanto diverse⁸¹: l'applicazione dell'art. 161, comma 8, che, per la violazione degli obblighi informativi, può portare all'inammissibilità della domanda⁸²; oppure il ricorso alla disciplina dell'art. 173 che comporta la revoca dell'ammissione al concordato a causa del compimento di atti non autorizzati ai sensi dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori; oppure ancora un sapiente utilizzo dell'ultimo periodo *ex art.* 161, comma 6, che può portare il Tribunale a dichiarare improcedibile la domanda.

La prima soluzione, in realtà, non appare la più corretta, in quando la disciplina degli obblighi informativi periodici è funzionale ad assicurare una maggiore trasparenza sull'attività compiuta dal debitore tale, anche, da permettere ai creditori di esprimersi sul piano e sulla proposta definitivi in modo informato. L'art. 182 quinquies, comma 4, invece, sembrerebbe rivolto, nelle intenzioni del legislatore, ad assicurare sia che i pagamenti autorizzati siano esentati, in caso di successivo fallimento, da una revocatoria fallimentare, sia che i soggetti coinvolti restino esonerati dal reato di bancarotta preferenziale, senza mostrare quindi collegamenti con i presupposti di ammissibilità della medesima procedura concorsuale⁸³.

Proprio per questi motivi, la seconda soluzione sembrerebbe essere più coerente con l'ipotesi di un pagamento non autorizzato dal Tribunale, venendo a incidere sul piano della revoca del concordato. Addirittura, alcune pronunce più recenti⁸⁴ hanno cercato di approfondire la violazione del divieto in questione, richiamando la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, tipico delle condotte *ex art.* 173, caratterizzate da "frode in danno dei creditori", per dichiarare l'improcedibilità della domanda ai sensi dell'art. 161, comma 8. Quest'ultimo orientamento sembrerebbe essere anche maggiormente in linea con la posizione sul punto espressa dalla Suprema Corte⁸⁵, la quale configura "abuso dello strumento concordatario laddove emerga la prova che determinati comportamenti

⁸¹ L. A. BOTTAI, *Quale sanzione per la condotta ex art. 182 quinquies, comma 4, l'fall.?*, in *Fallimento*, 2014, 3, p. 301;

⁸² Trib. Milano, 27 giugno 2013, in www.ilcaso.it;

⁸³ Trib. Catania, 18 marzo 2013, in www.ilcaso.it;

⁸⁴ Trib. Roma, 03 ottobre 2013, in www.iusexplorer.it/Giurisprudenza;

⁸⁵ Cass. 23 giugno 2011, n. 13818, in www.ilcaso.it;

depauperativi del patrimonio sono stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte a una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria”.

L’evoluzione in materia, a ben vedere, cerca di ridurre le dichiarazioni di inammissibilità della procedura, limitandola alle ipotesi di effettiva frode delle ragioni dei creditori, muovendosi all’interno di una concezione secondo la quale non tutte le violazioni avrebbero un peso tale da comportare l’interruzione di una procedura che, quantunque, può rappresentare un vantaggio per i creditori. Esistono casi di pagamenti non autorizzati, rispetto ai quali non è rinvenibile una volontà del debitore di frodare le ragioni dei creditori, ma più semplicemente un comportamento “colposo” dovuto a imprudenza nel compimento dell’atto.. In tali ipotesi, i pagamenti, prima di interrompere la procedura, potrebbero essere ricondotti nell’alveo della sanzione dell’inefficacia⁸⁶ sancita dall’art. 167, comma 2 per gli atti di straordinaria amministrazione compiuti, dopo l’ammissione alla procedura, senza l’autorizzazione del giudice delegato.

⁸⁶ L. A. BOTTAI, *Quale sanzione per la condotta ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall.?*, in *Fallimento*, cit., p. 302;

4. PROFILI DI RESPONSABILITÀ DELLA CONDOTTA DEL DEBITORE NELLA FASE INTERINALE

4.1. L'AGGRAVAMENTO DEL DISSESTO *EX ART.* 217, n. 4, A SEGUITO DI DOMANDA “IN BIANCO”, PUÒ ESPORRE IL DEBITORE A RESPONSABILITÀ PENALI?

L'ambito della responsabilità penale dell'imprenditore o dell'amministratore di società, per le condotte tenute durante la predisposizione della proposta e del piano a seguito della proposizione di un concordato “in bianco”, non è stato ancora oggetto di profonde analisi da parte della dottrina.

Eppure esso rappresenta l'altra faccia della medaglia dei tentativi di risoluzione della crisi, potenziati dal legislatore con le riforme degli ultimi anni. È indubbio, infatti, come sia mutato l'approccio nei confronti delle imprese in difficoltà, passando da una visione che per quasi settant'anni ha considerato la crisi come un momento patologico e ha delineato una disciplina che privilegiasse il potere dei creditori di assoggettare a proprio soddisfacimento i beni del debitore (limitando di molto le sue libertà), fino ad arrivare ad una situazione, come quella attuale, dove si sono rovesciati i termini del rapporto, essendo, infatti, riconosciuto al debitore maggiori possibilità di imporre ai creditori un sacrificio delle proprie prerogative (si pensi, appunto, alla possibilità di paralizzare le azioni esecutive e cautelare mediante una domanda “in bianco”).

In questo mutato contesto, diretto a meglio salvaguardare, almeno nelle intenzioni, il valore residuo dell'impresa in crisi e quindi funzionale ad assicurare un miglior soddisfacimento dei creditori, è di pari passo aumentato il rischio, a carico dei creditori stessi, consistente nella sopportazione di esiti infruttuosi delle procedure e soprattutto di eventuali aggravii del patrimonio. È, pertanto, corretto che a maggiori poteri corrispondano maggiori responsabilità⁸⁷, che chiamino l'imprenditore a rispondere dinanzi anche al giudice penale, ogniquale volta i suoi comportamenti e le sue scelte imprenditoriali abbiano cagionato o aggravato la

⁸⁷ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, 6, p. 674;

crisi dell'impresa.

In quest'ultimo capitolo, in particolare, approfondirò il caso del debitore che “ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa”. Questa condotta rappresenta uno dei casi che integra gli estremi del reato di bancarotta semplice, disciplinato all'art. 217, comma 1, n. 4, che punisce con la reclusione da sei mesi a due anni l'imprenditore, dichiarato fallito, che si è comportato nella maniera suddetta. Astenendomi da ogni approfondimento di natura penalistica, poiché estraneo alla linea di questa tesi, cercherò di analizzare se sia configurabile una responsabilità penale per l'aggravamento del dissesto causato dall'imprenditore per aver tentato di risollevare le sorti dell'impresa tramite la proposizione di un concordato “in bianco” e, in caso di risposta positiva, quali regole siano rinvenibili nel diritto concorsuale e nel diritto societario che, se rispettate, lo metterebbero al riparo da eventuali responsabilità penali in caso di esito infruttuoso della procedura.

Occorre fare una preliminare considerazione. La crisi può dipendere da una serie di cause, che possono essere ascrivibili a ipotesi di cattiva gestione da parte di chi amministra l'impresa, ma possono anche derivare da fattori che nulla hanno a che vedere con la condotta dei gestori dell'azienda. In quest'ultimo caso, è evidente che i debitori non potranno essere chiamati a rispondere per il semplice fatto che la procedura non sia andata a buon fine e sia intervenuta la sentenza di fallimento. Sia i percorsi stragiudiziali protetti, sia la procedura di concordato preventivo sono strumenti che non assicurano alcun risultato, ma sono connotati sempre da un'alea di rischio tale da non permettere di individuare, con valutazione *ex ante*, l'esito del tentativo negoziale.

In un ordinamento come il nostro, improntato alla libertà economica e alla libertà gestionale degli amministratori, bisogna, pertanto, distinguere i comportamenti che possono generare responsabilità giuridiche: oggetto di rimproverabilità da parte dei giudici possono essere, infatti, solo quelle violazioni derivanti da norme del diritto, che prescrivono particolari condotte in determinate situazioni, e non anche attività consistenti in valutazioni di tipo imprenditoriale (come potrebbe essere, ad esempio, la scelta di proseguire l'attività d'impresa). Questa posizione viene riassunta in dottrina e giurisprudenza nella formula del *business judgement*

rule e sta, appunto, a significare che le scelte gestionali non sono censurabili nel merito ma solo sul piano della legalità, ove non siano supportate da un'adeguata istruttoria, congruamente motivate e palesemente ragionevoli. Si evince che, nell'ambito della fase interinale, le attività degli amministratori penalmente perseguibili a seguito della dichiarazione di fallimento saranno solo quelle non accompagnate dal rispetto delle regole e delle norme di corretta gestione, anche attinenti all'apparato organizzativo dell'impresa, che l'ordinamento prescrive come vincolanti per quelle determinate operazioni.

Fatta questa considerazione, conviene interpretare il significato dell'art. 217, comma 1, n. 4, alla cui stregua dovranno essere valutate le attività dell'imprenditore. Innanzitutto, la norma è chiara nel subordinare l'operatività della condotta ("È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore che...") alla dichiarazione di fallimento del debitore (non interessa qui se tale dichiarazione rilevi come elemento costitutivo del reato o come condizione obiettiva di punibilità). Senza l'evento fallimentare, la sua condotta non assume rilevanza ai fini del reato di bancarotta e non potrà essere perseguita penalmente.

In secondo luogo, la norma è costruita in modo che presupposto del reato è una condizione di dissesto, aggravata dall'imprenditore per il fatto di non aver richiesto il proprio fallimento oppure con altra grave colpa. Nel primo caso, l'omessa richiesta della dichiarazione del proprio fallimento non potrà essere punita se non in una condizione nella quale possa ritenersi doverosa tale richiesta (deve essere una condizione di una certa gravità). Il secondo caso è costruito in maniera ancor più indeterminata, ma il fatto che l'inciso "altra" segua all'esemplificazione dell'omessa richiesta di fallimento, fa ritenere che saranno rilevanti solo condotte il cui grado di colpa sia commisurabile con il non aver richiesto tempestivamente il fallimento⁸⁸.

Tutto ruota attorno alla definizione di "dissesto", condizione che deve essere esistente già al momento della condotta. Esso è stato definito, in una pronuncia

⁸⁸ D. PULITANÒ, *La bancarotta semplice*, nel *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2013, p. 407;

della Suprema Corte⁸⁹, non tanto come “una condizione di generico disordine dell’attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d’atto dell’impossibilità di proseguire l’attività, può comportare l’aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l’inevitabile insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori”. Il debitore, quindi, deve prendere atto della situazione imprenditoriale dell’impresa tale per cui, in caso di squilibrio progressivo delle passività e dei costi sulle attività e sui ricavi, non ritardi la richiesta di dichiarazione del proprio fallimento, aggravando così il dissesto, per esperire inutili tentativi di soluzione della crisi.

La condotta appena menzionata rileva non solo se è tenuta dall’imprenditore, ma anche dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci e dai liquidatori di società dichiarate fallite in virtù del richiamo dell’art. 217, operato dall’art. 224 l. fall. Ciò significa che a tali soggetti si applicano, come illustrerò meglio tra poco, le medesime pene previste per il reato di bancarotta semplice, se “hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge” durante la fase interinale di un concordato.

⁸⁹ Cass. 25 maggio 2011, n. 32899, in *Giur. it.*, 2012, 3;

4.2. L'ESENZIONE DAI REATI DI BANCAROTTA *EX ART. 217 BIS* NON SI APPLICA ALLE OPERAZIONI COMPIUTE NELLA FASE INTERINALE

Prima di analizzare quali norme possono essere invocate per circoscrivere l'attività dell'imprenditore e individuare gli obblighi ai quali è tenuto per evitare di incorrere in una responsabilità come quella introdotta nel paragrafo precedente, occorre interpretare il tenore dell'art. 217 bis, rubricato "Esenzione dai reati di bancarotta". Tale norma stabilisce che le disposizioni incriminatrici della bancarotta semplice (e della bancarotta preferenziale) "non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'art. 160... nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182 quinquies".

Si tratta di una disciplina, introdotta col D.L. 78/2010 (convertito nella L. 122/2010) e modificata col D.L. 83/2012, dettata, nell'ottica del *favor* legislativo delle riforme degli ultimi anni, per incentivare il ricorso agli strumenti negoziali alternativi al fallimento. Questa esimente penale si affianca alla previsione dell'esenzione dall'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e), degli "atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione del concordato preventivo... nonché degli atti, pagamenti e garanzie legalmente poste in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161".

Queste due norme, secondo la volontà del legislatore, sarebbero servite, ognuna nel suo ambito di competenza, per dare certezza e copertura alle operazioni del debitore (e dei terzi con cui contratta): l'esenzione da revocatoria avrebbe operato rispetto agli atti compiuti dal debitore, dopo il deposito del ricorso o in esecuzione del piano di concordato, nell'eventuale successivo fallimento; l'esimente penale avrebbe assolto da responsabilità penale il debitore per le operazioni compiute in esecuzione di un piano, nell'eventuale successivo fallimento,. Senonché la non perfetta coincidenza tra le due disposizioni ha posto qualche problema interpretativo.

Vediamo quali attività sono ricomprese nell'esimente penale. L'art. 217 bis parla di "pagamenti e operazioni" e non sembrano esserci dubbi circa il fatto che tale

espressione sia idonea a ricomprendere tutte le modalità solutorie del debito e le attività funzionali alla soluzione della crisi (finanziamenti, assunzioni di garanzie, ecc.). Ciò che, invece, rende più difficile l'interpretazione è l'inciso "in esecuzione", nel senso che l'espressione sembra alludere ad un piano che sia stato già presentato e validato, con conseguente esclusione dall'operatività dell'esimente di tutte le condotte strumentali all'ammissione alla procedura e alla successiva approvazione di un concordato preventivo. Mi riferisco anche all'ipotesi di un concordato "in bianco", rispetto al quale un piano ancora non è stato depositato e, ai sensi della legge, tutte le operazioni compiute durante la fase interinale potrebbero comportare una responsabilità penale dell'imprenditore perché suscumbibili nella nozione di condotta dilatoria e, quindi, potenzialmente aggravatrici della situazione di dissesto.

La norma, come precedentemente anticipato, è stata inserita per escludere la punibilità delle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo della crisi al fine di rimuovere i timori dei terzi, che sarebbero venuti a contrattare col debitore, di poter essere chiamati in un secondo momento a rispondere dei reati di bancarotta. Il fatto è che la disposizione sembra non tenere in considerazione tutte quelle condotte prodromiche, e non solo in esecuzione, all'elaborazione di soluzioni per superare la crisi.

Se, pertanto, il senso da attribuirle sembra essere quello di ritenere le operazioni come espressione di un comportamento meramente attuativo di un piano approvato, con esclusione di tutti gli atti non riconducibili ad esso, una parte della dottrina ha sostenuto, tuttavia, che l'inciso "in esecuzione" dovrebbe essere interpretato non in un'accezione cronologica, ma in un'accezione strumentale. In questo modo si potrebbe arrivare a considerare come compiuti in esecuzione di un piano di concordato anche quegli atti prodromici rispetto alla loro approvazione. Questa prospettiva permetterebbe, inoltre, di eliminare quella discontinuità⁹⁰, accennata all'inizio del paragrafo, tra revocabilità sul piano civile e sanzione penale: l'art. 217 bis, infatti, richiama solamente l'art. 67, comma 3, lett. d) (relativo alle operazioni compiute in esecuzione di un piano di risanamento

⁹⁰ M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fallimento*, 2011, 5, p. 525;

attestato), senza prevedere l'esplicita esenzione anche degli altri pagamenti o operazioni non soggette all'azione revocatoria ai sensi delle altre lettere del medesimo articolo, compresa, ai fini del nostro discorso, la lett. e) per gli atti legalmente compiuti "dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161".

Sarebbe, quindi, sul piano della ragionevolezza e sull'unitarietà dell'ordinamento giuridico, il quale non può prevedere come lecite sul piano civile certe operazioni e poi *ex post* perseguirle penalmente in caso di fallimento, che, a detta di questa dottrina, dovrebbe essere superato il mancato riferimento nell'esimente penale a tutte le condotte richiamate nell'esenzione dall'azione revocatoria.

Senonché, un'interpretazione del genere, per quanto sia identica la *ratio* sottostante alle operazioni prodromiche ad un tentativo di salvataggio dell'impresa e quelle attuative di un preciso piano omologato dal Tribunale, deve fare i conti con la considerazione che nella legge fallimentare sono contemplate due norme, l'art. 182 quater e l'art. 182 quinquies, le quali prevedono, con riguardo alla prededucibilità dei crediti, rispettivamente, che tale trattamento possa essere accordato ai finanziamenti concessi in funzione dell'accesso alla procedura e a quelli autorizzati nella fase interinale. Il fatto che siano state espressamente previste ipotesi in cui è riconosciuta rilevanza a condotte prodromiche all'accesso in procedura, sembrerebbe far propendere per un'interpretazione restrittiva dell'inciso "in esecuzione" di cui all'art. 217 bis, in quanto il legislatore, se avesse voluto estendere l'esimente anche alle condotte prodromiche ad un tentativo di salvataggio dell'impresa, lo avrebbe previsto proprio come avvenuto per la prededucibilità dei crediti nelle due norme richiamate.

4.3. DOVERI GIURIDICI E REGOLE DI CONDOTTA RIPRESE DAL CODICE CIVILE

Accertato che il concordato “in bianco” (con le conseguenti operazioni compiute prima dell’ammissione alla procedura) è uno strumento che, ai sensi dell’art. 217 bis, non assicura alcuna attenuazione della responsabilità penale del debitore che, ritardando la dichiarazione di fallimento, abbia aggravato il dissesto, diviene essenziale valutare se nel diritto civile e in quello fallimentare esistono norme e regole di buona condotta che, qualora siano rispettate, ancorché intervenga la dichiarazione di fallimento, mitigano la responsabilità dell’imprenditore o degli amministratori.

Può essere utile iniziare l’analisi dalle regole generali che disciplinano i compiti e i doveri degli amministratori di una società di capitali, per vedere se è possibile ricavare principi e condotte da applicare a tutti i soggetti che accedono alla procedura di concordato.

Due obblighi giuridici che gli amministratori di una società per azioni devono senza indugio assolvere, in una situazione di crisi, sono quelli indicati agli art. 2485 e 2486 c.c.: rispettivamente, consistono nel dovere di accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e provvedere alle relative pubblicità e nell’obbligo, al verificarsi di una causa di scioglimento, di gestire la società “ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale”, pena, in entrambi i casi, la responsabilità degli stessi verso la società, i soci, i terzi e i creditori sociali.

L’art. 2486 c.c., in particolare, è richiamato al comma 2 dell’art. 182 sexies, il quale, nel dettare al primo comma la sospensione degli obblighi civilistici inerenti alla riduzione del capitale per perdite, ne mantiene ferma l’operatività “per il periodo anteriore al deposito delle domande...di cui al primo comma” (domanda di concordato preventivo, anche “in bianco”). Tuttavia, questa previsione non deve essere intesa nel senso che, dal deposito della domanda fino all’omologazione, l’impresa debba essere gestita secondo i canoni fisiologici, diretti alla massimizzazione del profitto dell’attività; al contrario, anche in tale fase deve essere condotta in maniera prudente, secondo le linee del piano e della

proposta che saranno elaborati e sotto la vigilanza del Tribunale.

La gestione conservativa del patrimonio deve essere assicurata, quindi, in tutte le situazioni in cui si verificano cause di scioglimento della società poiché incidono sulla prosecuzione dell'attività d'impresa, e, di conseguenza, è corretto che vengano limitati i poteri degli amministratori, i quali possono essere esercitati solo per fini conservativi. Al pari di una causa di scioglimento, anche lo stato di crisi sarebbe una condizione che mette in dubbio la continuità aziendale e, pertanto, il potere del debitore di ricorrere ad uno strumento negoziale (nel nostro caso una domanda di concordato "in bianco") dovrebbe essere opportunamente valutato in ragione della sua idoneità ad assicurare tale obiettivo ⁹¹. Lo strumento concordatario è, infatti, in grado di assicurare una tutela dell'integrità del patrimonio (si pensi al blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori fin dal deposito della domanda nel registro delle imprese), ma può essere anche fonte di aggravamento dello stesso tramite l'emersione di costi, peraltro prededucibili. È quindi opportuno esaminare regole di condotta che gravano sugli amministratori rispetto ad una situazione di crisi e che possono condizionare la volontà di presentare una domanda "in bianco".

Il nostro ordinamento non contiene una norma che preveda l'obbligo per gli amministratori, e più in generale per chi gestisce un'impresa, di farlo secondo criteri di correttezza imprenditoriale. Tuttavia, l'art. 2497 c.c. sancisce una sanzione per l'inosservanza di questi precetti, il che fa assurgere ad una loro rilevanza a livello generale nel sistema. La norma, infatti, dispone la responsabilità diretta della società o degli enti, verso i soci e i creditori della società diretta, che, esercitando attività di direzione e coordinamento su altra società, agiscono "in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime". Sebbene dettata nell'ambito dei gruppi di società, i principi richiamati dalla norma sembrano, più in generale, discendere dal sistema e poter essere invocati quale limite per tutti i soggetti che sono chiamati a gestire un'impresa, e non solo nelle ipotesi di direzione e

⁹¹ A. DI PASQUALE, *Consiglio di amministrazione: i doveri di comportamento verso soci e creditori*, in *Le novità in materia di concordato preventivo*. Atti del Convegno (Firenze, 22 gennaio- 6 febbraio 2014), p. I-5;

coordinamento di società⁹².

Uno di questi potrebbe essere rappresentato proprio da quello dettato dall'art. 2381 c.c., comma 5, che richiede agli organi delegati di un consiglio di amministrazione di s.p.a. (amministratori delegati o comitato esecutivo), di curare che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa". L'importanza di questa previsione risiede nel fatto che la predisposizione di un apparato organizzativo, amministrativo e contabile è funzionale a far sì che all'interno dell'azienda tutte le operazioni e tutte le decisioni vengano assunte in maniera informata (stante la previsione all'ultimo comma in base alla quale "gli amministratori sono tenuti ad agire in maniera informata"). L'obiettivo è di assicurare un flusso informativo verso il consiglio di amministrazione, il quale sarà chiamato a prendere le decisioni dell'impresa, in modo che tanto più questo flusso sarà completo, tanto più il consiglio sarà in grado di motivare le delibere e decidere in modo ragionevole riguardo al contesto in cui si trova l'azienda.

Tuttavia, anche rispetto ai casi in cui non siano presenti un consiglio di amministrazione od organi delegati o non sia previsto un obbligo come quello suddetto, si può ritenere che sarà onere di chi gestisce l'azienda quello di dotarla di un apparato adeguato alla sua natura e alle sue dimensioni, perché esso sarà allo stesso modo in grado di assicurare un flusso informativo che potrebbe risultare decisivo ai fini di una successiva attenuazione della responsabilità penale. Questo dovere, quindi, imposto agli amministratori di una s.p.a., potrebbe essere assunto a livello di principio generale, poiché funzionale a rappresentare una regola di buona condotta per qualunque soggetto gestisca un'impresa.

Anche rispetto alla decisione di presentare una domanda di concordato "in bianco", la predisposizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile è in grado di garantire una serie di informazioni che potranno risultare fondamentali per l'esercizio dei poteri degli amministratori.

In particolare, l'impresa deve dotarsi di un sistema organizzativo che le consenta di venire tempestivamente a conoscenza dell'avvicinarsi di uno stato di crisi o di

⁹² A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, nel *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 829;

uno squilibrio finanziario idoneo a sfociare nell'insolvenza, così da valutare, sulla base delle informazioni ricevute, l'emersione di eventuali clausole di scioglimento e l'opportunità di proseguire l'attività. In tale contesto, il consiglio d'amministrazione dovrebbe essere in grado di ponderare quale sia la migliore soluzione tra richiedere il fallimento dell'impresa o intraprendere uno dei percorsi alternativi suggeriti dalla legge. Una posizione estrema ritiene che la decisione di seguire immediatamente la via fallimentare per l'azienda in crisi, non eliminerebbe del tutto un'eventuale responsabilità del consiglio se, successivamente, venisse dimostrato che una diversa scelta avrebbe potuto assicurare una migliore soddisfazione dei creditori. Anche non volendo aderire a una posizione di tal genere, emerge subito da queste prime considerazioni quanto sia essenziale l'assunzione delle informazioni e la corretta interpretazione delle conseguenze delle scelte già al momento della valutazione se sia più opportuno richiedere il fallimento dell'impresa o seguire un percorso diverso.

Se gli amministratori decidono per uno strumento alternativo al fallimento, occorrerà valutare quale sia il più idoneo per la situazione in concreto. E qualora la scelta ricada su un concordato "in bianco", gli amministratori dovranno attivarsi per individuare la strada migliore che dovrà seguire il concordato, poiché un'eventuale inerzia del consiglio, durante il termine concesso dal Tribunale, tale da rendere l'idea di non aver sufficientemente chiaro il e quale percorso da affrontare, potrebbe far emergere dei profili di responsabilità: pertanto, dovranno essere analizzate le modalità in base alle quali verrà configurato il piano, se liquidatorio o con continuità, oppure se può disporsi la liquidazione dei beni non più strumentali all'esercizio dell'impresa, oppure ancora se può essere presentata una domanda di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Riassumendo, il dovere giuridico disposto dall'art. 2381 c.c., comma 5, e assunto a livello di principio generale anche per quelle ipotesi non direttamente richiamate, è funzionale ad assicurare un obbligo di condotta e non di risultato per gli amministratori. Le loro scelte saranno fonte di responsabilità giuridica non perché abbiano provocato o concorso ad aggravare una situazione di crisi, ma perché siano riconducibili ad un difetto di organizzazione dell'impresa. Nel paragrafo 4.1. ho parlato di come non siano sindacabili da parte del giudice penale

le valutazioni di natura imprenditoriale di coloro che gestiscono un'impresa – *business judgement rule*-, anche qualora abbiano esiti negativi, a patto però che siano supportate da un'adeguata istruttoria, palesemente motivate e congruamente ragionevoli. Così, la scelta di proporre un concordato “in bianco” non genererà responsabilità per il semplice fatto che, a causa dell'esito negativo (poiché, ad esempio, l'accordo non è stato approvato dai creditori o omologato dal Tribunale) e dell'intervenuta dichiarazione di fallimento, abbia concorso ad aggravare il dissesto, ma perché l'insuccesso potrebbe essere ascrivibile ad una inadeguatezza dell'apparato organizzativo che, se correttamente predisposto in base alle dimensioni e alla natura dell'impresa, avrebbe garantito un flusso informativo tale da far ritenere che gli amministratori avrebbero deciso in maniera diversa.

L'obbligo in questione, in definitiva, serve agli amministratori a prendere decisioni ragionevoli rispetto alla situazione in cui versa l'impresa, sulla base di informazioni adeguate e tali da permetterne l'assunzione seguendo delle congrue motivazioni. Non si può gestire un'azienda, ancorché in crisi, e non lasciare adeguato spazio alle libertà gestionali e imprenditoriali; la legge deve vigilare affinché, rispetto alle condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie, le decisioni che vengono prese siano coerenti e ragionevoli rispetto al contesto, ma non è detto che siano le più giuste posto che sarebbe impossibile determinare a priori una lista di prestazioni da compiere. Se tali criteri vengono rispettati per ogni processo decisionale, a patto che non siano violate altre regole di condotta, non sembrano esserci margini per configurare una responsabilità penale ai sensi dell'art. 217, comma 4, in capo a chi gestisce un'impresa, visto che –giova ripeterlo- la domanda di concordato (anche “in bianco”), e gli strumenti alternativi al fallimento in generale, presentano un'alea di rischio per cui non è possibile garantirne *ex ante* gli esiti positivi. E proprio per questo motivo, non possono generare responsabilità per il loro semplice insuccesso.

4.4. REGOLE DI CONDOTTA RINVENIBILI NELLA LEGGE FALLIMENTARE

Alcune regole di condotta sono dettate direttamente nella legge fallimentare e, proprio con riguardo alla fase interinale di un concordato “in bianco”, sono indicate all’art. 161, comma 7. Già ho approfondito tale norma nel primo capitolo, quando è stato affrontato il tema degli atti compiuti nella fase gestoria. Tuttavia, anche ai fini dell’individuazione di regole che pongono obblighi di comportamento a carico dell’imprenditore, che se violate possono generare una responsabilità penale in caso di successivo fallimento, è possibile permettere trarre considerazioni importanti.

Partendo dagli atti di straordinaria amministrazione, la legge dispone che possano essere compiuti solo se urgenti e previa autorizzazione del Tribunale. Ne segue che l’imprenditore dovrà attenersi al rispetto di questa regola di condotta se non vuole incorrere in conseguenze negative sia durante la procedura che dopo la sua chiusura. Infatti, un’operazione di straordinaria amministrazione, se compiuta senza la necessaria autorizzazione del Tribunale, oltre a dar luogo all’inammissibilità della domanda (se avvenuta dopo il deposito del ricorso) o alla revoca dell’ammissione al concordato (se avvenuta dopo l’ammissione alla procedura), può far emergere una responsabilità penale nel successivo fallimento, qualora abbia comportato un aggravamento del dissesto. È evidente, però, che il controllo operato dai giudici è tale per cui, nell’ipotesi sia rilasciata l’autorizzazione al compimento e l’imprenditore abbia compiuto l’atto secondo le modalità autorizzate, non sarà ammissibile un successivo sindacato da parte del giudice penale, con valutazione *ex ante*, circa l’idoneità dell’operazione a garantire i creditori. Sarebbe contraddittorio che la medesima operazione fosse prima autorizzata e poi perseguita. Pertanto, è da ritenere che per gli atti di straordinaria amministrazione l’autorizzazione del Tribunale valga ad escludere qualsiasi responsabilità penale che potrebbe essere addebitata all’imprenditore, sempreché, è evidente, non siano false le informazioni che l’imprenditore ha fornito.

Le medesime considerazioni non possono essere fatte rispetto agli atti di ordinaria

amministrazione. Essi, infatti, diversamente dagli altri, possono essere compiuti liberamente dall'imprenditore, senza la necessità di alcuna autorizzazione da parte dei giudici e danno origine, allo stesso modo, a costi prededucibili. Emerge allora come sia più difficile individuare obblighi di condotta che possano orientare il compimento di atti per i quali non è previsto alcun vaglio del Tribunale e nessun aiuto potrebbe trarsi dal piano concordatario, visto che ancora non è stato depositato (se vi fosse, opererebbe l'art. 217 bis). In effetti, l'esistenza di un piano definitivo assumerebbe una rilevanza centrale, posto che sulla veridicità dei dati aziendali e sulla sua fattibilità sarebbe chiamato a esprimere la propria attestazione il professionista indipendente ai sensi dell'art. 161, comma 3; e, di conseguenza, la gestione dell'impresa da parte dell'imprenditore dovrebbe essere condotta secondo le previsioni in esso riportate.

Tuttavia, il ruolo del professionista e delle sue attestazioni assume centralità rispetto a quelle operazioni per le quali la legge prevede espressamente l'intervento di un esperto che presenta i requisiti d'indipendenza, i quali, attraverso una serie di rimandi, sono indicati all'art. 67, comma 3, lett. d): si pensi alla relazione che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano è funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori ai sensi dell'art. 186 bis; oppure alla relazione, in caso di concordato con continuità aziendale, della conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento in relazione alla continuazione o all'assegnazione di contratti pubblici *ex art.* 186 bis, comma 4; oppure ancora, alle attestazioni della funzionalità dei finanziamenti e dei pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182 quinquies, commi 1 e 4).

Tale ruolo è stato ritenuto così importante dal legislatore che è stato affiancato da una disciplina penalistica piuttosto forte. Ai sensi dell'art. 236 bis, il professionista che nelle attestazioni suddette "espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro". Da tutto ciò, si può ricavare che rispetto a quelle attività per cui il professionista è voluto dal legislatore come garante della correttezza della singola operazione, anch'egli sopporterà il rischio penale (dell'aggravamento del dissesto causato dal compimento di un atto

attestato) se complice dell'imprenditore o se abbia compiuto errori nella valutazione. Al contrario, se esegue le sue relazioni con l'indipendenza e l'imparzialità richieste, anche il debitore trarrà giovamento dalle stesse nel caso fosse dimostrato nel successivo fallimento che le operazioni oggetto di attestazione hanno causato un aggravamento del dissesto, in quanto non potrebbe essere chiamato a rispondere del reato di bancarotta semplice se si è attenuto alle valutazioni del professionista e questi non abbia commesso errori perché indotto in inganno⁹³.

Questioni più delicate, come avevo anticipato prima, si pongono con riguardo a tutte quelle attività non riconducibili all'alveo della straordinaria amministrazione o che non rientrano nelle ipotesi in cui è previsto l'intervento di un esperto. Se è corretta la considerazione secondo la quale gli atti in grado di incidere maggiormente sul patrimonio e idonei ad aggravarne le condizioni (pagamenti di debiti anteriori, finanziamenti, atti di straordinaria amministrazione, ecc.) sono già oggetto di apposite disposizioni, per cui il debitore che si attiene alle condotte prescritte dalle norme (richiesta di autorizzazione al Tribunale, attestazione del professionista, conformità tra atto di esecuzione e piano) può evitare o, quantomeno, attenuare un'eventuale responsabilità giuridica, tuttavia per tutte le altre attività, ascrivibili all'ordinaria amministrazione, l'imprenditore dovrà assumere un atteggiamento ancor più prudente. Egli, infatti, dovrà limitarsi a compiere quei soli atti funzionali al mantenimento della continuità aziendale, oppure, se essa si rivela dannosa per i creditori, quelli idonei a conservare l'integrità del patrimonio in vista della sua liquidazione.

Altro obbligo di comportamento è quello fissato dall'art. 161, comma 8, consistente nel deposito da parte del debitore di una situazione finanziaria dell'impresa, da pubblicare nel registro delle imprese a cura del cancelliere. La violazione di questa prescrizione, oltre a determinare l'inammissibilità della proposta concordataria, può originare anche una responsabilità per i danni subiti dai creditori a causa del ritardo nella dichiarazione di fallimento. Tali obblighi informativi, infatti, abbiamo già visto essere funzionali a rendere trasparenti le

⁹³ R. BRICCHETTI, *Soluzioni concordatarie delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Società*, 2013, 6, p. 691;

condizioni finanziarie dell'impresa in una fase, come quella interinale, dove i creditori non hanno alcuna possibilità di far valere le loro ragioni (a meno che non sia il Tribunale a disporre la loro audizione ai sensi dell'art. 161, comma 8, ultimo periodo), stante il blocco delle azioni esecutive e cautelari disposto dall'art. 168. Tale forma di pubblicità serve a tenerli aggiornati sulla situazione finanziaria e sullo stato di avanzamento del piano e della proposta, in modo che, tramite il Tribunale, sia costantemente monitorata la funzionalità del tentativo concordatario a perseguire il soddisfacimento dei creditori e non costituisca, invece, un espediente per ritardare la dichiarazione di fallimento.

4.5. IL CRITERIO DELLA MIGLIORE SODDISFAZIONE DEI CREDITORI PUÒ RAPPRESENTARE UN PARAMETRO GENERALE DI VALUTAZIONE DELLA CONDOTTA DEL DEBITORE?

Affrontate le regole di condotta che dettano determinati comportamenti agli imprenditori o amministratori, si pone il successivo quesito se proprio quella “migliore soddisfazione dei creditori”, richiamata più volte nelle norme, possa assurgere a criterio generale di responsabilità durante la fase di un concordato “in bianco”.

Quelle poche disposizioni, infatti, attinenti espressamente alla fase preconcordataria (dal compimento degli atti alla disciplina dei rapporti pendenti, dal concordato con continuità aziendale alle norme sui finanziamenti interinali), se correttamente approfondite, conducono alla conclusione che la gestione dell’impresa, prima dell’ammissione alla procedura, debba avvenire non tanto nell’interesse di altri, ma in modo che non arrechi danno agli altri⁹⁴: aspetto centrale è quello per cui i gestori dell’impresa, nella fase interinale, non devono avventurarsi in operazioni o attività rischiose per cercare di risollevarne le sorti o aumentare la capienza del patrimonio, ma solo di condurre una gestione conservativa del patrimonio, il quale rappresenta l’unica garanzia per i creditori.

In definitiva, all’imprenditore che presenta una domanda “in bianco”, la legge richiede semplicemente che, prima dell’ammissione alla procedura, l’azienda venga gestita in maniera prudente così da non aggravare le condizioni del patrimonio, nel termine che vengono delineate le linee del piano e della proposta, successivamente oggetto di valutazione del Tribunale (che esprimerà un giudizio sulla fattibilità giuridica) e dei creditori (chiamati ad esprimersi sulla convenienza economica della proposta), in base alle quali, allora sì, verrà valutata se la soluzione è nell’interesse dei creditori.

Così delineata la situazione, non è da escludere come il criterio della migliore

⁹⁴ S. CASONATO, *Problemi della pratica. La gestione dell’impresa nel concordato preventivo con riserva: tra cura e accanimento terapeutico*, in *Dir. Fall.*, 2014, 5, p. 577;

soddisfazione dei creditori possa rappresentare un parametro di valutazione della condotta degli amministratori ai fini del sorgere di eventuali responsabilità. Ciò che rileva, tuttavia, è come tale criterio si atterrebbe a seconda delle diverse fasi in cui si articola la procedura di concordato.

È necessario fare due preliminari considerazioni. Innanzitutto, è sempre opportuno tenere presente che la sindacabilità delle decisioni del consiglio d'amministrazione possa avvenire solo sul piano della legalità, e non del merito, così da non restringere il campo della libera iniziativa economica e della libertà delle scelte imprenditoriali. Questo perché l'esito negativo di qualsiasi decisione e di qualunque procedura non può costituire l'evento decisivo per far scaturire responsabilità giuridiche, dovendo queste, invece, dipendere dalla violazione delle regole di condotta e dagli obblighi previsti in un determinato contesto. Ne segue che il giudice (penale o civile) chiamato a pronunciarsi *ex post* sull'aggravamento del dissesto, causato da alcune decisioni del consiglio, dovrà farlo sulla base di valutazioni *ex ante*, analizzando se nel caso di specie si sarebbe potuto assumere una decisione meno pregiudizievole per i creditori rispettando e applicando quanto imponevano le norme di condotta per quella particolare situazione.

In secondo luogo, il criterio della migliore soddisfazione dei creditori, all'atto pratico, implica delle valutazioni che non sono così semplici come potrebbero apparire. Un'impresa che accede ad un concordato, normalmente, versa in una situazione in cui i costi superano i ricavi di esercizio e la prosecuzione dell'attività potrebbe depauperare ulteriormente il patrimonio. In questi casi, che rappresentano la maggior parte delle ipotesi, l'interesse dei creditori è tutelato arrestando necessariamente l'attività oppure possono venire in rilievo anche altre considerazioni, come i maggiori costi, a causa delle penali di contratti che devono essere ultimati, e il mancato incasso dei relativi ricavi, che deriverebbero dall'interruzione dell'attività? Qual è il minor pregiudizio per il patrimonio e, quindi, per la garanzia dei creditori? L'arresto delle attività e la liquidazione dei beni all'interno della procedura oppure la gestione di un'impresa in perdita?

Si tratta di considerazioni non semplici che gli amministratori dovranno assolvere con la ragionevolezza, la cautela e le informazioni derivanti dalle specifiche norme di condotta dettate in ogni situazione.

La “migliore soddisfazione dei creditori” si sostanzia in un giudizio di convenienza economica⁹⁵ sul piano e la proposta che deve essere effettuato, comprensibilmente, dai creditori stessi: una valutazione che comprende le modalità di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, inserite dal debitore nella proposta. Nella fase antecedente all’ammissione alla procedura, però, essi non hanno possibilità di esprimersi; possono farlo solamente nella fase successiva tramite le dichiarazioni di voto. Pertanto, sarà il Tribunale, tramite la pronuncia sulle richieste alle autorizzazioni presentate dal debitore (al compimento di atti di straordinaria amministrazione, alla sospensione o allo scioglimento dei rapporti in corso di esecuzione, all’assunzione di nuovi finanziamenti, ecc.), a operare un controllo di legalità dell’atto rispetto alla miglior soddisfazione dei creditori, criterio che fino all’ammissione alla procedura consisterà più in una conservazione dell’integrità del patrimonio piuttosto che in una conduzione vera e propria nell’interesse dei creditori.

Così argomentando, sarebbe giustificato l’intero impianto procedimentale previsto dalla legge. Infatti, posto che solamente i creditori possono esprimersi sulla convenienza economica della proposta, ne deriva che ciò sarebbe possibile solo quando un piano e una proposta sono stati elaborati. È in quel momento, quando si conosceranno le modalità e i tempi di soddisfazione, che sarà effettivamente possibile valutare se il tentativo concordatario possa essere definito dai creditori nel loro interesse. Prima di quel momento, non essendo stati delineati i caratteri definitivi della soluzione, il criterio della migliore soddisfazione dei creditori, invece, coincide piuttosto con una gestione che eviti di arrecare ulteriore danno e preservi il patrimonio, nell’attesa che siano elaborati i piani definitivi sui quali si esprimeranno i creditori.

Riassumendo, tale criterio potrebbe essere assurgere ad ulteriore parametro di valutazione della responsabilità degli amministratori, coincidendo questa “migliore soddisfazione dei creditori”, nella fase precedente all’ammissione alla procedura, con l’obiettivo di evitare di aggravare ulteriormente le condizioni del patrimonio, mentre nella fase successiva all’ammissione, quando sono stati delineati il piano e la proposta definitivi, con l’interesse vero e proprio ad essere

⁹⁵ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.ilcaso.it;

soddisfatti in maniera maggiore rispetto a qualsiasi altra soluzione.

4.6. RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE DEI GESTORI: IN CHE COSA CONSISTE?

Il concetto di crisi esprime un disvalore, i cui effetti sono percepibili da vari soggetti. Esso rappresenta un evento negativo che può far parte della vita di un'impresa, ma non deve essere affrontato da parte dell'imprenditore (e del legislatore) come un evento patologico al quale deve necessariamente seguire la chiusura dell'azienda. Essa, ancorché in crisi, può essere dotata di valori rispetto ai quali la prosecuzione dell'attività costituisce l'unico modo per preservarli, sia nell'ottica di una continuazione aziendale che in quella di una migliore soddisfazione dei creditori. Anche quest'ultimi, infatti, percepiscono gli effetti di una situazione di crisi e, a causa di questa, temono per la condizione di incertezza in cui vengono a trovarsi i relativi diritti di credito.

Per questi motivi il legislatore è passato da una concezione "negativa" dell'insolvenza, basata essenzialmente sull'espulsione delle aziende insolventi dal mercato e sulle pesanti conseguenze personali dell'imprenditore dichiarato fallito, a una concezione diretta invece a valorizzare le potenzialità intrinseche delle imprese ancorché in crisi.

In questo nuovo contesto sono stati introdotti strumenti funzionali a far emergere lo stato di crisi e a elaborare soluzioni, basate sull'autonomia privata di debitore e creditori, alternative a quella prettamente fallimentare.

Il concordato "in bianco" è l'istituto, tra quelli previsti dalla legge fallimentare, che più di tutti è idoneo a far emergere lo stato di crisi, dato il mantenimento in capo all'imprenditore della gestione aziendale e la facilità con la quale è possibile ottenere il blocco delle azioni esecutive e cautelari; e, allo stesso tempo, ad assicurare la riorganizzazione dell'impresa tramite accordi tra debitore e creditori, vista la libertà nel configurare il piano e la proposta.

Tuttavia, gestire un'impresa nella fase precedente all'ammissione alla procedura è un'attività che richiede maggiore prudenza e cautela rispetto all'ipotesi in cui sia immediatamente presentata tutta la documentazione richiesta dall'art. 161. La delicatezza deriva dal fatto che, da un lato, i poteri dei creditori sono paralizzati

per un termine abbastanza lungo (fino a 180 giorni è il termine massimo che può essere concesso per la presentazione di piano e proposta) e, dall'altro, la gestione dell'azienda può comportare l'insorgere di costi prededucibili che aggravano il patrimonio.

La legge fallimentare non prevede una disciplina analitica degli atti che possono o non possono essere compiuti in tale fase, ma richiede una serie di autorizzazioni del Tribunale per le operazioni che sono maggiormente in grado di incidere -in negativo- sulle condizioni del patrimonio. Questa impostazione, criticata da coloro che vorrebbero una normativa più incisiva, in realtà è funzionale a regolare solo quelle attività che possono pregiudicare i diritti dei creditori a causa dell'aggravamento del dissesto (atti di straordinaria amministrazione, scioglimento di rapporti pendenti, assunzione di nuova finanza), lasciando invece all'autonomia del debitore il compimento delle operazioni non contemplate dalle norme, in linea con la previsione che è pur sempre l'imprenditore a gestire la società nella fase di (pre)concordato, non attuandosi alcuna sorta di spossessamento come avviene nel fallimento.

A questa maggiore libertà corrisponde una maggiore responsabilità. Per i motivi suddetti, le condotte degli amministratori devono comunque essere improntate al rispetto delle norme e del criterio di una maggiore prudenza, altrimenti le conseguenze negative delle proprie scelte, riverberatesi sul patrimonio, faranno emergere profili di responsabilità penale ed extracontrattuale nel susseguente fallimento dell'impresa.

Maggiormente analitica e vantaggiosa è la disciplina della continuità aziendale. Espressione del *favor* legislativo quale strumento per una migliore soddisfazione dei creditori, la prosecuzione dell'attività di impresa è circondata da una serie di agevolazioni idonee ad incentivare la buona riuscita della soluzione concordataria che l'imprenditore, tramite il mantenimento dell'azienda in attività, cerchi di elaborare.

L'ampio ricorso al concordato "in bianco" dal momento della sua introduzione, rinvenibile nella maggior parte dei casi, secondo alcuni, nella relativa facilità con cui è possibile paralizzare le richieste dei creditori e ritardare la dichiarazione di fallimento, è in ogni caso da ammettere con favore, posta la cristallizzazione della

massa e la retrodatazione dei termini per l'esperimento dell'azione revocatoria che comporta. Non è certamente da escludere che l'istituto possa essere utilizzato per finalità dilatorie rispetto a quelle per cui è stato introdotto, ma i recenti interventi correttivi, che hanno previsto la possibilità di nominare il commissario giudiziale già in tale fase e disposto obblighi informativi a carico dell'imprenditore sulla situazione finanziaria della società, hanno limitato questi possibili utilizzi distorti. Ciò che piuttosto il legislatore dovrebbe valutare è la possibilità di favorire ancor di più l'emersione anticipata della crisi. I dati fino a novembre 2013 (Osservatorio CervedGroup) accertavano che solo circa il 36% delle domande "in bianco" sia stata seguita da un concordato preventivo omologato o sia sfociato in un accordo di ristrutturazione dei debiti; mentre negli ultimi mesi sono tornati a salire i fallimenti. Questi dati potrebbero essere migliorati se fossero riconosciute ulteriori modalità per far emergere la crisi. Molto spesso, infatti, l'imprenditore accede alla procedura quando le condizioni dell'impresa sono già gravi e, di conseguenza, i margini per trovare una soluzione alternativa al fallimento non sono molti.

La tradizione giuridica del nostro Paese è probabilmente ancora affine ad una disciplina che per settant'anni ha considerato il fallimento come un momento patologico della vita delle società e gli imprenditori hanno sempre cercato di ritardare fin quando possibile l'emersione della crisi. Se tuttavia di recente è mutato l'approccio legislativo, tempi maggiori occorreranno per cambiare l'approccio da parte degli imprenditori stessi. Per accelerare questo processo, accanto a una disciplina premiale come quella analizzata, potrebbe essere inserita la previsione, come nel contesto americano, che siano i creditori in determinati casi ad attivare la procedura, comportando il passaggio dell'amministrazione dell'impresa ad un *Trustee*. In questo modo, l'eventualità che il ritardo nel ricorrere al concordato possa comportare l'iniziativa di terzi e lo spossessamento del patrimonio potrebbe incentivare gli imprenditori ad anticipare l'emersione dello stato di crisi.

CONCLUSIONI.

Il concetto di crisi esprime un disvalore, i cui effetti sono percepibili da vari soggetti. Esso rappresenta un evento negativo che può far parte della vita di un'impresa, ma non deve essere affrontato da parte dell'imprenditore (e del legislatore) come un evento patologico al quale deve necessariamente seguire la chiusura dell'azienda. Essa, ancorché in crisi, può essere dotata di valori rispetto ai quali la prosecuzione dell'attività costituisce l'unico modo per preservarli, sia nell'ottica di una continuazione aziendale che in quella di una migliore soddisfazione dei creditori. Anche quest'ultimi, infatti, percepiscono gli effetti di una situazione di crisi e, a causa di questa, temono per la condizione di incertezza in cui vengono a trovarsi i relativi diritti di credito.

Per questi motivi il legislatore è passato da una concezione "negativa" dell'insolvenza, basata essenzialmente sull'espulsione delle aziende insolventi dal mercato e sulle pesanti conseguenze personali dell'imprenditore dichiarato fallito, a una concezione diretta invece a valorizzare le potenzialità intrinseche delle imprese ancorché in crisi.

In questo nuovo contesto sono stati introdotti strumenti funzionali a far emergere lo stato di crisi e a elaborare soluzioni, basate sull'autonomia privata di debitore e creditori, alternative a quella prettamente fallimentare.

Il concordato "in bianco" è l'istituto, tra quelli previsti dalla legge fallimentare, che più di tutti è idoneo a far emergere lo stato di crisi, dato il mantenimento in capo all'imprenditore della gestione aziendale e la facilità con la quale è possibile ottenere il blocco delle azioni esecutive e cautelari; e, allo stesso tempo, ad assicurare la riorganizzazione dell'impresa tramite accordi tra debitore e creditori, vista la libertà nel configurare il piano e la proposta.

Tuttavia, gestire un'impresa nella fase precedente all'ammissione alla procedura è un'attività che richiede maggiore prudenza e cautela rispetto all'ipotesi in cui sia immediatamente presentata tutta la documentazione richiesta dall'art. 161. La delicatezza deriva dal fatto che, da un lato, i poteri dei creditori sono paralizzati per un termine abbastanza lungo (fino a 180 giorni è il termine massimo che può essere concesso per la presentazione di piano e proposta) e, dall'altro, la gestione

dell'azienda può comportare l'insorgere di costi prededucibili che aggravano il patrimonio.

La legge fallimentare non prevede una disciplina analitica degli atti che possono o non possono essere compiuti in tale fase, ma richiede una serie di autorizzazioni del Tribunale per le operazioni che sono maggiormente in grado di incidere -in negativo- sulle condizioni del patrimonio. Questa impostazione, criticata da coloro che vorrebbero una normativa più incisiva, in realtà è funzionale a regolare solo quelle attività che possono pregiudicare i diritti dei creditori a causa dell'aggravamento del dissesto (atti di straordinaria amministrazione, scioglimento di rapporti pendenti, assunzione di nuova finanza), lasciando invece all'autonomia del debitore il compimento delle operazioni non contemplate dalle norme, in linea con la previsione che è pur sempre l'imprenditore a gestire la società nella fase di (pre)concordato, non attuandosi alcuna sorta di spossessamento come avviene nel fallimento.

A questa maggiore libertà corrisponde una maggiore responsabilità. Per i motivi suddetti, le condotte degli amministratori devono comunque essere improntate al rispetto delle norme e del criterio di una maggiore prudenza, altrimenti le conseguenze negative delle proprie scelte, riverberatesi sul patrimonio, faranno emergere profili di responsabilità penale ed extracontrattuale nel susseguente fallimento dell'impresa.

Maggiormente analitica e vantaggiosa è la disciplina della continuità aziendale. Espressione del *favor* legislativo quale strumento per una migliore soddisfazione dei creditori, la prosecuzione dell'attività di impresa è circondata da una serie di agevolazioni idonee ad incentivare la buona riuscita della soluzione concordataria che l'imprenditore, tramite il mantenimento dell'azienda in attività, cerchi di elaborare.

L'ampio ricorso al concordato "in bianco" dal momento della sua introduzione, rinvenibile nella maggior parte dei casi, secondo alcuni, nella relativa facilità con cui è possibile paralizzare le richieste dei creditori e ritardare la dichiarazione di fallimento, è in ogni caso da ammettere con favore, posta la cristallizzazione della massa e la retrodatazione dei termini per l'esperimento dell'azione revocatoria che comporta. Non è certamente da escludere che l'istituto possa essere utilizzato per

finalità dilatorie rispetto a quelle per cui è stato introdotto, ma i recenti interventi correttivi, che hanno previsto la possibilità di nominare il commissario giudiziale già in tale fase e disposto obblighi informativi a carico dell'imprenditore sulla situazione finanziaria della società, hanno limitato questi possibili utilizzi distorti. Ciò che piuttosto il legislatore dovrebbe valutare è la possibilità di favorire ancor di più l'emersione anticipata della crisi. I dati fino a novembre 2013 (Osservatorio CervedGroup) accertavano che solo circa il 36% delle domande "in bianco" sia stata seguita da un concordato preventivo omologato o sia sfociato in un accordo di ristrutturazione dei debiti; mentre negli ultimi mesi sono tornati a salire i fallimenti. Questi dati potrebbero essere migliorati se fossero riconosciute ulteriori modalità per far emergere la crisi. Molto spesso, infatti, l'imprenditore accede alla procedura quando le condizioni dell'impresa sono già gravi e, di conseguenza, i margini per trovare una soluzione alternativa al fallimento non sono molti.

La tradizione giuridica del nostro Paese è probabilmente ancora affine ad una disciplina che per settant'anni ha considerato il fallimento come un momento patologico della vita delle società e gli imprenditori hanno sempre cercato di ritardare fin quando possibile l'emersione della crisi. Se tuttavia di recente è mutato l'approccio legislativo, tempi maggiori occorreranno per cambiare l'approccio da parte degli imprenditori stessi. Per accelerare questo processo, accanto a una disciplina premiale come quella analizzata, potrebbe essere inserita la previsione, come nel contesto americano, che siano i creditori in determinati casi ad attivare la procedura, comportando il passaggio dell'amministrazione dell'impresa ad un *Trustee*. In questo modo, l'eventualità che il ritardo nel ricorrere al concordato possa comportare l'iniziativa di terzi e lo spossessamento del patrimonio potrebbe incentivare gli imprenditori ad anticipare l'emersione dello stato di crisi.

Bibliografia.

Dottrina

- I. Arcuri, *L'andamento economico dell'impresa tra la presentazione del concordato con riserva e il deposito della proposta. Analisi e pronunciamenti dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 15/10/2013.
- S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 04/08/2013.
- L. BALESTRA, *Gli obblighi informativi di cui al comma 8 dell'art. 161 l.fall.*, in *Fallimento*, 2013, I, 99.
- R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it, 06/12/2012.
- L. A. BOTTAI, *Quale sanzione per la condotta ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall.?*, in *Fallimento*, 2014, 3.
- R. BRICCHETTI, *Soluzioni concordatarie delle crisi di impresa e rischio penale dell'imprenditore*, in *Società*, 2013, 6.
- F. CASA, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186 bis l.fall.*, in *Fallimento*, 2013, 11.
- S. CASONATO, *Problemi della pratica. La gestione dell'impresa nel concordato preventivo con riserva: tra cura e accanimento terapeutico*, in *Dir. Fall.*, 2014, 5.
- F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 15/11/2013.
- A. DI PASQUALE, *Consiglio di amministrazione: i doveri di comportamento verso soci e creditori*, in *Le novità in materia di concordato preventivo. Atti del Convegno (Firenze, 22 gennaio- 6 febbraio 2014)*.
- M. FABIANI, *La prima disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, 4, I.
- M. FABIANI, *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 9.
- M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 2012, 303.
- M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012, 313.

G. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, in *Dir. Fall.*, 2013, 3-4.

C. FRIGENI, *Linee di credito autoliquidanti e concordato preventivo*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2013, 5.

D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 03/10/2012.

G. GIURDANELLA, *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2014, 3.

B. INZITARI, *Speciale D. L. Sviluppo - I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l. fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 03/08/2012.

A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in *Le novità in materia di concordato preventivo*. Atti del Convegno (Firenze, 22 gennaio- 6 febbraio 2014).

F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 27 novembre 2012.

Linee-Guida per il finanziamento delle imprese in crisi, Bozza per discussione della seconda edizione – 2014.

A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, nel *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010.

A. PATTI, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2014, 2.

A. Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, 3.

M. POLLIO e P. P. PAPALEO, *La stretta sull'utilizzo del concordato “in bianco” introdotta dal Decreto del “Fare”*, in *Amministrazione&Finanza*, 2013, 28, 10.

D. PULITANÒ, *La bancarotta semplice*, nel *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2013.

R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, 6.

L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 10.

M. VITIELLO, *Prededuzione da funzionalità negli accordi di ristrutturazione, nel concordato preventivo e nell'eventuale fallimento "in consecuzione"*, in www.ilfallimentarista.it, 24/10/2013.

M. ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l. fall: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Fallimento*, 2011, 5.

RINGRAZIAMENTI.

Innanzitutto vorrei ringraziare il Professor Lorenzo Stanghellini per la chiarezza e l'originalità utilizzate nella presentazione della materia, elementi che hanno certamente contribuito a farmi appassionare al diritto fallimentare. Ringrazio il Professore anche per la scrupolosità e la precisione richiesta durante tutta la fase di ricerca e stesura della tesi, insegnandomi a predisporre un elaborato vicino il più possibile a quella chiarezza espositiva che un testo giuridico deve avere.

Uno speciale ringraziamento va alla mia fidanzata Miriam, la quale ha avuto un ruolo centrale (anche) in quest'ultimi mesi necessari a definire la tesi. La forza, la tranquillità, la comprensione e l'amore che continuamente ha trasmesso, mi hanno aiutato a meglio affrontare un periodo intenso e faticoso come quest'ultimo è stato e a superare le situazioni di sconforto che in alcuni momenti si sono presentate.

Un particolare ringraziamento va a mio fratello e ai miei genitori, che con i loro sacrifici mi hanno permesso di affrontare la carriera universitaria con serenità e sicurezza, lasciandomi il tempo di coltivare anche altre passioni. L'affetto e la vicinanza che, anche nei momenti più critici non hanno mai fatto mancare, mi hanno permesso di diventare la persona che sono e di raggiungere questo primo importante traguardo nella mia vita.

Un grande ringraziamento va ai miei parenti, anche quelli "acquisiti", che mi hanno sempre fatto sentire il loro supporto e hanno creduto nelle mie potenzialità.

Un ultimo ringraziamento va ai miei amici, che non nomino individualmente ma che si sono dimostrati pronti a sostenermi e vicini in un momento importante della mia vita: ciascuno di loro, con la propria stravaganza e fiducia nei miei confronti, hanno contribuito a farmi vivere con maggiore serenità l'obiettivo della laurea in giurisprudenza.