

INDICE

LA CONTINUITÀ AZIENDALE DELL'IMPRESA IN CRISI NEL CONCORDATO E NELLE PROCEDURE NEGOZiate

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLE PROCEDURE CONCORSAI.

L'AFFERMAZIONE DEL CONCETTO DI CONTINUITÀ AZIENDALE

1. L'EVOLUZIONE STORICA DEL FALLIMENTO E DELLE ALTRE PROCEDURE CONCORSAI.....	11
1.1. Le origini del fallimento. Il fallimento – reato e la connotazione delinquenziale dell'imprenditore insolvente.....	11
1.2. Non solo fallimento. La nascita della composizione negoziata della crisi d'impresa.....	19
1.3 Le disposizioni concorsuali dal Codice di Commercio del 1882 alla Legge Fallimentare del 1942. L'assenza del concetto di continuità aziendale.....	21
1.4. La Legge Fallimentare: il R.D. 16 marzo 1942, n. 267	25
1.5. Il vento cambia: le leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese	29
1.6. La stagione della Riforma 2005 – 2007	35
1.7. La Riforma 2012 – 2013 all'insegna della salvaguardia della Continuità Aziendale	39
1.8. Le riforme degli ultimi due anni. Breve sunto delle principali modifiche.	46
1.9. Il progetto di Riforma della Commissione Rordorf	49
2. CRISI D'IMPRESA E CONTINUITÀ AZIENDALE	54
2.1. La crisi dell'impresa.....	54
2.2. Il concetto di continuità aziendale nella disciplina del bilancio	60
2.3. La continuità aziendale nelle procedure concorsuali	64

3. LA GESTIONE DELL'IMPRESA IN CRISI: IL PROCESSO DI TURNAROUND	68
3.1. Il processo di Turnaround.....	68
3.2. La c.d. fase ricognitiva del processo di turnaround: la diagnosi della crisi	74
3.3. L' accordo di moratoria con i creditori	77

CAPITOLO II

PROFILI DI DIRITTO INTERNAZIONALE, EUROPEO E COMPARATO

1. UNO SGUARDO D'INSIEME	79
1.1. Profili di diritto internazionale: la Model Law on Cross – border Insolvency	79
1.2. Profili di diritto europeo: il Regolamento 2015/848 e la Raccomandazione n. 135 del 12.03.2014.....	81
2. L'ORDINAMENTO FRANCESE	84
2.1. Origine ed evoluzione	84
2.2. Gli istituti e le finalità. Profili generali	89
3. L'ORDINAMENTO AMERICANO	94
3.1. Origine ed evoluzione	94
3.2. Chapter 11 e finalità dell'ordinamento. Profili generali	98

CAPITOLO III

LA CONTINUITÀ AZIENDALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. IL CONCORDATO PREVENTIVO: PROCEDIMENTO E NOZIONI BASILARI	102
1.1. La natura del concordato preventivo	102
1.2. Le fasi del procedimento	104
1.3. Il concordato in bianco.....	107
2. IL CONCORDATO PREVENTIVO COME STRUMENTO DI RISANAMENTO.	110

3. IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE	117
3.1 Le origini	117
3.2 Un nuovo istituto?	119
3.3 Le finalità dell'art. 186-bis	123
3.4. La continuità aziendale nel concordato preventivo.....	126
3.4.1. Le modalità di continuazione dell'attività previste dall'art. 186-bis.	130
3.4.2. Le operazioni straordinarie.....	137
3.4.3. L'affitto d'azienda	139
3.5. Le cautele: le peculiarità del piano concordatario con continuità.....	142
3.6. Le agevolazioni	146
3.6.1. La moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio	149
3.6.2. La continuità contrattuale	152
3.6.3. La partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici.....	156
3.7. La fase di esecuzione	158
3.8. Compatibilità con il concordato in bianco	160
4. I FINANZIAMENTI ALL'IMPRESA IN CONCORDATO	161
4.1. I finanziamenti ponte.....	163
4.2. I finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo	165
4.3. I finanziamenti interinali	167
5. ANALISI DI UN CASO DI CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE	167
5.1. La vicenda	167
5.2. Le cause della crisi	169
5.3. Il piano e la proposta ai creditori.....	170
5.4. Il decreto di ammissione	172
5.5. Il decreto di omologa	172
5.6. Riflessioni conclusive	174

CAPITOLO IV

LA CONTINUITÀ AZIENDALE NELLE PROCEDURE NEGOZiate.

I PIANI DI RISANAMENTO E GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

1. LE SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI D'IMPRESA	176
2. I PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO	183
2.1. Evoluzione dell'istituto	183
2.2. La natura del piano.....	185
2.2.1. Criticità rispetto agli altri strumenti di risoluzione della crisi.....	188
2.3. Presupposti, forma e contenuto del piano: considerazioni generali.....	189
2.4. Le finalità del piano. È possibile un piano attestato liquidatorio?	192
3. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI	194
3.1. Affermazione ed evoluzione dell'istituto.....	194
3.2. La natura giuridica degli accordi.....	199
3.2.1. Criticità e punti di forza rispetto al concordato preventivo ed ai piani di risanamento	206
3.3. Le finalità dell'istituto.....	208
3.4. Il procedimento: la fase introduttiva	212
3.4.1. (segue) L'omologazione dell'accordo.....	216
3.4.2. L'istanza di sospensione ex art. 182-bis, comma VI.....	218
3.5. Gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria	222
4. ANALISI DI UN CASO DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE CON CONTINUITÀ AZIENDALE	226
4.1. La vicenda	227
4.2. Le cause della crisi	228
4.3. Il piano di ristrutturazione	230
4.4. Il decreto di omologa	231
CONCLUSIONI	233
BIBLIOGRAFIA	240
GIURISPRUDENZA	270

INTRODUZIONE

Oramai da un decennio, il diritto fallimentare italiano si trova in uno stato di continua evoluzione e costante mutamento.

A partire dal 2005 il legislatore ha dato avvio ad una serie di riforme che hanno scardinato le caratteristiche della Legge Fallimentare del 1942, al fine di adeguare quest'ultima ai mutamenti intervenuti nel contesto economico e sociale. Il rigido impianto pubblicistico ed estremamente punitivo della Legge del '42 ha mostrato tutte le sue inadeguatezze ed un significativo anacronismo soprattutto in occasione della crisi economica iniziata nel 2008, circostanza che ha reso necessario un ripensamento degli obiettivi di fondo della normativa in ambito concorsuale.

Tale cambiamento di mentalità si è fondato, principalmente, sulla progressiva affermazione della concezione che vede le procedure concorsuali come istituti orientati non all'eliminazione, bensì alla salvaguardia delle aziende in crisi. Il legislatore moderno, infatti, si sta preoccupando di prevedere misure che possano garantire una ripartenza dell'impresa, al fine di evitare che la generalizzata recessione economica conduca al fallimento imprese per le quali, invece, potrebbe essere ipotizzabile un percorso di risanamento¹.

Tuttavia, le finalità perseguite dal legislatore italiano sembrano non aver avuto un riscontro effettivo nella pratica. Come si vedrà, la salvaguardia delle imprese in crisi rischia di tramutarsi in un enunciato, in larga parte, meramente teorico, in quanto, nonostante le numerose riforme intervenute a cadenza quasi annuale, le imprese soggette a procedure concorsuali diverse dal fallimento faticano a restare in vita ed a continuare la propria attività. Secondo recenti studi, solo il 4,5% delle imprese che accede alla procedura di concordato preventivo risulta in esercizio e produttiva di utili a sei anni dalla chiusura della procedura²; inoltre, anche gli accordi di ristrutturazione sembrano orientati prevalentemente alla liquidazione, piuttosto che alla continuazione, dell'attività d'impresa³.

¹ Cfr. in questi termini A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013, 4-5, p. 1087.

² Fonte: AA. VV., *Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, n. 316, marzo 2016.

³ Cfr. V. CONCA – A. DANOVÌ – L. RIVA, *Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L. F.. Un'analisi empirica nei principali Tribunali Italiani*, in <https://know.cerved.com/it/>, 12.05.2015.

Anche per questo motivo, la stagione delle riforme non accenna a concludersi. Al momento è al vaglio del Parlamento il Disegno di Legge elaborato dalla Commissione presieduta dal Presidente Renato Rordorf, D.D.L. che si prospetta come una vera e propria «rivoluzione copernicana» del diritto fallimentare, prevedendo, per la prima volta, una riforma organica dell'intero sistema concorsuale, anche al fine di porre rimedio alle problematiche applicative manifestate in tema di continuità aziendale⁴.

La Legge Fallimentare rimane, nonostante le numerose riforme intervenute, sotto molti profili inadeguata. Il suo superamento potrebbe rappresentare un importante punto di arrivo e di conclusione dell'evoluzione intervenuta negli ultimi dieci anni.

Se, infatti, il Codice Civile fu scritto e pensato da giuristi indipendenti, svincolati dai dettami del pensiero fascista, la Legge Fallimentare del 1942, al contrario, sebbene approvata solo pochi giorni dopo dall'entrata in vigore del Codice Civile, fu il risultato del pensiero di giuristi fortemente influenzati dal pensiero fascista⁵.

L'imprenditore che versava in uno stato di crisi era considerato un soggetto moralmente deprecabile, non meritevole di tutela. Le procedure fallimentari erano originariamente associate ai concetti di disonestà e malafede, comportando per il debitore insolvente la perdita dei diritti civili oltre all'applicazione di sanzioni⁶.

Qualificare un soggetto come “fallito” significava, dunque, attribuirgli una sorta di marchio d'infamia⁷.

La preoccupazione del legislatore del 1942 era essenzialmente orientata alla tutela dei creditori, mentre l'interesse della salvaguardia del debitore e la

⁴ Così F. CASA, *Il concordato preventivo nei lavori monografici più recenti: due autori a confronto*, in *Dir. Fall.*, 2016, pp. 369 ss..

⁵ Così I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4, p. 10404.

⁶ S. A. RIESENFELD, *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993, reperibile al link [http://www.treccani.it/enciclopedia/fallimento_res-b9d42234-87e5-11dc-8e9d-0016357eee51_\(Enciclopedia-Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/fallimento_res-b9d42234-87e5-11dc-8e9d-0016357eee51_(Enciclopedia-Italiana)/), pp. 1 – 2.

⁷ Nelle legislazioni moderne i termini quali “fallito” e “procedure fallimentari” sono stati gradualmente sostituiti da denominazioni più neutre, quali “insolvente” e “procedure di insolvenza”. Anche nell'ordinamento italiano la tendenza è la stessa, come si evince dalla RELAZIONE DELLA COMMISSIONE RORDORF SULLA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI del 29.12.2015, disponibile al link: http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_content&view=article&id=197:riforma-commissione-rordorf-procedure-concorsuali-2015, di cui si dirà più avanti.

conseguente conservazione dell'impresa, erano relegati ad un piano assolutamente secondario.

La continuazione dell'attività d'impresa, tuttavia, era perseguibile mediante il ricorso a procedure quali l'amministrazione controllata ed il concordato preventivo, introdotte in quanto la situazione di crisi poteva essere caratterizzata anche da lieve entità e non sempre rendeva necessaria la dichiarazione di fallimento⁸.

Pur essendo stati prospettati strumenti alternativi al fallimento per affrontare le diverse situazioni di dissesto⁹, essi presentavano limiti che ne riducevano drasticamente la loro applicazione. Il limite più evidente era costituito dal fatto che si trattava sostanzialmente di strumenti nella disponibilità esclusiva del debitore, quando lo scopo del salvataggio di un'azienda in crisi non avrebbe dovuto sottrarsi anche alle valutazioni dei creditori.

Prevaleva, dunque, una concezione essenzialmente liquidatoria dell'impresa in crisi con l'esercizio provvisorio, previsto in caso di fallimento, confinato ad un ruolo meramente strumentale rispetto alla successiva liquidazione e con la procedura di amministrazione controllata quasi sempre operante solo come ammortizzatore e preludio di altre successive procedure essenzialmente liquidatorie¹⁰.

Con le riforme introdotte negli ultimi dieci anni, l'obiettivo delle procedure concorsuali è lentamente mutato, essendo ora il legislatore sempre più orientato a perseguire l'obiettivo del mantenimento della continuità aziendale.

Le recenti riforme legislative, infatti, hanno determinato un notevole cambiamento degli obiettivi perseguiti, in quanto viene posta l'attenzione sul recupero dell'impresa piuttosto che sulla sua liquidazione.

⁸ Cfr. G. DISEGNI, *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014, pp. 4-5.

⁹ A tal proposito, nella RELAZIONE ALLA MAESTÀ DEL RE IMPERATORE DEL MINISTRO GUARDASIGILLI (GRANDI) AL R.D. N. 267/1942, era stata posta in risalto la «constatata insufficienza del fallimento a regolare una diversa situazione a cui la crisi dell'impresa potesse dar luogo, anche per dare un'impronta sostanzialmente unitaria della disciplina della crisi economica dell'impresa in relazione ai superiori interessi dell'economia generale»

¹⁰ Cfr. R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Le società*, 8-9, 2014. A. JORIO, *Presupposti per l'ammissione della domanda (sub. Art. 160 L. Fall.) in Concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, estratto da *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2011, p. 2038, rimarca come il concordato preventivo venisse normalmente richiesto in presenza di una vera e propria insolvenza, in un momento cioè in cui oramai l'imprenditore ha perduto la possibilità di preservare la continuità aziendale ed in cui residua, al più, quella di allocare presso terzi parti o rami di azienda.

Si sta verificando, infatti, un progressivo spostamento dell'accento dalla figura soggettiva dell'imprenditore a quella oggettiva dell'attività d'impresa e dell'azienda, di cui si vuol favorire la continuità per salvaguardarne, ove possibile, il valore. L'impresa e l'azienda si spersonalizzano, assumendo un connotato valoriale che prescinde dalle vicende soggettive del titolare, in una logica di non facilissima assimilazione all'interno di un ordinamento come il nostro.

Adesso sembrano incentivate soprattutto le procedure di composizione delle crisi mediante accordi tra creditori e debitore diretti ad evitare, ove possibile, la liquidazione fallimentare: tale obiettivo è visto positivamente da gran parte della dottrina in quanto il nostro legislatore si sta allineando ad un orientamento diffuso a livello mondiale, superando la concezione esclusivamente punitiva delle procedure concorsuali¹¹.

Con la riforma del 2005 e, definitivamente, con quella del 2012, si assiste all'affermazione di una nuova finalità: la protezione dell'impresa in sé, considerata non più come bene dell'imprenditore, ma come bene pubblico, nel quale conferiscono gli interessi della collettività¹².

Nonostante il nuovo obiettivo volto alla salvaguardia della continuità aziendale dell'impresa in crisi, rimane comunque centrale l'interesse dei creditori, interesse che costituisce non solo un mero limite esterno ma la stessa ragion d'essere dell'operare dell'azienda in continuità.

Sebbene gli interessi perseguiti dal legislatore con le ultime riforme siano visti con favore dalla dottrina, le scelte effettuate non sono apparse sempre sufficientemente chiare ed univoche, anche a causa delle continue modifiche apportate, con cadenza quasi annuale.

Le riforme, infatti, sono state spesso caratterizzate dalla decretazione d'urgenza o dall'intervento su singoli aspetti delle procedure, prive di un preciso disegno organico. A più riprese il legislatore si è visto costretto a tornare sui propri passi, specificando e chiarendo aspetti critici degli istituti che mano a mano introduceva. Si pensi, ad esempio, all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, introdotto nel 2005 e successivamente oggetto di ripetute modifiche.

¹¹ A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra realtà ed utopia*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, III, pp. 2633-2642.

¹² G. FEDERICO – R. VIVALDI, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, Rimini, 2005, p. 70.

Stesso discorso per il concordato preventivo che è stato al centro di quasi tutti gli interventi dell'ultimo decennio che lo hanno continuato a cambiare radicalmente. Si vuole fare riferimento, principalmente, agli interventi del 2012 e 2013, che hanno introdotto nel nostro ordinamento gli istituti del concordato con riserva ed il concordato con continuità aziendale, nonché alla miniriforma del 2015 che ha disciplinato le proposte e le offerte concorrenti, sradicando la concezione dell'istituto come procedura esclusivamente nelle mani del debitore.

La recente proposta di riforma elaborata dalla Commissione Rordorf appare in netta controtendenza rispetto al passato. Lo scopo della proposta consiste, infatti, nell'elaborare una disciplina organica e quanto più completa dell'ordinamento concorsuale attuale, con l'obiettivo di dare vita ad un Testo Unico dell'Insolvenza che sostituisca l'ormai, per certi aspetti, anacronistica Legge Fallimentare.

In un certo senso, la proposta della Commissione rappresenta il punto di arrivo dell'evoluzione del pensiero del nostro legislatore, inizialmente influenzato dai retaggi medievali che vedevano l'impresa in crisi come un male in grado contagiare l'intero mercato e, dunque, da eliminare. Questo orientamento è gradualmente mutato nel senso di tentare il salvataggio, ove possibile e conveniente per i creditori, dell'impresa in difficoltà.

Lo scopo del presente lavoro consiste nell'analisi del controverso tema della continuità aziendale nelle procedure concorsuali e, nello specifico, nel concordato preventivo, nei piani di risanamento e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Data l'importanza che assume per lo studio del tema, ci è sembrato opportuno partire dall'evoluzione storica al fine di comprendere come, quando e, soprattutto, perché si è affermato nel nostro ordinamento il concetto di continuità aziendale nelle procedure concorsuali.

A tal fine, nella prima parte del Capitolo I tenteremo di analizzare le principali tappe storiche che hanno condotto all'attuale sistema fallimentare italiano, partendo dal medioevo fino ad arrivare alle riforme degli ultimi anni. Al termine dell'indagine storica, analizzeremo il tema della crisi dell'impresa, della continuità aziendale nella disciplina del bilancio e della prosecuzione dell'attività in caso di procedure concorsuali. Chiuderemo, dunque, il primo capitolo con una breve panoramica sul processo di *turnaround*, analizzandone la definizione e le principali caratteristiche.

Prima dello studio dei singoli istituti, ossia del concordato preventivo nel Capitolo III e dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione nel Capitolo IV, ci è sembrato opportuno dedicare il Capitolo II ad una breve disamina dei profili di diritto internazionale, europeo e comparato che riguardano il tema oggetto del presente lavoro, soffermandoci in particolare sull'ordinamento francese e su quello americano. Entrambi questi ordinamenti, infatti, hanno influenzato e continuano ad influenzare molti degli istituti del nostro odierno diritto fallimentare, nonché le proposte di riforma in atto.

Nelle conclusioni, infine, saranno analizzati i vantaggi e le principali problematiche che emergono in tema di continuità aziendale, soprattutto individuando i soggetti che effettivamente possono beneficiarne e quali, invece, potrebbero esserne pregiudicati.

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLE PROCEDURE CONCORSUALI.

L'AFFERMAZIONE DEL CONCETTO DI CONTINUITÀ AZIENDALE

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica del fallimento e delle altre procedure concorsuali. - 1.1. Le origini del fallimento. Il fallimento – reato e la connotazione delinquenziale dell'imprenditore insolvente. - 1.2. Non solo fallimento. La nascita della composizione negoziata della crisi d'impresa. - 1.3 Le disposizioni concorsuali dal Codice di Commercio del 1882 alla Legge Fallimentare del 1942. L'assenza del concetto di continuità aziendale. - 1.4. La Legge Fallimentare: il R.D. 16 marzo 1942, n. 267. - 1.5. Il vento cambia: le leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese. - 1.6. La stagione della riforma 2005 – 2007. - 1.7. La Riforma 2012 – 2013 all'insegna della salvaguardia della continuità aziendale. - 1.8. Le riforme degli ultimi due anni. Breve sunto delle principali modifiche - 1.9 Il progetto di Riforma della Commissione Rordorf. - 2. Crisi d'impresa e continuità aziendale. - 2.1. La crisi dell'impresa. - 2.2. Il concetto di continuità aziendale nella disciplina del bilancio. - 2.3. La continuità aziendale nelle procedure concorsuali. - 3. La gestione dell'impresa in crisi: il processo di *turnaround*. - 3.1. Il processo di *turnaround*. - 3.2. La c.d. fase ricognitiva del processo di *turnaround*: la diagnosi della crisi - 3.3. L' accordo di moratoria con i creditori.

1. L'EVOLUZIONE STORICA DEL FALLIMENTO E DELLE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI

1.1. *Le origini del fallimento. Il fallimento – reato e la connotazione delinquenziale dell'imprenditore insolvente*

Il terreno del diritto fallimentare, ancor più di altri, presenta una particolare vocazione ad un esame che ne consideri con attenzione i profili storici¹³. L'assetto odierno delle procedure concorsuali è, infatti, il prodotto di un' evoluzione secolare la quale, riflettendo l'esperienza applicativa accumulatasi nel corso del tempo, è

¹³ Il diritto fallimentare è stato definito come un diritto particolarmente sensibile al contesto, tanto che la comprensione della sua architettura dogmatica è intimamente legata alla conoscenza del profilo storico e tale conoscenza richiede di essere approfondita con la consapevolezza che le trasformazioni normative e le interpretazioni giurisprudenziali che ne definiscono l'ossatura ed i caratteri, quando non costituiscono elementi marginali, sono, il più delle volte, il frutto di contingenti motivazioni di tipo politico ed economico che le hanno determinate e orientate. In questo senso, si veda V. PIERGIOVANNI, *Banchieri e falliti nelle "Decisiones de mercatura" della Rota civile di Genova*, in *Diritto comune, diritto commerciale, diritto veneziano*, Colloquio tenuto al Centro tedesco di studi veneziani dal 20 al 21 ottobre 1984, a cura di NEHLSSEN VON STRYK – NORR, 1985; A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storica – comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, 2014, pp. 2 ss.

strettamente rapportata al contesto economico – sociale all'interno del quale è andata sviluppandosi¹⁴.

In dottrina si rinvengono due diverse teorie riguardo alla nascita del fallimento: la prima ritiene che l'istituto risalga al diritto romano¹⁵, la seconda invece che sia nato con l'affermarsi del diritto statutario dell'età comunale¹⁶.

Secondo la prima impostazione il fallimento nasce dall'esigenza di regolare il fenomeno della responsabilità patrimoniale e le sue primissime origini sono facilmente individuabili nel diritto romano.

La concezione estremamente negativa del fallimento può essere fatta risalire al diritto romano più antico (V secolo a.C.) dove, di fronte al mancato pagamento del debito, il creditore aveva diritto persino di uccidere il proprio debitore, o di renderlo schiavo, allo scopo di soddisfarsi sulle sue spoglie e sul suo patrimonio, divenuto *res nullius*¹⁷. Successivamente, spostando l'asticella temporale di qualche secolo, venne introdotta la *bonorum venditio*¹⁸ che può essere definita quale antico predecessore dell'odierna vendita coattiva e che, già allora, imponeva l'universalità dell'esecuzione, paradigma normativo attuale del fallimento¹⁹.

La forte carica afflittiva delle sanzioni stabilite a carico del debitore inadempiente trova sicuramente, dunque, la propria fonte originaria nel diritto romano²⁰.

¹⁴ N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012, p. 135; A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., pp. 2 ss.

¹⁵ Secondo M. FABIANI, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, pp. 15 ss. vengono identificati nella *missio in possessionem*, nel sequestro e nella *bonorum distractio*, i tre elementi fondamentali che caratterizzeranno, nel corso del XIV secolo, l'istituto.

¹⁶ L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2012, pp. 32 ss.

¹⁷ Come evidenzia M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit., p. 20, in queste regole si ritrovano alcuni dati che caratterizzano ancora oggi l'istituto del fallimento. In particolare, l'A. osserva che, quando il debitore non pagava spontaneamente, la soddisfazione del creditore doveva avvenire attraverso la spoliazione del suo patrimonio, patrimonio che doveva essere suddiviso fra i creditori nell'ipotesi in cui più fossero le obbligazioni inadempite: si tratta delle prime forme di *par condicio creditorum*.

¹⁸ La *bonorum venditio* costituiva una forma di esecuzione forzata, articolata in diverse fasi, promuovibile, ad iniziativa dei creditori, sul patrimonio di un debitore ormai insolvente.

¹⁹ Si parla a tal proposito di *fictio mortis* del debitore, ovvero della *morte civile* come meccanismo che consentiva di apprendere forzatamente i beni del debitore. A tal proposito l'art. 42 R.D. 267/1942, quando dispone la perdita da parte del fallito della capacità di disporre dei propri beni appare l'evoluzione, più sofisticata, della perdita assoluta di capacità conseguente alla finzione di morte del debitore. Dal momento che, anche nel diritto romano, alla perdita della capacità conseguiva l'esigenza di custodire il patrimonio destinato ai creditori, è stato sostenuto che la figura del *curator* costituisce un embrione del curatore attuale. A tal proposito, cfr. M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, cit., pp. 15 ss.

²⁰ Ciononostante, il fallimento, come lo intendiamo oggi era sostanzialmente sconosciuto al mondo romano. Cfr., tra gli altri, V. PIERGIOVANNI, *Riflessioni della scienza commercialista sul fallimento*

Sebbene alcuni elementi processuali possano rinvenire la propria origine nel diritto romano, è però solo durante il Medioevo che si determinano le particolari condizioni sociali e, soprattutto, economiche, che costituiscono i presupposti e la giustificazione della procedura concorsuale, nata per soddisfare le esigenze di autotutela della classe mercantile²¹.

L'istituto del fallimento presenta caratteristiche comuni e costanti solo a partire dall'età intermedia, fino ad arrivare alla metà circa del Settecento: lo schema essenziale di principi fondamentali ravvisabile in questo periodo resterà invariato nei secoli che coprono l'età intermedia e la quasi totalità di quella moderna²².

Durante il secolo XI, con lo sviluppo degli scambi e del commercio internazionale, si affermarono i veri e propri prototipi del moderno fallimento. In modo più o meno omogeneo, in Italia²³ ed in Europa, nacque il bisogno di formulare delle regole dirette a disciplinare l'incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni, ma di un debitore che non è più il *cives* qualunque, bensì un mercante²⁴.

Il fallimento era, secondo l'opinione maggioritaria²⁵, configurato come un istituto applicabile esclusivamente a coloro che di fatto appartenevano al mondo

tra Medioevo ed Età moderna, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso medioevo ed Età Moderna*, a cura di LEGNANI – ANNICHINI SARTI, Torino, 2011.

²¹ Così infatti il secondo filone dottrinario di cui dicevamo, che convince maggiormente. Si veda, in proposito, G. BONELLI, *Del fallimento: commento al Codice di commercio*, III, Milano, 1923. L'A. sostiene che «il fallimento come ramo particolare della procedura collettiva contro il debitore, derivante in qualche modo dal diritto concorsuale comune, sorge negli statuti propri di comunità commerciali o di quelle città in cui il commercio è la nota dominante della vita sociale, ed è motivato da particolari esigenze di rigore verso la persona del debitore, distinto appunto con il nome speciale di fallito».

²² Cfr. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 14 ss.

²³ V. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pp. 47 ss. Lo stesso Autore ha anche osservato come sia «vano l'affannarsi alla ricerca di un ipotetico modello di riferimento di cui i legislatori comunali si siano per avventura giovati per elaborare le proprie soluzioni», tanto più che «quando l'esperienza giuridica basso-medievale costruì l'istituto del fallimento, con esso intese rispondere a peculiarissime esigenze del proprio tempo con uno strumento perfettamente coerente ai suoi "valori fondanti"», in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI, Bologna – Roma, 1974, 3.

²⁴ Secondo M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit., pp. 15 ss., sembra superata la tesi secondo la quale, dalle disposizioni statutarie medievali, si evincerebbe un'applicazione generalizzata delle procedure concorsuali a tutti i debitori insolventi.

²⁵ In questo senso anche A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in *Commentario alla legge fallimentare*, 4, pp. 165-195. La stessa tendenza era del resto presente anche in altri ordinamenti. In Francia, infatti, l'*Ordonnance de commerce* del 1673, riprendendo la tradizione medievale, disciplinava la cessione volontaria dei beni da parte dei commercianti debitori in favore dei creditori (titolo X) e le procedure fallimentari (titolo XI): quest'ultimo capitolo veniva interpretato come applicabile ai soli commercianti. Anche in Spagna le disposizioni sul fallimento contenute nelle ordinanze di Bilbao del 1737 furono riservate ai soli commercianti.

mercantile²⁶, anche se non formalmente iscritti alla matricola di una corporazione o di un'arte²⁷.

Se, infatti, si eccettua l'esperienza veneziana²⁸, l'istituto mantiene nel suo indirizzo prevalente il carattere della specialità: il fallimento è una creazione originale del ceto dei mercanti ed è funzionale alle regole che governano il capitale commerciale²⁹. Sono le esigenze della *lex mercatoria* che conducono, infatti, alla creazione di un diritto fallimentare³⁰.

Data la centralità della figura del mercante nel contesto medievale, è evidente che la cessazione dei pagamenti gettava lo scompiglio fra i creditori, comportando serie ripercussioni su vasti settori dell'attività produttiva, commerciale e finanziaria della città. La cessazione dei pagamenti generava una perdita della fiducia, oltre che del credito, su cui si reggeva l'attività commerciale³¹ e imponeva la necessità di aprire un procedimento speciale, particolarmente severo e gravoso³².

²⁶ È stato sostenuto che un'analisi statica porti ad affermare che normalmente le norme su fallimento erano dettate proprio per i commercianti e non per qualunque debitore inadempiente: pertanto, il fatto che l'attuale normativa concorsuale si applichi solo all'imprenditore commerciale appare come il frutto di una scelta di conservazione delle radici dell'istituto del fallimento. Cfr. M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit., p. 22.

²⁷ Come evidenziato da U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 80-88, «il fallimento era riservato, o a coloro che si trovavano in stato di dissesto conseguentemente all'assunzione di debiti commerciali, o a quelli che – iscritti o non ad una Corporazione – esercitavano comunque professionalmente un'attività commerciale o artigianale: le norme che estendono il fallimento al di là di questi limiti sono (...) una minoranza (...)».

²⁸ A Venezia il fallimento era, secondo gli storici, applicabile a chiunque: si tratta di una delle tante particolarità di questa regione che, tra l'altro, rifiutava anche il diritto romano comune. Tuttavia, è documentato che, nella maggior parte dei casi, a fallire fossero proprio i mercanti. Si veda a tal proposito G. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI*, Bottega d'Erasmus, 1938, pp. 97 ss.

²⁹ Si veda sempre U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit.. Per C. PECORELLA – U. GUALAZZINI, *Fallimento (storia)*, XVI, Milano, 1967, p. 220 «l'adozione di uno speciale *ius* nei riguardi del mercante insolvente trovava quindi ragione da un lato in motivi di ordine pubblico, il maggiore scandalo che deriva dal fallimento di un mercante, specie se grande, dall'altro in un motivo evidente, quello della maggiore facilità per i mercanti e banchieri di ricorrere al credito, ai pagamenti differiti, di porre così le premesse de facto per una eventuale insolvenza».

³⁰ M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit., p. 21.

³¹ La proliferazione degli scambi avvenuta nel secolo XI si basava sui valori della fiducia e del credito e le prime discipline fallimentari servivano proprio a riequilibrare la crisi che si determinava nella fluidità dei traffici a seguito dell'insolvenza del mercante. Se veniva a mancare la fiducia o il credito (o entrambi) il sistema entrava in crisi e l'opzione che subito si presentava era quella di espellere il commerciante dal mercato, secondo una logica selettiva che costituisce ancora il baluardo della legge fallimentare del 1942. Cfr. M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 22. Tale concezione *darwiniana* del mondo del commercio è rimasta intatta, nel diritto italiano, fino alle ultimissime riforme, di cui si dirà più avanti. Sul tema della fiducia, si veda anche G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997, p. 16, dove si sostiene che lo sviluppo degli affari richiede relazioni di fiducia e suscita bisogni del credito e l'espansione degli scambi accresce la necessità di una maggiore sicurezza e di forme processuali rapide ed efficaci.

³² Quella parte di dottrina (maggioritaria) che non vede le origini del fallimento nel diritto romano, sostiene che la storia dell'istituto, nato nel medioevo per punire i mercanti insolventi, «si stacca

Il danno sociale del dissesto si faceva ancora più grave quando, come accadeva nella maggior parte dei casi, il debitore cercava scampo nella fuga portando con sé beni e contante. In tali casi, l'insolvenza era considerata un reato e assimilata alla frode e al furto.

La coscienza sociale e il sistema economico concorrono insieme a rappresentare il fallimento come un misfatto³³. Gli stessi termini, di risalente tradizione, come *fuga*, *fugitivus*, *debitor fugitivus*, sono frequentemente indicati nelle fonti normative e dottrinarie per indicare i presupposti oggettivi dell'istituto³⁴.

Compare così un nuovo elemento, la fuga, di estrema importanza per il ruolo che ha avuto nella caratterizzazione dell'istituto del fallimento, fino ai nostri giorni³⁵. Si pensi ad esempio all'art. 7, R.D. 267/1942, il quale, nel testo vigente, stabilisce che l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento spetta al pubblico

nettamente dalle procedure concorsuali messe a punto dal diritto romano». Cfr. U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 23 – 24.

³³ Si crea attorno al mercante in difficoltà un'atmosfera di diffidenza e la c.d. *suspectio de fuga* accresce il timore per una partenza precipitosa ed inaspettata. Si prevedono allora provvedimenti cautelari, quali la carcerazione del sospetto e il sequestro dei suoi beni, che solo successivamente sono oggetto di un apposito procedimento di cognizione per il merito e la convalida. Cfr. G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., p. 9.

³⁴ Non vi era dubbio che il presupposto sostanziale del fallimento fosse lo stato di insolvenza, tanto che in alcuni statuti corporativi questo era disciplinato in modo autonomo. Tuttavia le fonti ricorrono al concetto di fuga a sostegno di ragioni di economia processuale che consigliavano di fondare l'agile strumento della presunzione legale su una circostanza accertabile con maggiore rapidità ed efficacia. G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., p. 9, sostengono infatti che «nella coppia terminologica fuga/insolvenza vi è dunque più che un rapporto di strumentalità: la prima, infatti, finisce per rappresentare nell'immaginario collettivo la sostanza stessa del fallimento tanto che la fuga si identificava con l'insolvenza e ci volle del tempo per maturare l'idea che l'insolvenza dovesse essere provata anche in altro modo».

³⁵ Si ricordi lo *Statuto del Capitano del Popolo di Firenze* (che oggi è possibile leggere in una compilazione del 1322 – 1325) dove è stabilito che il Podestà ed il Capitano di Firenze debbano ricercare e perseguire in tutti i modi, anche ricorrendo alla tortura, i mercanti, o coloro che per mestiere maneggiano denaro o mercanzie altrui, i quali, *fuggendo o assentandosi dalla città*, portino via con sé denaro contante o roba altrui (avuta a credito), al fine di ritrovare la roba ed il denaro (appartenente ai creditori). Il mercante che fugge con i beni che non gli appartengono compie uno dei reati più gravi. Anche nello Statuto di Siena del 1262, una norma del *Costituto*, datata 1224, si riferisce proprio alla fuga di chi lascia il territorio della città senza aver pagato i propri debiti, o comunque senza aver restituito quanto di non suo detiene. In questo caso, sono i creditori a chiedere all'autorità giudiziaria che il fuggitivo sia bandito, che cioè sia colpito da una pena di *contrappasso*: l'insolvente è andato via di sua volontà, è fuggito ed ora non può più ritornare in città, a meno che gli stessi creditori non si accordino con lui e acconsentano alla revoca del bando. A Siena, inoltre, nella prima metà del 1200, il debitore inadempiente doveva cedere tutti i suoi beni e il giudice si incaricava di regolare il concorso dei creditori con una sentenza appellabile. Si veda A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, cit., pp. 175 – 176; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 40 ss..

ministero quando, tra le altre cose, l'insolvenza risulta dalla «fuga dell'imprenditore»³⁶.

Proprio in considerazione della sua attività di intermediario e della centralità della figura nella società dell'epoca, il mercante entra in contatto con numerosi soggetti, disposti a fargli credito. In questo periodo nasce il fallimento come soluzione diretta a tutelare le ragioni e gli interessi dei creditori, vocazione che è presente fino alla legge fallimentare del 1942 e, anche oggi, solo parzialmente smentita.

È all'interno di questo contesto che il fallimento si sviluppò come strumento per la difesa del credito e della fiducia e per fornire una tutela adeguata ai creditori del mercante che avesse perduto la capacità di fare fronte ai pagamenti³⁷.

Il diritto fallimentare, nascendo dalla *lex mercatoria*, si consolidò dove erano più fiorenti gli scambi commerciali e sono gli Statuti comunali delle città più ricche, italiane³⁸ ed europee³⁹, che costituiscono il punto di partenza per le prime positivizzazioni⁴⁰.

³⁶ L'art. 7 non è altro che il riflesso del *fugitivus*, ovverosia del fallito, di chi fuggiva per non essere colpito dalle sanzioni previste in caso di insolvenza, insolvenza che si manifestava proprio con l'evento della fuga. Così M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit., p. 22.

³⁷ U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 16 che definisce l'istituto come una «liquidazione generale ed officiosa del patrimonio d'un dissestato nell'interesse dei suoi creditori».

³⁸ Tra i tanti esempi, oltre quelli già citati, si vogliono ricordare il *Constitutum usus* di Pisa del secolo XII, che pur attendendosi sulla figura negoziale della *cessio bonorum* afferma per la prima volta il principio del concorso dei creditori *per libram*; lo *Statuto Vercellese*, 1241, che prescrive severe misure cautelari e soddisfattive sulla persona e sui beni del debitore, estendendo ai figli gli effetti dell'insolvenza. La famiglia medievale e moderna assegnava un ruolo importante e grande rilievo alla solidarietà patrimoniali tanto che, utilizzando il medesimo principio, gli effetti patrimoniali del dissesto erano estesi, oltre che ai fratelli, anche ai soci in affari: era difficile determinare di volta in volta il rapporto tra lo specifico campo di attività in cui si era manifestata l'insolvenza e le altre *negotiationes* in cui i soggetti diversi dai primi risultavano anch'essi associati con il debitore dissestato. Altri esempi di statuti mediante i quali ha iniziato a positivizzarsi il diritto concorsuale sono gli Statuti Mercantili di Piacenza e gli Statuti dei Banchieri Bolognesi, 1245, che impongono al *fugitivus* una serie di interdizioni dall'attività commerciale in ragione della natura penale della decozione. In questo caso la sanzione dell'*interdictio* è comminata proprio dalla corporazione mercantile che si mostra particolarmente interessata a stringere un vero e proprio cordone sanitario intorno al debitore fuggitivo: la *capitis deminutio* è estesa ai figli del fallito in forza del principio della solidarietà familiare. Sull'argomento e per ogni fonte in proposito, si vedano G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., p. 8.

³⁹ La regione *Champagne* francese e, in generale, le città sede delle Fiere, dove maggiori erano le occasioni per l'intensificazione dei traffici commerciali.

⁴⁰ In A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, cit., p. 179, l'A. osserva che «in questo contesto, si scorge un accumularsi, frammentario, di prassi ed usi giurisprudenziali, specchio di una realtà vivace e propositiva, quella mercantile, che si autotutela con regole proprie: si percepisce la difficoltà dei legislatori, delle autorità cittadine e dei principi, che di rado riescono nell'intento di promulgare discipline compiute ed organiche». La situazione, con le dovute proporzioni, non sembra molto diversa da quella odierna. Anche A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 12, evidenzia che per tutta l'esperienza basso medievale, lo sviluppo del diritto fallimentare è dominato da una significativa

Il fallimento era considerato nella coscienza sociale come una delle più gravi lesioni dei principi di buona fede e onestà che erano alla base della vita mercantile. Le legislazioni statutarie configuravano la decozione come reato, facendo prevalere dunque i profili penali del dolo e della frode⁴¹ con una propensione a sanzionare l'insolvenza in quanto tale senza distinguere tra fattispecie e senza tenere conto delle cause del dissesto⁴².

Per molto tempo il fallito veniva arrestato, tradotto in carcere e, se fuggitivo, bandito *de maleficio et fuga*. Alcune legislazioni assimilavano il fallimento al furto, mentre, in altre, si giunge perfino a considerare ribelli i rei di fallimento fraudolento e, per questo motivo, passibili perfino della pena di morte⁴³.

Il fallimento era connotato da una carica di riprovazione non solo morale ma anche giuridica, costituendo un reato a prescindere dall'eventuale congiuntura sfavorevole in cui poteva essersi imbattuto il mercante⁴⁴. Non era nemmeno ipotizzata la figura del mercante onesto ma sfortunato: la disonestà era *in re ipsa* per il commerciante che non poteva far fronte alle proprie obbligazioni. Il profilo della bancarotta prevaleva nettamente su quello della mera insolvenza⁴⁵.

«disorganicità disciplinare». L'individuazione di principi diretti ad una sistematizzazione della materia si afferma solo a partire dal secolo XVI, «attraverso un processo di elaborazione dogmatica destinato ad innestarsi nella pratica consolidata di più secoli ed a valorizzare efficacemente i caratteri propri di quell'esperienza».

⁴¹ Come sostenuto da G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento, cit.*, p. 12, il comportamento di chi scappava per non adempiere alle proprie obbligazioni era segno e rappresentazione della frode stessa, tanto che i singoli atti che precedevano la decozione erano considerati collegati fra loro in un coerente disegno criminoso.

⁴² Quella del mercante era una professione caratterizzata da una molteplicità di rischi ed imprevisti quali, ad esempio, i disastri marittimi, la pirateria, la lentezza delle comunicazioni, i sequestri, l'endemica mancanza di liquidità, l'oscillazione dei prezzi. V. G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento, cit.*, p. 21.

⁴³ A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria nelle città italiane*, Milano, 1884.

⁴⁴ M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, *op. cit.*, pp. 21 – 22 sostiene infatti che il diritto fallimentare nasca per assecondare i profili patologici dei traffici commerciali e dunque per dare delle regole agli scambi commerciali quando qualcuno dei soggetti (essenzialmente mercanti) coinvolti risultava inadempiente. La stessa etimologia della parola *fallimento* deriva da *fallere*, cioè *ingannare*, il che all'evidenza rimanda all'idea della frode.

⁴⁵ A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento, op. cit.* Secondo l'A. o stesso termine *bancarotta* trova la sua fonte semantica nella *rottura del banco* che era una sanzione applicata al debitore ed assumeva una valenza simbolica oltre che materiale. Il termine è infatti ricollegabile al sostantivo *rupti*, rotti, cioè falliti, inizialmente applicata solo ai banchieri e più tardi estesa a tutti i mercanti. Il termine è stato mantenuto nei codici ottocenteschi francesi (*banqueroute*) e italiani (oggi l'art. 216 L. Fall. parla di bancarotta quale profilo penale del fallimento). Anche nella legislazione inglese è presente il termine *bankruptcy* nel senso generale di fallimento, utilizzato, in origine, per indicare i danni materiali provocati, con violenza, dai creditori inferociti, ai banchi che non pagavano più.

Questa identità tra fallimento e reato fu progressivamente abbandonata a favore di una più precisa individuazione della fattispecie criminosa⁴⁶. Al fine di configurare un reato iniziò, infatti, ad essere necessario uno specifico comportamento doloso, rigorosamente provato o presunto⁴⁷.

A partire dal secolo XV, il fenomeno dell'insolvenza divenne un evento che poteva verificarsi non solo per colpa del mercante ma anche a causa di fattori che oggi definiremmo esogeni. Il reato fallimentare diviene una mera, seppur molto frequente, eventualità.

Alla luce della breve indagine svolta è possibile affermare che le travi portanti del fallimento, come si è affermato nel secolo XX, in particolare nel nostro ordinamento, sono ancora quelle di oltre cinquecento anni prima, con i caratteri repressivi e sanzionatori tipicamente medievali, che caratterizzano il fallito come un soggetto miserabile e deprecabile⁴⁸.

Come si vedrà, solo le recenti riforme hanno tentato di mutare la connotazione negativa dell'imprenditore insolvente, mediante strumenti di riabilitazione sociale del fallito e introducendo l'ulteriore finalità di salvaguardia dei complessi aziendali dell'imprenditore in difficoltà.

⁴⁶ Alla particolare severità delle pene previste originariamente a causa della piena equiparazione tra fallimento e reato, la dottrina di diritto comune sostituisce una configurazione tripartita, diretta a distinguere tra fallimento incolpevole, bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta. La nascita della figura autonoma di bancarotta nasce intorno alla fine del Quattrocento quando si legittima il fallito alla prova dell'assenza della colpa o del dolo. In questo senso, A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., p. 16.

⁴⁷ Cfr. A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., p. 13.

⁴⁸ M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, op. cit., p. 20 ss., pone in luce come il grande disfavore con cui viene visto il fallito, al punto di essere costretto ad indossare capi di abbigliamento atti a farlo riconoscere in pubblico, è un atteggiamento che si è perpetuato nei secoli fino a giungere, nell'ordinamento italiano, alla legge del 1942 con particolare riguardo all'art. 50, che sanciva il pubblico registro dei falliti (articolo che è stato abrogato solo con la riforma del 2006). Altri retaggi storici di stampo medievale sono anche individuabili nell'art. 147 L. Fall. (fallimento dei soci illimitatamente responsabili) che richiama l'antico fallimento in estensione dei parenti e dei soci. Anche due importanti postulati dell'attuale fallimento erano già ben noti nell'età intermedia: si vuole far riferimento al principio della *par condicio creditorum*, con compressione dei privilegi, ed alla costruzione di un'azione revocatoria, prevista ai sensi dell'art. 67 L. Fall.. In particolare, con riferimento a quest'ultimo istituto, ci si riferisce, come allora, alla costruzione di un'azione, con tanto di periodo di sospetto, diversa dall'*actio pauliana*, dotata di una maggiore incisività. Tale azione, ancora al centro dei dibattiti della dottrina e della giurisprudenza, trova la propria radice nel principio della fiducia e dunque nell'importanza di valutare la buona fede del terzo beneficiario dell'atto da revocare. Da ultimo, si vogliono ricordare gli artt. 84 e ss. L. Fall. (apprensione dell'attivo) e gli artt. 92 e ss. (accertamento del passivo) i quali sono riconoscibili nella costituzione di un vincolo sui beni del fallito.

1.2. Non solo fallimento. La nascita della composizione negoziata della crisi d'impresa

Sempre nelle legislazioni medievali è possibile rinvenire anche i primi modelli della tanto decantata e attualissima composizione negoziata della crisi d'impresa.

Nel momento in cui si affermò la nuova idea che si potesse fallire anche senza colpa o dolo e, dunque, per mera sfortuna, si diffuse l'istituto del concordato, non a caso tramandato nel nostro ordinamento come un procedimento rivolto al debitore onesto ma sfortunato.

Senza rinunciare alla severità nei confronti del fallito, invocata dalle autorità pubbliche e dallo stesso ceto mercantile, il procedimento mirava in ogni caso al raggiungimento di un accordo con i creditori (appunto, il concordato). Il giudice della procedura, infatti, si adoperava per ottenere dai creditori una proporzionata remissione dei crediti di ciascuno, concedendo anche salvacondotti e moratorie al decotto, perché gli fosse risparmiato il carcere per un periodo definito, durante il quale aveva l'opportunità di raggiungere con i suoi creditori un regolamento negoziale e transattivo dei debiti contratti⁴⁹.

I creditori, durante l'*iter* fallimentare, svolgevano un ruolo attivo tramite un loro comitato o attraverso appositi organi di rappresentanza e, in particolare durante l'assemblea dei creditori, essi valutavano l'opportunità di stringere un accordo con il fallito per regolare in via transattiva la liquidazione del patrimonio⁵⁰.

Il concordato aveva come presupposto lo stato di insolvenza e, a differenza di altre forme negoziali come la *cessio bonorum*, si collocava pienamente all'interno della disciplina fallimentare, sia quando rappresentava un possibile esito del procedimento (alternativo alla liquidazione), sia quando interveniva in via preventiva allo scopo di evitare il fallimento.

⁴⁹ Sull'argomento, si veda U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pp. 275 ss.; A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, cit.

⁵⁰ Tali accordi, talvolta, avevano anche la funzione di mettere in condizione il debitore di adempiere in parte alle sue obbligazioni, impegnandosi a saldare in momenti più prosperi l'intero ammontare del suo debito. Così G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., p. 15. È importante sottolineare che l'esperienza giuridica veneziana assegnava grande rilievo a *fide* e *accordi* in coerenza con una politica legislativa volta a indirizzare l'intera procedura fallimentare verso una transazione pacifica tra debitore e creditori. Infatti i magistrati veneziani, i *Sopraconsoli*, operavano in controtendenza rispetto ai magistrati delle altre città, essendo espressamente deputati a tutelare gli interessi e la persona del debitore. Sull'argomento, G. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI*, cit., pp. 113 ss..

Il concordato poteva essere più vantaggioso per il debitore che riacquistava la propria capacità giuridica ed evitava le conseguenze disastrose dell'infamia; d'altra parte, spesso l'istituto era utile anche per gli stessi creditori che così non dovevano sopportare le lentezze di un costoso procedimento dagli esiti non sempre sicuri e, soprattutto, garantiti.

Data l'importanza che andò assumendo l'istituto del concordato, i vari legislatori si adoperarono a disciplinare la materia approntando solide garanzie e scoraggiando transazioni occulte fra i singoli creditori e il debitore in danno della massa fallimentare⁵¹.

Quando non interveniva il concordato o l'accordo non andava a buon fine, la procedura si incamminava verso il suo esito naturale: la liquidazione dell'attivo ed il soddisfacimento dei creditori.

Sono notevoli, dunque, le somiglianze e i caratteri fondamentali del moderno concordato preventivo, per molto tempo istituto connotato da finalità liquidatorie.

Come in precedenza accennato, la legislazione statutaria puniva l'insolvenza del mercante con particolare severità; unica eccezione, all'interno di un panorama che vedeva le norme in tema di fallimento quali norme dirette a sanzionare ed eliminare dal mercato il commerciante inadempiente, fu il diritto veneziano, che seguì una strada opposta.

L'ordinamento della Repubblica di Venezia, infatti, assunse una posizione in favore del debitore e della sua libertà di impresa che perdurò sino alla caduta della Repubblica e cedette soltanto di fronte alle innovazioni rivoluzionarie che presero avvio alla fine del Settecento⁵².

⁵¹ Gli statuti si curarono di disciplinare con cura le procedure della votazione, il computo della maggioranza e le forme di deliberazione. Non di rado è la stessa autorità pubblica a suggerire e a garantire l'applicazione degli accordi. Così G. R. MAGGIORE – C. COSTA, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, cit., p. 15; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pp. 300 ss..

⁵² Come sostenuto da U. SANTARELLI, *Il fallimento: delitto o sventura?*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso medioevo ed Età Moderna*, a cura di A. LEGNANI ANNICHINI – N. SARTI, 2011, a Venezia, l'accordo fra creditori e debitore, costituiva l'esito di praticamente ogni fallimento. Certamente, anche nelle fonti veneziane si rinvenivano numerose lamentele per i pericoli e i molteplici danni ai quali erano sottoposti i mercanti a cagione dei frequenti fallimenti. Tuttavia, le disposizioni mantenevano un orientamento più severo con i creditori piuttosto che con il fallito, il quale veniva perseguito penalmente soltanto in casi estremi, quando non vi fosse alcun appiglio per una chiusura concordata della procedura. Cfr. A. SCIUMÈ, *Ricerche sul fallimento*, Milano, 1985, pp. 71 ss.; A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., pp. 20-21.

Emblematiche sono a tal proposito le posizioni assunte da Cesare Vivante, uno dei maestri del nostro diritto commerciale contemporaneo, il quale si schierò a favore dell'impiego dello strumento concordatario come mezzo per favorire la finalità della continuità aziendale, là dove questa fosse possibile⁵³.

L'orientamento veneziano, favorevole al debitore anziché protettivo degli interessi dei creditori, costituì un caso a sé stante nel panorama generale dell'esperienza giuridica Bassomedievale: un caso, tuttavia, di assoluta importanza e significativo.

Solo recentemente, come si avrà modo di approfondire in seguito, il concordato preventivo ha iniziato ad assumere, nel nostro ordinamento, una finalità conservativa dei valori aziendali, essendo dunque realmente alternativo alla procedura fallimentare.

1.3 Le disposizioni concorsuali dal Codice di Commercio del 1882 alla Legge Fallimentare del 1942. L'assenza del concetto di continuità aziendale

La raggiunta Unità d'Italia nel secolo XIX impose la redazione di codici unitari e la scelta fu quella di mantenere una distinzione fra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali, producendo così un Codice di Commercio nel quale fu inserita la disciplina del fallimento⁵⁴.

Il Codice di Commercio del 1882 si sostituì al Codice precedentemente emanato nel 1865 ed è figlio di un' evidente influenza dell'ordinamento francese.

La normativa concorsuale del Codice è interamente opera del giurista Pasquale Stanislao Mancini: l'impostazione seguita è quella francese e belga⁵⁵ e, a differenza che in altre sezioni del medesimo codice, non si segue il modello

⁵³ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1911, p. 476., sosteneva infatti che «è troppo utile alla società che l'azienda, spesso costituita coll'opera onesta, industriosa di più generazioni, non vada dispersa nel nulla delle liquidazioni, e divenga centro fecondo di una rinnovata attività economica. [...] ogni azienda alimentata dal credito è obbiettivamente un'amministrazione di capitali altrui: se colui che la dirige è immune da colpe, è logico che i creditori risentano le perdite della sua gestione, come avrebbero goduto i benefici di un lucroso impiego se l'azienda fioriva».

⁵⁴ Così M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 23.

⁵⁵ Sul punto, si veda diffusamente A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, cit.; M. GALDI-D. GALDI, *Il Codice di Commercio del Regno d'Italia, con l'esposizione dei motivi che l'hanno preparato e seguito*, Napoli, 1882.

germanico⁵⁶ perché ritenuto in contrasto con la tradizione nazionale, per cui la normativa fallimentare viene applicata ai soli commercianti.

Con il Codice fu introdotta la figura del curatore fallimentare, singolo e non creditore, ritenuto più imparziale nella gestione dell'attivo e nella gestione delle pretese creditorie. Inoltre, si stabilì l'indipendenza del procedimento penale per bancarotta rispetto a quello fallimentare e si ridussero i margini di manovra del fallito, durante e dopo il procedimento, lasciando ampio spazio all'arbitrio del giudice e, contemporaneamente, diminuendo, se non eliminando, le possibilità di composizione negoziata della crisi di impresa⁵⁷.

Come si vede, nel Codice di Commercio del 1882 si ritrovano molti istituti del moderno diritto concorsuale.

Tale Codice prevedeva anche la possibilità della continuazione dell'attività d'impresa in crisi ma si trattava dell'ipotesi di continuazione temporanea dell'esercizio commerciale a procedura fallimentare aperta, con l'unico obiettivo di evitare un danno ai creditori⁵⁸.

Obiettivo centrale delle disposizioni fallimentari era la salvaguardia dell'interesse dei creditori, interesse che poteva essere tutelato esclusivamente attraverso la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente.

⁵⁶ La legge fallimentare tedesca (*Konkursordnung*) del 1877, a differenza di quella francese (e anche diversamente dal *Código de comercio* spagnolo del 1829) si applicava indifferentemente sia ai commercianti che alle altre categorie di debitori, senza porre distinzioni fra persone fisiche e persone giuridiche. Si era mantenuta, nell'ordinamento tedesco, una tradizione legislativa risalente alla legge prussiana sull'ipoteca e sul fallimento del 1723, nonché alla legge fallimentare prussiana del 1855. Cfr. S. A. RIESENFELD, *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, cit., pp. 10 ss.. È importante sottolineare che il Veneto, soggetto al dominio austriaco fino al 1866, adottò il tipo di fallimento tedesco, estendendo la procedura concorsuale ai non commercianti. Alcuni esponenti della politica italiana dell'epoca prediligevano la soluzione tedesca (si veda, fra tutti, la posizione del deputato veneto Giovanni Battista Varè): Mancini ed il ministro Zanardelli replicarono a queste posizioni in favore di un fallimento solo per i commercianti, con l'obiettivo di colpire con maggiore durezza i fallimenti colposi e dolosi dei commercianti stessi. Si veda la *Relazione del Ministro di Grazie e Giustizia e dei Culti (Mancini) od esposizione dei motivi del Progetto del Codice di commercio pel Regno d'Italia*, 1878.

⁵⁷ Sul tema, cfr. diffusamente A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di Storia del diritto commerciale*, Milano, 1992; L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Torino, 2008.

⁵⁸ Secondo A. ROSSI, *La conservazione dell'impresa in crisi nell'evoluzione delle procedure concorsuali*, in *La giurisdizione fallimentare*, a cura di A. LEGNANI ANNICHINI – N. SARTI, cit., p. 147 la possibilità di continuare l'attività dell'impresa in crisi non era una scelta strategica legata a valutazioni circa i vantaggi che sarebbero derivati al sistema economico produttivo mediante il mantenimento in esercizio dell'impresa in stato di dissesto. L'A. pone in risalto come, piuttosto, la previsione fosse dovuta a motivazioni legate a «spicciole ragioni di bottega, dovute ad esempio, alla necessità di terminare lavorazioni ancora in corso al momento della dichiarazione di fallimento, per ultimare i prodotti da vendere, ma maggiore valore aggiunto, nel corso della liquidazione fallimentare». Si veda anche SCIUMÈ A., *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit..

In estrema sintesi vale per il Codice del 1882 ciò che si afferma con il Codice francese del 1807 e cioè che si tratta di un'espressione dello Stato liberale, uno Stato definito, in termini sociali, "monoclasse", connotato da una realtà economica, giuridica e finanziaria semplice, caratterizzata dall'uniformità degli interessi disciplinati: quelli, appunto, della classe borghese, dei commercianti⁵⁹.

Se si osservano i Codici dell'Ottocento, si nota come essi fossero intrisi di liberalismo e di enfaticizzazione di interessi privatistici, quali quelli del ceto imprenditoriale e dei creditori insoddisfatti, e di come la pubblica autorità avesse un interesse solo mediato, alla quale si accostava un interesse del diritto penale per la tutela del credito pubblico, pregiudicato dalla perturbazione del credito privato⁶⁰.

Figura centrale del sistema erano dunque i creditori: si pensi al ruolo d'indirizzo che spettava agli stessi, in talune fasi della procedura, non disgiunto da poteri quasi gestori, e all'influenza effettiva che le loro determinazioni avevano sullo sviluppo della procedura⁶¹.

Ma v'è di più se si analizza l'evoluzione dell'ordinamento italiano.

Se si guarda, infatti, al Codice di Commercio del 1865, è possibile constatare che la prima disciplina del concordato fallimentare sembrava quasi aprire uno scenario di soluzioni concordate alternative alla liquidazione fallimentare, sebbene la procedura non conoscesse effettivi momenti di valorizzazione dell'impresa. Ogni potenziale apertura alle soluzioni concordate alla crisi d'impresa fu soffocata invece con il Codice di Commercio del 1882 e dalle leggi che si susseguirono, tramontando definitivamente con la Legge Fallimentare del 1942.

Basti guardare le posizioni della dottrina d'inizio Novecento, le quali accentuano il profilo pubblicistico della procedura fallimentare⁶² e sostengono la

⁵⁹ L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, cit., p. 48. Per un approfondimento sul concetto di Stato monoclasse di stampo borghese liberale e sulle evoluzioni economiche, finanziarie e sociali ad esso successive, si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860 – 1950*, Milano, 2000, p. 110.

⁶⁰ G. BONELLI, *Del fallimento: commento al Codice di commercio*, cit..

⁶¹ Dall'assemblea dei creditori al potere di indicazione e sostituzione dei membri della procedura, poteri che, in parte, permangono anche nell'ordinamento moderno.

⁶² A. CANDIAN, *Il processo di fallimento. Programma di un corso*, Padova, 1934, p. 3 sostiene che «quando un commerciante (persona fisica o persona giuridica) non è più in condizioni di pagare in scadenza i suoi debiti, l'autorità giudiziaria sostituisce a lui dei propri organi allo scopo che sia eseguito, nella misura e nei termini che risulteranno possibili, e sempre con l'osservanza del pari trattamento dei creditori, quel pagamento: cioè sottrae e lui, trasferendolo a quegli organi, quell'esercizio dei poteri di disposizione che [...] deve attuarsi appunto [...] in quel pagamento imparziale, cioè uguale per tutti (sarebbe infatti un errore il pensare che ciò interessi solo i singoli creditori mentre interessa immediatamente lo Stato)». Ancora più netta la posizione di A. ASQUINI, *Sul fallimento, sul concordato, e sui piccoli fallimenti*, in *Scritti giuridici*, 1939, pp. 188 ss. che

necessaria creazione di un (più) severo impianto volto a realizzare contemporaneamente la soddisfazione della massa dei creditori e l'esclusione del fallito dal sistema produttivo, non contemplando ipotesi volte al salvataggio dell'impresa appartenente allo stesso⁶³.

Al netto di quanto sopra brevemente evidenziato, si vede come la visione veneziana, protettiva del debitore insolvente ma sfortunato, fosse ormai tramontata.

È anche interessante notare come, a differenza degli altri ordinamenti, inglese e americano su tutti, ma anche belga e francese⁶⁴, a cui pure quello italiano si era originariamente ispirato, quest'ultimo si muove in una prospettiva del tutto inversa.

Se gli altri ordinamenti si stavano evolvendo nel senso di diminuire la portata sanzionatoria ed afflittiva delle procedure concorsuali ed aumentare il carattere privatistico della crisi di impresa, favorendo le soluzioni negoziate, il diritto concorsuale italiano si evolve nella direzione inversa, orientato ad una sempre maggiore condanna dell'insolvenza ed un'impronta notevolmente pubblicistica dei procedimenti concorsuali, che raggiunge il proprio apice con il R.D. 267/1942.

segnalava che «nella materia fallimentare, quelle particolari degenerazioni del costume che paralizzano l'efficacia delle leggi migliori che sono da lungo tempo denunciati dalla pubblica opinione [...] sono state rese possibili e favoriti dalle maglie troppo larghe del codice vigente, imbevuto di un eccessivo ottimismo». Per l'A. era necessaria una riforma delle norme fallimentari «secondo una più severa concezione della funzione sociale dell'istituto, aderendo alle direttive generali della politica del regime [...] attraverso una più rigorosa valutazione dell'istituto fallimentare come istituto di diritto pubblico [...] bisognoso] di un'energica riaffermazione legislativa». Risulta evidente la spinta della dottrina ad una revisione del Codice del 1882 nel senso di una maggiore severità nei confronti del fallito e di un orientamento della disciplina esclusivamente pubblicistico.

⁶³ R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, terza edizione, Milano, 1955, p. 38 afferma che «l'interesse pubblico, che imprime una così peculiare natura ai procedimenti concorsuali, è in funzione della difesa dell'economia generale contro il fenomeno morboso dell'insolvenza, che minando la vita delle imprese commerciali, recide i gangli vitali della produzione e del credito, dai quali dipende il benessere del Paese: ed è così accentuato, da giustificare che si dica che mai come nel processo di esecuzione collettiva l'interesse pubblico è di carattere primario rispetto a quello dei privati; e che lo Stato, con gli organi giudiziari a ciò predisposti, tende primariamente a conseguire il primo: sia pure come mezzo che contestualmente determina anche il soddisfacimento del secondo». Tale affermazione è importante perché pone in risalto i profili di continuità nella visione dell'economia e del ruolo dei suoi attori percepibile nel passaggio dal regime alla Repubblica. Si veda anche A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit..

⁶⁴ Anche l'ordinamento francese, in origine estremamente severo nei confronti del debitore insolvente, si stava evolvendo nel senso di una diminuzione della portata sanzionatoria delle procedure concorsuali per il debitore insolvente e di un incoraggiamento delle soluzioni negoziali della crisi e della salvaguardia dei valori aziendali.

1.4. La Legge Fallimentare: il R.D. 16 marzo 1942, n. 267

L'evoluzione del nostro paese in termini economici, finanziari e sociali, rese, dopo pochi decenni, pressante l'esigenza di una revisione organica della disciplina fallimentare.

Sebbene, come visto, nel periodo che va dal 1882 al 1942 non mancarono importanti modifiche dell'impianto fallimentare⁶⁵, è con l'assetto che si delinea nel 1942, attraverso la promulgazione del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, che viene segnata un'importante svolta nel panorama del fallimento e delle procedure concorsuali, pur in un clima di continuità con la legislazione intermedia⁶⁶.

La nuova Legge Fallimentare del 1942, che costituisce il naturale sbocco del pensiero economico e sociale del tempo, si muove lungo due binari ben distinti, che governeranno per molti decenni le sorti dell'impresa italiana in stato d'insolvenza e che caratterizzano, ancora oggi, il nostro ordinamento concorsuale.

La prima caratteristica della nuova normativa fu la visione marcatamente sanzionatoria e afflittiva del fallimento, in una linea di continuità con la legislazione intermedia, accentuandone, però, il carattere repressivo⁶⁷.

Prevalgono nettamente i profili sanzionatori e punitivi del fallimento, allineati con l'idea che l'istituto perseguisse finalità di un pubblico interesse, intesa sia come esigenza di tutela dei creditori sia come necessità di espellere dal mercato l'impresa

⁶⁵ Tra tutte, si ricordano le già citate legge del 24 maggio 1903, n. 197, sugli accordi preventivi e sulle procedure per fallimenti di piccola entità (le cui norme sul concordato preventivo sono state mantenute anche nella Legge Fallimentare del 16 marzo 1942), e l'importantissima L. 995/1930, con la quale si auspicava un maggior rigore ed una maggiore afflittività delle norme concorsuali. Sul punto, il già citato autorevole parere di A. ASQUINI, *Sul fallimento, sul concordato, e sui piccoli fallimenti*, cit.. Cfr. anche S. A. RIESENFELD, *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, cit..

⁶⁶ Il sistema delineato nel 1942 si poneva in una prospettiva di accentuata pubblicizzazione delle procedure concorsuali, comportando irrigidimenti non marginali. Si parla di una configurazione tutta italiana del fallimento, attraverso la ricongiunzione con le fondamentali caratteristiche che l'istituto possedeva nella tradizione giuridica medievale all'interno della quale era stato generato. Secondo A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, p. 200 «L'istituto del fallimento sorto nelle legislazioni statutarie italiane, e da queste esposto con ampiezza e precisione, si diffuse rapidamente in tutta Europa, per effetto dell'influenza del ceto mercantile italiano e della nostra letteratura giuridica. La sostanza dei principi e delle regole elaborate dal diritto statutario è rimasta inalterata attraverso le trasmissioni fatte dall'istituto per tutta l'Europa, e informa, ancora oggi, le legislazioni vigenti». Si veda anche A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, cit.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.; U. SANTARELLI, voce *Fallimento (storia del)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, V, 1990, p. 366.

⁶⁷ La storiografia fallimentare e la dottrina di diritto positivo sono sostanzialmente concordi nel qualificare come autoritaria la Legge del 1942, figlia del regime fascista e della concezione politica ed economica del tempo.

insolvente, considerata alla stregua di un *virus* infetto capace di trascinare altre imprese nel dissesto⁶⁸.

L'impianto, nel suo complesso, disvelava caratteristiche dirigistiche accentuate, sicuramente discutibili ma, nel loro complesso, coerenti ed organiche.

Infatti, se l'obiettivo era annientare l'impresa insolvente il più rapidamente possibile per salvare e proteggere le altre, assolutamente coerente era il sistema revocatorio e l'assenza di garanzie procedurali per l'imprenditore insolvente, il tutto imperniato su una chiara finalità liquidatoria dell'impresa in crisi⁶⁹.

Tutto quanto premesso permette di individuare la seconda caratteristica della normativa fallimentare del 1942. L'asse dei rapporti fra i protagonisti della situazione d'insolvenza, si sposta decisamente verso la componente pubblicistica: il ruolo dei creditori viene svilito⁷⁰ a fronte dell'esaltazione della posizione del giudice delegato e dell'autorità giudiziaria in generale⁷¹.

⁶⁸ Così M. FABIANI, *Diritto Fallimentare, cit.*, pp. 25 ss.. Ecco che si vede la massima concretizzazione della *concezione darwiniana* del diritto concorsuale, concezione che vede l'impresa insolvente come un male assoluto da estirpare. L'imprenditore insolvente è un imprenditore incapace che, mediante la frode e l'inganno, ha danneggiato gli interessi dei creditori e della società: l'interesse pubblico all'espulsione dell'impresa in crisi dal mercato è figlio del retaggio storico medievale che ha condizionato in modo evidente la concezione del fallimento e delle procedure concorsuali del legislatore italiano. Tuttavia, si segnala anche altra parte della dottrina che legge la normativa del 1942 quale espressione di regolazione di interessi privati, marcando un solco fra profili civilistici e penalistici del fallimento. Una sorta di lettura di mediazione era offerta da coloro che osservavano che non ci fosse contraddizione tra interesse pubblico ed interesse privato, dal momento che l'interesse dei creditori era una porzione dell'interesse pubblico, rappresentato anche dall'esigenza di espellere l'impresa dal mercato.

⁶⁹ Il sistema revocatorio costruito era estremamente rigoroso e si offriva poco spazio alla buona fede del terzo e, di riflesso, dell'imprenditore fallito. Ciò induceva i creditori a non erogare servizi, forniture e nuova finanza all'imprenditore fallendo, nel timore di subire una revoca. Osserva M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ..., op. cit.*, pp. 25- 26, che, sebbene la scelta potesse essere stravagante, in un ordinamento che si disinteressava dell'impresa, tale politica legislativa era perfettamente coerente. Così configurato, il procedimento doveva essere decisamente spedito ma ciò, come emerso dalle rilevazioni statistiche, non si verificò (prima della Riforma del 2005 e del 2006, la durata media di un fallimento si attestava sui sette anni e le percentuali distribuite ai creditori chirografari erano mediamente nell'ordine del 10/12% dei crediti originariamente vantati).

⁷⁰ Il comitato dei creditori assume solo funzione debolmente consultiva; il curatore, invece, è l'organo motore della procedura ma con un'autonomia, anche gestoria, fortemente compressa dalla direzione e dal controllo da parte del giudice delegato. Quest'ultimo, infatti, nomina gli ausiliari del curatore (art. 25 L. Fall.), autorizza gli atti di amministrazione (art. 35 L. Fall.) e le vendite, accerta il passivo e dispone le distribuzioni ai creditori.

⁷¹ Come sostenuto da R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare, cit.*, pp. 92 ss., favorevole a tale impostazione, «tutti i poteri sono riuniti nel Tribunale e nel giudice delegato; il curatore non è altro che un organo esecutivo, alle dipendenze di quest'ultimo; nessuna influenza possono esercitare i creditori; la riunione di costoro è dalla legge, almeno a quanto espressamente disciplina, ridotta a due soli casi, accertamento del passivo e concordato; lo stesso organo rappresentativo della categoria e di nomina officiosa, e i suoi pareri non sono mai vincolanti, salvo l'unico caso di continuazione dell'impresa». Di diverso avviso invece F. FERRARA JR – A. BORGIOI, *Il Fallimento*, Milano, 1995, pp. 61 ss. che compiono una valutazione opposta e negativa circa l'esclusione dei creditori dal procedimento, osservando che la normativa del 1942 era «rigidamente informata ad un principio

In estrema sintesi le linee entro le quali si muoveva la Legge Fallimentare del 1942 erano quelle di uno Stato che interveniva in modo incisivo con i propri organi nelle procedure concorsuali, che lasciava pochissimo spazio agli accordi fra privati e che dettava regole estremamente severe sulla tenuta delle scritture contabili e sul loro rilievo nelle procedure e sullo stato del fallito⁷².

Oltre al fallimento, che ancora oggi costituisce il paradigma delle procedure concorsuali, la Legge Fallimentare disciplinava la liquidazione coatta amministrativa⁷³, il concordato preventivo⁷⁴ e l'amministrazione controllata⁷⁵.

Quest'ultima procedura era l'unica, fra le quattro previste, esplicitamente orientata alla salvaguardia dei valori aziendali dell'impresa in crisi e alla riabilitazione dell'imprenditore insolvente.

L'amministrazione controllata era stata inserita nella Legge Fallimentare (artt. 187 ss.) per permettere all'imprenditore di superare situazioni di crisi temporanee, che non consentivano il soddisfacimento immediato delle obbligazioni, ma che tuttavia non erano tali da non configurare una vera e propria insolvenza. Il debitore era posto al riparo dalle azioni dei creditori, essendo prevista una moratoria della durata massima biennale, termine entro cui l'impresa avrebbe dovuto riacquistare il normale equilibrio, così da far fronte a tutte le obbligazioni⁷⁶.

Il concordato preventivo era considerato una procedura minore rispetto dal fallimento, riservato agli imprenditori onesti ma sfortunati, che si trovavano in stato d'insolvenza. Al concordato poteva accedere solo l'imprenditore meritevole⁷⁷ che

autoritario, per cui i creditori, che in definitiva sono gli interessati, sono tagliati fuori dalla procedura non potendo influirvi che in limiti assai ristretti [...] e dovendo attenderne passivamente i risultati».

⁷² Cfr. L. GHIA, *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, op. cit.

⁷³ Procedura amministrativa di tipo liquidatorio, strutturalmente affine al fallimento, riservata a particolari categorie di imprese in funzione dell'interesse pubblico ad esse connesso.

⁷⁴ Procedura che trovava, e tutt'oggi trova, il suo perno in un accordo fra l'imprenditore in crisi ed i suoi creditori, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, finalizzato all'estinzione dell'intero passivo, con esdebitazione completa, all'esito, dell'imprenditore.

⁷⁵ L'istituto era stato introdotto dalla Legge Fallimentare del 1942 e abrogato con il D.LGS. n. 5/2006. Si può dire che la procedura sia rientrata a far parte dell'ordinamento, sebbene con diverse caratteristiche e con un nuovo nome, con il D.L. n. 83/2012 convertito con modificazioni dalla L. 7.9.2012, n. 134, mediante l'introduzione dell'art. 186-bis recante la disciplina del concordato con continuità aziendale.

⁷⁶ L. LANFRANCHI, *Usa alternativo delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e preveducibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985.

⁷⁷ Ovvero colui che (i) avesse tenuto regolarmente la contabilità nei due anni anteriori alla domanda, (ii) non avesse fatto ricorso al concordato preventivo o non fosse dichiarato fallito nei cinque anni precedenti e (iii) non fosse stato condannato per determinati reati.

doveva assicurare il pagamento integrale dei creditori prelatizi e una percentuale non inferiore al 40% a quelli chirografari.

Come appena visto, sebbene il legislatore del 1942 perseguisse, quale obiettivo principale, la salvaguardia dell'interesse dei creditori, mediante la dichiarata volontà di escludere dal mercato dell'impresa in stato di dissesto⁷⁸, fu riconosciuto da subito che la situazione economica dell'impresa non sempre rendeva necessaria la dichiarazione di fallimento⁷⁹.

Tuttavia, è stato sempre il fallimento a dominare la scena dell'impresa in stato d'insolvenza e anche di crisi, essendo considerato lo strumento giuridicamente più idoneo a definire quella selezione già operata dal mercato, selezione che è stata considerata come una sorta di reazione da parte del sistema economico e sociale alla palese inidoneità dell'impresa ad assolvere ai suoi fini⁸⁰.

La finalità liquidatoria delle procedure concorsuali era sicuramente preminente nella legge del '42 e l'interesse alla conservazione dell'impresa ed alla continuazione dell'attività aziendale era relegato ad un piano assolutamente secondario. Questo anche in quanto il concordato e l'amministrazione controllata erano strumenti giuridici caratterizzati da grossi limiti, che ne riducevano drasticamente l'applicazione⁸¹.

⁷⁸ Si veda, infatti, la RELAZIONE ALLA MAESTÀ DEL RE IMPERATORE DEL MINISTRO GUARDASIGILLI (GRANDI) AL R.D. N. 267/1942 dove era sostenuto che «la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori [...]. Consapevole del danno che l'insolvenza dell'impresa reca all'economia generale, la nuova legge è giustamente severa nelle sue sanzioni, dove vi sono responsabilità personali da colpire, come risulta dalle norme penali che la integrano, aliene da ogni malintesa indulgenza». Tuttavia, anche la stessa RELAZIONE ipotizzava l'incapacità della procedura fallimentare a far fronte ad ogni situazione di crisi dell'impresa.

⁷⁹ In questo senso, G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit..

⁸⁰ Cfr. G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit.; A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI, Bologna – Roma, 1979. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, pp. 109 ss., fornisce una visione critica del sistema fallimentare posto in essere dall'impianto legislativo del 1942, in quanto «né l'interprete, né il legislatore riuscirono ad attuare un sistema concorsuale adeguato al raggiungimento delle finalità connesse al nuovo concetto d'impresa».

⁸¹ Uno dei limiti maggiori era proprio quello di essere strumenti solo nelle mani dei debitori, mentre lo scopo di salvare un'azienda non poteva prescindere dalla valutazione anche dei creditori, trattandosi di interessi non solo personali del debitore: i creditori infatti erano interessati a tutelare le ragioni di credito più che a salvaguardare l'impresa in situazione di crisi. Solo verso la fine degli anni Settanta, il legislatore inizia a rendersi conto che le procedure concorsuali, se vogliono essere indirizzate verso il valore della conservazione dell'azienda, devono stabilire anche dei poteri di controllo affidati ai creditori, onde evitare che si possa arrivare sì ad un risanamento, ma *pagato* dai creditori. Anche riguardo all'uso alternativo delle procedure concorsuali, anziché perseguire l'obiettivo della tutela del credito, si cercò di perseguire quello rappresentato dalla teoria della conservazione e del risanamento (fondata sull'analisi della crisi economica, sulla necessità del tema dell'occupazione e, dunque, sulla necessità dell'assistenzialismo dello Stato). Cfr. M. FABIANI,

Dunque, la vera e propria svolta del diritto delle procedure concorsuali non poteva prescindere da due aspetti⁸²: (i) dal superamento dell'ottica di chiusura per gli interessi dell'impresa in crisi e della sua conservazione⁸³ e (ii) dalla necessità di permettere agli altri strumenti individuati dal legislatore per la soluzione alla crisi di impresa di svolgere il proprio compito con una maggiore flessibilità e un raggio di azione meno limitato e meno limitante⁸⁴.

1.5. Il vento cambia: le leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese

Intorno agli anni '70 del secolo appena trascorso, si assistette ad un'evoluzione della realtà economico-sociale degli organismi produttivi e del loro ruolo e ad una situazione generale di crisi dell'economia, che misero in discussione i modelli di soluzione delle crisi di impresa offerti dalle procedure concorsuali tradizionali, tanto da far parlare di una vera e propria crisi, a loro volta, di tali modelli⁸⁵.

Infatti, la Legge Fallimentare aveva ideato, come strumento in grado di consentire il recupero dell'impresa in stato di dissesto, la sola amministrazione controllata che però, come accennato, più che una soluzione conservativa, divenne ben presto una vera e propria forma di anticipazione del fallimento⁸⁶.

Diritto Fallimentare ..., cit.; G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit.; L. LANFRANCHI, *Uso alternativo delle procedure concorsuali ...*, cit.. L'argomento sarà ripreso nel paragrafo successivo, con l'analisi delle normative sull'amministrazione straordinaria.

⁸² Questa impostazione è suggerita da G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit., pp. 4 ss..

⁸³ Con conseguente abbandono dell'impostazione sanzionatoria che fin dai tempi del Medioevo aveva caratterizzato il fallimento e la sua procedura.

⁸⁴ Nel corso dei decenni è stata soprattutto la giurisprudenza a giungere ad un vero e proprio capovolgimento degli interessi considerati dal legislatore del 1942, ponendo in primo piano, in modo sempre più marcato, l'interesse alla conservazione dell'impresa e l'affermazione del principio dell'imprenditore onesto ma sfortunato e, quindi, da tutelare. La dottrina aziendalistica aveva anticipato questa finalità delle procedure concorsuali, cogliendo la centrale importanza della conservazione della continuità aziendale, quale valore fondamentale dell'impresa, anche e soprattutto nei momenti di crisi. Anche sul piano giuridico è evidente come gli istituti negoziali, per la loro maggiore flessibilità, rappresentino gli strumenti maggiormente idonei alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale ed al superamento del momento di difficoltà. È importante evidenziare come, nonostante i buoni propositi, per molto tempo, e forse ancora oggi, il concordato preventivo sia stato concepito come una sorta di alternativa al fallimento, in quanto richiesto in presenza di una vera e propria insolvenza, dunque in un momento in cui ormai l'imprenditore ha ormai perso la possibilità di preservare la continuità aziendale. Cfr. G. DISEGNI, *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, cit.; A. JORIO, *Presupposti per l'ammissione della domanda (sub. Art. 160 L. Fall.)*, cit..

⁸⁵ A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014.

⁸⁶ G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, cit.; E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, 1992.

Le tensioni che si vennero a creare furono determinate dall'emergere e dall'affermarsi di nuove tendenze, che non fossero esclusivamente quelle tradizionali e tipiche di protezione e soddisfacimento dei creditori mediante la liquidazione del complesso dei valori aziendali.

Iniziò ad affermarsi il pensiero che, specie quando l'impresa fosse di dimensioni rilevanti, si dovesse prestare attenzione non tanto, e non solo, agli interessi dei creditori, quanto piuttosto alla conservazione dell'impresa, mediante una riorganizzazione della stessa, in considerazione dei maggiori interessi in gioco, primi fra tutti la tutela dei lavoratori e la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Questa nuova tendenza testimoniava il fatto che la concezione del diritto della crisi d'impresa stesse lentamente mutando, verso un superamento dell'ideologia Bassomedievale: si trattava infatti di una concezione basata sulla tutela di interessi diversi dal credito, pur preservando la tutela del credito stessa⁸⁷.

Dunque, affioravano esigenze estranee agli scopi della Legge Fallimentare, proiettata alla liquidazione piuttosto che alla prosecuzione dell'impresa⁸⁸.

Tutto questo innescò un processo di revisione e integrazione del sistema delle discipline della crisi a diversi livelli, tanto giurisprudenziale e dottrinale, quanto, soprattutto, normativo.

All'interno di un simile contesto si ebbe, infatti, il proliferare di leggi orientate al salvataggio di categorie di imprese o, anche, di singole imprese⁸⁹. Si assistette, in primo luogo, ad una modifica della disciplina dell'amministrazione controllata (in particolare, allungandone la durata)⁹⁰e, in secondo luogo, all'introduzione di una nuova procedura concorsuale, l'*amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi* (D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito

⁸⁷ F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, 2011, p. 31.

⁸⁸ È interessante notare come l'impresa, a partire da quegli anni, iniziò ad essere considerata come valore da tutelare e preservare in sé, in relazione a tutti gli interessi collettivi che su gravitano attorno ad essa. Infatti, come notato, l'attenzione ad interessi diversi dal mero interesse dei creditori è sempre funzionale all'affermazione di quest'ultimo. Cfr. sul tema F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011; G. DISEGNI, *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, cit.; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit.; M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, cit.; G. SANTINI, *Soluzione giuridica allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in *Giur. it.*, 1981; B. LIBONATI, *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981.

⁸⁹ A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., pp. 16 ss..

⁹⁰ Modifiche introdotte per tentare di favorire il salvataggio delle imprese di piccole e medie dimensioni, modifiche che, tuttavia, non sortirono l'effetto sperato.

dalla L. 3 aprile 1979 n. 95, c.d. *Legge Prodi*, integrata e modificata da numerose leggi successive)⁹¹.

La *Legge Prodi* ha avuto sicuramente il pregio di costituire un punto di rottura con la concezione che della crisi d'impresa si era avuta sino a quel momento⁹². Nata come altra via rispetto alla normale procedura fallimentare, con l'intento di creare uno strumento in grado di salvare dal fallimento le imprese ritenute di maggiore interesse per l'economia nazionale, la Legge si sostanziava in una procedura amministrativa che aveva come suo connotato saliente l'affidamento della gestione dell'impresa insolvente ad uno più commissari straordinari, con la normale continuazione dell'impresa stessa per un periodo massimo di quattro anni. La continuazione era finalizzata alla riorganizzazione, sulla base di un programma e di un piano di risanamento, dei complessi produttivi, in funzione del trasferimento a terzi di tali complessi, una volta risanati.

Non manca chi osserva⁹³ come in realtà, con riferimento alla *Legge Prodi*, si debba parlare di conservazione piuttosto che di risanamento, in quanto sin dagli albori la Legge manifestò l'incapacità di conseguire il risultato del risanamento imprenditoriale.

Le grandi imprese, infatti, sfuggivano al fallimento ma venivano parcheggiate in modo che una fittizia continuazione dell'attività economica servisse a mantenere l'occupazione nel miraggio che l'impresa, gestita da un commissario, potesse recuperare un equilibrio che nessuno, prima, era riuscito ad ottenere⁹⁴.

⁹¹ La *Legge Prodi* è pensata all'interno di una generale condizione di crisi economica conclamatasi nel 1978 a seguito della quale, a partire dall'infelice esperienza del c.d. Decreto Donat Cattin (D.L. 5 ottobre 1978 n. 602), si avviò la controversa esperienza delle leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Il pensiero del tempo è chiaramente identificabile nella relazione illustrativa del Decreto n. 602/1978 (mai convertito in legge): si legge, infatti, che «sempre maggiormente si accentua la crisi economica e cresce a dismisura l'indebitamento di taluni settori industriali, con riflessi pericolosi sia per il mantenimento dei livelli occupazionali, sia per lo stesso ordine pubblico». Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit.; L. GUGLIELMUCCI, *Origine ed evoluzione delle procedure concorsuali amministrative*, in *Dir. fall.*, 1995, pp. 1511 ss.; S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, pp. 23 ss.

⁹² Tale legge, infatti, introduce per la prima volta nel nostro ordinamento il principio secondo il quale va attribuita priorità al salvataggio dell'impresa, piuttosto che al concorso e alla *par condicio creditorum*. Come sottolinea G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit., non si può negare che, grazie alla legge sull'amministrazione straordinaria, moltissime imprese in crisi abbiano sicuramente evitato il fallimento.

⁹³ Tra tutti, M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit..

⁹⁴ Anche G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit., pp. 10 ss., sottolinea come numerose siano state le critiche con riferimento a questa procedura, alla quale potevano essere ammessi anche gruppi gravemente dissestati, con l'inevitabile ricaduta sui creditori. Lo Stato si accollava quindi debiti ingenti, dovuti ad una precedente mala gestione dell'impresa e quest'ultima veniva salvata a

La concezione che l'impresa fosse un valore da conservare sul mercato e da salvaguardare nell'ottica di interessi non solo singolari ma anche pubblici e collettivi, conduce alla conservazione dell'organizzazione d'impresa (e al limite del *going concern*⁹⁵) e non al risanamento della stessa, non pensando alla tutela del credito e generando dunque evidenti storture⁹⁶.

Sebbene si affermi il nuovo principio orientato al mantenimento dei valori aziendali, non è possibile pensare di non considerare in modo adeguato l'interesse dei creditori che deve rimanere, in ogni caso, l'obiettivo imprescindibile di ogni procedura concorsuale.

La *Legge Prodi* fu abrogata venti anni dopo, con l'approvazione del D. LGS. 8 luglio 1999, n. 270, che disciplina la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, comunemente definita *Legge Prodi – bis*⁹⁷.

La nuova Legge ha il merito di iniziare un reale processo di rinnovamento delle procedure concorsuali in cui si inizia ad intravedere un diverso approccio alla crisi d'impresa: si abbandona la visione meramente conservativa (ma dispersiva di ricchezza) della precedente Legge e si cerca di privilegiare il profilo della

prescindere, all'insegna del mantenimento dei posti di lavoro. La maggiore criticità della procedura riguardava l'indeterminatezza del tipo di risanamento da perseguire, la lungaggine dei piani di risanamento (ad esclusivo danno dei creditori) ed anche gli eccessivi poteri conferiti alla pubblica amministrazione.

⁹⁵ Con il termine *going concern* si intende, in chiave aziendalistica, il «principio di continuità».

⁹⁶ Ritorna il concetto espresso precedentemente, ovvero il principio secondo il quale il soddisfacimento dei creditori è raggiungibile mediante la conservazione dei valori aziendali. Ciò però non vuol dire estromettere dal novero degli interessi quello della tutela del credito, altrimenti si ottiene il risultato opposto, ancor più negativo. Infatti solo «se l'organizzazione d'impresa esprime un valore la cui salvaguardia è funzionale alla migliore affermazione dell'interesse dei creditori in sede di liquidazione, e se conservare l'organizzazione implica tutelare tutti gli interessi che in essa normalmente si realizzano, allora la tutela di interessi diversi dall'interesse dei creditori ma implicati nell'organizzazione d'impresa anziché manifestare un'autonoma attenzione agli stessi, perciò collocati sullo stesso piano dell'interesse creditorio, si rivela funzionale all'obiettivo finale che è dato, appunto, dalla tutela dei creditori». Così F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., p. 34

⁹⁷ La legge è il frutto dei rigidi orientamenti sugli aiuti di Stato, per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà, avendo, appunto, la Corte di Giustizia sottolineato essere l'amministrazione straordinaria, con continuazione dell'esercizio di impresa, elemento distorsivo della concorrenza tutte le volte che la prosecuzione sia stata realizzata attraverso agevolazioni pubbliche, aventi l'unica finalità di impedire l'uscita dal mercato di imprese decotte, cui non può essere permesso di permanere in danno dei creditori. Cfr. sul punto S. BONFATTI – G. FALCONE, *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*. *Atti del Convegno di Lanciano del 13 ottobre 2007*, 2008, pp. 399 ss.. Cfr. anche R. BATTAGLIA, *Aiuti di Stato e amministrazione straordinaria: la disapplicazione della legge Prodi da parte del giudice nazionale e la recente riforma*, in *Dir. fall.*, 2001, pp. 410 ss..

redditività, della creazione di valore e del risanamento, coniugando tali aspetti con quelli della tutela dei creditori⁹⁸.

Parte della dottrina⁹⁹ nota che il mantenimento dei livelli occupazionali ed il soddisfacimento dei crediti vengono meglio bilanciati rispetto alla precedente disciplina, stante la necessità di verificare se i costi generali per le operate scelte conservative siano in grado di consentire la realizzazione del programma di ristrutturazione, non pregiudicando i diritti (legittimi) dei creditori¹⁰⁰.

La *Legge Prodi – bis* prevedeva un meccanismo alquanto complesso¹⁰¹ e ben presto espose il fianco a numerose critiche, in relazione alla scelta dei criteri di applicabilità e dei requisiti soggettivi richiesti per accedere alla procedura¹⁰².

Fu con la crisi del gruppo Parmalat che il vento iniziò davvero a cambiare, quando il Governo emanò con urgenza un nuovo Decreto Legge (c.d. Decreto

⁹⁸ M. FABIANI, *Diritto Fallimentare ...*, op. cit., p. 34. L'A. pone in risalto che è necessario «dissociare l'imprenditore e l'impresa una volta condiviso che gli strumenti di risanamento, se pensati in funzione del soggetto e cioè dell'imprenditore in crisi, non sarebbero stati adeguati per risolvere un problema più complesso, quello dell'impresa in crisi che rappresenta, rispetto all'imprenditore in crisi, un cerchio concentrico di maggiore diametro». Come già accaduto in Francia (dove si era assistito ad una distinzione fra *l'entreprise et l'homme*), compare per la prima volta nel nostro ordinamento la tendenza all'oggettivazione del diritto delle crisi d'impresa che, oggi, è posto alla base degli ultimi interventi riformatori. Sul punto, su cui si tornerà più avanti, si veda R. RORDORF, *La continuità aziendale ...*, cit..

⁹⁹ S. BONFATTI – G. FALCONE, *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*, cit..

¹⁰⁰ Sul punto, si veda anche E. F. RICCI, *La tutela dei creditori e l'imprenditore nell'amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Il fallimento*, 1984, p. 100 che sostiene come la vecchia Legge Prodi abbia sollevato seri dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'esigenza della tutela dei creditori. Sull'argomento, si veda anche L. A. RUSSO, *La tutela creditoria nella differente regolamentazione dell'insolvenza delle imprese*, in *Fallimento*, 1993, pp. 927 ss..

¹⁰¹ Il legislatore aveva previsto una fase in cui l'autorità giudiziaria preposta, accertati i presupposti e i requisiti patrimoniali e occupazionali per accedervi, pronunciava lo stato d'insolvenza. In una seconda fase, il Tribunale, tenuto conto della relazione di un Commissario ministeriale e del parere del Ministero dell'Industria, accertava la sussistenza di prospettive concrete di risanamento economico dell'impresa e consentiva o l'accesso alle procedure amministrative, o dichiarava il fallimento. Inoltre era prevista una rigorosa definizione dei criteri e del contenuto del programma di risanamento e una notevole riduzione dei tempi di esecuzione dello stesso, oltre a una rigida selettività all'ingresso della procedura, riservato solo alle imprese economicamente risanabili. La procedura quindi si distingueva dalla prima *Legge Prodi* per l'introduzione di una fase preliminare volta all'accertamento dell'effettiva sussistenza delle concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico; per la nitida scansione degli indirizzi obiettivi della procedura stessa, dati o dal recupero dei complessi aziendali per la cessione a terzi oppure dalla ristrutturazione economico – finanziaria dell'impresa in crisi in chiave di risanamento della stessa, inteso quale recupero della capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; per il ruolo determinante attribuito all'autorità giudiziaria, restando all'autorità amministrativa solo le funzioni amministrativo – gestionali. Si veda G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, cit.; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit..

¹⁰² In questo senso G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, cit..

Marzano)¹⁰³ allo scopo di introdurre uno strumento più efficace a contrastare la nuova situazione di crisi.

Sulla spinta determinata dall'improvvisa esplosione del *crac* Parmalat, infatti, fu introdotta una variante dell'amministrazione straordinaria, che è stata anche definita come un'*amministrazione straordinaria speciale*.

La normativa scaturì soprattutto dall'esigenza di superare le difficoltà della *Legge Prodi – Bis*, causate principalmente dalla fase di apertura della procedura troppo complessa, lenta e farraginoso, da una caratterizzazione prevalentemente liquidatoria e dalla fase di osservazione da parte dell'autorità giudiziaria che creava uno stato d'incertezza riguardo l'esito dell'amministrazione straordinaria¹⁰⁴.

Il merito di questo intervento è stato quello di prevedere un rimedio immediato alla situazione di dissesto, ai fini di una maggiore tutela del ceto creditorio e, soprattutto, con l'obiettivo del mantenimento dei livelli occupazionali attraverso la conservazione del concreto valore delle iniziative imprenditoriali.

Il Decreto Marzano rappresenta una piccola svolta nel nostro ordinamento fallimentare in quanto costituisce il primo provvedimento esplicitamente orientato alla continuazione dell'attività aziendale, escludendo in modo netto il ricorso alle procedure liquidatorie: per la prima volta si assiste ad un chiaro ed inequivoco intento conservativo dell'impresa in stato di dissesto¹⁰⁵.

Nonostante il mutamento di prospettiva assunta dal legislatore, che iniziava ad orientarsi verso una concezione maggiormente conservativa delle procedure concorsuali, esistevano ancora significative differenze fra piccole e medie imprese e grandi e grandissime imprese.

¹⁰³ D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla L. 18 febbraio 2004, n. 39, in seguito corretto e integrato da altri D.L. e, in particolare, in relazione al dissesto Alitalia, dal D.L. n. 134 del 2008.

¹⁰⁴ A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit. sostiene che, considerato il vistoso potenziamento delle attribuzioni dell'Amministrazione, si segna una sorta di ritorno all'antico, come rinnovata espressione di tendenze dirigitiche nella gestione delle crisi delle imprese che parevano ormai definitivamente abbandonate.

¹⁰⁵ Il D.L., nella propria premessa, è chiaro: il legislatore, con questo provvedimento, si pone, infatti, il «fine di accelerare la definizione dei relativi procedimenti, assicurando la continuazione ordinata delle attività industriali senza dispersione dell'avviamento, tutelando i creditori e garantendo il regolare svolgimento del mercato». Sull'argomento anche M. FABIANI – M. FERRO, *Dai Tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004, pp. 139 ss..

Tali differenze non giovavano alla certezza o, comunque, alla prevedibilità delle situazioni giuridiche¹⁰⁶ e, anche per questi motivi, venne sollecitata una riforma organica delle procedure concorsuali.

1.6. La stagione della Riforma 2005 – 2007

La disciplina del fallimento delineata dalla Legge del 1942, come già si è detto, era uno strumento di rigore estremo: la sua logica *darwiniana*, di strumento teso a ripulire il mercato dai soggetti più deboli e meno competitivi, è stata accettata per lunghissimo tempo e non è entrata in crisi sino a che l'economia italiana ed europea sono state in espansione continua, come accadde dopo il secondo conflitto mondiale. Con l'affermarsi delle prime crisi economiche e sociali, il sistema mostrò i suoi limiti e, per la prima volta, venne affermato il concetto di funzione sociale dell'impresa, attraverso il quale si è tentato di recuperare, specie con l'infelice esperienza delle leggi sull'amministrazione straordinaria, il valore dell'unità produttiva come *universitas* capace di produrre ricchezza per la collettività e, come tale, come un valore da difendere¹⁰⁷.

Queste nuove esigenze di tutela sociale che si sono progressivamente affermate hanno cambiato radicalmente la concezione delle procedure concorsuali.

Lentamente è emersa la consapevolezza che la distruzione di un soggetto economico non porta maggiore ricchezza attraverso la distribuzione del ricavato della sua liquidazione, di quanta se ne possa ricavare dal suo risanamento e dal conseguente riposizionamento sul mercato¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Così G. FEDERICO – R. VIVALDI, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, cit..

¹⁰⁷ A tal proposito, nei paragrafi che precedono, è stata già evidenziata la dicotomia che si venne a creare fra un risanamento a spese della collettività ed un risanamento a spese dei creditori, dicotomia, in realtà, mai completamente risolta dalla legislazione per le grandi imprese. Per un approfondimento sulla comparazione fra intento sanzionatorio e tutela dei creditori, si veda l'analisi di A. PALUCHOWSKY, *L'amministrazione straordinaria e l'amministrazione controllata*, in *Q. Giur. Comm.*, 1994, pp. 55 ss..

¹⁰⁸ La dottrina aziendalistica parla a tal proposito di *Turnaround*, inteso quale compiuto e risolutivo rinnovamento strategico e strutturale dell'impresa che coinvolge la stessa impedendone efficacemente lo slittamento progressivo verso l'insolvenza irreversibile. In questo senso L. GUATRI, *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore*, 1995. In particolare, è necessario citare anche P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pp. 10 ss., che evidenziano come la polverizzazione del ricavato della liquidazione da distribuire fa sì che l'acquisizione economica per il creditore, realizzata dopo anni, diventi trascurabile e quindi il valore che la struttura economica e produttiva che l'impresa ha, già svilito dai tempi e dai modi di liquidazione del fallimento, vada in sostanza perduto.

In un tale contesto, sulla scorta delle esperienze straniere, in particolare quelle di matrice anglosassone¹⁰⁹, si innesta la riforma che ebbe inizio con il D.L. n. 35/2005, poi convertito dalla L. n. 80/2005, e successivamente modificato ed integrato dal D.LGS. n. 5/2006 e dal D.LGS. n. 169/2007.

Dopo non pochi tentavi di riforma organica del diritto concorsuale italiano¹¹⁰, il legislatore della riforma del 2005 intervenne in modo massiccio sulla legislazione fallimentare del tempo, introducendo strumenti e nuove soluzioni di composizione concordata della crisi, incentrati, in linea generale, sulla valorizzazione degli accordi fra debitori e creditori e finalizzati al superamento della crisi o, comunque, a scongiurare che all'insolvenza dovesse necessariamente conseguire la cessazione dell'impresa¹¹¹.

Malgrado le critiche e l'incompletezza della normativa, non si può non rilevare che si tratti di un intervento riformatore di consistente portata, caratterizzato da principi ispiratori in larga parte nuovi rispetto a quelli propri della vecchia Legge Fallimentare.

Lo scopo della riforma 2005 – 2007 è consistito nella volontà di recuperare l'impresa in crisi, per cui il fine della procedura non era più quello della mera liquidazione dei beni ed il conseguente soddisfacimento dei creditori, bensì doveva essere costituito dalla conservazione e dal risanamento dell'impresa stessa.

L'obiettivo cardine della riforma fu, dunque, quello di dare continuità all'attività d'impresa, fornendo alle parti coinvolte nella crisi un grado di autonomia negoziale tale da permettere di superare le rigidità esistenti che limitavano in maniera rilevante l'accesso alle procedure concorsuali, il tutto in relazione ai superiori interessi dell'economia generale¹¹².

¹⁰⁹ In particolare, si deve segnalare l'esperienza statunitense secondo la quale il mito della tutela dei creditori e quindi della *par condicio creditorum*, doveva essenzialmente superarsi quando non vi fosse pericolo di esproprio delle ragioni dei creditori in vista del risanamento. Così A. MONTI, *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, cit..

¹¹⁰ Tra tutti, si citano i lavori della COMMISSIONE TREVISANATO che fu istituita con Decreto del Ministro della Giustizia 28 novembre 2001, "per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi". I progetti di Legge della Commissione, molto divisa al suo interno, non si tramutarono mai in legge: tuttavia, la Commissione ebbe il pregio di aver anticipato di oltre dieci anni l'affermazione del concetto di salvaguardia della continuità aziendale e, addirittura, l'eliminazione del termine "fallito" e "fallimento" dal nostro ordinamento.

¹¹¹ Cfr. G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit..

¹¹² Così DISEGNI G., *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, cit.; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit.; A. PISED DU, *Crisi della società e strumenti di risanamento nell'evoluzione normativa*, reperibile al

Secondo parte della dottrina, si assiste ad una vera e propria demolizione dei principi su cui si basava il diritto fallimentare tradizionale, accogliendo definitivamente il teorema della continuità aziendale e della conservazione dell'impresa¹¹³.

Avviene, per la prima volta, un'inversione di tendenza, consistente non più e non tanto nell'obiettivo di espellere dal mercato quelle imprese non più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni, quanto piuttosto di cercare di conservare, per quanto possibile, all'interno del sistema, le imprese in crisi¹¹⁴.

Appare evidente l'intento del legislatore di privilegiare il ricorso al concordato preventivo e al nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, quali soluzioni di risanamento e superamento delle crisi aziendali, piuttosto che continuare a considerare le procedure concorsuali esclusivamente in termini liquidatori.

Si fa strada un'interpretazione sempre più volta alla protezione dell'impresa in sé, considerata non più come un bene dell'imprenditore, ma come un bene pubblico nel quale conferiscono gli interessi della collettività¹¹⁵. Si ritiene anche che la collettività stessa tragga giovamento non dall'eliminazione dell'impresa ma, piuttosto, dal mantenimento della stessa all'interno del tessuto economico¹¹⁶.

Tale nuova concezione sembrerebbe aver fatto perdere al fallimento gran parte della sua importanza cercando di rilegarlo in secondo piano, come procedura non più cardine ma residuale. L'intento del legislatore è stato dettato proprio dalla constatazione dell'inadeguatezza della procedura fallimentare «alle finalità che

link: <http://www.lbs.luiss.it/catalogo/consulente-legale-impresa/pdf/Crisi-Societa-e-Strumenti-Risanamento.pdf>. Per un'analisi dei principi della Riforma 2005 – 2007, si veda anche G. LO CASCIO, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fallimento*, 2009.

¹¹³ Cfr. M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 37 che sostiene che finalmente si compie la transazione dall'imprenditore all'impresa, pur se l'impianto soggettivistico non venga completamente abbandonato.

¹¹⁴ Anche la concezione dell'imprenditore fallito muta sensibilmente. Egli non è più considerato un soggetto moralmente deprecabile, alla stregua di un truffatore: significativi a tal proposito sono la soppressione del registro pubblico dei falliti, la soppressione del sequestro della corrispondenza e l'abolizione della perdita dei diritti politici attivi e passivi. Si fa strada anche nel nostro ordinamento, almeno nella teoria, il concetto di imprenditore onesto ma sfortunato.

¹¹⁵ In questi termini, L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005; G. FEDERICO – R. VIVALDI, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, cit..

¹¹⁶ Come si legge nella Relazione illustrativa al D.L. n. 35/2005, le procedure concorsuali devono intendersi «non più in termini meramente liquidatori o sanzionatori, ma piuttosto come destinate a un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali».

l'evoluzione socio – economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale»¹¹⁷.

Malgrado le intenzioni, questa inversione di tendenza non si è avverata, probabilmente anche a causa della frammentarietà e della non completa organicità della Riforma Fallimentare. Secondo le stime dei primi anni sull'andamento della Riforma, si contano infatti un numero esiguo di accordi di ristrutturazione approvati e di concordati proposti e un numero sempre crescente di procedure fallimentari¹¹⁸.

Dopo aver sinteticamente delineato i principi ispiratori, occorre illustrare, altrettanto brevemente, le novità sostanziali introdotte dal legislatore della riforma 2005 – 2007.

Innanzitutto, il legislatore è intervenuto sull'istituto del concordato preventivo, prevedendo una restrizione al controllo giurisdizionale a favore di una valorizzazione del ruolo dei creditori.

Il ridisegnato concordato preventivo (art. 160 L. Fall.) contempla e presuppone un accordo fra creditori e debitori, mediante il quale quest'ultimo chiede ai primi di accettare una soddisfazione parziale dei crediti da questi vantati, al fine di scongiurare il fallimento, oppure propone un piano ristrutturazione dei debiti al fine di proseguire l'esercizio dell'impresa¹¹⁹.

Il concordato preventivo resta un procedimento giudiziale e perciò soggetto alla procedura di ammissione da parte del Tribunale il quale, esaminata la domanda e valutata l'ammissibilità, dichiara aperta la procedura con decreto¹²⁰. La

¹¹⁷ Cfr. la Relazione illustrativa al D.LGS. n. 5/2006

¹¹⁸ Cfr. G. DISEGNI, *L'impresa in crisi. ...*, cit., Interessante a tal proposito quanto affermato da P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 15, dove gli A. evidenziano come il boom delle domande di concordato in realtà non si sia verificato, l'accesso alle procedure di ristrutturazione dei debiti sia stato in realtà modestissimo, nell'ordine di poche decine nel giro dei primi tre anni, e il ricorso ai piani attestati di risanamento, fosse condizionato dall'assenza di qualunque indicazione del legislatore circa la loro strutturazione e dalla constatazione che la mancata pubblicità ne rende incerto l'effettivo utilizzo. A tal proposito, è interessante notare che «c'è chi ha assimilato la riforma organica della legge fallimentare ad una di quelle operazioni immobiliari che sempre più spesso si vedono nelle nostre città e che consistono nello svuotamenti di vecchi edifici dei quali per ragioni di pregio architettonico si conserva la sola facciata, sostituendone completamente l'interno». Così G. SCHIANO DI PEPE, nella *Presentazione a Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, Padova, 2008.

¹¹⁹ Il concordato può avere, quindi, tanto finalità liquidatoria quanto finalità conservativa. Nonostante i propositi il concordato ha mantenuto una finalità essenzialmente liquidatoria, costituendo una sorta di procedura alternativa al fallimento.

¹²⁰ Il Tribunale deve verificare l'esistenza dei presupposti relativi al piano e alla domanda di concordato, come disposto dall'art. 162, comma II, L. Fall.. Secondo la giurisprudenza prevalente, il controllo deve estendersi anche al merito della proposta concordataria e, quindi, alla fattibilità del piano concordatario. In questo senso, *ex multis*, App. Bologna, 1.6.2009, in *Pluris*; Trib. Udine, 19.11.2008, in *Pluris*; Trib. Roma, 16.4.2009, in *Pluris*.

domanda deve essere approvata dai creditori e, una volta avvenuta l'approvazione, il Tribunale, se sussistono i presupposti necessari, procede all'omologazione dell'accordo e si apre la fase esecutiva del concordato. Vengono inoltre aboliti i requisiti di meritevolezza per l'accesso alla procedura e non esistono più le percentuali minime di soddisfazione dei creditori. Il presupposto oggettivo è rappresentato dallo stato di crisi il quale, seguendo la nuova formulazione dell'art. 160, comma III, comprende anche lo stato di insolvenza: la proposta di concordato è libera e il debitore può prevedere anche la suddivisione dei creditori in classi con trattamento differenziato, nonché il pagamento parziale dei creditori privilegiati¹²¹.

La novità più significativa della Riforma consiste, però, nell'introduzione nel nostro ordinamento degli accordi stragiudiziali, quali gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* L. Fall.), definiti come una soluzione stragiudiziale ibrida essendo prevista l'omologa dell'accordo da parte del Tribunale e i Piani Attestati di risanamento (art. 67, comma III, lett. d) L. Fall.), considerati invece alla stregua di una soluzione stragiudiziale pura, non essendo previsto alcun controllo *ex ante* da parte del Tribunale¹²².

Altre importanti novità riguardano l'abolizione dell'istituto dell'amministrazione controllata e il ridimensionamento dell'azione revocatoria.

Tale riforma, più di qualunque altra prima di essa, ha affermato principi nuovi, di assoluta rottura rispetto alla normativa precedente.

Nonostante le numerose critiche che sono state mosse e le diverse esigenze lasciate insoddisfatte, un dato resta intangibile: almeno nelle intenzioni, il solco della salvaguardia della continuità aziendale dell'impresa in crisi era stato tracciato in maniera netta.

1.7. La Riforma 2012 – 2013 all'insegna della salvaguardia della Continuità Aziendale

Dopo la riforma del 2005 – 2007, sebbene la strada verso la salvaguardia dei valori aziendali dell'impresa in crisi fosse segnata, il cantiere era ancora aperto e

¹²¹ Così P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2, 2011, pp. 129 ss., il quale sostiene che il concordato preventivo post – riforma del 2005 «risulta oggi molto simile alla procedura di *Chapter 11* di matrice americana».

¹²² In questi termini, G. CIARAMELLA, *Crisi della società*, Roma, 2012. Gli istituti saranno trattati *infra*, cap. IV.

lontano dalla sua chiusura. Si susseguirono una serie di interventi volti ad integrare e correggere le disposizioni emanate e, tra tutti, si deve ricordare il D.L. n. 134/2008, in tema di amministrazione straordinaria (il c.d. Decreto Alitalia) e la L. 122/2010, relativa alla rimodulazione delle procedure concordate.

I principi espressi con la riforma del 2005 non diedero gli effetti sperati e, tra il 2012 ed il 2013, si rese necessaria una nuova revisione del diritto fallimentare, con tratti questa volta davvero nuovi e arditi, che sembrano rappresentare il punto di arrivo di quel processo riformatore partito agli inizi del nuovo millennio. Tale riforma costituisce il reale punto di partenza del presente scritto, in quanto rappresenta l'inizio, almeno nella teoria, della effettiva salvaguardia e previsione esplicita della continuità aziendale nelle procedure concorsuali.

La riforma del diritto fallimentare cui si fa riferimento è quella che ha visto la luce con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134 (c.d. “*Decreto Sviluppo*”), e integrata dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con L. 9 agosto 2013, n. 98 (c.d. “*Decreto del Fare*”).

Le nuove norme si pongono l'obiettivo di migliorare e agevolare la gestione delle crisi aziendali, con innovazioni volte, quanto più possibile, a evitare il fallimento delle imprese e a favorire l'emersione anticipata e la composizione negoziale della crisi, il tutto preservando la continuità aziendale¹²³.

Le novità di tale riforma sono finalizzate a evitare il *default* delle imprese in crisi, consentendo: (i) l'anticipazione dell'emersione della crisi¹²⁴; (ii) l'effettiva tutela del *going concern*; (iii) la protezione, intensificata e anticipata, del patrimonio nella fase di scelta e/o di negoziazione, quindi precedentemente al perfezionamento del prescelto strumento di superamento della crisi.

¹²³ Così M. POLLIO, *Dal decreto crescita le norme per evitare il fallimento*, in *Amministrazione e finanza*, 2013, 1, pp. 25 ss..

¹²⁴ Si veda la Relazione al D.D.L. di conversione del D.L. n. 83/2012, p. 30, che mette in luce come l'opzione di fondo su cui si basa l'intervento legislativo sia «quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevinano». Evidenzia L. PANZANI, *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove Prospettive?*, in www.ilfallimentarista.it, 15.05.2012, che con tale previsione si è data implicita risposta a quella corrente di pensiero che invocava l'introduzione di misure di allerta e prevenzione, sulla scia di quanto avvenuto intorno alla metà del secolo scorso nella legislazione francese. Tali segnali di allarme, tuttavia, come evidenziato all'indomani della riforma, rimasero senza effettiva attuazione, tanto che la COMMISSIONE RORDORF SULLA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI 2015 è dovuta intervenire nuovamente e in maniera maggiormente significativa sul tema.

Si tratta di interventi che incidono a fondo sulla disciplina del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione, dei piani di risanamento e della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi, interventi che hanno il pregio di un notevole rigore tecnico, unito ad un, come è stato definito, «apprezzabile sforzo di fantasia»¹²⁵.

Il dato politico di maggior rilievo, tuttavia, consiste nella chiara volontà di salvaguardare la continuità aziendale delle imprese, approntando efficaci strumenti normativi per disciplinare la fase più delicata della vita aziendale¹²⁶.

Parte della dottrina¹²⁷ non ha mancato di sottolineare come il legislatore della Riforma si sia mosso nella direzione giusta, specie se si volge lo sguardo alle soluzioni adottate dai principali ordinamenti stranieri sulla gestione delle crisi di impresa.

Tuttavia, le soluzioni giuridiche previste, devono fare i conti con i contesti economici e sociali nei quali esse si collocano. Le tradizioni culturali e giuridiche, le conformazioni del contesto sociale, le caratteristiche storiche di un ordinamento come il nostro, comportano adattamenti e modifiche degli istituti, non essendo sufficiente la mera condivisione dei principi generali.

Se si guarda all'esperienza dei nostri tribunali, oltre a verificare una persistente differenza di opinioni e criteri utilizzati con riferimento alla salvaguardia della continuità aziendale¹²⁸, si può constatare che la nuova normativa non ha contribuito ad un reale cambiamento di mentalità ed è rimasta l'esigenza di porre rimedi agli inconvenienti che si sono manifestati, primo fra tutti il controverso istituto del concordato in bianco, subito modificato, a nemmeno un anno dalla sua introduzione, mediante il sopra citato *Decreto del fare*¹²⁹.

¹²⁵ V. G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, in *Società, Banche e Crisi di Impresa*, cit., pp. 2771 – 2834.

¹²⁶ Così L. A. BOTTAL, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012, p. 8.

¹²⁷ Importante, anche in un'ottica comparatistica, il contributo di JORIO A., *La riforma della legge fallimentare fra realtà ed utopia*, in *Società, Banche e Crisi di Impresa*, cit., pp. 2633 – 2642.

¹²⁸ In questo senso A. ANGELONI, *Local courts interpreting Italian insolvency law in different ways*, intervista rinvenibile al link: <https://www.youtube.com/watch?v=7tLr73RfdRk>, nella quale pone in evidenza come in Italia siano presenti diverse interpretazioni sul concordato preventivo a seconda del Tribunale di fronte al quale si instaura la procedura.

¹²⁹ A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare fra realtà ed utopia*, in *Società, Banche e Crisi di Impresa*, cit. riporta alcuni dati statistici raccolti presso il Tribunale di Milano. L'A. pone in risalto che tra l'11.9.2012 (data in cui entra in vigore il Decreto Sviluppo) ed il 15.6.2013, sono stati presentati presso il Tribunale di Milano 145 ricorsi per concordato preventivo con prenotazione (definito anche "in bianco" o "con prenotazione") di cui 60 (il 41,37%) non sono stati seguiti dalla proposta di concordato e dal piano. Ne è derivata la dichiarazione di fallimento per 38 di essi. La

Sebbene siano state confermate le positività della soluzione di fondo adottata dalla Riforma, che ha privilegiato la composizione concordata delle crisi d'impresa e ne ha reso assai più agevole il ricorso, permangono le difficoltà, nonostante gli interventi della Cassazione¹³⁰, di una condivisa interpretazione del ruolo riconosciuto agli attori della procedura e della piena compatibilità tra norme vecchie e nuove di una disciplina che sarebbe risultata più omogenea se costruita *ex novo*, anche in considerazione del drastico mutamento di prospettiva adottato dal legislatore¹³¹.

Tutto quanto premesso, è giunto il momento di analizzare le novità di maggior rilievo sistematico introdotte dall'art. 33 della L. 7.8.2012¹³².

La prima novità di maggior rilievo è quella prevista nel nuovo art. 161, comma VI, L. Fall., con il quale si introduce la possibilità, in capo al debitore, di presentare davanti al Tribunale, una “domanda di concordato incompleta”, ovvero una sorta di domanda con riserva di integrazione della prescritta ulteriore documentazione¹³³.

proposta di concordato e il piano sono stati depositati nei termini per 74 ricorsi (il 51%): di questi, 10 sono stati definiti con decreto di rigetto (di cui 5 con successiva dichiarazione di fallimento), 5 con dichiarazione di incompetenza, 8 risultavano ancora in fase di esame, 44 ammessi (il 30,34% delle domande presentate) di cui 7 revocati e solo 5 omologati. Dunque, dei 145 ricorsi presentati, risultavano ammessi alla procedura di concordato e non revocati soltanto 37 (pari al 25,51%).

¹³⁰ Si cita, tra tutte, la pronuncia di Cass. SS.UU., 23.01.2013, n. 1521, in *Il Fallimento*, con nota di M. FABIANI.

¹³¹ A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare fra realtà ed utopia*, in *Società, Banche e Crisi di Impresa*, cit. sostiene addirittura che è necessario chiedersi se «la trasposizione nel nostro ordinamento di regole proprie di realtà economiche e sociali diverse sia stato, se non proprio un errore, un azzardo e si debba, per così dire, ritornare, almeno in parte, a posizioni più vicine alla nostra tradizione della legge fallimentare del '42, e quindi, nella sostanza, se non proprio ad un recupero del ruolo immanente del giudice nella regolazione dell'accesso alla procedura di protezione, ad una maggiore attenzione nella definizione dei requisiti per l'ingresso».

¹³² Per una trattazione delle novità introdotte, si vedano, in particolare, C. D'ATTILIO, *Soluzioni alla crisi d'impresa: circolare Assonime*, in *Il Sole 24 ore*, 2013, 4, che commenta, insieme alle novità introdotte dalla Riforma, la CIRCOLARE ASSONIME del 7.2.2013, n. 4, riguardante «le nuove soluzioni concordate della crisi di impresa»; G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, cit.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Torino, 2012, pp. 320 ss.; U. APICE – S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012; F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 27.6.2012; S. AMBROSINI, *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, doc. n. 293/2012; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, doc. 303/2012.

¹³³ L'art. 161, comma VI, L. Fall., prima periodo, così dispone: «L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e **all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti**, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni». Quanto evidenziato in grassetto è stato aggiunto dal *Decreto*

La domanda del debitore ha, sostanzialmente, l'effetto di bloccare le azioni esecutive e cautelari dei creditori¹³⁴ e costituisce il termine *a quo* per attribuire ai crediti di terzi, eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore, la qualifica della prededucibilità (art. 111, L. Fall.)¹³⁵.

Nel periodo che intercorre tra la presentazione della domanda e il deposito della proposta di concordato (o dell'accordo di ristrutturazione), il debitore può: (i) ottenere nuova finanza prededucibile, (ii) compiere atti di ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione del Giudice, di straordinaria amministrazione¹³⁶, (iii) sciogliere o sospendere i contratti in corso¹³⁷ e (iv) in caso di continuità aziendale, chiedere al Tribunale di essere autorizzato a pagare i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, a condizione che l'esperto attesti che sono funzionali alla prosecuzione dell'attività di impresa e al maggior soddisfacimento dei creditori (si parla, a tal proposito, di finanza strategica)¹³⁸.

del Fare, che ha anche previsto un'abbreviazione dei termini «quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inadatta alla predisposizione della proposta e del piano»: in questo caso, dunque, il Tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale, se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto emesso ai sensi dell'art. 161, comma VI, potendo in qualunque momento sentire i creditori. Cfr. G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, *op. cit.*

¹³⁴ In particolare, si vedano G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, *cit.*; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, doc. 313/2012; L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 14.9.2012. La dottrina appena riportata pone in luce che le nuove disposizioni in materia di concordato in bianco finiscono con l'invertire l'ordine degli atti procedurali, perché, invece d'imporre al debitore di presentare una proposta dettagliata e completa, in modo da mettere in grado il Tribunale e i creditori di pronunciarsi subito nel merito, gli si concede di bloccare tutto in attesa di vedere se sarà possibile elaborare un piano per raggiungere un ipotetico accordo. Tutto questo, come visto, è stato mitigato dal *Decreto del Fare*.

¹³⁵ Così G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, *cit.*. L'A. pone in risalto il fatto di come, in realtà, non si tratti di una disposizione del tutto nuova, perché un meccanismo simile era già stato introdotto dagli accordi di ristrutturazione dei debiti: era stata infatti già prevista la possibilità di anticipare certi effetti conservativi della procedura, legandoli alla presentazione di una semplice istanza. Sull'argomento, L. STANGHELLINI, *Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1347; M. FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 902.

¹³⁶ I crediti dei terzi sorti in conseguenza a tali atti hanno natura prededucibile.

¹³⁷ Lo scioglimento dei contratti non prevede le tipologie che afferiscono a contratti di locazione e contratti di lavoro subordinato: resta fermo, in ogni caso, il diritto della controparte ad un indennizzo pari al risarcimento del danno per mancato adempimento, il cui credito sarà trattato come credito anteriore al concordato. Per una disamina approfondita delle facoltà concesse al debitore, si consiglia sempre G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, *op. cit.*

¹³⁸ Il legislatore, con il *Decreto del Fare*, ha inoltre previsto che il Tribunale debba disporre obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità mensile, fino alla scadenza del termine fissato. Il debitore, con cadenza mensile, deposita una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel Registro delle Imprese a cura del Cancelliere.

Occorre sin da ora notare che, sebbene l'innovazione sia rilevante ed opportuna, si poteva, forse, immaginare un meccanismo più snello e più rapido, per consentire al Tribunale di valutare se l'attività dell'impresa può essere continuata, se l'azienda ha ancora un avviamento degno di tutela e se il debitore ha comunque le risorse necessarie per presentare una proposta accettabile dai creditori¹³⁹.

La seconda importante novità è l'introduzione del concordato con continuità aziendale (art. 186-*bis*, L. Fall.)¹⁴⁰, cui in questa sede si accennerà soltanto¹⁴¹.

L'istituto prevede una speciale figura di concordato utilizzabile quando il piano allegato alla domanda preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte dello stesso debitore, oppure attraverso la cessione dell'azienda in esercizio, oppure ancora tramite conferimento di ramo d'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione (c.d. *newco*)¹⁴².

Fino all'introduzione della presente norma, non era prevista una disciplina specifica per il concordato che prevedesse la continuazione dell'attività d'impresa¹⁴³: adesso, lo strumento del concordato è concepito per la prima volta esplicitamente anche come strumento volto a preservare il valore del soggetto debitore, consentendone la continuazione dell'attività.

¹³⁹ Questa l'opinione di G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, cit.; simile l'opinione di M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, cit..

¹⁴⁰ Secondo L. M. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato con continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, la dizione "concordato con continuità" è più appropriata della dizione "concordato in continuità" perché l'obiettivo della conservazione dei valori organizzativi nel sistema della novella può essere perseguito non solo in maniera esclusiva e diretta, lasciando l'imprenditore in possesso dei propri affari, ma anche in maniera indiretta o mista, trasferendo l'azienda o rami di essa a terzi: in questo secondo caso la continuazione dell'attività è solo uno degli obiettivi della procedura. Sul punto, di notevole interesse teorico e consistenti risvolti pratici, si tornerà più avanti.

¹⁴¹ L'argomento sarà oggetto di trattazione *infra*, Capitolo III.

¹⁴² Come osserva M. CAMPOBASSO, *Nuovi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., pp. 3015 – 3043, in particolare p. 3016, il richiamo ad un possibile conferimento dell'azienda, o più probabilmente della sua parte buona, in una società, anche di nuova costituzione, ricorda nobili precedenti come i salvataggi della GM e di Chrysler effettuati per mezzo della procedura di *Reorganization* disciplinata dal *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense. Con queste operazioni, infatti, si è nel contempo risanata l'impresa e trasferito il controllo della stessa a nuovi soggetti. Tuttavia, come si vedrà, l'esperienza italiana dei contratti di risanamento è alquanto diversa.

¹⁴³ V. M. CAMPOBASSO, *Nuovi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, cit., il quale osserva come, in realtà, non esista una necessaria contrapposizione fra concordato con continuità aziendale e concordato liquidatorio, dato che la prosecuzione dell'attività al fine di preservare l'avviamento può rientrare nelle strategie di valorizzazione della massa concordataria in vista dell'alienazione o del conferimento dei complessi aziendali.

Tale obiettivo esplicito della continuità aziendale rappresenta un profondo rinnovamento di concetti e delle prospettive adottate nell'affrontare i problemi di diritto concorsuale¹⁴⁴: il legislatore sembra essere definitivamente passato da un sistema imperniato sul soggetto (l'imprenditore insolvente) e su una visione statica dei rapporti (i debiti e la loro garanzia patrimoniale) ad un sistema fondato sull'attività (l'impresa) e su una visione dinamica delle sue relazioni (il ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari)¹⁴⁵.

La riforma, oltre a quelle citate, prevede anche altre norme esplicitamente dirette a favore della continuità aziendale. Fra tutte, è opportuno indicare l'art. 182-*quinques*, L. Fall., che concede la prededuzione a tutti i finanziamenti contratti al fine di continuare l'attività d'impresa; l'art. 169-*bis*, L. Fall., che permette al debitore di recedere dai contratti pendenti, ove la prosecuzione di tali contratti possa compromettere la realizzazione del piano; l'art. 168, comma III, L. Fall., che rende inefficaci le ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori la data della pubblicazione dell'istanza di concordato¹⁴⁶.

Altre modifiche rilevanti sono state apportate agli accordi di ristrutturazione dei debiti e al sistema dei finanziamenti¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Qualcuno parla, in relazione al fenomeno, addirittura di un mutamento di paradigma. Cfr. T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Roma, 2009. Come osservato da N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, cit., l'idea che il concordato potesse servire a salvaguardare i valori organizzativi e, con essi, l'attività di impresa, era diffusa da tempo, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Tuttavia, mentre fino a prima della riforma si trattava solo di una possibile chiave di lettura della funzione del concordato, oggi questa idea si è tradotta in norme di legge.

¹⁴⁵ L'oggettivazione delle procedure concorsuali, auspicata dalla dottrina in tempi passati, tra cui si veda in particolare S. PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, cit. e M. FABIANI, *Diritto Fallimentare*, cit., sembra essersi finalmente compiuta. L'oggettivazione del concordato sembra essere confermata anche dal recente orientamento della giurisprudenza di merito, in particolare si veda Trib. Alessandria, 18.1.2016, in www.ilcaso.it, che enuncia il principio secondo il quale «il segno distintivo del concordato con continuità aziendale va individuato nella oggettiva, e non soggettiva, continuazione del complesso produttivo, sia direttamente da parte dell'imprenditore, che indirettamente da parte di un terzo».

¹⁴⁶ In tal modo il venditore può vendere o offrire in garanzia tali beni per ottenere la liquidità necessaria alla prosecuzione dell'impresa. La norma si coordina con le modifiche apportate, sempre con la riforma del 2012, all'azione revocatoria, secondo le quali è prevista l'esenzione da revocatoria anche ai pagamenti dei crediti concorsuali dei fornitori effettuati dopo la presentazione degli accordi di ristrutturazione, previa autorizzazione del Tribunale. L'esenzione da revocatoria riguarda anche le vendite ed i preliminari di vendita, purché l'atto sia stato regolarmente trascritto, l'acquisto sia stato fatto ad un prezzo "giusto" e i contratti riguardino immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede dell'attività di impresa dell'acquirente, sempre che, al momento della dichiarazione di fallimento, tale attività sia esercitata o siano stati compiuti investimenti per darvi inizio. Cfr. G. TERRANOVA, *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, cit.; G. DISEGNI, *L'impresa in crisi ...*, op. cit..

¹⁴⁷ V. *infra* Capitolo IV.

La riforma deve essere assolutamente vista con favore, sebbene, come evidenziato dalla dottrina¹⁴⁸, sarebbe stato meglio mettere mano all'intera materia onde evitare problemi di coordinamento con la normativa precedente, soprattutto in considerazione dello stravolgimento dei principi cardine su cui, prima della riforma, si basava il diritto concorsuale.

La riforma del 2012 – 2013 non ha messo un punto agli interventi legislativi in materia concorsuale: anzi, oggi più che mai, la materia risulta ancora una casa in costruzione.

1.8. Le riforme degli ultimi due anni. Breve sunto delle principali modifiche

Il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia del diritto fallimentare con il D.L. 27 giugno 2015, n. 83¹⁴⁹, introducendo rilevanti modifiche alla Legge Fallimentare, allo scopo di rendere più flessibili le ristrutturazioni extragiudiziali e di favorire i risanamenti aziendali, salvaguardando in modo più efficace le ragioni dei creditori.

La riforma del 2015, in sostanza, intende agevolare la risoluzione della crisi d'impresa, incentivare condotte virtuose in capo al debitore e garantire maggiore impulso all'iniziativa privata alla luce dei principi di competitività, concorrenzialità ed efficienza¹⁵⁰.

In tal senso devono essere viste due delle maggiori novità introdotte dal Decreto, riguardante l'istituto delle proposte concorrenti, e all'introduzione *ex novo* dell'art. 163-*bis*, L. Fall., relativo al diverso istituto delle offerte concorrenti dei creditori¹⁵¹. Nella sua nuova connotazione, l'istituto del concordato preventivo consisterebbe, da un lato, nella regolazione della crisi d'impresa e, dall'altro, nella soddisfazione in tempi ragionevoli dei crediti dei terzi.

Alla luce della novella, il debitore non è più arbitro indiscusso della procedura concorsuale, in quanto le istanze creditorie vedono assegnato loro maggiore

¹⁴⁸ Cfr. S. AMBROSINI, *Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit..

¹⁴⁹ Convertito con L. 6 agosto 2015, n. 132.

¹⁵⁰ Così G. ANDREANI, *Prefazione*, in *Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, Il Fisco, 2015.

¹⁵¹ Secondo L. GAIANI – M. NOBILI, *Ruolo centrale per commissari giudiziali e professionisti attestatori*, in *Come gestire le crisi d'impresa*, Focus del Sole 24 ore, 27.1.2016, queste novità spostano il baricentro dell'istituto concordatario in modo sempre più marcato dal debitore verso i creditori, limitando l'autonomia del primo e comprimendone le possibilità di pianificazione concordataria.

spazio¹⁵². Si apre, quindi, la possibilità di individuare strade alternative rispetto a quelle previste dal piano concordatario presentato dal debitore, dando in tal modo maggiore potere partecipativo ai creditori, i quali avranno a disposizione un'opzione diversa rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore¹⁵³.

Sempre in materia di concordato, sono state dettate importanti innovazioni riguardo alla disciplina dei contratti pendenti¹⁵⁴ che, sin dall'inizio, aveva destato notevoli difficoltà interpretative e conseguenti orientamenti difformi da parte dei Tribunali Fallimentari¹⁵⁵.

È stato inoltre abolito il sistema che consentiva di deliberare in sede di adunanza dei creditori il piano concordatario con il sistema del silenzio – assenso e, sempre con l'obiettivo di favorire le procedure finalizzate alla prosecuzione dell'attività d'impresa, è stato re-introdotta l'obbligo – nel concordato senza continuità – per il debitore di soddisfare i creditori chirografari in una misura minima, fissata nel 20 %.

Tra le altre novità della riforma si segnalano i nuovi e maggiori compiti assegnati al commissario giudiziale: non più solo vigilante e consulente dei creditori e del Tribunale, ma anche esecutore del concordato in caso d'inerzia del debitore. Sono stati infine modificati anche i poteri e i compiti del professionista attestatore del piano concordatario il quale, adesso, è chiamato a verificare anche la nuova condizione di ammissibilità del concordato liquidatorio e ad assicurare che la proposta del debitore sia tale da sottrarla alla concorrenza dei creditori.

La riforma pare, inoltre, confermare la tendenza del legislatore a dotare l'impresa di una pluralità di strumenti di composizione stragiudiziale delle crisi

¹⁵² Cfr. L. MAGRINI – F. MANZARI – L. MARTINO, *Proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, cit., pp. 15 ss..

¹⁵³ Il nostro legislatore, con l'introduzione della possibilità per i creditori di formulare proposte concorrenti rispetto a quelle del debitore concordatario, sembra prendere spunto da istituti già utilizzati in Germania, Spagna e Francia. In questo senso *Le misure in materia fallimentare introdotte con il D.L. 27 giugno 2015 n. 83: una prima lettura*, Relazioni svolte al Seminario di formazione “*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile*” del 14.7.2015, reperibile al link: http://mercanti-dorio.it/dialoghi/Le_misure_in_materia_fallimentare.pdf.

¹⁵⁴ Disciplina introdotta per la prima volta dalla L. n. 134/2012. Fino alla novella del 2012 i contratti pendenti al momento del deposito della domanda di concordato non avevano alcun trattamento particolare.

¹⁵⁵ Il Decreto chiarisce alcuni importanti dubbi ermeneutici formati nel vigore del vecchio testo, attraverso l'integrazione della fattispecie astratta con le indicazioni ed i principi elaborati dalla dottrina e dai giudici di merito. Sull'argomento, si veda A. ANGELONI – R. BUONO, *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, cit., pp. 23 ss..

aziendali. L'introduzione dell'art. 182-*septies*, L. Fall., sembra confermare tale tendenza, introducendo la disciplina degli accordi di ristrutturazione con le banche o con altri intermediari finanziari. Il legislatore, dunque, interviene sulla situazione, molto frequente, in cui l'impresa abbia contratto debiti con banche o altri intermediari finanziari in misura prevalente. In questi casi, la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti prevista dall'art. 182-*bis*, L. Fall., dovrà essere applicata congiuntamente a quella dettata dal nuovo art. 182-*septies*, L. Fall., che, in deroga al principio per cui i contratti hanno effetto solo fra le parti che partecipano alla stipula, rende l'accordo efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti, purché banche e intermediari finanziari, in presenza di determinati requisiti.

È stato, infine, modificato anche l'art. 182-*quinques*, L. Fall., che già disciplinava la possibilità per il debitore di ottenere l'autorizzazione da parte del Tribunale a contrarre i c.d. finanziamenti interinali, prededucibili ai sensi dell'art. 111, L. Fall., purché attestati da un professionista in possesso dei requisiti previsti ai sensi dell'art. 67, comma III, lett. d, L. Fall..

L'intervento del legislatore è stato visto con favore da parte degli operatori della materia, in quanto ha tentato di introdurre degli aggiustamenti, che l'esperienza aveva dimostrato come indispensabili, alla riforma del 2012: tuttavia, il Decreto, ha destato non poche perplessità fra gli esperti, essendosi il legislatore della riforma apertamente sovrapposto ai lavori della Commissione costituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia per elaborare un Testo Unico della disciplina concorsuale¹⁵⁶. Ciò lascia presagire, peraltro, che la disciplina introdotta con la L. n. 132/2015 sarà sottoposta a ulteriori modifiche e/o revisioni.

Dopo l'entrata in vigore della L. n. 132/2015, è intervenuta ancora la Legge di Stabilità 2016, in parte contraddicendo lo spirito della riforma precedente di appena sei mesi.

Se, infatti, la L. 132/2015, incentiva apertamente le procedure finalizzate alla prosecuzione dell'attività d'impresa, ponendo vincoli a quelle liquidatorie, il successivo D. LGS. n. 147/2015 (c.d. "*Decreto Internazionalizzazione*") va

¹⁵⁶ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in www.ilfallimentarista.it, 2015, pp. 1-26.

esattamente nella direzione opposta, penalizzando, sul versante fiscale, proprio le procedure di risanamento¹⁵⁷. Dal 1° gennaio 2016 il concordato liquidatorio continua ad usufruire della piena esenzione dello stralcio dai debiti, mentre quello in continuità viene colpito con la tassazione del bonus fino a concorrenza di perdite e interessi indeducibili, poste che l'impresa in crisi non riuscirà generalmente ad utilizzare integralmente, con l'emersione, nel breve periodo, di imposte da pagare¹⁵⁸.

1.9. Il progetto di Riforma della Commissione Rordorf

Le modifiche degli ultimi due anni non costituiscono altro che il preludio alla riforma organica delle procedure concorsuali, sulla base della proposta elaborata dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto del 24 febbraio 2015 e successive integrazioni, presieduta dal Presidente della I Sezione Civile della Corte di Cassazione Renato Rordorf.

La Commissione ha elaborato un Disegno di Legge Delega che è stato annunciato dal Governo in data 11 febbraio 2016 e, un mese dopo, tradotto in atto della Camera come disegno di legge (A.C. n. 3671 del 11 marzo 2016)¹⁵⁹.

Il Disegno di Legge Delega si pone l'obiettivo di restituire organicità ed armonia alla disciplina delle procedure concorsuali, ad oggi estremamente frammentata, in vista dell'emanazione di un Testo Unico dell'Insolvenza che possa sostituirsi al R.D. n. 267/1942¹⁶⁰.

Il D.D.L. sembra tenere conto di quanto previsto a livello europeo, in particolare attraverso il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del

¹⁵⁷ Così L. GAIANI, *Regole in attesa di revisione organica*, in *Come gestire le crisi d'impresa*, Focus del Sole 24 ore, cit..

¹⁵⁸ Più precisamente, per i debitori scattano due penalizzazioni che colpiscono proprio gli interventi a sostegno della continuità aziendale. Innanzitutto viene tassato lo stralcio dei debiti nei concordati di risanamento e negli accordi di ristrutturazione, per la parte che eccede perdite ed interessi indeducibili, poste che ben difficilmente l'impresa in crisi riuscirà ad utilizzare. Le rinunce a crediti che i soci hanno acquistato a prezzi inferiori al nominale vengono infine tassate in capo al debitore, che a questo punto rischierà di non riuscire a ripianare il *deficit*, lasciando immutata la fiscalità del socio creditore. Infine, il mancato pagamento delle fatture emesse consentirà, dal 2017, il recupero dell'IVA già dall'avvio delle procedure concorsuali. Sul punto, si veda L. GAIANI – M. NOBILI, *Ruolo centrale per commissari giudiziali e professionisti attestatori*, cit.

¹⁵⁹ In proposito, si vedano le riflessioni di M. FERRO, *Misure di allerta e di prevenzione della crisi*, 12.04.2016, in *Pluris*; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016, pp. 139 ss..

¹⁶⁰ Come dichiarato dallo stesso Presidente Rordorf in occasione del XXII Convegno dell'Associazione albese degli studi di diritto commerciale, svoltosi il 21.11.2015 ad Alba (Cuneo),

Consiglio in tema di procedure di insolvenza¹⁶¹ e la Raccomandazione della Commissione n. 2014/135/UE¹⁶², approvata nelle more delle negoziazioni relative al Regolamento.

Tali normative si ispirano alla legge modello adottata dall'UNCITRAL nel 1997, cui fece seguito, nel 2004, la UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law* (*Parts One*¹⁶³ and *Two*¹⁶⁴ adottate nel 2004; *Part Three*¹⁶⁵ adottata nel 2010; *Part Four*¹⁶⁶ adottata nel 2013)¹⁶⁷.

Tra le previsioni contenute nel disegno di legge delega, si segnala innanzitutto la disciplina di un accertamento giudiziale unico della crisi e dell'insolvenza, affidandone la competenza al Tribunale. Il Disegno di Legge prevede, infatti, di attivare un unico giudizio di accertamento delle condizioni di accesso di imprenditori e debitori civili per tutte le situazioni di crisi o insolvenza, compresa quindi anche la crisi da sovraindebitamento del soggetto non imprenditore, a

¹⁶¹ Il Regolamento riscrive quasi interamente il precedente Reg. n. 1346/2000, estendendo le disposizioni anche alle procedure di risanamento delle imprese e sarà applicabile alle procedure di insolvenza aperte successivamente al 26.06.2017. Sul regolamento del 2015, si veda, in particolare, P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1026 ss..

¹⁶² La Raccomandazione (“*Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*”) è stata approvata il 12.03.2014 e invita gli Stati membri ad introdurre, entro un anno, procedure dirette al risanamento piuttosto che alla liquidazione e, in generale, una normativa che agevoli il reinserimento dell'imprenditore onesto ma sfortunato nel contesto economico. Sul punto P. DE CESARI, *L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza*, in A. JORIO, *Diritto fallimentare. Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, 2016, I, p. 498.

¹⁶³ Relativa agli obiettivi delle leggi sull'insolvenza e, in particolare, ai meccanismi di risanamento e salvaguardia dell'impresa in crisi.

¹⁶⁴ Relativa all'efficienza delle leggi sull'insolvenza e sulla riorganizzazione aziendale dell'impresa in crisi.

¹⁶⁵ Relativa all'insolvenza di gruppo, nazionale ed internazionale.

¹⁶⁶ Relativa alla responsabilità dell'organo gestorio in caso di dissesto dell'impresa.

¹⁶⁷ Il testo della *Guide on Insolvency Law* è reperibile al link: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html. La legge modello ebbe un'inaspettata fortuna, tanto che è stata adottata da venti Stati, fra cui il Giappone (2000), il Regno Unito (2006) e gli USA (2005). In Europa, oltre al Regno Unito, è stata adottata solo dalla Polonia e dalla Romania (2003), dalla Slovenia (2007) e dalla Grecia (2010). Per un approfondimento sulla normativa europea, si veda quanto di recente scritto da P. DE CESARI, *L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza, cit.*, pp. 494 ss..

prescindere dalle procedure poi applicabili¹⁶⁸. Si tratta di una vera e propria *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti¹⁶⁹.

In questo modo verrebbero risolti i problemi di coordinamento fra le varie procedure concorsuali, in particolare eliminando i frequenti problemi di sovrapposizione che nel tempo hanno coinvolto soprattutto la procedura di concordato preventivo e la procedura fallimentare, all'insegna della celerità, anche in fase di reclamo¹⁷⁰.

Ulteriore importantissima previsione riguarda la disciplina di una procedura extragiudiziale di allerta e di composizione assistita della crisi¹⁷¹, volta a favorirne l'emersione anticipata e le conseguenti negoziazioni fra debitore e creditori, con il dichiarato scopo di evitare che, come avvenuto troppe volte, la situazione di crisi dell'impresa venga affrontata troppo tardi così degenerando in una situazione di insolvenza irreversibile¹⁷².

A tal proposito, è stato previsto l'inserimento, all'interno del Codice Civile, del dovere da parte dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Dovrà essere di conseguenza regolato l'onere, sempre per

¹⁶⁸ Nello specifico, come si legge alle pp. 7 – 8 della RELAZIONE ALLO SCHEMA DI LEGGE DELEGA PER LA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI, *cit.*, la Commissione ha previsto che «presso i Tribunali delle Imprese siano concentrate le procedure di maggiori dimensioni; che quelle riguardanti i soggetti interessati solo dalle procedure di sovraindebitamento restino attribuite ai Tribunali oggi esistenti, secondo i normali criteri di competenza; e che la trattazione delle rimanenti procedure sia invece ripartita tra un numero ridotto di Tribunali, dotati di una pianta organica adeguata, scelti in base a parametri oggettivi da individuare».

¹⁶⁹ La RELAZIONE, *cit.*, pp. 8 – 9, parla di «una sorta di contenitore processuale uniforme di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza, siano esse finalizzate alla conservazione o alla liquidazione dell'impresa o del patrimonio del debitore, quali che ne siano la natura (civile, professionale, agricola, commerciale), le dimensioni (piccola, media, grande) e la struttura (persone fisiche, persone giuridiche, gruppi di imprese, cooperative, associazioni, fondazioni, onlus, enti ecclesiastici, società a partecipazione pubblica e società *in house*), con la sola esclusione degli enti pubblici, fatte salve le eventuali disposizioni riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni».

¹⁷⁰ In ogni caso, il procedimento avrà un esito differente a seconda delle peculiarità soggettive ed oggettive della procedura che sarà ritenuta applicabile. Il pregio di questa previsione di legge consiste nel fatto che, in caso di esito negativo della domanda di concordato preventivo, il procedimento inizialmente intrapreso potrà convertirsi automaticamente in fallimento. Tuttavia, come posto in risalto a p. 10 della RELAZIONE, *cit.*, tale previsione «non comporta la reintroduzione in diversa forma della fallibilità d'ufficio». Sul tema, si veda diffusamente S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa ...*, *cit.*, pp. 141 – 142.

¹⁷¹ La proposta di introdurre una fase preventiva di “allerta”, volta ad anticipare l'emersione della crisi, ricorda quanto previsto già da tempo nell'ordinamento francese.

¹⁷² Cfr. RELAZIONE, *cit.*, p. 12, dove si scrive che «si mira a creare un luogo d'incontro tra le controposte [...] esigenze del debitore e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e composizione [...] assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione appropriata [...]».

l'imprenditore e per gli organi sociali, di attivarsi per l'adozione, tempestiva, di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Il meccanismo, dunque, si baserebbe su precisi oneri informativi in capo a determinati soggetti, interni ed esterni all'impresa, con il dichiarato scopo di identificare tempestivamente lo strumento maggiormente idoneo al superamento della crisi¹⁷³.

Perché la procedura funzioni è necessario che l'imprenditore segnali tempestivamente lo stato di crisi in cui versa, andando in qualche modo contro i suoi stessi interessi. Per questo motivo la Commissione, oltre ad auspicare un cambio di mentalità da parte dell'imprenditore stesso, ha previsto «misure premiali» che consistono nel garantire la riservatezza alla procedura e l'affidamento della stessa ad appositi Organismi di Composizione della Crisi, posti al di fuori del Tribunale¹⁷⁴; allo stesso tempo, sono previste «misure sanzionatorie» per quei debitori che, pur in presenza dei presupposti necessari, non ricorrano alla procedura di composizione della crisi.

Con riferimento ai piani attestati di risanamento e agli accordi di ristrutturazione dei debiti le innovazioni sono limitate, segnalandosi, per quest'ultimi, l'eliminazione della soglia del 60% dei creditori aderenti e l'ampliamento ai creditori non finanziari della possibilità di estensione degli effetti dell'accordo anche in assenza di accettazione.

Per quanto riguarda il concordato preventivo, la Commissione limita ulteriormente il ricorso al concordato esclusivamente liquidatorio. Infatti, è previsto che in caso di proposizione di concordato senza continuità devono essere offerti

¹⁷³ Parte della dottrina, pur considerando astrattamente giustissima la nuova previsione, giudica la procedura di allerta e composizione della crisi poco funzionale, specialmente in un ordinamento come il nostro. Infatti, la denuncia dello stato di crisi può comportare, di converso, un problema di accesso al credito. Chi concederebbe risorse finanziarie ad un'impresa che si dichiara in stato di dissesto? Paradossalmente, tale procedura rischierebbe di diventare una sorta di anticipazione del fallimento, così da non poter soddisfare i creditori e, soprattutto, non garantire la continuità aziendale dell'impresa. Così A. MAFFEI ALBERTI, nel corso del proprio intervento in occasione del Convegno "Crisi di impresa: la riforma in itinere", Roma, 24.2.2016, presso il Palazzo di Giustizia. A giudizio di S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa ...*, cit., pp. 145 – 146 «non può escludersi che entri a far parte del dibattito anche l'idea di "importare" il modello tedesco della c.d. *black list* dei cattivi pagatori, in ipotesi attraverso l'invio alle camere di commercio di un *report* periodico sulla regolarità dei pagamenti da parte delle imprese».

¹⁷⁴ Questo per evitare il rischio che «l'intervento del giudice possa essere percepito dall'imprenditore o dai terzi come l'anticamera di una successiva ed indesiderata procedura concorsuale d'insolvenza». V. RELAZIONE, cit., p. 13.

apporti esterni in grado di assicurare ai creditori una migliore soddisfazione, concreta ed effettiva, rispetto al fallimento. Il concordato sarà quindi ancora di più incentrato sulla continuità aziendale¹⁷⁵.

Inoltre anche i terzi saranno legittimati a proporre domanda di concordato: la legittimazione del terzo non è riferita solo alla presentazione di offerte concorrenti, come già accade, bensì alla proposizione della stessa domanda di ammissione alla procedura di concordato. Tale evenienza è però limitata all'ipotesi in cui il debitore versi in stato d'insolvenza e non di semplice crisi¹⁷⁶.

Una delle innovazioni maggiormente sottolineate della riforma riguarda l'eliminazione del termine *fallimento* e la sua sostituzione con il termine *liquidazione giudiziale*, nell'ottica, come già avvenuto in altri ordinamenti, di eliminare ogni connotazione negativa anche a livello sociale che fin dal Medioevo è collegata al termine *fallimento*¹⁷⁷.

Un'altra previsione rilevante è quella relativa all'introduzione di una disciplina per la gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo. Anche attraverso specifiche regole di competenza, è prevista la possibilità d'instaurazione di una procedura unitaria per le diverse società del gruppo, tenendo fermo il principio di separazione delle masse attive e passive¹⁷⁸. Tale disciplina, potrebbe porre fine ai contrasti giurisprudenziali che si sono riscontrati in tema di concordato preventivo di gruppo negli ultimi mesi, con orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità tra loro estremamente contrastanti¹⁷⁹.

¹⁷⁵ S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa ...*, cit., p. 148, parla addirittura di una sorta di «abrogazione del concordato liquidatorio».

¹⁷⁶ La previsione di una procedura di composizione assistita della crisi anteriore alla domanda di concordato induce a pensare che il ricorso al concordato preventivo in bianco subirà un drastico ridimensionamento. Tuttavia, l'istituto non verrebbe eliminato.

¹⁷⁷ Riguardo all'istituto della liquidazione giudiziale, la legge delega prevede, inoltre, forme di semplificazione della procedura, forme di liquidazione più efficienti, limitazione al concordato fallimentare salvo che nel caso di apporti esterni e forme di esdebitazione automatica nei casi di minore valore.

¹⁷⁸ Ciò comporterebbe: (i) un unico giudice delegato, un unico commissario giudiziale e un unico fondo per le spese di giustizia; (ii) un'unica adunanza dei creditori «ferma restando la votazione separata dei creditori di ciascuna impresa; (iii) effetti unitari circa l'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria; (iv) l'esclusione dal voto delle imprese titolari di crediti nei confronti di altre imprese del gruppo; (v) la formulazione di un piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo. Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa ...*, cit., p. 153.

¹⁷⁹ Senza presunzione di completezza, si può citare Trib. Palermo, decreto, 04.06.2014, in *Fallimento*, 2014, 8-9, p. 951, secondo cui la domanda di concordato di gruppo è ammissibile ove il piano risponda all'interesse dei creditori; successivamente è intervenuta Cass. Civ., Sez. I, 13.10.2015, n. 20559 (rv 637340), in *Giur. It.*, 2016, 2, p. 395, nota di A. DI MAJO, che ha stabilito che il concordato di gruppo non è proponibile, in quanto è ammesso solo il concordato preventivo proposto da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente

Ulteriori previsioni riguardano il coordinamento della disciplina riguardante le procedure di sovraindebitamento con quella delle altre procedure di insolvenza; l'aggiornamento e la semplificazione della normativa sui privilegi, limitandoli ai casi di interessi costituzionalmente protetti e l'introduzione di una forma di garanzia reale senza spossessamento su beni mobili; la limitazione della procedura di amministrazione straordinaria ai soli casi di più rilevanti dimensioni, innalzando le soglie dimensionali di accesso; la limitazione della liquidazione coatta amministrativa alle sole imprese soggette a regime di vigilanza (escluse le cooperative) e l'attribuzione alle autorità amministrative di vigilanza delle competenze di segnalazione dell'allerta e dei poteri degli organismi di composizione della crisi, al fine di incentivare soluzioni conservative¹⁸⁰.

La riforma del diritto fallimentare, questa volta, sembra percorrere una strada meno improvvisata rispetto al passato. Il testo, infatti, è stato predisposto prima da una commissione tecnica di alto livello, per poi arrivare a un esame in Consiglio dei Ministri, durante il quale la politica ha dato un contributo nelle scelte. Adesso toccherà al Parlamento intervenire e poi la Legge tornerà al Governo per la sua attuazione, sempre sotto il controllo delle camere.

2. CRISI D'IMPRESA E CONTINUITÀ AZIENDALE

2.1. La crisi dell'impresa

Al centro delle ultime riforme si pone lo stato di crisi dell'impresa, concetto attorno al quale ruota il complessivo impianto delle soluzioni offerte per procedere alla riorganizzazione dell'impresa e al superamento della crisi.

Per far fronte alle esigenze emerse negli ultimi anni, si è reso necessario individuare come presupposto oggettivo per l'accesso alle procedure concordate un concetto diverso dall'insolvenza classica¹⁸¹, molto più elastico e multiforme¹⁸².

competente per ciascuna procedura. Nonostante l'intervento della Suprema Corte, continuano a sussistere incertezze: infatti, secondo la recente pronuncia del Trib. Teramo, 05.01.2016, in *Pluris*, il concordato di gruppo è ammissibile qualora ogni creditore possa verificare la propria posizione e l'impatto della proposta sul proprio soddisfacimento, fermo restando il principio secondo il quale le società proponenti debbano avere tutte la sede nel circondario dello stesso tribunale.

¹⁸⁰ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa ...*, cit., pp. 162 – 170.

¹⁸¹ Ciò costituisce un'importante innovazione rispetto alla previgente L. Fall. in cui lo stato d'insolvenza era presupposto sia per l'istanza di fallimento che per il ricorso al concordato preventivo. Cfr. R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 L. Fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, 4.

¹⁸² P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, op. cit., pp. 20 ss..

Occorreva, infatti, individuare una categoria più ampia che contenesse l'insolvenza e che consentisse il ricorso a strumenti per lo più privatistici¹⁸³.

Si è così iniziato a parlare di crisi d'impresa come categoria giuridica, quale presupposto oggettivo delle procedure concorsuali c.d. minori.

Il legislatore, tuttavia, non fornisce una definizione del concetto di "crisi", a differenza di quanto compie, con l'art. 5, comma II, L. Fall., riguardo allo stato di insolvenza¹⁸⁴. Lo stato di crisi viene richiamato unicamente nell'art. 160 L. Fall., all'interno del quale vengono delineati i presupposti del nuovo concordato preventivo.

Già prima del 2005, parte della dottrina¹⁸⁵ sosteneva che l'intento del legislatore fosse quello di ricomprendere nello stato di crisi anche l'insolvenza vera e propria: le due categorie si sarebbero differenziate fra di loro sul piano di un possibile superamento, anche mediante l'utilizzazione di provvedimenti straordinari di riorganizzazione e ristrutturazione del debito. Tale assunto è stato fatto proprio dal legislatore il quale, con D. L. 30.12.2005, n. 273, convertito con L. 23.03.2006, n. 51, ha inserito l'attuale art. 160, comma VI, secondo cui «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza». È stato così stabilito che può accedere alla procedura di concordato preventivo anche l'impresa in stato di insolvenza; inoltre, è stato chiarito legislativamente che lo stato di insolvenza rientra nello stato di crisi, in particolare che lo stato di insolvenza rappresenta una situazione di dissesto più avanzata rispetto allo stato di crisi.

Le classificazioni inerenti alla crisi dell'impresa non derivano dunque direttamente dalla Legge ma sono il frutto delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza¹⁸⁶.

L'assenza nel nostro sistema della nozione di crisi è il frutto di una scelta consapevole del legislatore di utilizzare la tecnica di normazione per clausole

¹⁸³ Viene dunque affrontata la crisi in sé considerata che si pone, nella scala della gravità del fenomeno di *distress*, in una posizione più a monte dell'insolvenza.

¹⁸⁴ L'art. 5, comma II, dispone che l'insolvenza «si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». In questo senso si veda Cass. SS.UU., 11.2.2003, n. 1997, in *Pluris*.

¹⁸⁵ Cfr. G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in S. AMBROSINI, *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006; G. B. NARDECCHIA, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007.

¹⁸⁶ Come è stato notato in A. DE STEFANO (direttore responsabile), *Fallimento*, Memento pratico IPSOA, 2009, non esistono due imprese uguali e esistono molteplici tipi di crisi e la definizione di indicatori tecnici atti a dimostrare l'esistenza di uno stato di crisi poco si presta ad una definizione legislativa.

generali, al fine di adeguare la nozione alle esigenze che nel tempo si promanano dal sistema economico.

La conseguenza di tale approccio è l'estrema rilevanza attribuita all'operato del giudice, il cui compito è trovare soluzioni coerenti con gli scopi che il legislatore ha voluto perseguire: nel caso specifico, alla luce delle recenti riforme e del cambiamento di mentalità, il giudice è dunque chiamato a trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di tutela del ceto creditorio e quella dell'anticipazione della crisi d'impresa, in modo tale che quest'ultima non degeneri in insolvenza¹⁸⁷.

Nel tentativo di fornire una definizione del concetto di crisi, in termini assolutamente generali e generici, si può dire che un'impresa è in crisi quando non raggiunge, per qualsiasi motivo interno o esterno, gli obiettivi che ragionevolmente si potevano conseguire, avuto riguardo dei fattori di produzione impiegati¹⁸⁸. Tuttavia questa nozione è troppo ampia e difficilmente emerge a livello giuridico.

Secondo parte della dottrina, «la crisi si sostanzia nell'instabilità della redditività che porta a rovinose perdite economiche e di valore del capitale, con conseguenti dissesti nei flussi finanziari, perdita della capacità di ottenere finanziamenti creditizi per un crollo di fiducia da parte della comunità finanziaria, ma anche da parte dei clienti e fornitori, innescando così, un pericoloso circolo vizioso»¹⁸⁹.

La crisi d'impresa, quindi, causa un allarme sociale e per questo motivo esprime un evidente disvalore. Tuttavia, già da tempo è stato sottolineato che la crisi non è necessariamente un evento negativo, quanto piuttosto una fase necessaria dell'impresa, fase da cui l'impresa può addirittura trarre giovamento per non commettere nuovamente gli stessi errori in futuro: la crisi delle imprese, talvolta,

¹⁸⁷ Cfr. R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 L. Fall. e prevenzione dell'insolvenza*, cit.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacità patrimoniale*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, 2007; S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. fall.*, 2010.

¹⁸⁸ Così A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit.. Secondo gli A., la nozione di crisi che emerge sul piano giuridico è più ristretta, riferita a situazioni effettivamente patologiche dell'impresa come organizzazione e, specificatamente, come organizzazione produttiva.

¹⁸⁹ In questi termini, L. GUATRI, *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore*, cit.. Lo stesso autore, in L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, 1986, aveva definito la crisi dell'impresa, in termini altrettanto negativi, come «quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite di varia entità che, a loro volta, possono determinare l'insolvenza che costituisce più che la causa, l'effetto, la manifestazione ultima del dissesto».

può essere un fattore decisivo di processi di ristrutturazione economica indissociabili dal funzionamento stesso di un'economia di mercato¹⁹⁰.

Anche grazie a questa nuova concezione della crisi di impresa vista non più necessariamente come elemento negativo e di disvalore, la *ratio* delle ultime riforme è stata quella di favorire l'accesso alla procedura concorsuale concordata anche chi non è ancora in stato di insolvenza, per evitare che si verifichi quest'ultima, sempre nell'ottica di tutelare l'attività d'impresa e il valore dell'azienda¹⁹¹.

Andando più nello specifico, in chiave aziendalistica¹⁹² si è resa necessaria una distinzione di fondo fra crisi di tipo patrimoniale, consistente in squilibri economico – finanziari¹⁹³ e crisi di tipo non patrimoniale, che riguarda il funzionamento dell'organizzazione.

¹⁹⁰ In proposito, si veda diffusamente B. LIBONATI, *La crisi dell'impresa*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1964.

¹⁹¹ Alcune pronunce avevano espresso il principio secondo il quale, per l'ammissione al concordato, non si possa distinguere tra crisi momentanea dell'impresa e insolvenza vera e propria. Tuttavia, grazie a tali pronunce, siamo arrivati a un consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale lo stato di insolvenza è ricompreso nel più ampio stato di crisi. In questo senso è ancora attuale Trib. Sulmona, 06.06.2005, in *Fallimento*, 2005. Secondo Trib. Monza, sez. III, n. 6/2013, in *Pluris*, «in tema di concordato preventivo, tra le condizioni soggettive di ammissione, il nuovo tenore dell'art. 160, comma I, L. Fall. evidenzia la qualifica di imprenditore in capo al richiedente che deve quindi essere regolarmente iscritto al Registro delle imprese e l'ulteriore circostanza che egli si trovi in "stato di crisi", concetto rientrante nel più ampio genus nel quale si trova anche la species dell'insolvenza, potendo variare da un semplice disquilibrio finanziario, economico, produttivo, fino a giungere ad ipotesi di crisi irreversibile». Molto importante anche quanto stabilito da Trib. Arezzo, 24.01.2013, in *Pluris*, secondo cui «ai sensi dell'art. 160 L. Fall. per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza, ossia l'impotenza economica funzionale e non transitoria per la quale l'imprenditore non è più in grado di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività. Ne consegue che lo stato di crisi non può che atteggiarsi con connotati di minore gravità e riguarda, quindi, tutte quelle situazioni che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima». Quest'ultima pronuncia si allinea con quanto stabilito dall'art. 160, comma III, L. Fall., secondo il quale «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza».

¹⁹² N. IRTI, *Il giurista dinanzi alla crisi d'impresa*, in *Riv. it. leasing*, 1989 ha sostenuto che la crisi di impresa debba essere analizzata alla luce di criteri aziendalistici, al fine di individuare gli strumenti maggiormente idonei al superamento della stessa. Secondo la visione aziendalistica l'impresa in crisi non è più in grado di produrre valore in quanto ha inizio una fase di declino che, pur non ancora degenerata in una crisi finanziaria, potrebbe giungere ad uno stato di insolvenza, ossia nella situazione di crisi irreversibile.

¹⁹³ Le crisi patrimoniali possono essere ulteriormente distinte in crisi *economiche*, date dallo sbilancio fra attivo e passivo, e crisi *finanziarie*, che si traducono nella incapacità di soddisfare regolarmente gli impegni (obbligazioni) verso i terzi e che vengono in generale qualificate sul piano giuridico ed aziendalista come *insolvenza*. Così A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit..

Sia le crisi patrimoniali che quelle non patrimoniali possono essere considerate, in relazione alla loro gravità e alle prospettive di superamento, sanabili o reversibili oppure insanabili o irreversibili¹⁹⁴.

Spostando l'attenzione sugli elementi propri del concetto di crisi, è fondamentale porre l'attenzione sui sintomi della crisi stessa, nell'ottica di anticipare e, dunque, cercare di prevenire l'emergere dello stato di dissesto¹⁹⁵. La casistica dei sintomi atti a identificare, in una certa situazione, una fase di crisi dell'impresa è ricca di esempi e ipotesi a volte molto diversi fra di loro¹⁹⁶.

¹⁹⁴ A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit. evidenziano come che ogni classificazione e distinzione abbia un valore del tutto relativo. Spesso, infatti, nella realtà concreta, le crisi patrimoniali si collegano strettamente a, o sono la conseguenza di, crisi non patrimoniali; d'altra parte, le crisi economiche in senso stretto tendono nel tempo a sfociare nelle crisi finanziarie: e, ancora, la linea di confine fra crisi sanabile e crisi insanabile, già incerta in termini teorici, lo diventa ancor di più in termini pratici.

¹⁹⁵ Le ultime riforme, in particolare il progetto di riforma della COMMISSIONE RORDORF SULLA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCURSUALI, vanno nella direzione dell'introduzione, anche nel nostro sistema, di meccanismi di allerta e prevenzione della crisi, sulla scorta del diritto fallimentare francese e, anche, delle due proposte di legge della c.d. COMMISSIONE TREVISANATO nel periodo antecedente la Riforma del 2005. Come già detto, l'argomento è al centro del dibattito e di opinioni della dottrina decisamente contrastanti fra di loro. Fino ad ora, la diffidenza del debitore a diffondere l'informazione di una crisi dell'impresa a terzi ha comportato che l'accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti avvenisse troppo in ritardo, versando ormai l'impresa in condizioni di crisi finanziaria spesso irreversibili. Le ultime Riforme e il progetto RORDORF, si muovono nella direzione di rendere l'imprenditore partecipe a una sorta di scambio con i creditori: egli sarà disposto a informare il ceto creditorio circa la propria situazione in cambio di una ristrutturazione ovvero di una riformulazione della propria esposizione debitoria. Così, tali strumenti di prevenzione ed allarme, assolvono una funzione anticipatoria dell'insolvenza consentendo la predisposizione di piani adeguati di risanamento oppure una più proficua liquidazione del patrimonio aziendale. Così R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 L. Fall. e prevenzione dell'insolvenza*, op. cit..

¹⁹⁶ A livello di struttura societaria, possono essere sintomi di crisi: (i) il capitale insufficiente; (ii) la dipendenza unilaterale nei confronti di certi committenti; (iii) le spese per il personale molto elevate e non giustificate da particolari specializzazioni. I sintomi, invece, interni all'azienda sono: (i) la mancanza di apporti economici da parte dei soci, quando necessari; (ii) il ricambio troppo frequente delle strutture manageriali di vertice, con conseguente cambio continuo di strategie e politiche aziendali; (iii) la riduzione del capitale sociale rispetto a quello inizialmente versato; (iv) le richieste di rimborso dei prestiti effettuati dai soci. Possono essere sintomi della crisi anche alcuni elementi contabili come ad esempio: (i) ritardi o irregolarità nella tenuta dei conti e nella predisposizione dei bilanci; (ii) l'utilizzazione delle riserve economiche fino ad allora accumulate. Sono infine possibili segnali di crisi anche i pagamenti effettuati solo dopo lettere di messa in mora; i ritardati pagamenti delle retribuzioni dei lavoratori o delle fatture commerciali relative alla fornitura di servizi primari (elettricità, telefono, rete internet); il ricorso sempre più frequente ai prestiti bancari e, talvolta, anche le cessioni in blocco delle merci; le domande di fallimento presentate e poi ritirate previo compromesso. La presenza di un solo sintomo di crisi tra quelli indicati (che non costituiscono un'elencazione tassativa e nemmeno completa) non significa necessariamente che vi sia crisi: maggiori sono i segnali che si manifestano contemporaneamente, maggiori sono le probabilità che l'impresa stia attraversando un momento difficile. Per una disamina dei possibili sintomi della crisi d'impresa, si veda anche F. SASSANO, *Il nuovo concordato preventivo nella riforma fallimentare*, Padova, 2006.

Altrettanto ampia appare la casistica delle cause¹⁹⁷ e dei livelli di gravità¹⁹⁸ della crisi, dal momento che, come detto, il legislatore non definisce il concetto di crisi in modo preciso così da lasciare che l'operato della dottrina e della giurisprudenza adegui il concetto al caso concreto e segua l'evoluzione del contesto economico e sociale all'interno del quale la crisi dell'impresa si manifesta.

Provando, a questo punto, a fornire una definizione più precisa, sulla base dell'opinione che si è andata affermando negli anni, lo stato di crisi consiste nella fase che precede lo stato d'insolvenza vero e proprio e che fa prefigurare all'imprenditore accorto di essere di fronte ad un "rischio di insolvenza", inteso quale situazione in cui versa l'imprenditore che, pur potendo adempiere i debiti scaduti, non sarà probabilmente in grado di adempiere i debiti di prossima scadenza¹⁹⁹.

In questo senso, le procedure concordate, hanno lo scopo essenziale di procedere alla prosecuzione dell'impresa e della sua attività, basandosi su una segnalazione in tempi opportuni dello stato di crisi, in modo che l'imprenditore proponente possa mantenere l'amministrazione e la disponibilità dei beni aziendali o che, in alternativa, venga comunque mantenuto il complesso aziendale stesso senza procedere ad una sua disgregazione e conseguente liquidazione.

Una volta che emerge lo stato di crisi, l'imprenditore, dopo essersi adoperato nel processo di gestione della crisi dell'impresa²⁰⁰, ed aver constatato la

¹⁹⁷ La crisi di azienda non dipende quasi mai da un'unica causa ma è il risultato di una combinazione di condizioni, sia esterne che interne, che possono produrre effetti differenti. Si può distinguere fra crisi da inefficienza; crisi da sovracapacità/rigidità; crisi da decadimento dei prodotti (esempio di un tale tipo di crisi è quanto avvenuto a Kodak, noto produttore di rullini fotografici che, nel 2012, a seguito dell'avvento della fotografia digitale, ha dovuto ufficializzare la bancarotta appellandosi al *Chapter 11* per una ristrutturazione del debito di oltre 7 miliardi di dollari ed una riconversione della propria attività); crisi da carenza di programmazione/innovazione: consiste nel risultato di una sostanziale difficoltà di adattamento dei processi gestionali aziendali agli inevitabili mutamenti ambientali e di mercato. Crisi da squilibrio finanziario/patrimoniali; crisi da passaggio generazionale.

¹⁹⁸ La crisi dell'impresa può essere classificata a seconda della sua gravità: maggiore sarà la gravità, maggiore sarà la difficoltà di risanare l'impresa e mantenerne i valori produttivi. Sono individuabili quattro diversi livelli di gravità. Si può configurare, infatti, un mero stato di debolezza, una situazione di fragilità, un c.d. stato di pre – dissesto e il dissesto.

¹⁹⁹ In questo senso, Cfr. R. MARINO – M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 L. Fall. e prevenzione dell'insolvenza*, cit.; G. DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001; G. BRUGGER, *I rischi dell'insolvenza dell'impresa*, in *Fallimento*, 1988, 399. In giurisprudenza, si veda la pronuncia Trib. Di Sulmona, decr. 2.11.2010, in www.ilcaso.it.

²⁰⁰ Il processo della gestione delle crisi aziendali richiede sia una profonda conoscenza del contesto aziendale e del quadro esterno, sia una combinazione di creatività e di realismo nel configurare le varie ipotesi di evoluzione di quest'ultimo e del suo impatto sull'impresa. La dottrina aziendalistica individua quattro fasi principali del processo aziendale, ovvero la valutazione del rischio

reversibilità²⁰¹ o meno²⁰² della crisi, nel caso in cui si trovi davanti ad una crisi sanabile può procedere con una delle modalità di risanamento²⁰³ offerte dall'ordinamento e potenziate (specie le modalità di risanamento esterne) con le ultime riforme che, come detto, cercano di consentire all'imprenditore di salvaguardare la continuità aziendale del complesso produttivo.

2.2. Il concetto di continuità aziendale nella disciplina del bilancio

Prima di analizzare il fenomeno della continuità aziendale nelle procedure concorsuali e gli istituti predisposti dal nostro legislatore per garantire la salvaguardia della continuità aziendale nella crisi dell'impresa, risulta necessario esporre brevemente che cosa si intenda per continuità aziendale in senso proprio.

Nella letteratura aziendalistica non è stata fornita una definizione precisa ed univoca del concetto di continuità aziendale e, da un punto di vista terminologico, il concetto è stato interpretato quale assunto di non cessazione o di ipotesi opposta rispetto alla liquidazione²⁰⁴. È stato a tal proposito sostenuto²⁰⁵ che, mancando una definizione di *going concern*, per provarne l'esistenza, occorre dimostrare che dalla situazione dell'impresa non possa desumersi il contrario.

In generale è stato sostenuto che quando si parla di continuità aziendale, ci si riferisce al presupposto in base al quale, nella redazione del bilancio, l'impresa

(individuazione dei fenomeni che potrebbero cambiare in modo permanente le caratteristiche strutturali del settore di attività aziendale, c.d. rischio di mercato), l'esame della flessibilità aziendale (ovvero la capacità di reazione ai cambiamenti del mercato), il profilo di rischio globale (ossia il confronto fra il rischio di mercato e la capacità di reazione dell'impresa) e, infine, la valutazione delle misure di difesa (in altri termini, le alternative di condotta concretamente disponibili). Per una disamina approfondita del profilo della gestione dell'impresa in crisi, si vedano *Fallimento, Memento pratico IPSOA, cit.*; F. FONTANA – P. BOCCARDELLI, *Corporate Strategy. Una prospettiva organizzativa e finanziaria per la crescita*, 2015.

²⁰¹ La crisi è sanabile quando nell'impresa è presente un potenziale aziendale che, pur deteriorato, risulta recuperabile o riconvertibile. Cfr. Cass. 23.8.1991, n. 9046, in *Pluris*.

²⁰² La crisi non è sanabile quando l'impresa risulti incapace di adempiere, quindi di eseguire le obbligazioni assunte alle previste scadenze e con l'utilizzazione dei mezzi normali di pagamento. Cfr. Trib. Como, 9.12.1994, in *Pluris*.

²⁰³ In generale il risanamento dell'impresa può essere interno ad essa oppure esterno, ossia con l'aiuto e l'intervento dei creditori. Il salvataggio con l'ausilio dei creditori può a sua volta essere di tipo stragiudiziale oppure giudiziale, quest'ultimo disciplinato dalla legge e sottoposto a verifiche più o meno penetranti dell'autorità giudiziaria. La scelta in uno o nell'altro senso sarà valutata all'esito del procedimento di gestione della crisi. Cfr. F. FONTANA – P. BOCCARDELLI, *Corporate Strategy ...*, *op. cit.*.

²⁰⁴ FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi di impresa*, Documento del 15 ottobre 2015.

²⁰⁵ M. LACCHINI, *Il postulato di continuità dell'impresa (Going concern): un'analisi critica*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 1988.

viene normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro²⁰⁶.

Tale principio prevede altresì che i valori iscritti in bilancio siano considerati nel presupposto che l'azienda prosegua la propria attività senza che vi sia né l'intenzione, né tantomeno la necessità di porre l'azienda in liquidazione o di cessare l'attività, ovvero di assoggettarla a procedure concorsuali.

Dunque, si presume che un'impresa sia in condizioni di continuità aziendale quando può far fronte alle proprie obbligazioni e ai propri impegni nel corso della normale attività²⁰⁷.

E' noto come la sussistenza della continuità aziendale abbia riflessi significativi sul bilancio d'esercizio, sia sotto il profilo formale che sostanziale²⁰⁸.

Sotto il profilo formale, si nota che la struttura obbligatoria del bilancio impone, ad esempio, di distinguere e rappresentare separatamente le immobilizzazioni dalle altre attività rientranti nell'attivo circolante. Sotto il profilo sostanziale, la continuità rappresenta il presupposto indispensabile per l'adozione di criteri di valutazione fondati sulla logica del funzionamento²⁰⁹.

È importante sottolineare che la capacità di sopravvivenza dell'impresa è legata non solo ad una coerenza fra scelte di struttura e attese del soggetto economico ma anche, e soprattutto, ad una consonanza con l'ambiente esterno²¹⁰. Pertanto l'azienda deve soddisfare le pretese e le attese dei suoi componenti, attraverso la selezione e la realizzazione di obiettivi di performance soddisfacenti, tenuto conto delle aspettative e degli interessi esterni²¹¹. Nell'attuale contesto la

²⁰⁶ ASSONEBB, *Continuità aziendale (Enciclopedia)*, 2011.

²⁰⁷ Cfr. ASSONEBB, *Continuità aziendale (Enciclopedia)*, cit..

²⁰⁸ Le attività e le passività, in caso di continuità aziendale, sono contabilizzate tenendo conto della capacità dell'impresa di realizzare tali attività e di assolvere ai propri impegni nel normale svolgimento dell'attività. Nel caso in cui, al contrario, le prospettive future non permettano l'adozione del presupposto della continuità aziendale, il bilancio d'impresa assumerà valori fondati su considerazioni completamente diverse: si pensi al caso dei macchinari che, mentre in una prospettiva di continuità aziendale sono valutati considerando la vita utile, l'eventuale ammortamento e la recuperabilità durante l'uso, nell'ipotesi di una liquidazione saranno invece valutati tenendo conto esclusivamente del valore di realizzo. Cfr. ASSONEBB, *Continuità aziendale (Enciclopedia)*, cit..

²⁰⁹ Cfr. M. ROMANO – C. FAVINO, *Il giudizio sulla continuità aziendale nella prospettiva delle soluzioni concordate alla crisi d'impresa*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 7-10, 2012, p. 577.

²¹⁰ Cfr. S. MIGLIORI, *Crisi d'impresa e corporate governance*, Milano, 2013.

²¹¹ Sull'argomento dei vari interessi che confluiscono sull'attività dell'azienda, si veda in particolare L. GUATRI – S. VICARI, *Sistemi d'impresa e capitalismo a confronto. Creazione di valore in diversi contesti*, Milano, 1994; A. AMADUZZI, *Conflitto ed equilibrio di interessi nel bilancio dell'impresa*, Bari, 1957.

capacità dell'azienda di perseguire livelli soddisfacenti di economicità è subordinata ad un propedeutico processo di contenimento delle attese dei diversi *stakeholder* di riferimento.

In altri termini, l'impresa sarà in grado di operare in condizione di continuità aziendale quando sarà in grado di soddisfare le attese dei propri *stakeholder*²¹².

Il principio della continuità aziendale, richiamato dall'art. 2423-*bis*, comma I, c.c.²¹³, rappresenta un principio di redazione del bilancio d'esercizio²¹⁴, implicante la necessità di verificare la persistenza della prospettiva di continuità e di ricondurre all'esito di tale verifica la scelta dei criteri di valutazione da applicare nella rappresentazione di bilancio.

Sulla base di questo presupposto, l'impresa viene normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro, comunque non inferiore a dodici mesi²¹⁵, e le attività e passività vengono, pertanto, contabilizzate in base alla circostanza che l'impresa sia in grado di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell'attività aziendale²¹⁶.

L'appropriatezza dell'utilizzo di tale postulato influisce sulla valutazione e sulla classificazione di tutte le poste del bilancio²¹⁷.

²¹² G. DOSSENA, *Risanamento, governance e stakeholder: gestione degli interessi in conflitto e conflitto di interessi*, in *Sinergie*, n. 7.

²¹³ «la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo e del passivo considerato». Il principio della valutazione delle poste del bilancio d'esercizio nella prospettiva continuità aziendale è stato introdotto all'interno dell'art. 2423-*bis*, comma I, c.c., dal D.LGS. n. 127/1991.

²¹⁴ Anche la direttiva comunitaria 2013/34/UE, che ridisegna il quadro normativo europeo in materia di bilanci d'esercizio e consolidati, considera la continuità aziendale come il principio generale di bilancio. Questa sua posizione di postulato sovraordinato deriva dal fatto che, senza di esso, perdono di significato altri principi di redazione del bilancio, quali ad esempio la comparabilità nel tempo o la costanza dei criteri di valutazione.

²¹⁵ Lo IAS 1 fa riferimento ad un intervallo di 12 mesi come orizzonte minimo di osservazione. Tale limite è comunemente considerato come riferimento anche nella prassi contabile italiana e nel PRINCIPIO DI REVISIONE N. 570 EMANATO DAL CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E CONSIGLIO NAZIONALE DEI RAGIONIERI.

²¹⁶ Così FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi di impresa*, cit..

²¹⁷ Come posto in risalto da R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, cit., la funzione economica di ognuno degli elementi dell'attivo o del passivo certamente si definisce anche in relazione al modo in cui essi concorrono a realizzare le finalità aziendali. La bussola che orienta tale funzione è rappresentata dalla prospettiva di continuità (anziché di scioglimento e liquidazione) verso cui l'attività aziendale è orientata. Una conferma di ciò è rinvenibile nell'art. 2428, n. 6, c.c., che fa obbligo agli amministratori di dar conto della «*evoluzione prevedibile della gestione*» nella relazione accompagnatoria del bilancio.

Il bilancio d'esercizio, in corso di predisposizione ed approvazione, rappresenta, per un'azienda "in corsa", l'elemento di collegamento tra la gestione patrimoniale, finanziaria ed economica proveniente dagli esercizi passati e la gestione futura²¹⁸.

Nel caso in cui, al contrario, gli accadimenti, certi o prevedibili, sorti successivamente alla redazione del bilancio, comportino il venire meno della continuità aziendale, le ordinarie valutazioni compiute devono essere modificate e subentra il criterio della liquidazione²¹⁹.

L'altro importante principio espresso dall'art. 2423-bis, comma I, c.c., consequenziale al principio della continuità aziendale, è il principio di prudenza che pone in capo all'amministratore l'onere di valutare le singole voci di bilancio con la diligenza del buon padre di famiglia, prestando massima attenzione nell'analisi di ogni singola voce esposta e tenendo conto, in maniera prudenziale, dell'effettiva esistenza e certezza del dato stesso²²⁰.

Il principio della prudenza e quello della continuità aziendale dovranno essere attuati in maniera equilibrata così da non sfociare, al contrario, in una scorretta rappresentazione della realtà aziendale. In altri termini, l'organo amministrativo non dovrà essere ossessionato dal *going concern*, altrimenti rischierebbe di orientare le proprie scelte verso soluzioni gestionali che risulterebbero certamente

²¹⁸ Così F. CREACO, *Il principio della continuità aziendale*, in *Il Commercialista*, 2015.

²¹⁹ Cfr. il principio contabile OIC 5, che definisce il criterio della liquidazione il principio volto alla conservazione del patrimonio aziendale «come coacervo di beni destinato al realizzo diretto, all'estinzione dei debiti ed alla ripartizione ai soci dell'attivo netto residuo». Qualora, in fase di liquidazione, si dovesse temporaneamente proseguire l'attività d'azienda, gli amministratori dovranno applicare i principi di valutazione di tipo conservativo e non dinamico, posto che il capitale investito continuerà a mantenere la sua naturale funzione di strumento finalizzato alla produzione di reddito. Così F. CREACO, *Il principio della continuità aziendale*, *op. cit.*. Anche i Principi Contabili Internazionali si occupano del principio della continuità aziendale e precisamente, il principio viene affrontato nello IAS 1 (*Presentazione del bilancio*), paragrafi 23 e 24. Tra la normativa di riferimento, si citano la Comunicazione della Consob, 6.2.2009, n. DEM/9012559 e il Documento congiunto tra Banca d'Italia, Consob e ISVAP, 6.2.2009, n. 2.

²²⁰ Secondo F. CREACO, *Il principio della continuità aziendale*, *op. cit.*, l'organo amministrativo, unitario (i) dovrà valutare attentamente l'importo dei crediti esposti in bilancio, per singola voce, per gruppo di appartenenza e per periodo di formazione; (ii) dovrà verificare l'esatta indicazione ed esposizione dei debiti c.d. certi, prestando attenzione maggiore verso quei debiti c.d. potenziali, che potranno influenzare il futuro aziendale, rischiando di far venire meno il presupposto della continuità aziendale; (iii) dovrà verificare periodicamente il risultato della gestione caratteristica e di quella finanziaria, cercando di individuare e correggere tempestivamente, ove possibile, gli elementi di criticità che potrebbero portare la società ad una perdita di esercizio tale da minare il capitale sociale.

inappropriate, in quanto frutto di mere suggestioni e lesive della corretta gestione aziendale²²¹.

Per valutare il presupposto della sussistenza o meno della continuità aziendale, trattandosi di una valutazione estremamente differenziata e legata ad eventi futuri di varia natura, è opportuno valutare caso per caso.

Un utile punto di riferimento in termini di valutazione del presupposto è fornito dal Principio di Revisione n. 570 sulla contabilità aziendale. Tale principio indica una serie di indicatori, utilizzabili per tutte le società, che devono essere presi in considerazione dal revisore: (i) indicatori finanziari²²², (ii) indicatori gestionali²²³ e (iii) altri indicatori come le fattispecie previste dagli artt. 2446 e 2447 c.c.²²⁴.

2.3. La continuità aziendale nelle procedure concorsuali

La tematica della continuità aziendale è stata, negli ultimi tempi, di centrale interesse nell'analisi e nelle riforme che hanno interessato il diritto concorsuale del nostro Paese.

Come è stato accennato in occasione della ricostruzione storica del nostro ordinamento, la tematica della salvaguardia della continuità aziendale si è affermata dapprima con le leggi sull'amministrazione straordinaria, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali mediante il mantenimento in vita, più o meno artificioso, delle grandi imprese dissestate; successivamente, la visione conservativa è diventato un obiettivo da perseguire con la riforma del 2005, anche se tale principio aveva un riscontro marginale nella pratica.

²²¹ Spesso, invece, la situazione rappresentata nel testo, si verifica soprattutto nel caso in cui l'impresa versi in uno stato di crisi: a ben vedere, gli interessi degli amministratori e dei creditori confliggono. I primi tenderanno a non far emergere lo stato di crisi, i secondi, timorosi di perdere i propri crediti, insisteranno per la disgregazione del complesso aziendale o, in alternativa, per il ricorso ad una procedura concorsuale. Cfr. P. AGSTNER, *Gli azzardi morali dei soci nelle s.r.l. in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., pp. 2477 – 2522, all'interno del quale sono forniti anche alcuni spunti comparatistici in tema di responsabilità gestoria.

²²² Quali ad esempio: la situazione di deficit patrimoniale o di capitale circolante netto negativo, indicazioni di cessazione del sostegno finanziario da parte dei finanziatori e altri creditori, bilanci storici o prospettici che mostrano *cash flow* negativi ed incapacità di saldare i debiti alla scadenza, mancato rispetto delle clausole contrattuali dei prestiti.

²²³ Quali ad esempio: la perdita di amministratori o di dirigenti chiave senza riuscire a sostituirli, la perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti.

²²⁴ Ovvero la riduzione per perdite del capitale sociale di oltre un terzo o al di sotto dei limiti legali, contenziosi legali e fiscali che, in caso di soccombenza, potrebbero comportare obblighi di risarcimento che l'impresa non è in grado di rispettare, modifiche legislative o politiche governative dalle quali si attendono effetti sfavorevoli per l'impresa.

Il più importante contributo alle soluzioni della crisi d'impresa finalizzate alla salvaguardia dei complessi aziendali si è avuto con i cc.dd. *Decreto Sviluppo* e *Decreto Crescita* del 2012/2013, che, per la prima volta, introducono in modo esplicito il concetto di continuità aziendale. Il giudice delle ultime riforme ed i progetti di legge attuali si muovono nella direzione tracciata dal legislatore del 2012, nell'ottica della valorizzazione del risanamento aziendale e delle procedure negoziate della crisi.

Nelle procedure concorsuali, come si vede, la continuità aziendale rappresenta un'opzione che è consentito scegliere in luogo di altre.

Non si tratta di un necessario presupposto logico – giuridico dal quale muove una certa disciplina giuridica, a differenza di quanto avviene nella disciplina del bilancio, bensì di uno scopo per perseguire il quale è consentito di avvalersi di determinate norme²²⁵.

Anche prima della riforma del 2005 era invalsa la pratica del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali²²⁶ ed in specie dell'amministrazione controllata e dell'amministrazione straordinaria della prima Legge Prodi: tuttavia si trattava di fenomeni marginali ed eccezionali in quanto, fino alla stagione di riforme inaugurata nel 2005, la logica delle procedure concorsuali vedeva quasi sempre prevalere una prospettiva essenzialmente liquidatoria.

Le ultime riforme, invece, stanno tentando di muoversi sempre di più nella direzione opposta, nella speranza di intercettare più precocemente i fenomeni di crisi e di salvaguardare maggiormente i valori aziendali ancora recuperabili. Emblematici in tal senso sono l'introduzione dell'istituto del concordato con continuità aziendale, quest'ultimo espressamente volto a prevedere e a disciplinare la continuità dell'azienda in concordato²²⁷, e la previsione della Commissione Rordorf di adeguati meccanismi di allerta e prevenzione della crisi²²⁸.

²²⁵ Così R. RORDORF, *La continuità aziendale ...*, op. cit.

²²⁶ Sull'argomento, si veda L. LANFRANCHI, *Uso alternativo delle procedure concorsuali*, op. cit..

²²⁷ Come sottolinea R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, cit., il favore con cui l'odierno legislatore guarda al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione come strumenti di possibile superamento della crisi d'impresa si spinge fino a consentire la continuazione dell'attività pur quando la perdita di capitale porrebbe altrimenti la società nell'alternativa tra ricapitalizzazione o scioglimento e i presupposti della continuità aziendale, dal punto di vista della disciplina del bilancio, potrebbero essere venuti meno (art. 182-*sexies*, L. Fall.).

²²⁸ In presenza di "patologie aziendali", quali possono essere considerate le situazioni di crisi, la tempestività nell'individuazione della perdita della continuità aziendale e la predisposizione di adeguati strumenti di allerta assumono un ruolo centrale ai fini dell'opportunità di fare ricorso a

Le ultime proposte di riforma si caratterizzano per un progressivo spostamento dalla figura soggettiva dell'imprenditore a quella oggettiva dell'attività d'impresa e dell'azienda oggetto della procedura: quest'ultime si spersonalizzano e diventano indipendenti dalle vicende del titolare, in una logica di non facilissima assimilazione in un ordinamento come il nostro, caratterizzato, anche nell'imprenditoria di grandi dimensioni, dalla logica del modello dell'impresa familiare.

Non vi può essere dubbio che le ultime riforme intervengano dunque al fine di ampliare le possibilità di costruire un percorso di risanamento dell'impresa in crisi, cercando di garantire una ripartenza dell'impresa, al fine di evitare che l'attuale periodo di recessione (che ha portato ad una contrazione generalizzata del sistema imprenditoriale) comporti il fallimento anche di imprese per le quali sarebbe ipotizzabile il recupero²²⁹.

La ripartenza dell'impresa in crisi è consentita dal legislatore in due modi: una continuità diretta oppure una continuità indiretta.

In caso di continuità diretta dell'impresa la ristrutturazione riguarda lo stesso imprenditore entrato in crisi, dunque l'azienda continuerà nelle mani dello stesso imprenditore che ha proposto ai creditori il piano per superare la crisi.

In caso di continuità indiretta è previsto l'intervento di un soggetto terzo. Tale intervento può realizzarsi mediante la cessione dell'azienda in esercizio: l'azienda dunque prosegue, ma nelle mani del soggetto che si rende acquirente della stessa, in un contesto nel quale la continuazione dell'attività riguarda dunque il cessionario del compendio aziendale²³⁰.

La continuità indiretta mediante l'intervento del terzo può, in alternativa, prevedere il conferimento dell'azienda in esercizio: in questo caso, l'azienda viene trasferita ad un differente soggetto giuridico, preesistente o di nuova costituzione, e i risultati dell'attività d'impresa svolta per il tramite di tale nuovo soggetto confluiscono al debitore in concordato o in altra procedura concordata, sotto forma di utili e/o perdite d'esercizio.

procedure di risanamento e/o di ristrutturazione per la conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio aziendale.

²²⁹ Cfr. A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. Fall.*, 2012, 6, pp. 673 ss..

²³⁰ Cfr. A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013, 4-5.

Tutto quanto premesso, sebbene il legislatore percorra la strada della continuità aziendale dell'impresa in crisi e il risanamento delle imprese non costituisca più l'eccezione ma si appresta a diventare la regola, almeno nel concordato preventivo²³¹, occorre tenere presente che ciò che giustifica il perseguimento dell'obiettivo della continuità aziendale, nonostante la crisi in cui versì l'impresa, è pur sempre l'interesse dei creditori.

In tal senso appare inequivoca la formulazione dell'art. 186-*bis*, comma II, lett. b), L. Fall., che impone l'attestazione, da parte del professionista, della funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa, prevista dal piano concordatario, al miglior soddisfacimento dei creditori.

Ancor più indicativa in proposito è la disposizione contenuta nell'art. 186-*bis*, ultimo comma, secondo cui, qualora nel corso della procedura l'esercizio dell'attività d'impresa risulti manifestamente dannoso per i creditori, il Tribunale dovrà revocare l'ammissione alla procedura concordataria ai sensi dell'art. 173 L. Fall.²³².

Se quindi nella società *in bonis* e, dunque, nella disciplina del bilancio, la continuità aziendale è il naturale requisito perché possa realizzarsi lo scopo sociale a beneficio dei soci, essendo l'interesse dei creditori un mero limite esterno alla legittima perseguibilità di quell'interesse, il medesimo interesse dei creditori assume invece un ruolo centrale quando si manifesti la crisi dell'impresa: non più un limite esterno ma la stessa ragion d'essere dell'operare dell'azienda in continuità²³³.

Data la centralità dell'interesse dei creditori, si pone il problema del fatto che, se i soci costituiscono una comunità volontaria i cui interessi sono tendenzialmente omogenei e convergenti, i creditori, invece, sono tali talvolta anche

²³¹ Cfr. *supra*, par. 1.9.

²³² Art. 173, L. Fall. :«(I) Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve darne immediata notizia al giudice delegato, il quale, fatte le opportune indagini, promuove dal tribunale la dichiarazione di fallimento. (II) Il fallimento è dichiarato anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato».

²³³ In questi termini si veda R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, cit..

involontariamente ed i loro interessi sono spesso molto eterogenei, onde è difficile raggiungerne una sintesi comune²³⁴.

È anche da porre in evidenza il fatto che, qualora gli interessi dei creditori dovessero convergere nella scelta della continuità dell'impresa debitrice, essi tenderanno a chiedere la c.d. discontinuità manageriale, ovvero che l'impresa non continui nelle mani dello stesso soggetto che l'ha condotta sull'orlo del baratro. Qui si annida un altro problema che, ad oggi, rende difficile la continuità aziendale nelle procedure concorsuali: in un ordinamento come il nostro caratterizzato, come detto, dal modello dell'impresa familiare, il debitore risulterà sempre restio all'idea di dover abbandonare la propria impresa, magari frutto del lavoro di diverse generazioni familiari, e di conseguenza, ci sarà il rischio che i creditori non approvino il piano che prevede la continuazione dell'esercizio dell'impresa.

Sebbene nella teoria i nuovi obiettivi perseguiti dal legislatore appaiono opportuni, in linea con gli standard internazionali dei Paesi più avanzati, nella pratica le scelte intraprese non sono apparse sempre chiare ed univoche.

Le ripetute modifiche apportate con cadenza quasi annuale al quadro normativo testimoniano una certa confusione ed ostacolano la formazione di orientamenti giurisprudenziali consolidati.

In questo contesto diventa fondamentale l'operato della Corte di Cassazione ma, come autorevolmente affermato²³⁵, quando la durata delle norme risulta più breve della durata dei giudizi, la funzione nomofilattica della Suprema Corte rischia di venire meno.

3. LA GESTIONE DELL'IMPRESA IN CRISI: IL PROCESSO DI *TURNAROUND*

3.1. *Il processo di Turnaround*

Come già accennato, una volta rilevato lo stato di crisi è necessario analizzarne le cause e progettare eventuali interventi atti a rimuoverle. Giova a tal

²³⁴ R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, cit., pone in risalto come sia difficile anche individuare il modo in cui si possa in concreto assicurare la tutela dell'interesse dei creditori, nel bilanciamento tra forme di autotutela, rimessi all'apprezzamento degli stessi creditori, e strumenti di c.d. eterotutela, affidati al giudice, dovendosi al contempo garantire anche i diritti del debitore nonché impedire eventuali comportamenti opportunistici di quest'ultimo o veri e propri abusi del diritto in danno dei creditori stessi.

²³⁵ F. D'ALESSANDRO, nel corso del proprio intervento in occasione del Convegno "*Crisi di impresa: la riforma in itinere*", Roma, 24.02.2016, presso il Palazzo di Giustizia.

proposito ripetere che in merito alla natura della crisi ed alla portata degli interventi di risanamento occorre distinguere due diverse circostanze: (i) una situazione di crisi debole e temporanea, che può ritenersi ricorrente in una visione ciclica della perdurante vita aziendale e (ii) una situazione di crisi grave ed eccezionale, tale da richiedere veri e propri interventi straordinari di *turnaround* per il salvataggio dell'impresa ed il suo conseguente rilancio nel mercato²³⁶.

Come noto, la crisi non è inquadrabile come fenomeno unitario e definibile aprioristicamente: con l'espressione "crisi d'impresa", infatti, si fa comunemente riferimento ad un insieme articolato di situazioni più o meno patologiche della vita di una società.

Tali situazioni, più o meno patologiche, fanno sì che la crisi sia determinata da un cambiamento, ovvero da una modifica della situazione originaria che peggiora la situazione attuale arrecando un danno all'impresa.

I problemi nuovi che si vengono così a creare non possono essere affrontati con le soluzioni ed i modelli adottati in origine, in quanto rispondenti a logiche diverse e non più adeguate.

Per garantire la continuazione dell'attività di impresa, al cambiamento che si viene a creare occorre, dunque, rispondere con un altro cambiamento: in altri termini, è necessario intraprendere un percorso di *turnaround*²³⁷.

In origine, l'espressione *turnaround* indicava il punto d'inversione di tendenza in uno stato di dissesto dell'impresa, ovvero il momento di uscita dalla crisi. Solo recentemente, e non senza opinioni divergenti assunte dalle varie correnti della dottrina aziendalistica, il termine *turnaround* è stato assunto per rappresentare tutti i processi sistematici di risanamento e di rilancio delle imprese²³⁸.

²³⁶ Così P. BASTIA, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Bologna, 2011, pp. 110 ss.. Sul punto si veda anche C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali*, Milano, 2012, pp. 67 ss..

²³⁷ In questi termini M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management. Affrontare, gestire e risolvere la crisi d'impresa*, Milano, 2011, pp. 15 ss.

²³⁸ F. IZZO, *Le strategie di turnaround nella letteratura di management*, in *Finanza, Marketing e Produzione*, anno XIV, n.3, 1996, pp. 130-131. L'A. evidenzia come, tuttavia, «l'imprinting finanziario ha segnato la maggior parte degli studi dedicati al *turnaround*. Traspare, ad esempio, negli studi classici di strategia, dove il *turnaround* è presentato come un'opzione alternativa alle strategie canoniche di disinvestimento dai settori maturi o in declino, o suggerito per business dalla debole posizione competitiva». I primi studi sul processo di *turnaround*, infatti, erano caratterizzati dalla particolare attenzione dedicata all'aspetto finanziario, considerato il più rilevante: gli studi successivi hanno dimostrato come, in realtà, l'aspetto finanziario sia solo quello più evidente e rappresenta solo uno dei sintomi della crisi d'impresa. Come affermato da C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali, cit.*, pp. 67 – 69, soltanto in

Letteralmente *turnaround* significa “giro di boa”, ovvero inversione di tendenza, ed è stato tradizionalmente utilizzato per indicare una serie di interventi che in sede di risanamento vengono posti sistematicamente in essere per ripristinare gli equilibri economici, finanziari, patrimoniali ed operativi dell’impresa. Dunque tale processo può essere anche interpretato come un cambiamento radicale che investe molteplici dimensioni dell’impresa quali le strategie, i modelli di comportamento, gli aspetti organizzativi e la cultura stessa dell’impresa²³⁹.

La strategia di *turnaround* indica quindi, sostanzialmente, una serie di operazioni volte a fronteggiare una crisi mediante un processo di rivitalizzazione²⁴⁰: con tale strategia il *management* si pone come primo obiettivo il ritorno all’equilibrio economico – finanziario²⁴¹.

Il concetto di *turnaround* va tenuto distinto dal *downsizing* (o *corporate restructuring*) e dal *Reengineering* (o *BPR Business Process Reengineering*), in quanto questi, riguardando semplici difficoltà gestionali e non situazioni di crisi in senso ampio, sono incentrati sull’organizzazione, sulla riduzione di attività e sulla riduzione programmata dei posti di lavoro.

Si tratta di metodologie di intervento sulla struttura organizzativa che puntano principalmente allo snellimento, all’appiattimento della struttura gerarchica, alla riduzione dei costi, alla ristrutturazione dei processi di produzione e all’efficienza operativa²⁴².

Nello specifico, il *downsizing* (ossia la riduzione dell’organico) ha l’obiettivo del miglioramento dei risultati economici dell’azienda, perseguito attraverso una politica di riduzione dei costi. Il cambiamento ha dunque alla base considerazioni di carattere prettamente economico e si concreta attraverso uno snellimento delle

tempi recenti i fenomeni di *turnaround* sono stati interpretati come processi che non attengono esclusivamente agli aspetti finanziari ma che coinvolgono tutte le attività dell’impresa.

²³⁹ Sull’argomento, v. L. SICCA, *La gestione dei processi di turnaround*, in *Finanza, Marketing e Produzione*, n. 3, 1996.

²⁴⁰ Tuttavia, come nota C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell’impresa ...*, cit., p. 70, non necessariamente il *turnaround* viene implementato in situazioni di declino o di crisi, in quanto tali situazioni rappresentano solo alcuni dei *trigger events* (eventi scatenanti) che possono innescare un processo di *turnaround*. Il *trigger event*, infatti, può essere non solo una minaccia ma anche un’opportunità che, per essere colta, richieda un cambiamento radicale. A tal proposito è stato osservato che «se l’evento scatenante è l’atto finale di una situazione critica attuale o prospettica di prossimità al dissesto, la causa reale a monte è l’intervenuta interruzione nella creazione di valore. Se cioè il *trigger event* è il catalizzatore della reazione al cambiamento, numerosi elementi ne costituiscono i necessari componenti e presupposti (*turnaround situation*)». Così A. GILARDONI – A. DANOVÌ, *Cambiamento, ristrutturazione e sviluppo dell’impresa*, Milano, 2000, p. 63.

²⁴¹ F. IZZO, *Le strategie di turnaround nella letteratura di management*, op. cit., p. 131.

²⁴² Cfr. A. BIANCHI, *Crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2010, p. 33.

unità organizzative e nella definizione di meccanismi contabili atti alla rilevazione sistematica e dettagliata dei costi. Da un punto di vista organizzativo, tali obiettivi vengono perseguiti mediante la contrazione dei livelli gerarchici e la diminuzione del numero delle unità organizzative. I maggiori beneficiari del *downsizing* sono dunque i costi, in quanto pochi o nessun vantaggio viene generato per i clienti o per il personale²⁴³.

Il *Business Process Reengineering (BPR)* persegue sostanzialmente gli stessi obiettivi del *downsizing* in quanto viene utilizzato dalle aziende per recuperare efficienza, mediante il taglio dei costi ed il ritorno alla redditività. Il pericolo principale di questa tecnica è che durante un processo simile l'impresa potrebbe precludersi il proprio potenziale di crescita futura, sacrificando la capacità produttiva interna di creare nuovi prodotti o servizi²⁴⁴.

Il processo di *turnaround*, invece, presenta caratteristiche e presupposti diversi rispetto ai due strumenti appena accennati.

Più precisamente, il *turnaround* è indicato in letteratura come «cambiamento per la risoluzione delle fasi di declino o di crisi»²⁴⁵ e i cambiamenti a cui da origine presentano cinque caratteristiche fondamentali²⁴⁶:

1. sono improvvisi, urgenti e, il più delle volte, decisi rapidamente;

²⁴³ Così A. BIANCHI, *Crisi di impresa e risanamento, op. cit.*, pp. 33 – 34. Secondo L'A. l'assunto fondamentale della filosofia del *downsizing* è il fatto che «un'organizzazione tende nel tempo ad ingrassare, in termini di staff centrali e di strutture, generando una moltiplicazione dei processi ed una loro eccessiva burocratizzazione. Di solito, queste distorsioni vengono generate da un'esagerata e distorta politica di divisione e specializzazione del lavoro, che porta alla creazione di una serie di attività poco collegate ed allocate in unità organizzative». Sul tema si vedano anche L. R. DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, 2004; A. CANONICI, *La gestione delle risorse umane come chiave del successo aziendale*, Milano, 2005.

²⁴⁴ Per trarre benefici duraturi, le imprese devono analizzare congiuntamente la strategia che si è perseguita e si intende perseguire anche nel futuro e il *reengineering*, altrimenti il BPR potrebbe risultare solo un esercizio di efficienza a breve termine che può consentire di risparmiare denaro nell'immediato ma che, allo stesso tempo, potrebbe portare ad un peggioramento in un momento successivo. Sul tema, si vedano *Business Process Reengineering come strategia*, a cura della redazione, reperibile al link: <http://www.humanwareonline.com/wordpress/?p=1801>; *B.P.R. Business Process Reengineering. Guida alla reingenerizzazione dei processi*, a cura di CONSULMAN S.P.A., 2011.

²⁴⁵ Così L. GUATRI, *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore, cit.*, p. 105. Secondo A. DANOVI, *Gestione della crisi aziendale e dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Milano, 2008, pp. 11-12 «si ha *turnaround* in presenza di due elementi distintivi: una forte cesura con il passato (chiamata salto quantico mutuando la definizione dalla fisica) ed un ampio coinvolgimento di tutti gli *stakeholders* dell'impresa».

²⁴⁶ Nel testo viene utilizzata la ricostruzione fornita da C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa ... , cit.*, op. cit. 69. Sulle caratteristiche dei processi di *turnaround* si veda anche D. SMITH – E. DOMINIC, *Key readings in crisis management. Systems and structures for prevention and recovery*, Londra – New York, 2006, pp. 47 ss..

2. sono sollecitati e resi necessari da contesti difficili, dove può essere in dubbio la stessa sopravvivenza dell'impresa;
3. sono importanti o addirittura radicali e traumatici, in quanto investono non solo le strategie, ma anche la cultura e gli assetti proprietari dell'impresa;
4. sono tali da coinvolgere tutti gli *stakeholders*;
5. sono disegnati e coordinati in vista di un obiettivo, genericamente espresso dal ritorno dell'impresa all'equilibrio, alla redditività e ad un potenziale sviluppo ulteriore.

La letteratura economico – aziendalista ha identificato diversi tipi di *turnaround*.

Si distingue a tal proposito di *turnaround* strategici quando vengono poste in essere operazioni che vanno ad incidere sul rapporto impresa – mercato e *turnaround* operativi, ovvero operazioni che riguardano principalmente l'aspetto produttivo e quello organizzativo dell'impresa. Il *turnaround* strategico può essere suddiviso a sua volta in due categorie: (i) a livello di singolo *business* comporta un cambiamento di strategia competitiva, mantenendo inalterata l'area o le aree di affari in cui l'azienda è impegnata e (ii) a livello di impresa *multi business*, prevede invece l'entrata o l'uscita in uno o da uno o più settori²⁴⁷.

In altre parole, con un *turnaround* strategico l'impresa punta ad entrare in nuovi mercati e/o a produrre nuovi prodotti; con un *turnaround* operativo, invece, l'impresa migliora l'efficienza con riferimento ai mercati ed ai prodotti in cui già opera (in particolare, l'obiettivo è il conseguimento di una determinata *performance* attraverso azioni che possono avere o meno ripercussioni nel lungo periodo attraverso l'aumento dei ricavi, il taglio dei costi e il taglio di attività o combinazioni di tali operazioni)²⁴⁸.

²⁴⁷ Questa distinzione è stata individuata da C. HOFER, *Turnaround strategies*, in *Journal of Business Strategy*, 1980.

²⁴⁸ Secondo R. B. ROBBINSON – J. A. PEARCE, *Strategic Management. Planning for Domestic & Global Competition*, Chicago, 2005, il processo di *turnaround* si svolge in due stadi principali: (i) in un primo momento l'obiettivo principale è l'equilibrio finanziario che viene raggiunto attraverso una riduzione dei costi e delle attività tali da ricreare flussi di cassa positivi; (ii) in un secondo momento viene assunto un orientamento di lungo termine che indirizza l'impresa verso una direzione di crescita mediante un *turnaround* strategico oppure mediante un *turnaround* operativo. Questo modello, c.d. *Two Stages*, distingue il processo di *turnaround* in due classi di strategie da perseguire ed utilizzare entrambe per contrastare il declino: (i) strategie di contenimento e arresto del declino e (ii) strategie di risanamento e recupero. Cfr. anche C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa ...*, *op. cit.*, pp. 71 ss..

La dottrina aziendalistica, inoltre, ha elaborato numerosi studi in tema di *turnaround* configurando diverse operazioni volte all'attuazione ed al buon esito del piano di risanamento.

Secondo un primo filone, per porre rimedio alla situazione di dissesto, sono necessari un cambio del *management* e dell'organizzazione dell'impresa, l'attuazione di un preciso piano di marketing, la riduzione dei costi fissi ed un conseguente aumento dell'efficienza. Inoltre occorre porre in essere una strategia di diversificazione, di disinvestimento e, a livello corporate, procedere con un integrazione verticale. Questo filone ha focalizzato le proprie ricerche prevalentemente sulle origini e sulle cause della crisi aziendale²⁴⁹.

Un secondo orientamento sostiene che, oltre al cambio del management e dell'organizzazione, siano necessari, piuttosto, una revisione della *mission* aziendale e tagli strategici a costi ed attività²⁵⁰.

Il terzo orientamento considera necessarie anche delle c.d. azioni operative, ovvero azioni volte alla generazione di ricavi, taglio dei costi e riduzioni delle attività. Allo stesso tempo, saranno opportune strategie c.d. di nicchia e operazioni volte all'aumento quota²⁵¹.

Un quarto filone ritiene che siano necessari il cambio del *management*, il taglio delle attività e la diversificazione dei prodotti, l'aumento dell'efficienza, un'opera di disinvestimento e il riposizionamento dell'impresa²⁵².

Alla luce delle considerazioni svolte, ognuno dei filoni sopra riportati pone alla base delle riflessioni il fatto che la predisposizione di un piano di *turnaround* con probabilità di successo passa attraverso due momenti: il cambio del management e la scelta tra salvare e, quindi, riorganizzare l'impresa oppure procedere alla sua liquidazione²⁵³. Nell'effettuare tale ultima scelta si dovranno

²⁴⁹ Così D. SCHENDEL – G. PATTON – I. RIGGS, *Corporate turnaround strategies*, in *Journal of General Management*, 1976, n. 3.

²⁵⁰ In tal senso J. H. BITEMAN, *Turnaround management: an exploratory study of rapid, total organization change*, Harvard University, 1979, D.B.A..

²⁵¹ C. HOFER, *Turnaround strategies*, cit.

²⁵² D. BIBEAULT, *Corporate turnaround: how managers turn losers into winners*, New York, 1982. L'A. individua due stadi principali nel processo di *turnaround*: (i) il *retrenchment stage* durante il quale l'impresa studia il tipo di crisi in cui è incorsa e procede alla stabilizzazione della stessa (mediante il contenimento dei costi), e (ii) il *recovery stage*, fase in cui viene studiato e applicato un piano per il recupero ed il rilancio dell'attività dell'impresa. Il *corporate turnaround*, secondo l'A., è in definitiva quel processo di cambiamento che l'azienda affronta per passare da uno stato di crisi o di declino ad uno di risanamento.

²⁵³ In questo senso C. SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa*, op. cit., p. 80; M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management*, op. cit., p. 15-16; F. POZZI, *La gestione della crisi d'impresa e*

confrontare i costi e i ricavi di liquidazione con i costi di risanamento e le *performance* conseguibili dall'impresa una volta risanata, oltre che procedere ad un'attenta analisi della legislazione in materia di procedure concorsuali²⁵⁴.

A differenza di altri ordinamenti²⁵⁵, in Italia l'ottica liquidatoria (e, conseguentemente, sanzionatoria) ha ispirato la legislazione fallimentare per molto tempo ed è venuta meno (almeno nella teoria) solo a partire dalla riforma del 2005.

Principalmente, il legislatore ha previsto tre strumenti, modificati a più riprese nel tempo: il concordato preventivo con continuità aziendale, i piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti²⁵⁶.

La buona riuscita di un processo di risanamento passa, in ogni caso, necessariamente dalla tempestiva emersione della crisi e da una precoce analisi delle sue cause ed in questo senso si sono mosse le riforme intervenute nel corso dell'ultimo decennio, con particolare riferimento alla recente proposta di riforma della Commissione Rordorf.

3.2. La c.d. fase ricognitiva del processo di turnaround: la diagnosi della crisi

Qualora si verifichi uno stato di declino e di crisi dell'impresa²⁵⁷ risulta necessario individuare e comprendere il contesto all'interno del quale il declino e/o la crisi si sono manifestati al fine di elaborare un corretto piano di gestione del risanamento e del rilancio dell'azienda²⁵⁸.

i processi di riorganizzazione aziendale, in AA. VV., *Procedure di soluzione della crisi di impresa e disciplina fiscale*, Milano, 2009, pp. 6-10.

²⁵⁴ La scelta, inoltre, dipende anche dalle inclinazioni, dagli obiettivi, dal tipo di *business* condotto dall'impresa e, in generale, anche dalla cultura dei vari ordinamenti. Il diritto fallimentare italiano, come detto, per molto tempo ha visto un ampio ricorso alla procedura fallimentare ed un utilizzo essenzialmente per finalità liquidatorie degli altri strumenti previsti.

²⁵⁵ In Germania, ad esempio, la legge fallimentare separa nettamente la procedura concorsuale volta alla liquidazione da quella volta al risanamento. Sul punto si veda L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2, 2003, p. 152. Per l'esperienza statunitense, v. *infra*, cap. II.

²⁵⁶ I singoli istituti saranno trattati nel corso dei prossimi capitoli.

²⁵⁷ Per una disamina del significato del concetto di crisi distinto dal concetto di declino, si veda L. GUATRI, *Turnaround*, *op. cit.*, pp. 10 ss..

²⁵⁸ Secondo C. BUSCO – E. GIOVANNONI – A. RICCABONI, *Il controllo di gestione 2014*, Milano, 2014, p. 920, all'interno di un contesto di rilevazione della crisi (o declino) dell'impresa ed elaborazione del relativo programma di risanamento, assume un ruolo centrale la *leadership* aziendale. Infatti il *management* dell'azienda dovrà analizzare ogni fattore di contesto, interno ed esterno, che ha determinato la condizione di difficoltà dell'impresa e, di conseguenza, avere la capacità di prevedere il possibile sviluppo futuro del mercato e dell'impresa stessa. Come espresso dall'Autore, il *top management* dovrà «usare la creatività per costruire un modello di *business* nuovo, che permetta all'azienda sia di trovare un proprio spazio all'interno di un mondo in continua trasformazione sia di assumere una propria identità tale da potersi differenziare e poter apportare valore aggiunto».

In altri termini, è necessario individuare tempestivamente e quanto più correttamente possibile le cause della crisi e le condizioni operative dell'impresa²⁵⁹.

Dunque, preliminarmente, è necessario individuare i sintomi ed accertare le cause della crisi aziendale e, eventualmente, adottare i provvedimenti urgenti di reazione per evitare che la crisi degeneri²⁶⁰.

La situazione di dissesto, tuttavia, non può essere descritta utilizzando schemi preordinati in quanto molteplici possono essere i sintomi e le cause della situazione di difficoltà in cui versa l'impresa. Ogni situazione concreta presenta caratteristiche proprie e risulta difficile, specie se non si scende nel dettaglio di un'analisi economica non oggetto della presente trattazione, individuare un'elencazione generale delle cause che possono portare l'impresa al suo declino.

In linea generale e assolutamente generica, è possibile affermare che non sempre la crisi è conseguenza di scelte errate adottate dal soggetto economico: talvolta, infatti, essa può dipendere da contingenze esterne che derivano dall'evoluzione del contesto economico all'interno del quale opera l'impresa.

Alcuni autori parlano a tal proposito di motivi di declino a livello macroeconomico quando le cause del dissesto della singola impresa derivano dal mercato all'interno del quale opera e, quindi, in qualche modo indipendenti dal suo operato²⁶¹. In questo caso l'impresa non può o non riesce a far fronte a tali perturbazioni esterne, a causa del loro carattere improvviso o pervasivo²⁶².

In ogni caso, le cause della crisi devono essere analizzate anche a livello microeconomico, prendendo in considerazione il c.d. deterioramento interno dell'impresa²⁶³. In questo caso la crisi deriva da inefficienze e mal funzionamenti

²⁵⁹ In questi termini M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management, op. cit.*, p. 17

²⁶⁰ Si tratta della c.d. fase di *retrenchment stage* teorizzata da D. BİBEAULT, *Corporate turnaround, op. cit.*, cui si è accennato in precedenza. Nello stesso senso si veda P. BASTIA, *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, Torino, 1996. Alcuni autori parlano di «fase ricognitiva» per descrivere la prima fase del processo di *turnaround*: così, per esempio, M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management, op. cit.*. Altri autori infine parlano di «fronteggiamento della crisi», v. C. BUSCO – E. GIOVANNONI – A. RICCABONI, *Il controllo di gestione 2014, op. cit.*, p. 922.

²⁶¹ Così L. GUATRI, *Turnaround, op. cit.*, p. 24 ss., che in nota richiama D. BİBEAULT, *Corporate turnaround, op. cit.*, il quale parla, appunto, di «fenomeni esterni di decadenza».

²⁶² Cfr. M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management, op. cit.*, p. 39 che tali tipi di crisi, più o meno generalizzati, sono dovuti «ad una fase congiunturale negativa del settore o dell'intero sistema economico, oppure a situazioni derivanti da catastrofi naturali o danni ambientali».

²⁶³ Così L. GUATRI, *Turnaround, op. cit.*, p. 60 ss., il quale, in modo ancora estremamente attuale, afferma che il declino e la crisi dell'impresa «appaiono spesso come conseguenza dell'inadeguatezza di modelli strategici, gestionali ed organizzativi. Sono perciò, oltre che fenomeni ricorrenti, anche fenomeni talvolta prevedibili e tempestivamente affrontabili». A tal proposito, l'A. richiama l'enfatica stigmatizzazione di P. EVANS, *The strategical outcomes of human resources management*, in *Human Resources Management*, n. 1, 1986 che così recita: «l'impresa deve

interni, dunque da una scarsa capacità del soggetto di adattamento all'ambiente che lo circonda, magari per carenza di flessibilità, carenza di innovazione e conseguente obsolescenza dei prodotti oppure, anche, per incapacità di gestire il ricambio generazionale²⁶⁴.

Inoltre, riprendendo il tema della dell'importanza della tempestiva emersione dello stato di crisi²⁶⁵, un'altra possibile causa della crisi di impresa è la difficoltà dell'imprenditore di cogliere e, anche, di accettare i segnali della crisi, circostanza che rende più difficile il processo di risanamento²⁶⁶.

Con riferimento ai segnali di allarme, possibili sintomi della crisi dell'impresa possono essere, in via del tutto indicativa, poiché ogni autore ne individua di diversi sulla base della propria esperienza, la perdita di redditività dell'impresa, la negatività dei flussi di cassa, la perdita di quote di mercato, la diminuzione delle vendite, i ritardi nei pagamenti tanto nei confronti dei fornitori quanto nei confronti dei dipendenti, la perdita di *manager* importanti e di personale altamente qualificato, la carenza di capacità strategiche ed il peggioramento assoluto o relativo della produttività²⁶⁷.

Riassumendo, a livello macroeconomico le cause possono consistere nella recessione economica e nell'incapacità del Paese di far fronte, mediante riforme e provvedimenti adeguati, alle nuove condizioni di mercato; a livello microeconomico, la crisi può dipendere, invece, dall'incapacità dell'impresa di adeguarsi alle condizioni di mercato ed ai cambiamenti nella tecnologia, e dall'inadeguatezza del *management* nel porre in essere le strategie adeguate²⁶⁸.

imparare a convivere con il rischio del declino e della crisi». Dunque, ci si permette di aggiungere, l'impresa deve sempre comportarsi cercando di prevedere quanto più possibile l'andamento futuro del settore in cui opera, cercando di porre in essere strategie che possano efficacemente adeguarsi a cambi, anche improvvisi, dell'ambiente esterno.

²⁶⁴ A tal proposito, appare opportuno citare ancora L. GUATRI, *Turnaround, op. cit.*, per la chiarezza espositiva. Cfr. anche M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management, op. cit.*

²⁶⁵ Cfr., in particolare, M. SANDULLI, *Il tempo è denaro (anche nelle procedure concorsuali)* in *Società, banche e crisi d'impresa, op. cit.*, pp. 2761 ss..

²⁶⁶ S. A. BOOTH, *Crisis Management Strategy*, Londra, 1993, pp. 145 ss. parla di una «vera mancanza di cultura delle crisi, della difficoltà di coloro che ne sono inizialmente coinvolti di rendersene conto: anche se ne sono consapevoli, non riescono a convincere i responsabili massimi dell'impresa della realtà della crisi». L'affermazione, anche se risalente, si adatta alla cultura imprenditoriale attuale: non è un caso che il progetto di riforma della COMMISSIONE RORDORF si muove nella direzione di sollecitare l'introduzione nel nostro sistema di adeguati strumenti di allerta della crisi, al fine di agevolare un intervento tempestivo per rimediare alla situazione di dissesto.

²⁶⁷ In questo senso, L. GUATRI, *Turnaround, op. cit.*, pp. 60 – 63. Si veda anche *supra*, note 202 e 203.

²⁶⁸ Cfr. A. LA BELLA – E. BATTISTONI, *Economia e organizzazione aziendale*, Milano, 2008, p. 546.

Tutto quanto sopra premesso, è evidente come risulti fondamentale la fase della diagnosi della crisi, determinante per comprendere le ragioni e l'entità del declino al fine di iniziare il processo di risanamento e porre in essere la migliore strategia di *turnaround*.

3.3. L' accordo di moratoria con i creditori

Dopo aver svolto analizzato le cause della crisi e le condizioni dell'impresa, il *management* si trova davanti a due alternative: liquidare l'impresa oppure innescare un processo di *turnaround*. Come detto, la scelta scaturisce dalla circostanza che la crisi sia o meno reversibile: nel primo caso, in teoria, potrebbe essere conveniente tentare di continuare l'attività di impresa elaborando un adeguato piano di risanamento.

Tuttavia la scelta non appare sempre netta ed inequivoca; non è infatti possibile stabilire *ex ante* il successo del piano di *turnaround* e nella decisione nell'uno o nell'altro senso influiscono le scelte e le esigenze di terzi quali banche, creditori in generale e fornitori i quali sono chiamati ad approvare il piano di risanamento prescelto dall'impresa. Essi, infatti, potrebbero reputare maggiormente conveniente, in quanto sinonimo di soddisfazione tempestiva, la liquidazione del complesso aziendale, specie se si considera la situazione in cui sono presenti creditori in possesso di adeguate garanzie²⁶⁹.

Qualora sussistano le condizioni per intraprendere un percorso di risanamento mediante l'utilizzo di uno degli strumenti offerti dalla legislazione fallimentare sopra enunciati, si apre la c.d. fase preliminare del *turnaround*.

In questa fase la situazione di difficoltà è nota ai terzi e, per questo, appare necessaria per l'imprenditore in difficoltà la predisposizione di un accordo c.d. di moratoria mediante il quale ottiene dai creditori, in particolare dalle banche, un periodo di *standstill* (normalmente della durata di qualche mese) per la predisposizione di un piano di risanamento. Si tratta di una tregua dalla durata limitata, durante la quale i creditori acconsentono sospendere la richiesta di

²⁶⁹ Così M. FAZZINI – N. ABRIANI, *Turnaround Management*, *op. cit.*, p. 19. Secondo gli A. per potersi almeno ipotizzare un processo di risanamento, devono sussistere condizioni adeguate, quali un *management* capace, un prodotto in grado di competere sul mercato e la capacità e la disponibilità da parte dell'imprenditore di apportare nuovo capitale di rischio.

restituzione dei propri debiti fino alla predisposizione e conseguente approvazione del piano di *turnaround*²⁷⁰.

L'importanza di tali accordi è tale che senza questi istituti sarebbe impossibile riuscire in un'operazione di *turnaround* a causa dell'impossibilità, per l'impresa, di predisporre un piano di risanamento adeguato in quanto, bersaglio delle azioni esecutive da parte dei creditori, avrebbe come unica possibilità la liquidazione dei complessi aziendali²⁷¹.

Le difficoltà che si presentano con riferimento alla predisposizione di tali tipi di accordi risiedono nel fatto che il più delle volte il debito risulta estremamente frammentato e caratterizzato dalla presenza di garanzie tra loro diverse²⁷². Risulta quindi difficile mettere d'accordo tutti i creditori, portatori ognuno di diversi interessi: ne consegue che spesso l'accordo di moratoria sia siglato esclusivamente con le banche, in quanto esse costituiscono la sintesi degli interessi di più creditori²⁷³.

Le problematiche che si riscontrano relativamente agli accordi di moratoria nel concordato preventivo con continuità aziendale, nei piani di risanamento e negli accordi di ristrutturazione, nonché gli attori delle singole procedure, saranno analizzate nei prossimi capitoli, nell'ambito della trattazione dei singoli istituti.

²⁷⁰ Più in particolare, i creditori (in particolare le banche) «si obbligano nei confronti dell'impresa, per tutta la vigenza del patto, ad astenersi dall'intraprendere qualsivoglia azione volta ad ottenere il pagamento di quanto previsto nei contratti originari di finanziamento; a non richiederne la risoluzione; a non esigere il rientro delle c.d. linee di credito. E come contropartita di questa prestazione, l'impresa si impegna a non compiere atti di straordinaria amministrazione per tutta la moratoria ed in particolare a non: concedere garanzie a favore di alcuna delle banche finanziatrici o a terzi (c.d. *negative pledge*), acquisire partecipazioni di società terze, costituire nuove società, cedere i marchi e brevetti dell'impresa o di sue controllate; effettuare o contrarre ulteriori finanziamenti» Così T. M. ULBERTAZZI, *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 2, pp. 340 ss.

²⁷¹ Per un'analisi dettagliata, si veda T. M. ULBERTAZZI, *I contratti bancari nei risanamenti d'impresa: profili di responsabilità civile*, Napoli, 2015.

²⁷² La predisposizione di un accordo di moratoria richiede dai quattro a sei mesi, tempo il più delle volte necessario all'istituto di credito per elaborare la pratica e perfezionarne la delibera.

²⁷³ In questo senso, la recente introduzione dell'art. 182 – *septies* che fornisce una disciplina specifica per gli accordi di ristrutturazione con le banche e gli intermediari finanziari in generale.

CAPITOLO II

PROFILI DI DIRITTO INTERNAZIONALE, EUROPEO E COMPARATO

SOMMARIO: 1. Uno sguardo d'insieme. – 1.1. Profili di diritto internazionale: la *Model Law on Cross – border Insolvency* – 1.2. Profili di diritto europeo: il Regolamento 2015/848 e la Raccomandazione n. 135 del 12.03.2014. – 2. L'ordinamento francese. – 2.1. Origine ed evoluzione. – 2.2. Gli istituti e le finalità. Profili generali. – 3. L'ordinamento americano. – 3.1. Origine ed evoluzione. – 3.2. *Chapter 11* e finalità dell'ordinamento. Profili generali.

1. UNO SGUARDO D'INSIEME

Le procedure concorsuali dei diversi ordinamenti sembrano sempre più orientate al perseguimento di un obiettivo comune: la conservazione della continuità aziendale dell'impresa al fine di evitare la disgregazione del patrimonio.

Tale obiettivo viene perseguito dai legislatori nazionali mediante l'accentuazione del carattere privatistico dei rapporti tra debitore e creditori, privando l'autorità giudiziaria del potere di indirizzo e gestione della crisi. Come è stato sostenuto, ciò appare la conseguenza dell'affermarsi della c.d. *rescue culture*, iniziata con l'introduzione nell'ordinamento americano della procedura di salvataggio prevista dal *Chapter 11* del *Bankruptcy Act* ed affermata successivamente nelle legislazioni di diversi Paesi²⁷⁴.

Nel presente capitolo si tenterà di fornire un quadro generale di quanto accaduto a livello internazionale e comunitario, con particolare riguardo all'ordinamento francese e americano, ordinamenti questi ultimi che hanno influenzato le recenti riforme e proposte di riforma del nostro ordinamento.

1.1. *Profili di diritto internazionale: la Model Law on Cross – border Insolvency*

In seno all'UNCITRAL²⁷⁵ è stata approvata nel maggio 1997 la *Model Law on Cross – border Insolvency* in materia di procedure transfrontaliere²⁷⁶.

²⁷⁴ Così D. CORAPI, *La linea comune dell'evoluzione delle procedure concorsuali nei diversi ordinamenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Torino, 2014, p. 440.

²⁷⁵ Si tratta della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale istituita nel 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con l'obiettivo di promuovere l'armonizzazione e l'unificazione del diritto commerciale internazionale.

²⁷⁶ La *Model Law* fu accompagnata dalla contemporanea *Guide to Enactment*, nonché dalla *Legislative Guide on Insolvency Law* del 2004 (completata con una parte terza sull'insolvenza dei gruppi di società nel 2010 e con una parte quarta concernente la responsabilità del *management* per le decisioni assunte nel 2013). Sul punto cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015, 10, p. 1020. Nel 2009, inoltre, è stata emanata una *Practice Guide*

L'obiettivo della *Model Law* consiste nell'incoraggiare la cooperazione ed il coordinamento tra giurisdizioni diverse²⁷⁷ al fine di rendere più efficiente la gestione delle procedure concorsuali e, al contempo, tutelare i diritti dei creditori, la cui soddisfazione deve essere paritaria, a prescindere dalla loro nazionalità, residenza o luogo di svolgimento della procedura²⁷⁸. La Legge Modello, tuttavia, non mira ad uniformare la legislazione in materia d'insolvenza degli Stati, conscia di rivolgersi a legislazioni profondamente diverse fra di loro e quasi impossibili da uniformare. Vengono rispettate, infatti, le differenze di procedura fra i vari Stati²⁷⁹, dando vita ad un modello a cui i legislatori nazionali possono fare riferimento per adeguare le normative interne nel senso di una maggiore apertura nei confronti delle legislazioni straniere²⁸⁰.

Ne consegue che la caratteristica primaria della *Model Law* risiede nella c.d. *flexibility*: ogni Stato può apportare al testo *standard* tutte le modifiche ritenute necessarie affinché questo sia meglio compatibile con la propria normativa interna²⁸¹. Tuttavia, la stessa *Guide to Enactment* suggerisce che, al fine di favorire una sufficiente ed effettiva armonizzazione fra le normative nazionali, gli Stati riducano al minimo le deroghe apportate alla disciplina *standard*²⁸².

Le proposte essenziali della *Model Law* e della successiva *Guide on Insolvency* riguardano la previsione di criteri standardizzati con riferimento all'apertura della procedura, alla predisposizione di un procedimento rapido di

che ha lo scopo di fornire ai professionisti ed ai giudici informazioni riguardo alle possibili ricadute applicative della cooperazione e della comunicazione che deve sussistere nei casi di fallimenti transnazionali: la guida non costituisce uno strumento normativo, bensì si propone di costituire un ausilio per la risoluzione dei conflitti che potrebbero presentarsi nei casi di insolvenza transnazionale. Nel 2011, infine, è stato pubblicato un *Report* sulla *Judicial Perspective* il cui scopo è di fornire una guida per facilitare l'interpretazione giurisprudenziale in modo da aiutare i giudici a risolvere i problemi interpretativi nei casi concreti: il *Report* non è vincolante per l'autorità giudiziaria in virtù del principio di indipendenza giudiziaria. Sul punto si rimanda alla puntuale analisi di I. QUEIROLO, *Profili di diritto internazionale*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 66 – 67 e, in particolare, note 57 e 58.

²⁷⁷ Cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1020.

²⁷⁸ Così I. QUEIROLO, *Profili di diritto internazionale*, cit., p. 67.

²⁷⁹ Cfr. M. CRONIN, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem*, in *Journal Corp. Law*, 1999, pp. 709 ss., il quale afferma che «*the Model Law leaves each State to determine its own substantive insolvency laws, but requires that State, once it has established those laws, to allow foreign representatives equal, simple and fast access to those laws*».

²⁸⁰ Cfr. I. QUEIROLO, *Profili di diritto internazionale*, cit., p. 68.

²⁸¹ Cfr. I. QUEIROLO, *Profili di diritto internazionale*, cit., pp. 68 – 69.

²⁸² Si veda, in proposito, *Guide to Enactment*, p. 8, n. 11, dove si afferma che è auspicabile «*that States make as few changes as possible in incorporating the Model Law into their legal systems*». Testo della *Model Law* e della *Guide to Enactment* consultabile al link: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/model_law.pdf

riorganizzazione, alla sospensione delle azioni esecutive per proteggere i beni del debitore dalle azioni dei terzi²⁸³ ed ai criteri per l'erogazione di nuova finanza. Quelle appena citate dovrebbero essere le linee guida per i Paesi aderenti all'ONU nell'emanazione delle normative in tema d'insolvenza: così è stato solo in parte per l'Italia in occasione della riforma del 2005 anche se la recente proposta della Commissione Rordorf sembra andare nel senso delineato dalla *Guide on Insolvency*²⁸⁴.

Hanno così avuto modo di affermarsi, a livello internazionale, i principi che si orientano all'emersione anticipata dello stato di crisi, alla massimizzazione del valore dell'impresa nell'interesse dei creditori, al favore per le procedure di ristrutturazione e, in generale, alla salvaguardia della continuità aziendale²⁸⁵.

La regolamentazione suggerita dall'UNCITRAL ha riscontrato un notevole successo ed è stata recepita da numerosi Paesi²⁸⁶: anche la normativa Europea, con il Regolamento recentemente approvato, sembra muoversi in tal senso.

1.2. Profili di diritto europeo: il Regolamento 2015/848 e la Raccomandazione n. 135 del 12.03.2014

Il Regolamento UE 20.05.2015, n. 848 è entrato in vigore il 26 giugno 2015 e sarà applicabile alle procedure di insolvenza aperte successivamente al

²⁸³ La *Model Law*, in proposito, prevede il riconoscimento della procedura straniera, riconoscimento che produce, fra tutti, il *relief*, ossia la protezione contro le azioni esecutive e cautelari promosse dai creditori. Elementi chiave sono costituiti dalla possibilità di concedere protezione nella fase preliminare di ammissione alla procedura (c.d. *interim relief*) e la protezione automatica dopo il riconoscimento del procedimento straniero (c.d. *automatic stay*): il *relief* può essere accordato a discrezione del giudice tanto alla procedura straniera che a quella interna. In proposito, cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., pp. 1020 – 1021.

²⁸⁴ Si veda L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1021. Sulla proposta di riforma elaborata dalla Commissione Rordorf, cfr. *supra*, cap. I.

²⁸⁵ Sul punto, si vedano L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1021; I. QUEIROLO, *Profili di diritto internazionale*, cit., p. 73 – 75, i quali indicano anche il principio della gestione unitaria dell'insolvenza di gruppo. Anche i *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Rights Systems* (2015) elaborati dalla Banca Mondiale si basano sui principi indicati nel testo: testo rinvenibile al link: [http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/2015_Revised_ICR_Principles\(3\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/5807554-1357753926066/2015_Revised_ICR_Principles(3).pdf). È possibile constatare che tutti questi principi sono stati presi in considerazione dalla Commissione Rordorf per la stesura del disegno di legge. Per l'analisi della proposta della Commissione, si rimanda al cap. I, par. 1.9.

²⁸⁶ Si veda, ad esempio, l'esperienza del Messico che ha provveduto ad incorporare il testo della *Model Law* all'interno della *Ley de concursos mercantiles*, approvata il 12 maggio 2000. Anche l'America ha riprodotto la Legge Modello all'interno del *Chapter 13 del Bankruptcy Code*. La Legge, inoltre, è stata recepita da Australia, Canada, Cile, Colombia, Grecia, Giappone, Mauritius, Montenegro, Nuova Zelanda, Polonia, Corea, Serbia, Romania, Sud Africa, Slovenia, Uganda e Regno Unito. L'Italia, come accennato nel testo, non ha ancora provveduto.

26.06.2017²⁸⁷. Tale Regolamento ha portato alla rifusione, ossia ad un'importante riscrittura²⁸⁸, del precedente Reg. 1346/2000²⁸⁹, ampliandone il campo di applicazione mediante l'estensione delle previsioni anche alle procedure di risanamento delle imprese.

Il nuovo Regolamento, sulla scia del precedente, disciplina tre aspetti fondamentali del diritto privato e processuale in tema di insolvenza: la competenza internazionale ad aprire procedure di insolvenza, la legge applicabile alle procedure una volta aperte ed il riconoscimento reciproco delle decisioni²⁹⁰. Il legislatore europeo, avvicinandosi ai principi espressi dalla *Model Law* dell'UNICTRAL nonché alla disciplina della ristrutturazione delle imprese contenuta nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense, è intervenuto sul Regolamento 1346/2000 che, sebbene avesse avuto larga applicazione da parte degli Stati Membri, risultava inadeguato rispetto alle priorità dell'Unione Europea a seguito della crisi economica e finanziaria degli ultimi anni²⁹¹.

Le innovazioni principali del Regolamento del 2015 riguardano l'ampliamento della tipologia procedure di cui è possibile il riconoscimento automatico come procedura transfrontaliera²⁹² nonché l'estensione delle previsioni

²⁸⁷ Il Regolamento 848/2015 sulle procedure di insolvenza (rifusione) è pubblicato in G.U.U.E. del 05.06.2016, n. L. 141/19. Sulla proposta della Commissione del 12.12.2012 e sulla negoziazione del testo definitivo, si vedano C. GARLATTI, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione)*, in *Fallimento*, 2015, pp. 509 ss.; L. CARBALLO PINEIRO, *Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification rather than Modification*, reperibile al link: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482014, pp. 207 – 215; P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, *cit.*, pp. 1026 ss.; ID., *L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza*, *cit.*, I, pp. 494 ss..

²⁸⁸ Come evidenzia P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 ...*, *cit.*, p. 1028, per l'adozione del nuovo Regolamento, «le istituzioni dell'Unione sono ricorse allo strumento della rifusione legislativa attraverso il quale viene creato un nuovo atto che rivede ed integra in un unico testo le disposizioni dell'atto iniziale e lo sostituisce abrogandolo». La tecnica della rifusione, secondo l'A., è utilizzata per esigenze di chiarezza e razionalità: tuttavia, il testo che ne è scaturito, risulta complesso, macchinoso e di non facile interpretazione.

²⁸⁹ Il Regolamento del 29.05.2000, entrato in piena applicazione il 31.05.2002, viene abrogato a norma dell'art. 91 del Reg. del 2015, ma, in deroga a tale disposizione, l'art. 84 stabilisce che continua ad applicarsi alle procedure di insolvenza che rientrano nel suo ambito di applicazione e che sono state aperte prima del 26.06.2017. Per una disamina del Regolamento 1346/2000 e del rapporto tra procedure principali e procedure secondarie, si veda D. BENINCASA – M. PASSALACQUA – C. ALESSI, *Rapporti tra procedure principali e procedure secondarie nel regolamento CE 1346/2000*, in F. BONELLI, *Crisi di impresa. Casi e materiali*, Milano, 2011.

²⁹⁰ Così P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 ...*, *cit.*, p. 1028.

²⁹¹ Già da tempo si auspicava un rinnovamento della materia dell'insolvenza all'insegna della ripresa dell'economia e della promozione degli investimenti. In proposito si veda la *Strategia Europa 2020* e l'*Atto sulle Piccole e Medie Imprese* del 25.06.2008 (volto a promuovere la sopravvivenza delle imprese di minori dimensioni).

²⁹² Sono, infatti, ora comprese le procedure di ristrutturazione, destinate alla conservazione dell'impresa e dei posti di lavoro, anche se provvisorie (c.d. *interim proceedings*) e di procedure che

alla crisi dei gruppi di imprese²⁹³. Infine, è stato previsto l'obbligo di collaborazione e di scambio di informazioni tra i giudici degli Stati Membri nonché tra i gestori delle procedure, sia nel rapporto tra procedura principale e procedura secondaria, sia nel rapporto tra procedure diverse relative a società dello stesso gruppo²⁹⁴.

Il legislatore europeo, dunque, si ispira alle nuove tendenze che si sono manifestate all'interno dei Paesi dell'UE, nonché ai principi espressi dalla *Model Law* e dall'ordinamento statunitense in materia di insolvenza.

La liquidazione del patrimonio del debitore, infatti, non rappresenta più il fine principale delle procedure d'insolvenza, bensì deve costituirne una mera opzione. La finalità principale è costituita piuttosto dal risanamento e dalla ristrutturazione dell'impresa, all'insegna della salvaguardia della continuità aziendale²⁹⁵: si dice infatti che laddove l'insolvenza²⁹⁶ sia soltanto probabile, lo scopo deve essere quello di evitare quest'ultima o la cessazione dell'attività²⁹⁷.

Nell'analisi della normativa europea, merita un breve cenno anche la Raccomandazione del 12.03.2014²⁹⁸ avente ad oggetto non la creazione di una

autorizzano una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali promosse da singoli creditori (sospensione volta ad agevolare le negoziazioni fra debitore e creditori). Sul punto, v. diffusamente P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 ...*, cit., pp. 1028 – 1029; L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., pp. 1019 – 1020.

²⁹³ L'UE ha affrontato un tema di particolare importanza, considerato che la maggior parte delle imprese sono articolate in gruppi societari. I problemi sono molteplici e riguardano soprattutto il fatto di dover stabilire quale sia la società *holding* del gruppo in quanto la competenza sarà dei giudici dello Stato in cui questa ha sede. Non essendo possibile approfondire in questa sede l'argomento, basti dire che il Regolamento prevede che il gestore della procedura nazionale può presentare davanti ad ogni giudice avente giurisdizione su una società del gruppo, un piano che preveda la risoluzione della situazione di insolvenza della società nel gruppo. Così L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1020; P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 ...*, cit., pp. 1029 ss..

²⁹⁴ Sul punto, si veda P. DE CESARI, *L'evoluzione della legislazione europea*, cit., pp. 504 ss..

²⁹⁵ Così P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 ...*, cit., p. 1027; C. GARLATTI, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio ...*, cit., pp. 509 ss.; D. FERRANTI, *La crisi di impresa tra la legge n. 83/2015 e prospettive di riforma organica*, 12.02.2016, reperibile sul sito: www.cndcec.it, pp. 2 – 3.

²⁹⁶ L'art. 1, a differenza di quanto accadeva in precedenza, prevede che le disposizioni del Regolamento si applicano non solo alle procedure basate sull'insolvenza conclamata, bensì anche alle procedure che abbiano come fine il risanamento, al fine di prevenire la manifestazione dell'insolvenza ed agevolare la conservazione dell'impresa. Cfr. P. DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 ...*, cit., p. 1030.

²⁹⁷ Cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1019.

²⁹⁸ Secondo quanto disposto dalla Raccomandazione, gli Stati Membri devono adottare entro un anno una disciplina uniforme in materia di insolvenza. Per un commento sulla Raccomandazione, cfr. G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fallimento*, 2014, pp. 733 ss..

cornice comune concernente regole di diritto internazionale privato, bensì vere e proprie norme sostanziali basate su principi comuni²⁹⁹.

La Raccomandazione vuole incentivare la massimizzazione del valore dell'impresa nell'ottica dell'interesse dei creditori, visto come obiettivo principale. Tuttavia tra i terzi colpiti dalla crisi dell'impresa non sono soltanto i creditori, ma anche i dipendenti e gli stessi proprietari, oltre che il sistema economico generalmente inteso: ne consegue che è possibile una ristrutturazione per tutelare i posti di lavoro oppure gli interessi degli azionisti e del pubblico, dal momento che l'insolvenza non possiede una dimensione esclusivamente privatistica³⁰⁰.

La Raccomandazione, inoltre, prevede che gli ordinamenti nazionali assicurino una seconda opportunità agli imprenditori onesti in difficoltà: viene inoltre raccomandata l'adozione di procedure flessibili, di disposizioni dirette ad un rapido ingresso alla procedura di ristrutturazione, nonché la previsione di un adeguato bilanciamento fra gli interessi dei creditori e del debitore.

Come è stato notato, le previsioni della Raccomandazione corrispondono alle regole accettate a livello internazionale e si basano, principalmente, sugli obiettivi già sanciti nell'ordinamento americano³⁰¹.

2. L'ORDINAMENTO FRANCESE

2.1. *Origine ed evoluzione*

Il diritto francese delle procedure concorsuali è disciplinato dal *Livre IV, Des difficultés des entreprises* del *Code de commerce* del 2000, artt. L. 610-1 – 680-7³⁰².

²⁹⁹ Sull'argomento, cfr. diffusamente L. PANZANI, *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, reperibile al link: http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-raccomandazione-12-marzo-2014-della-commissione_10-10-2014.php.

³⁰⁰ Così L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1022.

³⁰¹ Sul punto, si veda diffusamente L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., pp. 1022 – 1023. Sull'ordinamento americano, v. *infra*, par. 3.

³⁰² I primi quattro titoli sono dedicati, rispettivamente, alla *prévention des difficultés des entreprises*, alla *sauvegarde*, al *redressement judiciaire* e alla *liquidation judiciaires*. Sul diritto fallimentare francese, si vedano, tra gli altri, D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 389 ss.; M. J. CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, pp. 982 ss.; M. JEANTIN – P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Parigi, 2006; M. L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, Parigi, 2003.

La disciplina originaria era contenuta nel *Code de Commerce* del 1807³⁰³, che considerava in modo drastico lo *status* giuridico del debitore, delimitandone i diritti – al fine di evitare la dispersione dei beni destinati a soddisfare i creditori – e ponendo in modo esemplare il bancarottiere.

La procedura era applicata solo al ceto commerciale³⁰⁴ e si fondava su alcuni principi fondamentali, fra i quali il carattere collettivo della stessa (ovvero la costituzione dei creditori in una massa e l'eguaglianza dei creditori chirografari), la soddisfazione delle pretese del ceto creditorio e la forte incidenza dei profili penali, con l'incarcerazione immediata del debitore fallito³⁰⁵.

³⁰³ Per la legislazione fallimentare francese anteriore alla codificazione, occorre ricordare l'*Ordonnance* del 1673 la quale, tuttavia, conteneva solo qualche breve ed imprecisa disposizione in tema di fallimento: si pensi che dei dodici titoli di cui si componeva, solo uno, composto da tre articoli, riguardava il fallimento. Da ciò derivarono le notevoli incertezze da parte della dottrina circa l'applicabilità dell'*Ordonnance* ai soli commercianti. Sul punto si veda, in particolare, E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVII, Padova, 2005, p. 70. È importante citare anche la successiva regia dichiarazione del 10.06.1715 che attribuì la competenza in materia di fallimento ai tribunali consolari, che avevano giurisdizione esclusiva solo sui commercianti: secondo E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 71, da questa ordinanza regia si può desumere «la definitiva intenzione di dedicare l'applicazione di norme speciali ai commercianti».

³⁰⁴ Con la codificazione, si afferma definitivamente in Francia la differente disciplina dell'insolvenza civile rispetto all'insolvenza commerciale in quanto, prima di tale momento, la distinzione non era pacifica. Sul punto si veda E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 77. La codificazione francese fu influenzata dalla legislazione statutaria dei comuni medievali che vedeva il fallito come un nemico del creditore e come un traditore della fiducia dei suoi colleghi e della società civile: sul punto, cfr. A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., p. 23; G. GRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le Règlement Judiciaire*, Parigi, 1962, pp. 20 ss.. Per l'analisi dell'ordinamento statutario italiano, si rimanda al Cap. I, par. 1.

³⁰⁵ Il Codice del 1807 (libro III, titolo II, artt. 566 – 575) poneva a carico dei commercianti insolventi l'obbligo di ottenere una dichiarazione giudiziale di fallimento; se non lo facevano i creditori erano legittimati a chiedere la dichiarazione di fallimento e il giudice, in ogni caso, poteva agire d'ufficio. Il Codice del 1807, inoltre, concedeva ai commercianti falliti la possibilità di concludere un concordato con una maggioranza qualificata di creditori o di optare alla cessione, giudiziale o stragiudiziale, dei propri beni. Quest'ultima alternativa aveva l'unico effetto di evitare ai falliti l'arresto per debiti e fu eliminata con la revisione effettuata nel 1838, la quale prevedeva la possibilità di evitare il fallimento esclusivamente mediante il concordato. La riforma del 1838 specificò che il patrimonio fallimentare comprendeva anche gli acquisti successivamente compiuti e conferì maggior vigore alle disposizioni che disponevano la reintegrazione del patrimonio medesimo attraverso l'annullamento o la risoluzione di determinati atti posti in essere dal debitore nei dieci giorni precedenti il giorno fissato come data del fallimento. Questa sembra essere la previsione che costituisce l'antenato dell'azione revocatoria del nostro e di altri ordinamenti. Infine, il patrimonio fallimentare veniva amministrato da uno o più curatori (massimo tre) e, con la sentenza dichiarativa di fallimento, veniva nominato un membro del Tribunale che assumeva la veste di giudice delegato, con la funzione di vigilare sugli sviluppi della procedura e risolvere eventuali controversie. Sul punto, si veda in generale, S. A. RIESENFELD, *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, cit.; P. PAJARDI, *Il fallimento nel mondo: panorama dei sistemi esecutivi concorsuali nelle realtà nazionali*, 1988.

La disciplina francese delle soluzioni delle crisi d'impresa, in origine caratterizzata da estremo rigore, nel corso del secolo appena trascorso assunse, invece, un'impostazione radicata sull'esigenza di salvaguardare l'impresa, anche a scapito dell'interesse dei creditori, con l'attribuzione di ampi poteri al giudice³⁰⁶.

La L. 13.07.1967, n. 563, sul *Règlement judiciaire* e la *Liquidation des biens*, infatti, si pose l'obiettivo della salvaguardia delle imprese economicamente profittevoli³⁰⁷, con un affievolimento delle posizioni tanto dei creditori chirografari³⁰⁸, quanto dei creditori privilegiati, ed un contestuale aumento dei poteri del giudice, il quale costituiva il vero arbitro delle procedure concordate³⁰⁹. L'intervento del 1967, tuttavia, risultò deludente e le disposizioni restarono in larga parte inapplicate.

Il legislatore francese intervenne nuovamente nel 1984 e nel 1985 con una nuova riforma³¹⁰ che, in larga parte, si basò sugli stessi principi ispiratori di quella

³⁰⁶ Il giudice, in termini critici, veniva definito come un «*super manager de l'entreprise*»: sul punto, cfr. A. JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, 10, p. 1070.

³⁰⁷ Sembra indicativo della nuova concezione della crisi d'impresa adottata dal legislatore francese l'eliminazione dei riferimenti al fallimento ed alla bancarotta nella denominazione delle procedure collettive: di fallimento, infatti, si parlava solo con riferimento all'eventuale sanzione penale del debitore, ossia il c.d. *faillite personnelle*. Cfr. D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., p. 390. La sanzione del *faillite personnelle* poteva (e può tuttora) essere comminata già durante la procedura qualora il debitore o i *dirigeants* di una *personne morale* avessero commesso *fautes dans la gestion de l'entreprise*. Soprattutto nei riguardi dei *dirigeants* erano previste sanzioni elevate: a carico di questi, infatti, sussisteva una presunzione di responsabilità qualora emergesse l'insufficienza dell'attivo durante la procedura. Ne derivava che poteva essere posto a carico di tutti o alcuni amministratori della società tutto o parte del passivo, con o senza responsabilità (c.d. *action en comblement du passif*). La sanzione fu confermata dalla riforma del 1984 – 1985 (e tutt'oggi esistente) ma ne è stato attenuato il rigore, mediante l'eliminazione della presunzione di responsabilità. Sul punto, si veda D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., p. 404.

³⁰⁸ Si pensi che i creditori chirografari non potevano neppure votare il concordato. Sul tema, cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1070; D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., p. 390, secondo i quali «si è data autonoma considerazione al destino dell'impresa rispetto alle conseguenze che ricadono su chi dirige o possiede l'impresa a seguito della procedura concorsuale». Come evidenziato dagli A. da ultimo citati, accanto alla procedura di liquidazione diretta ad eliminare l'impresa, fu previsto anche un «*règlement judiciaire* finalizzato a riorganizzarla, eventualmente accompagnato dalla *suspension provisoire dei poursuites*».

³⁰⁹ L'obiettivo della salvaguardia dell'impresa “ad ogni costo” sembrò ancora più marcato con l'*ordonnance* n. 67-820 del 23.09.1967 che imponeva ai creditori una moratoria di tre mesi al fine di consentire al debitore, insieme ad un curatore, di elaborare un piano per la soluzione della crisi: il piano veniva omologato dal tribunale se ritenuto «*sérieux*», senza neppure essere sottoposto ai creditori per l'approvazione. Cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., pp. 1070 – 1071.

³¹⁰ Trattasi della L. 01.03.1984, n. 84-148 (relativa al *règlement amiable des difficultés des entreprises*) e della L. 25.01.1985, n. 85-98 (sul *redressement* e la *liquidation judiciaire des entreprises*).

precedente³¹¹: le procedure concorsuali continuavano ad essere caratterizzate da una scarsa incidenza della volontà dei creditori ed un ampio potere dell'autorità giudiziaria³¹². L'obiettivo delle riforme consistette nell'affidare il controllo dell'impresa ai dipendenti ed ai soci di minoranza³¹³, con il fine di migliorare l'informazione all'interno dell'impresa, di creare un più efficace sistema di allarme interno e di facilitare l'accordo stragiudiziale con i creditori³¹⁴.

Furono introdotte le c.d. procedure di allerta, attivabili dal *commissaire aux comptes*³¹⁵ e dal *comité d'entreprise*³¹⁶ e vennero formalizzati gli accordi giudiziari con i maggiori creditori, divenuti molto frequenti nella prassi³¹⁷. Era inoltre prevista una procedura unica per tutte le situazioni di insolvenza³¹⁸ e la *liquidation judiciaire* costituiva una soluzione applicabile solo qualora l'indagine³¹⁹, obbligatoria, sulle possibili opportunità di salvataggio avesse esito negativo. Dalle leggi del 1984 e del 1985 emerse, dunque, il chiaro intento di salvaguardia della continuità aziendale e, al contempo, un ampliamento dei poteri del tribunale³²⁰.

³¹¹ Secondo M. J. CAMPANA, *L'esperienza francese*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Convegni di studio "Adolfo Beria di Argentine. Problemi attuali di diritto e procedura civile, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del convegno*, pp. 195 ss., le riforme del 1984 e del 1985 furono opera di un governo di sinistra, secondo il quale l'obiettivo principale «era preservare l'impresa nella misura del possibile e, in questo modo, salvaguardare l'occupazione» con la conseguenza che «i diritti dei creditori [vennero] parzialmente sacrificati alle esigenze di risanamento».

³¹² Così A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1071; D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., p. 390.

³¹³ I c.d. *partenaires naturels* del gruppo di controllo.

³¹⁴ Cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1071.

³¹⁵ Si tratta di un «professionista che esamina i conti e le informazioni degli amministratori della società ai soci, verificandone la regolarità e correttezza e con l'obbligo di attivare la procedura di allerta in presenza di fatti e situazioni "*de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*"». Così A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1072.

³¹⁶ Il comitato d'impresa è un'istituzione rappresentativa del personale, istituita nel 1945 ed obbligatoria in tutte le imprese con più di cinquanta dipendenti. Le procedure d'allerta sono attivabili anche da altri soggetti, per cui si veda *infra*.

³¹⁷ Gli accordi (c.d. *règlement amiable*) venivano formalizzati con ricorso al presidente del *tribunal de commerce*, il quale stabiliva i termini della moratoria dei pagamenti. È interessante notare la profonda divergenza della legislazione francese con il nostro ordinamento: infatti, in Italia, la formalizzazione degli accordi stragiudiziali fu compiuta dal legislatore del 2005, un ventennio dopo rispetto a quanto accaduto in Francia. Sul punto si tornerà *infra*, cap. IV.

³¹⁸ Nuovamente, è interessante notare che una simile disposizione in Italia si è riscontrata solo recentissimamente nella proposta di riforma elaborata dalla Commissione Rordorf.

³¹⁹ Trattasi del c.d. periodo *d'observation* che costituiva la fase iniziale di ogni procedura: poteva durare oltre un anno ma poteva anche essere interrotta qualora non fossero individuate ipotesi di *redressement*. Il periodo di osservazione poteva portare alla continuazione dell'attività in capo al debitore o alla cessione dell'azienda in esercizio a terzi, oppure alla liquidazione. Cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1071.

³²⁰ Come è stato notato da D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., p. 390, «l'introduzione di misure per evitare che un'impresa in difficoltà arrivi alla *cessation des paiements* ha indotto a definire la materia fallimentare "*droit des entreprises en difficulté*" invece che "*droit commercial des procédures collectives*"».

Tuttavia, il c.d. diritto al salvataggio³²¹ si scontrò con la realtà dei fatti che vide uno scarsissimo successo delle procedure di *redressement*, la maggior parte delle quali (oltre il 90%) sfociate in *liquidations judiciaires*³²².

Il legislatore intervenne nuovamente sulla materia concorsuale con la L. 10.06.1994, n. 94-475, volta a sopperire le carenze strutturali della precedente legge, con l'obiettivo essenziale di rivalutare la posizione dei creditori. In particolare, venne attribuito a questi un maggior rilievo nel risanamento dell'impresa e furono incentivati e valorizzati gli accordi stragiudiziali³²³. Fu comunque mantenuta la filosofia della precedente legge³²⁴ e l'ordinamento continuò ad essere orientato al risanamento dell'impresa piuttosto che alla sua liquidazione, anche mediante un sistema di prevenzione e di allerta rafforzato che costituiva sempre di più il tratto caratteristico dell'ordinamento francese³²⁵.

Nel 2000, l'*ordonnance* n. 912 del 18.09.2000 ha fatto confluire l'intera materia concorsuale (senza tuttavia apportarvi modifiche) nel *Nouveau code de commerce* e nel 2005 il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina.

Anche la riforma del 2005³²⁶ si mosse nella direzione di incentivare sempre di più l'emersione anticipata della crisi valorizzando la fase di prevenzione, al fine di favorire i meccanismi di *sauvegarde* dell'impresa in stato di crisi³²⁷. Il legislatore, oltre ad incentivare soluzioni che privilegiassero la conservazione dell'impresa³²⁸ e ad introdurre la procedura di *conciliation* che sostituì i precedenti *règlement amiable*, intervenne anche sulla procedura di *liquidation*, introducendo una forma più semplice per le piccole insolvenze ed accrescendo il ruolo dei

³²¹ "Le droit au redressement".

³²² Cfr. D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., pp. 390 – 391.

³²³ V. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., pp. 1071 – 1072.

³²⁴ Secondo M. J. CAMPANA, *L'esperienza francese*, cit., p. 195, si tratta di una riforma parziale e non soddisfacente in quanto molti dei problemi manifestatisi a seguito della precedente legge non furono risolti.

³²⁵ Si veda D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, cit., p. 391. Secondo gli A. è significativa l'evidenza data dalla legge alla «*difficulté des entreprises*» e non «all'insolvenza, al concorso, al fallimento o alla bancarotta e il riferimento esplicito della legge all'*entreprise* invece che alla figura tradizionale del *commerçant*».

³²⁶ L. 26.07.2005, n. 2005-845, seguita dal decreto del 28.12.2005, n. 2005-1677.

³²⁷ Così A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1072.

³²⁸ Come sostenuto da Y. CHAPUT, *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in , in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 167 ss., l'ordinamento francese ha attuato una radicale modifica dell'originale impianto normativo risalente al *Code de Commerce* del 1807 mediante la predisposizione di incentivi al raggiungimento di soluzioni che garantiscano la conservazione dei valori aziendali ed occupazionali dell'impresa.

creditori con la previsione dei *comitès des créanciers*³²⁹. Nel 2008³³⁰ la procedura di *sauvegarde* è stata semplificata e nel 2010³³¹ è stata prevista una versione accelerata della stessa, la *sauvegarde financière anticipée – SFA*, destinata alle imprese grandi e molto grandi³³².

Da ultimo, il legislatore francese è nuovamente intervenuto sulla materia concorsuale nel 2014³³³, introducendo la procedura di *sauvegarde accélérée* (PSA) e potenziando la procedura di *sauvegarde financière*. La prima è diretta alle imprese di medie dimensioni che abbiano già richiesto la procedura di conciliazione e permette loro di elaborare un piano di risanamento che deve essere approvato dalla maggioranza dei due terzi dei creditori: la procedura non può avere in ogni caso durata superiore a tre mesi³³⁴. La seconda è una variante che riguarda esclusivamente i creditori finanziari e, a differenza della prima, non può avere una durata superiore ad un mese³³⁵.

2.2. Gli istituti e le finalità. Profili generali

Dalla breve indagine storica svolta nel paragrafo precedente sembra possibile affermare che l'ordinamento francese tende a privilegiare le soluzioni di risoluzione della crisi che garantiscano la conservazione dell'impresa e la continuità aziendale, affidando un ruolo centrale all'autorità giudiziaria³³⁶. Per le procedure concorsuali sono competenti i *Tribunax de commerce*, composti da giudici consolari provenienti dal mondo degli affari ed eletti dai *commerçants*³³⁷.

³²⁹ Sulla riforma del 2005, v. diffusamente M. J. CAMPANA, *L'esperienza francese, cit.*, pp. 195 ss..

³³⁰ *Ordonnance* n. 1345, 18.12.2008.

³³¹ L. 22.10.2010, n. 2010-1249.

³³² Sul punto, cfr. D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica, cit.*, p. 391.

³³³ Si vuole fare riferimento all'*ordonnance* n. 326 del 12.03.2014, al decreto 30.06.2014, n. 736 ed all'*ordonnance* del 26.09.2014.

³³⁴ Cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ..., cit.*, p. 1017.

³³⁵ Il recente art. 182-*septies* della Legge Fallimentare italiana, concernente gli accordi di ristrutturazione dei debiti con gli intermediari finanziari, si ispira alla procedura francese della SFA oltre che all'istituto inglese *scheme of arrangement*: v. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ..., cit.*, p. 1018. Sugli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari dell'ordinamento italiano si tornerà *infra*, Cap. IV, par. 3.5.

³³⁶ Le procedure previste dall'ordinamento francese si distinguono in procedure di *prévention des difficultés* (ossia l'*information comptable*, le *procédures d'alerte* e la *procédure de conciliation*) e le *procédures collectives* (ossia la procedura di *sauvegarde*, distinta in *sauvegarde accélérée* e *sauvegarde financière*, il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire*).

³³⁷ Cfr. D. CORAPI – B. DE DONNO – D. BENINCASA, *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica, cit.*, p. 391

Il vero carattere distintivo della legislazione concorsuale francese è costituito dalle procedure di allerta e di prevenzione (*procédures d'alerte*)³³⁸ le quali mirano a permettere il superamento dello stato di crisi senza ricorrere alle procedure concorsuali più complesse³³⁹ (ovvero la procedura di *sauvegarde* ed il *redressement judiciaire*) mediante la previsione meccanismi attivabili in presenza dei primi sintomi di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa³⁴⁰.

Tali procedure possono essere attivate dagli azionisti, dal comitato d'impresa³⁴¹, dal *groupement de prevention agréé* e dai *commissaire aux comptes*, i quali possono segnalare lo stato di crisi agli amministratori dell'impresa affinché questi forniscano chiarimenti³⁴². In ogni caso, l'intervento del *commissaire aux comptes* è obbligatorio, salvo che non sia stata aperta una procedura di conciliazione o di *sauvagarde*. Nel caso in cui gli amministratori non forniscano risposte o queste siano insufficienti, oppure qualora il *commissaire aux comptes* giudichi inidonee le decisioni assunte dall'assemblea della società, può essere fatta segnalazione al presidente del tribunale di commercio competente, affinché quest'ultimo convochi gli amministratori dell'impresa per concordare con essi le misure idonee da adottare per il superamento della crisi³⁴³.

L'intervento del presidente del tribunale è di tipo cognitivo e di «*moral suasion*» nei confronti dell'imprenditore affinché lo stesso prenda coscienza della situazione di crisi in cui versa: l'autorità giudiziaria, infatti, non ha il potere di incidere sul contenuto del piano di risanamento che eventualmente sarà adottato³⁴⁴.

Il presidente del tribunale possiede anche un potere autonomo di indagine e di convocazione dell'impresa ove la situazione di crisi risulti dalle annotazioni sui

³³⁸ La procedura di allerta e di prevenzione è stata introdotta nell'ordinamento francese dalla L. 84-148 del 1984 e incentivata dalle leggi successive. Secondo A. JORIO, *Legislazione francese ... cit.*, p. 1072, tali procedure rappresentano «il fiore all'occhiello della disciplina francese».

³³⁹ Cfr. G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, 10, p. 1061.

³⁴⁰ Così Y. CHAPUT, *Le droit français ... cit.*, pp. 171 – 172. Secondo G. CARMELLINO, *Le droit français ... cit.*, p. 1062, le procedure d'allerta francesi costituiscono uno «strumento sinergico che permett[e] di anticipare la rilevazione delle difficoltà» al fine della predisposizione di piano di risanamento maggiormente idoneo.

³⁴¹ Nei casi in cui esso non sia previsto, le procedure sono attivabili dai responsabili del personale.

³⁴² Sulla *procédure d'alerte* si veda, in generale, G. CARMELLINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA. VV., *Annali della Università degli Studi del Molise. Dipartimento Giuridico*, 15/2013.

³⁴³ Come evidenzia A. JORIO, *Legislazione francese ... cit.*, p. 1072, prima della riforma del 1994 l'intervento del commissario si esauriva all'interno della società: solo con il 1994 è stata prevista la possibilità di ricorso al presidente del tribunale di commercio.

³⁴⁴ Cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ... cit.*, p. 1072.

registri (tenuti presso il tribunale) dalle quali emergano inadempimenti nei confronti di istituzioni pubbliche ed enti previdenziali. La centralità del ruolo dell'autorità giudiziaria è volta a rendere efficiente il meccanismo d'allerta, anche in considerazione della particolare natura del presidente del tribunale, definito come «imprenditore fra gli imprenditori e quindi particolarmente idoneo ad immedesimarsi nei “*troubles de l'entreprise en difficulté*”»³⁴⁵.

Nelle situazioni di difficoltà o di crisi dell'impresa maggiormente complesse, l'intervento del tribunale può concretizzarsi nella nomina di un *mandataire ad hoc*³⁴⁶, figura professionale che affianca gli organi gestori della società al fine analizzare i problemi ed individuarne i rimedi, senza tuttavia ingerirsi nella gestione dell'impresa stessa³⁴⁷. Spesso, il mandatario giudiziario assume la veste di vero e proprio negoziatore (*conciliateur*) tra il debitore ed i creditori³⁴⁸.

È a questo punto che, di norma, si accede a quella che viene definita come seconda procedura di prevenzione: la *conciliation*. Spesso, infatti, è difficile che i problemi emersi nella *procedure d'alerte* siano risolti e non è infrequente che la procedura continui in una vera e propria conciliazione, mediante la quale il debitore tenta di raggiungere un accordo con i suoi principali creditori, tale da garantire la continuità aziendale³⁴⁹.

Le condizioni di apertura della *conciliation* sono tre, ovvero (i) il debitore deve trovarsi in una situazione di difficoltà economica e finanziaria, anche

³⁴⁵ Così A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1072.

³⁴⁶ Cfr. Y. CHAPUT, *Le droit français ...*, cit., pp. 174 – 175. Come evidenziato da L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1018, «caratteristica fondamentale del sistema francese è la separazione della professione di amministratore giudiziario da quella di mandatario giudiziario, allo scopo di evitare i conflitti di interesse tra i due ruoli. Il primo deve curare il risanamento, il secondo rappresentare gli interessi dei creditori in caso di liquidazione. Le due professioni sono incompatibili con qualunque altra ed anche tra di loro».

³⁴⁷ In questo senso, si veda P. ROUSSEL GALLE, *Le mandat ad hoc et la conciliation: l'efficacité renforcée? Table ronde*, in *Les Petites Affiches*, 21.09.2006, p. 11. Come sostenuto da A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1073, il conciliatore costituisce una figura di «*simple conseiller*» e la sua nomina avviene esclusivamente su richiesta del debitore.

³⁴⁸ Così R. MARINONI, *Riflessioni in materia di modelli preventivi dell'insolvenza: analisi di modelli a noi vicini e considerazioni*, in www.ilfallimentarista.it, 30.12.2012, p. 3.

³⁴⁹ Come G. CARMELLINO, *Le droit français ...*, cit., p. 1064, che alla nota 46 richiama C. DELATTRE – È. ÉTIENNE-MARTIN, *Prévention: le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles?*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, 2, dossier 15, la nomina del conciliatore, in sede di apertura della procedura è obbligatoria, dunque anche se durante la procedura di allerta non era stato nominato il mandatario giudiziario: sostiene l'A. che l'ordinanza del 12 marzo 2014 permette la designazione di un *mandataire à l'exécution de l'accord* su richiesta del debitore, designazione tuttavia che deve essere approvata dal conciliatore.

prevedibile³⁵⁰, (ii) lo stato di crisi deve essersi verificato non oltre 45 giorni prima della domanda di accesso alla procedura e (iii) non vi deve essere stata un'altra procedura di *conciliation* nei tre mesi anteriori alla domanda³⁵¹.

La procedura è caratterizzata da un alto grado di riservatezza e ha durata non superiore a cinque mesi. L'apertura della *conciliation* non preclude le iniziative dei creditori sul patrimonio del debitore: affinché ciò avvenga, il debitore deve farne esplicita richiesta al presidente del tribunale il quale, solitamente, concede la protezione³⁵².

Il debitore può chiedere al presidente del tribunale l'omologa dell'accordo, rinunciando dunque definitivamente alla confidenzialità dello stesso, ove ricorrano tre condizioni: l'accordo (i) deve consentire il superamento dello stato di crisi, (ii) deve assicurare la salvaguardia dei complessi aziendali (tuttavia non sembra esclusa la possibilità di un accordo liquidatorio) e (iii) gli interessi dei creditori non devono essere pregiudicati in modo significativo. L'accordo omologato rileva nel caso di successiva apertura collettiva: infatti, i crediti sorti in esecuzione dello stesso godono del beneficio della prededucibilità in caso di apertura di successiva procedura³⁵³.

La procedura di allerta e la conciliazione (ossia le c.d. procedure di prevenzione) comportano il beneficio per il debitore dell'esenzione dalle azioni di responsabilità concorsuali e, parimenti, l'immunità dai reati concorsuali. Si nota dunque come le misure di prevenzione si basano su una legittimazione ampia e su un atteggiamento di tipo premiale nei confronti dell'imprenditore che abbia avuto il coraggio di denunciare tempestivamente la propria difficoltà³⁵⁴.

L'intento di favorire la salvaguardia dell'impresa in crisi ed evitare, ove possibile, la liquidazione, è insito anche nelle procedure giudiziali di *sauvegarde* e di *reglement judiciaire*.

La procedura di *sauvegarde* si pone l'obiettivo di agevolare la riorganizzazione dell'impresa così da permettere il proseguimento dell'attività economica, il mantenimento dei livelli occupazionali ed il ripristino della situazione

³⁵⁰ Si veda, in proposito, A. JACQUEMONT, *Procédure de conciliation et concordat amiable*, in *J.C.P.*, E, III, 2010, p. 5.

³⁵¹ Cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1073.

³⁵² Così A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1073, il quale nota come, con questa richiesta, viene meno il carattere di riservatezza che caratterizza la procedura.

³⁵³ Cfr. A. JORIO, *Legislazione francese ...*, cit., p. 1073.

³⁵⁴ V. R. MARINONI, *Riflessioni in materia di modelli preventivi dell'insolvenza ...*, cit., p. 3.

finanziaria, e mira a proteggere le imprese in difficoltà mediante la sospensione delle azioni esecutive dal momento dell'apertura della procedura. Tale procedimento si caratterizza per il fatto di essere pubblico, sotto il controllo del tribunale di commercio che nomina un *Administrateur Judiciaire* il quale deve affiancare l'amministratore dell'impresa. L'*administrateur* ha il compito di analizzare la situazione ed individuare i rimedi ed assume la funzione di negoziatore fra debitore e creditori al fine di trovare il giusto compromesso, in termini di moratorie ed apporti, tale da garantire la continuità aziendale³⁵⁵.

La procedura può essere ad iniziativa del debitore o imposta dal tribunale e si articola in un c.d. periodo di osservazione della durata massima di sei mesi (rinnovabile una sola volta): alla fine del periodo di osservazione, qualora l'impresa possa essere salvata, viene elaborato un piano di *sauvagarde*.

Esistono diverse tipologie di *sauvegarde*, anche in considerazione delle riforme degli ultimi anni che sono intervenute a più riprese sulla procedura. Trattasi, principalmente, della *sauvegarde financière* (SFA), rivolta ai creditori finanziari, e della *sauvegarde accélérée* (PSA), pensata per le imprese di piccole e medie dimensioni che abbiano già richiesto la conciliazione. In particolare, è stato notato che l'appartenenza delle *sauvegardes accélérées* al genere della *sauvagarde* è controversa, dal momento che le prime, a differenza della disciplina generale, sono compatibili con la *cessation des paiements* e, dunque, con lo stato di insolvenza³⁵⁶.

Nel caso in cui risulti impossibile un piano di salvataggio, il procedimento si converte in *redressement judiciaire*, procedura che necessita il presupposto del dichiarato stato di insolvenza da parte del presidente del tribunale di commercio ed anch'essa finalizzata al superamento della crisi ed alla preservazione della continuità aziendale. Ove risulti impossibile anche un piano di *redressement*, si procede con *liquidation judiciaire*, avente l'obiettivo di chiudere l'attività d'impresa e liquidare il patrimonio del debitore³⁵⁷.

³⁵⁵ Così R. MARINONI, *Riflessioni in materia di modelli preventivi dell'insolvenza ...*, cit., p. 3, il quale evidenzia che a partire dal 2006 l'ordinamento francese ha previsto, rispetto a questa procedura, la suddivisione dei creditori in classi al fine di favorire le negoziazioni, separando il ceto bancario dal ceto dei maggiori e piccoli creditori.

³⁵⁶ In questo senso, si veda F. PÉROCHON – H. BOURBOULOUX, *Le procédure de sauvegarde et ses variantes*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, 4, dossier 30, p. 24.

³⁵⁷ Cfr. M. ROSSI, *Imprese in difficoltà. Risposte del diritto francese*, reperibile al link: <http://documentazionestoricacentrobanca.ubibanca.it/contenuti/file/Avv.Matteo%20Rossi.pdf>.

Dalla breve analisi svolta riguardo agli istituti offerti dall'ordinamento concorsuale francese, sembra emergere una netta finalità conservativa delle procedure concorsuali ed un forte incentivo all'emersione anticipata della crisi, considerata come un fattore fondamentale nel processo di salvataggio dell'impresa. Il sistema francese sembra aver ispirato anche alcune delle riforme del nostro ordinamento, fra le quali la miniriforma del 2015, che ha introdotto l'accordo di ristrutturazione dei debiti (molto simile alla procedura di SFA), e la recente proposta elaborata dalla Commissione Rordorf, all'interno della quale si auspica l'introduzione nel nostro ordinamento di strumenti di allerta e prevenzione.

3. L'ORDINAMENTO AMERICANO

3.1. *Origine ed evoluzione*

Per comprendere le origini dell'ordinamento statunitense occorre fare un breve cenno alla nascita del diritto fallimentare inglese, che costituisce il punto di partenza del diritto fallimentare americano.

In Inghilterra, la prima Legge sul fallimento del 1542 (*An act against such persons as do make bankrupts*)³⁵⁸ e la disciplina che ne scaturì trattava il fallimento come un atto criminale, punito con la prigione o la morte e l'intervento giudiziario non era a tutela *dei* debitori ma a tutela *dai* debitori³⁵⁹.

Tuttavia, proprio in Inghilterra, comparve una significativa novità all'inizio del secolo XVIII, con la promulgazione dello *Statute of Anne* del 1705 (*An act to prevent frauds frequently committed by bankrupts*), successivamente integrato con un provvedimento del 1707, nel quale si riconosceva esplicitamente, per la prima volta, che il fallimento potesse essere anche l'effetto, piuttosto che di frode, di «*unavoidable misfortunes*».

Per la prima volta venne enunciato il concetto di imprenditore onesto ma sfortunato, mediante l'introduzione di un istituto che tanta fortuna ebbe soprattutto nei Paesi anglosassoni: il *discharge of debts*, istituto posto a beneficio di quel debitore che cooperasse positivamente allo svolgimento del procedimento

³⁵⁸ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. II, Chapt. 31, 1765 – 1769.

³⁵⁹ Il successivo *Statuto di Elisabetta I* del 1571 mantenne lo stesso impianto, seppure con qualche moderazione atta a rendere la normativa meno severa.

fallimentare³⁶⁰. Si trattava di una percezione completamente nuova del rapporto fra debitori e creditore³⁶¹.

Ciò che fu realizzato dal *discharge of debts* rappresentò un mutamento radicale nella visione complessiva del fallimento, dal momento che il nuovo istituto avviò una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di intendere il fallimento e nella considerazione delle ricadute dello stesso sul sistema economico e sociale all'interno del quale il *default* dell'imprenditore si verificava.

L'Inghilterra costruisce, quindi, un diritto fallimentare indirizzato prevalentemente nella direzione di un procedimento teso a rendere più semplice e meno gravosa la posizione del debitore³⁶².

Il sistema concorsuale inglese costituì, come detto, il modello per la disciplina attuata nei territori coloniali e per le prime leggi promulgate negli Stati Uniti dopo la proclamazione dell'indipendenza nel 1776: la prima legge federale statunitense sul fallimento è datata 4 aprile 1800.

Inizialmente la strategia normativa americana fu diretta a privilegiare, in via di principio, l'interesse dei creditori ed a guardare con sfavore verso il debitore, come avveniva nel continente europeo.

³⁶⁰ Al debitore veniva garantito un sostegno finanziario tratto dal patrimonio fallimentare, il cui ammontare dipendeva dalla percentuale di crediti che venisse liquidata. La previsione era bilanciata dal fatto che, all'opposto e solo in casi estremi, il creditore non cooperante, colpevole di bancarotta fraudolenta, era punito con la morte: tale previsione era individuata con l'impiego della formula tipica del lessico giuridico inglese, per la quale il criminale «*Shall suffer as a felon, without benefit of clergy*». Sul punto TABB, *History of the Bankruptcy Laws in the United States*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 5, 1995, pp. 5 ss.; A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., p. 24. È evidente il compromesso effettuato dall'ordinamento inglese fra la visione protettiva del debitore, tipica inglese, e la visione afflittiva delle norme fallimentari continentali.

³⁶¹ Era prevista, infatti, la riabilitazione del fallito in relazione a tutti i crediti ammessi al fallimento qualora lo stesso avesse in buona fede adempiuto a tutti gli obblighi previsti dalla legge fallimentare. L'esonero del debitore, onesto ma sfortunato, dai propri oneri finanziari ha rappresentato uno degli scopi principali perseguiti dalle normative fallimentari dei paesi di *common law*, come il Regno Unito, gli Stati Uniti, il Canada, l'Australia e la Nuova Zelanda. Il diritto alla riabilitazione, comunque, non rivestiva carattere assoluto e si perdeva se venivano posti in essere, prima o dopo il fallimento, degli atti passibili di opposizione. Infine, alcune obbligazioni del fallito sopravvivevano alla riabilitazione in ragione di scelte politiche considerate prevalenti, come il dovere di provvedere al mantenimento e di risarcire quando si siano causate lesioni personali e si riscontri la presenza di circostanze aggravanti. Per una disamina più approfondita del tema, S. A. RIESENFELD, *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, cit..

³⁶² A tal proposito, si ricordi l'importante provvedimento del 1842 con il quale venne abolito il consenso dei creditori all'ammissione del debitore al procedimento di *discharge*. Cfr. P. DI MARTINO, *The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences*, in *History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective*, Edited by K. GRATZER and D. STIEFEL, 2008, p. 265; TABB, *History of the Bankruptcy Laws in the United States*, cit., p. 18; A. SCIUMÈ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, cit., p. 27.

Tuttavia, la presenza, anche nell'ordinamento statunitense, dell'istituto del *discharge of the debts and the person of a cooperative debtor* e l'assenza di una norma che prevedesse la pena di morte per i falliti dolosi, fecero sì che la prassi si orientasse ben presto verso soluzioni di forte contenuto pragmatico, che consentissero la definizione, la più tempestiva possibile, del conflitto di interessi fra creditore e debitore al fine di una rapida ripresa della normalità dei traffici.

Il concetto di *business reorganization*, ossia la ristrutturazione ed il recupero dell'impresa come strumento di soluzione della crisi della stessa, fu concepito quale pilastro della disciplina concorsuale³⁶³. Nello specifico, tale concezione nacque nel XIX secolo a seguito della bancarotta del sistema ferroviario, evento che richiese l'intervento del legislatore all'interno di una materia priva di una disciplina specifica.

Furono così promulgati i c.d. *Bankruptcy Acts* del 1867 e del 1898: quest'ultimo pose le fondamenta del moderno diritto fallimentare americano, mediante l'attribuzione di rilevanza giuridica al principio fondamentale del diritto, per il debitore onesto ma sfortunato, della possibilità di ricominciare la propria attività imprenditoriale³⁶⁴. Contestualmente, il *Bankruptcy Act* del 1898 tentò di bilanciare l'interesse del debitore a non vedersi escluso dal mercato con l'interesse dei creditori di ottenere il miglior soddisfacimento possibile: ne derivò la convinzione del legislatore americano, ancora attuale, che un'impresa possiede un valore maggiore per i creditori e per la società se viene risanata anziché liquidata³⁶⁵.

Successivamente, il legislatore intervenne più volte sulla disciplina concorsuale, specie dopo la grande crisi del 1929, sempre con interventi volti a rafforzare le procedure e gli strumenti volti alla salvaguardia dei complessi aziendali³⁶⁶.

La riforma più significativa dell'ordinamento fu compiuta con il *Bankruptcy Act* del 1978 quando il Congresso, in conformità con i principi della Costituzione³⁶⁷,

³⁶³ Così P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fallimento*, 2015, 10, p. 1136.

³⁶⁴ Si tratta del principio secondo cui il debitore "*honest but unfortunate*" ha diritto ad una "*fresh start and a second chance*". Sul punto, si veda AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, *Commission to study the reform of Chapter 11, 2012-2014 Final Report and Recommendations*, p. 8, reperibile al link: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04/abi-commission-to-study-the-reform-of-chapter-11-report/>.

³⁶⁵ Così P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1137.

³⁶⁶ Cfr. P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1137.

³⁶⁷ Il diritto fallimentare americano, infatti, è federale, a differenza del diritto societario che cambia da Stato a Stato. A tal proposito, si veda l'art. 1, § 8, cl. 4, della Costituzione, secondo cui il

emanò il *Bankruptcy Code* (il codice fallimentare statunitense), dedicando un intero capitolo alle *business reorganizations*, previste dal celebre *Chapter 11*³⁶⁸.

Nel corso degli anni il *Bankruptcy Code* ha subito numerose modifiche tra le quali pare opportuno annoverare quella del 2005 che ha introdotto il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*. Mediante tale intervento, il legislatore ha rafforzato il principio secondo cui il debitore onesto ma sfortunato ha il diritto di tentare il risanamento della propria attività economica³⁶⁹ e ha introdotto il *Chapter 15* sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere.

Per concludere, proprio in questo periodo è al vaglio del Consiglio lo studio di una serie di riforme che, se attuate, potrebbero costituire, a detta dei più, la riforma del *Bankruptcy Code* più significativa dal 1978 ad oggi³⁷⁰.

Il *Bankruptcy Code* è articolato in diversi *Chapter*: in conformità con lo scopo del presente lavoro, saranno brevemente esaminate solo procedure di riorganizzazione al fine di comprendere le finalità del sistema fallimentare americano³⁷¹.

congresso possiede il potere di stabilire «uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States». Secondo J. MADISON, *The Federalist No. 42*, reperibile al link: <http://www.constitution.org/fed/federa42.htm>, «The power of establishing uniform laws of bankruptcy is so intimately connected with the regulation of commerce, and will prevent so many frauds where the parties or their property may lie or be removed into different States, that the expediency of it seems not likely to be drawn into question».

³⁶⁸ Per una ricostruzione dettagliata dell'evoluzione storica dell'ordinamento fallimentare americano, si veda W. J. WOODWARD JR., *Insolvency procedures in the U.S.A.*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 354 – 360.

³⁶⁹ Cfr. P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2011, 2, p. 134.

³⁷⁰ Così P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1137. Per il testo della proposta di riforma elaborato dalla commissione per lo studio della riforma del *Chapter 11*, si rimanda al link: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04/abi-commission-to-study-the-reform-of-chapter-11-report/>. Il *Report* di 395 pagine elaborato dalla Commissione, ha osservato principalmente che la struttura finanziaria delle società è notevolmente mutata dal 1978 ad oggi, in quanto le imprese in crisi oggi dipendono maggiormente da finanziamenti garantiti: da ciò consegue che i creditori *secured* hanno più influenza e controllo sulla procedura rispetto al passato. Ne consegue che i creditori chirografari debbano essere maggiormente garantiti, ad esempio eliminando i finanziamenti c.d. *roll up*, ovvero concessi con lo scopo di ottenere il pagamento totale o parziale dei crediti ante procedura. Inoltre la commissione suggerisce di eliminare le ambiguità della legge e la diversità di interpretazioni delle Corti d'Appello, dato che in questa materia raramente interviene la Corte Suprema. Inoltre viene proposta una radicale modifica della disciplina delle vendite in corso di procedura, partendo dall'assunto che sebbene una vendita immediata potrebbe rappresentare un meccanismo rapido ed efficiente per riorganizzare l'impresa, le possibilità di realizzo dei creditori, specie chirografari, potrebbero risultare compromesse. Per un'ampia disamina delle proposte di riforma attualmente in essere, si vedano L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., pp. 1015 – 1016; P. De CESARI – G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea e sugli altri Stati*, in *Fallimento*, 2015, 7, pp. 867 – 868.

³⁷¹ Tra i capitoli più significativi, si ricordano il *Chapter 7*, relativo alla liquidazione dell'impresa, ed il *Chapter 15*, introdotto dalla riforma del 2005 per il coordinamento delle procedure concorsuali

3.2. Chapter 11 e finalità dell'ordinamento. Profili generali

Il *Chapter 11* è una procedura giudiziale diretta a consentire all'imprenditore in difficoltà la ristrutturazione dei debiti e la riorganizzazione dell'attività d'impresa³⁷². La regola generale della procedura è che il debitore rimanga incaricato della gestione dell'impresa: solo in casi eccezionali il giudice può nominare un *trustee* che sostituisce l'imprenditore nella gestione e ciò avviene, in realtà molto di rado³⁷³ e spesso su richiesta dei creditori, allorquando siano riscontrati casi di frode, disonestà, incompetenza, gravi incapacità manageriali e gestionali dell'imprenditore e, in generale, quando la gestione da parte del *trustee* possa condurre ad una migliore soddisfazione delle pretese creditorie³⁷⁴. Il *Chapter 11* non prevede alcuna definizione di insolvenza né richiede che siano rispettati determinati requisiti per l'accesso alla procedura: ne consegue che la *reorganization* possa essere attivata dal debitore, in buona fede, anche prima di uno stato di insolvenza conclamato³⁷⁵.

transfrontaliere. Per la disamina di questi due capitoli, si veda diffusamente P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit..

³⁷² Così P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit., pp. 134 – 135.

³⁷³ Come evidenziato da P. De CESARI – G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea ...*, p. 867, ciò avviene, statisticamente, nel 7% dei casi. Tuttavia, il ruolo del *trustee* spesso risulta eccessivamente invasivo e, per evitare tale evenienza, la recente proposta di riforme suggerisce che i compiti dello stesso vengano determinati in funzione specifica della fattispecie (anche se, come notano gli A. da ultimo citati, «il suggerimento appare più nel senso di un'estensione dell'autonomia [...] che di una riduzione»).

³⁷⁴ Cfr. P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1138. Data l'eccezionalità dello spossessamento, il *Chapter 11* è definito come procedura *debtor-in-possession*. Secondo B. WESSELS – R. DE WEIJS, *Proposed recommendations for the reform of chapter 11 U.S. bankruptcy code*, reperibile al link: <http://bobwessels.nl/wp/wp-content/uploads/2015/04/Wessels-De-Weijs-ABI-PROPOSED-RECOMMENDATIONS-FOR-THE-REFORM-OF-CHAPTER-11.pdf>, la regola del *debtor-in-possessionis* costituisce la scelta migliore per la salvaguardia degli interessi dei creditori, in quanto il management della società conosce l'azienda ed è in possesso delle conoscenze necessarie per individuare le soluzioni migliori. Inoltre, senza spossessamento sono evitati i costi aggiuntivi per stipendiare eventuali figure professionali che sostituiscano il debitore nella gestione dell'impresa: tali costi, infatti, a differenza rispetto a quanto accade nel nostro ordinamento, non sono a carico del debitore bensì a carico degli stessi creditori.

³⁷⁵ Così P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1138; sull'argomento, si veda ID., *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit., p. 135, che comunque evidenzia come banche, istituzioni finanziarie, società di assicurazione e broker finanziari sono esclusi dal *Chapter 11*. In proposito, l'AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, *Commission to study the reform of Chapter 11 ...*, cit., pp. 20 – 21, evidenzia come anche nell'ordinamento americano accade che il debitore non provveda ad accedere tempestivamente alla procedura, per timore delle evidenze pubblicitiche che potrebbero danneggiarlo, con la conseguenza che le imprese rischiano di approdare alla *reorganization* in uno stadio troppo avanzato della crisi. Sul punto, si veda anche W. J. WOODWARD JR., *Insolvency procedures in the U.S.A.*, cit., p. 367.

Per accedere alla procedura, deve essere presentata istanza di ammissione che può essere sia volontaria, ovvero presentata dal debitore, sia involontaria, se presentata dai creditori³⁷⁶. Una volta depositata l'istanza presso la corte competente, il debitore è ammesso a beneficiare di una moratoria delle azioni esecutive individuali di terzi (c.d. *automatic stay*)³⁷⁷.

Dopo aver depositato l'istanza e dopo che siano state concesse le prime autorizzazioni nella c.d. *first-day hearing*³⁷⁸, il debitore predispose il piano di risanamento³⁷⁹ al fine di discuterlo e di negoziarlo con i creditori (c.d. *Plan of Reorganization*). L'approvazione del piano da parte dei creditori è soggetta all'omologazione da parte della corte e chiunque può proporre opposizione.

Per l'omologazione, la Corte verifica che siano stati rispettati tutti gli adempimenti necessari e, in particolare, che (i) il piano sia fattibile, (ii) il debitore sia in buona fede, (iii) siano state rispettate tutte le disposizioni previste dal *Bankruptcy Code* e (iv) il piano sia nel migliore interesse dei creditori (*in the best interest of creditors*) ossia gli stessi ricevano una soddisfazione non minore di quella che avrebbero avuto nel caso di liquidazione ai sensi del *Chapter 7*³⁸⁰.

Per completezza, occorre precisare che la procedura di *Chapter 11* prevede anche altre modalità di gestione della procedura che consentono una più rapida

³⁷⁶ Come nota P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., pp. 1138 – 1139, se la procedura è avviata dai creditori, il debitore mantiene il diritto esclusivo (c.d. *exclusivity period*) di predisporre e presentare il proprio piano al ceto creditorio entro centoventi giorni dall'apertura della procedura (cfr. § 1121, lett. b), *Bankruptcy Code*): la corte può estendere il termine fino ad un massimo di diciotto mesi. Il piano deve poi essere accettato entro centottanta giorni dall'apertura della procedura: anche questo termine può essere esteso fino ad un massimo di venti mesi. I creditori, per poter avviare una *involuntary bankruptcy*, devono rispettare determinati requisiti in termini di dimensioni del credito e di numero dei creditori. Anche il legislatore italiano ha introdotto un meccanismo simile con la miniriforma del 2015, per cui si veda *infra*, cap. III. È opportuno precisare che, qualora la procedura inizi su istanza dei creditori (la c.d. *involuntary petition*), questi devono dimostrare che il debitore era insolvente utilizzando il c.d. “*equitable insolvency test*”, previsto dal *Title 11, Chapter 3, section 303*, lett. h), secondo cui è insolvente «*the debtor is generally not paying such debtor's debts as such debts become due*». Quindi, non è previsto il requisito dell'insolvenza solo quando la procedura viene instaurata dal debitore stesso.

³⁷⁷ Così P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit., p. 135. Sulla portata dell' *automatic stay* e delle limitazioni previste, si vedano, in particolare, D. G. BAIRD, *Elements of Bankruptcy*, New York, 2006, pp. 207 ss.; M. ONZA, *Liquidation e Reorganization*, in V. DE SENSI, *La ristrutturazione della impresa in crisi. Una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, Roma, 2006, pp. 90 ss..

³⁷⁸ Ci riferiamo, tra le altre, all'autorizzazione al pagamento dei dipendenti ed all'autorizzazione per l'accesso alla nuova finanza che permetta di soddisfare i costi necessari per la procedura nonché per la continuazione dell'attività. Sul punto, cfr. P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit., pp. 135 – 136.

³⁷⁹ Si ricordi, tuttavia, che anche i creditori possono iniziare la procedura e quindi proporre loro per primi un piano di risanamento.

³⁸⁰ Il legislatore italiano, nel prevedere il concordato con continuità aziendale, sembra essersi ispirato a tale previsione. Sull'istituto, v. *infra*, cap. III.

emersione della crisi ed un contenimento della durata (e dei costi) della procedura di riorganizzazione, quale ad esempio la *section 363 del Bankruptcy Code* che prevede una disciplina specifica per vendite per ragioni di urgenza (c.d. *expedited sales*)³⁸¹. Nella prassi si ricorre spesso anche ai c.d. *prepackaged plan of reorganization*³⁸² nei quali, in buona sostanza, il debitore prima negozia e conclude un piano con i creditori e solo successivamente deposita l'istanza per accedere alla procedura di *Chapter 11*³⁸³ la quale, dunque, pur seguendo le regole ordinarie, si svolge in maniera molto più rapida e meno costosa

Dalla breve indagine svolta è possibile constatare che i processi di *business reorganization* americani da un lato sono caratterizzati dal ruolo pregnante delle *bankruptcy courts* le quali, oltre ad omologare il *plan of reorganization*, svolgono una funzione fondamentale anche in sede di apertura della procedura, quando sono chiamate a pronunciarsi sulla concessione delle autorizzazioni richieste dal debitore durante la *first-day hearing*: dall'altro, si assiste ad un ampio coinvolgimento e ad un'attiva partecipazione di tutti i soggetti interessati dalla procedura (si pensi al potere dei creditori di dare avvio alla procedura di ristrutturazione e anche di presentare piani concorrenti a determinate condizioni)³⁸⁴.

I principi che dominano l'ordinamento concorsuale americano consistono nella conservazione dell'impresa (il più delle volte nelle mani dello stesso debitore)

³⁸¹ La procedura consente al debitore o, ove nominato, al *trustee*, di vendere gli *asset* della società o l'azienda nel suo complesso nel corso della procedura di *Chapter 11* ma senza che sia stato depositato il piano di risanamento. Sul punto cfr. P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1139. Proprio in relazione a tale evenienza, è intervenuta la proposta di riforma del 2014, per la quale cfr. P. De CESARI – G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea ...*, pp. 867 – 868.

³⁸² La procedura consiste nella predisposizione, da parte del debitore, di un piano di riorganizzazione che viene sottoposto alla votazione dei creditori prima dell'istanza di ammissione al *Chapter 11*: al momento della presentazione dell'istanza per quest'ultima, il debitore depositerà contestualmente il piano di risanamento già approvato dai creditori. La *bankruptcy court* deve valutare ed eventualmente omologare il piano con le stesse modalità e criteri previsti per le procedure di *Chapter 11*. Qualora il debitore dovesse subire un'istanza di *Chapter 11* mentre sta conducendo le negoziazioni con i creditori, potrà proseguire tali attività anche a procedura avviata (ciò al fine di proteggere il debitore da eventuali azioni dei creditori volte esclusivamente ad ostacolare la procedura di riorganizzazione). Sul punto, si veda P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit., p. 136, il quale, alla nota 34, riporta Trib. Milano, 15.10.2009, in *Fallimento*, 2010, p. 195, nella quale i giudici hanno subordinato la dichiarazione di fallimento al completamento di una procedura di accordi di ristrutturazione dei debiti, sebbene nel nostro ordinamento non sussista alcuna norma che disponga in tal senso. Sul punto, l'A. richiama M. FABIANI, «Competizione» fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, in *Fallimento*, 2010, p. 206.

³⁸³ P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti ...*, cit., p. 135, nota 32, evidenzia come nel sistema americano manchi del tutto «una procedura stragiudiziale codificata per la soluzione delle crisi di impresa».

³⁸⁴ Cfr. P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1137.

o alla sua cessione a terzi in attività³⁸⁵, attraverso un piano negoziato con i creditori ed omologato dal tribunale ove, principalmente, non rechi pregiudizio al ceto creditorio³⁸⁶. Il tutto nell'ottica che al debitore onesto ma sfortunato debba essere concessa una seconda opportunità e che l'insuccesso non costituisce un elemento di disonore o un marchio d'infamia, facendo piuttosto parte del rischio d'impresa³⁸⁷.

L'ordinamento americano, volto dunque alla salvaguardia dell'impresa e dei valori culturali e sociali ad essa sottesi con l'obiettivo di evitare ove possibile il fallimento, ha elaborato principi e valori che adesso costituiscono patrimonio comune di numerosi Paesi, tra cui quelli europei i quali e sono alla base delle riforme intervenute e delle proposte di riforma in corso³⁸⁸.

³⁸⁵ Come è stato notato da P. De CESARI – G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione ...*, p. 867, molto spesso il *Chapter 11* è stato utilizzato, anziché per risanare l'impresa, proprio per liquidarla senza le lungaggini della procedura fallimentare prevista dal *Chapter 7*, con la conseguente assenza delle garanzie per i creditori previsti da quest'ultima procedura. A tal proposito, la Commissione di riforma del diritto fallimentare americano, ha proposto che tali vendite, ove avvengano nelle more di una procedura di *Chapter 11* ma riguardino tutto il patrimonio del debitore, devono essere autorizzate dalla Corte e devono avvenire nel rispetto dei diritti dei creditori, in sostanza come se si trattasse di una procedura fallimentare a tutti gli effetti.

³⁸⁶ V. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1015.

³⁸⁷ Sono principi che si avvicinano molto all'elaborazione compiuta dall'ordinamento veneziano in epoca statutaria, elaborazione che, tuttavia, è rimasta un *unicum* all'interno dell'esperienza dell'Europa continentale: sul punto, si veda *supra*, cap. I.

³⁸⁸ Cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa ...*, cit., p. 1016; P. MANGANELLI, *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione ...*, cit., p. 1137. Con riferimento al nostro ordinamento, molti autori hanno sostenuto che, specie nella previsione di un concordato preventivo c.d. in bianco, il legislatore si è dichiaratamente ispirato all'istituto dell'*automatic stay* del *Chapter 11*: in tal senso, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, si veda E. MARINUCCI, *La domanda di concordato preventivo dopo il «decreto sviluppo»: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 2, p. 432.

CAPITOLO III

LA CONTINUITÀ AZIENDALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

SOMMARIO: 1. Il concordato preventivo: procedimento e nozioni basilari. – 1.1. La natura del concordato preventivo. – 1.2. Le fasi del procedimento. – 1.3. Il concordato in bianco. – 2. Il concordato preventivo come strumento di risanamento. – 3. Il concordato con continuità aziendale. – 3.1. Le origini. – 3.2. Un nuovo istituto? – 3.3. Le finalità. – 3.4. La continuità aziendale nel concordato preventivo. – 3.4.1. Le modalità di continuazione dell'attività previste dall'art. 186-bis. – 3.4.2. Le operazioni straordinarie. – 3.4.3. L'affitto d'azienda. – 3.5. Le cautele: le peculiarità del piano concordatario con continuità. – 3.6. Le agevolazioni. – 3.6.1. La moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio. – 3.6.2. La continuità contrattuale. – 3.6.3. La partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici. – 3.7. La fase di esecuzione. – 3.8. Compatibilità con il concordato in bianco. – 4. I finanziamenti all'impresa in concordato. – 4.1. I finanziamenti ponte. – 4.2. I finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo. – 4.3. I finanziamenti interinali. – 5. Analisi di un caso di concordato con continuità aziendale. – 5.1. La vicenda. – 5.2. Le cause della crisi. – 5.3. Il piano e la proposta ai creditori. – 5.4. Il decreto di ammissione. – 5.5. L'omologa della procedura. – 5.6. Riflessioni conclusive.

1. IL CONCORDATO PREVENTIVO: PROCEDIMENTO E NOZIONI BASILARI

1.1. *La natura del concordato preventivo*

La natura giuridica del concordato ha da sempre costituito un problema notevolmente dibattuto ed ancora non risolto in modo definitivo, anche a causa dei continui interventi del legislatore³⁸⁹.

Dopo la riforma del 2005, la dottrina si uniformò nel senso di attribuire natura negoziale ai concordati, considerando l'istituto concordatario alla stregua di un contratto, in ragione della sua essenza che risiede nell'accordo tra debitore e creditore³⁹⁰. Tale assunto si fondava sulle premesse da cui partiva l'intervento legislativo, ovvero l'arretramento del potere giurisdizionale e l'intenzione di favorire le soluzioni negoziate della crisi d'impresa.

Anche la giurisprudenza di legittimità seguì questa strada.

³⁸⁹ Secondo F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in L. GHIA - C. PICCININI - F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011, p. 217, il problema della natura giuridica del concordato preventivo è stato ritenuto di inutile utilità pratica. Tuttavia, a parere di chi scrive, l'indagine sulla natura dell'istituto, sebbene non possa condurre a risposte definitive, consente di comprendere in quale direzione si è mosso il legislatore e perché lo stesso ha compiuto determinate decisioni.

³⁹⁰ Cfr. G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 2008, p. 1047 ss.; G. P. MACAGNO, *Natura giuridica della liquidazione nel concordato preventivo*, nota a Cass. 18.02.2009, n. 3903, in *Fallimento*, 2010, 5.

Con una prima pronuncia, la Corte di Cassazione³⁹¹ negò la sindacabilità da parte del tribunale della fattibilità in fase di ammissione del piano concordatario, attribuendo rilevanza esclusiva al consenso dei creditori³⁹². Poco dopo la Suprema Corte confermò il proprio orientamento stabilendo che il tribunale non possiede alcun potere di sindacare la fattibilità del concordato nemmeno in sede di riesame della proposta *ex art. 173 L. Fall.* in quanto «l'apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale non è destinato al giudice, ma alla platea dei creditori»³⁹³.

Successivamente, la Corte mutò il proprio indirizzo.

Se fino a quel momento il concordato preventivo era assimilato al contratto, la Cassazione Civile, con sentenza del 15 settembre 2011, n. 18864³⁹⁴, stabilì che tra il concordato preventivo ed il contratto esiste una «differenza ontologica»: infatti, il contratto produce effetti nei confronti dei soli soggetti che abbiano prestato il proprio consenso mentre l'istituto concordatario ha effetti nei confronti di tutti i creditori, anche con riguardo a coloro i quali si siano mostrati assenti e/o dissenzienti, con la conseguenza che anche a questi ultimi è impedita ogni forma di azione esecutiva individuale³⁹⁵.

Questo sembra l'orientamento maggiormente condivisibile. Infatti, come è stato notato in dottrina³⁹⁶, la disciplina dettata dalla Legge Fallimentare in materia di concordato non prevede che il debitore possa rivolgersi direttamente ai creditori: egli deve presentare un'istanza al tribunale con cui chiede l'ammissione al procedimento, successivamente deve ottenere l'assenso dei creditori sulla proposta formulata e infine interviene nuovamente il tribunale con il decreto di omologa.

³⁹¹ Cass. Civ., 25.10.2010, n. 21860, commentata da S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo. La cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, reperibile al link: http://www.ilfallimentarista.it/sites/default/files/uploads/pdf/Giani%20PUBBL._0.pdf.

³⁹² Secondo S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo ...*, *op. cit.*, p. 2, il punto maggiormente critico della pronuncia consiste nell'aver stabilito un parallelismo fra la fattibilità del piano e la convenienza dei creditori, concetti che invece, anche sul piano economico, appaiono separati e distinti.

³⁹³ Così Cass. Civ., 23.06.2011, n. 13817, commentata da S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo*, *op. cit.*.

³⁹⁴ Sempre commentata da S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo*, *op. cit.*.

³⁹⁵ In questi termini S. GIANI, *Orientamenti (e disorientamenti) della cassazione in tema di concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 4.

³⁹⁶ Si vedano in proposito le opinioni espresse da G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fallimento*, 5, 2013, pp. 526 ss.; A. M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fallimento*, 2007, pp. 1267 ss.; N. NISIVOCCHIA, *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, nota a Cass. Civ., 15.07.2011, n. 15699, in *Fallimento*, 2011, pp. 1294 ss..

Anche successivamente all'omologa il tribunale riveste un ruolo fondamentale affinché l'esecuzione del concordato sia in linea con quanto stabilito nel piano approvato³⁹⁷.

Dunque, oggi, nonostante la sempre più accentuata autonomia negoziale che caratterizza l'istituto del concordato preventivo, non si può parlare di assimilazione dell'istituto alla fattispecie del contratto.

Tanto nel concordato con continuità³⁹⁸, quanto nel concordato senza continuità³⁹⁹, le recenti riforme e le proposte di riforma evidenziano l'esigenza di un bilanciamento dell'autonomia privata con il controllo del tribunale, al fine di assicurare che la procedura sia connotata da una sufficiente trasparenza per i creditori e per i terzi che non intervengono nella stessa.

1.2. Le fasi del procedimento

Al fine di comprendere la struttura della procedura di concordato preventivo, è necessario illustrarne brevemente le diverse fasi.

La proposta di concordato deve provenire dall'imprenditore, fallibile, che si trovi in stato di crisi – che come chiarito comprende anche quello di insolvenza – e può avere contenuto tanto liquidatorio, quanto conservativo⁴⁰⁰.

³⁹⁷ In particolare nell'ipotesi di concordato con continuità.

³⁹⁸ Si veda, ad esempio, il ruolo fondamentale svolto dal tribunale di cui si parlerà *infra*.

³⁹⁹ Si vuole fare riferimento alla reintroduzione del soddisfacimento della percentuale minima del 20% del credito chirografario, nonché all'eliminazione dell'istituto del silenzio – assenso in sede di approvazione del piano concordatario (previsione che, tuttavia, vale anche per l'ipotesi di concordato con continuità aziendale). Tali previsioni comprimono in misura rilevante la libera iniziativa del debitore.

⁴⁰⁰ La riforma del 2005, come accennato *supra*, cap. I, ha accentuato i connotati negoziali del concordato preventivo che ora si configura come una proposta negoziale rivolta alla collettività dei creditori. In questo senso, si veda P. CATALLOZZI, *Il «classamento obbligatorio» nei concordati*, in *Fallimento*, 2010, 7, pp. 778 – 779. Secondo l'A. una delle maggiori novità della riforma risiede nella possibilità di suddividere i creditori in classi, possibilità che, oltre a consentire al debitore di formulare di una proposta secondo modalità meno onerose (in quanto la stessa non deve essere identica per tutti i creditori), permette anche di constatare che i creditori siano portatori di interessi specifici, necessari di un trattamento diversificato. La possibilità di suddividere i creditori in classi deve avvenire nel rispetto del criterio dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici: cfr. art. 160, comma I, lett. c), L. Fall., nonché Cass. Civ., 04.02.2009, n. 2706, in *Fallimento*, 2009, pp. 789 ss., con nota di L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*. Secondo D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 919 ss., la formazione delle classi è uno strumento diretto a superare il comportamento opportunistico di alcuni creditori. In senso critico nei confronti dell'istituto, si veda M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparativa)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pp. 575 ss., secondo cui con le nuove previsioni rischiano di essere lesi gli interessi dei creditori «apatici o meno informati». In senso sostanzialmente analogo, cfr. A. M. AZZARO, *Abuso della facoltà di «classamento» nel concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2012, 11, pp. 1382 ss.. Sul tema, in generale, si vedano anche G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel*

Sulla domanda di concordato deve pronunciarsi il tribunale, il quale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione prevista *ex art.* 161, L. Fall., dichiara aperta la procedura con decreto non soggetto a reclamo.

Qualora la documentazione risulti incompleta, il tribunale, ai sensi dell'art. 162, comma I, L. Fall., può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per integrare il piano e produrre nuovi documenti. Se il debitore non provvede, il Tribunale, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara inammissibile la proposta di concordato (art. 162, comma II, L. Fall.)⁴⁰¹.

Con il decreto di apertura della procedura, il tribunale ordina la convocazione dei creditori e nomina il commissario giudiziale e il giudice delegato. Il decreto di apertura, ai sensi dell'art. 166, L. Fall., è pubblicato a cura del cancelliere⁴⁰²; il tribunale può disporre la pubblicazione in uno o più giornali da esso indicati.

A partire dal 2015, i creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore ai sensi dell'art. 161, comma II, lett. a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori (art. 163, comma IV, L. Fall.⁴⁰³). Ai sensi dell'art. 163-*bis*, comma I, L. Fall.⁴⁰⁴, quando il piano di concordato comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento, in suo favore, dietro pagamento (o comunque a titolo oneroso) dell'azienda o di più rami della stessa, il tribunale è tenuto ad aprire un procedimento competitivo volto alla ricerca di altri interessati all'acquisto. L'art. 163-*bis*, commi II, III, IV e V, detta la disciplina relativa a tali offerte⁴⁰⁵.

concordato preventivo, in *Fallimento*, 2010, 4, pp. 385 ss.; A. C. MAROLLO, *Le classi di creditori nel concordato preventivo alla luce del D.LGS. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Fallimento*, 2008, 12, pp. 1460 ss..

⁴⁰¹ Su istanza del creditore, o su richiesta del pubblico ministero, ove ricorrano i presupposti indicati dagli artt. 1 e 5, L. Fall., il tribunale dichiara il fallimento del debitore. Il provvedimento è reclamabile ai sensi dell'art. 18, L. Fall. (art. 162, comma III).

⁴⁰² Il decreto deve essere notificato al debitore ed al commissario giudiziale e viene inoltre annotato presso l'ufficio del registro delle imprese, cui viene trasmesso anche per via telematica.

⁴⁰³ Il comma è stato aggiunto dal recente D.L. 27.06.2015, convertito con modificazioni in L. 06.08.2015, n. 132.

⁴⁰⁴ Anche questa previsione è stata introdotta dal D.L. 27.06.2015, convertito con modificazioni in L. 06.08.2015, n. 132.

⁴⁰⁵ Sul tema delle offerte e domande concorrenti, si veda diffusamente G. M. NONNO, *Offerte e proposte concorrenti alla luce della l. n. 132/2015, di conversione del D.L. Giustizia*, in *Pluris*, 14.09.2015. Secondo P. D. BELTRAMI, *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in www.ilcaso.it, 02.03.2016, il rischio per il debitore «di doversi confrontare con

In sede di adunanza dei creditori, che si svolge davanti al giudice delegato, si procede all'approvazione del concordato.

Il concordato viene approvato se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Se sono previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza si verifica nel maggior numero di classi. Quando sono votate più proposte di concordato, viene approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra le proposte dei creditori, prevale quella presentata per prima (art. 177, comma I, L. Fall.).

All'adunanza dei creditori, qualora venga approvata una delle proposte presentate, segue l'omologazione del concordato con decreto motivato, previo giudizio di fattibilità da parte del tribunale⁴⁰⁶. Tale provvedimento (ed anche quello che eventualmente respinga il concordato) è appellabile.

Il concordato può essere risolto o annullato ai sensi dell'art. 186, L. Fall., quando il debitore non adempia le obbligazioni assunte nel concordato. Ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato, qualora l'inadempimento non abbia scarsa importanza. Il ricorso per la risoluzione, ai sensi dell'art. 186,

proposte concorrenti potrebbe finire per disincentivare il ricorso [...] al concordato preventivo». Inoltre, secondo l'A., i creditori hanno a disposizione un lasso temporale troppo breve e la formulazione delle proposte necessita l'ausilio di un operatore specializzato: la procedura risulta quindi estremamente onerosa e finisce per indirizzarsi «solo agli enti finanziari o [agli] operatori con funzioni interne specializzate» i quali possono sopportarne i relativi costi.

⁴⁰⁶ La questione relativa al giudizio di fattibilità del concordato da parte del tribunale è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina: in proposito, cfr. nota 445. A seguito della celebre sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1521/2013 è ormai pacifico che la valutazione della convenienza economica della proposta concordataria spetti a creditori, in quanto diretti interessati. Tuttavia, come nota F. DE SANTIS, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Le Società*, 2013, 4, pp. 445 – 446, le Sezioni Unite hanno precisato che «il legislatore delle riforme fallimentari, pur valorizzando l'elemento privatistico del concordato preventivo, non ne ha cancellato tutti gli aspetti di carattere pubblicistico». Spetta, infatti, al tribunale la verifica circa la fattibilità giuridica del concordato nonché la sorveglianza sul fatto che le valutazioni dei creditori siano state espresse correttamente e che gli stessi siano stati adeguatamente informati su ogni aspetto attinente alla procedura. Secondo l'A. «il sindacato giudiziale al quale alludono le sezioni unite è qualcosa di più del mero controllo giuridico della legittimità sostanziale della proposta, se incidente su un possibile vizio “genetico” della sua causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, e traducibile in una sorta di nullità negoziale per impossibilità dell'oggetto». In tal senso, l'A. richiama anche quanto espresso da Cass. Civ., 12.02.2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, p. 39. Secondo M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, pp. 156 ss., invece, «la fattibilità non è un giudizio che compete al tribunale» salvo nel caso in cui attenga alla riconoscibilità della relazione dell'attestatore. Sul tema del giudizio di fattibilità del concordato a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, si veda anche, fra gli altri, I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: il richiamo della «causa concreta»*, come funzione economico-individuale del concordato, in *Fallimento*, 2013, pp. 286 ss..

comma III, deve essere proposto entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.

In ogni caso, il decreto di ammissione al concordato può essere revocato qualora il commissario giudiziale accerti che il debitore abbia posto in essere atti di frode, facendo venire meno la fiducia in lui riposta⁴⁰⁷. All'esito del procedimento il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, qualora ricorrano i presupposti ai sensi degli artt. 1 e 5, L. Fall., dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza⁴⁰⁸.

In tema di concordato con continuità aziendale, il decreto di ammissione alla procedura può essere revocato, oltre che nelle ipotesi previste dall'art. 173 L. Fall., qualora l'esercizio dell'attività d'impresa cessi o risulti manifestamente dannoso per i creditori; resta salva la possibilità per il debitore di modificare la propria proposta (art. 186-*bis*, ult. co., L. Fall.).

1.3. Il concordato in bianco

Nell'ottica di favorire l'emersione anticipata della crisi dell'impresa e di salvaguardare, ove possibile, la continuità aziendale, il legislatore, con la L. 07.08.2012, n. 134, ha introdotto gli attuali commi VI e VII dell'art. 161, L. Fall. che disciplinano il c.d. concordato in bianco o con riserva.

In virtù di tale innovazione, il debitore può presentare il ricorso contenente la domanda di concordato preventivo, unitamente ai bilanci degli ultimi tre esercizi e dell'elenco nominativo dei creditori e dei relativi crediti, riservandosi di depositare la proposta, il piano e la documentazione di cui all'art. 161, commi II e III, nel termine fissato dal tribunale, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, per giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Nello specifico, l'art. 173, comma I, L. Fall., prevede che «il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. [...]».

⁴⁰⁸ Cfr. art. 173, comma II. Il comma III del medesimo articolo dispone che «le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato».

⁴⁰⁹ Come nota S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Giappichelli, 2014, p. 77, il tribunale «è tenuto a fissare il termine per il deposito della documentazione prescritta, senza poter effettuare alcuna valutazione discrezionale circa la concessione del beneficio». Il termine per

Come evidenziato dalla giurisprudenza di merito⁴¹⁰, il tribunale, al momento della presentazione del ricorso, deve verificare la concreta sussistenza dei presupposti necessari. In particolare, dovrà accertare (i) l'avvenuto deposito dei bilanci e dell'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti; (ii) la mancata presentazione di una domanda analoga nei precedenti due anni; (iii) la propria competenza territoriale⁴¹¹; (iv) la legittimazione attiva del debitore istante; (v) la qualifica di imprenditore commerciale fallibile in capo al proponente.

Superato il vaglio di ammissibilità del ricorso, il tribunale, come detto, fissa i termini per il deposito del piano e della proposta⁴¹².

Mediante la presentazione della domanda di concordato in bianco, il debitore ottiene un'anticipazione degli effetti protettivi del patrimonio, con la conseguenza che è impedita l'aggressione individuale da parte dei creditori anche senza il deposito di un piano completo di concordato: l'istituto è stato introdotto al fine, da un lato, di incentivare l'imprenditore a denunciare tempestivamente il proprio stato di crisi, dall'altro, di agevolare la conservazione della continuità aziendale⁴¹³.

La semplicità della procedura diede origine ad un vero e proprio *boom* dei concordati con riserva, spesso utilizzati anche solo per ritardare la dichiarazione di fallimento in quanto proposti da imprese in avanzato stato di insolvenza⁴¹⁴, rendendo necessario un ulteriore intervento del legislatore a nemmeno un anno dall'introduzione dell'istituto⁴¹⁵.

il deposito della proposta decorre dal giorno in cui è stato assegnato e non dal giorno di iscrizione del decreto nel registro delle imprese in quanto non vi è alcun riferimento normativo che induca a ritenere il contrario, in considerazione anche del fatto che l'iscrizione nel registro delle imprese ha il solo scopo di rendere pubblico il provvedimento. In questo senso, si veda G. LO CASCIO, *Commento sub. art. 161*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2015, p. 1874. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 15.02.2013, in *Fallimento*, 2013, p. 498. In senso contrario, ovvero che il termine decorre dalla data di pubblicazione del ricorso, Trib. Perugia, 04.10.2012 e Trib. Palermo, 02.10.2012, in *Fallimento*, 2013, con nota di P. VELLA, p. 80.

⁴¹⁰ Cfr., *ex multis*, Trib. Bolzano, 25.11.2012, in www.ilfallimentarista.it, 2013.

⁴¹¹ Ai sensi degli artt. 9 e 161, L. Fall..

⁴¹² Per la concessione del termine prolungato di non oltre 60 giorni, è necessaria apposita istanza, adeguatamente motivata, da parte del debitore.

⁴¹³ Cfr. C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015, p. 398.

⁴¹⁴ Sul tema, si veda diffusamente A. PENTA, *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Fallimento*, 2014, 1, pp. 99 ss.. Secondo M. AIELLO, *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. It.*, 2014, pp. 12 – 13, l'istituto del concordato in bianco inizialmente rischiò di tradursi «più che in un proficuo stimolo alla tempestiva adozione dello strumento più acconcio a supportare il *turnaround*, nella mera dilatazione della durata della procedura».

⁴¹⁵ Sulle problematiche dell'istituto prima dell'intervento correttivo del 2013, ed in particolare sui timori connessi ad un uso opportunistico del concordato con riserva, si veda, in particolare, F. LAMANNA, *Il Decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*,

Il c.d. *Decreto del Fare*⁴¹⁶ ha introdotto la possibilità, per il tribunale, di nominare, mediante il decreto con cui assegna al debitore il termine per presentare la documentazione prescritta, il commissario giudiziale anche per questa fase c.d. precocordataria, al fine di realizzare un controllo sulla gestione economico – finanziaria dell’impresa e di valutare, sin dall’inizio, la serietà e la sostenibilità dell’idea di definizione della crisi⁴¹⁷. Si ritiene che sembra preferibile limitare la nomina di tale figura solo alle ipotesi in cui questa sia realmente necessaria⁴¹⁸, al fine di non procurare un aggravio di costi ingiustificato, in considerazione del fatto che, anche per l’attività svolta nella fase precocordataria, il commissario ha diritto ad un compenso⁴¹⁹.

Il concordato con riserva, infine, pone alcuni problemi di compatibilità con altre disposizioni della Legge Fallimentare quali, ad esempio, quella sul concordato con continuità aziendale e quella sulla c.d. nuova finanza interinale. Di questi e altri problemi di compatibilità si tratterà quando saranno analizzati i singoli istituti.

La Commissione Rordorf, nella proposta di riforma organica del diritto fallimentare 2015 – 2016, ha previsto l’introduzione di adeguati sistemi di allerta e composizione della crisi mediante l’ausilio anche di un apposito organo, al fine di anticipare l’emersione della crisi. Qualora la previsione dovesse essere confermata in sede di stesura della legge, e qualora tali strumenti svolgessero la funzione loro attribuita, il concordato con riserva perderebbe grandissima parte della rilevanza che ha assunto sin dalla sua introduzione, in quanto strumento di anticipazione degli effetti del concordato preventivo.

in www.ilfallimentarista.it, 2013. In giurisprudenza, cfr. App. Milano, 21.02.2013, in www.ilcaso.it, 2013; App. Torino, 21.05.2013, in www.ilcaso.it, 2013.

⁴¹⁶ D. L. 21.06.2013, n. 69, convertito in L. 09.08.2013, n. 98.

⁴¹⁷ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 79; M. VITIELLO, *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico – sistematiche della mini-riforma*, in www.ilfallimentarista.it, 21.06.2013.

⁴¹⁸ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 79 che, in nota, richiama M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, p. 94, il quale sostiene che la nomina è opportuna nel caso di «procedure particolarmente complesse, nelle quali il tribunale ha effettivamente l’esigenza di avvalersi di un terzo esperto che vigili attentamente sul debitore e sull’attività da questi posta in essere».

⁴¹⁹ Il commissario è tenuto a vigilare sulla procedura e, in particolare, sul compimento, da parte del debitore, di atti fraudolenti o non autorizzati, con il relativo obbligo di riferire al tribunale in caso di compimento di tali atti. Inoltre, il commissario rende il proprio parere sull’eventuale richiesta di autorizzazione, da parte del debitore, al compimento di atti di straordinaria amministrazione, oltre che sulle attività che il debitore o suoi consulenti pongano in essere al fine della predisposizione del piano e della proposta. Per approfondire, si rimanda a S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 80 ss..

2. IL CONCORDATO PREVENTIVO COME STRUMENTO DI RISANAMENTO.

Il concordato preventivo non ha sempre avuto chiare finalità conservative del valore aziendale, privilegiando piuttosto, per la soddisfazione degli interessi dei creditori, l'opzione liquidatoria.

A partire dalla riforma del 2005, il concordato ha assunto sempre più importanza, tanto da essere indicato quale pilastro del nuovo edificio del diritto fallimentare⁴²⁰. Con la riforma del 2005, infatti, oltre ad entrare nel nostro ordinamento figure quali i piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, scompare l'amministrazione controllata e le relative disposizioni confluiscono nel concordato preventivo. Anche nel nostro ordinamento, sulla scia degli altri Paesi Occidentali, vengono dunque introdotte, valorizzate ed incentivate le soluzioni negoziate alla crisi di impresa.

In un tale contesto, il concordato preventivo assume un ruolo centrale: non più strumento esclusivamente liquidatorio ma anche meccanismo per salvaguardare i valori aziendali, con l'obiettivo di essere utilizzato, ove possibile, per evitare il fallimento, cercando garantire la continuità aziendale dell'impresa in crisi.

Tuttavia anche prima del 2005 gli studiosi e gli operatori della materia si erano interrogati circa la natura e le finalità dell'istituto concordatario, riscontrando alcune difficoltà nel caratterizzare lo strumento come esclusivamente liquidatorio oppure, al contrario, anche conservativo dell'impresa⁴²¹.

Non solo gli studiosi ma anche i giudici avevano ipotizzato una funzione conservativa delle procedure concorsuali e, in particolare, del concordato preventivo.

Dapprima la Corte di Cassazione prese in considerazione l'idea che l'ordinamento fallimentare non dovesse essere considerato in termini meramente liquidatori, in quanto, sulla scia degli altri Paesi occidentali, occorreva prendere in considerazione anche la circostanza di provare a salvaguardare, ove possibile,

⁴²⁰ Ciò è dimostrato anche dalla mole di ricorsi per l'accesso alla procedura di concordato preventivo che si è verificata a seguito della riforma del 2005. Le risultanze empiriche dimostrano che prima del 2005 venivano aperti circa 80 concordati per trimestre mentre dopo le riforme del 2005 – 2007 si è passati ad oltre 200 concordati preventivi per trimestre. Cfr. AA. VV., *Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, n. 316, marzo 2016.

⁴²¹ Si vedano, ad esempio, le riflessioni di G. LO CASCIO, *L'esercizio dell'impresa nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1999, pp. 725 ss..

l'organizzazione imprenditoriale, al fine di assicurarne la sopravvivenza nell'interesse della collettività⁴²².

Successivamente intervenne la Corte Costituzionale affermando il principio secondo il quale gli interessi creditori e gli interessi sociali ed occupazionali dovevano essere bilanciati, in virtù della logica che le procedure concorsuali potessero anche garantire la continuazione dell'attività di impresa⁴²³.

Tuttavia, nonostante gli interventi della giurisprudenza, l'ordinamento fallimentare italiano rimaneva connotato da un'ottica meramente liquidatoria e l'istituto del concordato preventivo era concepito come essenzialmente alternativo al fallimento. Ipotesi di continuazione dell'attività d'impresa potevano riscontrarsi nel concordato con garanzia, esclusivamente però fino al momento dell'omologazione e solo nel caso in cui tale circostanza risultasse utile per il garante o per i soci del debitore; oppure la continuità aziendale dell'impresa poteva essere presa in considerazione nel concordato con cessione dei beni a terzi, anche se la Cassazione era concorde nell'affermare che la vendita dell'azienda non potesse avvenire prima dell'omologazione⁴²⁴. Ancora, la prosecuzione dell'attività poteva verificarsi in caso di affitto di azienda, quando il contratto era il preludio di una successiva cessione dell'impresa a terzi⁴²⁵. Si trattava, a ben vedere, di ipotesi marginali e sottoposte ad una serie stringente di condizioni che rendevano difficilmente ipotizzabile l'effettiva continuazione dell'attività prediligendo, di fatto, la liquidazione dei complessi produttivi.

La gestione convenzionale della crisi, finalizzata alla conservazione dell'azienda, si basava essenzialmente su accordi privatistici, non disciplinati dall'ordinamento, fra debitore e creditori, mediante i quali venivano definiti i piani di ristrutturazione del debito. Tali accordi, tuttavia, non erano utilizzati quasi mai, soprattutto per gli inconvenienti in cui poteva incorrere il creditore all'esito di

⁴²² Cfr. Cass. Civ., 28.11.1990, n. 11145, in *Fallimento*, 1991, p. 562. Tuttavia l'orientamento della Suprema Corte non era univoco: si guardi, per esempio, a Cass. Civ., 12.7.1991, n. 7790, in *Fallimento*, 1991, p. 1248, secondo la quale la salvaguardia dell'impresa in concordato preventivo non può mai sovrapporsi all'interesse dei creditori.

⁴²³ In questi termini si era espressa Corte Cost., 9.3.1991, n. 218, in *Fallimento*, 1991, p. 1117.

⁴²⁴ Si vedano, in particolare, Cass. Civ., 17.1.1985, n. 64, in *Fallimento*, 1985, p. 638, nonché Cass. Civ., 9.7.1968, n. 2354, in *Dir. Fall.*, 1968, II, p. 948.

⁴²⁵ Cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fallimento*, 2012, 2, pp. 137 – 138.

un'eventuale e successiva dichiarazione di fallimento (inconvenienti quali le azioni revocatorie oppure le contestazioni circa il ricorso abusivo al credito)⁴²⁶.

La svolta, come anticipato, avvenne con la riforma del 2005, che diede avvio ad una serie di interventi posti in essere da parte del nostro legislatore aventi il fine primario di evitare la liquidazione fallimentare, conservando, se e per quanto possibile, il valore dei complessi produttivi e tutelando, in ogni caso, le ragioni dei creditori in misura maggiore rispetto al fallimento⁴²⁷. Con tale riforma, come visto nel capitolo precedente, il concordato subì importanti modifiche.

Orbene la conservazione dei complessi produttivi ed il conseguente risanamento dell'impresa continuava a non essere l'obiettivo principale del nuovo concordato⁴²⁸ in quanto l'unico elemento essenziale era quello della soddisfazione dei crediti e della ristrutturazione dei debiti. Infatti, come è stato recentemente notato, l'assenza di prospettive risanatorie non precludeva affatto (e non lo preclude nemmeno oggi) l'accesso al concordato in quanto la tutela del valore dei complessi aziendali attiene esclusivamente al piano, in funzione strumentale e di servizio della proposta che è indirizzata ai creditori e pertanto diretta alla migliore soddisfazione delle loro pretese⁴²⁹.

⁴²⁶ Si vedano sull'argomento, in particolare, F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, I, pp. 488 ss.; N. IRTI, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Rivista delle società*, 1996, p. 1081; S. CHIMENTI, *Condizione per l'ammissione al concordato preventivo*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011, p. 264.

⁴²⁷ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 4.

⁴²⁸ Ciò a prescindere da quanto emerge dalla Relazione Illustrativa del D.LGS n. 5/2006 dove si legge che «muovendo dall'attuale sistema normativo concorsuale, qualsiasi tentativo di riforma della materia [...] deve anche ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale».

⁴²⁹ Così A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1107 il quale afferma che alla finalità del migliore soddisfacimento dei creditori viene attribuita «la dignità di criterio orientativo della procedura». Nello stesso senso G. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in BERTACCHINI – GUALANDI – S. PACCHI – G. PACCHI – SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007 il quale afferma che «la soddisfazione dei creditori rappresenta la finalità ineludibile cui il piano deve tendere e presuppone a monte la ristrutturazione dei debiti, vale a dire la variazione quantitativa e/o il riscadenamento delle posizioni debitorie dell'impresa». Secondo alcuni autori la formulazione del programma di superamento della crisi è lasciata interamente alla fantasia del debitore, senza costringere quest'ultimo entro alcun limite diverso da quello della soddisfazione dei crediti. In questo senso S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, diretto da COTTINO, Padova, 2008; G. PACCHI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori*, op. cit.; L. MANDRIOLI, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo (la ricostruzione giuridico – aziendalista)*, in AA. VV., *La legge fallimentare. D.lgs. 12.9.2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive, Commentario teorico – pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2008.

Piuttosto, la nuova fisionomia del concordato preventivo serviva ad offrire agli imprenditori in difficoltà un percorso meno difficoltoso per uscire dallo stato di crisi e, al tempo stesso, aveva lo scopo di consentire ai creditori di compiere una scelta maggiormente consapevole riguardo alla prosecuzione o meno dell'attività di impresa: dunque un'opportunità per il debitore, ma anche, e soprattutto, una nuova possibilità per i creditori, nell'ottica di un interesse generale alla salvaguardia delle attività economiche⁴³⁰.

Dopo la riforma del 2005, dunque, l'istituto del concordato assolve due diverse funzioni, essendo divenuto adatto sia a realizzare una liquidazione concorsuale di tipo tradizionale, alternativa al fallimento, sia a conciliare la soddisfazione dei creditori con la conservazione e la promozione della funzionalità e del valore del patrimonio del debitore⁴³¹. Ne consegue che alla procedura di concordato preventivo possono essere riconosciute due finalità in quanto all'obiettivo del soddisfacimento dei creditori mediante modelli tipicamente liquidatori si affianca quello del risanamento dell'impresa, al tempo stesso però, come si è visto, sempre funzionale all'essenziale scopo dell'esdebitazione⁴³².

Nel nuovo sistema delineato dal legislatore, nonostante il risanamento dell'impresa venga considerato quale finalità principe⁴³³, sono prefigurati due modelli di concordato preventivo, uno liquidatorio⁴³⁴ ed uno di ristrutturazione, quest'ultimo volto alla conservazione di tutta o di una parte dell'azienda che in vario modo attraversa uno stato di crisi ancora non sfociato nell'insolvenza⁴³⁵. A tal ultimo proposito si pensi alla formulazione dell'art. 160 L. Fall. post – riforma nel quale, alle lettere a) e b) del comma I, è previsto il risanamento dell'impresa mediante la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi

⁴³⁰ G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 474 – 475.

⁴³¹ Cfr., in particolare, F. GUERRERA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione*, in *R. soc.*, 2008, pp. 18 ss..

⁴³² Si veda A. MAFFEI ALBERTI, *commento sub art. 160*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1049.

⁴³³ A tal proposito si veda quanto scritto nella relazione ministeriale al D.L. 14 maggio 2005, n. 35, dove viene chiarito che il concordato è «strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa» in quanto deve essere perseguito l'obiettivo che tende al «superamento della contrapposizione tra tutela dei creditori e conservazione degli organismi produttivi» mediante il contenimento dei diversi interessi in gioco e, in particolare, «attraverso il consenso dei creditori ogni qual volta sia possibile evitare una procedura liquidatoria».

⁴³⁴ Per lo più, ma non esclusivamente, cessione dei beni: questa tipologia di concordato coniuga gli interessi dei debitori e dei creditori in una situazione in cui l'impresa sia prossima all'insolvenza.

⁴³⁵ Così L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1013.

forma⁴³⁶. Tuttavia tale distinzione pone in luce due linee di tendenza solo in teoria distanti fra di loro, in quanto l'esperienza pratica ha visto le due funzioni accompagnarsi, sebbene con prevalenza di una rispetto all'altra⁴³⁷.

Ciò che rileva per comprendere la fisionomia del nuovo concordato concerne soprattutto l'analisi del ventaglio di interessi coinvolti nel rapporto giuridico in esame che possono individuarsi in quello del debitore di gestire la crisi evitando il fallimento, in quello dei creditori ad essere soddisfatti e/o a partecipare al rilancio dell'azienda evitando la procedura fallimentare ed in quello generale al risanamento dell'impresa ed alla conservazione dei posti di lavoro⁴³⁸. Analizzando il rapporto tra gli interessi protetti e le funzioni economiche del concordato, è possibile constatare come nel concordato con prevalente funzione liquidatoria sia preminente la tutela dell'interesse dei creditori rispetto all'interesse alla conservazione dell'impresa, interesse quest'ultimo che domina invece nel concordato di ristrutturazione: giova ribadire che in entrambi i casi è necessario valutare come gli interessi considerati siano compatibili con la soddisfazione dei creditori⁴³⁹.

Sulla base della considerazione degli interessi appena citati, il legislatore della riforma ha proceduto ad una sorta di privatizzazione delle procedure concorsuali, in quanto, nel consentire il risanamento dell'impresa mediante la

⁴³⁶ Non solo. È stato sostenuto che le lettere c) e d) dell'art. 160 L. Fall., prevedendo la possibilità di suddivisione in classi dei creditori, introducono anche una possibile distinzione fra creditori che abbiano interesse ad essere solo soddisfatti, da quelli che invece hanno interesse ad essere ad essere soddisfatti mediante la prosecuzione dell'attività dell'impresa, avendo anche l'interesse della conservazione dell'azienda. Così F. SEVERINI, *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. DI MARZIO, Torino, 2006, pp. 309 ss.

⁴³⁷ Così A. M. AZZARO, *La funzione del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fallimento*, 7, 2007, p. 743, il quale, in nota, evidenzia la netta predominanza del concordato con funzione liquidatoria, che costituisce una via comoda per gestire la crisi poiché evita la dichiarazione di insolvenza. In questo senso anche G. BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005, pp. 801 ss, nonché ID., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, *ibidem*, p. 955.

⁴³⁸ Cfr, fra gli altri, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 112 e relativi richiami, il quale procedeva all'individuazione di tali interessi prima della Riforma; U. APICE, *Prefazione a V. VITALONE, Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, XIII, per una disamina della rilevanza del risanamento dell'azienda nella disciplina post riforma 2005; A. M. AZZARO, *La funzione del concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 745.

⁴³⁹ In questi termini A. M. AZZARO, *La funzione del concordato preventivo*, *op. cit.*, p. 745. L'A. sostiene che la limitazione della sfera giuridica dei creditori si può in ogni caso giustificare «solo con il fatto che, quale che sia la funzione che il concordato esplica in concreto, è il risanamento dell'impresa la finalità generale che ispira la nuova disciplina». In questo senso la disciplina sembra porre un duplice limite che si sostanzia nei confronti del debitore con un controllo rigoroso della fattibilità e dell'attendibilità del piano e nei confronti dei creditori con il congelamento delle azioni esecutive e la successiva riduzione dei loro crediti. Si veda a tal proposito anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 144.

ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti «in qualsiasi forma», ha lasciato ampia autonomia al debitore nella definizione della proposta concordataria⁴⁴⁰.

La riforma, infatti, ispirandosi agli ordinamenti stranieri, attribuisce alla proposta concordataria un'elevata flessibilità consentendo al debitore di presentare ai creditori uno spettro di ipotesi potenzialmente molto ampio per cercare di mantenere la continuità aziendale⁴⁴¹. L'interesse dei creditori diventa, dunque, il perno attorno al quale ruota il nuovo istituto del concordato preventivo e viene abbandonata la precedente impostazione pubblicistica, tanto da indurre parte della dottrina a connotare l'istituto in termini maggiormente civilistico – contrattuali⁴⁴².

A tal riguardo, l'innovazione più significativa è il mutato ruolo del Tribunale, organo che non ha più un ruolo di indagine, e quindi di decisione, sulla convenienza economica e sulla meritevolezza della proposta ma, piuttosto, svolge un ruolo di “gestore” della procedura, in quanto deputato a vigilare sulla trasparenza dell'operazione e sulla corretta informazione dei creditori al fine di rendere attendibili le informazioni sulla base delle quali gli stessi devono esprimere le proprie valutazioni⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Si leggano a tal proposito le parole di U. APICE, *Prefazione, op. cit.*, il quale afferma che «l'analisi del concordato viene così a rappresentare un'occasione propizia per sperimentare un percorso di “privatizzazione” dell'insolvenza, che si avvia a diventare l'archetipo di ogni procedura concorsuale che miri allo stesso tempo al salvataggio dell'impresa e al soddisfacimento dei creditori». Autorevole dottrina ha affermato che «vi è dunque nella riforma soprattutto la condivisione dell'idea che vada data priorità, rispetto al fallimento, ai tentativi dell'imprenditore di autocomposizione degli interessi della crisi, ottenendo a riguardo l'assenso dei creditori» Così G. D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I, p. 374.

⁴⁴¹ Cfr. S. CHIMENTI, *Condizione per l'ammissione al concordato preventivo, op. cit.*, p. 265; DI MARZIO, *Contratto e crisi d'impresa. Piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e responsabilità per concessione abusiva del credito*, in AA. VV., *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Torino, 2006, pp. 137 ss..

⁴⁴² Sul punto si veda G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 9, 2008, pp. 1047 ss..

⁴⁴³ S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. Fall.*, I, 2008, p. 54, sostiene che lo scrutinio del tribunale debba essere qualificato in termini di «legittimità sostanziale». Nello stesso senso anche App. Torino, 19.06.2007, in *Fallimento*, 2007, p. 1315 che afferma il principio secondo il quale l'intervento del tribunale nella procedura di concordato debba intendersi come a tutela «della corretta informazione dei creditori, a garanzia della genuina e consapevole possibilità di formazione dell'accordo tra il debitore ed i suoi creditori, non più sindacato della sua effettiva realizzabilità, ma salvaguardato per così dire esternamente, attraverso l'assicurazione delle condizioni perché possa concludersi». Il Tribunale, dunque, svolge una valutazione circa la astratta del piano e non compie più una valutazione circa l'attendibilità dei dati aziendali né circa la fattibilità del concordato, essendo stati tali compiti affidati dal legislatore del 2005 al professionista incaricato di redigere l'apposita relazione. Sul questo punto, si vedano, fra gli altri, G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, I, 2005, p. 1147; CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e*

Da tempo si auspicava una maggiore privatizzazione della gestione dell'insolvenza ed in particolare della procedura concordataria ed in questo senso si è articolata la riforma che ha preso coscienza del fatto che, come è stato autorevolmente sostenuto, è ormai empiricamente dimostrato che nella situazione di crisi l'impresa cessa di essere dell'imprenditore per entrare nell'orbita decisionale del ceto creditorio, in quanto una volta intervenuta la crisi a rischiare non sono più i soci ma, piuttosto, i creditori⁴⁴⁴.

Si vede dunque che, sebbene sia stata ampliata l'autonomia del debitore nella formulazione della proposta, con la finalità del mantenimento in vita dell'impresa dissestata, tuttavia non si tratta di un'autonomia completa, quanto piuttosto «amministrata», constatazione che conferma la natura pattizia del nuovo concordato preventivo⁴⁴⁵.

sugli accordi di ristrutturazione, in PUNZI – RICCI, *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005, pp. 200 ss. Cfr. anche note 406 e 445.

⁴⁴⁴ Si veda L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 25. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo, cit.*, p. 8. sostiene che non desta a tal proposito sorpresa né scandalo l'arretramento delle funzioni del Tribunale in quanto la riforma si pone in un'ottica della gestione privata della crisi.

⁴⁴⁵ Così S. CHIMENTI, *Condizione per l'ammissione al concordato preventivo, op. cit.*, pp. 266 – 267. Si veda anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo, cit.*, p. 202. In realtà, è opportuno precisare che, all'indomani della riforma del 2005, numerosi autori e pronunce giurisprudenziali si espressero in modo diverso circa la funzione del tribunale all'interno della procedura concordataria. In particolare, secondo L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fallimento*, 2008, 3, p. 254, in sede di ammissione, il giudizio circa l'apertura della procedura era limitato alla mera verifica della completezza e della regolarità della documentazione: nello stesso senso, si veda A. PATTI, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fallimento*, 2006, pp. 1019 ss.. Tuttavia, secondo parte della giurisprudenza, i poteri di verifica del tribunale in sede di ammissione alla procedura non erano limitati ad un controllo di legittimità, bensì anche ad un controllo di merito, diretto a fornire un giudizio prognostico circa la concreta realizzabilità del piano. Così, tra le altre, Trib. Milano, 09.02.2007, in *Fallimento*, 2007, p. 1218; Trib. Pescara, 20.10.2005, *ivi*, 2006, p. 62; Trib. Monza, 16.10.2005, in *Pluris*. Nel caso di previsione di suddivisione dei creditori in classi, il ruolo del tribunale era ulteriormente ampliato: cfr. L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario ... cit.*, pp. 255 – 256. In fase di omologazione, si riteneva che l'autorità giudiziaria, oltre a verificare la regolarità formale della procedura, avesse anche il potere di esprimersi sulla fattibilità del piano, anche se tale facoltà non era espressamente prevista dall'art. 180, L. Fall.. Cfr., in questo senso, Trib. Palermo, 18.05.2007, in *Pluris*; Trib. Prato, 05.12.2005, in *Fallimento*, 2006, p. 943; Trib. Milano, 12.12.2005, *ivi*, 2006, p. 575 ss.; Trib. Bari, 07.11.2005, *ivi*, 2006, pp. 52 ss.; in dottrina, dello stesso avviso, si segnala L. PANZANI, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Pluris*, settembre 2007. Secondo la giurisprudenza di legittimità, invece, il sindacato del giudice non poteva attenere al merito della proposta di concordato, salvo nel caso di opposizione promossa da un creditore ai sensi dell'art. 180. In proposito, sembra opportuno citare Cass. Civ., 25.10.2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, p. 167; Cass. Civ., 23.06.2011, n. 13817, *ivi*, 2011, pp. 933 ss.; Cass. Civ., 16.11.2011, n. 18987, *ivi*, 2012, pp. 739 ss.. Come accennato *supra*, nota 406, sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la celebre pronuncia del 23.01.2013, n. 1521, le quali hanno sancito che il giudizio sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano spetta al professionista il quale, secondo la Corte, svolge «funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice»: il tribunale invece deve verificare la «fattibilità giuridica del concordato e quindi esprimere un giudizio negativo [...] quando modalità attuative risultano

Il debitore, infatti, se da una parte può proporre la domanda determinandone come meglio preferisce il contenuto, in quanto dotato della più ampia libertà nella scelta della proposta concordataria, dall'altra la proposta deve soddisfare l'interesse dei creditori, i quali sono chiamati ad approvare la proposta stessa: tutta la procedura, inoltre si svolge sotto la vigilanza del tribunale⁴⁴⁶.

La volontà del legislatore del 2005, dunque, risiede nel favorire la continuità aziendale dell'impresa all'interno della procedura di concordato preventivo mediante, anche, una valorizzazione dell'autonomia privata, sempre, tuttavia, nell'ottica del miglior soddisfacimento dei creditori⁴⁴⁷.

La centralità di tale interesse è rimasta anche nelle successive riforme, specie in quella del 2012 che ha disciplinato autonomamente, per la prima volta, il concordato con finalità conservativa.

3. IL CONCORDATO PREVENTIVO CON CONTINUITÀ AZIENDALE

3.1 *Le origini*

Il concordato preventivo ha costituito, fin dalla sua introduzione, una procedura alquanto controversa, dalle finalità non sempre chiare. Quale procedura rivolta all'imprenditore "onesto ma sfortunato", ha da sempre oscillato fra una finalità liquidatoria ed una conservativa.

La teoria del c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali, secondo la quale era stata prefigurata la possibilità di un'utilizzazione delle procedure concorsuali in vista della tutela non solo dei creditori ma anche del valore produttivo del complesso aziendale, è emersa negli anni '70 con la prima legge

incompatibili con norme inderogabili», mentre ogni giudizio circa la fattibilità economica è rimesso ai creditori. Sul punto, cfr. nota 406, nonché, fra gli altri, A. DIDONE, *Le sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, pp. 20001 ss.. Per una ricostruzione completa del dibattito che ha preceduto la pronuncia delle Sezioni Unite, si rimanda a M. FABIANI, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, in *Foro It.*, 2012, I, pp. 170 ss..

⁴⁴⁶ Cfr. nota che precede.

⁴⁴⁷ Quanto è stato delineato nel testo è espresso da Trib. Roma, sentenza, 10.03.2010, in *Pluris*, dove viene riassunto l'orientamento che si era definito dopo la stagione delle riforme 2005 – 2007. La sentenza, infatti, pone in luce il nuovo ruolo del tribunale nel giudizio di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, la flessibilità del piano di risanamento e le modalità ed i termini per la transazione dei debiti di natura tributaria all'interno di un piano di risanamento. Nello specifico si veda il commento di G. CAVALLARO – V. MARINO, *Omologazione di concordato preventivo: ammissibilità di piani di risanamento dinamici*, in *Il corriere di merito*, 6, 2011, pp. 600 – 608. Sul ruolo del tribunale all'interno della procedura di concordato preventivo, v. ancora note 18 e 57.

sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e anche in relazione al concordato preventivo era stato pensato un procedimento rivolto al mantenimento della continuità aziendale.

Con la riforma 2006 – 2007 la teorizzazione relativa al concordato preventivo diviene concreta possibilità, mediante l'introduzione nel nostro ordinamento della possibilità, a favore del debitore, di elaborare un complesso programma che possa prevedere la ristrutturazione dei debiti ed il mantenimento in vita dell'azienda in crisi⁴⁴⁸. La soluzione utilizzata per la continuazione dell'attività d'impresa nel concordato era quella del concordato di ristrutturazione (o di risanamento) che si distingueva, a seconda che il debitore conservasse o meno la titolarità dell'impresa all'esito del concordato, in concordato di ristrutturazione diretto (o interno) e indiretto (o esterno). Entrambe le soluzioni presentavano vantaggi e svantaggi ma, in ogni caso, erano di difficile attuazione⁴⁴⁹.

Il problema in cui sembra essere incorso il legislatore della riforma del 2005 è stato di non aver distinto il concordato con finalità conservative ed il concordato con finalità liquidatorie, con la conseguenza che per le due figure era prevista una disciplina sostanzialmente uguale, che non teneva in considerazione le profonde diversità esistenti⁴⁵⁰.

La riforma ebbe sicuramente il pregio di adeguarsi all'evoluzione del contesto economico e sociale, ripensando le finalità proprie delle procedure concorsuali, fino ad allora connotate da obiettivi esclusivamente liquidatori. A tal proposito venne riformulato l'istituto dell'esercizio provvisorio mediante l'introduzione della possibilità per il curatore di procedere sia all'affitto dell'azienda fallita o di parte di essa sia alla vendita in blocco (artt. 104-*bis* e 105 L. Fall.), al fine del miglior mantenimento in esercizio dell'impresa fallita⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, cit., pp. 137 ss.

⁴⁴⁹ Sul tema, si veda S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in www.ilcaso.it, 04.02.2011; R. GUIDOTTI, *Il concordato preventivo (frammenti di una disciplina)*, in www.unibo.it, 11.11.2011. Di contrario avviso, parte della dottrina che, prima della novella del 2012 riteneva che la prosecuzione dell'attività da parte dell'imprenditore in via diretta era considerata l'unica fattispecie di concordato con ristrutturazione. In questo senso M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI, *Crisi d'impresa: casi e materiali*, Milano, 2011, p. 157 ss.. Il concordato che prevedeva il trasferimento del complesso produttivo ricadeva nel *genus* del concordato per *cessio bonorum*: così, S. AMBROSINI, *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI – M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 30.

⁴⁵⁰ F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, p. 3

⁴⁵¹ Tuttavia, autorevole dottrina, ha sostenuto come la continuazione dell'esercizio dell'impresa in fallimento, anche nella nuova configurazione post riforma del 2005, sia un provvedimento

Se però nel fallimento l'opzione di fondo per la conservazione dei valori aziendali era addirittura doverosa per il curatore, al fine di ottenere una liquidazione più profittevole dell'azienda, nel concordato, invece, la continuazione dell'impresa veniva prevista solo nella teoria, senza prevedere specifiche disposizioni in tal senso, oltre che forme di agevolazione o di incentivazione⁴⁵².

Negli anni successivi alla riforma si verificarono notevoli inconvenienti che sancirono un sostanziale insuccesso del concordato di ristrutturazione in quanto da una parte l'impresa accedeva alla procedura di concordato in una fase di avanzato dissesto economico (anche per l'assenza di strumenti volti all'emersione anticipata dello stato di crisi o dell'insolvenza); dall'altra le disposizioni apparivano sostanzialmente inadeguate tanto alla soddisfazione degli interessi dei creditori quanto alla conservazione dell'impresa⁴⁵³.

Il legislatore dunque continuò a muoversi nel solco tracciato con la riforma del 2005 e, nel 2012, introdusse l'art. 186-*bis* L. Fall. che disciplina il concordato con continuità aziendale, al fine di prevedere, per la prima volta, una disciplina specifica e maggiormente dettagliata per il concordato con finalità conservativa.

3.2 Un nuovo istituto?

L'art. 186-*bis* L. Fall.⁴⁵⁴, secondo autorevole dottrina, rappresenta l'innovazione più «ardita» delle riforme del diritto fallimentare intervenute negli ultimi dieci anni⁴⁵⁵, in quanto adesso è attribuita autonoma tutela e disciplina all'opzione della prosecuzione dell'attività di impresa nel concordato preventivo.

L'innovazione è stata tale da far ritenere a parte della giurisprudenza che questa nuova figura di concordato preventivo dovesse rappresentare la finalità

eccezionale che si giustifica solo se tende alla migliore liquidazione del patrimonio del fallito. In questo senso, dunque, non può essere considerata come volta alla conservazione dei posti di lavoro o al risanamento dell'impresa, sebbene talvolta in passato sia stata utilizzata per tali fini. Così G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, III, Torino, 2012, p.381. In questo senso anche l'ancora attuale Cass. Civ., 09.01.1987, n. 71, in *Giur. Comm*, 1987, II, 562.

⁴⁵² F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵³ M. FABIANI, *Concordato preventivo*, in SCIALOJA – BRANCA – GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna, 2014, p. 189; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*

⁴⁵⁴ L'art. è stato introdotto dall'art. 33, comma I, lett. h), D. L. 22.06.2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 07.08.2012, n. 134, in vigore dal 11.09.2012.

⁴⁵⁵ G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Diritto Fall.*, 2013, I, p. 1.

dell'istituto caratterizzandolo, esclusivamente, con lo scopo della conservazione dei complessi produttivi⁴⁵⁶.

Dunque, sebbene l'ampia formulazione dell'art. 160 L. Fall. post – riforma consentisse come ammissibile il concordato basato sulla prosecuzione dell'attività di impresa⁴⁵⁷, esso trova oggi una specifica regolamentazione ed una precisa definizione a livello normativo⁴⁵⁸.

Prima di analizzare nello specifico la disciplina del concordato con continuità aziendale, con le sue implicazioni e le sue problematiche, occorre chiarire un dubbio che potrebbe dare adito ad incomprensioni: l'art. 186-*bis* delinea una nuova ed autonoma forma di concordato preventivo? Si può parlare davvero di nuovo istituto?

Preliminarmente, occorre porre in evidenza che le disposizioni relative al concordato con continuità aziendale manifestano l'esigenza riscontrata dal legislatore di sopperire alle difficoltà riscontrate dalle imprese che accedevano alla procedura concordataria di ristrutturazione, che principalmente consistevano nel (i) reperire sul mercato le risorse finanziarie e nel (ii) proseguire i rapporti commerciali in corso⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ In questo senso, v. Trib. Piacenza, 26.10.2012, in www.ilcaso.it, 19.11.2012, che considera in tal senso anche l'introduzione del concordato con riserva. Secondo C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, pp. 392 – 393 il concordato preventivo con riserva «non si vede come possa essere finalizzato alla preservazione delle strutture produttive: basti pensare che la proposta e il piano, la cui presentazione è riservata, non hanno assolutamente una particolare struttura predefinita, cosicché la soluzione può essere del tutto liquidatoria».

⁴⁵⁷ Si vedano, in particolare, L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei “piani di risanamento” e dei progetti di “ristrutturazione” nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di “crisi”*, in S. BONFATTI – G. FALCONE, *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006, p. 461; C. ESPOSITO, *Il piano di concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in S. AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008, p. 543.

⁴⁵⁸ Secondo S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 114, il concordato con continuità aziendale «presenta non poche affinità con l'impostazione propria della Legge Prodi-*bis*» in quanto «l'art. 27 del D. LGS. n. 270/1999 stabilisce che il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali può avvenire tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa (sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni) o, in alternativa, tramite la cessione dei complessi aziendali (adottando un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno)».

⁴⁵⁹ Così V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, p. 206. L'A., in nota, sostiene come l'azione del legislatore debba essere inquadrata nel più ampio iter riformatore auspicato a livello europeo: infatti, come riportato dall'A., nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato per le Regioni del 03.10.2012 si legge che «l'Europa deve dotarsi di un diritto fallimentare moderno che consenta alle imprese fondamentalmente sane di sopravvivere, che incoraggi gli imprenditori a prendere rischi ragionevoli e che permetta ai creditori di concedere prestiti a condizioni più favorevoli. Un diritto fallimentare moderno permetterebbe agli imprenditori di avere una seconda possibilità e garantirebbe procedure rapide e di elevata qualità nell'interesse

L'art. 186-*bis* è collocato a chiusura delle disposizioni inerenti il concordato preventivo, quasi che il legislatore abbia voluto attribuire al concordato con continuità aziendale una certa «autonomia sistematica»⁴⁶⁰. Sembra infatti ricoprire il ruolo dell'istituto dell'amministrazione controllata, sebbene non si possa dire che costituisca una sorta di riproposizione dell'ormai abrogata procedura in quanto in quest'ultima la possibilità di risanare l'impresa era assunta come presupposto di ammissione mentre nel concordato con continuità la condizione di ammissione è il miglior soddisfacimento dell'interesse dei creditori.

Occorre dunque chiarire, data la sua collocazione all'interno della Legge Fallimentare, se tale figura di concordato costituisca un vero e proprio istituto autonomo rispetto a quello in generale previsto dagli artt. 160 e ss. L. Fall..

Qualche dubbio è stato creato dall'eliminazione, ad opera del legislatore in sede di conversione del decreto legge, del richiamo all'applicabilità della disciplina sul concordato preventivo in generale «in quanto applicabile». Secondo parte della dottrina, tuttavia, l'eliminazione dell'inciso è dovuta al fatto che la disciplina della continuità aziendale può riguardare anche altre figure previste dalla Legge Fallimentare (quali i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti) e, dunque, non determina la creazione di un concordato nuovo e autonomo rispetto a quello generale⁴⁶¹.

È ormai pacifico che l'art. 186-*bis* detti una disciplina parziale, in quanto, ad esempio, mancante di aspetti procedurali propri, priva di un'autosufficienza tale da poter configurare la fattispecie come autonoma⁴⁶². Il legislatore, infatti, ha voluto prevedere degli adattamenti, mediante un regime specifico di cautele ed agevolazioni, qualora il piano di concordato preveda la continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa⁴⁶³.

Il concordato con continuità aziendale, per poter operare, necessita dell'applicazione di gran parte delle norme dettate per il concordato preventivo in generale, venendosi dunque a delineare un rapporto di *species ad genus*⁴⁶⁴. Sarà

sia dei debitori che dei creditori». Comunicazione reperibile al link: http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act2_it.pdf.

⁴⁶⁰ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, op. cit..

⁴⁶¹ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, Milano, 2012; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 21.01.2013.

⁴⁶² F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 15.

⁴⁶³ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, 10, p. 1224.

⁴⁶⁴ F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, op. cit..

compito dell'interprete, valutando caso per caso, quando le disposizioni dettate per il concordato preventivo in generale siano compatibili con l'ipotesi della continuazione dell'attività di impresa.

Si comprende, dunque, che il nuovo art. 186-*bis* non configura un nuovo istituto bensì fornisce una disciplina al concordato di ristrutturazione già ipotizzato prima della novella, in quanto tale istituto presentava numerosi inconvenienti e, di conseguenza, veniva poco utilizzato⁴⁶⁵. La scelta del legislatore di fornire autonoma disciplina al caso della continuazione dell'impresa in concordato deriva dalle peculiarità e dalle problematiche che suscita il mantenimento in vita dell'impresa in concordato preventivo⁴⁶⁶.

La continuità dell'impresa rappresenta soltanto una modalità operativa in cui si può articolare la procedura concordataria⁴⁶⁷. In passato la prosecuzione dell'attività dell'impresa era svincolata da forme di controllo da parte degli organi della procedura⁴⁶⁸: oggi, grazie all'introduzione dell'art. 186-*bis*, l'esercizio dell'attività economica in concordato è sottoposto a più stringenti verifiche tanto preventive quanto successive.

Al netto delle considerazioni svolte, è possibile affermare che il concordato con continuità non rappresenta un istituto autonomo; piuttosto, risulta essere una tecnica legislativa che da una parte incentiva il debitore a denunciare per tempo lo stato di crisi, così da procedere ad un più agevole tentativo di salvataggio

⁴⁶⁵ Come evidenzia L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit. in nota, i principali problemi consistevano in via esemplificativa in «tempi lunghi per la presentazione del piano e per l'ammissione alla procedura, vincoli in materia di capitale sociale (riduzione e perdita), vincoli derivanti da contratti onerosi e, al contrario, esposizione al rischio di risoluzione di contratti strategici, difficoltà di effettuare il pagamento dei crediti ante – concordato a fornitori strategici, difficoltà di ottenere finanziamenti» oltre alle ipotesi di responsabilità anche personali per la gestione preconcordataria, sul cui tema l'A. rinvia a M. A. RUBINO, *La gestione dell'impresa nella fase preconcordataria fra rischi di bancarotta preferenziale e insolvenza fraudolenta*, in *Il concordato di risanamento*, materiali del corso di perfezionamento dell'Università di Firenze, 12.05.2010, 1 – 51.

⁴⁶⁶ Anche la legge tedesca, dal 1994, prevede un particolare meccanismo per il mantenimento in vita dell'impresa, il quale mantenimento in vita non assurge a finalità della procedura ma rimane «uno dei possibili strumenti utilizzabili per il soddisfacimento dei creditori». Così L. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000, p. 6.

⁴⁶⁷ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, op. cit., pp. 206 – 207, pone a tal proposito in luce come «il concordato con continuità aziendale non dovrà intendersi alla stregua di un tipo di concordato, quanto di un insieme di norme all'interno della più generale matrice disciplinare che si applicano al ricorrere della fattispecie con continuità aziendale»

⁴⁶⁸ Basti guardare anche al fatto che il legislatore del 2005 – 2007 depotenziò il ruolo del Tribunale all'interno della procedura.

dell'azienda⁴⁶⁹, dall'altra consente ai creditori e agli organi della procedura di monitorare più agevolmente se la continuità è idonea a creare valore aggiunto per i creditori.

3.3 Le finalità dell'art. 186-bis

Le finalità del concordato preventivo con continuità aziendale sono state riassunte in modo chiaro dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con una recente pronuncia di estrema importanza per molti dei profili dell'istituto oggetto di trattazione. Il Supremo Collegio ha affermato che il procedimento ha due obiettivi specifici: (i) il superamento della situazione di crisi in cui versa l'imprenditore e (ii) il miglior soddisfacimento, seppur parziale, dei creditori⁴⁷⁰.

Alla base dell'art. 186-bis è posto il risanamento dell'impresa e la procedura è finalizzata da un punto di vista economico – aziendalista al recupero dei valori aziendali e da un punto di vista sociale alla salvaguardia dei livelli occupazionali.

Tuttavia, al contrario di quanto accade nell'amministrazione straordinaria, l'obiettivo principale non è la continuazione dell'attività, quanto piuttosto il miglior soddisfacimento dei creditori. Non si deve pensare che la nuova disciplina miri al perseguimento degli interessi collettivi e sociali al mantenimento in vita dell'attività in situazione di dissesto: infatti, gli unici interessi che devono essere presi in considerazione sono quelli inerenti alla soddisfazione dei creditori poiché, come è stato osservato, la continuità aziendale costituisce un valore da salvaguardare solo qualora l'eventuale interruzione dell'attività possa comportare una riduzione del patrimonio in pregiudizio ai creditori⁴⁷¹.

Parte della dottrina sostiene che la disciplina dettata dall'art. 186-bis prende ispirazione dall'art. 27 del D. LGS. n. 270/1999, in materia di amministrazione

⁴⁶⁹ Infatti, sebbene ai sensi del nuovo art. 160 L. Fall. presupposto di accesso alla procedura concordataria sia tanto lo stato di crisi quanto lo stato di insolvenza, pare difficile ipotizzare una procedura di concordato con continuità aziendale quando l'impresa versi in uno stato di crisi ormai irreversibile.

⁴⁷⁰ Cass. Civ., SS. UU., 23.01.2013, n. 1521. La sentenza non si è soffermata tanto sulle finalità del concordato con continuità, quanto piuttosto sull'importanza che il piano concordatario riveste all'interno di questa procedura e, in particolare, sul ruolo del Tribunale. V. *infra*, nonché quanto riportato nelle note 406 e 445.

⁴⁷¹ In questo senso, v. A. PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità* (nota a Trib. Cuneo, 31.10.2013), in *Fallimento*, 2014, pp. 191 ss.; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., pp. 1222 ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2014, 2, pp. 300 – 301.

straordinaria, dove per l'apertura della procedura non si tiene conto dell'interesse dei creditori ma si considera esclusivamente la praticabilità del risanamento, con la conseguenza che il risanamento non risulta ostacolato dall'eventuale pregiudizio che si potrebbe determinare a carico dei creditori⁴⁷².

Quanto detto, tuttavia, non avviene nel concordato con continuità, dove centrale è l'interesse dei creditori⁴⁷³: ciò è confermato nella previsione che la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 186-*bis*, comma II, lett. b)⁴⁷⁴) e nella circostanza dell'eventuale improcedibilità della procedura ogni qualvolta il Tribunale riscontri che la continuità aziendale risulti manifestamente dannosa per i creditori (art. 186-*bis*, comma VII⁴⁷⁵).

La differenza in termini di finalità che intercorre fra la procedura di amministrazione straordinaria e quella di concordato con continuità, entrambe procedure dirette al mantenimento in vita dell'impresa, risiede nel fatto che nel concordato con continuità l'interesse dei creditori assurge a condizione necessaria e sufficiente per l'ammissione alla procedura di concordato e per la dichiarazione di improcedibilità della stessa⁴⁷⁶.

⁴⁷² Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 114; A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa ...*, cit., p. 300; F. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013(2013)*, reperibile al link: [http://www.treccani.it/enciclopedia/concordato-con-continuita-aziendale_\(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/concordato-con-continuita-aziendale_(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto)/) i quali, richiamando l'art. 1, D. LGS. 270/1999, affermano che la finalità principe della procedura di amministrazione straordinaria risiede nella conservazione del patrimonio produttivo «mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali».

⁴⁷³ Si veda a tal proposito F. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale*, cit., il quale sostiene che nell'amministrazione straordinaria la ristrutturazione dell'impresa non coincide con un effettivo risanamento della stessa, in quanto tale procedura ha come generale finalità «la conservazione del patrimonio produttivo, ossia dell'impresa, e non il risanamento della stessa». Continua l'A. affermando che «la vera distanza che corre tra le ipotesi di risanamento aziendale nel diritto amministrativo della crisi d'impresa rispetto al diritto ordinario è dunque, ancora una volta, nella diversa considerazione dell'interesse dei creditori».

⁴⁷⁴ L'art. 186-*bis*, comma II, lett. b), dispone che «la relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori».

⁴⁷⁵ L'art. 186-*bis*, comma VII, dispone che «Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'art. 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato».

⁴⁷⁶ Così F. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale*, cit. In proposito, sembra opportuno citare F. FIMMANÒ, *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.*, 2014, II, pp. 10216 ss., secondo il quale nel concordato con continuità, la prosecuzione dell'attività «va perseguita – in funzione del preminente interesse dei creditori – solo per evitare che il complessivo valore del patrimonio del debitore possa ridursi per effetto della interruzione dell'attività d'impresa, a differenza che nell'amministrazione straordinaria ove la continuità aziendale è un valore in sé, anche contro l'interesse dei creditori».

Il miglior soddisfacimento dei creditori costituisce, dunque, il parametro di valutazione della figura del concordato con continuità, elemento essenziale e stessa ragion d'essere della continuazione dell'attività, in quanto tutti i profili di ulteriore vantaggio economico, come la conservazione dei posti di lavoro e la prosecuzione di attività industriali considerate strategiche, costituiscono profili subordinati «idonei a sorreggere la funzione del concordato stesso il cui unico traguardo imprescindibile (cioè la causa) resta il miglior soddisfacimento dei creditori»⁴⁷⁷.

Entrando nel merito della questione, per determinare che alla continuazione dell'attività di impresa consegua una migliore soddisfazione degli interessi dei creditori occorre compiere una valutazione comparativa tra la prospettiva del soddisfacimento nell'ipotesi di continuazione dell'attività⁴⁷⁸ e quella del

⁴⁷⁷ In questi termini F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., pp. 19 – 20. Gli A. sostengono che l'interesse del ceto creditorio costituisca la causa del concordato con continuità e non una mera clausola generale, in quanto tale interesse rappresenta la vera e propria funzione dell'istituto. Nello stesso senso, si veda A. PATTI, *Il giudizio integrativo sul miglior soddisfacimento dei creditori nei concordati in continuità: un profilo centrale dell'attestazione del professionista*, in *Fallimento*, 2013, pp. 1099 ss. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che, sebbene lo scopo del concordato con continuità risieda nella prosecuzione dell'attività, tale finalità deve essere adeguatamente bilanciata con l'interesse dei creditori: in altri termini, secondo il legislatore, la continuità può essere perseguita solo quando sia nell'interesse dei creditori. A tal proposito, *ex multis*, v. Trib. Torino, Sez. Fall., decreto, 12.10.2015, in *Trust*, 2016, 3, p. 153, dove è stato deciso che una volta omologato un concordato con continuità aziendale, la proponente può decidere di vendere l'azienda se questo torna a vantaggio dei creditori; Trib. Palermo, decreto, 04.06.2014, in *Fallimento*, 2014, 8-9, p. 951 sostiene l'ammissibilità di un concordato di gruppo ove il piano risponda all'interesse dei creditori (conforme a Trib. Rovigo, 05.11.2013, in www.ilcaso.it, 2013); Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15.05.2014, in *Fallimento*, 2014, 8-9, p. 951, dove si afferma che il procedimento deve svolgersi nel rispetto delle indicazioni del legislatore, dovendo il piano prevedere il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e il riconoscimento a favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi ragionevolmente contenuti; Trib. Monza, 11.06.2013, in www.ilcaso.it, 2013, afferma, in termini chiari, il principio secondo il quale la proposta concordataria in continuità aziendale che si basi sul piano industriale di pagamenti dalle tempistiche eccessivamente dilatate sfugge a qualsivoglia sindacato di convenienza del risultato economico conseguibile dai creditori e non consente di ritenere sussistente il rapporto sinallagmatico, tipico di tale procedura, tra soddisfacimento dei creditori e soluzione della crisi. Ciò comporta il venire meno della causa concreta della proposta e della sua inammissibilità (così anche Cass. Civ., SS. UU., 23.01.2013, n. 1521); Trib. Terni, 02.04.2013, in www.ilcaso.it, 2013, sostiene che le prescrizioni contenute nell'art. 186-bis, in ordine alle analitiche indicazioni dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa ed alla relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma, sono disposizioni di tutela del ceto creditorio dai rischi connessi all'alea dei flussi economici e dall'incremento delle passività in prededuzione e, come tali, devono essere osservate anche nell'ipotesi in cui la continuità aziendale sia ottenuta mediante affitto dell'azienda in esercizio a terzi.

⁴⁷⁸ Sembra opportuno parlare di “soddisfazione” piuttosto che di “pagamento” se sussiste una previsione di continuazione dell'attività in quanto il termine “soddisfazione”, per la sua ampiezza, risulta più adeguato dal momento che, con un concordato con continuità, i creditori possono essere “ripagati” anche nelle forme dell'assegnazione.

pagamento che avverrebbe in caso di cessazione dell'attività e, dunque, confrontare l'ipotesi conservativa con quella meramente liquidatoria⁴⁷⁹.

Il professionista al riguardo svolge un ruolo fondamentale in quanto deve comparare la prosecuzione dell'attività come prospettata nel piano concordatario con l'ipotesi di liquidazione ad essa alternativa⁴⁸⁰. Egli dovrà, dunque, non solo attestare la veridicità dei dati aziendali ma anche, e soprattutto, argomentare la convenienza del concordato per i creditori «con puntualità e coerenza logica»⁴⁸¹.

La relazione, infine – a conferma del fatto che il concordato con continuità sia un istituto avente come scopo la prosecuzione dell'attività ma sempre nell'ottica del miglior soddisfacimento degli interessi dei creditori⁴⁸² – deve contenere anche lo scenario alternativo della proposta, ovvero l'argomentazione precisa, coerente e logica delle percentuali di soddisfazione dei crediti in caso di liquidazione⁴⁸³.

3.4. La continuità aziendale nel concordato preventivo

La struttura dell'art. 186-*bis* presenta un duplice livello: è, infatti, possibile operare una distinzione fra il primo comma (definito «norma di fattispecie», in

⁴⁷⁹ Cfr. P. G. CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 18.03.2014; S. ZENATI, *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, in www.ilfallimentarista.it, 23.10.2013.

⁴⁸⁰ Secondo Trib. Mantova, 09.10.2014, in www.ilcaso.it, 2014, se non risulta conveniente la continuazione dell'attività, l'impresa si trova in una situazione di crisi irreversibile e quindi l'unica alternativa praticabile risulta la liquidazione della stessa. Secondo Trib. Roma, 25.07.2012, in *Fallimento*, 2013, p. 748, l'attestazione, valutando la realizzabilità di eventi futuri e le loro conseguenze, «non può scontare margini di incertezza o ipoteticità, al punto che una asseverazione che attestasse, senza margine di dubbio alcuno, la realizzabilità di un piano concordatario potrebbe risultare apparire sospetta. Ciò che rileva è il modo con il quale gli eventi futuri e incerti vengono contemplati e valutati dall'asseveratore».

⁴⁸¹ Così Trib. Roma, 06.05.2013, in www.ilcaso.it, 2013. Come nota G. FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azionalista*, in *Fallimento*, 8, 2013, p. 1022, la valutazione prognostica compiuta dal professionista «non fa riferimento a valori oggettivi, ma invece soggettivi in quanto prospettici e dunque di tipo previsionale». Ciò comporta un rischio per i creditori, spesso vittime di valutazioni eccessivamente ottimistiche: coloro che sono meno tutelati sono soprattutto i creditori «deboli» in quanto privi degli adeguati strumenti di tutela tanto giuridici quanto *de facto*. Cfr. anche G. P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Fallimento*, 2016, I, p. 97.

⁴⁸² Sul punto, si veda G. P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale ...*, *cit.*, p. 95.

⁴⁸³ Così Trib. Milano, 30.05.2013, nel commento di S. ZENATI, *Il concordato con continuità aziendale ...*, *op.cit.*; Trib. Bolzano, 27.02.2013, in www.ilcaso.it, 2013. Secondo l'ultima delle pronunce citate nel caso in cui il concordato preveda la soluzione dell'affitto di azienda, «occorre fornire informazioni sulla solidità patrimoniale dell'affittuario per integrare la corretta informazione verso i creditori».

quanto fornisce la definizione di concordato con continuità) e gli altri commi, che dettano nel dettaglio la disciplina del concordato con continuità⁴⁸⁴.

Il primo comma⁴⁸⁵ dispone che qualora il piano di concordato assuma determinate caratteristiche, si applica la disciplina prevista dall'art. 186-*bis*: il debitore non può scegliere se sottostare o meno alla disciplina dettata dall'articolo, in quanto ove preveda la continuazione della propria attività, automaticamente si applica l'art. 186-*bis*. Dunque il debitore è libero di scegliere se proporre ai creditori il soddisfacimento dei loro interessi mediante la continuazione dell'attività in una delle forme prescritte (prosecuzione, cessione, conferimento); tuttavia, qualora il piano preveda una tale opzione, il debitore, relativamente ad agevolazione ma anche ad ogni limite previsto per la tutela dei creditori, non è più soggetto alla disciplina ai sensi degli artt. 160 ss. ma unicamente all'art. 186-*bis* ed alle altre norme che si riferiscono alla continuità aziendale⁴⁸⁶.

Tale previsione di applicazione necessaria delle norme in tema di concordato con continuità⁴⁸⁷ deriva principalmente dalle cautele che devono essere garantite ai creditori in quanto il vantaggio della continuità aziendale, come accennato sopra e come sarà approfondito in seguito, non è certo: si vede ancora una volta come ogni disposizione è prevista al fine di ridurre il rischio che la prosecuzione dell'attività

⁴⁸⁴ La distinzione è dovuta a A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014. Nello stesso senso, F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 6. Di diverso avviso altra parte della dottrina che definisce il primo comma quale norma che elenca i presupposti, trasformando di fatto gli elementi del secondo comma e dei commi successivi in elementi descrittivi della fattispecie. In quest'ultimo senso, si vedano F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, *op. cit.*; R. AMATORE, *Il concordato con continuità aziendale*, in R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013.

⁴⁸⁵ L'art. 186-*bis*, comma I, prevede che: «Quando il piano di concordato di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa».

⁴⁸⁶ Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *cit.*, p. 1225 – 1226, il quale evidenzia come «la tecnica normativa ("*Quando ... si applicano*") è cristallina nel senso che l'applicazione della norma non dipende da un'opzione del debitore, ma è la conseguenza del fatto che la continuità azienda [...] è parte della complessiva operazione concordataria che egli si propone di attuare».

⁴⁸⁷ Sull'imperatività della norma si vedano S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 04.08.2013, pp. 10 ss., secondo cui l'art. 186-*bis* «semberebbe fondare una disciplina ad applicazione necessaria», nonché, ancora, L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *cit.*, p. 1225 il quale parla di «norma di applicazione necessaria quando vi sia la continuità aziendale».

si traduca in un danno per i creditori, principali destinatari delle nuove norme⁴⁸⁸. Infatti sono questi ultimi a partecipare al c.d. rischio di perdita⁴⁸⁹ e al c.d. rischio di prededuzione⁴⁹⁰, rendendosi dunque necessaria una disciplina che renda la continuazione dell'impresa strumento idoneo ad adempiere ed eseguire la proposta concordataria⁴⁹¹.

Elemento lessicale di grande rilievo nel comma I è l'utilizzo della terminologia «continuità aziendale» e non «continuità di impresa», sebbene poi nel testo dell'articolo i due termini vengono utilizzati in maniera alternata. In primo luogo rileva che la terminologia «continuità aziendale» è nuova rispetto all'impianto originario della legge fallimentare, che piuttosto ha sempre parlato di «esercizio di impresa». Con la novella del 2012 viene utilizzata una terminologia maggiormente aziendalista, richiamando il concetto di *going concern* di matrice anglosassone⁴⁹².

Ciò che però maggiormente rileva è l'utilizzo alternato dei concetti di «impresa» e «azienda», l'uno utilizzato nel caso di continuazione dell'attività in capo allo stesso debitore, l'altro utilizzato per le ipotesi di continuazione in capo a terzi⁴⁹³.

Senza entrare nel merito della distinzione terminologica, è importante evidenziare che nell'articolo manca ogni riferimento alla persona fisica del debitore, venendosi dunque a delineare una de-soggettivizzazione⁴⁹⁴ della fattispecie.

⁴⁸⁸ Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1225 e ss.; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum ANTONIO PIRAS, Torino, 2010, 810 ss.

⁴⁸⁹ Si tratta del rischio connesso ad un andamento non favorevole della continuità.

⁴⁹⁰ Si tratta del rischio connesso al maturarsi di ulteriori debiti dell'impresa durante la fase di gestione in pendenza della procedura.

⁴⁹¹ Cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit.; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 7.

⁴⁹² Anche nella Raccomandazione della Commissione Europea 2014/135/UE, al punto 22 lett. c) il legislatore comunitario parla di «vendita in regime di continuità aziendale»

⁴⁹³ Cfr. V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, op. cit., pp. 209 – 210; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa (appunti sul D.L. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, Documento 303/2012, il quale definisce la continuità aziendale delineata dall'art. 186-bis come «spuria» in quanto sono sottoposti alla medesima disciplina tanto le ipotesi di continuità diretta quanto le ipotesi di continuità indiretta.

⁴⁹⁴ A tal proposito, si ritiene opportuno citare un passo di T. ASCARELLI, *L'azienda*, in *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, ancora estremamente attuale, in quanto esemplificativo dei rapporti fra i termini “imprenditore” e “azienda”: «La nozione di imprenditore attiene dunque alla dottrina dei *soggetti* di diritto e costituisce appunto una qualifica posta in relazione con l'attività svolta che, a sua volta, costituisce un fatto. La nozione di azienda attiene invece alla dottrina

La norma infatti, descrivendo la fattispecie in termini oggettivi, sancisce il definitivo abbandono dei requisiti di meritevolezza previsti originariamente dalla procedura: nell'ambito di applicazione della disciplina e nella conseguente valutazione del piano concordatario, dovrà essere privilegiata ogni soluzione che tenda a valorizzare l'attività di impresa piuttosto che il soggetto debitore⁴⁹⁵.

Ultimo elemento prettamente lessicale su cui sembra opportuno porre l'attenzione è il concetto di «prosecuzione dell'attività di impresa».

Se si guarda alla norma, è possibile constatare come il termine «azienda» sia sempre seguito dalla locuzione «in esercizio» e tale struttura adottata dal legislatore non è casuale. Infatti, la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nell'affermare che la norma opera un riferimento non all'azienda in sé, bensì all'azienda che, sebbene in crisi o in stato di insolvenza, sia ancora attiva, appunto «in esercizio». Quest'ultima locuzione è ancora più importante del termine azienda (che, come si è appena visto, rileva per l'oggettivazione della disciplina) in quanto delinea ulteriormente l'ambito di applicazione dell'art. 186-*bis*: il legislatore parla, infatti, di «prosecuzione» e non di “ripresa” volendo così stabilire che l'articolo in questione può essere applicato soltanto nel caso in cui l'azienda non sia “ferma”, venendosi in quest'ultimo caso a configurare, piuttosto, un'ipotesi di concordato avente natura esclusivamente liquidatoria⁴⁹⁶.

dell'oggetto del diritto ed è perciò che l'azienda si pone come strumento dell'attività dell'imprenditore». La novella del 2012 ha definitivamente aderito a quella che l'A. definisce come «dottrina dell'oggetto», spostando il baricentro dalla figura dell'imprenditore alla figura dell'azienda.

⁴⁹⁵ Così G. TERRANOVA, *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell'intermediazione giuridica*, cit., p. 4. Anche la giurisprudenza è concorde nell'affermare l'oggettivazione della procedura. Si veda Trib. Alessandria, 18.01.2016, in www.ilcaso.it, 2016, commento di F. BENASSI, dove si afferma che il segno distintivo del concordato con continuità aziendale va individuato nell'oggettiva, e non soggettiva, continuazione del complesso produttivo, sia direttamente che indirettamente: ciò che rileva è che l'azienda continui ad essere in esercizio.

⁴⁹⁶ Cfr. M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni ...*, cit.; V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, op. cit., p. 210. In giurisprudenza, è importante la pronuncia di App. Firenze, 20.05.2015, in www.ilcaso.it, 2015, commento di P. CASTAGNOLI, che ha stabilito il principio secondo cui il concordato con continuità aziendale è un istituto volto a favorire il tempestivo ricorso alla soluzione negoziata della crisi allo scopo che l'azienda non si trovi a dover cessare l'attività e, conseguentemente, disperdere il valore dell'avviamento: una volta che sia cessata l'attività d'impresa non è più possibile ricorrere al concordato con continuità aziendale in quanto, altrimenti, l'istituto sarebbe svuotato della propria *ratio*. Sul tema, v. anche Trib. Alessandria, 18.01.2016, cit.; Trib. Cuneo, 29.10.2013, in www.ilfallimentarista.it, 2013, dove si afferma che l'elemento di diversificazione fra concordato liquidatorio e concordato con continuità aziendale è di tipo oggettivo e non soggettivo, rilevando principalmente che l'azienda sia in esercizio tanto al momento dell'ammissione alla procedura, quanto al momento dell'omologazione del concordato.

3.4.1. *Le modalità di continuazione dell'attività previste dall'art. 186-bis.*

L'applicazione della disciplina del concordato con continuità aziendale dipende in primo luogo dalla chiara ed esplicita volontà del debitore in tal senso, mediante una manifestazione di volontà individuale ed unilaterale. Ciò vuol dire che egli dovrà compiere, al momento della presentazione del concordato, una scelta netta tra concordato con continuità e concordato senza continuità. Qualora opti per la prima soluzione, sarà soggetto all'adempimento di tutti gli oneri formali previsti come presupposti di ammissibilità della procedura: se invece la scelta ricade sul concordato di tipo liquidatorio deve ritenersi «inibita qualsivoglia prosecuzione “di fatto” dell'impresa»⁴⁹⁷.

Se il debitore ha l'intento di proseguire la propria attività ma non dichiara espressamente di voler continuare ad operare in regime di continuità aziendale, la proposta deve essere considerata inammissibile, in quanto impedisce ai creditori di formare un giudizio consapevole sul contenuto del piano⁴⁹⁸.

A tal proposito è stato osservato che, qualora il debitore compia la scelta preliminare di continuazione dell'attività, tale continuazione viene a costituire non solo l'oggetto del piano ma elemento qualificante dello stesso, così che, in tal modo, continuare l'impresa almeno fino all'omologazione del concordato costituisce un'obbligazione vincolante per il proponente⁴⁹⁹. L'art. 186-*bis*, ultimo comma, è chiaro nello stabilire, infatti, che nel caso di cessazione dell'esercizio dell'attività, la procedura si arresta⁵⁰⁰.

Tuttavia, la volontà del debitore, pur essendo una condizione necessaria, non è sufficiente affinché si applichi la disciplina dell'art. 186-*bis*, essendo necessario che ricorra un'ulteriore condizioni oggettiva: infatti, non solo il piano predisposto deve essere esplicito nel contemplare la continuità d'impresa ma è necessario anche che l'attestazione che ad esso si accompagna preveda esplicitamente che la continuazione sia funzionale al migliore soddisfacimento degli interessi dei creditori⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Così F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 13. Sul punto, si veda anche C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, op. cit., p. 394.

⁴⁹⁸ Così Trib. Vicenza, 12.11.2012, in www.ilcaso.it, 2012.

⁴⁹⁹ Cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, op. cit..

⁵⁰⁰ La procedura si arresta anche nel caso in cui la continuazione dell'attività si dimostri manifestamente dannosa per i creditori.

⁵⁰¹ Secondo L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., il piano, il cui contenuto è elemento qualificante della proposta, deve descrivere in modo analitico anche l'eventualità in cui il debitore voglia avvalersi di una soluzione c.d. “mista”, altrimenti, in mancanza di una chiara

Alcuni autori parlano anche di un ulteriore presupposto di natura economico – finanziaria ovvero che la continuazione dell’attività d’impresa deve essere economicamente sostenibile e, dunque, possibile dal punto di vista del rapporto costi/ricavi, utilizzando il c.d. “schema di conto economico scalare”, metodo che consiste, in modo estremamente riduttivo, nel detrarre dal valore della produzione i costi diretti⁵⁰².

Qualora dovessero sussistere tutti i presupposti, il debitore può prevedere che la continuità aziendale si realizzi in tre forme, previste dal primo capoverso dell’art. 186-*bis*, comma I, ovvero mediante: (i) la prosecuzione dell’attività d’impresa da parte del debitore; (ii) la cessione dell’azienda in esercizio; (iii) il conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

Come si vede, sono poste sullo stesso piano le ipotesi di continuità diretta, o soggettiva, dell’impresa e le ipotesi di continuità indiretta, o oggettiva, tanto che parte della dottrina non parla di pluralità di fattispecie quanto piuttosto di un’unica fattispecie articolata in più «sub-fattispecie»⁵⁰³.

L’ipotesi di continuità diretta o oggettiva si realizza quando l’attività continua in capo al debitore⁵⁰⁴ e non sembra creare eccessivi problemi in quanto viene ontologicamente postulato l’esercizio diretto dell’impresa da parte del debitore. Questo tipo di continuità è configurabile anche nelle ipotesi di c.d. “continuità parziale”, cioè nel caso in cui si verifichi continuità in relazione solo ad un ramo d’azienda, nonché quando la continuità aziendale sia mantenuta a livello ridotto, o perché viene posta in essere una scissione oppure perché vengono liquidati beni non necessari alla prosecuzione dell’attività⁵⁰⁵. Infine, il debitore può chiedere di

enunciazione in tal senso, il concordato risulta inammissibile per mancata informazione dei creditori che si ritroverebbero ad approvare un piano senza conoscere le reali intenzioni di chi lo propone. L’A. sostiene, infatti, che «La continuità aziendale rileva dunque sempre a livello di piano: l’azienda è lo strumento, diretto o indiretto, della provvista necessaria per adempiere alla proposta; essa può altresì rilevare anche a livello di proposta, nei limitati casi in cui ai creditori sia promessa una soddisfazione dipendente dal futuro andamento dell’impresa (mediante l’attribuzione di una parte degli eventuali utili futuri o addirittura di quote di capitale o strumenti finanziari)».

⁵⁰² Sull’argomento, si vedano C. BIANCO, *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 19.12.2012, p. 3; R. GUIDOTTI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, pp. 12 ss.; C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, *op. cit.*, p. 395.

⁵⁰³ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁰⁴ Costituisce il moderno concordato di ristrutturazione in quanto il gestore dell’azienda continua ad essere colui che ha proposto domanda di concordato.

⁵⁰⁵ Cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, *cit.*, p. 1229. Sul tema della proposizione di concordato con continuità da parte di una società in liquidazione, v. S. TURELLI, *Gestione dell’impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012. Secondo C. TRENTINI, *I concordati preventivi*, *op. cit.*, p. 395, in ogni caso l’attività d’impresa non deve cessare nel corso della procedura, altrimenti trova applicazione l’art. 186-*bis*, ultimo comma. Si veda anche Trib.

proseguire in proprio l'attività anche nel caso la società sia stata posta in liquidazione, in quanto il concordato con continuità aziendale esula dai limiti dell'art. 2487 c.c. e, dunque, la società può formulare la proposta previa revoca dello stato di liquidazione e ricapitalizzazione *ex art. 2487-ter c.c.*⁵⁰⁶.

Con riguardo alle ipotesi di continuità indiretta o oggettiva, occorre riflettere sul fatto che esse potrebbero essere considerate quali ipotesi ascrivibili al concordato con natura liquidatoria, come effettivamente era fatto prima del 2012⁵⁰⁷. Il legislatore ha arginato tale apparente incongruenza mediante la locuzione «in esercizio» che, come visto, rappresenta uno dei limiti per l'applicazione del concordato con continuità in luogo della disciplina generale⁵⁰⁸.

Secondo parte della dottrina, affinché le ipotesi di continuità indiretta possano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 186-*bis* è necessario che la continuazione dell'attività sia prevalente rispetto alla sua cessione⁵⁰⁹: in altri termini, deve sussistere uno stretto rapporto tra la soddisfazione degli interessi dei creditori e la prosecuzione dell'attività d'azienda⁵¹⁰.

Mantova, 11.07.2014, in www.ilcaso.it, 2014; L. VAROTTI, Trib. Reggio Emilia, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, 25.10.2012, p. 7.

⁵⁰⁶ A tal proposito, v. Trib. Trento, 19.06.2014, in *Pluris*.

⁵⁰⁷ Cfr. M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, *cit.*, nonché S. AMBROSINI, *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, *cit.* i quali sostenevano, come sopra riportato in nota, che la cessione d'azienda non configurasse un tipo di continuità indiretta quanto piuttosto un concordato per *cessio bonorum*, non ritenendo ammissibile un concordato di ristrutturazione con continuazione dell'attività in modo indiretto. Per l'orientamento contrario, cfr. *supra*, in nota.

⁵⁰⁸ Così, in nota, V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁰⁹ Cfr. A. LOLLÌ, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 1092; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi e delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al D.L. n. 83/2012, conv. dalla L. n. 134/2012*, Bologna, 2013, p. 19. In proposito, come affermato da V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 212, «Laddove il piano dovesse prevedere semplicemente la liquidazione del compenso in danaro da distribuire tra i creditori, la domanda di concordato non dovrebbe essere presentata ai sensi dell'art. 186-*bis*, ma più semplicemente a norma dell'art. 160. L'ambito di applicazione della disciplina sarebbe quindi da determinarsi in funzione del rapporto tra flussi di cassa direttamente conseguibili dalla prosecuzione dell'attività d'impresa e pagamento dei creditori».

⁵¹⁰ La già citata pronuncia delle Sezioni Unite, sentenza n. 1521/2013, parla di rilevanza della continuazione dell'esercizio dell'azienda: affinché sussista il requisito in parola, il debitore che presenta domanda di concordato deve esercitare l'attività non in un'ottica meramente liquidatoria, ma piuttosto, come nota V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 215, orientata al mantenimento della *professionalità, organizzazione ed economicità*, anche se in vista di una sua futura cessione». Si veda anche A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, *cit.*, secondo il quale assume un carattere fondamentale il rapporto tra la continuazione dell'attività d'impresa durante la procedura e il maggior soddisfacimento dei creditori, nel senso che, qualora la prosecuzione dell'attività risulti funzionale ad un miglioramento delle prospettive di soddisfacimento, il fatto che l'impresa prosegua e poi venga ceduta in blocco non sembra influire sulla configurazione di tale fattispecie come rientrante nella disciplina in tema di concordato con continuità aziendale. La recente giurisprudenza di merito configura la continuità

Tornando, dunque, all'esame delle «sub-fattispecie» elencate dal legislatore, la seconda, ossia la cessione dell'azienda in esercizio, non pone particolari problemi concettuali: con questo tipo di continuità, i creditori sono soddisfatti con il ricavato della cessione al terzo e quindi assume estrema importanza la regolarità e la pienezza dell'adempimento da parte del cessionario. Infatti, il terzo potrà pagare immediatamente oppure in un secondo momento, utilizzando i flussi generati dalla continuità e dalla relativa salvaguardia del valore di avviamento.

La continuità indiretta mediante cessione dell'azienda in esercizio pone, piuttosto, problemi dal punto di vista attuativo, in relazione al momento in cui la cessione deve essere effettuata. La cessione può avvenire durante la procedura o deve necessariamente avvenire successivamente all'omologazione?

Il problema si pone in quanto da un lato la disciplina del concordato con continuità ammette la cessione (e il conferimento) dell'azienda in esercizio; dall'altro, però, l'ultimo comma dell'art. 186-*bis* prevede che la cessazione dell'esercizio dell'attività d'impresa comporta la revoca dell'ammissione al concordato.

Per rispondere alla domanda è necessario preliminarmente considerare che la vendita (o il conferimento) dell'azienda prima dell'omologazione può essere nell'interesse dei creditori, rispettando dunque uno dei presupposti previsti per l'applicazione della disciplina *ex art. 186-bis*. Questo perché la gestione dell'azienda in concordato, nonostante le norme introdotte intese ad agevolarla, è faticosa e complicata, fatto che potrebbe danneggiare il valore aziendale qualora non si provveda alla cessione della stessa⁵¹¹. In altri termini, si applica la disciplina prevista per il concordato con continuità in quanto la temporanea prosecuzione dell'attività è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori dal momento che è ricollegata alla salvaguardia dei valori aziendali, in vista di una successiva cessione (o conferimento)⁵¹².

indiretta come «continuità sotto forma di risanamento traslativo indiretto»: in tal senso, si veda Trib. Roma, Sez. fall., decreto, 24.03.2015, in *Fallimento*, 2016, 1, p. 79 nota di G. P. MACAGNO.

⁵¹¹ Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1230, il quale cita come esemplificativi i casi Lehman Brothers e Chrysler, ipotesi in cui è avvenuto l'accesso ad una procedura di risanamento (nel caso di specie, *Chapter 11*) sebbene si sia ricorso alla vendita immediata dell'azienda. Nel caso di Chrysler, l'azienda è stata venduta in circa 40 giorni dall'apertura della procedura; l'azienda Lehman Brothers in meno di una settimana.

⁵¹² In tal senso si veda F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 8, che parla di «continuità temporanea».

Dal punto di vista operativo, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere possibile la cessione in corso di procedura, poiché nessuna norma lo vieta e nessuna ragione porta a ritenere sussistente un'eventuale violazione dei principi generali dell'ordinamento⁵¹³. Nulla, infatti, impedisce, come espresso dalla dottrina maggioritaria⁵¹⁴, che il giudice delegato, in attuazione del piano di concordato, autorizzi la cessione dell'azienda nel corso della procedura.

Tale impostazione trova espressa conferma nello spirito dell'art. 186-*bis* che al comma III prevede che «il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni»: se fosse possibile procedere alla cessione dell'azienda solo dopo l'omologazione, il comma III sarebbe sostanzialmente inutile, in quanto, come notato da autorevole dottrina, in tale ipotesi si applica il disposto dell'art. 108, comma II, tramite il rinvio contenuto nell'art. 182⁵¹⁵.

Con riferimento al problema di compatibilità della cessione *ante* – omologazione con il disposto dell'art. 186-*bis*, ultimo comma, è da notare che nello spirito della nuova norma la cessione dell'azienda rappresenta l'attuazione di quanto previsto dal piano, dunque lo scopo della procedura: di conseguenza, non sussiste alcun problema di compatibilità⁵¹⁶.

⁵¹³ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit.; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit. In giurisprudenza, Trib. Roma, 29.01.2014, in www.ilfallimentarista.it, secondo cui tutte le volte in cui il piano concordatario prevede la cessione dell'azienda in esercizio a terzi si avrà sempre un concordato con continuità aziendale, in quanto il disposto dell'art. 186-*bis* prevede anche l'ipotesi in cui il piano concordatario contempli la dismissione dell'azienda. Ancora più chiaro Trib. Reggio Emilia, 21.10.2014, in www.ilfallimentarista.it, che afferma che si debba qualificare come concordato preventivo con continuità aziendale quello il cui piano prevede la cessione dell'azienda in esercizio, indipendentemente dal fatto che il godimento dell'azienda sia stato concesso a terzi in data anteriore al deposito del ricorso. Anche prima della novella del 2012, la giurisprudenza aveva configurato come concordato di ristrutturazione quel concordato il cui piano prevedesse la cessione dell'azienda in esercizio. A tal proposito, v. Trib. Verona, 18.11.1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1825.

⁵¹⁴ In particolare, cfr. G. LO CASCIO, *La vendita dell'azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 337 ss..

⁵¹⁵ Cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1231.

⁵¹⁶ Si veda sempre L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1231 – 1232. L'A. nota come al concordato con continuità non si applichi il disposto dell'art. 2560, comma II, c.c., che prevede la responsabilità dell'acquirente per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta e risultanti dalle scritture contabili. Osserva infatti l'autore che il disposto civilistico non si applica alle cessioni in esecuzione del concordato ai sensi dell'art. 182, comma III, L. Fall. che ritiene applicabile la disciplina prevista dall'art. 105 L. Fall. (in particolare, il comma IV) e per il concordato con continuità non esiste alcuna norma derogatoria in tal senso. Ne deriva la disapplicazione della responsabilità ex 2560, comma II, c.c. onde favorire la continuità aziendale dell'impresa.

La terza «sub-fattispecie» prevista è quella della continuità indiretta mediante il conferimento dell'azienda in una (o più) società, anche di nuova costituzione: sono evidenti, anche sotto il profilo lessicale, le analogie di tale tipologia di continuità con la liquidazione mediante conferimento del curatore nella procedura fallimentare prevista dall'art. 105, comma VIII, L. Fall⁵¹⁷.

Con il conferimento, il debitore trasferisce l'azienda in una o più società⁵¹⁸ (il più delle volte di nuova costituzione) e il soddisfacimento dei creditori avviene o dal debitore mediante il corrispettivo della cessione della partecipazione oppure direttamente dalla società conferitaria che si pone, dunque, come assuntore del concordato.

In ognuna delle tre ipotesi sopra descritte, i creditori saranno esposti ai rischi della riduzione dei valori dell'attività e della eventuale maturazione di determinate prededuzioni, rischi insiti nella continuazione dell'attività d'impresa.

Da ultimo, occorre fare un breve cenno all'ipotesi di concordato con continuità c.d. "misto": infatti, in questo caso è meno certa l'attribuzione di concordato con continuità aziendale dal momento che alla prosecuzione dell'attività si affianca la liquidazione dei beni non strumentali all'attività di impresa, secondo quanto previsto dall'ultimo periodo dell'art. 186-*bis*, comma I.

Secondo parte della dottrina⁵¹⁹, si deve applicare anche in questa circostanza la teoria dell'assorbimento o della prevalenza, ovvero quel criterio ermeneutico che conduce all'applicazione dello schema negoziale al quale siano riconducibili gli elementi prevalenti⁵²⁰. Di diverso avviso alcune pronunce della giurisprudenza di merito, secondo le quali per individuare la disciplina di concordato applicabile non si debba applicare il criterio della prevalenza, bensì quello della «combinazione», criterio che prevede l'applicazione della disciplina volta per volta più confacente con la porzione di piano concordatario che viene in esame, con l'ulteriore conseguenza che, per l'attuazione della parte liquidatoria del piano, il Tribunale deve nominare il liquidatore giudiziale⁵²¹.

⁵¹⁷ Per approfondire il tema della continuità aziendale mediante conferimento, si consiglia la lettura di F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 26.06.2012, pp. 31 ss.

⁵¹⁸ L'azienda viene trasferita, di regola, prova di debiti, salvo che il debitore non intenda espressamente trasferirli.

⁵¹⁹ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 114 – 116.

⁵²⁰ Così Cass. Civ., 12.12.2012, n. 22828, in *Dir. e giust.*, 2012.

⁵²¹ Così Trib. Ravenna, Sez. fall., 28.04.2015, in *Fallimento*, 2015, 7, p. 858. Di avviso diametralmente opposto S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 115, il quale ritiene

Dunque, il concordato avente natura c.d. mista ben può essere considerato concordato con continuità in quanto, come dispone lo stesso art. 186-*bis*⁵²², la prosecuzione dell'attività può prevedere la liquidazione di tutti i cespiti immobiliari e mobiliari che non risultino strettamente necessari e funzionali all'esercizio dell'impresa⁵²³. Infatti, nell'art. 186-*bis*, ultimo periodo, è insita la volontà di favorire, per quanto possibile, il ricorso a soluzioni concordatarie non esclusivamente liquidatorie in modo tale che non si verifichi l'unico risultato «della progressiva “desertificazione” del tessuto produttivo, imprenditoriale ed occupazionale del paese»⁵²⁴.

In ogni caso anche nelle ipotesi di cessione rientranti nell'ambito di operatività dell'art. 186-*bis*, potranno essere applicate, se ed in quanto compatibili, le modalità di vendita previste per la disciplina generale dall'art. 182 L. Fall..

L'enumerazione delle «sub-fattispecie» di continuità aziendale contenuta nell'art. 186-*bis*, comma I, non costituisce un'elencazione tassativa.

Sebbene l'art. 186-*bis* scandisca singole soluzioni operative e non fornisca un criterio generale che individui quando si verifichi la continuità aziendale⁵²⁵, la teoria della tassatività delle modalità di continuazione previste dal comma I non convince⁵²⁶, in quanto rimangono fuori dalle ipotesi di gestione della crisi d'impresa mediante l'intervento di un terzo istituti quali le operazioni straordinarie e, soprattutto, l'affitto d'azienda, molto utilizzati nella pratica.

superfluo nominare il liquidatore giudiziario nell'ipotesi di continuità aziendale. A parere di chi scrive, la pronuncia del Tribunale di Ravenna rischia di rendere la procedura farragginosa ed ancora più costosa.

⁵²² Come è stato notato da A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa ...*, cit., p. 302, la precisazione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 186-*bis*, comma I, pone numerosi interrogativi dato che si innesta, nel concordato con continuità, una fase che è tipicamente liquidatoria.

⁵²³ V. Trib. Ravenna, 19.08.2014, in www.ilfallimentarista.it, nota di CAMPIONE. Nello stesso senso, Trib. Rimini, decreto, 10.09.2015, in *Fallimento*, 2016, 1, p. 118 che ritiene omologabile un concordato preventivo avente natura mista.

⁵²⁴ Così Trib. Ravenna, decreto, 19.08.2014, cit..

⁵²⁵ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo ...*, op. cit., pp. 220 – 221, pone in luce come, a differenza dell'ordinamento italiano, l'art. 229 della legge tedesca sull'insolvenza, che si ritiene affine al concordato con continuità aziendale, prevede soltanto la continuazione dell'esercizio d'impresa da parte del debitore o di un terzo, senza enunciare modalità specifiche. Secondo l'A., in ogni caso «l'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 186-*bis* non ha valore cogente, ma è da ricomprendersi nella fattispecie di concordato con continuità aziendale ogni forma di esercizio diretto o indiretto dell'impresa, anche diverso dalla cessione e dal conferimento, purchè finalizzata al perseguimento della causa concreta della procedura».

⁵²⁶ Secondo Cass. Civ., SS. UU., 23.01.2013, n. 1521, la causa concreta della procedura di concordato con continuità aziendale «non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata».

3.4.2. *Le operazioni straordinarie*

Prima di ogni considerazione di merito, è necessario chiarire cosa si intenda per operazioni straordinarie⁵²⁷: si tratta di una categoria mutuata dalla scienza aziendalistica per mezzo della quale si individuano tutti gli atti o procedimenti finalizzati alla riconfigurazione della struttura dell'impresa al fine di adeguarla alle mutate esigenze interne e/o esterne⁵²⁸.

In questa sede, data l'ampiezza delle operazioni configurabili come "straordinarie"⁵²⁹, accenneremo esclusivamente alle operazioni straordinarie c.d. corporative (poiché investono la struttura dell'organizzazione societaria) e, in particolare, alla scissione ed alla fusione. Queste due operazioni rivestono un'importanza fondamentale nell'ambito delle procedure concorsuali a carattere conservativo, con particolare riguardo al concordato preventivo con continuità aziendale.

Fino alla riforma del diritto societario del 2003 le operazioni straordinarie di natura corporativa venivano quasi pacificamente ritenute incompatibili con le procedure concorsuali, tanto di tipo liquidatorio quanto di tipo conservativo, a causa del divieto contenuto nell'art. 2501 c.c.⁵³⁰.

Tale divieto è stato espressamente abrogato dalla riforma del diritto delle società del 2003 e, grazie alle disposizioni contenute anche nei successivi interventi legislativi⁵³¹, le operazioni straordinarie sono state ritenute ammissibili nelle

⁵²⁷ Il concetto di "operazione straordinaria" compare, in particolare, nell'art. 16 della *Proposta di legge, con relazione, di iniziativa dei deputati Veltroni ed altri, n. 6751*, presentata il 10 febbraio 2000, in M. VIETTI – F. AULETTA – G. LO CASCIO – U. TOMBARI – A. ZOPPINI, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2006, p. 353 dove si legge che «costituiscono operazioni societarie straordinarie le operazioni di trasformazione, fusione, scissione e quelle derivanti dallo scambio di partecipazioni di controllo».

⁵²⁸ Così G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fallimento*, 9, 2009, p. 1093.

⁵²⁹ Sono infatti operazioni straordinarie anche i contratti che determinano un mutamento della titolarità dell'azienda attraverso il suo trasferimento, o la cessione di suoi rami o di sue parti rilevanti (come, ad es., le operazioni di vendita, affitto, conferimento d'azienda, trasferimento di pacchetti azionari).

⁵³⁰ Cfr. A. NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, vol. IX, Torino, 1993, pp. 320 ss., che richiama espressamente il divieto posto dall'art. 2501 c.c., ora abrogato. Il legislatore italiano, in sede di attuazione delle direttive comunitarie in tema di fusione e scissione, con il D. LGS. n. 22/1991 vietò, senza esserne obbligato dalle norme comunitarie, il ricorso a fusione e scissione da parte delle società sottoposte a procedura concorsuale.

⁵³¹ Si ricordino, oltre alla riforma del diritto fallimentare del 2005 – 2007, anche gli interventi in tema di amministrazione straordinaria intervenuti nell'arco di tempo tra il 2003 e il 2007. Come evidenzia G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali ...*, op.

procedure concorsuali tanto da essere considerate quali strumenti privilegiati per conseguire gli obiettivi delle procedure stesse⁵³², in particolar modo di quelle conservative⁵³³.

Oggi le operazioni straordinarie sono pacificamente considerate compatibili con la disciplina del concordato preventivo. Basti infatti guardare all'art. 160, comma I, lett. a) che dispone che il piano di concordato preventivo possa prevedere la ristrutturazione dei debiti e il soddisfacimento dei crediti anche mediante le «altre operazioni straordinarie» (e dunque trasformazione, scissione e fusione).

Con riguardo alla disciplina del concordato con continuità è possibile constatare che la scissione risulta giuridicamente affine, in quanto ai suoi effetti, all'operazione di conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione⁵³⁴. Non si vede come allora la scissione possa essere giudicata incompatibile con la disciplina dettata dall'art. 186-*bis*, compatibilità riconosciuta anche dalla giurisprudenza di merito⁵³⁵.

Anche la fusione appare idonea a costituire la causa del piano di concordato con continuità aziendale. Mediante tale operazione si verifica un mutamento della titolarità dell'azienda e il debito si converte in credito: l'impresa in crisi può essere l'incorporata, realizzandosi quindi un'ipotesi di continuità indiretta, ma può essere

cit., p. 1096, anche nella vicenda di Alitalia si è assistito a processi di profonda ristrutturazione che, pur non assumendo la forma della fusione e della scissione, sono approdati al medesimo risultato.

⁵³² Così G. PALMIERI, *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali ...*, *op. cit.*, p. 1094.

⁵³³ Ma non solo. Infatti, nell'ottica di privilegiare in tutte le procedure modalità di risoluzione della crisi volte a evitare la disgregazione del complesso aziendale, il legislatore ha modificato gli artt. 104-*bis* e 105 L. Fall. (in tema di liquidazione dell'attivo, affitto e vendita dell'azienda), l'art. 124 L. Fall. (in tema di concordato fallimentare). L'art. 160 L. Fall. sul concordato preventivo ricalca in tema di contenuto della proposta l'art. 124 L. Fall., come evidenziato da G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, III, Torino, 2008, pp. 415ss.. Nello stesso senso, si veda G. BRUGGER, *Commento all'art. 160*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, II, Roma – Bologna, 2007, pp. 2315 ss..

⁵³⁴ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 221, nota come in entrambi i casi l'azienda o più rami d'azienda vengano trasferiti ad una o più società beneficiarie. Sul tema si vedano anche G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, *cit.*, p. 154; F. GUERRA – M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Rivista delle società*, 2008, I, pp. 95 ss..

⁵³⁵ Secondo Trib. Mantova, Sez. fall., 11.04.2014, *cit.*, il concordato proposto dalla società in stato di insolvenza può qualificarsi con continuità aziendale nell'ipotesi in cui sia prevista una scissione parziale della società in concordato ed assegnazione ad una società preesistente dei beni in proprietà della proponente, con soddisfazione dei creditori mediante il reddito generato dalla nuova impresa, nonché mediante la vendita dei beni non necessari per la prosecuzione dell'attività d'impresa e l'incasso dei crediti.

anche l'incorporante, configurando in tal caso, secondo alcuni autori, un'ipotesi di continuità diretta⁵³⁶.

La dottrina più recente sostiene che, potendo la fusione costituire un possibile contenuto del piano di concordato con continuità, non pare dubbio che la stessa possa assumere la fisionomia di una fusione propria, di una fusione per incorporazione ovvero di una fusione inversa⁵³⁷.

Le operazioni straordinarie, quali la fusione e la scissione (ma non solo), sono sempre più utilizzate per salvaguardare la continuità ed il valore aziendale⁵³⁸ in quanto possono costituire un'opzione concreta da utilizzare nel piano concordatario.

Tuttavia, tali operazioni potrebbero presentare alcune problematiche.

Principalmente può verificarsi una confusione del patrimonio dell'impresa in stato di dissesto con quello dell'impresa sana, arrecando così un danno ai creditori particolari delle società non in crisi: in questo caso, essendo applicabile la disciplina del codice civile, i creditori particolari mantengono il diritto di opposizione all'operazione⁵³⁹.

3.4.3. L'affitto d'azienda

Uno dei problemi maggiormente dibattuti in dottrina e poco chiari in giurisprudenza è la questione della riconducibilità nell'area di applicazione dell'art. 186-*bis* dell'affitto d'azienda, dal momento che la norma non ne fa alcuna menzione.

Anzitutto è necessario distinguere l'affitto «fine a sé stesso» da quello c.d. «prodromico al trasferimento del complesso aziendale o di un ramo di esso»⁵⁴⁰.

Riguardo alla prima ipotesi, è stato pacificamente ritenuto che non si verifica alcuna fattispecie di concordato con continuità aziendale, in quanto il rischio di impresa non si trasferisce ai creditori, bensì ad un soggetto terzo, risultando quindi inutile la valutazione prospettica della gestione con l'indicazione dei costi e dei

⁵³⁶ V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 222.

⁵³⁷ Così V. MANZO, *Operazioni societarie straordinarie in esecuzione di concordato preventivo*, in *Notariato*, 1, 2015, p. 70.

⁵³⁸ Si veda G. COVINO, *Negoziazione e soluzione della crisi di impresa in continuità aziendale: business plan e operazioni straordinarie*, reperibile al link: <http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2014/10/Presentazione-Corso-Avanzato-Alta-Formazione-Covino.pdf>

⁵³⁹ Cfr. V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 222 – 223.

⁵⁴⁰ Questa distinzione, utilizzata a più riprese della dottrina, è compiuta da S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 116, a cui si rimanda per gli ampi riferimenti bibliografici.

ricavi relativi alla prosecuzione dell'attività da parte del soggetto che propone l'ammissione alla procedura di concordato⁵⁴¹.

Inoltre, come è stato osservato, l'affitto d'azienda «fine a sé stesso» deve essere escluso dall'ambito di applicabilità dell'art. 186-*bis* a causa della provvisorietà del trasferimento della proprietà dell'azienda, caratteristica che non permette di ricondurlo né nell'ipotesi di continuità diretta né in quella indiretta⁵⁴².

Per quanto concerne la seconda ipotesi, ovvero l'affitto d'azienda «prodromico alla successiva cessione», è necessario ulteriormente distinguere a seconda che la stipulazione del contratto di affitto costituisca un elemento del piano concordatario, e quindi che venga stipulato successivamente alla domanda dello stesso, o che l'affitto, al momento della domanda, sia già stato concluso.

Nel caso in cui l'affitto d'azienda sia successivo alla domanda, sembra pacifico che il concordato possa essere qualificato “con continuità” e dunque i contratti in corso proseguono venendo ceduti all'affittuario, purché questo si

⁵⁴¹ Infatti, come sostenuto da F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 11, il carattere peculiare del concordato con continuità aziendale è costituito principalmente dal coinvolgimento dei creditori nel rischio della prosecuzione dell'attività imprenditoriale: nell'affitto fine a sé stesso il rischio non sussiste in quanto viene assunto da un terzo e dunque sembra logico escludersi, a parere degli A., la possibilità di configurare tale fattispecie nei termini di un concordato con continuità. Anche secondo D. GALLETI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 03.10.2012, non si può ricondurre l'affitto fine a sé stesso nell'alveo delle ipotesi enunciate dall'art. 186-*bis* in quanto, in ogni caso, il debitore non viene a rispondere delle passività contratte dall'affittuario. Così anche F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 15.11.2013. Secondo V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 224, l'argomentazione circa l'assenza del trasferimento del rischio ai creditori potrebbe essere agevolmente superata considerando che anche nella cessione d'azienda e nel conferimento si verifica il medesimo trasferimento del rischio. In giurisprudenza, nel senso di sottrarre l'affitto fine a sé stesso alla disciplina *ex art. 186-bis*, si veda in particolare Trib. Patti, decreto, 12.11.2013, in *Fallimento*, 2014, 1, p. 114, secondo cui non è possibile configurare un continuità aziendale qualora il contratto di affitto di azienda o di un ramo di essa preesistente alla domanda di concordato sia fine a sé stesso, dunque si tratti di un affitto non finalizzato alla cessione. In tal caso, infatti, non v'è alcuna necessità di garantire i creditori concorsuali dalla prosecuzione dell'attività in quanto l'imprenditore proponente non risponde dei debiti contratti dall'affittuario. Nello stesso senso, v. anche Trib. Terni, 29.01.2013, in www.ilcaso.it, 2013; Trib. Busto Arsizio, 01.10.2014, in www.ilcaso.it, 2014; Trib. Ravenna, 22.10.2014, nota di F. BENASSI; Trib. Cuneo, 29.10.2013, *cit.*; Trib. Monza, Sez. III, 11.06.2013, *cit.*; Trib. Cassino, ordinanza, 31.07.2014, in *Pluris. Contra*, Trib. Bolzano, 27.02.2013, *cit.*, secondo cui l'art. 186-*bis* non distingue tra attività esercitata direttamente e attività esercitata indirettamente, con la conseguenza che l'affitto d'azienda, in ogni caso, può rientrare in una delle ipotesi di continuità espressamente previste dall'art. 186-*bis*.

⁵⁴² Così V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, *op. cit.*, p. 224. Nello stesso senso, Trib. Monza, *cit.*. Tuttavia l'A. sostiene che la compatibilità dell'affitto fine a sé stesso con la disciplina prevista dall'art. 186-*bis* debba essere valutata caso per caso avendo riguardo della causa concreta della procedura, seguendo l'insegnamento di Cass. Civ., SS. UU., 23.01.2013, n. 1521. Nello stesso senso, cfr. A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale ...*, *op. cit.*, p. 1096.

impegni irrevocabilmente al successivo acquisto dell'azienda⁵⁴³. In tal caso il piano dovrà contenere anche una valutazione prospettica sull'andamento della gestione dell'affittuario, sulla base dell'idoneità di questo (che oltre ad essere affittuario è anche promissario acquirente) di far fronte agli impegni grazie al proprio patrimonio ed alla realizzazione di un adeguato piano industriale⁵⁴⁴.

Se, invece, l'affitto è anteriore alla domanda, v'è chi sostiene che non possa applicarsi la disciplina *ex art. 186-bis* in quanto, in pendenza di concordato, continuità non c'è mai stata,⁵⁴⁵ risultando impossibile, dunque, applicare le norme che facilitano il mantenimento del valore dell'azienda, tra cui anche quelle sulla c.d. "continuità contrattuale" (art. 186-*bis*, comma III)⁵⁴⁶. Un altro aspetto che ingenera problemi a tal proposito è il fatto che, per l'applicazione dell'art. 186-*bis*, è il piano che deve prevedere la cessione dell'azienda e non un contratto ad esso precedente⁵⁴⁷.

La materia è ricca di problemi e non è ancora possibile fornire una soluzione univoca. Alcuni autori sostengono che il criterio per stabilire se l'affitto d'azienda possa costituire o meno un metodo per perseguire la continuità aziendale nel concordato sia di tipo oggettivo⁵⁴⁸. Ciò che rileva, secondo questa impostazione, è che l'azienda sia in esercizio, tanto al momento dell'ammissione al concordato,

⁵⁴³ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 116; V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo...*, op. cit., p. 225. Si veda anche quanto stabilito da Trib. Cuneo, cit.; Trib. Avezzano, 22.10.2014, in *Pluris*, prevede esplicitamente che la proposta concordataria ed il relativo piano possono dirsi in continuità qualora la proponente preveda esplicitamente l'obbligo di acquisto dell'azienda in capo all'affittante.

⁵⁴⁴ In tal senso, v. Trib. Bolzano, 27.02.2013, cit.; Trib. Firenze, 19.03.2013, in *Pluris*.

⁵⁴⁵ Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1228. Secondo S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 117 – 118, si pone in realtà un problema solo nel caso in cui venga affidata all'affittuario prima dell'ammissione al concordato tutta l'attività d'impresa: in questo caso il debitore potrebbe essere giudicato privo della qualità di imprenditore commerciale, requisito di accesso alla procedura, in quanto si occupa della mera riscossione dei canoni pattuiti. Tuttavia, come notato da G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, I, Padova, 2001, pp. 553 ss., l'imprenditore rimane tale nonostante l'abbandono dell'attività commerciale fino a quando non abbia completato la liquidazione dell'azienda: si vede come la materia generi notevoli problemi prima di tutto interpretativi che in questa sede, esulando dell'ambito del lavoro, possono solo essere accennati.

⁵⁴⁶ Secondo tale impostazione non troverebbe neppure applicazione il disposto dell'art. 186-*bis*, comma IV, sulla possibilità di concorrere a gare per l'assegnazione di contratti pubblici. Sulla continuità contrattuale e sull'art. 186-*bis*, comma IV, si tornerà *infra*, par. 3.5.

⁵⁴⁷ Tuttavia sussistono dubbi anche in proposito. Nulla vieta che il piano si riferisca ad un contratto già in essere, fondando la propria esecuzione su di esso.

⁵⁴⁸ Tra tutti, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 118.

quanto al momento del successivo trasferimento (che, comunque, deve essere necessariamente previsto per l'applicazione dell'art. 186-*bis*)⁵⁴⁹.

È bene chiarire che nel caso in cui dovesse essere ritenuto che l'affitto d'azienda non sia compatibile con il disposto dell'art. 186-*bis*, il contratto non verrebbe sciolto ma, semplicemente, non verrebbe applicata la disciplina del contratto con continuità aziendale, pur trovandosi concretamente di fronte ad un «concordato di fatto in continuità»⁵⁵⁰.

3.5. Le cautele: le peculiarità del piano concordatario con continuità

Dopo aver analizzato quanto prevede il comma I dell'art. 186-*bis*, è il momento di approfondire il comma II il quale, come detto, insieme ai commi successivi, contiene la disciplina applicabile al concordato con continuità. In particolare il comma II, alle lett. a) e b) pone delle cautele, mentre alla lett. c) disciplina una specifica agevolazione, peculiare del concordato con continuità.

Secondo la dottrina, l'attuale formulazione dell'art. 161 L. Fall. ha definitivamente sancito la distinzione che sussiste fra domanda, proposta e piano che costituiscono tre momenti distinti dell'istituto concordatario, sebbene possano essere contenuti nello stesso atto⁵⁵¹.

Nel concordato con continuità aziendale assume un rilievo fondamentale la strutturazione del piano e l'attestazione che deve accompagnare il piano stesso, stante la particolare circostanza della continuazione dell'esercizio dell'impresa che, come detto, risulta maggiormente critica per i creditori i quali partecipano al c.d. rischio di perdita ed al c.d. rischio di predeuzione. Infatti, non sempre la

⁵⁴⁹ Il rischio, in tal caso, continuerebbe a gravare sul soggetto in concordato, anche se indirettamente. Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 118. In tal senso, si veda anche la recente opinione espressa da G. P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale ...*, cit., p. 91: l'A., inoltre, sostiene che l'affitto d'azienda potrebbe costituire un «mero “strumento ponte” giuridico ed economico finalizzato ad evitare la perdita di funzionalità ed efficienza dell'intero complesso aziendale in vista del successivo passaggio a terzi, per giungere alla cessione o al conferimento della stessa senza il rischio della perdita dei valori intrinseci, primo fra tutti l'avviamento». Secondo E. PAGANI, *Tempi di adempimento ed affitto d'azienda nel concordato con continuità*, in *Giur. comm.*, 2015, pp. 149 ss., l'affitto d'azienda può costituire un «utile strumento proprio per garantire che la cessione di cui all'art. 186-*bis* l. fall. sia, come previsto dalla norma, cessione dell'azienda in esercizio». In proposito, recentemente Trib. Udine, 05.05.2016, in www.ilcaso.it, nota di F. BENASSI, ha confermato che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 186-*bis* anche il caso in cui l'azienda sia stata affittata prima della presentazione della domanda di concordato in quanto il legislatore, prevedendo le ipotesi di continuità indiretta, sembra aver dato rilevanza alla continuità aziendale in senso oggettivo.

⁵⁵⁰ Così, ancora, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 118.

⁵⁵¹ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 97 – 99.

continuazione dell'attività d'impresa si traduce in una maggiore soddisfazione per i creditori: ben potrebbe verificarsi, potenzialmente, un aggravio del disavanzo e, dunque, una soddisfazione ancora minore rispetto a quella che si potrebbe avere in caso di concordato liquidatorio.

Da qui le particolari cautele predisposte affinché i creditori siano correttamente e compiutamente informati riguardo ad un loro migliore soddisfacimento in caso di continuazione dell'attività d'impresa⁵⁵².

Il piano, infatti, nella fattispecie del concordato con continuità, possiede una natura sostanzialmente strategica poiché sarà proprio all'interno del piano che dovrà essere argomentato e, soprattutto, dimostrato il fatto che la prosecuzione dell'attività è idonea a garantire un migliore soddisfacimento dei creditori⁵⁵³.

L'art. 186-*bis*, comma II, lett. a), come si diceva, pone la prima cautela: il piano di cui all'art. 161, comma II, lett e), previsto per la disciplina generale, deve essere integrato con «un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura».

La norma, per quanto sintetica, presenta caratteri tecnici e specialistici che si traducono, nella pratica, nella predisposizione di un vero e proprio *business plan* il cui contenuto deve essere il quanto più possibile specifico al fine di fornire una corretta informazione ai creditori⁵⁵⁴: alcuni autori sostengono che questo tipo di *business plan* si traduca in un vero e proprio piano industriale⁵⁵⁵.

⁵⁵² Cfr. Trib. Ravenna, 19.08.2014, *cit.*, secondo cui le particolari cautele a favore dei creditori previste dall'art. 186-*bis* si giustificano in quanto successivamente all'ammissione alla procedura vi sia un'attività «foriera di rischi» per i creditori e, in particolare, di quello specifico rischio che è rappresentato dalla maturazione di un ulteriore indebitamento in prededuzione, tale da peggiorare le iniziali prospettive di soddisfacimento liquidatorio dei creditori concordati. In senso conforme Trib. Terni, 02.04.2013, *cit.*.

⁵⁵³ Così F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 27. Secondo gli A. e in generale la dottrina maggioritaria, le cautele previste dall'art. 186-*bis*, comma I, lett. a) e b), costituiscono veri e propri requisiti di ammissibilità della domanda di concordato affinché possano essere concessi i benefici della disciplina che prevede la continuità aziendale. In senso contrario si veda l'autorevole, sebbene isolata, opinione di F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, *cit.*, espressa all'indomani della novella del 2012, secondo la quale non si può parlare di veri e propri requisiti di ammissibilità. Anche la giurisprudenza segue l'impostazione della dottrina maggioritaria: v. in proposito Trib. Milano, 30.05.2013, *cit.*, secondo cui in mancanza di un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi mancano i presupposti per qualificare un concordato in opzione di continuità aziendale.

⁵⁵⁴ Così F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 28; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 120.

⁵⁵⁵ Si veda in proposito A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, *cit.*.

I dati, sulla base di una «valutazione prognostica»⁵⁵⁶, dovranno essere argomentati con cura al fine di consentire la c.d. valutazione di fattibilità da parte del Tribunale, il quale, come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte⁵⁵⁷, svolge un ruolo fondamentale tanto nella fase di ammissibilità ed omologazione della domanda, quanto in una eventuale fase di revoca⁵⁵⁸. Si nota come il Tribunale svolga un ruolo più ampio nel concordato con continuità rispetto a quello che esercita nel concordato senza continuità, ruolo che perdura per tutta la procedura e non solo nella fase di ammissione, in quanto l'organo giudicante è chiamato ad autorizzare alcuni atti particolarmente rilevanti, come, ad esempio, il pagamento di crediti anteriori, l'ottenimento di finanziamenti prededucibili e lo scioglimento dei contratti in corso⁵⁵⁹.

Il legislatore, dunque, stabilisce che, quando è proposta una domanda di concordato con continuità, il debitore dovrà indicare analiticamente i risultati attesi dalla prosecuzione dell'attività e come in concreto essa sarà finanziata, per tutto il periodo in cui la continuazione dell'impresa sia rilevante per i creditori, cosa che dipende, come visto *supra*, dal tipo di continuazione prevista nel piano di concordato⁵⁶⁰.

Altro requisito del piano è la chiarezza e la semplicità espositiva con il quale esso dovrà essere redatto.

⁵⁵⁶ G. FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azionalista*, cit., p. 1014.

⁵⁵⁷ Ci riferiamo sempre a Cass. Civ., SS. UU., 23.01.2013, n. 1521.

⁵⁵⁸ Secondo G. FARNETI, *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azionalista*, cit., p. 1015, il Tribunale può esprimere un giudizio, in ipotesi di non fattibilità della valutazione prognostica, «che sia difforme da quello dell'attestatore che assevera la proposta concordataria, atteso che quest'ultimo è un ausiliario del giudice ed eventualmente anche in modo difforme dalle valutazioni espresse dal Commissario». Secondo I. PAGNI, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, pp. 286 ss., il controllo del Tribunale non è un controllo di secondo grado, quindi destinato a valutare solo la completezza e la congruità logica delle affermazioni del professionista, ma si esercita direttamente sugli elementi che l'attestatore fornisce «in veste di ausiliario del giudice, dalle cui valutazioni, il tribunale è libero di discostarsi, come fa nelle valutazioni non condivise, che gli siano offerte da un qualunque suo ausiliario».

⁵⁵⁹ M. CAMPOBASSO, *Nuovi e vecchi problemi nel concordato preventivo con "continuità aziendale"*, in F. BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 40, vede con favore questo ampliamento dei poteri del Tribunale dal momento che «ben difficilmente si potrebbe rimettere la valutazione di merito sulla prosecuzione aziendale ai soli creditori, perché la prosecuzione dell'attività d'impresa può danneggiare irreparabilmente la massa patrimoniale ben prima che i creditori abbiano avuto modo di votare sulla proposta».

⁵⁶⁰ Si veda L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1225 il quale nota che il debitore «dovrà approntare, per tutto il lasso di tempo rilevante nel caso concreto, i conti economici, i piani di cassa e [...] gli stati patrimoniali prospettici (elemento, quest'ultimo, fondamentale [...])».

In particolare sono state identificati quattro caratteristiche fondamentali che il piano deve rispettare. Esso dovrà essere (i) credibile, esponendo obiettivi realisticamente raggiungibili (ii) sostenibile, sotto il profilo della gestione imprenditoriale e finanziaria (iii) verificabile, con indicazione precisa e dettagliata dei costi e dei ricavi e (iv) motivato, indicando chiaramente le azioni che verranno intraprese⁵⁶¹.

L'art. 186-*bis*, comma II, lett. b), prevede un'ulteriore cautela: la relazione prevista dall'art. 161, comma III, L. Fall., deve anche attestare che la prosecuzione dell'attività sia funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori⁵⁶².

Occorre, dunque, ottenere un'attestazione circa il fatto che i proventi dell'attività in continuità diretta o, in alternativa, «l'incasso derivante dalla collocazione dell'azienda in funzionamento sul mercato» consentano di corrispondere ai creditori un guadagno più elevato rispetto a quello che, con ogni probabilità, riceverebbero nel caso di concordato liquidatorio⁵⁶³.

La predisposizione di un piano analitico e la necessità di un'attestazione “rafforzata” costituiscono gli oneri previsti dal legislatore in capo al soggetto che propone la domanda di concordato con continuità.

⁵⁶¹ Così G. COVINO – L. JANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva*, in www.ilfallimentarista.it, 03.09.2013. Secondo M. FABIANI, *Concordato preventivo, cit.*, il piano industriale così predisposto deve contemplare la prosecuzione dell'attività per un arco di tempo ragionevole che consenta di compiere previsioni fondate. Trib. Monza, 13.02.2015, in www.ilcaso.it, configura il concordato con continuità come concordato con garanzia, facendo derivare da tale configurazione l'obbligo per il proponente di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti.

⁵⁶² Secondo S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo, cit.*, p. 120, la cautela deriva dal fatto che il concordato preventivo con continuità aziendale, a differenza dell'amministrazione straordinaria, resta a tutti gli effetti una procedura concorsuale finalizzata al perseguimento dell'unico obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori. L'importanza di questa cautela e del ruolo del professionista attestatore è confermata anche dall'introduzione dell'art. 236-*bis* L. Fall. che prevede una nuova fattispecie di reato, il falso in attestazioni e relazioni, rivolta al professionista, designato dal debitore, nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, concordato con continuità aziendale ed accordi di ristrutturazione (oltre che nel caso previsto dall'art. 182-*quinquies*). Sul tema si veda F. CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fallimento*, 2014, pp. 1116 ss..

⁵⁶³ Cfr. L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, 03.08.2012. Così anche Trib. Ravenna, 19.08.2014, *cit.*. In giurisprudenza, v. Trib. Mantova, 09.10.2014, *cit.*, secondo cui l'attestatore opera una comparazione tra la prosecuzione dell'attività come prospettata nel *business plan* della società che prosegue l'attività e come recepita nel piano concordatario e la liquidazione dei beni in sede concorsuale.

Tuttavia, come è stato autorevolmente notato, accanto al complesso di oneri appena delineato, si affiancano una serie di «onori», ovvero di agevolazioni previste al fine di incentivare il ricorso all'istituto⁵⁶⁴.

3.6. Le agevolazioni

Il legislatore prevede una serie di agevolazioni per il concordato che rientri nella disciplina dettata dall'art. 186-*bis* e, in particolare, viene prevista la moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, la continuità dei contratti pendenti e la possibilità di partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici⁵⁶⁵.

3.6.1. La moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio

La prima agevolazione dettata in modo specifico per il concordato con continuità aziendale⁵⁶⁶ è quella prevista dall'art. 186-*bis*, comma II, lett. c), il cui primo periodo dispone che il piano concordatario può disporre una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione e fermo quanto previsto dall'art. 160, comma II, L. Fall..

La previsione ha destato non poche perplessità e divergenze di interpretazione, in quanto, come si vedrà, non è facile individuarne con esattezza il

⁵⁶⁴ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 121.

⁵⁶⁵ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1226, individua sette agevolazioni normative, di cui quattro sono specifiche per il concordato con continuità, mentre le altre sette sono comuni a tutte le forme di concordato. Le tre agevolazioni di cui si tratta nel testo sono specifiche del concordato con continuità (anche se, alla luce del nuovo Codice degli Appalti, la partecipazione ad una gara di affidamento di concessioni e lavori pubblici e la c.d. continuità contrattuale sembrano non costituire più un beneficio specifico per il concordato con continuità aziendale; v. *infra*): un'ulteriore agevolazione specifica è costituita dalla possibilità di pagare i fornitori strategici per la continuazione dell'attività di impresa ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma V, L. Fall.. Le tre agevolazioni generali sono costituite dalla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione (art. 182-*sexies*), dalla possibilità di contrarre finanziamenti prededucibili (art. 182-*quinquies*, commi I, II e III) e dalla possibilità di sciogliere i contratti giudicati eccessivamente onerosi (art. 169-*bis*). Sulle agevolazioni concesse al concordato con continuità, si vedano App. Milano, Sez. I, decreto, 04.02.2015 con nota di M. PALLADINO, *Concordato preventivo – i contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il perimetro operativo della disciplina e l'elaborazione di un modello procedimentale unitario*, in *Giur. it*, 2015, 5, pp. 1147 ss.; App. Milano, 08.08.2013, con nota di B. INZITARI – V. RUGGIERO, *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in *Dir. Fall.*, 2014, II, pp. 11 ss..

⁵⁶⁶ Secondo F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., pp. 43 – 44, è evidente che si tratti di un «contenuto speciale – eventuale e non necessario – del “piano di continuità”».

contenuto e l'ambito specifico di applicazione. La formulazione dell'articolo non è chiara né tantomeno risulta agevole coordinarla con l'art. 160, comma II, espressamente richiamato.

L'art. 160, L. Fall., detta il principio secondo il quale i creditori privilegiati hanno il diritto di conseguire l'integrale soddisfacimento del proprio credito, a differenza dei creditori chirografari; il principio trova una deroga nell'art. 160, comma II, secondo il quale i creditori privilegiati potranno non essere soddisfatti integralmente qualora risulti che la previsione di pagamento sia superiore a quanto realizzato dalla liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la prelazione.

Il principio espresso dall'art. 160 viene ripreso dall'art. 186-*bis*, comma II, lett. c), risultando così applicabile al concordato con continuità aziendale il cui piano dovrà assicurare (i) il trattamento minimo previsto dall'art. 160, L. Fall.⁵⁶⁷. e (ii) in caso di piena capienza, assicurare ai creditori muniti di privilegio il pagamento integrale del credito.

Una differenza che è stata riscontrata fra i due articoli riguarda i termini utilizzati: infatti, l'art. 160, L. Fall., parla di “soddisfacimento in qualsiasi forma” mentre l'art. 186-*bis* parla di «pagamento». Tale diversità sul piano terminologico ha indotto a ritenere che nella previsione dell'art. 160 i creditori privilegiati potranno essere soddisfatti con mezzi diversi da quelli pecuniari; nel concordato con continuità, per il quale l'art. 186-*bis* parla espressamente di «pagamento», i creditori privilegiati, a differenza di quelli chirografari, potranno essere soddisfatti solamente mediante un pagamento in denaro⁵⁶⁸.

Tuttavia, la principale differenza consiste nel fatto che nel concordato con continuità aziendale è possibile ottenere la moratoria fino ad un anno, anche se l'incidenza di tale disposizione dipende dall'interpretazione che si fornisce dell'art. 186-*bis*. La moratoria, infatti, è strumentale rispetto allo scopo di agevolare la continuità aziendale in quanto configura, come si dirà, una sorta di forma indiretta di sostegno al piano previsto.

Passando all'analisi dell'art. 186-*bis*, comma II, lett. c), secondo autorevole dottrina non si pongono problemi nel caso in cui il piano preveda la cessione del

⁵⁶⁷ Il piano deve prevedere una soddisfazione in misura non inferiore al valore ottenibile dai beni, sui quali sussiste la causa di prelazione, in caso di liquidazione.

⁵⁶⁸ Così F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 44. Nello stesso senso, si veda G. NARDECCHIA – R. RANALLI, *Art. 186-bis*, in G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2014.

bene o del diritto in garanzia in quanto sembrerebbe non sussistere la necessità, né a quanto detto la possibilità, di invocare la moratoria *ex lege* poiché il pagamento del creditore munito di prelazione avviene successivamente alla vendita del bene (o alla cessione del diritto)⁵⁶⁹.

Il problema si pone qualora il piano preveda che il bene o il diritto rimanga nella disponibilità del debitore perché funzionale alla prosecuzione dell'attività: in tal caso il pagamento del creditore munito di prelazione su quel bene non deve essere effettuato subito, potendo essere differito fino ad un anno dall'omologazione. Non esistono opinioni concordi riguardo alla durata esatta di tale moratoria, anche se apparentemente non dovrebbero sussistere problemi in quanto il dettato normativo parla esplicitamente di dodici mesi quale durata massima.

Secondo una prima lettura, la moratoria deve essere circoscritta ad un anno, escludendo che si possa prevedere una dilazione maggiore, salvo che ciascun creditore privilegiato vi acconsenta. Gli interessi maturano anche durante il periodo di moratoria e il debitore non può in nessun modo prospettare l'allungamento della dilazione in quanto potrebbero verificarsi gravi conseguenze socio – economiche in caso di dilazione potenzialmente superiore ad un anno. Le azioni esecutive sarebbero bloccate per troppo tempo e i creditori subirebbero danni troppo ingenti: in questo caso, la continuità aziendale non risulta meritevole di tutela in quanto il pregiudizio arrecato ai creditori non è in alcun modo giustificabile⁵⁷⁰.

Secondo un diverso orientamento, invece, se si legge con attenzione la norma si può constatare che, in realtà, viene ammessa la dilazione oltre l'anno. Infatti, l'art. 186, comma II, lett. c), secondo periodo, dispone che nel caso in cui avvenga la moratoria, i creditori non hanno diritto di voto per l'approvazione del piano.

È stato osservato che con la locuzione «in tal caso» il legislatore, nello spirito della salvaguardia dei valori aziendali, ha voluto intendere che la moratoria

⁵⁶⁹ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 121.

⁵⁷⁰ Cfr. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, cit., pp. 62 ss; così anche F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 49. In giurisprudenza si segnalano le pronunce di Trib. Monza, 11.06.2013, cit. che esclude la possibilità di moratoria ultrannuale, definendo a tal proposito l'art. 186-bis, comma II, lett. c), un «limite insormontabile per la salvaguardia della continuità aziendale». Conformi: Trib. Padova, 04.12.2013, in *Pluris*; Trib. Padova, 30.05.2013, in *Fallimento*, 2014, nota di D'ORAZIO; Trib. Trento, 19.06.2014, in www.ilcaso.it, 2014.

ultrannuale è ammessa, salvo compensazione con l'attribuzione ai creditori del diritto di pronunciarsi sulla proposta, per l'intero del proprio credito⁵⁷¹.

La possibilità di moratoria oltre l'anno, mediante la compensazione dell'attribuzione del diritto di voto per l'intero credito ai creditori privilegiati, sembra oggi essere confermato anche dal recente orientamento della giurisprudenza di legittimità⁵⁷² e da alcune pronunce della giurisprudenza di merito⁵⁷³.

Questa impostazione appare più coerente con le finalità della novella del 2012 poiché la limitazione della moratoria ai dodici mesi rischia di pregiudicare notevolmente la costruzione di un piano in continuità: infatti, se i beni sono funzionali all'esercizio d'impresa, «la provvista per il soddisfacimento delle pretese munite di prelazione è giocoforza fornita dai soli flussi di cassa dell'attività»⁵⁷⁴ i quali diventano rilevanti, ai fini della soddisfazione, solo dopo un arco temporale di medio periodo.

3.6.2. La continuità contrattuale

L'art. 186-*bis*, comma III, concede al concordato con continuità aziendale il beneficio che concerne l'inidoneità dell'apertura della procedura a determinare la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione, anche di quelli stipulati con le amministrazioni pubbliche.

Della continuazione, come espressamente previsto, può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Anche in dottrina è stato affermato che la regola della continuità contrattuale opera per tutte le ipotesi di continuità, in quanto non vi sono elementi per escludere che la regola non operi tanto in ipotesi di continuità diretta quanto in ipotesi di continuità indiretta⁵⁷⁵.

La disposizione potrebbe sembrare inutile dal momento che, nel regime delineato dall'art. 169-*bis*, la prosecuzione dei rapporti pendenti costituisce un

⁵⁷¹ In questo senso, si vedano le opinioni di M. FABIANI, *Riflessioni precoci ...*, p. 24; M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 7; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1235.

⁵⁷² Cfr. Cass. Civ., 09.05.2014, n. 10112, in www.ilfallimentarista.it, nota di F. LAMANNA; Cass. Civ., 26.09.2014, in www.ilcaso.it, 2014.

⁵⁷³ Trib. Rovereto, 13.10.2014, in www.ilcaso.it, 2013; Trib. Monza, 23.09.2014, in www.ilcaso.it, 2014.

⁵⁷⁴ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 122.

⁵⁷⁵ In tal senso si vedano G. NARDECCHIA – R. RANALLI, *Art. 186-bis*, cit.; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 63.

effetto naturale della procedura di concordato preventivo in generale⁵⁷⁶: tuttavia, è stato sostenuto in proposito che la precisazione contenuta nell'art. 186-*bis*, comma III, nel caso di concordato con continuità aziendale, è stata introdotta al fine di specificare che la generale previsione contenuta nell'art. 169-*bis* si applica anche ai contratti in corso d'esecuzione stipulati con le amministrazioni pubbliche⁵⁷⁷.

Secondo la giurisprudenza, possono considerarsi «contratti in corso di esecuzione» solo quei contratti che potrebbero essere considerati tali anche nel fallimento e, dunque, i soli contratti a prestazioni corrispettive in cui le reciproche prestazioni non siano state eseguite, anche parzialmente, da entrambe le parti (cfr. art. 72 L. Fall.)⁵⁷⁸. Rimangono di conseguenza esclusi dall'ambito di operatività della previsione in commento i contratti conclusi dall'impresa successivamente al deposito della domanda di concordato, non potendo essere considerati «in corso di esecuzione» al momento del deposito del ricorso⁵⁷⁹.

Secondo la dottrina, la tassatività della regola della prosecuzione dei contratti pendenti è garantita dalla prescrizione dell'inefficacia di ogni patto contrario⁵⁸⁰.

Infatti, ciò che rileva maggiormente in questa disposizione è l'inciso «sono inefficaci eventuali patti contrari». Tale inciso non deve essere letto in modo assoluto: infatti, se è pur vero che viene colpita da inefficacia ogni clausola che limiti la prosecuzione dei contratti in corso qualora venga aperta una procedura di concordato preventivo⁵⁸¹, è pur vero che il terzo, in caso di trasferimento d'azienda,

⁵⁷⁶ Cfr. P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 11.03.2013, pp. 6 ss.. Secondo G. NARDECCHIA – R. RANALLI, *Art. 186-bis, op. cit.*, la disposizione riproduce il principio elaborato dalla dottrina del c.d. “spossessamento attenuato” che si verifica nel concordato preventivo e che non produce alcun effetto sui rapporti pendenti. La previsione normativa ha lo scopo, oltre che di chiarire definitivamente detto principio, anche di rafforzarlo in virtù dell'espressa previsione di inefficacia di eventuali previsioni pattizie in senso contrario.

⁵⁷⁷ Il nuovo codice degli appalti, tuttavia, prevede che la continuità dei contratti stipulati con la P. A. operi anche in caso di concordato senza continuità.

⁵⁷⁸ V. Trib. Milano, 04.11.2014, in *Pluris*; Trib. Treviso, 29.10.2014, in *Pluris*. Un problema particolare concerne la continuazione dei contratti di finanziamento: per l'applicabilità della previsione della continuità contrattuale anche a tali tipi di contratti, si veda A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013, pp. 261 ss.; nello stesso senso, Trib. Terni, 12.10.2012, in *Pluris*.

⁵⁷⁹ Cfr. F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità, op. cit.*, p. 64.

⁵⁸⁰ Si veda A. MAFFEI ALBERTI, *commento sub art. 186-bis*, in *Commentario breve ...*, cit., p. 1329 ss.

⁵⁸¹ Come opportunamente osservato da R. AMATORE, *Concordato con continuità*, in R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo, cit.*, la sanzione di inefficacia dovrebbe colpire anche le clausole inserite in contratti finalizzati alla cessione dell'azienda che prevedono non la semplice intrasferibilità bensì la risoluzione dei contratti stessi in dipendenza del trasferimento dell'azienda a terzi. Nello stesso senso si veda F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, cit..

potrà recedere entro tre mesi dalla notizia del trasferimento se sussiste una giusta causa (si applica il disposto dell'art. 2558, comma II, c.c.)⁵⁸². Inoltre, il disposto della norma in esame non si applica qualora l'altra parte, al momento della presentazione del concordato, abbia già proposto azione di risoluzione del contratto⁵⁸³.

In ogni caso, occorre coordinare il disposto dell'art. 186-*bis*, comma III, con l'art. 169-*bis* che consente lo scioglimento dei contratti giudicati troppo onerosi. I due articoli, sebbene possano sembrare contrastanti, devono essere letti in combinato disposto, in quanto l'agevolazione posta dall'art. 186-*bis*, comma III, costituisce, appunto, una possibilità per il debitore e non certo un obbligo, con la conseguenza che sarà pur sempre facoltà del soggetto proponente quella di chiedere lo scioglimento del rapporto⁵⁸⁴.

Oltre alla prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, l'articolo in esame consente anche la prosecuzione dei contratti in corso stipulati con le pubbliche amministrazioni⁵⁸⁵. Tuttavia, in questo caso, la continuazione dei contratti pubblici stipulati anteriormente al deposito della domanda di concordato con continuità potrà verificarsi solo se l'esperto⁵⁸⁶ attesti la conformità dei contratti al piano e la ragionevole capacità di adempimento del proponente⁵⁸⁷.

L'art. 186-*bis*, comma III, si conclude con la previsione dell'ultimo periodo, secondo il cui disposto, in caso di cessione o conferimento dell'azienda o di suoi

⁵⁸² La giusta causa non potrà essere rappresentata dal trasferimento dell'azienda, ma dovranno sussistere ulteriori e diverse ragioni, come ad esempio l'affidabilità finanziaria del terzo cessionario. Così F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 62.

⁵⁸³ In questo senso la dottrina maggioritaria, fra cui si vedano, in particolare, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, cit.; G. NARDECCHIA – R. RANALLI, *Art. 186-bis*, op. cit.; M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 03.08.2012, p. 8.

⁵⁸⁴ Come sostenuto da F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 63, il proponente che presenti domanda di concordato con continuità «dovrà necessariamente operare, rapporto per rapporto, una valutazione di utilità della prosecuzione, procedendo a "depurare" l'azienda di tutti i rapporti la cui prosecuzione non appaia utile al raggiungimento dei fini del concordato, e cioè, ancora una volta, il miglior soddisfacimento dei creditori».

⁵⁸⁵ Si tratta della prima delle agevolazioni in tema di contratti pubblici: la seconda sarà analizzata nel prossimo paragrafo.

⁵⁸⁶ Professionista designato dal debitore che sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, comma III, lett. d), L. Fall.

⁵⁸⁷ Come recentemente stabilito da Trib. Mantova, 10.09.2015, in *Fallimento*, 2015, 12, p. 1351, non è necessaria alcuna autorizzazione del Tribunale alla prosecuzione dei contratti pubblici in essere al momento della presentazione della domanda di concordato; l'autorizzazione è invece del Tribunale è invece prevista per la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma IV.

rami, il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni⁵⁸⁸.

E' ormai indubbio che, nonostante la collocazione della norma possa generare più di un dubbio, essa operi per tutti i concordati che prevedano una cessione o un conferimento d'azienda, tanto che siano configurabili con continuità, tanto che siano liquidatori⁵⁸⁹.

E' opportuno infine notare che tale cancellazione avviene «all'atto della cessione o del conferimento», a dunque nulla rilevando che il prezzo del trasferimento sia stato o meno riscosso. Il meccanismo di favore che il legislatore delinea nei confronti delle ipotesi di cessione o di conferimento d'azienda⁵⁹⁰ è confermato anche dal fatto che in nessun modo il potere di cancellazione del giudice viene subordinato al fatto che la cessione o il conferimento avvengano dopo l'omologa, potendo operare, dunque, anche nelle ipotesi di cessione o conferimento *ante* - omologa⁵⁹¹.

3.6.3. La partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici

La seconda agevolazione in tema di contratti pubblici è prevista dall'art. 186-*bis*, commi IV e V, i quali precisano che l'ammissione al concordato preventivo non impedisce, a determinate condizioni, la partecipazione a procedure di assegnazione pubbliche.

Per poter partecipare alla gara, l'impresa deve presentare, ai sensi dell'attuale art. 186-*bis*, comma V:

1. una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma III, lett. d), che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto (lett. a)⁵⁹²;

⁵⁸⁸ Come A. MAFFEI ALBERTI, *commento sub art. 186-bis*, in *Commentario breve ...*, cit., la disposizione ricalca quanto previsto dall'art. 108, ultimo comma, L. Fall., in tema di liquidazione fallimentare.

⁵⁸⁹ Cfr. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, cit.; NIGRO – VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, cit. Secondo gli A. l'art. 186-*bis*, comma III, costituisce una ripresa della previsione ex art. 64, D. LGS. 270/1999 in tema di amministrazione straordinaria.

⁵⁹⁰ A parere dello scrivente, l'incentivo a ricorrere alle ipotesi di c.d. continuità indiretta è dovuto al fatto, sempre più evidente, che i creditori, per approvare la richiesta di concordato con continuità aziendale, richiedono che la prosecuzione dell'attività non sia affidata allo stesso soggetto che ha condotto l'azienda nello stato di dissesto, rivendicando la c.d. "discontinuità manageriale".

⁵⁹¹ In questi termini F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 69 – 70.

⁵⁹² La peculiarità di tale attestazione, in sostanza non diversa da quella prevista per la mera continuità contrattuale, si caratterizza per il fatto che risulta ad essere prodotta in sede di gara, in quanto

2. la dichiarazione con la quale un altro operatore, in possesso di tutti i requisiti necessari per l'affidamento dell'appalto, si impegna «nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare esecuzione all'appalto» (lett. b)⁵⁹³.

Inizialmente l'art. 38, D. LGS. n. 163/2006 (Testo Unico degli Appalti) affermava la radicale incompatibilità fra concordato preventivo e partecipazione a procedure di affidamento: la novella del 2012, con l'art. 33, comma II, L. 134/2012, oltre ad introdurre l'art. 186-*bis*, con la previsione, al comma IV, della possibilità di partecipare alle procedure di assegnazione di contratti pubblici al ricorrere di determinate circostanze, ha modificato l'art. 38, D. LGS. *cit.*, comma I, lett. a), che ora prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori dei soggetti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo, «salvo il caso di cui all'art. 186-*bis* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

Nell'ottica di favorire l'emersione anticipata della crisi ed il ritorno in *bonis* dell'impresa, dunque, la novella del 2012 non ha disposto il solo principio della continuazione di eventuali contratti pubblici stipulati prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato con continuità ma ha stabilito che l'impresa ammessa alla procedura di concordato con continuità potesse comunque prendere parte alle procedure di assegnazione.

L'introduzione di tale previsione, sebbene di grande rilievo, comportò, tuttavia, non pochi problemi di interpretazione da parte della giurisprudenza. Infatti,

l'attestazione di cui all'art. 186-*bis*, comma III, e quella in parola riguardano fattispecie diverse, con finalità altrettanto diverse. La prima mira a tutelare i creditori, la seconda, invece, serve a fornire una tutela alla stazione appaltante pubblica e agli altri concorrenti. Così F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 71; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, *cit.*.

⁵⁹³ Secondo autorevole opinione, il ruolo della seconda impresa, ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma V, lett. b), non deve essere riferito alla capacità di adempimento in sé ma va piuttosto qualificato come una sorta di garanzia esterna: il ruolo dell'altro operatore non è previsto a tutela dei creditori ma della "controparte contrattuale pubblica". Con tale disposizione la stazione appaltante riceve ampia tutela non solo sul fatto che il contratto verrà portato a termine ma anche che ciò avverrà alle condizioni originariamente pattuite. Così G. NARDECCHIA – R. RANALLI, *Art. 186-*bis**, *op. cit.*; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, *op. cit.*, p. 72. Secondo G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in www.ilcaso.it, 20.01.2014, il requisito si ricollega all'ipotesi dell'istituto dell'avvalimento.

tanto l'art. 186-*bis* quando parla di «ammissione al concordato preventivo», quanto l'art. 38 del Testo Unico, secondo cui è sufficiente che «sia un corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni [ovvero: fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo]» per determinare l'esclusione da ogni gara pubblica, non delimitavano a sufficienza l'ambito di applicazione dell'art. 186-*bis*, comportando incertezze circa il momento in cui l'impresa potesse prendere parte alla gara⁵⁹⁴.

Dapprima intervenne il Consiglio di Stato⁵⁹⁵ che ritenne che non potesse essere esclusa da una gara di appalto una ditta che aveva presentato l'offerta prima di essere stata ammessa alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale: ciò in quanto la finalità della L. del 2012 consiste nel salvaguardare i valori aziendali e permettere il ritorno *in bonis* dell'impresa in crisi. Poco dopo, sempre il Consiglio di Stato⁵⁹⁶, mutò il proprio orientamento: venne stabilito che, nel periodo intercorrente fra il deposito della domanda ed il decreto di ammissione, l'impresa in concordato non potesse partecipare a gare per l'affidamento di concessioni o contratti pubblici, in quanto si sosteneva che, nonostante le finalità del diritto fallimentare riformato, la materia delle gare pubbliche necessitasse di cautele ulteriori.

Ogni questione di tal genere sembra esser stata risolta dall'introduzione, ad opera dell'intervento correttivo del 2014⁵⁹⁷, dell'art. 186-*bis*, comma IV, il quale adesso dispone che «Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale».

⁵⁹⁴ Secondo P. L. PELLEGRINO, *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Giur. merito*, 2008, 4, la sola pendenza del procedimento per la dichiarazione del fallimento, del concordato preventivo o della liquidazione coatta, impedisce la partecipazione alla gara, a prescindere dall'esito del procedimento stesso. Così anche Tar. Friuli – Venezia Giulia, 24.11.2011, n. 543, in *Foro amm. – Tar.*, 2011, 11, p. 3452.

⁵⁹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 27.12.2013, n. 6272, nota di R. CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 18, pp. 422 – 431. In senso conforme, si veda Tar. Friuli – Venezia Giulia, 07.03.2013, in *Pluris*.

⁵⁹⁶ Cons. Stato, Sez. III, 14.01.2014, n. 101, nota di R. CIPPITANI, *op. cit.*. In senso conforme, Tar. Valle d'Aosta, 18.04.2013, in *Pluris*; G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici ...*, *op. cit.*.

⁵⁹⁷ L. 21 febbraio 2014, in vigore dal 22 febbraio successivo, di conversione del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145.

Con l'intervento da ultimo citato, il legislatore ha voluto chiarire il fatto che l'impresa che ha fatto domanda di accesso alla procedura di concordato con continuità aziendale può partecipare alla gara di affidamento anche prima del decreto di ammissione alla procedura: tuttavia, tale possibilità è stata subordinata alla necessità di ottenere, a tal fine, l'autorizzazione da parte del Tribunale⁵⁹⁸.

La materia, tuttavia, è in continua evoluzione e il legislatore continua ad intervenire. Infatti il nuovo Codice del Appalti, in vigore dal 18 aprile 2016, ha soppresso il vecchio Testo Unico, dettando una disciplina innovativa sotto molti punti di vista⁵⁹⁹.

Le modifiche che qui interessano sono contenute nell'art. 110 del nuovo Codice che amplia la possibilità di partecipazione alle gare di affidamento di concessioni e contratti pubblici anche all'impresa in esercizio provvisorio.

In particolare tale disposizione prevede, al comma III, che il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, e l'impresa «ammessa» al concordato con continuità aziendale, previa autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, possono (i) partecipare alle procedure di affidamento pubbliche ovvero essere affidatarie di subappalto e (ii) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

Il comma IV, secondo periodo, dispone che l'impresa ammessa al concordato con cessione dei beni o che abbia presentato domanda di concordato con riserva, può eseguire i contratti (pubblici) già stipulati, previa autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC. Ne consegue che la possibilità di prosecuzione dei contratti pubblici non costituisce più un beneficio specifico della procedura del

⁵⁹⁸ In tal senso si veda la recente pronuncia Cons. Stato, Sez. VI, 03.02.2016, n. 426, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2016, secondo cui la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici è consentita non solo alle imprese che hanno già ottenuto il decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale, ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva. Ciò in quanto il nuovo diritto fallimentare è mosso dalla finalità di «guidare l'impresa oltre la crisi» anche preservando «la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti». In senso conforme Cons. Stato, Sez. V., ordinanza, 04.06.2015, n. 2737, in *Pluris*; Cons. Stato, Sez. IV, 03.07.2014, n. 3344, in *Pluris*; App. L'Aquila, 08.10.2014, in *Fallimento*, 2015, 1, p. 111. *Contra* si segnala l'orientamento che si va consolidando del Tar Lazio, il quale a più riprese ha confermato la necessità dell'ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale per poter partecipare alle gare di affidamento. Cfr. Tar Lazio Roma, Sez. II-ter, 11.05.2015, n. 6781, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2015; Tar Lazio Roma, Sez. III-ter, 04.06.2014, n. 5901, in *Dir. Fall.*, 2014, 6, p. 687, con nota di CAIAFA.

⁵⁹⁹ Ci riferiamo al D. LGS. 18.04.2016, n. 50, pubblicato in G.U. n. 91 del 19.04.2016 che ha abrogato il precedente Codice degli Appalti, D. LGS. 12.04.2006, n. 163 e relativo regolamento di attuazione n. 207 del 2010. Il testo del nuovo codice è reperibile al link: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2016-04-18;50!vig=>.

concordato con continuità aziendale, ben potendosi verificare anche in ipotesi di concordato con cessione dei beni, qualora il giudice lo autorizzi, o in caso di procedura fallimentare. L'autorizzazione del giudice costituisce la scriminante fra le due discipline in quanto nel concordato con continuità aziendale non è richiesta, salvo che l'impresa non sia stata ancora ammessa alla procedura.

Infine, il comma V, dispone che l'ANAC, sentito il giudice delegato, possa subordinare la partecipazione alle gare pubbliche alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti *ex art. 186-bis*, comma V, lett. b). Ne consegue che l'attestazione di un altro operatore, prevista dalla Legge Fallimentare, adesso sembra diventare una circostanza eventuale, necessaria solo se richiesta dall'ANAC.

Come si vede, la nuova disciplina amplia la possibilità di partecipare alle gare di affidamento anche alle imprese in esercizio provvisorio e consente la continuazione dei contratti pubblici anche alle imprese in concordato senza continuità, previa autorizzazione del giudice delegato e parere dell'ANAC.

Tuttavia, la norma continua a riferirsi all'impresa «ammessa» al concordato con continuità, rischiando di riesumare i problemi interpretativi citati poco sopra.

Si deve attendere l'intervento delle Corti e degli interpreti per capire la reale portata della nuova disposizione anche se, purtroppo, sembrano esserci tutti i presupposti per nuovi problemi di interpretazione e notevoli difficoltà di coordinamento con la disciplina dettata dalla Legge Fallimentare.

3.7. La fase di esecuzione

L'art. 186-*bis*, pur collocandosi fra le disposizioni che disciplinano l'esecuzione del concordato, non contiene alcuna disciplina specifica riguardo tale aspetto. Ne consegue che dovrà essere applicata la disciplina generale dell'esecuzione del concordato preventivo, a conferma, ancora una volta, dell'impossibilità di configurare il concordato con continuità aziendale come un istituto autonomo⁶⁰⁰.

Secondo la giurisprudenza, una volta conseguita l'omologazione del concordato con continuità, la società «torna nelle mani» dell'organo gestorio, che deve operare nel rispetto di quanto stabilito nel piano. Ne consegue che

⁶⁰⁰ Sul punto, si vedano NIGRO – VATTERMOLI, *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, cit.; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 103.

l'imprenditore non dovrà ottenere l'autorizzazione da parte del Tribunale per compiere gli atti di straordinaria amministrazione che rispettino il piano; al contrario, qualora l'imprenditore dovesse discostarsi da quanto approvato dai creditori e successivamente autorizzato dal Tribunale, dovrà ottenere l'autorizzazione da parte dell'organo giudicante ai sensi dell'art. 167, comma II, L. Fall.⁶⁰¹.

Il Tribunale, dunque, dovrà esercitare un ruolo di vigilanza e monitoraggio circa l'esatto adempimento del piano, non potendo essere configurabile un potere di co-gestione⁶⁰²: questa caratteristica differenzia la procedura di concordato con continuità dall'amministrazione straordinaria, nella quale il ruolo del Tribunale nella fase di esecuzione è più accentuato.

È controverso se nel caso di concordato misto debba essere nominato o meno un liquidatore giudiziale. La giurisprudenza e la dottrina assumono posizioni differenti.

Secondo un primo orientamento, considerata l'assenza di un'espressa previsione normativa, non è necessario nominare un liquidatore giudiziale in quanto la liquidazione dei cespiti (così come la continuazione dell'attività) è compito dell'organo gestorio, sotto il controllo del commissario giudiziale (ove nominato) e del giudice delegato i quali devono vigilare affinché non vengano compiuti atti di straordinaria amministrazione non previsti dal piano⁶⁰³.

Secondo un diverso orientamento, invece, la nomina del liquidatore è necessaria quando vi sia un attivo da alienare o anche solo diritti da realizzare, come ad es. la riscossione di alcuni crediti, al fine di garantire un maggior controllo sulla fase esecutiva del concordato⁶⁰⁴.

Infine, dato che frequentemente il piano si articolerà in un periodo di tempo non breve, l'impresa potrebbe trovarsi di fronte a scenari diversi rispetto a quelli previsti e successivamente omologati. A tal proposito, si deve escludere la

⁶⁰¹ Cfr. Trib. Padova, 11.12.2014, in *Pluris*; Trib. Monza, 13.02.2015, *cit.*.

⁶⁰² Così S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale, cit.*, p. 23. Come affermato da F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità, op. cit.*, p. 104, in caso di continuità diretta, il controllo da parte del tribunale deve riguardare la «gestione aziendale dal momento che dovrebbe essere proprio quest'ultima a generare le risorse necessarie per il soddisfacimento dei creditori».

⁶⁰³ Si vedano Trib. Ravenna, Sez. fall., 28.04.2015, *cit.*; Trib. Chieti, 15.10.2013, in www.ilcaso.it, 2013; Trib. Nola, 23.09.2014, in *Pluris*. In dottrina cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo, cit.*, pp. 115.

⁶⁰⁴ D. GALLETI, *Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*, Atti del convegno di Udine, 16.11.2012.

possibilità da parte dell'impresa di porre in essere delle modifiche unilaterali, con la conseguenza che ogni modifica del piano dovrà passare attraverso l'approvazione da parte di tutti i creditori non soddisfatti o, altrimenti, attraverso il deposito di un nuovo concordato che venga a sostituire il precedente⁶⁰⁵.

3.8. Compatibilità con il concordato in bianco

Per concludere, occorre analizzare il problema di compatibilità della disciplina del concordato con continuità aziendale con il c.d. concordato in bianco.

Secondo un primo indirizzo esiste un'incompatibilità prima di tutto concettuale fra le due fattispecie. Infatti, come si è visto, il debitore che voglia presentare un concordato con continuità deve predisporre un piano maggiormente dettagliato rispetto al piano previsto per il concordato liquidatorio: ciò sembra assolutamente inconciliabile con l'ipotesi in cui il debitore presenta un ricorso nemmeno accompagnato dal piano, avendo la possibilità di depositare quest'ultimo entro il termine assegnato dal tribunale⁶⁰⁶.

Tuttavia tale conclusione, seppur logica, rischia di contrastare con la lettera della legge.

La disciplina dettata dall'art. 182-*quinques*, comma V, ammette, infatti, espressamente la domanda di ammissione al concordato con continuità, anche ai sensi dell'art. 161, comma VI, L. Fall.: quanto espresso dalla norma appena citata induce, quantomeno, a dubitare di una radicale incompatibilità fra concordato con continuità e concordato con riserva⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, cit., p. 23; F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 105.

⁶⁰⁶ Così F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 27.11.2012, secondo cui è escluso che ogni forma di prosecuzione provvisoria «abbia rilievo in corso di preconcordato, al fine di rendere già configurabile e riconoscibile in atto la fattispecie “concordato con continuità aziendale”, la quale esiste solo quando, e a partire da quando, il ricorrente depositi una proposta e un piano definitivi con i requisiti e con il corredo documentale e attestativo [...]» previsti dall'art. 186-*bis*.

⁶⁰⁷ Cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis*, cit.. Secondo F. ROLFI – R. RANALLI, *Il concordato in continuità*, op. cit., p. 38, se è vero che la norma contempla una fattispecie di concordato con continuità in bianco, «tuttavia subordina l'autorizzazione del tribunale relativa al pagamento dei crediti anteriori per prestazioni strategiche» (che costituisce l'aspetto oggetto della norma) «alla presenza dell'attestazione del professionista circa la essenzialità di tali prestazioni per la prosecuzione dell'attività di impresa, e circa la funzionalità delle medesime alla miglior soddisfazione dei creditori». Ne consegue che, in ogni caso, la norma prevede un concordato ad un livello avanzato e con un piano già sufficientemente dettagliato.

Secondo un altro orientamento, per risolvere il problema della compatibilità fra le due figure in esame occorre porsi due interrogativi. Il primo riguarda la possibilità, da parte del debitore, di proseguire l'attività dopo la presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161, comma VI: la possibilità è pacifica. Il secondo concerne la possibilità per il debitore, una volta giunto alla scadenza del termine concesso dal tribunale, di presentare domanda di concordato con continuità aziendale: secondo questo orientamento, anche relativamente a tale interrogativo la risposta è pacifica⁶⁰⁸.

Questa è l'impostazione che appare preferibile. Infatti, l'attuale dettato normativo non preclude l'esercizio d'impresa né una successiva presentazione della proposta con continuità: sembra dunque ammissibile l'ipotesi di un concordato in bianco con continuità⁶⁰⁹.

Anche la giurisprudenza è di questo avviso, subordinando tuttavia tale possibilità alla presentazione del piano, anche se provvisorio, all'interno del quale collocare le attestazioni necessarie per le singole agevolazioni⁶¹⁰.

Si segnala in proposito un orientamento della giurisprudenza di merito particolarmente permissivo che ammette la proposta di concordato in bianco con continuità aziendale anche senza la presentazione di un piano provvisorio, con la conseguenza che gli obblighi informativi previsti dall'art. 161, comma VIII, L. Fall., potranno consistere nel «deposito, con cadenza mensile, di una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata al giorno 30 del mese precedente, corredata di un prospetto relativo all'ordinaria amministrazione dell'attività aziendale, con indicazione dettagliata delle operazioni attive e passive superiori ad un determinato importo»⁶¹¹: ciò nell'ottica di favorire una proposta concordataria finalizzata al mantenimento in vita dell'azienda.

⁶⁰⁸ Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1230 ss..

⁶⁰⁹ Cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Art. 186-bis*, cit.. Nel senso della configurabilità di un concordato in bianco con riserva, si vedano, in particolare, A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 687; I. L. NOCERA, *Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2015, 8-9, pp. 991 – 992.

⁶¹⁰ In questo senso, si vedano le pronunce di Trib. Cuneo, 29.10.2013, cit.; Trib. Monza, 18.07.2014, in *Fallimento*, 2014, 12, p. 1348; Trib. Mantova, 10.09.2015, cit.; Trib. Monza, 16.01.2013, in www.ilcaso.it, 2013; Trib. Treviso, 16.10.2012, in www.ilcaso.it, 2012.

⁶¹¹ Si veda Trib. Modena, decreto, 22.10.2012, in www.ilcaso.it, 2012.

4. I FINANZIAMENTI ALL'IMPRESA IN CONCORDATO

Come anticipato, l'art. 186-*bis* non costituisce l'unica istanza in cui nella disciplina del concordato preventivo si parla di continuità aziendale.

Nella gestione della crisi d'impresa svolge un ruolo centrale il tema della c.d. «nuova finanza»⁶¹² che, a seguito della novella del 2010 e di quella del 2012, risulta oggi governato da almeno tre disposizioni. Le nuove disposizioni prevedono ora un insieme di regole che da una parte disciplinano le modalità di accesso alla «nuova finanza», dall'altra, attribuiscono al credito da essa derivante il carattere della prededucibilità, previo rispetto di determinate condizioni⁶¹³.

Volendo ordinare tali disposizioni a seconda del momento in cui i finanziamenti vengono erogato, possiamo distinguere tra i c.d. finanziamenti ponte, ossia anteriori alla domanda, i c.d. finanziamenti autorizzati o interinali, erogati fra la data di presentazione della domanda e quella dell'omologa, e i c.d. finanziamenti in esecuzione del concordato o finanziamenti alla ristrutturazione e, quindi, successivi all'omologa (disciplinati rispettivamente dagli artt. 182-*quater*, comma II, 182-*quinqes*, commi I, II, III, e 182-*quater*, comma I⁶¹⁴).

Fino alla L. 122/2010, che ha introdotto l'art. 182-*quater*, non esisteva nel nostro ordinamento una disciplina dedicata ai finanziamenti all'impresa in crisi: con questo intervento e, successivamente, con la novella del 2012, il legislatore ha voluto prevedere una serie di incentivi e di cautele al fine, da una parte, di favorire il debitore in crisi a contrarre finanziamenti al fine del superamento della stessa e, dall'altra, di tutelare quei soggetti che decidano di erogare finanziamenti a coloro che, essendo in una situazione di crisi, rappresentano una categoria di debitori particolarmente a rischio⁶¹⁵.

⁶¹² Come nota S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 435, non è un caso che «nella “patria” dei risanamenti aziendali, gli Stati Uniti, l'architettura del *Reorganization Plan* poggia, pressoché invariabilmente, sul c.d. *debtor in possession financing*, senza il quale le speranze di recupero dell'equilibrio economico sono frustrate sul nascere.

⁶¹³ Così M. L. VITALI, *Finanza «ponte», finanza «in esecuzione» e «interinale» (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contratto e impresa*, 2015, 1, p. 184.

⁶¹⁴ Cfr. F. BRIOLINI, *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell'art. 182-*quinqes*, comma 1-3, legge fallim.*, in *Dir. Fall.*, 2015, 1, pp. 10002; nello stesso senso, si vedano anche S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 435 ss; R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013, pp. 313 ss.. Si veda in proposito anche la pronuncia di Trib. Modena, 16.12.2014, in www.ilcaso.it, 2015.

⁶¹⁵ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 436, il quale nota che come incentivo ulteriore per il debitore, il legislatore ha previsto una serie di esimenti dalla bancarotta ai sensi dell'art. 217-*bis*, L. Fall.. Prima della previsione espressa della legittimità dei finanziamenti all'impresa in crisi, i finanziatori potevano correre il rischio di essere accusati di concessione abusiva del credito. Secondo Cass. Civ., SS. UU., 28.03.2006, nn. 7029, 7030, 7031, la concessione abusiva

Al fine di tutelare i soggetti che a vario titolo finanziano l'impresa in crisi, come accennato, il legislatore del 2010 e quello del 2012 hanno attribuito il rango della prededucibilità a tali crediti, sembrando questa la tutela maggiormente idonea sotto il profilo della certezza del rimborso. Secondo autorevole dottrina, i finanziamenti in funzione, interinali e in esecuzione del concordato preventivo devono essere restituiti per intero in sede di esecuzione degli impegni assunti e ciò non può integrare una violazione delle cause di prelazione⁶¹⁶.

Quanto è stato brevemente premesso consente di comprendere la *ratio* della novella del 2012, che non ha inciso solo sulla previsione della particolare modalità di concordato preventivo con continuità aziendale, ma ha cercato di mettere mano anche alla disciplina dei finanziamenti, che costituisce un aspetto fondamentale per garantire la continuazione dell'attività dell'impresa in crisi⁶¹⁷.

4.1. I finanziamenti ponte

L'art. 182-*quater*, comma II, tratta dei finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti)⁶¹⁸.

Vengono definiti «finanziamenti ponte» in quanto il sostegno dell'impresa avviene in un momento anteriore e funzionalmente collegato alla presentazione della domanda da cui potrà prendere avvio la procedura concordataria (o l'accordo

del credito consiste nel comportamento del soggetto finanziatore che mantiene in vita un'impresa artificiosamente, suscitando nel mercato un'errata percezione della situazione dell'impresa e, quindi, inducendo i terzi a contrattare con la stessa nonostante, in realtà, sia in una situazione di dissesto. Secondo S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, 1, p. 68, il banchiere (in generale il finanziatore) possiede in tal caso una responsabilità contrattuale «non solo nei confronti di chi abbia in buona fede partecipato all'accordo, ma anche nei confronti dei creditori estranei, i quali sono in qualche modo "contemplati" dal piano medesimo».

⁶¹⁶ Si veda S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 437.

⁶¹⁷ Come notato da M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., op. cit., p. 184, «la concessione degli incentivi per i finanziamenti alle imprese in crisi è limitata al solo ambito del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione del debito, escludendo pertanto i c.d. "piani di risanamento" previsti dall'art. 67, comma III, lett d), l. fall.».

⁶¹⁸ Come evidenziato da S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 440, trattasi di risorse utilizzate dal debitore per evitare il fallimento, per garantire la continuità aziendale oppure per poter contare su somme sufficienti a effettuare il deposito delle spese per la procedura concordataria (tra cui rientrano anche i compensi per i professionisti incaricati, a vario titolo, di prendere parte alla procedura). Secondo lo stesso autore, «non rientrano nella definizione di finanziamenti funzionali [...] quelli che siano serviti ad estinguere passività pregresse, [...] per assicurarsi il voto favorevole dei creditori così soddisfatti nel concordato».

di ristrutturazione): deve dunque sussistere uno stretto rapporto di strumentalità fra l'erogazione del finanziamento e la successiva apertura della procedura⁶¹⁹.

Secondo un orientamento che si è andato consolidando in dottrina, la strumentalità non dipende dal successo del piano: il professionista attestatore deve solo esaminare ed esporre il ruolo svolto dal finanziamento nel periodo anteriore alla presentazione della domanda, senza prendere in considerazione il possibile successo del piano che è stato presentato⁶²⁰.

Oltre all'antiorità dell'erogazione e al nesso di strumentalità, la prededuzione dei cc.dd. finanziamenti ponte è subordinata a due ulteriori condizioni, in quanto (i) i finanziamenti devono essere previsti dal piano predisposto ai sensi dell'art. 160 e (ii) la prededuzione deve essere espressamente disposta nel decreto di ammissione al concordato.

Con l'enunciazione del primo requisito il legislatore vuole che il debitore descriva i finanziamenti all'interno del piano in modo analitico, in modo tale che l'esperto prima e il tribunale successivamente possano apprezzarne la strumentalità prevista dalla legge⁶²¹.

Il secondo requisito riguarda il controllo giudiziale necessario per i crediti di cui si sta trattando che sembra assumere carattere vincolante, nel caso di successivo fallimento, in sede di predisposizione dello stato passivo⁶²². L'art. 182-*quater*

⁶¹⁹ In tal senso, si veda M. L. VITALI, *Finanza «ponte», ...*, op. cit., p. 198. Secondo l'A. tale funzionalità deve intendersi nel senso che «in assenza del finanziamento, non sarebbe possibile approdare nemmeno alla fase preliminare della procedura». Cfr. anche S. BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziata della crisi*, in S. BONFATTI – G. FALCONE, *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011, pp. 108 ss.. Come sostenuto da S. TERSILLA, *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 365, si tratta dunque di finanziamenti già erogati al momento della presentazione della domanda per concordato preventivo (o per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione).

⁶²⁰ Cfr. S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in www.ilcaso.it, II, 228/2012; G. BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori. Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, p. 195. Nel senso che il nesso di strumentalità sia collegato al successo del piano si veda M. FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare. L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, pp. 903 ss..

⁶²¹ Secondo M. FERRO – F. P. FILOCAMO, *Commento sub. Art. 182-*quater**, in *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, a cura di M. FERRO, Padova, 2014, p. 2189, potrebbe infatti porsi l'eventualità che il debitore indichi «quale finanziamento ponte una erogazione invece acquisita a sostegno di altre, ordinarie, esigenze (quali ad esempio un fido per cassa [...]) [...]». L'inciso viene confermato anche nelle successive edizioni dell'opera. Secondo S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 442, tale pericolo è tutt'altro che astratto anche se il duplice controllo da parte dell'attestatore e del tribunale, dovrebbe, almeno nella teoria, limitare questo abuso.

⁶²² V. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 442.

dispone che la prededuzione venga espressamente dichiarata in sede di ammissione: ciò comporta che (i) il creditore debba formulare apposita istanza all'interno del piano; (ii) la fattispecie in oggetto risulti incompatibile con la presentazione della domanda di concordato in bianco (in quanto è necessario che il ricorso sia corredato da piano, proposta, relazione e documentazione prescritta); (iii) il provvedimento di rigetto sull'istanza è reclamabile a norma degli artt. 26 L. Fall. e 111 Cost.

Occorre evidenziare, inoltre, che l'articolo in commento non parla espressamente di prededucibilità ma parla di «parificazione» ai crediti di cui all'art. 182-*quater*, comma I. Tale formula, secondo la dottrina, è stata utilizzata i quanto i crediti in oggetto non sono prededucibili per loro natura (in quanto sorgono prima dell'apertura della procedura) ma diventano prededucibili solo se equiparati a quelli sorti in esecuzione di un concordato (o di un accordo di ristrutturazione)⁶²³.

Per concludere, è doveroso evidenziare come la possibilità di accedere ai finanziamenti ponte è stata un'agevolazione di cui, nella pratica, gli imprenditori hanno fruito raramente, poiché tali finanziamenti «devono essere erogati prima della domanda ma senza l'altrettanto preventiva sicurezza che potranno godere della prededucibilità» poiché il beneficio potrà avere luogo solo nel caso dell'ammissione alla procedura e dell'espresso riconoscimento della prededuzione da parte del tribunale⁶²⁴.

4.2. I finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo

L'art. 182-*quater*, comma I, disciplina la fattispecie di nuova finanza concessa «in esecuzione» di un concordato preventivo (o di un accordo di ristrutturazione).

Inizialmente, la norma era espressamente limitata ai finanziamenti concessi dalle banche e dagli altri intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107, T.U.B.; tale limitazione è stata eliminata con la novella del 2012 riconoscendo il beneficio della prededuzione ad ogni forma di finanziamento, a prescindere dal soggetto erogatore, nell'ottica di incentivare il ricorso a tale strumento e di ampliare le forme di finanziamento⁶²⁵.

⁶²³ Così sempre S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 441.

⁶²⁴ Così R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 314.

⁶²⁵ Si vedano L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, pp. 1401 ss.; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 438.

Un primo aspetto che deve essere analizzato riguarda proprio la locuzione «in esecuzione» in quanto tale inciso indica che l'effettiva erogazione del finanziamento possa avvenire *post* – omologa, ovvero nel momento in cui il debitore è chiamato ad adempiere alle obbligazioni assunte nella proposta concordataria (o nell'accordo di ristrutturazione)⁶²⁶. Secondo alcuni autori il finanziamento in oggetto può essere concesso successivamente al decreto che dichiara l'ammissibilità del concordato preventivo, senza attendere l'omologazione⁶²⁷ (nel caso invece di accordo di ristrutturazione dei debiti, il finanziamento può essere concesso solo dopo che il provvedimento che dichiara l'omologa diventi definitivo)⁶²⁸. Ne consegue, se si segue questo orientamento, una deroga alla necessità di un'autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione prevista dall'art. 167, L. Fall⁶²⁹.

Secondo un diverso e più convincente orientamento, il concetto di “esecuzione del concordato” implica e presuppone l'approvazione dei creditori e la successiva omologazione da parte del tribunale, rendendo riferibile la norma in oggetto solo ai finanziamenti concessi successivamente a tale momento⁶³⁰. Ciò è confermato anche dall'introduzione dell'art. 182-*quinques*, che ha ampliato il beneficio della prededucibilità ai finanziamenti concessi successivamente al deposito della domanda ed anteriori all'omologazione⁶³¹.

A differenza di quanto previsto nell'art. 182-*quater*, comma II, nel comma in oggetto non viene specificato quale debba essere l'intensità del rapporto fra il finanziamento e il piano economico – finanziario alla base del concordato

⁶²⁶ Cfr. M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., *op. cit.*, p. 194.

⁶²⁷ In tal senso, si vedano le opinioni di G. LO CASCIO, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie per le banche*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1270; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 438. Nel senso della necessità dell'omologazione anche del concordato preventivo, si veda G. RACUGNO, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d. l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p.3.

⁶²⁸ Come notato da S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 439, nel caso dell'accordo di ristrutturazione, l'erogazione del credito può essere precedente al decreto di omologa, sempre che l'omologa intervenga effettivamente.

⁶²⁹ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 438, secondo cui «è tuttavia lecito pensare che gli stessi soggetti finanziatori “suggeriscano al debitore di munirsi comunque di tale autorizzazione, onde conferire maggiore certezza alla prededucibilità del loro credito (mentre, ovviamente, dopo l'omologazione tale istanza autorizzata non avrebbe ragion d'essere)».

⁶³⁰ Cfr. F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013, pp. 803 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti – ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, pp. 1346 ss..

⁶³¹ Così G. LO CASCIO, *Commento sub. art. 182-quater*, in *Codice commentato del fallimento*, *cit.*, p. 2254.

preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione)⁶³². Tuttavia, si può ritenere che la «condizione implicita ma necessaria» è che nel piano sia contenuta la descrizione specifica del finanziamento e l'analisi del suo impatto sulla complessiva manovra di risanamento, altrimenti né l'esperto attestatore, né i creditori sono in grado di valutare la coerenza della nuova finanza rispetto all'esecuzione del piano. Tale conclusione risulta coerente anche con quanto disposto dalla Suprema Corte⁶³³ a Sezioni Unite, secondo la quale i creditori, essendo in caso di continuazione dell'attività i principali destinatari del rischio, devono essere adeguatamente informati, al fine di operare un giudizio prognostico completo⁶³⁴.

I finanziamenti in oggetto, infine, oltre al beneficio della prededuzione, godono dell'esenzione da revocatoria, in accordo con il disposto dell'art. 67, comma III, lett. e).

4.3. I finanziamenti interinali

Come si è accennato, il legislatore del 2010 aveva lasciato aperta una lacuna riguardo alla possibile prededucibilità dei finanziamenti concessi dopo la presentazione della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo (o di accordo di ristrutturazione) e prima dell'omologazione.

La novella del 2012 ha colmato tale lacuna introducendo l'art. 182-*quinques*, commi I, II e III, con cui adesso vengono disciplinati i finanziamenti concessi successivamente a qualsiasi tipo di atto introduttivo finalizzato alla composizione della crisi: dunque, con riferimento al concordato, oltre alla domanda completa anche una domanda di concordato in bianco, «assunte nel caso sommarie informazioni»⁶³⁵.

Nella sua prima stesura, la norma concedeva il beneficio della prededuzione solo nel caso di programmata prosecuzione dell'attività d'impresa, dunque solo nel caso dei concordati e degli accordi di ristrutturazione con continuità aziendale. La stesura definitiva della novella del 2012 ha eliminato questa limitazione, con la

⁶³² V. M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., *op. cit.*, p. 195.

⁶³³ Cass. Civ., SS. UU., 23.01.2013, n. 1521.

⁶³⁴ In questo senso M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., *op. cit.*, p. 195; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 439; M. FABIANI, *Guida rapida alla lettura di Cass. S.U. 1521/2013*, in *Fall.*, 2013, pp. 156 ss..

⁶³⁵ Nel caso di accordi di ristrutturazione, oltre alla domanda di cui all'art. 182-*bis*, comma I, anche un'istanza di moratoria presentata al fine di impedire azioni esecutive e cautelari, ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma VI). Sul tema si vedano M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., *op. cit.*, p. 208; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 444.

conseguenza che ora possono fruire del beneficio della prededuzione anche i finanziamenti concessi all'interno di una procedura con finalità esclusivamente liquidatoria⁶³⁶.

L'articolo in commento, al fine di ottenere il beneficio della prededuzione, richiede che:

- (i) il tribunale autorizzi la conclusione dei contratti di finanziamento;
- (ii) l'esperto attestatore, verificato il complessivo fabbisogno dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

L'autorizzazione da parte del tribunale può essere ottenuta anche riguardo a finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative.

Ma v'è di più. Al fine di incentivare il ricorso ai finanziamenti interinali, l'art. 182-*quinques*, comma III, dispone che il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo in bianco, anche senza la presentazione del piano di cui all'art. 161, comma VI, lett. e)⁶³⁷, può chiedere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti in via d'urgenza, sempre prededucibili ai sensi dell'art. 111, L. Fall., funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività d'azienda sino alla fine del termine concesso dal tribunale⁶³⁸. Il ricorso deve contenere analitica descrizione circa la destinazione dei finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, ne deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile per l'azienda: il tribunale decide entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione⁶³⁹.

Secondo parte della dottrina, l'attestazione dell'esperto circa la funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori costituisce «l'architrave

⁶³⁶ R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 318.

⁶³⁷ «O una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione» ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma I, oppure un'istanza di moratoria ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma VI.

⁶³⁸ E, in caso di accordo di ristrutturazione, sino all'udienza di omologazione ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma IV, oppure sino alla scadenza del termine di cui all'art. 182-*bis*, comma VII.

⁶³⁹ L'attuale art. 182-*quinques*, comma III, è stato introdotto dalla L. 06.08.2015, n. 132, sempre nell'ottica di tutelare la continuazione dell'attività ed il recupero dello stato di crisi. Tuttavia, già prima di tale previsione espressa, la giurisprudenza di merito aveva stabilito che, in caso di richiesta di finanziamenti in un concordato in bianco, il debitore doveva indicare le caratteristiche degli stessi, pena l'inammissibilità dell'istanza. Così Trib. Lecce, 17.11.2012, in www.ilfallimentarista.it, 2013. Per un commento sulle ultime riforme che hanno riguardato questo istituto, si veda, in particolare, D. CARBONE – R. CORCIULO, *Le novità della riforma estiva (D.L. n. 83/2015, convertito nella L. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in www.ilfallimentarista.it, 20.11.2015.

su cui poggia la norma», in quanto anche la disciplina dei finanziamenti interinali deve essere funzionale all'obiettivo su cui si basa l'intera legge fallimentare, ovvero la migliore soddisfazione dei creditori⁶⁴⁰.

Dunque, la richiesta di autorizzazione non può riguardare finanziamenti che non abbiano alcun impatto benefico sui creditori, o che, addirittura, abbiano l'effetto di aggravare ingiustificatamente la situazione di indebitamento complessivo: i finanziamenti interinali, infatti, devono avere ad oggetto l'erogazione di risorse finanziarie senza le quali i creditori subirebbero un trattamento sostanzialmente peggiore⁶⁴¹.

È da segnalare, infine, che qualora il debitore chieda i finanziamenti nell'ipotesi in cui abbia proposto un concordato con continuità, l'esperto deve attestare che i finanziamenti consentano di raggiungere un risultato più vantaggioso rispetto al caso in cui non vengano concessi e, dunque, «in una prospettiva di valutazione di una utilità “marginale” in più rispetto a quella che già deriva dalla continuità aziendale»⁶⁴².

5. ANALISI DI UN CASO DI CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE (*)

5.1. La vicenda

La società P. fa parte di un gruppo che, fin dalla metà del secolo scorso, rappresenta uno dei primari operatori nella progettazione, realizzazione, commercializzazione e gestione c.d. “chiavi in mano” di centri commerciali e polivalenti sia sul territorio italiano che a livello internazionale. In particolare, la società gestisce, in *leasing*, un noto centro commerciale dal 2007, al cui interno

⁶⁴⁰ Così S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 444; M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., op. cit., p. 208.

⁶⁴¹ Si veda M. L. VITALI, *Finanza «ponte»*, ..., op. cit., p. 208, secondo cui. Sul tema v. anche R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it, giugno 2013, pp. 3 ss.

⁶⁴² Così R. AMATORE – L. JEANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 319. Nello stesso senso, l'opinione di L. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore*, ..., op. cit.

(*) Il paragrafo è stato scritto utilizzando documenti riservati: per questo motivo non saranno indicati i nomi delle parti, il tribunale del luogo dove si è svolta la procedura e ogni informazioni non strettamente necessaria per la comprensione del tema trattato. L'esposizione del caso, infatti, serve solo a fornire al lettore un esempio di applicazione pratica dell'istituto del concordato con continuità, con le valutazioni che deve compiere il debitore e le valutazioni che compie il giudice per ammettere ed omologare la proposta. Si segnala tuttavia che ogni tribunale segue le proprie prassi e, quindi, le conclusioni del giudice del caso di specie potrebbero non essere condivise in modo unanime.

sono stati aperti numerosi punti vendita nel settore dell'elettronica, della ristorazione, della telefonia e dell'abbigliamento, contando complessivamente oltre 200 lavoratori. La gestione del centro commerciale viene svolta attraverso una società consortile, a sua volta gestita da una società esterna, che opera con meno di dieci dipendenti.

Attraversando uno stato di crisi e non riuscendo ad uscirne, la società P. presentò domanda di concordato in bianco, ottenendo il termine di 120 giorni per presentare la proposta, il piano e la documentazione: tuttavia, la società, successivamente, rinunciò alla domanda.

Pochi mesi dopo detta rinuncia, la Procura del Tribunale di X presentava, nei confronti della P., istanza di fallimento, e il tribunale fissava contestualmente l'udienza prefallimentare. La società, poco dopo, fu posta in stato di liquidazione in considerazione della riduzione del capitale al di sotto del minimo legale

A causa di detti avvenimenti la società P. presentò ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, tramite una nuova domanda completa del piano e della documentazione di cui all'art. 161, L. Fall.⁶⁴³.

Nell'ottica di un miglior soddisfacimento dei creditori, veniva prevista la prosecuzione dell'attività dell'impresa fino alla cessione dell'azienda e, di conseguenza, la ricorrente indicava nel dettaglio la propria situazione patrimoniale con la relativa descrizione analitica delle attività e delle passività predisponendo un piano contenente l'indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa e delle risorse finanziarie necessarie, nonché delle relative modalità di copertura, rispettando quanto disposto dall'art. 186-*bis*. Si trattava dunque di un concordato c.d. "misto", che prevedeva la prosecuzione dell'attività in capo al proponente al fine di una migliore liquidazione dell'azienda⁶⁴⁴.

Il piano, in considerazione della particolare situazione in cui si trovava la società, prevedeva di uscire dallo stato di liquidazione *post* – omologa, al fine di consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa ai sensi dell'art. 186-*bis*⁶⁴⁵.

⁶⁴³ La proposta, il piano e le condizioni del concordato preventivo venivano regolarmente deliberate ai sensi dell'art. 152 L. Fall., come da verbale notarile allegato al ricorso.

⁶⁴⁴ Il concordato, nel piano, veniva catalogato come misto, in quanto la temporanea prosecuzione dell'esercizio d'impresa è esclusivamente finalizzata al miglior realizzo e alla conseguente dismissione del centro commerciale.

⁶⁴⁵ La previsione del piano si attiene ai principi generali per i quali si rimanda *supra*.

5.2. Le cause della crisi

La ricorrente, prima dell'esposizione della propria situazione patrimoniale e dell'enunciazione di piano e proposta del concordato, individuava, in accordo con quanto disposto dalla Legge Fallimentare, le cause che hanno portato alla richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

La società affermava di essere stata colpita dalla crisi che in generale affliggeva l'economia nazionale ormai dal 2008 aggravata, in particolare, dalla turbolenta situazione che attraversava la città in cui svolgeva la propria attività. Tale situazione generalizzata di crisi ha comportato una contrazione dei consumi che ha inciso negativamente sulle vendite, riscontrando, nel 2012, un calo del fatturato di circa il 9%.

Inoltre, nel 2013, alcune delle catene commerciali presenti nel complesso hanno chiuso i rispettivi negozi, trovandosi anch'esse in uno stato di crisi, e non hanno onorato integralmente i propri debiti. In conseguenza di ciò, la P. ha dovuto farsi carico anche delle spese relative ai locali sfitti, i cui costi, sulla base del regolamento condominiale vigente, ricadevano sulla stessa. Veniva segnalato anche lo stato di sofferenza su alcuni crediti che ha determinato un ulteriore calo dei flussi dei ricavi locativi.

La società, di fronte ad uno stato di crisi sempre più grave, provò allora ad avviare trattative per la vendita del centro commerciale⁶⁴⁶ ma il generalizzato stato di paralisi del mercato delle transazioni di immobili commerciali ha impedito la conclusione di tali trattative.

Dunque la P. iniziò a valutare la necessità di accedere ad un piano di risanamento attestato ai sensi dell'art. 67, comma III, lett. d), L. Fall. o ad un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis* L. Fall. al fine di rimodulare le condizioni dei debiti con i creditori principali.

Ciò fu impedito dall'ulteriori aggravarsi della crisi e dal prolungarsi dei tempi per le trattative stragiudiziali finalizzate alla soluzione negoziale della crisi e, quindi, la società presentò ricorso per l'accesso alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma VI, L. Fall., al fine di valutare se procedere al deposito della proposta concordataria o, in alternativa, degli accordi di

⁶⁴⁶ L'intenzione della società era quella di provvedere alla definizione della propria posizione debitoria tramite la realizzazione di un'operazione straordinaria.

ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-*bis*, L. Fall. per rimodulare il debito con la società di *leasing* proprietaria dell'immobile.

Anche a causa dell'esito negativo di un contenzioso fiscale avente ad oggetto le imposte IRES e IRAP, la società P. è stata costretta a rinunciare e revocare l'originaria domanda che aveva presentato in quanto non sussistevano più i presupposti per una buona riuscita della proposta che aveva elaborato.

Come detto, successivamente all'istanza di fallimento presentata dalla Procura, la Società depositò una nuova domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo, prevedendo la continuazione dell'attività al fine di una cessione potenzialmente migliore.

5.3. Il piano e la proposta ai creditori

Il piano elaborato dalla P. prevedeva (i) il temporaneo mantenimento, funzionale alla cessione, dell'attività del Centro Commerciale e (ii) la valorizzazione del centro commerciale stesso.

Per l'obiettivo della valorizzazione del Centro, la P. propose alternativamente, al fine del migliore soddisfacimento delle pretese dei creditori e, in particolare, della società di *leasing*, creditore principale:

1. il riscatto anticipato dell'immobile (previo consenso della società di *leasing*) e contestuale cessione al terzo acquirente;
2. il subentro del terzo acquirente nel contratto di *leasing* con liberazione della P.;
3. la cessione delle quote di una *NewCo* costituita appositamente dalla P. alla quale sarà previamente conferito l'immobile o il contratto di *leasing* (con liberazione della P.).

In ogni caso, la P. prevedeva che per la sopra menzionata valorizzazione si sarebbe avvalsa di un intermediario indipendente con qualifiche appropriate, selezionato di concerto con la società di *leasing*. Era inoltre prevista l'impugnazione della sentenza di primo grado nella quale la società era risultata soccombente relativamente al contenzioso tributario sopra citato.

Sul fronte della continuità aziendale, la P. elencava con dettaglio le stime dei ricavi, le ipotesi di incasso dei crediti commerciali, il mantenimento della struttura dei costi, non prevedeva investimenti e indicava il termine ultimo della continuità, allegando l'apposito piano industriale di gestione.

Secondo la società, la vendita immediata del centro commerciale sarebbe stata penalizzante per tutti i creditori e, in particolare, per la società di *leasing*, rispetto alla temporanea continuazione (ed alla conseguente temporanea prosecuzione del contratto di *leasing*) che avrebbe permesso di valorizzare l'intero complesso produttivo al fine di venderlo a condizioni maggiormente favorevoli.

A tal proposito, il piano si proponeva di continuare i rapporti di locazione con le compagnie che esercitavano le proprie attività commerciali all'interno del centro non per l'arco temporale originariamente previsto ma solo per il tempo necessario per conseguire una migliore dismissione dell'azienda.

Nel tempo previsto per la prosecuzione dell'attività (poco più di un anno), la società di impegnava a corrispondere alla società di *leasing* tutte le risorse finanziarie nette che la gestione del centro avrebbe prodotto, qualora le stesse fossero risultate superiori ad una cifra prestabilita (ciò al fine di avere a disposizione le risorse strettamente necessarie per la gestione ordinaria del centro). A tal proposito il debito nei confronti della società di *leasing* veniva fatto rientrare in una categoria autonoma.

In sostanza, la continuazione dell'attività serviva a rendere più appetibile il bene oggetto della vendita, in quanto valorizzato nel contesto di un *unicum* aziendale produttivo.

Riguardo la proposta ai creditori, la P. proponeva (i) di soddisfare integralmente e in denaro i creditori prelatizi, nei termini di cui all'art. 186-*bis*, comma II, lett. c, L. Fall., non votanti e non inseriti in classi; (ii) di suddividere in classi i creditori residui chirografari o prelatizi retrogradati al chirografo⁶⁴⁷, i quali creditori saranno votanti.

Solo la compagnia di *leasing*, in ragione del particolare tipo di rapporto giuridico e della sua funzione all'interno del piano, veniva collocata in un'autonoma categoria, sulla base della valutazione effettuata dalla P.; gli altri creditori venivano suddivisi nelle categorie dei creditori assistiti da privilegio generale, dei creditori assistiti da privilegio speciale totalmente incapiente, dei creditori chirografari e del ceto postergato.

Ciò che rileva è che, secondo il piano, sarebbero stati soddisfatti integralmente entro due anni dal passaggio in giudicato del decreto di

⁶⁴⁷ Ai sensi dell'art. 160, comma II, L. Fall..

omologazione del concordato preventivo i creditori assistiti da privilegio speciale e i creditori chirografari. Al ceto postergato veniva garantita una soddisfazione dell'1% nello stesso termine e alla società di *leasing* un pagamento integrale del suo credito scadenzato in rate mensili, comprensive di interessi.

5.4. Il decreto di ammissione

Il tribunale, in sede di ammissione, prendeva atto della relazione del professionista il quale chiariva che la proposta di concordato con continuità era di fatto e di diritto nelle mani della società di *leasing*, creditore principale e prima responsabile dell'eventuale successo della proposta.

Inoltre il professionista attestava che il *business plan* predisposto risultava nel complesso credibile, in quanto erano indicati con chiarezza e precisione i dati relativi ai ricavi potenzialmente conseguibili, senza riportare incrementi degli stessi oggettivamente non realizzabili. Anche i costi operativi risultavano condivisibili e corrispondenti al vero.

Cosa più importante, l'attestatore esprimeva giudizio favorevole circa il miglior soddisfacimento dei creditori in caso di continuazione dell'attività. Infatti il professionista affermava che il mantenimento della continuità aziendale avrebbe consentito di vendere il centro commerciale mantenendolo "a reddito" e ciò avrebbe permesso di realizzare un incasso per i creditori che la risoluzione del contratto non potrebbe permettere.

Stante il parere positivo su tutti gli aspetti, il tribunale dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo.

5.5. Il decreto di omologa

In sede di omologa il tribunale affermò che la proposta formulata dal debitore appariva correttamente formulata in quanto, indipendentemente dal tipo di continuità, diretta o indiretta, il piano deve sempre fungere da garanzia per i creditori i quali devono essere soddisfatti necessariamente in una certa percentuale, a prescindere che la soddisfazione derivi dalla prosecuzione dell'attività o dalla cessione dell'azienda⁶⁴⁸. Secondo il tribunale, infatti, il concordato con continuità

⁶⁴⁸ In sede di omologa, il tribunale qualifica la continuità aziendale non più come "mista" ma indiretta. Questo perché la continuazione dell'attività è funzionale alla migliore liquidazione

aziendale deve essere catalogato in via di principio come concordato con garanzia, con obbligo del debitore di garantire ai creditori una certa percentuale di soddisfazione dei loro crediti⁶⁴⁹.

La società P. inoltre, considerato l'assenso della società di *leasing*, aveva provveduto a cercare un acquirente: effettivamente questo, non solo veniva trovato, ma firmava anche una lettera d'intenti per mezzo della quale si impegnava ad acquistare il centro commerciale in caso di esito positivo della relativa *due diligence* e di conferma dell'offerta di acquisto da parte della P..

Un altro importante principio stabilito dal tribunale riguardava l'ammissibilità alla procedura di concordato preventivo da parte della società che abbia interamente perso il capitale sociale. Una società, secondo il tribunale, può essere ammessa alla procedura di concordato preventivo, sia di liquidazione che con continuità, anche se, come nel caso di specie, abbia interamente perso il capitale sociale⁶⁵⁰ e anche se il piano di concordato preveda espressamente la prosecuzione dell'attività imprenditoriale⁶⁵¹.

La sospensione delle procedure per la copertura delle perdite e l'inoperatività dello scioglimento in presenza di capitale sociale al di sotto del minimo previsto dalla legge che ne conseguono, hanno il vantaggio dichiarato di evitare, in caso di continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa, un processo di immediata ricapitalizzazione che in quel momento potrebbe ostacolare l'opera di risanamento. Il processo di ricapitalizzazione, tuttavia, deve avvenire fattibile al momento dell'omologazione.

La *ratio* di questo principio deriva dal fatto che con l'omologazione del concordato preventivo (e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti) si realizza, il più delle volte, uno stralcio delle posizioni debitorie o una loro conversione in

dell'azienda e non sono previste liquidazioni intermedie di beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività *ex art. 186-bis*, comma I, ultimo periodo (n.d.r.).

⁶⁴⁹ La pronuncia si allinea all'orientamento di Trib. Monza, 13.02.2015, *cit.*.

⁶⁵⁰ Trova applicazione il disposto dell'art. 182-*sexies* secondo cui dall'ammissione fino all'omologa non si applicano gli articoli del codice civile riguardo alla riduzione del capitale sociale e contemporaneo aumento ovvero trasformazione della società, nonché l'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale. Dopo il giudizio di omologazione del concordato preventivo, trovano nuovamente applicazione le norme del codice civile. Ciò costituisce una delle agevolazioni previste per ogni ipotesi di concordato, tanto con continuità quanto liquidatorio.

⁶⁵¹ Relativamente a questo aspetto, la pronuncia risulta conforme a Trib. Mantova, 11.07.2014, *cit.* e Trib. Trento, 19.06.2014, *cit.* e si allinea alle opinioni espresse in dottrina *supra* in nota.

equity a cui consegue un rafforzamento patrimoniale del debitore, determinando una sopravvenienza attiva⁶⁵².

A tal proposito, il tribunale stabilì che dopo l'omologa della procedura c.d.a. della P. avrebbe dovuto provvedere a redigere un bilancio straordinario alla data di omologa attestante la sopravvenienza attiva derivante dal concordato e la ricostituzione del patrimonio netto al di sopra del minimo di legge.

Dunque, visto il parere positivo del P.M. e del commissario giudiziale, il tribunale omologava la procedura di concordato preventivo, consentendo la continuazione dell'attività in capo della P. e prevedendo specifici obblighi in capo al liquidatore della società il quale, in particolare, dovrà provvedere, ogni tre mesi, ad una relazione dettagliata avente contenuti analoghi a quelli dell'art. 33, V comma, primo secondo e terzo periodo, L. Fall., ai fini della necessaria trasparenza dell'attività.

5.6. Riflessioni conclusive

A conclusione dell'analisi del caso, ci siano concesse alcune brevi riflessioni.

L'impresa in stato di crisi che intenda proporre domanda di concordato preventivo con continuità aziendale è tenuta alla redazione di un piano dettagliato che indichi, in maniera realistica e non eccessivamente ottimista, il programma di gestione della crisi, i costi necessari ed i ricavi prospettati. Ciò al fine di ottenere un'attestazione positiva da parte del professionista, nonché per stimolare la fiducia da parte dei creditori, primi soggetti che devono trarre beneficio dalla prosecuzione dell'attività.

L'impresa, inoltre, è tenuta ad evidenziare con precisione i rimedi che intende attuare per salvaguardare e, quindi, valorizzare i complessi produttivi. Come nel caso di specie, l'impresa può formulare più ipotesi tra loro alternative (ma equivalenti dal punto di vista del risultato) così da fornire un più ampio ventaglio di ipotesi ai creditori ed al tribunale: ciò può infatti agevolare l'esito positivo della procedura

È opportuno anche che l'impresa rilevi tempestivamente lo stato di crisi così da poterlo fronteggiare con una delle soluzioni concordate offerte dall'ordinamento, senza precludersi strade alternative.

⁶⁵² Si tratta della c.d. falcidia concordataria, ulteriore agevolazione prevista per ogni genere di concordato preventivo.

Nella predisposizione del piano, assume un ruolo centrale la durata dello stesso. Nel caso oggetto di analisi, la P. ha previsto una durata inferiore ai tre anni, elemento che probabilmente ha agevolato le trattative, fornendo maggiore affidabilità al contenuto del piano e della proposta.

È stato fondamentale, infine, avviare per tempo le trattative con il creditore principale ed adoperarsi a trovare un acquirente del complesso aziendale prima del giudizio di omologa.

Dall'analisi del caso emerge la centralità del ruolo ricoperto dai creditori principali, c.d. forti. Il ritiro della prima domanda in bianco è stato del resto reso necessario dalla lungaggine delle trattative con i creditori. Sono, infatti, i creditori forti a spostare effettivamente gli equilibri e, dunque, a determinare il buon esito della procedura. Ciò comporta, allo stesso tempo, uno svilimento dei poteri dei creditori c.d. deboli che si ritrovano in qualche modo costretti ad accettare la proposta votata favorevolmente dai creditori principali, o in ogni caso a subirne gli effetti.

CAPITOLO IV

LA CONTINUITÀ AZIENDALE NELLE PROCEDURE NEGOZiate.

I PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO E GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

SOMMARIO: 1. Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa. – 2. I piani attestati di risanamento. – 2.1. Evoluzione dell'istituto. – 2.2. La natura del piano. – 2.2.1 Criticità rispetto agli altri strumenti di risoluzione della crisi. – 2.3. Presupposti, forma e contenuto del piano: considerazioni generali. – 2.4. Le finalità del piano. È possibile un piano attestato liquidatorio?. – 3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – 3.1. Affermazione ed evoluzione dell'istituto. – 3.2. La natura giuridica degli accordi. – 3.2.1. Criticità e punti di forza rispetto al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione. – 3.3. Le finalità dell'istituto. – 3.4. Il procedimento: la fase introduttiva. – 3.4.1. (segue) L'omologazione dell'accordo. – 3.4.2. L'istanza di sospensione ex art. 182-bis, comma VI. – 3.5. Gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria. – 4. Analisi di un caso di accordo di ristrutturazione con continuità aziendale.

1. LE SOLUZIONI NEGOZIALI DELLA CRISI D'IMPRESA

A più riprese, nel corso della trattazione, si è fatto riferimento alle cc.dd. soluzioni negoziali della crisi d'impresa, alternative al concordato preventivo.

Il legislatore del 2005, oltre a modificare radicalmente il concordato preventivo⁶⁵³, ha introdotto nel nostro ordinamento gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*, L. Fall.) e i piani attestati di risanamento (art. 67, comma III, lett. d), L. Fall.).

Mediante la previsione di tali nuovi istituti l'obiettivo preso di mira è stato quello di incentivare le procedure di risanamento dell'impresa, di migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione della crisi e, in generale, di promuovere e valorizzare l'autonomia privata all'interno della crisi dell'impresa, con il fine di evitare, ove possibile, la procedura fallimentare⁶⁵⁴.

Spazi di autonomia privata nella gestione della crisi erano presenti già nei codici ottocenteschi⁶⁵⁵. Nel Codice di Commercio del 1865, infatti, era previsto come obbligatorio il tentativo di concordato fra debitore e creditori (art. 615). Tale

⁶⁵³ V. *supra*, cap. III.

⁶⁵⁴ Per una disamina dei principi che hanno ispirato la riforma del 2005 e, in particolare, sulla c.d. privatizzazione delle procedure concorsuali, si veda A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa fra «privatizzazione» e «tutela giudiziaria»*, in *Fallimento*, 2005, pp. 1453 ss..

⁶⁵⁵ Cfr. I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4, pp. 10401 ss., il quale nota che, tuttavia, il presupposto oggettivo era l'inadempimento e non lo stato d'insolvenza che è stato introdotto con la Legge Fallimentare del 1942.

tentativo obbligatorio fu eliminato con il Codice del 1882 poiché, spesso, non provocava altro che inutili ritardi⁶⁵⁶.

L'abrogazione fu bilanciata dall'introduzione del c.d. concordato "amichevole" o "individuale", concordato che il debitore poteva stipulare con ciascuno dei creditori⁶⁵⁷. Tale istituto può essere considerato l'antenato delle attuali procedure concordate della crisi in quanto la determinazione del suo contenuto veniva lasciata interamente all'autonomia privata e, se stipulato prima della declaratoria di fallimento, poteva essere concluso anche solo con alcuni dei creditori⁶⁵⁸.

Il Codice del 1882, inoltre, prevedeva una disciplina della moratoria per le situazioni di crisi reversibile, figura molto simile agli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti⁶⁵⁹.

Già nel Codice del Commercio, dunque, era emersa la considerazione che l'intervento del giudice potesse costituire un possibile fattore d'inefficienza e a tal proposito venivano previsti strumenti stragiudiziali volti a risolvere la crisi in via negoziata⁶⁶⁰. L'autonomia privata era quindi promossa ed esaltata in un campo

⁶⁵⁶ Il Codice del 1882, inoltre, si orientò nel senso la procedura giudiziale fosse inevitabile e, addirittura, doverosa, in quanto la possibilità di esperire un concordato stragiudiziale non doveva in nessun modo ostacolare il regolare corso della procedura giudiziale di fallimento. Sul punto, si vedano I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, op. cit., p. 10412 ss.; E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IX, 1900 – 1908, n. 8080, p. 596.

⁶⁵⁷ L'istituto costituiva una sicura innovazione perché era ignoto all'ordinamento francese al quale il nostro Codice del Commercio si era ispirato. Così G. BONELLI, *Del fallimento: commento al Codice di commercio*, III, Milano, 1923, 666, 716.

⁶⁵⁸ Se l'accordo veniva raggiunto dopo la declaratoria di fallimento, il concordato doveva coinvolgere tutti i creditori ed era soggetto alle garanzie del fallimento in quanto idoneo a chiudere la procedura e, ove compatibile, veniva applicata la disciplina del concordato giudiziale. Poteva inoltre essere previsto un trattamento diverso per i singoli creditori. Cfr. I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, op. cit., p. 10412 ss..

⁶⁵⁹ Si trattava di un accordo stragiudiziale finalizzato a superare la situazione di dissesto. Per poter usufruire della moratoria, il fallito doveva (i) dimostrare che la cessazione dei pagamenti era stata dovuta ad eventi straordinari ed imprevedibili; (ii) provare che l'attivo della sua attività superasse il passivo; (iii) presentare i libri di commercio regolarmente tenuti, il bilancio e l'elenco dei creditori con l'indicazione dei relativi crediti; (iv) ottenere il favore della maggioranza dei creditori. Il tribunale, dopo un'accurata indagine, concedeva al debitore in accordo con i propri creditori una dilazione del fallimento o una sospensione degli effetti derivanti dalla sentenza di fallimento per un massimo di sei mesi: il debitore, comunque, era tenuto a soddisfare integralmente le pretese del ceto creditorio. Sul punto si vedano I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, op. cit., p. 10413. Sul concordato stragiudiziale nel Codice del 1882, si vedano, in particolare, E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 45; G. MONTESANO, *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1974, I, p. 485; F. DI MARZIO – F. MACARIO, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, pp. 178 ss..

⁶⁶⁰ In questo senso e, in generale, sull'importanza delle procedure negoziate nei codici ottocenteschi, si veda J. REZZARA, *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza*, Torino – Roma, 1901, pp. 44 ss..

come quello del diritto fallimentare, tradizionalmente orientato a prevedere una presenza costante dell'autorità giudiziaria⁶⁶¹.

La L. 197/1903 abrogò l'istituto del concordato amichevole e la disciplina della moratoria, in ragione dello scarso successo che i due istituti avevano riscontrato, soprattutto a causa del pesante onere, tanto probatorio quanto in termini di pagamento, che era richiesto al debitore⁶⁶². Nel 1921, con il R.D.L., 28 dicembre 1921, n. 1861, tuttavia, la moratoria fu ripristinata⁶⁶³.

La Legge Fallimentare del 1942 non fornì alcuna disciplina in merito agli accordi stragiudiziali, privilegiando piuttosto il ricorso alla procedura fallimentare o al concordato preventivo ed escludendo la possibilità di un concordato amichevole frutto della sola autonomia pattizia che prescindesse da qualsiasi forma di controllo o di intervento da parte dell'autorità giudiziaria. Con tale Legge, infatti, si verificò un'accentuazione della natura pubblicistica delle procedure concorsuali mediante l'attribuzione al tribunale ed al giudice delegato di un potere «palesamente invasivo» nella gestione ed amministrazione della crisi⁶⁶⁴.

Il fatto che la Legge Fallimentare identificasse solo l'amministrazione controllata e il concordato preventivo quali strumenti volti a prevenire l'insolvenza e ad evitare il fallimento, indusse parte della giurisprudenza a non considerare il concordato stragiudiziale come istituto ammissibile, in quanto il debitore, appunto, doveva necessariamente ricorrere agli istituti normativamente previsti⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ La dottrina era concorde nel considerare il concordato amichevole come un contratto di diritto privato, sebbene fosse divisa sulla natura giuridica contrattuale da attribuirgli. Sul punto si vedano le opinioni di E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale, op. cit.*, p. 3; G. BONELLI, *Del fallimento ...*, *op. cit.*, 666, n. 716.

⁶⁶² Per un approfondimento sulla L. 197/1903 (c.d. legge sul concordato preventivo) si veda N. ROCCO DI TORREPADULA, *Concordato preventivo*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, III, Torino, 1988, p. 255.

⁶⁶³ L'istituto della moratoria fu ripristinato con lo scopo di comporre il dissesto della Banca Italiana di Sconto.

⁶⁶⁴ V. I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, *op. cit.*, p. 10416. Cfr. anche la RELAZIONE ALLA MAESTÀ DEL RE IMPERATORE DEL MINISTRO GUARDASIGILLI (GRANDI) AL R.D. N. 267/1942, nella quale si legge che il nuovo istituto del concordato preventivo con cessione dei beni è stato introdotto anche al fine «di eliminare quelle forme stragiudiziali di accomodamento che si risolvono in una sperequazione fra i creditori e, spesso, in un disastro per lo stesso debitore [...]».

⁶⁶⁵ Così Trib. Ferrara, 29.06.1980, in *Giur. Comm.*, 1981, II, p. 308, con nota di I. MENGHI, *Il concordato stragiudiziale: variazioni minime ad una voce per una grande fuga sul tema*, Trib. Torino, 07.04.1988, in *Giur. It.*, 1988, II, 2, p. 633.

Tuttavia, la rigidità e l'inefficienza delle procedure giudiziali⁶⁶⁶ incoraggiarono nella prassi l'uso dei concordati stragiudiziali⁶⁶⁷ al fine di superare le difficoltà poste dalla Legge Fallimentare e di valorizzare l'autonomia contrattuale, cercando di tutelare il valore economico dell'impresa e il complesso aziendale. Tali accordi, privi di ogni disciplina normativa, assicuravano una soluzione della crisi più rapida ad un costo inferiore e garantivano anche la riservatezza della crisi, non essendo previsto alcun tipo di controllo giudiziale⁶⁶⁸.

Non è un caso che, gradualmente, la dottrina iniziò a considerare positivamente le intese stragiudiziali a ragione del fatto un accordo fra debitore e (alcuni) creditori consentiva, il più delle volte, il superamento della crisi e, contestualmente, il recupero dell'impresa nel mercato⁶⁶⁹. Si iniziò così a paventare un progressivo abbandono dei profili pubblicistici ed officiosi tipici della procedura fallimentare⁶⁷⁰, in quanto la valorizzazione dell'autonomia privata poteva risultare più funzionale ad una migliore soluzione della crisi e, eventualmente, alla salvaguardia dei valori aziendali⁶⁷¹.

Non solo. La giurisprudenza di legittimità, in alcune pronunce, riconobbe come validi gli accordi stragiudiziali che erano sempre più utilizzati specie nei dissesti di grandi dimensioni⁶⁷².

⁶⁶⁶ Cfr. F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. Comm.*, 1997, I, p. 488; G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Rivista delle società*, 1996, p. 321; P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fallimento*, 1997, p. 893.

⁶⁶⁷ Secondo L. BOLAFFIO, *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, 1932, I, p. 369, l'espressione concordato stragiudiziale doveva ritenersi errata in quanto il concordato poteva essere solamente giudiziale cosicché gli accordi anteriori al fallimento avrebbero avuto sempre carattere privatistico, non essendo contemplati dalla legge. Secondo I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, *op. cit.*, p. 10417, nella pratica si parlava infatti di "accordi sulla crisi d'impresa" e non di "concordati giudiziali".

⁶⁶⁸ Secondo I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, *op. cit.*, p. 10416, gli accordi stragiudiziali sembravano tollerati anche dalla normativa: infatti l'art. 118 L. Fall. prevedeva che i crediti ammessi al passivo fossero «in altro modo estinti», formula che, secondo l'A., rendeva ipotizzabile la liceità degli accordi stragiudiziali.

⁶⁶⁹ Si vedano in proposito le opinioni di A. PATTI, *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Fallimento*, 2003, pp. 477 ss.; S. BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione della crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2003, I, pp. 113 ss..

⁶⁷⁰ Cfr. A. BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. Fall.*, 1996, I, pp. 697 ss..

⁶⁷¹ Così A. JORIO, *Le esigenze di una nuova disciplina della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2003, I, p. 588.

⁶⁷² Cfr. Cass. Civ., 16.03.1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951; Cass. Civ., 08.02.1989, n. 795, in *Fallimento*, 1989, p. 609; Cass. Civ., 26.02.1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 713; Cass. Civ., 28.10.1992, n. 11722, in *Fallimento*, 1993, p. 352. In dottrina, si vedano in particolare le opinioni di M. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni '90*, Milano, 1997; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale ...*, *cit.*.

I vantaggi offerti da tali accordi erano notevoli: le parti erano totalmente libere di determinarne l'utilizzo ed i contenuti, il debitore poteva permanere nella gestione dell'impresa e, allo stesso tempo, venivano abbattuti i costi ed i tempi delle procedure concorsuali normativamente previste⁶⁷³. Di contro, però, l'assenza di una specifica disciplina comportava che venissero favoriti i creditori "forti" a danno di quelli "piccoli", i quali non venivano coinvolti in modo adeguato nelle trattative. Inoltre l'imprenditore correva sempre il rischio di incappare in possibili azioni esecutive da parte dei creditori non aderenti all'accordo, di vedersi revocati i pagamenti effettuati nel caso di un eventuale successivo fallimento e di diventare passibile di comportamenti qualificabili in termini di rilevanza penale (si pensi all'imputazione per bancarotta e al ricorso abusivo al credito). Un altro problema era costituito dalla c.d. nuova finanza: la continuazione dell'attività d'impresa, infatti, esigeva spesso l'erogazione di nuovi finanziamenti ai quali, però, essendo nell'ambito di una soluzione stragiudiziale, non poteva essere riconosciuto il carattere della prededucibilità⁶⁷⁴.

Ne derivava, come è stato autorevolmente sostenuto, che gli accordi stragiudiziali erano soggetti ad una sorta di «forca caudina» attraverso la quale era spesso difficile salvare l'impresa ed evitare la dichiarazione di insolvenza, specie se si considera che ogni rapporto negoziale venuto in essere in sede stragiudiziale poteva essere annullato dalla revocatoria⁶⁷⁵.

Di fronte a detti problemi, la disciplina dettata dalla Legge Fallimentare venne considerata non adatta alle nuove esigenze e le riforme che si susseguirono si posero (anche) l'obiettivo di regolamentare gli accordi stragiudiziali.

⁶⁷³ Così R. SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, p. 618. Secondo l'A., utilizzando gli accordi stragiudiziali, il debitore poteva meglio adattare ciascun progetto di salvataggio alle peculiarità dell'impresa.

⁶⁷⁴ Sul tema, si veda R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, pp. 35 ss..

⁶⁷⁵ In questi termini, E. GABRIELLI, *Soluzioni negoziali della crisi: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Introduzione*, in L. GHIA - C. PICCININI - F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011, pp. 621 - 622. Secondo l'A. «l'imprenditore era tentato di ricorrere più frequentemente a tecniche che si servivano di una sorta di "catena di Sant'Antonio" delle procedure concorsuali: si iniziava con l'amministrazione controllata, per poi passare al concordato preventivo e sfociare quindi nella dichiarazione di fallimento».

Dapprima la Commissione Trevisanato elaborò un progetto di riforma che prevedeva (tra le altre cose) la tipizzazione degli accordi stragiudiziali⁶⁷⁶; il progetto, tuttavia, non vide mai la luce.

È il legislatore del 2005 che, per la prima volta, riesce a positivizzare la disciplina delle soluzioni negoziate, fino ad allora affidate ad una prassi non uniforme e ricca di pericolose censure⁶⁷⁷. L'intento fu quello di migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione della crisi e di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di dissesto, introducendo procedure stragiudiziali che avrebbero evitato i costi ed i tempi delle procedure concorsuali "tradizionali" e allo stesso tempo avrebbero garantito al debitore maggiore riservatezza: il tutto nell'ottica di favorire la continuità aziendale⁶⁷⁸.

Con la riforma del 2005 venne valorizzato il ruolo dell'autonomia privata, quale mezzo principale per risolvere la crisi, e si assistette ad una progressiva ma evidente «degiurisdizionalizzazione» del diritto concorsuale⁶⁷⁹.

Gli accordi stragiudiziali vennero così considerati dalla legge quale possibile oggetto di una procedura giudiziaria che conferisse loro degli effetti che altrimenti (poiché mera espressione di autonomia privata) non avrebbero mai potuto raggiungere (i c.d. effetti legali)⁶⁸⁰. In questo modo tali accordi si videro riconosciuta la possibilità di godere degli effetti protettivi garantiti dalla normativa concorsuale alle altre procedure, in quanto, sebbene fossero il frutto di una libera

⁶⁷⁶ La Commissione aveva tentato di prevedere una procedura di composizione stragiudiziale della crisi, le procedure di allerta e di prevenzione ed altri istituti aventi tutti il fine di agevolare il risanamento aziendale attuato con il ricorso a tecniche, anche negoziali, di conservazione del valore aziendale.

⁶⁷⁷ Così M. BASCELLI, *Le operazioni volte alla "soluzione negoziale" della crisi d'impresa. Spunti per vecchie e nuove riflessioni alla luce della L. 7 agosto 2012, n. 134*, in *Notariato*, 2012, 6, p. 685.

⁶⁷⁸ Si vedano, ad esempio, le parole di N. ABRIANI, *La funzione dei creditori è cruciale per il rilancio dell'impresa*, in *Il Sole 24Ore*, 09.07.2012, Norme e tributi, 4, secondo il quale il principale obiettivo del diritto fallimentare, a partire dal 2005, consista «nell'introduzione di strumenti giuridici volti a prevenire una prematura dispersione dei valori sottesi alla continuità aziendale, la cui conservazione permetterebbe di ripagare i creditori dell'impresa in termini meno penalizzanti». Nello stesso senso, si vedano L. STANGHELLINI, *Un pacchetto per aiutare a rimanere sul mercato*, in *Il Sole 24Ore*, 16.06.2012, 17; V. DE SENSI, *Fallimento guidato per sostenere la crisi*, in *Il Sole 24Ore*, 19.08.2012, Norme e tributi, 1.

⁶⁷⁹ Così, *ex multis*, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 277; F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Rivista delle società*, 2008, pp. 102 ss.; F. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, pp. 53 ss..

⁶⁸⁰ In questi termini M. CIAN, *Diritto commerciale*, Torino, 2014, p. 347.

negoziante, dal momento che erano disciplinati dalla legge potevano arrivare dove l'autonomia privata, da sola, non avrebbe potuto⁶⁸¹.

Gli strumenti negoziali individuati dal legislatore sono, come detto: (i) il concordato preventivo (nella sua nuova formulazione); (ii) i piani attestati di risanamento dell'esposizione debitoria; (iii) gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Del primo si è detto nel precedente capitolo; degli ultimi due, introdotti *ex novo* nel 2005, ci accingiamo a parlarne nei paragrafi che seguono.

Prima, però, ci siano concesse due ultime considerazioni.

La prima attiene alla funzione svolta dai piani di risanamento e dagli accordi di ristrutturazione. La finalità principe consiste nel salvaguardare la continuità aziendale dell'impresa in crisi attraverso la stipula di un accordo fra debitore e creditori: tuttavia, il dibattito circa le finalità di questi due strumenti è ancora aperto, in quanto è stato sostenuto che tali strumenti possano avere anche finalità meramente liquidatorie⁶⁸². Sul punto si tornerà più avanti.

La seconda riguarda la lettura che gli autori consigliano dell'attuale diritto fallimentare. Si sostiene, infatti, che il nuovo diritto fallimentare debba essere considerato «come illuminato dalla luce privatistica»⁶⁸³: ciò perché all'autorità giudiziaria viene ormai lasciato, almeno nella teoria, un ruolo marginale, in favore dell'esaltazione dell'autonomia privata delle parti.

⁶⁸¹ M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, pp. 346 – 347. Secondo l'A., «fra gli effetti legali protettivi opereranno [...] la sottrazione ad iniziative cautelari ed esecutive, e la conservazione della disponibilità del proprio patrimonio e dell'amministrazione della propria impresa».

⁶⁸² Così F. GIANNI, *Il processo di restructuring: aspetti finanziari e industriali. Il piano di risanamento ex art. 67 legge fallimentare*, reperibile al link http://www.gop.it/doc_publicazioni/32_sfed3n2b8k_ita.pdf.

⁶⁸³ Già nel 1908, E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale, op. cit.*, p. 3 sosteneva che «meno l'autorità giudiziaria si impiccchia degli affari privati, e meglio questi possono essere composti con soddisfazione comune e con minori spese [in quanto] i privati sono ingegnosi nel trovare mille vie d'uscita, mille ripieghi ed accomodamenti per definire le controversie». Cfr. anche I. L. NOCERA, *Autonomia privata e insolvenza ...*, *op. cit.*, p. 10424. L'A. da ultimo citato sostiene che, tuttavia, un'eccessiva autonomia privata nella gestione della crisi può comportare un pregiudizio dei diritti dei creditori. Infatti lo strumento dell'accordo di ristrutturazione potrebbe essere utilizzato solo al fine di rimandare il fallimento senza che il debitore sia in grado effettivamente di rispettare quanto previsto dall'accordo. L'A. a tal proposito sostiene che «l'unico presidio utile a fungere da “filtro” non può che essere rappresentato dalla clausola generale di buona fede che consente di intervenire in quei casi in cui l'accordo di ristrutturazione [...] configuri in concreto un abuso». Il problema dell'eccesso di autonomia privata era già stato evidenziato in relazione al concordato amichevole, con riferimento al quale A. ROCCO, *Prefazione*, in A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, sosteneva che l'istituto «dal punto di vista pratico ci offre, accanto al beneficio di una soluzione più rapida, più semplice, meno costosa del fallimento dichiarato o imminente, il pericolo di frodi da parte dei debitori di malafede, e di soprusi dei creditori disonesti o rapaci».

Nel corso degli anni debitore e creditori hanno fatto sovente uso delle procedure negoziate offerte dall'ordinamento, specie dei piani di risanamento: per quanto attiene agli accordi di ristrutturazione, come si vedrà, il legislatore è intervenuto più volte sull'istituto al fine di potenziarlo ed incentivarlo⁶⁸⁴.

2. I PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO

2.1. *Evoluzione dell'istituto*

L'istituto del piano attestato di risanamento è stato introdotto dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 e modificato a più riprese con interventi successivi.

Il legislatore, con l'obiettivo di favorire la continuazione dell'attività d'impresa e gli accordi che si perfezionano al di fuori del tribunale e in assenza di una votazione a maggioranza dei creditori, ha introdotto una disciplina scarna volta a regolamentare l'istituto solo in termini di esenzione da revocatoria⁶⁸⁵.

L'art. 67, comma III, lett. d), L. Fall., norma di riferimento⁶⁸⁶, stabilisce che sono esenti da revocatoria fallimentare «gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria». L'idoneità del piano ad assicurare il risanamento dell'impresa deve essere attestata da un professionista idoneo ad assumere la qualifica di curatore ai sensi dell'art. 28, comma I, lett. a) e b), L. Fall., ed iscritto nel registro dei revisori legali, il quale verificherà la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Si veda ad esempio l'ultima riforma del 2015 che ha ridimensionato l'utilizzo del concordato preventivo senza continuità reintroducendo la percentuale minima di soddisfazione del 20% dei creditori chirografari: ciò ha indirettamente favorito un più ampio ricorso agli accordi di ristrutturazione. Anche nel Progetto di riforma della Commissione Rordorf si legge che i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione debbano essere «incentivati». Sul punto, cfr. C. TRENTINI, *Prefazione* in C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016.

⁶⁸⁵ Così M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d). Piano attestato di risanamento*, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, Padova, 2014, p. 911.

⁶⁸⁶ Come evidenziato da S. BONFATTI, *Gli incentivi alla composizione negoziale della crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in S. BONFATTI – L. FALCONE, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014, p. 14, le norme che riguardano il piano attestato di risanamento sono l'art. 67, comma III, lett. d), L. Fall., l'art. 217-bis, L. Fall. e l'art. 88, comma IV, D.P.R. n. 917/1986.

⁶⁸⁷ Potranno dunque essere considerati «professionisti indipendenti» solo gli iscritti agli albi degli avvocati e dei commercialisti, anche in forma associativa: secondo C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015, pp. 394 – 395, è possibile pensare, in astratto, anche all'intervento di due professionisti diversi, ciascuno munito delle qualità professionali richieste. Come sostenuto da

Nella sua formulazione originaria, la norma in esame faceva riferimento, genericamente, ad un «esperto», senza l'indicazione di particolari requisiti soggettivi. Dapprima è intervenuto il decreto correttivo del 2007 che ha chiarito che deve trattarsi di professionista il quale presenti la medesima qualificazione professionale dell'attestatore della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano nel concordato preventivo⁶⁸⁸.

Successivamente, la L. 132/2012 ha risolto alcune problematiche che continuavano a sussistere nonostante i precedenti interventi del legislatore. Le modifiche hanno riguardato, in particolare, la figura dell'attestatore, specificando che egli è «designato dal debitore»⁶⁸⁹ e deve possedere determinati requisiti di indipendenza⁶⁹⁰.

S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, sono esclusi i soggetti di cui all'art. 28, lett. c) (ovvero coloro i quali diano prova di adeguate capacità imprenditoriali), in quanto l'art. 67, comma III, lett. d), rimanda espressamente alle sole lett. a) e b) dell'art. 28. Da ultimo occorre notare l'omesso richiamo all'art. 28, comma II, che preclude la possibilità di nominare alla carica di curatore fallimentare il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di quest'ultimo, chi ha concorso al dissesto dell'impresa e chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento. Nonostante l'esclusione di tale previsione da parte del richiamo dell'art. 67, comma III, lett. d) all'art. 28, la dottrina è concorde nell'affermare che anche nel piano attestato non possano ricoprire la carica di professionista attestatore i soggetti indicati dall'art. 28, comma II. In questo senso, si vedano, *ex multis*, M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d)...*, *op. cit.*, p. 930 – 931; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare, cit.*, pp. 827 – 828.

⁶⁸⁸ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 33. L'A., in nota, riporta anche il pensiero di D. BENINCASA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis*, in A. CAJAJA, *Le procedure concorsuali*, II, Padova, 2011, p. 1410, secondo il quale non dovrebbe più essere utilizzato il termine generico di “esperto”, bensì quello di “professionista”.

⁶⁸⁹ Le modifiche apportate dalla riforma del 2012, come sostenuto da S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, in L. PANZANI, *Diritto fallimentare. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, p. 830, si pongono in linea con quanto espresso dalla dottrina maggioritaria che da tempo auspicava una chiarificazione sul fatto che il professionista dovesse essere designato dal debitore. Nello stesso senso, si vedano L. PANZANI – G. TARZIA, *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Fallimento*, 2014, 10, p. 1065; A. CASTAGNOLA, *Piano di risanamento predisposto da una società per azioni e designazione del professionista*, in *Dir. Fall.*, 2009, pp. 359 ss.. Anche la giurisprudenza è concorde nell'affermare che il professionista debba essere designato dal debitore: sul punto si veda, fra le tante, Trib. Ravenna, 13.11.2011, in www.ilcaso.it, 2011, secondo cui il piano di risanamento ha natura contrattuale; Trib. Mantova, sez. IV, 31.03.2009, in *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 126; Trib. Milano, 16.07.2008, in *Fallimento*, 2009, p. 75; Trib. Brescia, 03.08.2007, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 171. In senso contrario, anche se ormai si tratta di un orientamento superato, cfr. Trib. Bari, 14.08.2008, in *Fallimento*, 2009, p. 467. A seguito delle modifiche legislative del 2012, deve ritenersi superato anche quell'orientamento che riteneva ammissibile la nomina del professionista da parte del tribunale su istanza di parte, come affermava Trib. Treviso, 20.04.2009, in *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 128.

⁶⁹⁰ L'ultimo periodo dell'art. 67, comma III, lett. d), inoltre, dispone che il debitore può richiedere la pubblicazione del piano nel registro delle imprese: ciò gli consente di godere del relativo beneficio fiscale in quanto i risparmi derivanti dall'esecuzione del piano sono soggetti a tassazione. In tal modo viene ricalcato quanto già previsto in tema di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione dei debiti. La novella del 2012 ha introdotto anche l'art. 236-bis, L. Fall., che

A seguito delle riforme, dunque, il professionista attestatore del piano di risanamento deve soddisfare tre requisiti⁶⁹¹: (i) deve avere la qualificazione soggettiva ai sensi dell'art. 28, L. Fall., per l'assunzione della qualità di curatore fallimentare; (ii) deve essere iscritto nel registro dei revisori legali; (iii) deve risultare indipendente, ovvero non deve essere «legato all'impresa o a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio»⁶⁹².

Come è stato sostenuto, le modifiche apportate dal legislatore sono servite esclusivamente a fornire all'istituto in esame una maggiore coerenza con il sistema delle procedure concorsuali ed a completarlo, senza tuttavia modificarne la natura e le finalità⁶⁹³.

Il piano di risanamento costituisce la prova dell'espansione delle soluzioni della crisi d'impresa dettate dall'autonomia privata⁶⁹⁴, attraverso l'esaltazione dell'autonomia negoziale delle parti ed il ridimensionamento del ruolo della revocatoria fallimentare dal momento che, in presenza di una programmazione del risanamento attestata da un professionista indipendente, si verifica una totale esenzione da revoca degli atti posti in essere⁶⁹⁵.

Con la previsione dei piani di risanamento ha avuto modo di diffondersi la composizione stragiudiziale innominata dell'insolvenza (o anche solo della crisi) che necessita esclusivamente dell'attestazione dell'esperto, senza alcun intervento da parte del tribunale⁶⁹⁶.

2.2. La natura del piano

La dottrina è ormai concorde nell'affermare che l'istituto in esame non costituisce una procedura concorsuale⁶⁹⁷, quest'ultima da intendersi come

disciplina una specifica fattispecie penale relativa alle false informazioni e all'omissione di informazioni rilevanti da parte del professionista

⁶⁹¹ In questo senso si era già espresso E. CECCHERINI, *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione delle crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. Fall.*, 2011, p. 301.

⁶⁹² Cfr. l'attuale formulazione dell'art. 67, comma III, lett. d).

⁶⁹³ Cfr. M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, p. 911; S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, *cit.*, pp. 830 – 831.

⁶⁹⁴ La scienza aziendalista già da tempo esaltava le soluzioni negoziate della crisi dell'impresa: in proposito si veda L. GUATRI, *Turnaround, declino, crisi e ritorno al valore*, *cit.*, p. 247.

⁶⁹⁵ Così M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, p. 912.

⁶⁹⁶ In questi termini C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, *op. cit.*, p. 395.

⁶⁹⁷ Si vedano, *ex multis*, C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 4; M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, p. 912; C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, *op. cit.*, p. 395; S.

procedimento basato su presupposti riconoscibili ed accertabili da parte di un'autorità preposta. Il piano attestato può essere fatto rientrare, piuttosto, nell'alveo degli strumenti di soluzione negoziale della crisi d'impresa⁶⁹⁸.

Il piano, infatti, mira alla soluzione della crisi seguendo una via esclusivamente privatistica in quanto non è previsto in alcun modo e in nessun caso, neppure eventualmente, l'intervento del tribunale⁶⁹⁹: il debitore predispose il piano in modo unipersonale, accompagnandolo con l'attestazione del professionista da lui designato⁷⁰⁰. Si tratta dunque di un atto sostanzialmente unilaterale frutto di una scelta, il più delle volte, esclusiva del debitore, che, oltre a sottrarsi a qualsiasi tipo di controllo da parte del giudice, prescinde tanto dall'assenso di terzi coinvolti nel processo di risanamento, quanto di tutti o parte dei creditori⁷⁰¹.

Dunque, non costituendo una procedura concorsuale⁷⁰², ne consegue che, in primo luogo, non può essere configurata alcuna possibilità di consecuzione di procedure e, di conseguenza, il periodo sospetto della revocatoria non potrà essere fatto decorrere dalla formalizzazione del piano⁷⁰³. Ciò vuol dire che il piano non concede al debitore il beneficio della protezione nei confronti delle aggressioni che

AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, cit., p. 831; G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININI – F. SEVERINI, *Trattato ...*, cit., p. 631; E. STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 861; C. ROMEO, *Piani di risanamento e responsabilità civile del professionista attestatore*, in *Responsabilità civile*, agosto – settembre 2012, 8-9, p. 567; U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 103.

⁶⁹⁸ Così P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 940.

⁶⁹⁹ Si veda C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 4; ; S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, cit., p. 831; B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 209.

⁷⁰⁰ Secondo F. SANTANGELI, *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa (Il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo)*. *Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure ante crisi*, in *Dir. Fall.*, 2009, I, p. 612, le modalità di risanamento sono totalmente rimesse alla volontà dei privati e non può escludersi che il piano possa essere costituito esclusivamente da un accordo fra debitori e terzi estranei, quali, ad esempio, nuovi finanziatori.

⁷⁰¹ Cfr. S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale della crisi di impresa*, in S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005, p. 143; U. APICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 140.

⁷⁰² A tal proposito, secondo S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, cit., p. 831, non si può parlare di procedura concorsuale qualora manchi (i) un provvedimento giudiziale di apertura della procedura, (ii) l'universalità degli effetti, (iii) l'apertura del concorso dei creditori ed il conseguente blocco del decorso degli interessi relativamente ai crediti chirografari, (iv) il principio della *par condicio creditorum* e (v) l'esistenza di una collettività di creditori retta dal principio maggioritario.

⁷⁰³ Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 4, in nota, «tale regola sarebbe desumibile non tanto dal fatto che il piano non è una procedura concorsuale, quanto dal fatto che la consecuzione, a norma dell'art. 69-bis, comma II, L. Fall., è ammessa soltanto tra concordato preventivo e fallimento [...]».

i creditori insoddisfatti potrebbero esercitare sul suo patrimonio né lo pone al riparo da eventuali azioni esecutive individuali⁷⁰⁴.

In secondo luogo, non possono beneficiare del carattere della prededucibilità i crediti sorti durante l'esecuzione del piano, dal momento che l'art. 111 L. Fall., comma II, si riferisce espressamente alle sole procedure concorsuali. Corollario di tale affermazione, come affermato dalla dottrina, è il fatto che non è possibile prevedere finanziamenti prededucibili né anteriori, né interinali, né esecutivi ai sensi degli artt. 182-*quater* e 182-*quinques*, L. Fall.⁷⁰⁵.

I piani attestati di risanamento, quindi, sono ben diversi dai concordati preventivi e dagli accordi di ristrutturazione poiché non si fondano su un accordo tra debitore e creditori e hanno rilevanza solo agli effetti dell'esclusione dalla revocatoria fallimentare, non producendo un effetto novativo nei rapporti debito – credito e lasciando aperta la possibilità per i creditori di intraprendere una soluzione *ex lege* della crisi o anche solo azioni individuali esecutive⁷⁰⁶.

A tal proposito alcuni autori hanno definito il piano di risanamento alla stregua di una «dichiarazione di volontà unilaterale», modificabile in qualunque istante⁷⁰⁷; altri hanno descritto l'istituto come un «accordo a causa onerosa», finalizzato alla ristrutturazione dei debiti, mediante la continuazione o la liquidazione dell'impresa, diretto ad evitare il fallimento⁷⁰⁸.

Tuttavia, sebbene il piano di risanamento non si fondi sul consenso esplicito tra imprenditore e creditori⁷⁰⁹, nella pratica è difficile che i creditori non vengano interpellati e ciò al fine sia di ottenere l'attestazione di ragionevolezza da parte dell'attestatore, sia di evitare una soluzione *ex lege* della crisi – promossa dai creditori stessi – e di non esporsi al rischio di azioni individuali esecutive da parte

⁷⁰⁴ Così U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, op. cit., p. 103.

⁷⁰⁵ In questo senso, si vedano C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 4; F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinques c.c. e sull'art. 182-quater. l. fall.*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2012, I, p. 523.

⁷⁰⁶ Così C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 395, il quale sostiene che «manca, infatti, al piano di risanamento un effetto, anche solo temporalmente limitato, preclusivo di azioni individuali dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore».

⁷⁰⁷ Cfr. M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, op. cit., p. 912. Secondo L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2007, p. 623, il piano di risanamento costituisce un «fascio di plurime proposte contrattuali» di carattere recettizio, destinate ad avere effetto quando conosciute, unitamente al piano, dai creditori destinatari.

⁷⁰⁸ V. M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in *Fallimento*, 2008, p. 1237.

⁷⁰⁹ Secondo M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, op. cit., pp. 912 – 913 il piano di risanamento è, infatti, «un atto a formazione contrattuale meramente eventuale».

dei creditori⁷¹⁰. Nella pratica, dunque, il piano di risanamento può essere efficacemente attuato solo in presenza di un accordo fra l'imprenditore ed i principali creditori, quali gli istituti di credito, i fornitori strategici e, talvolta, anche determinati soggetti che, pur non essendo creditori, sono ugualmente interessati al risanamento dell'impresa⁷¹¹.

2.2.1. Criticità rispetto agli altri strumenti di risoluzione della crisi

Come si vedrà⁷¹², i piani attestati di risanamento presentano alcune analogie funzionali con gli accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto entrambi si pongono l'obiettivo di recuperare l'equilibrio dell'impresa⁷¹³. Tuttavia, analizzando la disciplina, emergono notevoli differenze fra piani di risanamento, accordi di ristrutturazione e concordato preventivo.

Infatti, a differenza degli accordi di ristrutturazione, il piano attestato, come detto, non presuppone necessariamente la conclusione di un accordo con i creditori in quanto, in fase costitutiva e deliberativa, non vi è la necessità dell'intervento dei creditori ai fini della validità del piano⁷¹⁴.

Inoltre, diversamente da quanto accade negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi, i piani attestati non assicurano la protezione del patrimonio del debitore e non consentono la prededucibilità dei crediti; non operano nemmeno le speciali disposizioni previste dall'art. 182-*sexies*, L. Fall., sulla sospensione delle norme societarie relative agli obblighi degli amministratori in

⁷¹⁰ Cfr. C. CECHELLA, *Diritto fallimentare, op. cit.*, p. 395; M. MAROBBI, *Revocatoria fallimentare e disciplina delle nuove esenzioni*, in A. CAJAJA, *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, p. 297; P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2007, I, pp. 540 ss..

⁷¹¹ Così S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento, cit.*, pp. 832 ss.. Secondo P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare, op. cit.*, p. 941, anche nel caso di accordo fra imprenditore e creditori, la caratteristica dell'istituto rimane quella di non richiedere un procedimento di convocazione del ceto creditorio né la formazione di una specifica maggioranza al fine di ottenere la protezione dall'azione revocatoria.

⁷¹² Cfr. *infra*, par. 3.

⁷¹³ Così M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 511.

⁷¹⁴ V. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ..., op. cit.*, p. 5, il quale, in nota, richiama un'affermazione di E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi d'impresa. Profili strutturali e funzionali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, p. 299, che sembra opportuno riportare: «la natura contrattuale [dei piani attestati di risanamento] è una delle strutturazioni possibili». Secondo M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 511, dato che la negoziazione del piano fra debitori e creditori costituisce una fase eventuale (e non necessaria), appare improprio far rientrare i piani di risanamento nell'alveo delle soluzioni negoziate della crisi.

presenza di perdita o riduzione del capitale⁷¹⁵. A questa elencazione si deve aggiungere anche il fatto che, secondo un certo orientamento, il giudice penale può rivalutare in un secondo momento la correttezza del piano e dell'attestazione e eventualmente imputare l'imprenditore di bancarotta preferenziale o semplice, non operando dunque il disposto dell'art. 217-*bis*, L. Fall.⁷¹⁶.

Infine, il piano di risanamento non consente di avvalersi della transazione fiscale, come avviene invece tanto nel concordato preventivo quanto negli accordi di ristrutturazione.

Nonostante le preclusioni appena riportate, l'istituto è stato largamente utilizzato e ha consentito alcune fra le più importanti ristrutturazioni degli ultimi anni, in ragione della sua speditezza e snellezza di procedura⁷¹⁷.

2.3. Presupposti, forma e contenuto del piano: considerazioni generali

Il presupposto oggettivo del piano attestato è lo stato di crisi, nell'ampia accezione che ricomprende anche lo stato di insolvenza, come avviene per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti⁷¹⁸. In ogni caso, stante il suo carattere privatistico, il piano non è soggetto ad alcuna verifica preventiva, avendo rilevanza solo nel caso di eventuale fallimento ai fini dell'esenzione dalla revocatoria: per questo motivo, è stato sostenuto che la questione inerente il presupposto di accesso è, in realtà, soltanto apparente⁷¹⁹.

⁷¹⁵ Sul tema dell'inapplicabilità dell'art. 182-*sexies* si veda P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e predeuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 667.

⁷¹⁶ In questo senso, si veda F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, p. 860. Contro questa impostazione, nel senso che deve essere esclusa una sindacabilità giudiziaria *ex post* dell'attestazione, si veda G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati ex art. 67, lett. d), l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2012, 3, p. 393.

⁷¹⁷ Così S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento, cit.*, p. 830, che cita, fra le altre, le esperienze di Prada, Azimuth e delle Acciaierie Beltrame.

⁷¹⁸ Secondo un certo orientamento, il piano attestato sarebbe utilizzabile solo per le situazioni di crisi temporanee e di lieve entità, in quanto solo in questo tipo di crisi sarebbe agevole trovare intese con creditori che non rappresentano la maggioranza dei crediti: così F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. s, l. fall.: luci ed ombre a seguito del Decreto "sviluppo"*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 91; F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale, op. cit.*, p. 102. In senso contrario si veda la recente opinione di C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 10, secondo cui il ricorso è possibile anche nei casi di crisi più gravi.

⁷¹⁹ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 9. Anche secondo G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato ...*, *cit.*, p. 648, il piano «serve sempre *ex post*, a cose fatte, quando oltretutto è fallito il suo scopo».

È pacifico che il piano debba avere forma scritta e anche il Disegno di Legge Delega della Commissione Rordorf dispone che la legge debba in futuro prevedere esplicitamente tale requisito, per adesso solo implicito.

Allo stesso modo, il piano deve avere data certa, data la sua funzione di esenzione da revocatoria degli atti compiuti nel caso di successivo fallimento⁷²⁰: senza una data certa, il piano non potrebbe produrre i propri effetti⁷²¹, in quanto l'esenzione da revocatoria opera esclusivamente dalla data di rilascio dell'attestazione da parte del professionista⁷²².

Quanto al contenuto del piano, esso può essere il più vario ed atipico possibile, in quanto l'unico limite imposto dalla legge è quello di prevedere il risanamento dell'esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa⁷²³.

Secondo quanto suggerito dai “*Principi di attestazione dei piani di risanamento*”⁷²⁴, il piano deve avere una struttura composta sostanzialmente da tre parti⁷²⁵:

- (i) una parte ricognitiva dello stato attuale dell'impresa⁷²⁶;
- (ii) una parte costituita dal piano industriale delle azioni sulle quali il *management* intende basare l'intervento risanatorio (c.d. *action plan*)⁷²⁷;

⁷²⁰ Anche relativamente al requisito della data certa, il D.D.L. della Commissione Rordorf dispone che la legge debba prevederlo espressamente.

⁷²¹ Così L. ROVELLI, *Quale competitività per le imprese dopo le «trasformazioni» della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 113.

⁷²² Cfr. M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, pp. 924. In dottrina alcuni autori sostengono che la data certa è necessaria solo per il piano e per la relativa attestazione del professionista: così M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio ...*, *cit.*, p. 1238. Altri ritengono che la data certa sia necessaria anche per gli atti successivi che siano in esecuzione del programma di risanamento: in tal senso, si veda G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, p. 901.

⁷²³ Cfr. P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, *op. cit.*, p. 944; G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato ...*, *cit.*, p. 650. Le azioni di risanamento devono essere contenute nel piano industriale, il quale esplicita la strategia di intervento per ottenere il risanamento dell'impresa.

⁷²⁴ V. *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, a cura di AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI, OCRI, documento approvato dal CNDCEC in data 03.09.2014 e pubblicato in data 11.09.2014. I principi valgono per la predisposizione di ogni piano, tanto per i piani attestati, quanto per il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il documento è rinvenibile al link: <http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/661>.

⁷²⁵ Compie una suddivisione analoga, prima dell'approvazione dei *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato ...*, *cit.*, pp. 651 – 652.

⁷²⁶ Questa parte deve contenere (i) la presentazione dell'azienda, (ii) il resoconto dei dati storici economici e finanziari e (iii) la descrizione dello stato di crisi e l'individuazione delle sue cause.

⁷²⁷ L'*action plan* deve contenere (i) le strategie di risanamento e (ii) l'indicazione degli interventi che il *management* intende adottare.

(iii) una parte c.d. di «analisi prospettica»⁷²⁸.

Relativamente al grado di analiticità che devono assumere le previsioni del piano, la recente dottrina sostiene che gli atti esecutivi previsti debbano essere sufficientemente indicati, pena l'impossibilità di usufruire del beneficio di esenzione da revocatoria, anche se si sostiene che non si possa pretendere una descrizione analitica nei minimi dettagli⁷²⁹.

Per quanto concerne invece la durata del piano, è necessario prendere in considerazione il fatto che la durata di esecuzione dello stesso può essere diversa a seconda del caso concreto, in quanto, di solito, l'attuazione non si esaurisce in un'unica operazione, protraendosi per un periodo di tempo compreso fra i tre e i cinque anni⁷³⁰. La questione principale riguarda piuttosto l'attendibilità di un piano che preveda tempi di esecuzione eccessivamente lunghi, poiché in questo caso risulterebbe difficile effettuare previsioni attendibili: a tal proposito, la recente dottrina sostiene che i piani non dovrebbero presentare una durata superiore, in linea di massima, a cinque anni⁷³¹.

Per concludere, il Disegno di Legge Delega della Commissione Rordorf prevede che, qualora si verificano modifiche successive, non marginali, dell'accordo o del piano, deve essere imposta la rinnovazione delle attestazioni richieste dalla legge⁷³². A tal proposito, già da tempo in dottrina era stato sottolineato che per i piani più complessi risultano necessarie verifiche periodiche relative alla concreta attuazione degli stessi⁷³³.

⁷²⁸ In questi termini, v. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 19. I *Principi di attestazione dei piani di risanamento* prevedono che tale analisi prospettica contenga l'evoluzione del settore in cui l'impresa opera e l'analisi dell'azienda nel contesto concorrenziale.

⁷²⁹ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 25. L'A. sostiene anche che è «assolutamente ammissibile [a differenza di quanto avviene nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti] prevedere condizioni (in particolare, la stipulazione di nuove convenzioni bancarie) [...]. Parimenti deve ritenersi ammissibile che la stessa attestazione sia condizionata [...]». Secondo G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI - F. SEVERINI, *Trattato ...*, cit., p. 640, il piano deve necessariamente contenere un progetto gestionale che abbia «l'obiettivo di far riguadagnare stabilità e forza agli indicatori di benessere economico, finanziario e patrimoniale, attraverso interventi di natura complessa e composita».

⁷³⁰ Cfr. A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, pp. 90 ss..

⁷³¹ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 24. Nello stesso senso, si veda UNIVERSITÀ DI FIRENZE - CNDCEC - ASSONIME, *Linee-guida per in finanziamento alle imprese in crisi*, 1° ed., 2010, p. 20 - 21, secondo cui il piano di risanamento può avere durata superiore a cinque anni: tale termine deve essere inteso come riferito alle sole misure di carattere straordinario e non anche all'estinzione di tutte le passività esistenti alla data di riferimento del piano.

⁷³² Al pari di quanto avviene in materia di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione del debito. Sul punto, cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 27.

⁷³³ I costi di tali verifiche vanno preventivati nel piano. Sul punto, cfr. A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, op. cit., p. 91, secondo cui l'attività di monitoraggio deve essere affidata ad un

2.4. Le finalità del piano. È possibile un piano attestato liquidatorio?

Il piano attestato ha la finalità di «consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e [di] assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria»⁷³⁴: l'istituto, dunque, persegue l'obiettivo di permettere all'impresa di superare la crisi e, secondo la logica sottesa al nuovo sistema fallimentare, anche di favorire la tempestiva emersione dello stato di crisi e la sua gestione in via stragiudiziale⁷³⁵. Autorevole dottrina sostiene che lo scopo del piano di risanamento consiste nel «riportare l'impresa a quell'armoniosa e quasi perfetta contrapposizione fra i flussi finanziari»⁷³⁶, con ciò volendo dire che mediante il piano deve essere ristabilita la situazione di equilibrio finanziario nella gestione dell'impresa.

Muovendo da queste considerazioni, alcuni autori sostengono che lo strumento oggetto di trattazione sia incompatibile con la liquidazione dell'azienda: in altri termini l'istituto sarebbe utilizzabile solo in ipotesi di preservazione del complesso produttivo e di continuazione dell'attività d'impresa⁷³⁷.

La conclusione, tuttavia, non convince.

Quando la norma in oggetto parla di risanamento, come si è detto, vuole intendere il ripristino della situazione economica e finanziaria dell'impresa affinché la situazione di crisi in cui la stessa versa non degeneri in insolvenza insanabile⁷³⁸.

advisor di comune fiducia e non all'attestatore del piano il quale, come detto, è designato dal debitore.

⁷³⁴ Ciò è quanto si legge nell'art. 67, comma III, lett. d), primo periodo.

⁷³⁵ Sul punto, si veda M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, pp. 913 – 914.

⁷³⁶ Così M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, p. 914.

⁷³⁷ Così P. MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'attività d'impresa*, in *Fallimento*, 2006, p. 104; L. MANDRIOLI, *Presupposti ed effetti del piano di risanamento: le finalità dell'istituto*, in S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria*, *cit.*, p. 147; L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2014, p. 1010; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali ...*, *op. cit.*, p. 303; M. FERRO, *Art. 67, co. 3, lett. d) ...*, *op. cit.*, p. 901. Secondo S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, *cit.*, p. 848 – 849, deve escludersi la configurabilità di un piano attestato di risanamento a contenuto interamente liquidatorio, essendo invece ammissibile un piano parzialmente liquidatorio che preveda la dismissione dei cespiti aziendali non strategici alla prosecuzione dell'attività. Drastica la recente opinione di A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi d'impresa e sulla continuazione dell'attività*, *cit.*, 2, p. 296, secondo cui il piano attestato può «essere utilizzato soltanto in chiave di continuazione dell'attività» in quanto l'art. 67, comma III, lett. d), parla di «riequilibrio della [...] situazione finanziaria» e, secondo l'A., tale espressione presuppone necessariamente la continuità aziendale, non avendo «alcun senso se riferita ad una attività di liquidazione».

⁷³⁸ Così G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato ...*, *cit.*, p. 652.

A tal fine, non può escludersi che la soluzione maggiormente idonea sia quella di condurre l'azienda alla chiusura piuttosto che mantenerne in vita l'attività⁷³⁹.

Nessuna norma dell'ordinamento prevede che il piano di risanamento abbia come unica funzione quella della prosecuzione dell'attività: è ben possibile, infatti, che il piano, sebbene normalmente orientato alla salvaguardia dei complessi aziendali, possa essere finalizzato a pareggiare i conti al fine di procedere ad una liquidazione maggiormente vantaggiosa⁷⁴⁰. Si ricordi, in proposito, che la continuazione dell'attività è solo una delle possibili soluzioni della crisi ma non è l'unica: spesso, l'unica soluzione praticabile è proprio quella liquidatoria e ciò vale anche per il piano di risanamento⁷⁴¹.

Inoltre, sostenere che il piano di risanamento debba necessariamente prevedere la continuità aziendale, precluderebbe l'utilizzo dell'istituto da parte della società posta in stato in liquidazione, se non previa rimozione dello stesso, ai sensi dell'art. 2487-ter c.c.⁷⁴². Ciò, come sostenuto, sarebbe contrastante con il *favor* del legislatore per le soluzioni stragiudiziali della crisi⁷⁴³.

Infine, se si considera il piano attestato come strumento di soluzione alternativa della crisi, non si comprende perché si debba escludere la possibilità liquidatoria, specie quando questa sia l'unica praticabile⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 21.

⁷⁴⁰ In tal senso, v. P. G. DEMARCHI, *I piani attestati di risanamento ex art. 67 legge fallimentare – Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, in www.ilcaso.it, doc. n. 189/2010, p. 8.

⁷⁴¹ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 21.

⁷⁴² Ciò è quanto sostiene L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato ...*, cit., 2014, p. 1010 secondo il quale la società posta in stato di liquidazione non può usufruire del piano di risanamento ex art. 67, comma III, lett. d).

⁷⁴³ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 22. La dottrina, già all'indomani della riforma del 2005, riteneva compatibile l'istituto del piano attestato di risanamento con una liquidazione *tout court*, che conduca, al termine del processo, alla cessazione del soggetto imprenditoriale. Così L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei «Piani di risanamento» e dei «Progetti di ristrutturazione» nel Concordato preventivo e negli Accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di «crisi»*, in *Atti del convegno di Lanciano del 17 e 18 marzo 2006*, in *Q. G. comm.*, 2006, p. 507, secondo il quale la tesi è confermata dal fatto che il legislatore, con la riforma del diritto societario, ha previsto, con l'art. 2487 c.c., che in sede di liquidazione è possibile dare corso all'esercizio provvisorio dell'impresa se finalizzato alla conservazione del valore di quest'ultima in funzione di un suo miglior realizzo.

⁷⁴⁴ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 22. L'A. riporta un'affermazione esemplificativa di G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI - F. SEVERINI, *Trattato ...*, cit., p. 652 – 653, secondo il quale «come può identicamente fallire l'impresa in funzione e quella in liquidazione, così ugualmente dev'essere consentito all'imprenditore che scelga la via della liquidazione di mettere al riparo dal rischio di revocatoria gli atti esecutivi di un piano di riequilibrio ragionevole».

Sembra, dunque, configurabile un piano attestato di risanamento a contenuto liquidatorio in quanto anche la dismissione dei complessi aziendali può risultare idonea ad ottenere il ripristino dell'equilibrio finanziario ed il risanamento dell'esposizione debitoria⁷⁴⁵.

3. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

3.1. *Affermazione ed evoluzione dell'istituto*

Come detto in precedenza, già prima del 2005 era stata riconosciuta la legittimità degli accordi stragiudiziali volti ad una soluzione negoziata della crisi dell'impresa⁷⁴⁶; tuttavia, solo con l'introduzione dell'istituto del piano attestato di risanamento e, in particolare, dell'art. 182-*bis*, L. Fall., disciplinante gli accordi di ristrutturazione dei debiti, le soluzioni stragiudiziali hanno trovato esplicito riconoscimento e conseguente tutela nel nostro ordinamento⁷⁴⁷.

La gestione privata della crisi d'impresa prima della riforma del 2005, infatti, era limitata dall'eccessivo autoritarismo che si concretizzava soprattutto nel potere direzionale svolto dall'autorità giudiziaria nell'ambito dei procedimenti concorsuali⁷⁴⁸.

L'esigenza di consentire al debitore di risolvere la crisi in tempi più rapidi⁷⁴⁹ e, soprattutto, la volontà di tutelare i valori economici del complesso aziendale,

⁷⁴⁵ Così G. MEO, *I piani attestati di risanamento*, in L. GHIA - C. PICCININNI - F. SEVERINI, *Trattato ...*, cit., p. 653.

⁷⁴⁶ Si veda, in particolare, Cass. Civ., 16.03.1979, n. 1562, cit., secondo cui «non v'è dubbio che [...] sia configurabile un contratto complesso, diretto ad attuare sul piano puramente negoziale quella medesima finalità, e noto come concordato stragiudiziale e amichevole». Per le pronunce conformi a quella appena citata, si rimanda *supra*, in nota. La giurisprudenza di merito, invece, risultava divisa. Infatti, alcune pronunce espressero non pochi dubbi sulla validità del concordato stragiudiziali. In proposito, si veda Trib. Ferrara, 28.06.1980, cit.; Trib. Roma, 01.04.1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 646, nota di M. SARALE, *Accertamento dello stato di insolvenza e solvibilità (presunta) del gruppo: il caso Caltagirone*; Trib. Torino, 07.04.1988, cit.. Altre pronunce, d'altra parte, ne riconoscevano la validità, subordinando però i concordati stragiudiziali all'adesione da parte di tutti i creditori. In tal senso, si vedano, in particolare, Trib. Parma, 04.03.1981, in *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 741; Trib. Roma, 05.03.1982, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, p. 255, nota di B. LIBONATI, *Insolvenza di gruppo e revocatoria ex legge n. 95 del 1979*.

⁷⁴⁷ Così L. FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel «prisma» del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4-5, p. 1101, cui si rimanda per l'ampia rassegna bibliografica.

⁷⁴⁸ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, diretto da VASSALLI - LUISO - GABRIELLI, 2014, pp. 464 - 465.

⁷⁴⁹ Uno dei motivi che indussero il legislatore a riformare il diritto fallimentare nel 2005, fu il fatto dell'eccessiva durata delle procedure concorsuali che determinava il deterioramento dei valori aziendali e, di conseguenza, una minore soddisfazione degli interessi dei creditori. Sul tema, v. A.

portò all'introduzione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con il fine di inquadrare una volta per tutte gli accordi stragiudiziali, che si erano andati affermando nella prassi, nell'ambito di una precisa struttura processuale, pur semplificata ed orientata a valorizzare l'autonomia delle parti⁷⁵⁰.

La regolazione normativa di tali accordi avrebbe dovuto consentire la risoluzione dei problemi che si erano verificati in precedenza e che ostacolavano i processi di ristrutturazione dei debiti: la Legge Fallimentare, infatti, non forniva alcuna tutela alla soluzione negoziata della crisi⁷⁵¹. Gli inconvenienti che si potevano verificare per il debitore erano molteplici: si pensi, ad esempio, al rischio della revocatoria fallimentare di un atto compiuto in esecuzione dell'accordo; oppure al rischio che durante le trattative i creditori potessero intraprendere azioni esecutive o cautelari nei confronti del debitore, compromettendo il buon esito dell'accordo⁷⁵².

Il legislatore del 2005⁷⁵³, ispirandosi in larga parte al *Chapter 11* ed ai *Prepackaged Plan* di diritto statunitense, introdusse così lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti⁷⁵⁴.

L'istituto suscitò ampi dibattiti sia sull'opportunità di una soluzione della crisi dell'impresa quasi per intero nelle mani di debitore e creditori⁷⁵⁵, sia sulla sua natura. All'indomani della riforma, fu sollevato, da più parti, il fatto che, nei termini prospettati dal legislatore, l'istituto avrebbe corso il rischio di rimanere in larga parte inapplicato.

PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Fallimento*, 2010, 9, p. 1087 ss..

⁷⁵⁰ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 465.

⁷⁵¹ Già un decennio prima della riforma, autorevole dottrina si esprimeva in tal senso. Sul tema, *ex multis*, si vedano A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pp. 492 ss.; A. BONSIGNORI, *Il fallimento sempre più inattuale*, cit., pp. 697 ss..

⁷⁵² Si vada, tra i tanti, S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, 2012, p. 4; M. CIAN, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 500.

⁷⁵³ L'art. 182-bis è stato inserito nella Legge Fallimentare con l'art. 2 del D. L. 14.03.2005, n.35, convertito con modificazioni nella L. 14.05.2005, n. 80, cui ha fatto seguito il D. LGS. 09.01.2006, n. 5, in attuazione delle deleghe previste dall'art. 1 della L. n. 80/2005, cit..

⁷⁵⁴ Sul tema, si veda P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, cit., pp. 130 – 131 e, in particolare, p. 136 per il raffronto con lo strumento del *Prepackaged Plan of Reorganization*, procedura attraverso la quale «il debitore predispone il piano riorganizzazione, lo negozia e lo sottopone alla votazione dei propri creditori prima di depositare l'istanza di ammissione al *Chapter 11*».

⁷⁵⁵ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 103.

Il debitore doveva raccogliere il consenso dei creditori rappresentanti il 60% dei crediti e non era prevista alcuna protezione in suo favore durante il periodo in cui conduceva le negoziazioni: ciò continuava ad esporlo al rischio delle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori, inducendolo di conseguenza a preferire l'istituto del concordato preventivo che consentiva, invece, «l'apertura immediata dell'ombrello protettivo»⁷⁵⁶. Inoltre il debitore rimaneva passibile dei reati di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice né tantomeno erano state previste disposizioni in tema di ricorso abusivo al credito. Infine, non meno importante, non era stato riconosciuto il carattere della prededucibilità per il crediti ottenuti al fine dell'attuazione degli accordi⁷⁵⁷.

In un tale contesto intervenne il Decreto correttivo del 2007⁷⁵⁸ che introdusse una maggiore protezione per il debitore prevedendo il divieto di azioni esecutive e cautelari per tutta la durata del procedimento di omologazione (in particolare, per un periodo – decisamente breve – di sessanta giorni dalla data di pubblicazione degli accordi nel registro delle imprese) ma lasciò ancora irrisolti gli altri problemi⁷⁵⁹.

L'intervento che ha rappresentato una svolta per l'istituto in esame fu il D. L. 31.05.2010, n. 78, in quanto (i) ha introdotto l'art. 217-bis, L. Fall., eliminando le previsioni in tema di responsabilità penale⁷⁶⁰, (ii) ha riconosciuto la prededucibilità

⁷⁵⁶ Sul punto, si vedano A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa ...*, cit., p. 1457; I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Fallimento*, 2014, 10, pp. 1079 – 1080, G. NARDECCHIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. PANZANI, *Diritto fallimentare ...*, cit., pp. 475 ss.; M. FERRO, *Art. 182-bis. Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in M. FERRO, *La legge fallimentare*, cit., pp. 2502 – 2503.

⁷⁵⁷ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 103.

⁷⁵⁸ L'art. 182-bis fu modificato dall'art. 16, D. LGS. 12.09.2007, n. 169.

⁷⁵⁹ Il Decreto del 2007 sostituì anche il termine «debitore» con l'attuale *incipit* «L'imprenditore in stato di crisi», risolvendo i dubbi che si erano manifestati in relazione ai presupposti degli accordi di ristrutturazione, in quanto il termine «debitore» sembrava ricomprendere anche il c.d. debitore civile. Sul punto, si veda ampiamente S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., pp. 35 – 37, anche per i numerosi riferimenti bibliografici. Secondo l'A., la disposizione non chiarisce se l'imprenditore che richiama l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione debba essere iscritto al Registro delle Imprese: ne consegue l'esclusione delle società di fatto e di quelle irregolari che, di contro, possono accedere alla procedura di concordato preventivo. Secondo lo stesso ordine di idee, si vedano G. B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 30, nonché P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 912 secondo i quali le società di fatto e quelle irregolari possono usufruire dell'art. 182-bis solo se provvedono a «regolarizzarsi». *Contra* E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 112. Sul punto, cfr. *infra*, p. 3.4.

⁷⁶⁰ L'art. 217-bis permette l'esenzione dai reati di bancarotta per le operazioni e i pagamenti compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato, nonché di un piano di risanamento. L'importanza di tale articolo è testimoniata anche dalle opinioni

dei crediti sia in esecuzione di un accordo di ristrutturazione (o di un concordato preventivo), sia in funzione della presentazione della relativa domanda⁷⁶¹, e (iii) ha previsto l'attuale comma VI che consente l'allargamento del c.d. ombrello protettivo, permettendo al debitore di anticipare il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari dei creditori mediante il deposito, presso il tribunale competente, di una proposta di accordo, corredata della documentazione necessaria⁷⁶². L'ultima delle novità citate è di importanza cruciale in quanto gli effetti protettivi del patrimonio del debitore si esplicano dal momento del deposito dell'istanza di sospensione contenente la proposta di accordo, ovvero nella fase estremamente delicata durante la quale si svolgono le trattative e l'accordo non è ancora formalizzato⁷⁶³.

Sull'istituto è intervenuta nuovamente la novella del 2012, con alcune novità di rilievo. In primo luogo, è stato stabilito che la relazione del professionista debba riguardare anche la veridicità dei dati aziendali, confermando così l'orientamento giurisprudenziale praticamente uniforme che si era andato consolidando negli anni⁷⁶⁴. In secondo luogo, è stata sostituita la locuzione «regolare pagamento» con quella di «integrale pagamento»: i creditori non aderenti all'accordo devono essere soddisfatti per l'intero e, in caso di debiti scaduti, l'integrale pagamento deve avvenire entro centoventi giorni dalla data di omologazione dell'accordo, mentre in caso di debiti non ancora scaduti al momento dell'omologazione, il pagamento deve

della dottrina che in precedenza avevano identificato nella sussistenza di un eventuale responsabilità penale uno dei maggiori limiti degli accordi di ristrutturazione dei debiti: sul punto, cfr. A. ZORZI, *I finanziamenti alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 1239 ss..

⁷⁶¹ Per il tema dei finanziamenti alle imprese in crisi e per l'evoluzione normativa sul tema, si rimanda al Cap. III, par. 4.

⁷⁶² La proposta di accordo deve essere accompagnata (i) dalla documentazione di cui all'art. 161, L. Fall., (ii) da un'autocertificazione dell'imprenditore attestante la pendenza delle trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e (iii) da un'attestazione di un professionista circa l'idoneità della proposta ad assicurare l'integrale pagamento ai creditori non coinvolti nelle trattative o che comunque non hanno aderito alla proposta di accordo. Ai sensi del presente comma, l'istanza di sospensione deve essere pubblicata nel registro delle imprese. Secondo A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi d'impresa ...*, cit., p. 299, non è possibile parlare di domanda in bianco, come nel caso del concordato con riserva, in quanto il debitore deve presentare una documentazione estremamente dettagliata, contenente anche la relazione del professionista.

⁷⁶³ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 468. Sul punto, si tornerà *infra*, par. 3.4.2.

⁷⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Trib. Reggio Calabria, 24.01.2012, in *Dir. Fall.*, 2012, II, p. 716; Trib. Milano, 10.11.2009, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, p. 731; Trib. Udine, 22.06.2007, in *Fallimento*, 2008, p. 701.

avvenire entro centoventi giorni dalla scadenza degli stessi⁷⁶⁵. In terzo luogo, è stata prevista la possibilità di passare dalla procedura di concordato preventivo con riserva al procedimento di omologazione degli accordi e viceversa, ove il debitore non sia in grado di produrre la documentazione prevista dall'art. 182-*bis*, comma VI. Infine, è stato introdotto il richiamo all'art. 161, comma I, lett. a), b), c) e d) – con la conseguenza che anche per gli accordi di ristrutturazione deve essere presentato un piano – ed è stata positivizzata la prededucibilità dei c.d. finanziamenti interinali, ai sensi del nuovo art. 182-*quinques*, L. Fall., allo scopo di incentivare l'utilizzo degli accordi⁷⁶⁶.

Da ultimo è intervenuta la miniriforma del 2015 volta al rafforzamento dell'istituto mediante l'introduzione, ad opera dell'art. 182-*septies*, L. Fall., degli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e dell'istituto della convenzione di moratoria.

Nonostante i numerosi interventi riformatori brevemente descritti, gli accordi di ristrutturazione non hanno subito modifiche circa la propria natura e finalità, né tantomeno riguardo al procedimento⁷⁶⁷. L'istituto, infatti, continua a comporsi di due fasi, una completamente stragiudiziale, durante la quale si forma l'accordo, ed una successiva che prevede l'intervento del tribunale per l'omologazione⁷⁶⁸, quest'ultima diretta a conferire stabilità ed efficacia allo stesso anche attraverso l'esenzione da revocatoria in un eventuale successivo fallimento⁷⁶⁹.

Gli accordi di ristrutturazione, prima come adesso, costituiscono l'espressione della nuova filosofia del nostro ordinamento fallimentare, in quanto diretti, più di ogni altro fra gli strumenti previsti, alla salvaguardia dei valori

⁷⁶⁵ La modifica è rilevante. Infatti, prima del 2012, i creditori non aderenti dovevano essere soddisfatti per l'intero alla scadenza del proprio credito e, quindi, nel caso di debiti scaduti alla data di omologazione, il pagamento doveva avvenire contestualmente all'omologa. La Relazione di accompagnamento alla novella del 2012 definisce questa modificazione come diretta a consentire «al debitore di beneficiare del c.d. scaduto fisiologico». Sul punto, si veda C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., pp. 105 – 107. Per l'orientamento assunto dalla giurisprudenza prima dell'intervento della novella del 2012, si veda, in particolare, Trib. Bergamo, 05.05.2011, in www.ilcaso.it, 2011, dove veniva specificato che la locuzione «regolare pagamento» dei creditori estranei all'accordo doveva essere interpretata nel senso di pagamento integrale e immediatamente successivo alla definitività dell'omologa.

⁷⁶⁶ Cfr. Cap. III, par. 4.

⁷⁶⁷ In proposito, S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., p. 107, sostiene le riforme intervenute nel corso degli anni non hanno stravolto i «tratti fisionomici» dell'istituto.

⁷⁶⁸ E l'eventuale opposizione da parte di ciascun interessato.

⁷⁶⁹ L'art. 67, comma III, lett. e), dispone infatti che sono esenti da revocatoria fallimentare «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* [...]».

aziendali ed occupazionali e, dunque, al superamento della crisi tutelando la continuità aziendale dell'impresa⁷⁷⁰.

3.2. La natura giuridica degli accordi

Identificare la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione è questione spinosa su cui dottrina e giurisprudenza hanno avuto, e continuano ad avere, opinioni tra loro molto diverse.

Preliminarmente occorre cercare di chiarire se l'istituto in esame possa costituire una *species* del più ampio *genus* del concordato preventivo o, piuttosto, un istituto autonomo.

Coloro favorevoli a considerare gli accordi come rientranti nella categoria del concordato preventivo, sostengono la loro tesi con il fatto che l'art. 182-*bis* è stato inserito fra le norme che disciplinano l'istituto concordatario: ne deriva che, in considerazione della collocazione sistematica effettuata dal legislatore, gli accordi di ristrutturazione non possono essere qualificati come un istituto autonomo⁷⁷¹. Sulla base di tale assunto, parte della giurisprudenza inizialmente ritenne anche che ai creditori estranei all'accordo dovesse spettare solo quanto previsto per i creditori aderenti: in sostanza, si sosteneva che l'accordo esplicasse la propria efficacia anche nei confronti dei creditori non aderenti⁷⁷². Questo orientamento, tuttavia, può dirsi ormai definitivamente superato dall'attuale previsione dell'art. 182-*bis* che,

⁷⁷⁰ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 468.

⁷⁷¹ In tal senso, si veda A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 607 secondo cui se il legislatore avesse voluto attribuire agli accordi natura di istituto autonomo rispetto al concordato, ben avrebbe potuto dedicare loro un autonomo titolo, in particolare collocandoli nel titolo IV della Legge Fallimentare, divenuto vacante a seguito della soppressione dell'amministrazione controllata. Nello stesso senso, cfr. A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis Legge Fallimentare: una occasione da non perdere*, nota a Trib. Milano, 19.12.2005, in *Fall.*, 2006, p. 674 ss.; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in *Dir. Fall.*, 2005, pp. 587 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, pp. 81 ss.. Tuttavia, come sostiene C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 150, in nota, il presupposto su cui si basa A. CASTIELLO D'ANTONIO, cit., ha un fondamento storico e sistematico errato: infatti, gli accordi di ristrutturazione sono stati inseriti nel 2005, mentre l'amministrazione controllata fu soppressa con la riforma del 2006.

⁷⁷² Così Trib. Milano, 21.12.2005, in *Fallimento*, 2006, pp. 670 ss., nota di G. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, dove si legge che «negli accordi di ristrutturazione previsti dall'art. 182 bis l. fall. per regolare pagamento dei crediti estranei si deve intendere il pagamento nella stessa misura offerta ai creditori aderenti». In senso conforme, cfr. Trib. Milano, 21.02.2005, in *Pluris*.

esplicitamente, prevede che l'accordo deve essere idoneo «ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei»⁷⁷³.

Ulteriori elementi a sostegno dell'appartenenza degli accordi al *genus* del concordato furono individuati, a seguito del Decreto correttivo del 2007, nel fatto che, come per l'istituto concordatario, anche per gli accordi veniva prevista la protezione per il patrimonio del debitore – per un periodo di tempo di 60 giorni dalla pubblicazione dell'accordo – dalle azioni esecutive e cautelari dei creditori⁷⁷⁴. Tuttavia, secondo alcuni autori⁷⁷⁵, tale previsione deve essere letta nel senso opposto, in quanto potrebbe consentire, piuttosto, di attribuire autonomia all'istituto degli accordi di ristrutturazione: infatti, se all'accordo si fossero potuti ricondurre gli effetti del concordato preventivo, non vi sarebbe stato bisogno di alcuna specificazione, in quanto la tutela del patrimonio era già prevista dall'istituto concordatario⁷⁷⁶.

Nonostante le argomentazioni sopra illustrate, la dottrina non ha esitato a considerare l'orientamento che assimilava gli accordi alla figura del concordato come «assolutamente minoritario»⁷⁷⁷.

⁷⁷³ Tuttavia, anche prima della novella del 2012 che ha inserito la locuzione «integrale pagamento», la giurisprudenza era concorde nel sostenere che per regolare pagamento dovesse intendersi il pagamento integrale dei creditori non aderenti: l'orientamento che estendeva gli effetti dell'accordo anche ai creditori estranei era decisamente minoritario. In tal senso cfr., *ex multis*, Trib. Bergamo, 05.05.2011, *cit*; Trib. Bari, 21.11.2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 207, nota di L. JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*; Trib. Milano, 11.01.2007, in *Dir. Fall.*, 2008, II, p. 136.

⁷⁷⁴ Secondo P. VALENSISE, *La Legge fallimentare dopo la riforma*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, III, Torino, 2010, pp. 2256 ss., ulteriori elementi per sussumere gli accordi nel concordato preventivo derivavano dal presupposto soggettivo reso comune ad entrambe le procedure (con la modifica dell'*incipit* in «L'imprenditore in stato di crisi»), dall'utilizzo, per entrambe, del ricorso quale atto introduttivo e dalla necessità, sempre per entrambe, della relazione dell'esperto.

⁷⁷⁵ Così S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, *cit.*, p. 41; nello stesso senso, si veda P. G. DEMARCHI, *Gli effetti dell'ammissione al concordato*, in S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI – M. VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, pp. 102 ss..

⁷⁷⁶ Secondo P. VALENSISE, *La Legge fallimentare dopo la riforma*, *cit.*, pp. 2256 – 2258, elementi in favore dell'assimilazione fra concordato preventivo ed accordi si rinvennero anche nella riforma del 2010, in quanto, in particolare, concordato e accordi risultano assimilati nell'art. 182-*quater*, in tema di finanziamenti prededucibili.

⁷⁷⁷ Cfr. F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fallimento*, 2013, p. 1175.

La tesi della natura autonoma del procedimento degli accordi è oggi da considerarsi sicuramente prevalente tanto in dottrina⁷⁷⁸, quanto in giurisprudenza⁷⁷⁹.

L'argomento secondo cui gli accordi non possono considerarsi una mera forma semplificata del concordato preventivo, si basa sul fatto che (i) la collocazione sistematica non può essere ritenuta decisiva; (ii) l'art. 67, comma III, lett. e), nel disciplinare l'esenzione dalla revocatoria, distingue esplicitamente fra concordato ed accordi di ristrutturazione⁷⁸⁰; (iii) le norme in tema di finanziamenti menzionano i due istituti separatamente⁷⁸¹; (iv) vi sono differenze procedurali rilevanti⁷⁸²; (v) non sono compatibili con gli accordi di ristrutturazione le disposizioni in tema di annullamento o risoluzione del concordato; (vi) l'accordo di cui all'art. 182-*bis* precede l'intervento del tribunale, mentre il concordato si forma necessariamente in corso di procedura⁷⁸³; (vii) gli accordi di ristrutturazione regolano solo i rapporti fra debitore e creditori aderenti⁷⁸⁴, mentre nel concordato avviene la soggezione all'accordo per tutti i creditori, anche quelli dissenzienti⁷⁸⁵.

Quanto premesso, in ogni caso, non esclude la possibilità di un'applicazione analogica delle norme dettate in tema di concordato preventivo agli accordi di

⁷⁷⁸ Cfr., senza pretesa di completezza, G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 1170; L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, pp. 124 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in S. BONFATTI – G. FALCONE, *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006, pp. 225 ss.; L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato ...*, *cit.*, 2014, p. 1014; M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, *cit.*, pp. 2502 – 2503; D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, pp. 580 ss.; M. CIAN, *Diritto commerciale*, *cit.* p. 500; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 151; C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, *op. cit.*, pp. 402 – 404; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, pp. 473 ss.; L. FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, *op. cit.*, p. 1110 – 1111.

⁷⁷⁹ Cfr. in particolare, già all'indomani della riforma, Trib. Bari, 21.11.2005, *cit.*; Trib. Udine, 22.06.2007, *cit.*; Trib. Brescia, 22.02.2006, in *Fallimento*, 2006, p. 669.

⁷⁸⁰ Così G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 750.

⁷⁸¹ Cfr. artt. 182-*quater* e 182-*quinqes*, L. Fall.. Quanto detto nel testo accade anche negli artt. 236 e 236-*bis*, che prevedono regimi diversi per quanto attiene ai profili penali.

⁷⁸² Negli accordi di ristrutturazione, infatti, non è previsto alcun decreto di ammissione, né la nomina di un commissario, né tantomeno una adunanza dei creditori con espressione di un voto complessivo. Per il procedimento degli accordi di ristrutturazione, cfr. *infra*, par. 5.

⁷⁸³ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁸⁴ Cfr. Trib. Milano, 23.01.2007, in *Fallimento*, 2007, p. 701 ss.. Tale conclusione, come si vedrà *infra*, è ormai superata dall'orientamento più convincente secondo cui l'accordo esplica i propri effetti anche nei confronti dei creditori non aderenti.

⁷⁸⁵ Per una ricostruzione completa ed esaustiva delle ragioni per cui l'art. 182-*bis* non costituisce un sottotipo di concordato preventivo, si rimanda a C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 152 – 157.

ristrutturazione dei debiti, ove compatibili e non dettate specificatamente per l'istituto concordatario⁷⁸⁶.

Dopo aver chiarito che si tratta di un istituto autonomo, è necessario porre l'attenzione sull'interrogativo riguardante la riconducibilità o meno degli accordi di ristrutturazione all'alveo delle procedure concorsuali. Anche in questo caso, la difformità di opinioni regna sovrana.

Alla base della diatriba è posta la struttura procedimentale dell'istituto, diviso in due fasi: una stragiudiziale, meramente privatistica, in cui il debitore negozia con i creditori la propria situazione debitoria ed una giudiziale, in cui l'accordo concluso viene omologato dal giudice per ottenere gli effetti legali⁷⁸⁷.

Secondo un primo orientamento⁷⁸⁸, ad oggi ancora maggioritario, l'istituto non può essere considerato una procedura concorsuale in considerazione del suo carattere spiccatamente negoziale e dell'estrema snellezza del procedimento: gli accordi di ristrutturazione mancano, secondo questo orientamento, degli aspetti tipici delle procedure concorsuali e producono i loro effetti solo nei confronti dei soggetti che vi prendono parte, seguendo i principi privatistici. Inoltre, il procedimento non prevede né un provvedimento di apertura e la conseguente nomina degli organi della procedura, né tantomeno la presenza di una collettività di creditori globalmente intesa e manca completamente un controllo durante la fase esecutiva⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ Si pensi al fatto che i giudici, spesso, concedono un termine per integrare la documentazione, ove questa risulti incompleta, applicando dunque il disposto dell'art. 162, comma I, L. Fall.. Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 157.

⁷⁸⁷ Così Trib. Bari, 21.11.2005, cit.; M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2503.

⁷⁸⁸ Si vedano, fra i tanti, S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., pp. 107 – 108; M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fallimento*, 2013, p. 770; ID., *L'ennesima riforma della legge fallimentare. L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, ibidem, 2010, pp. 902; M. RENZULLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in A. CAIAFA – S. ROMEO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Padova, 2014, pp. 175 – 176; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali ...*, op. cit., p. 309; G. FALCONE, *Profili problematici del concordato con riserva*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 392; M. CIAN, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 501. In giurisprudenza, si vedano in particolare, Trib. Verona, 16.02.2015, in *Pluris*; Trib. Milano, 02.03.2013, in *Giur. It.*, 2013, p. 2275; Trib. Bologna, 17.11.2011, in *Fallimento*, 2012, I, p. 129. È interessante la pronuncia di Trib. Reggio Emilia, Sez. I, 13.04.2015, in www.ilcaso.it, secondo cui gli accordi di ristrutturazione si collocano in una posizione intermedia tra una dimensione strettamente privatistica – contrattuale e il controllo pubblicistico che tende al soddisfacimento degli interessi superiori di ristrutturazione dell'impresa: senza intervento del tribunale, gli accordi non assumerebbero alcuna valenza nei confronti dei soggetti estranei.

⁷⁸⁹ Cfr. S. AMBROSINI – M. AIELLO, *I piani attestati di risanamento*, cit., p. 831, che richiama S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., pp. 107 – 108. In questo senso, si veda anche la recente pronuncia di App. Firenze, 07.04.2016, in www.ilcaso.it, nota di F. BENASSI,

Tuttavia, come si diceva in sede di apertura del presente capitolo, l'introduzione dell'art. 182-*bis* ha consentito il riconoscimento legale degli accordi stragiudiziali diretti alla composizione negoziata della crisi d'impresa. Ciò è avvenuto, principalmente, per permettere al debitore di opporre l'accordo ai terzi. Infatti, nonostante l'indubitato profilo negoziale dell'istituto in oggetto, non si può affermare recisamente che l'accordo non abbia effetti anche nei confronti di terzi⁷⁹⁰: si pensi, in modo riduttivo, al fatto che, mediante la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese, il debitore ottiene una protezione, sia pur limitata nel tempo, da possibili aggressioni al proprio patrimonio⁷⁹¹.

Sulla base di questo ed altri ragionamenti⁷⁹², si è affermato l'orientamento che riconosce la natura di procedura concorsuale agli accordi di ristrutturazione⁷⁹³, orientamento che ha riscontrato un maggior seguito dopo le ultime riforme⁷⁹⁴.

Se si guarda alla struttura del procedimento, si nota come l'istituto in esame, pur basandosi su un accordo privatistico, per avere ragione d'essere necessita dell'intervento del tribunale, assumendo, in questa seconda fase, tutte le caratteristiche proprie delle procedure concorsuali⁷⁹⁵.

L'intervento del tribunale, infatti, risulta fondamentale in quanto è l'autorità giudiziaria a decretare l'omologazione (e, quindi, l'efficacia) dell'accordo qualora ricorrano i requisiti richiesti dalla legge. Il ruolo dell'autorità è stato potenziato dall'introduzione, ad opera della riforma del 2010, dell'art. 182-*bis*, comma VI: infatti, il giudice, in caso di proposta di accordo, deve vagliarne l'ammissibilità, intervenendo, dunque, non solo in fase di omologazione, ma anche in fase di

secondo cui l'accordo di ristrutturazione non dà luogo ad una procedura concorsuale in quanto è destinato a produrre effetti soltanto sul piano negoziale.

⁷⁹⁰ Così I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, *op. cit.*, p. 1080.

⁷⁹¹ Parte della dottrina afferma che l'accordo omologato produce effetti vincolanti anche per i creditori estranei in quanto oltre a prevedere il loro integrale soddisfacimento, introduce una moratoria di 120 giorni, modificando di fatto i loro diritti. In questo senso, cfr. E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziata delle crisi: dal tramonto del dogma della non fallibilità alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove Leggi Civ, Comm.*, 2012, p. 877 ss..

⁷⁹² Come nota C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, p. 165, gli autori che affermano la natura di procedura concorsuale degli accordi di ristrutturazione si basano, spesso, su presupposti non coincidenti.

⁷⁹³ Tra gli autori che aderiscono a tale orientamento, si vedano C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 165 – 174; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, pp. 474 ss.; F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, *cit.*, p. 1183; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, *cit.*, p. 908; G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, pp. 1.ss..

⁷⁹⁴ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 183 – 184.

⁷⁹⁵ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, p. 475.

trattative, con un provvedimento di natura cautelare reso in contraddittorio con tutti i creditori⁷⁹⁶.

Non solo. La riforma del 2010 ha introdotto anche la possibilità per l'impresa in crisi di ottenere finanziamenti a cui successivamente sarà riconosciuto il carattere della prededucibilità: anche in questo caso, il potere d'intervento dell'autorità giudiziaria sembra uscirne accresciuto, poiché è necessaria una preventiva autorizzazione del tribunale per poter contrarre tali finanziamenti.

Ne deriva che la fase stragiudiziale e quella giudiziale non sono più separate in modo netto⁷⁹⁷, con la seconda che ha assunto una sempre maggiore importanza.

Sulla base di queste considerazioni, si sostiene che il provvedimento giudiziale (di ammissione, nelle ipotesi in cui è previsto, o di omologazione) è diretto a «concorsualizzare» *ex post* atti altrimenti neutri rispetto alla massa dei creditori⁷⁹⁸: il tribunale, infatti, ha ampi poteri di controllo e di intervento, che possono condizionare il buon esito della procedura⁷⁹⁹.

Uno degli argomenti maggiormente sostenuti da coloro che criticano la natura di procedura concorsuale è costituito dal fatto che l'istituto non è retto dal principio della *par condicio creditorum*.

L'affermazione che il principio della parità di trattamento dei creditori costituisca il segno distintivo delle procedure concorsuali⁸⁰⁰, in realtà, potrebbe essere considerata anacronistica⁸⁰¹. Con la riforma del 2005, infatti, è stata prevista la possibilità di suddivisione in classi dei creditori, cosicché può accadere che due classi di essi, pur avendo astrattamente lo stesso rango, siano trattate in modo

⁷⁹⁶ Così I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, *op. cit.*, pp. 1080 – 1081.

⁷⁹⁷ Cfr. I. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, *op. cit.*, p. 1081.

⁷⁹⁸ In questi termini, v. F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013, I, p. 822. Secondo M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, *cit.*, p. 2506, anche il legislatore fiscale ha da tempo considerato gli accordi di ristrutturazione come una procedura concorsuale: si veda l'art. 101, comma V, T.U.I.R. relativo alle perdite su crediti, come modificato dal D. L. n. 69/2013.

⁷⁹⁹ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 179 – 180.

⁸⁰⁰ Così F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 136 secondo il quale la regola della *par condicio creditorum* consente di affermare la natura di procedura concorsuale.

⁸⁰¹ Ciò è confermato anche da chi nega la natura di procedura concorsuale degli accordi, in quanto viene affermato che il mancato rispetto della regola della parità di trattamento non costituisce elemento sufficiente per escludere la natura di procedura concorsuale, stante la possibile deroga prevista per il concordato preventivo. In proposito, cfr. I. L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto delle crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 393.

diverso, previo assenso della maggioranza dei creditori: ne deriva il venir meno della regola della *par condicio creditorum*⁸⁰².

Lo stesso fenomeno si verifica negli accordi di ristrutturazione.

Infatti, l'art. 182-*bis* assicura il soddisfacimento di tutti i creditori, pur con modalità differenziate a seconda che essi vi aderiscano o meno: dunque aderenti e non aderenti costituiscono due classi al pari di quelle che possono essere previste utilizzando l'istituto concordatario. Inoltre, anche negli accordi di ristrutturazione la maggioranza dei creditori vincola in qualche modo i non aderenti, dal momento che assicura loro l'integrale soddisfacimento delle pretese⁸⁰³: ne consegue l'impossibilità di affermare che gli accordi di ristrutturazione abbiano efficacia solo fra chi prende parte alle negoziazioni⁸⁰⁴.

Infine, altro elemento a favore della natura concorsuale dell'istituto sembra essere costituito dalla possibilità di opposizione all'omologazione da parte di ognuno dei creditori: su l'opposizione è chiamato a pronunciarsi il tribunale e ciò sembra essere il segno della rilevanza della tutela che il legislatore vuole accordare agli interessi generali che l'accordo può coinvolgere⁸⁰⁵.

Al netto delle brevi riflessioni svolte, sembra opportuno sostenere che una configurazione meramente privatistica non renderebbe giustizia all'istituto che, piuttosto, potrebbe essere definito come una procedura concorsuale "ibrida" in considerazione della presenza di un accentuato profilo negoziale⁸⁰⁶: sembrano infatti sussistere troppi elementi per escludere totalmente la natura di procedura concorsuale all'istituto.

⁸⁰² Secondo P. VELLA, *Postregazioni e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012, p. 121 – 122, è «crollato il mito della *par condicio creditorum*» in quanto nel concordato preventivo «ha cessato di essere un principio assoluto e inderogabile».

⁸⁰³ Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 177 – 178, la regola soffre un'eccezione nel caso di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari: in questo caso, infatti, i creditori non aderenti, se gli aderenti rappresentano almeno il 75% dei crediti, subiscono l'estensione degli effetti negoziati dalla maggioranza. Tale previsione sembra avvicinare ancor di più gli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo, e dunque all'alveo delle procedure concorsuali, in quanto può essere identificata una collettività di creditori globalmente intesa (n.d.r.).

⁸⁰⁴ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, p. 476; E. BERTACCHINI, *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) ...*, *cit.*, p. 877 ss..

⁸⁰⁵ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, p. 477.

⁸⁰⁶ Anche nel concordato preventivo è presente un accentuato profilo negoziale: nella pratica, si vede, infatti, quanto sia fondamentale l'attività del debitore consistente nel ricercare, autonomamente, il consenso dei singoli creditori (o di quei creditori considerati strategici). Sul punto, cfr. *supra*, Cap. III, par. 5.

3.2.1. Criticità e punti di forza rispetto al concordato preventivo ed ai piani di risanamento

Dopo aver chiarito che concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione costituiscono due istituti diversi e tra loro autonomi, è possibile affermare, come in precedenza accennato, la legittimità di un'applicazione analogica delle disposizioni del concordato agli accordi, ove compatibili e qualora l'applicazione analogica sia giustificabile⁸⁰⁷, in tutti quei casi in cui la disciplina relativa a quest'ultimi presenti lacune o elementi di criticità⁸⁰⁸.

Tuttavia, i due istituti presentano differenze notevoli.

Oltre alle differenze evidenziate in corso di trattazione (diverso regime di risoluzione o annullamento; adesione dei creditori alla proposta in momenti differenti; differenze procedurali) occorre porre in risalto che negli accordi di ristrutturazione nulla esclude che il creditore chirografario ottenga un trattamento migliore rispetto a quello di un privilegiato, in virtù del principio dell'autonomia negoziale⁸⁰⁹. Negli accordi, inoltre, non trova applicazione la regola della sospensione del decorso degli interessi per i crediti chirografari⁸¹⁰ e non è prevista alcuna fase successiva all'omologazione, dal momento che l'Autorità giudiziaria non effettua alcun controllo circa l'esecuzione degli stessi⁸¹¹. Infine, la mancata omologazione, non può comportare un'automatica conversione in fallimento poiché non si verifica alcuna consecuzione fra procedure, con quello che ne deriva in termini di calcolo del decorso del c.d. periodo sospetto⁸¹².

⁸⁰⁷ F. BONGIORNO, *Recensione a Frascaroli Santi. Accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 1148.

⁸⁰⁸ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 478. Come sostiene l'A. la tesi espressa nel testo non viene seguita in primo luogo da coloro che considerano gli accordi come *species* del concordato preventivo, i quali non prevedono l'applicazione analogica, bensì un'applicazione diretta; in secondo luogo, la tesi non viene seguita da coloro che relegano gli accordi ad un ambito esclusivamente privatistico, i quali sostengono che la disciplina del concordato preventivo non sarebbe in nessun modo applicabile.

⁸⁰⁹ Cfr. L. FAZZI, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p. 357.

⁸¹⁰ Cfr. P. VALENSISE, *La Legge fallimentare dopo la riforma*, cit., p. 2270 ss..

⁸¹¹ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 198.

⁸¹² Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 197, il quale ribadisce, in nota, che l'art. 69-bis, L. Fall., prevede espressamente che la consecuzione possa verificarsi solo fra concordato preventivo e fallimento, senza menzionare gli accordi. Nello stesso senso, cfr. D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182-bis l. fall.*, in *Riv. notariato*, 2012, p. 1281; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 934.

In generale, gli accordi di ristrutturazione presentano una struttura procedimentale più snella e tendenzialmente più breve in termini cronologici⁸¹³ e il debitore non subisce il c.d. spossessamento attenuato, in quanto mantiene l'amministrazione e la disponibilità del proprio patrimonio, senza essere sotto il controllo di un commissario giudiziale⁸¹⁴.

D'altra parte, l'art.182-*bis* sembra inopportuno, e dunque sarebbe preferibile utilizzare il concordato preventivo, nel caso di una massa di creditori numerosa ed estremamente disomogenea: inoltre, a differenza del concordato preventivo, non opera il meccanismo del *cram down* che consente di vincolare i creditori dissenzienti al volere della maggioranza⁸¹⁵.

In definitiva l'accordo di ristrutturazione costituisce effettivamente un mezzo per garantire il superamento della crisi dell'impresa e, eventualmente, la continuità aziendale quando il debitore si trovi a trattare con una platea ristretta di creditori, specie, grazie all'introduzione del nuovo art. 182-*septies*, quando i creditori sono costituiti prevalentemente da intermediari finanziari⁸¹⁶.

L'istituto in esame presenta anche notevoli affinità con i piani attestati di risanamento. Infatti, entrambi sono istituti accomunati dall'intento del legislatore di favorire le soluzioni negoziate della crisi d'impresa, all'insegna dell'esaltazione dell'autonomia negoziale e della salvaguardia dei complessi aziendali: inoltre, dal punto di vista strutturale, entrambi gli istituti prevedono la presentazione di un piano contenente le modalità ed i tempi della ristrutturazione⁸¹⁷.

Entrambi consentono l'esenzione da revocatoria fallimentare per gli atti, le garanzie ed i pagamenti posti in esecuzione dell'accordo: inoltre, sempre per entrambi, è prevista l'esimente penale di cui all'art. 217-*bis*, L. Fall.⁸¹⁸.

⁸¹³ Inoltre, non è previsto il deposito per le spese di procedura, non vi sono divieti rispetto a trattamenti differenziati fra i vari creditori e non è prevista alcuna comunicazione individuale ai creditori (ciò può comportare una diminuzione dei contenziosi con i creditori minori).

⁸¹⁴ Cfr., fra gli altri, D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione ...*, *op. cit.*, p. 1263.

⁸¹⁵ Per una disamina completa e lineare dei vantaggi e degli svantaggi dell'utilizzo degli accordi rispetto al concordato preventivo, cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 198 – 201.

⁸¹⁶ Cfr. la risalente, ma sempre attuale, opinione di G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 565, il quale affermava che gli accordi sono convenienti nei riguardi «solo di chi ha un'elevata concentrazione del debito nei confronti di non molti creditori finanziari».

⁸¹⁷ Dopo il 2012 è normativamente previsto il deposito del piano, con il rimando all'art. 161, L. Fall., contenuto nell'art. 182-*bis*, comma 1.

⁸¹⁸ Ma, in proposito, si veda quanto esposto in precedenza.

Tuttavia, la principale differenza fra i due istituti consiste nel fatto che il piano di risanamento non fornisce al debitore la protezione dalle azioni esecutive e cautelari dei singoli creditori, né consente la prededucibilità dei crediti.

Inoltre, mentre l'accordo presenta, come detto, un indispensabile profilo negoziale, il piano attestato si presenta piuttosto, nella teoria, come un atto unilaterale predisposto dal debitore, non esigendo, di per sé, il raggiungimento di un accordo con uno o più creditori⁸¹⁹.

Un'altra differenza fondamentale è costituita dal fatto che gli accordi di ristrutturazione, per avere efficacia, devono essere omologati dal tribunale mentre i piani attestati di risanamento non necessitano di alcun intervento da parte dell'autorità giudiziaria⁸²⁰.

Infine, il piano di risanamento non è soggetto ad alcun tipo di pubblicità, potendo, almeno in teoria, rimanere segreto⁸²¹, mentre gli accordi di ristrutturazione devono necessariamente essere pubblicati nel registro delle imprese.

3.3. Le finalità dell'istituto

Al fine di comprendere le finalità dell'istituto occorre porre l'attenzione sulla terminologia utilizzata dal legislatore.

L'espressione «ristrutturazione dei debiti» non è familiare al linguaggio dei giuristi, avendo, infatti, un'impronta economico – aziendalistica⁸²²: occorre dunque, in prima analisi, cercare di compiere un'indagine aziendalistica.

In tal senso, una generale definizione di ristrutturazione dei debiti può essere tratta dal principio contabile OIC 6⁸²³, secondo cui la ristrutturazione costituisce «un'operazione mediante la quale uno o più creditori effettuano, per ragioni

⁸¹⁹ In tal senso, oltre alla dottrina ed alla giurisprudenza citata *supra*, par. 2, cfr. V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" ...*, *op. cit.*, p. 368; V. DONATO, *Revocatoria delle rimesse bancarie ed esenzioni dalla revocatoria a fronte di piani di risanamento: profili tecnico – aziendalistici*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, p. 385; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 209 – 212.

⁸²⁰ Ulteriore differenza è costituita dal fatto che i piani non consentono di fare ricorso alla transazione fiscale.

⁸²¹ Così G. LO CASCIO, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fallimento*, 2008, pp. 991 – 992. Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, *op. cit.*, pp. 210 – 211, l'art. 67, comma III, lett. d), secondo cui «il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore», prevede una facoltà e non un obbligo.

⁸²² Così A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in L. GHIA - C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato ...*, *cit.*, p. 672.

⁸²³ Il principio OIC 6 fornisce la disciplina inerente agli aspetti contabili della ristrutturazione dei debiti, definendone il trattamento contabile e l'informativa integrativa volta ad una corretta rappresentazione del bilancio dell'impresa.

economiche, una concessione ad un debitore in considerazione delle difficoltà finanziarie dello stesso, concessione che altrimenti non avrebbero accordato». Si parla dunque di ristrutturazione nel caso in cui il debitore si trovi in una situazione di «difficoltà finanziaria»⁸²⁴: mediante l'operazione di ristrutturazione, l'imprenditore in difficoltà cerca di ottenere un beneficio, immediato o differito, attraverso una negoziazione sulla rimodulazione dei propri debiti. Secondo un'autorevole opinione, la ristrutturazione può riguardare anche imprese profittevoli ma con difficoltà finanziarie per eccesso di debito⁸²⁵.

Le regole sancite dal principio contabile OIC 6 si applicano ad ogni accordo intervenuto tra debitore e creditore che preveda una certa ristrutturazione dei debiti, a prescindere dal tipo di ristrutturazione specifico: riguarderà, dunque, tanto il concordato preventivo, quanto i piani di risanamento, gli accordi *ex art. 182-bis* e le procedure di amministrazione straordinaria⁸²⁶.

Infatti, la perifrasi in esame, si rinviene in tutte le procedure appena citate. Tuttavia, l'istituto di cui all'*art. 182-bis*, presenta una terminologia diversa rispetto agli altri istituti.

Analizzando la normativa di riferimento, si può constatare, in primo luogo, che le norme in tema di amministrazione straordinaria parlano di «ristrutturazione di impresa». Ciò vuol dire che tali procedure mirano al riequilibrio finanziario in funzione della conservazione dell'azienda: l'unica finalità sembra essere quella di garantire la salvaguardia dei valori aziendali e dei valori occupazionali. Tali norme⁸²⁷ si riferiscono esclusivamente alla ristrutturazione dell'impresa, mentre, a ben vedere, l'*art. 182-bis* parla di «ristrutturazione dei debiti»⁸²⁸.

Si parla specificatamente di «ristrutturazione dei debiti» in tema di concordato preventivo⁸²⁹, anche se tale locuzione è seguita dall'inciso «soddisfazione dei crediti». Secondo alcuni autori, tale formulazione non è casuale

⁸²⁴ Secondo il principio contabile OIC 6, si ha «difficoltà finanziaria» quando «il debitore non ha, né riesce a procurarsi, i mezzi finanziari adeguati, per quantità e qualità, a soddisfare le esigenze della gestione e le connesse obbligazioni di pagamento». Sul punto si veda anche M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2549.

⁸²⁵ Cfr. M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2549.

⁸²⁶ Così, ancora, M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2549.

⁸²⁷ Ci riferiamo all'*art. 27*, L. 270/1999 e successive modifiche, e all'*art. 4*, L. 34/2004 e successive modifiche.

⁸²⁸ In tal senso, si vedano C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 109; A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, cit., pp. 672 – 673.

⁸²⁹ Cfr. art. 160, comma I, lett. a), L. Fall.

in quanto le due nozioni sembrano collegate da un nesso di funzionalità⁸³⁰: infatti si sostiene che, nel concordato preventivo, la ristrutturazione dei debiti assume il significato di riprogrammazione dei debiti contratti dall'imprenditore quanto ad entità e scadenze⁸³¹ mentre il soddisfacimento dei creditori rappresenta la «concreta modalità di adempimento del debito ristrutturato» che, come noto, può avvenire in qualsiasi forma tecnica e giuridica⁸³².

Solo nell'art. 182-*bis* è possibile leggere l'espressione «ristrutturazione dei debiti» in modo indipendente⁸³³.

Prima di analizzare questa formulazione, sembra opportuno chiarire cosa si intenda per ristrutturazione dei debiti sul piano giuridico. Secondo autorevole dottrina, tale attività consiste «nella complessiva riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa», non con riferimento a singoli rapporti ma, piuttosto, relativamente alla sistemazione dell'intera esposizione debitoria dell'imprenditore, attraverso pattuizioni che possono assumere la forma ed il contenuto più vari⁸³⁴.

A questo punto la domanda sorge spontanea: qual è il fine della ristrutturazione prevista dall'art. 182-*bis*?

Secondo parte della dottrina l'accordo deve tendere al solo recupero della solvibilità dell'impresa, con la conseguenza che il suo contenuto dovrebbe essere più limitato rispetto al concordato preventivo⁸³⁵. Secondo altri la finalità degli accordi di ristrutturazione consiste nello scambio di informazioni volte alla migliore comprensione dell'effettiva situazione in cui versa il debitore con il fine di attribuire

⁸³⁰ Così L. MANDRIOLI, *Struttura e contenuti dei «Piani di risanamento» e dei «Progetti di ristrutturazione»* ..., cit., p. 460.

⁸³¹ In tal senso, si vedano le opinioni di G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 1137; M. SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 5, 2006, p. 985; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 543; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in E. BERTACCHINI – L. GUALANDI – S. PACCHI – G. PACCHI – G. SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 434.

⁸³² Così M. FERRO, *Art. 182-bis* ..., cit., p. 2550, secondo cui la soddisfazione può avvenire appunto «anche mediante la cessione di beni, l'accollo di debiti, nonché altre operazioni straordinarie».

⁸³³ Cfr. A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 672.

⁸³⁴ Così B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 legge fallim: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2012, I, p. 16. In senso sostanzialmente analogo, A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 673.

⁸³⁵ Così P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 915.

ai creditori un certo controllo sulla gestione per monitorare l'effettivo superamento della crisi⁸³⁶.

In realtà, l'intenzione del legislatore non è quella di limitare il contenuto dell'accordo *ex art. 182-bis*, quanto piuttosto di aumentarne il più possibile la flessibilità, nell'ottica di un *favor* esplicito nei confronti delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa, garantendo al debitore ampia autonomia nella formulazione del piano⁸³⁷.

La tesi preferibile, oggi maggioritaria, sembra essere quella secondo la quale la funzione degli accordi non consiste nella preservazione e nella continuazione dell'attività d'impresa, bensì nella soluzione della crisi⁸³⁸.

La norma oggetto di trattazione, infatti, non contiene alcun riferimento all'impresa o ai beni aziendali ma si riferisce esclusivamente ai «debiti» con ciò significando che il fine ultimo dell'istituto consiste nel ripristino della solvibilità e non nella conservazione necessaria dell'attività d'impresa⁸³⁹.

Ne consegue che, sebbene la preservazione dell'azienda e la continuazione dell'attività imprenditoriale rappresentano una delle ragioni ispiratrici dell'istituto degli accordi⁸⁴⁰, non possono essere considerate la finalità principe.

Come nel concordato preventivo con continuità aziendale, il legislatore ha dato principale rilevanza alla soddisfazione delle pretese creditorie⁸⁴¹, cosicché sembra possibile affermare, in accordo con la dottrina maggioritaria, che gli accordi

⁸³⁶ Così A. PATTI, *L'accelerazione delle soluzioni concordate ...*, cit., p. 1092. *Contra* C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 137, secondo il quale «non necessariamente e non sempre gli accordi presentano tali caratteristiche [...]».

⁸³⁷ In tal senso, si veda Trib. Roma, 16.10.2006, in *Fallimento*, 2007, p. 187, secondo cui gli accordi di ristrutturazione rappresentano il «trionfo dell'autonomia privata in ambito concorsuale». In dottrina, si vedano in tal senso le opinioni di D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1214; U. APICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 373.

⁸³⁸ A tal proposito, si veda M. FABIANI, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione ...*, cit., p. 773, secondo cui la causa degli accordi di ristrutturazione va individuata nella «regolazione della crisi», come stabilito anche da Cass. SS. UU., 23.01.2013, n. 1521. Dello stesso avviso, R. TAROLLI, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 789; G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2462; G. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione ...*, cit., p. 6; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 485; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 137; B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 legge fallim ...*, cit., p. 23.

⁸³⁹ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 485.

⁸⁴⁰ In tal senso, v. G. LOMBARDI – P. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 715, secondo cui gli accordi di ristrutturazione (e i piani di risanamento) sono introdotti allo scopo di consentire la «conservazione della continuità aziendale».

⁸⁴¹ V. A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013, p. 1099.

di ristrutturazione possano avere anche contenuto interamente liquidatorio, tanto da potersi definire, qualora ciò accada, come istituti sostanzialmente alternativi alle «classiche procedure concorsuali»⁸⁴².

La continuità aziendale, dunque, rappresenta un obiettivo meramente eventuale ed assolutamente non obbligatorio, seppur auspicabile, in quanto dalla formulazione attuale dell'art. 182-*bis* non è possibile desumere in alcun modo la necessità di assicurare il risanamento dell'impresa e la continuità aziendale⁸⁴³. L'unico obiettivo che deve essere raggiunto attraverso gli accordi di ristrutturazione dei debiti consiste nel «riequilibrio della condizione finanziaria dell'impresa», al fine di poter far fronte sia agli impegni presi con i creditori aderenti all'accordo, sia all'integrale pagamento dei creditori non aderenti⁸⁴⁴.

3.4. Il procedimento: la fase introduttiva

Il c.d. Decreto correttivo del 2007 ha modificato l'*incipit* della norma sostituendo il termine «debitore» con la locuzione «imprenditore in crisi»: dall'analisi di tale proposizione è possibile desumere i presupposti soggettivi ed oggettivi per accedere alla procedura.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti affermano che l'art. 182-*bis*, sebbene non dica nulla riguardo al tipo di imprenditore, è riservato agli imprenditori commerciali che siano in possesso dei requisiti previsti dall'art. 1, comma II, L. Fall., dunque quegli imprenditori assoggettabili a fallimento ed alla procedura di amministrazione straordinaria⁸⁴⁵. A ben vedere, l'orientamento prevalente compie un'equiparazione, in termini di presupposti soggettivi, fra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione, sebbene l'art. 1 nulla dica riguardo questi ultimi⁸⁴⁶. Parte

⁸⁴² Cfr., in particolare, E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pp. 484 – 486, e gli ampi riferimenti bibliografici relativi a tale impostazione.

⁸⁴³ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, op. cit., p. 138, il quale richiama anche l'autorevole opinione di G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 768.

⁸⁴⁴ Così A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, cit., p. 674.

⁸⁴⁵ In tal senso, si veda C. FISCHETTI, *Osservazioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2012, II, p. 512; L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2010, p. 611; V. ZANICHELLI, *I concordati stragiudiziali*, Torino, 2010, p. 604; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 480; C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 403. In giurisprudenza, si vedano in particolare Trib. Roma, 31.05.2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Milano, 25.03.2010, in www.ilcaso.it, 2010; Trib. Milano, 10.11.2009, cit.

⁸⁴⁶ Secondo M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2509 l'imprenditore cui si riferisce l'art. 182-*bis* non può non coincidere con quello di cui fa menzione la disciplina sul concordato preventivo: l'A. nota che l'art. 182-*bis* si pone in netta continuità con l'imprenditore del medesimo capo e titolo, ora intitolato anche agli accordi, fatto che giustifica che il riferimento sia al medesimo soggetto.

della dottrina pone a fondamento di tale impostazione anche il fatto che l'art. 182-*bis* richiama esplicitamente l'art. 161, L. Fall., per le formalità relative al deposito della documentazione in allegato al ricorso per l'omologazione⁸⁴⁷.

Un significativo ampliamento del presupposto soggettivo è stato compiuto dall'art. 23, comma XLIII, del D. L. 06.07.2011, n. 98⁸⁴⁸, che ha stabilito che gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere agli istituti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale (art. 182-*ter*, L. Fall.), con ciò confermando che prima di tale intervento un simile ampliamento non era possibile⁸⁴⁹.

Secondo parte della dottrina l'art. 182-*bis*, in considerazione del carattere negoziale dell'istituto, sarebbe compatibile anche nei riguardi degli imprenditori soggetti alla procedura di amministrazione straordinaria⁸⁵⁰. L'istituto in esame invece non sarebbe applicabile a quei soggetti che non possono essere sottoposti a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta amministrativa: ciò vale per le banche⁸⁵¹ e per le SIM, SICAV e SGR⁸⁵². Stesso discorso vale per le imprese assicuratrice, le quali, ai sensi dell'art. 238 del Codice delle Assicurazioni, non sono assoggettabili alle procedure previste dal Titolo III della Legge Fallimentare.

Sussiste incertezza riguardo al requisito dell'iscrizione dell'imprenditore nel registro delle imprese. Secondo alcuni autori possono usufruire degli accordi solo gli imprenditori commerciali regolarmente iscritti al registro, con esclusione, dunque, delle società di fatto e dei c.d. imprenditori irregolari⁸⁵³. Secondo un

⁸⁴⁷ C. D'AMBROSIO, *Accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 1806. Nello stesso senso, anche Corte Cost., 30.11.2007, n. 411, in *Fallimento*, 2008, pp. 152 ss..

⁸⁴⁸ Convertito in L. 111/2011.

⁸⁴⁹ Così M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2510; C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, op. cit., p. 403; C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: questioni varie ed impar condicio creditorum*, in *Fallimento*, 2012, p. 465; A. LA MALFA, *La transazione fiscale dell'impresa agricola*, in *Fallimento*, 2013, pp. 138 ss..

⁸⁵⁰ Così M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2509.

⁸⁵¹ Cfr. l'art. 80, comma VI, T.U.B.

⁸⁵² Cfr. l'art. 70, D. LGS. 58/1998. Secondo E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 481, gli accordi di ristrutturazione potrebbero essere applicati a banche, SIM, SICAV e SGR, ove si accolga l'orientamento che considera l'istituto di cui all'art. 182-*bis* come meramente privatistico e non una procedura concorsuale. In proposito si segnala tuttavia il diverso orientamento assunto da Trib. Bologna, 17.11.2011, cit., secondo cui gli accordi di ristrutturazione sono compatibili anche con i soggetti appena citati.

⁸⁵³ Cfr. S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., pp. 35 – 37; M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2510. Sulla stessa scia di pensiero, si veda M. ATTANASIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: presupposti, competenza, questioni procedurali, revoca della proposta e dell'accettazione*, in M. FERRO – P. BASTIA – G. M. NONNO, *Il concordato preventivo e gli accordi*

diverso orientamento della dottrina, invece, l'iscrizione dell'imprenditore nel registro non è necessaria sia perché non è espressamente richiesta, sia perché altrimenti si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento con il concordato preventivo, che non richiede tale requisito⁸⁵⁴.

Infine, al pari dell'istituto concordatario, non è richiesto alcun requisito di meritevolezza dell'imprenditore per l'accesso alla procedura⁸⁵⁵.

Per quanto attiene, invece, al presupposto oggettivo, l'art. 182-*bis* parla di «stato di crisi», concetto che si ritrova anche nella disciplina del concordato preventivo, dove si legge che «per stato di crisi si deve intendere anche lo stato di insolvenza»⁸⁵⁶.

Anche prima di tale previsione, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie ritenevano che per accedere alla procedura degli accordi fosse necessaria la sussistenza di uno «stato di crisi» dell'impresa⁸⁵⁷: il c.d. Decreto correttivo del 2007 ha definitivamente chiarito la questione e sciolto ogni dubbio in proposito.

Come nel concordato, dunque, anche negli accordi di ristrutturazione il debitore può essere in stato di insolvenza: si ritiene che, data l'ampiezza del concetto di crisi, il presupposto oggettivo può essere costituito da ogni situazione di «malessere economico – finanziario» in cui versi l'impresa⁸⁵⁸.

Cercare di individuare il livello di crisi richiesto per l'accesso alla procedura può risultare un'indagine futile: lo scopo della modifica del 2007, infatti, consiste nel cercare di favorire un'emersione anticipata della crisi, esigenza che negli accordi di ristrutturazione risulta maggiormente necessaria rispetto a quanto accade nel concordato preventivo⁸⁵⁹.

Dunque, il presupposto oggettivo deve preesistere rispetto alla procedura degli accordi di ristrutturazione, costituendone un mero presupposto di accesso, in

di ristrutturazione, Milano, 2013, p. 680, secondo cui l'accordo non può essere concluso nemmeno da un soggetto successivamente cancellato dal Registro delle Imprese.

⁸⁵⁴ Così G. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, cit., p. 30; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 912; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 481.

⁸⁵⁵ Cfr. ancora E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 481.

⁸⁵⁶ V. l'art. 160, comma III, L. Fall.

⁸⁵⁷ Si veda, in particolare, L. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rileva che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 625. In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 23.01.2007, cit..

⁸⁵⁸ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 483.

⁸⁵⁹ Sul punto, si veda M. FERRO, *Art. 182-bis ...*, cit., p. 2529.

quanto può accadere che il diniego all'ammissione o all'omologazione avvenga per altre cause che prescindano dal tenore della gravità della crisi dell'impresa, attenendo piuttosto all'eventuale inidoneità del progetto d'impresa al suo risanamento⁸⁶⁰.

Ove sussistano entrambi i presupposti appena trattati, l'imprenditore può procedere alla domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori che rappresentino almeno il 60% del totale dei crediti⁸⁶¹. A tal fine, l'imprenditore deve depositare, oltre all'accordo raggiunto, la documentazione prevista in materia di concordato preventivo dall'art. 161, L. Fall. ed una relazione redatta da un professionista – designato dallo stesso debitore – in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma III, lett. d)⁸⁶². La relazione deve attestare la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo con riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel termine di centoventi giorni dall'omologazione per i crediti già scaduti oppure entro centoventi giorni dalla loro scadenza, per i crediti che non sono ancora scaduti alla data dell'omologazione⁸⁶³.

Successivamente, l'accordo dovrà essere pubblicato presso il registro delle imprese⁸⁶⁴: dal giorno della sua pubblicazione⁸⁶⁵, l'accordo acquista efficacia, consentendo di bloccare per sessanta giorni le azioni esecutive e cautelari dei

⁸⁶⁰ Cfr. M. ATTANASIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, op. cit., p. 678.

⁸⁶¹ A differenza di quanto avviene nella procedura di concordato preventivo, non è previsto alcun decreto di ammissione alla procedura da parte del tribunale.

⁸⁶² Come evidenziato da M. CIAN, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 504, il ruolo del professionista è estremamente rilevante ai fini dell'esito della procedura, così come altrettanto significativa può essere una sua eventuale responsabilità nel caso in cui l'attestazione risulti redatta con superficialità o malafede, o sia gravemente errata.

⁸⁶³ Come detto, tali previsioni (oltre alla sostituzione del termine «regolare» con «integrale») sono state introdotte dalla novella del 2012. Secondo L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 309, il controllo circa la completezza della documentazione allegata al ricorso, dovrà essere compiuta dal cancelliere. Successivamente il tribunale compirà una verifica di regolarità formale del ricorso e degli allegati.

⁸⁶⁴ La formula della legge si presenta estremamente vaga. Non si capisce, infatti, se debbano essere pubblicati solamente gli accordi o anche i documenti allegati e la relazione del professionista. Secondo G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis, legge fallim.)*, in *Dir. Fall.*, 2007, I, p. 954, dovrebbero essere pubblicati solamente gli accordi; in senso analogo, cfr. G. RACUGNO, *I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie*, in V. BUONOCORE – A. BASSI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010, p. 552. *Contra* si veda P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 914, secondo cui deve essere pubblicata anche la relazione del professionista.

⁸⁶⁵ V. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 361, secondo cui, affermando che gli accordi prendono efficacia dalla data della loro pubblicazione, «la norma fa riferimento agli effetti *erga omnes*, e quindi, fondamentalmente, all'esenzione dalla revocatoria [...]. In altri termini, l'esenzione dalla revocatoria riguarda gli atti posti in essere, in esecuzione degli accordi, anche prima dell'omologa, ma soltanto dopo il deposito presso il registro delle imprese».

creditori⁸⁶⁶. Per lo stesso periodo i creditori non potranno acquisire diritti di prelazione, potendo tuttavia contare sull'interruzione di ogni termine prescrizione e decadenza⁸⁶⁷.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione, i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione⁸⁶⁸. Una volta deciso sulle opposizioni, il tribunale può procedere all'omologazione con decreto motivato da assumere in camera di consiglio⁸⁶⁹.

3.4.1. (segue) *L'omologazione dell'accordo*

La norma in esame sembrerebbe suggerire che, in assenza di opposizioni, il Tribunale debba necessariamente procedere all'omologazione degli accordi. Tuttavia tale affermazione non convince⁸⁷⁰, in quanto non è possibile affermare che l'attività giurisdizionale sia automatica, essendo sempre necessario, almeno, un controllo formale della ricorrenza dei presupposti richiesti dalla legge⁸⁷¹.

Infatti, al fine di decidere se procedere all'omologazione, il tribunale deve compiere una serie di verifiche, che consistono nell'accertare (i) la propria competenza, (ii) la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi, (iii) la

⁸⁶⁶ Secondo M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 505, la pubblicazione «vista la sua portata, deve ritenersi *dichiarativa*, ed anzi in parte anche “normativa”, configurandosi allora la “pubblicazione” nel registro delle imprese quale vera e propria *iscrizione*». In senso analogo, cfr. G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 2456; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 355. Anche la giurisprudenza sembra concordare nel definire la pubblicazione quale vera e propria iscrizione. In tal senso, *ex multis*, cfr. Trib. Roma, 25.03.2010, in *Pluris*; Trib. Udine, 22.06.2007, cit..

⁸⁶⁷ Così M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 505.

⁸⁶⁸ Le opposizioni possono basarsi sull'insussistenza dei requisiti di omologabilità, fra cui il mancato raggiungimento della percentuale minima richiesta dalla legge, l'inattuabilità dell'accordo oppure anche l'inattendibilità della relazione del professionista. Sul tema, si veda, in particolare, A. ARDIZZONE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: relazione attestativa del professionista e poteri di verifica del tribunale in sede di omologazione*, in *Dir. Fall.*, 2010, II, pp. 526 ss..

⁸⁶⁹ Cfr. art. 182-bis, comma IV.

⁸⁷⁰ In questo senso, si veda B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 legge fallim ...*, cit., p. 49, che giudica «assurda» questa conclusione. Secondo G. LO CASCIO, *Commento sub. art. 182-bis*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2015, pp. 2191 – 2192, la nuova formulazione della norma consente di affermare che l'omologazione è una fase necessaria e non eventuale, prescindendo dalle opposizioni eventualmente svolte. In tal senso, si era già espresso M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla “reorganization”*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 267. Sembra che non sia possibile, in difetto di espressa previsione, una distinzione del giudizio di omologa a seconda che vi siano o meno opposizioni dei creditori: così C. CECHELLA, *Diritto fallimentare, op. cit.*, p. 409. Tuttavia, l'opinione da ultimo espressa non sembra pacifica. Infatti, secondo un orientamento, in assenza di opposizioni, il tribunale deve limitarsi ad una valutazione in astratto sotto il profilo della «logicità del piano», mentre, qualora vengano proposte opposizioni, l'autorità giudiziaria deve ampliare la propria cognizione valutando anche gli aspetti specifici del piano, sulla base delle contestazioni mosse. Così Trib. Reggio Calabria, 24.01.2014, in *Dir. Fall.*, 2012, II, p. 716; Trib. Milano, 25.03.2010, cit..

⁸⁷¹ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 411.

completezza e regolarità della documentazione, (iv) il raggiungimento della percentuale prescritta dalla legge e (v) se siano state rispettate le norme procedurali.

Queste sono considerate le attività c.d. «ineliminabili» che il tribunale deve in ogni caso compiere⁸⁷². Inoltre, si sostiene che il tribunale debba vagliare se gli accordi siano in grado di rimuovere lo stato di crisi e, dunque, se l'accordo sia concretamente attuabile⁸⁷³.

In ogni caso, il tribunale non può compiere alcun giudizio di merito riguardo alle opzioni negoziali che le parti hanno stabilito nell'accordo nonché per quanto concerne loro convenienza, poiché le scelte di convenienza rientrano nell'ambito dell'autonomia privata che caratterizza l'istituto⁸⁷⁴.

Qualora sussistano tutti i presupposti necessari, il tribunale procederà all'omologazione, disposta con decreto motivato pubblicato nel registro delle imprese e reclamabile alla Corte di Appello entro quindici giorni dalla sua pubblicazione.

Con l'omologazione, l'accordo produrrà:

- (i) l'esenzione da un'eventuale revocatoria degli atti, delle garanzie e dei pagamenti posti in essere in esecuzione dello stesso⁸⁷⁵;
- (ii) il beneficio della prededuzione per la c.d. nuova finanza;
- (iii) l'esenzione dai reati di bancarotta ai sensi dell'art. 217-*bis* per gli atti, pagamenti o altre operazioni poste in essere⁸⁷⁶.

⁸⁷² Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 412.

⁸⁷³ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 412, il quale, alla nota 26, richiama Trib. Udine, 22.06.2007, cit., che ha negato l'omologazione di un accordo sulla base della considerazione che «l'accordo di ristrutturazione non appare rimottivo dello stato d'insolvenza». Trib. Asti, 25.06.2014, in www.ilfallimentarista.it, 2014, afferma che il tribunale, nel giudizio di omologa, non può limitarsi alla sola verifica della regolarità formale degli adempimenti procedurali, ma deve anche verificare gli aspetti di legalità sostanziale. Secondo L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., p. 618, il tribunale deve controllare che gli accordi abbiano «un'effettiva probabilità di riuscita»; nello stesso senso, cfr. Trib. Bologna, Sez. IV, 17.11.2011, cit.. Secondo Trib. Milano, 18.07.2009, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p. 158, il tribunale non deve accertare che l'esecuzione dell'accordo sia accompagnata da idonee garanzie.

⁸⁷⁴ In tal senso, Trib. Modena, 19.11.2014, in *Pluris*; App. Torino, Sez. fer., 03.08.2015, in www.ilfallimentarista.it, 2015, che afferma esplicitamente che il giudizio sulla convenienza economica è riservato ai creditori; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., pp. 416 – 417, cui si rimanda per gli ampi riferimenti bibliografici.

⁸⁷⁵ Secondo quanto stabilito da Trib. Milano, 02.03.2013, in M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 507, l'esenzione riguarda anche la revocatoria ordinaria.

⁸⁷⁶ Come nota M. CIAN, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 508, «tutto il procedimento è volto alla realizzazione di effetti [...] che, a parte il blocco temporaneo delle azioni esecutive, potrebbero non esplicarsi mai, ed anzi, fisiologicamente, mai lo dovrebbero; solo nel caso “patologico” di

La legge, infine, nulla dispone riguardo a chi debba vigilare sull'esecuzione dell'accordo⁸⁷⁷: ne deriva che la vera e propria vigilanza sulla corretta esecuzione degli accordi sarà rimessa ai creditori stessi⁸⁷⁸.

3.4.2. L'istanza di sospensione ex art. 182-bis, comma VI

La disciplina originaria degli accordi di ristrutturazione prevedeva la sospensione dell'esercizio delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore da parte dei creditori esclusivamente per un periodo di tempo di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo sul registro delle imprese. Ciò comportava il rischio che i creditori, allarmati dallo stato di crisi dell'imprenditore, ben potevano esercitare azioni esecutive sul suo patrimonio durante la fase di negoziazione dell'accordo, compromettendone, di fatto, la buona riuscita⁸⁷⁹: ciò comportò un sostanziale insuccesso dell'istituto⁸⁸⁰.

Il legislatore del 2010, nell'ottica di incentivare il ricorso alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa, intervenne sulla disciplina degli accordi di ristrutturazione con due importanti novità, riguardanti (i) il riconoscimento della prededucibilità della c.d. nuova finanza⁸⁸¹ e (ii) l'introduzione di una nuova fase, c.d. anticipatoria.

La seconda delle novità citate risulta di estrema importanza.

Infatti, il nuovo art. 182-bis, commi VI, VII e VIII, prevede l'anticipazione del c.d. ombrello protettivo a favore del debitore, ancor prima del deposito dell'accordo di ristrutturazione⁸⁸². In tal modo l'imprenditore può essere tutelato anche durante la delicata fase delle trattative dirette al raggiungimento dell'accordo,

insuccesso di quanto pianificato nell'accordo, infatti, si aprirà un fallimento e quegli effetti potranno avere luogo».

⁸⁷⁷ Cfr. E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi d'impresa ...*, cit., p. 322.

⁸⁷⁸ Così M. CIAN, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 509.

⁸⁷⁹ Cfr. M. CIAN, *Diritto commerciale*, op. cit., pp. 503 – 504.

⁸⁸⁰ Come è stato notato da E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 525, la fase delle trattative costituisce il momento più delicato degli accordi di ristrutturazione: l'iniziale insuccesso dell'istituto fu determinato proprio dalla mancanza di tutela durante tale fase, nonché dal «rischio di perdite, in caso di successivo fallimento per il mancato riconoscimento in «prededuzione» dei crediti per i finanziamenti concessi per la realizzazione dell'accordo».

⁸⁸¹ Per la trattazione dei finanziamenti alle imprese in crisi, si rimanda *supra*, Cap. III, par. 4.

⁸⁸² Così L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, p. 1346, il quale parla di «creazione di una fase di moratoria anticipata».

ampliando in tal modo il periodo della protezione dalle azioni esecutive o cautelari dei creditori⁸⁸³.

Il debitore, infatti, durante il corso delle negoziazioni e prima della formalizzazione dell'accordo, può depositare, presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 9, L. Fall., un'istanza di sospensione⁸⁸⁴ consistente in una "proposta di accordo" accompagnata da una dichiarazione che certifichi la pendenza delle trattative con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti⁸⁸⁵. Inoltre deve essere depositata la dichiarazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma III, lett. d), che attesti l'idoneità della proposta ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali sono in corso le trattative o che hanno negato la propria disponibilità a trattare⁸⁸⁶; infine, il debitore deve depositare anche la documentazione prevista dall'art. 161, comma I e comma II, lett. a), b), c) e d)⁸⁸⁷.

Dunque, per ottenere la salvaguardia anticipata del proprio patrimonio il debitore deve presentare una documentazione dettagliata, corredata da una sua autocertificazione⁸⁸⁸ e da un'attestazione del professionista. È stato sostenuto che la proposta di accordo debba essere sufficientemente analitica, sia per quanto riguarda i destinatari dell'accordo, sia relativamente ai termini delle intese ed ai

⁸⁸³ Cfr. Trib. Milano, sez II, 03.12.2015, in *De Jure.it*, 2016.

⁸⁸⁴ Come evidenzia C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 508, non sembra discutibile che l'istanza debba essere presentata con ricorso; inoltre secondo l'A. l'istanza dovrebbe contenere anche «la consequenziale richiesta di fissazione di un'udienza».

⁸⁸⁵ Un problema è rappresentato dalla fase in cui devono versare le trattative, in quanto la norma appare poco esplicita ed alquanto generica. Secondo la dottrina maggioritaria (anche se sussistono incertezze) ritiene che non sia sufficiente che la proposta sia stata formulata, dovendo piuttosto presentarsi come già completa e matura ed inserirsi in un piano complessivo realizzabile. Così S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 562 secondo cui la proposta, sebbene interlocutoria, deve presentare «contenuti sufficientemente analitici e precisi». L'orientamento maggioritario della giurisprudenza, tuttavia, sembra ammettere ampie modificazioni ed integrazioni alla proposta originaria di accordo. Cfr. App. Catania, 11.11.2013, in *Dir. Fall.*, 2014, II, p. 313; App. Milano, 08.02.2013, in www.ilcaso.it, 2013.

⁸⁸⁶ L'attestazione del professionista di cui al comma VI, secondo G. LO CASCIO, *Commento sub. art. 182-bis*, cit., p. 2200, è diversa da quella prevista nel comma I dello stesso articolo, in quanto costituisce una «prognosi sulla possibilità che possa essere raggiunto un accordo di ristrutturazione idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti» e non riguarda la veridicità dei dati aziendali. In senso sostanzialmente analogo, cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 528. Sul punto si veda anche App. Catania, 11.11.2013, cit., secondo cui il contenuto della relazione del professionista verte sul numero dei creditori con cui sono in corso trattative nonché sulla prognosi dell'accordo a risolvere la crisi.

⁸⁸⁷ Trattasi di (i) una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, (ii) uno stato analitico delle attività ed un elenco nominativo dei creditori e dei relativi crediti e cause di prelazione, (iii) un'elencazione dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà del debitore e (iv) una relazione sul valore dei beni e i suoi creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

⁸⁸⁸ Si ritiene che l'autodichiarazione del debitore debba essere sottoscritta con firma autenticata. Così C. TRENTINI, *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, in *Fallimento*, 2012, p. 864 ss.; nello stesso senso, cfr. Trib. Udine, 30.03.2012, in www.ilcaso.it.

tempi per la soluzione della crisi⁸⁸⁹: ciò in quanto l'istanza di sospensione non può essere utilizzata dal debitore al solo fine di ottenere «un periodo di tregua» per «esplorare le varie ipotesi di soluzione della crisi»⁸⁹⁰.

Il debitore deve depositare l'istanza di sospensione presso il tribunale competente e chiederne la pubblicazione nel registro delle imprese⁸⁹¹: il divieto di proposizione o prosecuzione di azioni esecutive o cautelari (nonché l'acquisizione di privilegi) si produce istantaneamente con la pubblicazione della proposta di accordo e dell'attestazione del professionista, verificandosi l'effetto del c.d. *automatic stay*⁸⁹².

Una volta depositata e pubblicata l'istanza di sospensione, il tribunale effettua una verifica preliminare sulla completezza della documentazione⁸⁹³ e, se tale verifica si conclude positivamente, fissa con decreto l'udienza di comparizione

⁸⁸⁹ Sul punto, si veda C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 511, secondo cui i termini della proposta e gli accordi devono essere individuati quantomeno nelle loro linee fondamentali. Cfr. anche L. GRATTERI, *Contenuto dell'attestazione di funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori negli accordi di ristrutturazione*, in www.ilfallimentarista.it, 20.03.2015, il quale sostiene che il professionista debba compiere una «sufficiente disclosure dei contenuti del piano». A tal proposito, si richiama nuovamente A. MAFFEI ALBERTI, *Alcune osservazioni sulla crisi d'impresa ...*, cit., p. 299, secondo cui non si può parlare propriamente di domanda in bianco, in quanto il debitore è tenuto a presentare una documentazione estremamente dettagliata, essendo sottoposto a obblighi più stringenti rispetto a quelli previsti in caso di presentazione di domanda di concordato in bianco.

⁸⁹⁰ Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 511. Tuttavia, come evidenzia L. D'ORAZIO, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il D.L. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del Tribunale*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 422, l'istituto rischia comunque di prestarsi ad un «utilizzo meramente dilatorio» da parte di imprenditori che mirino esclusivamente ad arrestare per un periodo limitato di tempo le azioni dei propri creditori.

⁸⁹¹ Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 514 – 515, sembra preferibile procedere prima al deposito e dopo alla pubblicazione, essendo quest'ultima un adempimento pubblicitario: l'onore di pubblicazione incombe esclusivamente sul debitore.

⁸⁹² Secondo M. FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare. L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione ...*, cit., p. 903, la logica del c.d. *automatic stay* è stata introdotta nel nostro ordinamento proprio dall'art. 182-bis, comma VI. In giurisprudenza, v. Trib. Novara, 16.04.2012, in www.ilcaso.it, 2012. Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 516, non può condividersi l'opinione secondo cui l'effetto sospensivo si verificherebbe solo a seguito del decreto del tribunale che dispone la sospensione a partire dalla data della pubblicazione nel registro. Ciò perché l'art. 182-bis, comma VI, è esplicito nel riconnettere l'effetto sospensivo alla pubblicazione e non al decreto del tribunale.

⁸⁹³ Secondo la giurisprudenza prevalente, il tribunale non deve procedere ad una mera verifica formale, bensì ad una vera e propria verifica sostanziale circa la sussistenza per pervenire all'accordo di ristrutturazione definitivo. In tal senso, cfr. Trib. Roma, 13.03.2012, in www.ilcaso.it, 2012; Trib. Roma, 03.01.2012, in *Pluris*, secondo cui l'attestazione del professionista deve contenere anche «un'argomentazione ragionevole circa l'attuabilità del piano»; Trib. Udine, 30.03.2012, cit., dove si legge che il tribunale non può limitarsi ad un controllo esclusivamente formale in ordine alla sussistenza della documentazione richiesta ma deve anche procedere ad una verifica di carattere sostanziale della ricorrenza dei presupposti necessari per pervenire ad un accordo di ristrutturazione definitivo. Nel senso che invece il tribunale debba procedere esclusivamente alla verifica formale della regolarità e completezza della documentazione, cfr. App. Ancona, 23.07.2012, in www.ilcaso.it, 2012.

entro trenta giorni⁸⁹⁴ dal deposito, disponendo la comunicazione della documentazione ai creditori.

Se nel corso dell'udienza viene riscontrata la sussistenza dei presupposti per il raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti definitivo (percentuale prevista dalla legge ed integrale pagamento dei creditori estranei), il tribunale dispone il divieto di iniziare e proseguire azioni esecutive o cautelari e di acquisire titoli di prelazione non concordati per un periodo non superiore a sessanta giorni⁸⁹⁵ e fissa un termine, anch'esso non superiore a sessanta giorni, per il deposito dell'accordo definitivo e dell'attestazione del professionista ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma I⁸⁹⁶.

Il provvedimento è reclamabile alla Corte d'Appello entro quindici giorni ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma V, in quanto applicabile. Inoltre, come previsto dal comma VIII, nel termine assegnato dal tribunale per il deposito dell'accordo definitivo, il debitore può optare per il deposito di una domanda di concordato preventivo: gli effetti interinali prodottisi resteranno fermi e la procedura *ex art.* 182-*bis* si dirotterà verso quella di concordato preventivo⁸⁹⁷.

Secondo autorevole dottrina, l'introduzione dell'istituto della proposta di accordo, caratterizzato come visto da un ruolo accentuato del tribunale già durante la fase delle trattative, conferma la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione: l'istituto, infatti, si ispira alle medesime finalità pubblicistiche che caratterizzano le procedure concorsuali, in considerazione del fatto che gli effetti protettivi che si intendono garantire al debitore rispondono all'esigenza della tutela della continuità aziendale e della salvaguardia delle attività di impresa, obiettivi dichiarati delle nuove procedure concorsuali⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ Secondo E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 527, il termine non è perentorio. In senso analogo, cfr. S. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ...*, cit..

⁸⁹⁵ Tale termine, come evidenziato da C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 529, nota 135, costituisce il termine massimo, che dipende dal caso concreto e dalle esigenze prospettate.

⁸⁹⁶ Dunque, al termine iniziale di trenta giorni (termine, come detto, non perentorio), deve aggiungersi l'ulteriore termine di sessanta giorni per il deposito dell'accordo. Il periodo di inibitoria può essere prolungato di ulteriori 60 giorni a seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione definitivo, ai sensi dell'art. 182-*bis*, comma III: si arriva così ad un termine complessivo – minimo se si considera che il termine di trenta giorni per la fissazione dell'udienza non è perentorio (n.d.r.) – di centocinquanta giorni. Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 529.

⁸⁹⁷ Cfr. M. CIAN, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 506.

⁸⁹⁸ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pp. 530 – 531.

3.5. Gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria

La miniriforma del 2015⁸⁹⁹ ha introdotto l'art. 182-*septies*, L. Fall., che disciplina gli accordi di ristrutturazione con banche ed altri intermediari finanziari⁹⁰⁰, utilizzabili quando l'impresa abbia debiti nei confronti di tali soggetti in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo⁹⁰¹.

Non si tratta di una nuova e distinta procedura quanto piuttosto di una categoria particolare di accordi di ristrutturazione⁹⁰²: il carattere integrativo dell'istituto è confermato dalla lettera della norma secondo cui il disposto costituisce un'integrazione alla disciplina generale degli accordi⁹⁰³.

Il legislatore del 2015 ha preso atto del fatto che spesso l'indebitamento dell'impresa è di tipo bancario e il più delle volte accade che l'imprenditore, pur raggiungendo l'accordo con la maggior parte degli istituti di credito, non riesca a concludere l'accordo a causa dell'opposizione di altri istituti titolari di crediti più modesti⁹⁰⁴. Nonostante la possibilità di siglare un accordo di ristrutturazione "classico" con i creditori pari al sessanta per cento, il debitore rischia di non concludere la trattativa a causa di opposizioni e contestazioni che gli istituti di credito muovono reciprocamente l'uno contro l'altro⁹⁰⁵.

Muovendo da queste considerazioni, il legislatore ha introdotto il tipo di accordi di ristrutturazione in esame dove si prevede un particolare trattamento per i creditori bancari e finanziari.

Infatti, nel caso in cui i debiti verso banche e intermediari finanziari ammontino almeno alla metà dell'indebitamento complessivo, il debitore può

⁸⁹⁹ Precisamente, l'art. 9, D. L. 27.03.2015, n. 83, convertito con modifiche il L. 06.08.2015, n. 132.

⁹⁰⁰ La lettera della legge è chiara nel riferirsi esplicitamente a banche e intermediari finanziari, riferendosi ai soggetti descritti dagli artt. 1 e 106, T.U.B.. Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 469, la speciale disciplina prevista dall'art. 182-*septies* non può dunque essere applicata alle c.d. banche di fatto o agli intermediari finanziari non autorizzati.

⁹⁰¹ Come si legge nella RELAZIONE ILLUSTRATIVA AL DISEGNO DI LEGGE DI CONVERSIONE DEL D. L. 83/2015, la disciplina è dichiaratamente ispirata, pur con gli adattamenti necessari, agli istituti di diritto francese e inglese in tema di *sauvegarde financière accélérée* e *scheme of arrangement*. Sul punto, si veda L. M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it, 18.10.2015, p. 1 ss.

⁹⁰² Cfr. B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Contratto e impresa*, 2015, 6, p. 1184, secondo cui «si tratta [...] di una disciplina che integra quella generale dell'art. 182 *bis* e delle altre norme strettamente collegate all'art. 182 *bis* [...]».

⁹⁰³ Cfr. B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ...*, cit., p. 1185.

⁹⁰⁴ V. C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, op. cit., pp. 412 – 413.

⁹⁰⁵ Così L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corriere giuridico*, 2016, 4, p. 452.

individuare una (o più) categoria di creditori bancari o finanziari che abbiano tra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei⁹⁰⁶. Se riesce a raccogliere il consenso del 75% della categoria individuata⁹⁰⁷, il debitore può procedere a depositare il ricorso ai sensi dell'art. 182-*bis* (dunque anche se il 75% dei creditori finanziari non rappresenta il 60% dell'indebitamento complessivo) dando dimostrazione di aver informato tutti i creditori – appartenenti alla categoria – dell'avvio delle trattative nonché del fatto che essi siano stati messi in grado di parteciparvi in buona fede⁹⁰⁸.

Ma l'aspetto saliente della disciplina di cui trattasi consiste nel fatto che il raggiungimento di accordi con almeno il 75% dei creditori finanziari comporta l'estensione degli effetti degli stessi anche ai creditori non aderenti: tale estensione, tuttavia, riguarda esclusivamente i creditori bancari e finanziari e non tutti gli altri

⁹⁰⁶ Cfr. art. 182-*septies*, comma II. Come affermato da C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 478, l'omogeneità deve riguardare tanto la posizione giuridica, quanto gli interessi economici. Secondo la dottrina maggioritaria, inoltre, la nozione di categoria deve essere assimilata a quella di classe. In tal senso, si vedano le opinioni di F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it, 29.06.2015, p. 3; B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ...*, cit., pp. 1187 – 1188; A. BOMBARDELLI, *Commento all'art. 182-*septies**, in S. AMBROSINI – S. BELLUCCI – R. BOGONI – A. BOMBARELLI – L. A. BOTTAI – U. PESCIAROLI – A. PEZZANO – M. RATTI – M. SPADARO, *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 305, nota 3, il quale afferma che «non si comprende perché il legislatore abbia optato per l'utilizzo del termine "categoria" ovviamente equiparabile a quello di "classe"».

⁹⁰⁷ La percentuale del 75% si calcola sia con riferimento all'intero ceto dei creditori finanziari, sia per ciascuna categoria: in altri termini, la disciplina speciale dettata dall'art. 182-*septies* sarà applicabile solo ove venga raggiunto il 75% tanto dell'intero ceto dei creditori finanziari, quanto della singola categoria. Così C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 489.

⁹⁰⁸ Secondo F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale ...*, cit., p. 6, si tratta di un «oscura fraseologia»: l'obbligo di buona fede deve essere riferito al debitore e deve essere inteso nel senso che quest'ultimo debba porre i creditori, che dimostrino interesse concreto, nelle condizioni di poter «effettivamente e fattivamente» partecipare alle trattative. Infatti, ai sensi del comma VI, il debitore è tenuto a «notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'art. 182-*bis* alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Secondo L'A. l'obbligo di notifica testimonia la presa di coscienza del legislatore del fatto che la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese rappresenti in realtà uno strumento pubblicitario assai poco efficace. Nello stesso senso, si veda C. L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-*septies* fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in www.ilcaso.it, 29.12.2015, p. 9. Secondo A. BOMBARDELLI, *Commento all'art. 182-*septies**, in S. AMBROSINI – S. BELLUCCI – R. BOGONI – A. BOMBARELLI – L. A. BOTTAI – U. PESCIAROLI – A. PEZZANO – M. RATTI – M. SPADARO, *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 306, nota 5, l'art. 182-*septies* sembra attribuire al concetto di buona fede un significato oggettivo, riferito ad entrambe le parti le quale «devono modellare il proprio comportamento alle regole di lealtà, onestà e correttezza [...]». Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 476, «la buona fede qui richiesta è quella che si esige dalle parti appunto nelle trattative e che impone di fornire, se richiesti, tutte le informazioni necessarie e di non tacere circostanze rilevanti ai fini della conclusione dell'accordo o della sua esecuzione».

creditori, che continuano ad essere soggetti alla disciplina generale degli accordi di ristrutturazione⁹⁰⁹.

Dunque il legislatore, con la novella del 2015, ha introdotto la possibilità dell'estensione dell'accordo solo qualora l'esposizione debitoria risulti prevalentemente nei confronti di banche ed intermediari finanziari. Ne deriva che le banche che risultano maggiormente esposte in considerazione dei crediti vantati nei confronti dell'imprenditore possano fissare con quest'ultimo le condizioni di ristrutturazione del debito senza sopportare l'onere e i costi di una negoziazione con le «banche dissenzienti minoritarie»⁹¹⁰, al fine di rendere più celere e funzionale la procedura⁹¹¹.

I creditori non aderenti (ma considerati aderenti ai sensi della norma in esame) possono proporre opposizione all'omologa entro un termine di trenta giorni che decorre dalla notifica del ricorso⁹¹².

Il tribunale, per concedere l'estensione degli effetti, dovrà verificare che la trattativa si sia svolta in buona fede, che le banche e gli intermediari finanziari della categoria abbiano omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici e che i creditori dissenzienti, oltre ad esser stati correttamente informati, possano anche essere soddisfatti «in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili»⁹¹³.

⁹⁰⁹ Cfr. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 474.

⁹¹⁰ Così B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ...*, cit., p. 1186.

⁹¹¹ V. C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 474, il quale pone in evidenza come la previsione dell'art. 182-septies devia esplicitamente dalla regola generale secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, «al punto che lo stesso legislatore si è ritenuto in dovere di espressamente dichiarare che gli effetti degli accordi si producono anche nei confronti dei terzi “in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.”». Cfr. B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ...*, cit., p. 1186, che parla in proposito di «eterodeterminazione della [...] volontà contrattuale» per i creditori estranei, «con effetti in sostanza simili a quelli che vengono previsti nel codice civile dagli artt. 1419, 1420 o 1339 [...]» riguardanti la sostituzione o l'inserzione automatiche di clausole nulle. In senso contrario, si veda L. VAROTTI, *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, 18.08.2015, p. 3, secondo cui non si è in presenza di una violazione della regola che il contratto ha forza di legge fra le parti, bensì dell'applicazione del principio della maggioranza.

⁹¹² Cfr. art. 182-septies, comma IV, secondo periodo, secondo cui «Il debitore [...] deve notificare il ricorso [...] alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo».

⁹¹³ Cfr. art. 182-septies, comma IV, lett. c). Secondo C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., pp. 478 – 479, l'alternativa deve essere valutata vagliando l'accordo proposto con tutte le altre soluzioni possibili, quali le ipotesi concordatarie, il fallimento e le esecuzioni individuali. In tal senso, si veda anche L. M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., p. 14. Inoltre C. TRENTINI, *op. ult. cit.*, p. 479, sostiene che nella sua relazione, l'attestatore non deve prendere posizione riguardo al presupposto della soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

La maggior parte degli autori hanno affermato che l'introduzione dell'art. 182-*septies* costituisce un'ulteriore conferma della tesi della natura di procedura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, dal momento che l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti assimila l'istituto al concordato preventivo, dove la maggioranza vincola la totalità dei creditori⁹¹⁴.

L'obiettivo perseguito dal legislatore del 2015 consiste nell'incentivare e nel promuovere l'adozione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione, al fine di incrementarne il numero, fino ad oggi non particolarmente elevato specie se confrontato con il numero dei concordati preventivi, attraverso l'estensione degli effetti degli stessi anche ai creditori estranei.

Il quinto comma della norma in parola disciplina l'istituto della convenzione di moratoria, secondo cui l'oggetto della negoziazione non consiste nella ristrutturazione dei debiti, quanto piuttosto in un accordo, sempre con il 75% dei creditori bancari o finanziari, che preveda la sola dilazione del debito, ossia una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche. Anche in questo caso, gli effetti dell'accordo si estendono alle banche ed agli intermediari finanziari non aderenti: tali creditori devono essere informati dell'avvio delle trattative e devono essere posti nella condizione di parteciparvi in buona fede. Inoltre, è previsto che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma III, lett. d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori interessati dalla moratoria⁹¹⁵. I creditori dissenzienti possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione e il tribunale deciderà seguendo i criteri previsti per gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari⁹¹⁶.

⁹¹⁴ Si richiamano, in particolare, le opinioni espresse da R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, 23.07.2015, p. 1; F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in www.giustiziacivile.com, 2015, 6, pp. 4 ss.; L. M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti ...*, cit., p. 5; E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, p. 786. In senso contrario, si veda M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale tra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 06.08.2015, secondo cui le differenze fra gli accordi di ristrutturazione e la concorsualità sono ancora nette.

⁹¹⁵ Sul punto, si vedano C. CECHELLA, *Diritto fallimentare*, op. cit., pp. 413 – 414; B. INIZIATARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari ...*, cit., pp. 1192 – 1193; C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., pp. 494 – 500.

⁹¹⁶ Come nota C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento ...*, cit., p. 494, la convenzione di moratoria presenta affinità con il piano attestato di risanamento, dal momento che per entrambi è escluso che il ricorso all'autorità giudiziaria «presenti carattere di necessità», in quanto

Tanto per gli accordi, quanto per la moratoria, ai creditori non aderenti non possono essere imposti, in nessun caso, «l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento delle possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti»⁹¹⁷.

Per concludere, occorre evidenziare che il Disegno di Legge elaborato dalla Commissione Rordorf prevede che i piani di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria vadano incentivati⁹¹⁸: a tal fine, si prevede l'estensione della procedura *ex art. 182-septies* anche all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio concluso con creditori diversi da banche ed intermediari finanziari, rappresentanti almeno 75% dei crediti di una o più categorie con posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei⁹¹⁹.

4. ANALISI DI UN CASO DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE CON CONTINUITÀ AZIENDALE (*)

4.1. La vicenda

La società T. opera dagli inizi di questo millennio nell'ambito della gestione, per conto proprio o di terzi, di centri sportivi multidisciplinari, avendo come oggetto sociale l'organizzazione e l'esercizio di attività sportive non professionistiche. In particolare, la T. gestisce un impianto sportivo di grandi dimensioni che vede al proprio interno piscine, bar, ristoranti e un centro fisioterapico. L'impianto è in regime di concessione, regolarmente rinnovata. La società è amministrata da un consiglio di amministrazione ed è partecipata per la totalità del capitale da un'altra società la quale rappresenta, dunque, l'unico socio.

Attraversando un stato di crisi, la T. depositava ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione il quale, però, veniva rigettato dal Tribunale per vizi

l'omologazione non è necessaria, salvo il caso in cui i creditori non aderenti propongano opposizione.

⁹¹⁷ Cfr. art. 182-*septies*, comma VII.

⁹¹⁸ Art. 4, comma I, D. D. L. n. 3671, presentato alla Camera dei Deputati in data 11.03.2016.

⁹¹⁹ Così L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche...*, *op. cit.*, p. 457.

(*) Il paragrafo è stato scritto utilizzando documenti riservati: per questo motivo non saranno indicati i nomi delle parti, il tribunale del luogo dove si è svolta la procedura e ogni informazioni non strettamente necessaria per la comprensione del tema trattato. L'esposizione del caso, infatti, serve solo a fornire al lettore un esempio di applicazione pratica dell'istituto degli accordi di ristrutturazione, con le valutazioni che deve compiere il debitore e le valutazioni che compie il giudice per omologare la proposta.

di natura formale del piano. In particolare, veniva contestata la tardiva adesione al piano di uno dei creditori nonché la mancanza di adeguate garanzie da parte del socio unico in merito alla nuova finanza che aveva dichiarato di voler corrispondere.

In considerazione del persistere e, anzi, dell'aggravarsi dello stato di crisi, la società depositava nuovamente ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione che prevedeva la continuazione e l'ampliamento del perimetro delle attività aziendali, circostanza che avrebbe garantito un miglior soddisfacimento dei creditori e la salvaguardia dei valori occupazionali, nonché un incremento degli stessi.

La ricorrente indicava che tale accordo avrebbe garantito una soddisfazione del ceto creditorio in misura maggiore non solo rispetto all'opzione liquidatoria ma anche rispetto ad ogni altra procedura concorsuale prevista dall'ordinamento. In proposito, per consentire il ripianamento dell'esposizione debitoria e la continuazione dell'attività d'impresa, veniva prevista l'erogazione di un finanziamento in esecuzione dell'accordo omologato.

4.2. Le cause della crisi

Conformemente alle disposizioni di legge, la ricorrente individuava le cause che l'avevano portata alla crisi e, quindi, alla proposizione del ricorso per l'omologa dell'accordo.

La T., preliminarmente, ripercorreva le tappe che l'avevano condotta alla stipula dell'atto di concessione. In particolare, il progetto presentato dalla società veniva regolarmente approvato e quindi avviato stanziando un consistente impegno finanziario per la realizzazione dell'investimento, mediante la stipula di contratti di finanziamento con alcuni istituti di credito. I lavori, in considerazioni di particolari contingenze esterne, dovevano essere svolti in modo celere e, per questo motivo, erano stati iniziati anticipando l'erogazione dei finanziamenti necessari, comportando di contro un ingente esposizione dei fornitori che avevano acconsentito grazie alla credibilità ed alla reputazione del socio unico.

L'impianto veniva così ultimato in parte, salvo poi intervenire un provvedimento di sequestro richiesto dalla Procura che contestava l'illegittimità dell'atto di concessione e, nello specifico, il reato di edificazione abusiva dovuta all'assenza del permesso di costruire.

Conseguenza del sequestro fu l'immediata sospensione dei finanziamenti che comportò l'impossibilità della prosecuzione dei lavori e la conseguente incapacità per il centro di entrare pienamente in funzione.

Nonostante il fatto che la parte dell'impianto ultimata garantisse introiti in grado di conservare integri i valori patrimoniali, la sospensione dei finanziamenti non aveva permesso di ripianare i debiti contratti con i fornitori.

A distanza di quasi cinque anni, il tribunale disponeva il dissequestro totale dell'impianto e l'impresa riprendeva la propria attività.

Tuttavia, successivamente alla ripresa dei lavori, la ricorrente incontrava numerose difficoltà dovute al periodo di sospensione forzata conseguente al sequestro dell'impianto, in quanto tale sospensione non aveva permesso alla società di adempiere regolarmente agli impegni contrattuali assunti con i fornitori.

Data la situazione in cui versava, la società, imprenditore commerciale regolarmente iscritto al registro delle imprese ed in stato di crisi temporanea potenzialmente reversibile, decideva di intraprendere trattative con i creditori con l'obiettivo di ricorrere alla procedura di accordo di ristrutturazione.

Dopo l'indicazione della situazione patrimoniale risultante dall'ultimo bilancio approvato, la T. illustrava dunque il piano industriale e finanziario, nonché la proposta di ristrutturazione.

4.3. Il piano di ristrutturazione

Il piano proposto dalla ricorrente si poneva l'obiettivo di ridefinire l'assetto patrimoniale e finanziario della società al fine di rendere possibile il completamento dell'intero impianto.

Il piano, dunque, prevedeva la continuazione dell'attività e la conseguente salvaguardia dei complessi già realizzati, nonché l'ampliamento del perimetro dell'attività stessa. Tale obiettivo veniva reso possibile dalla proroga dei termini di validità della concessione, presupposto fondamentale per potersi ipotizzare l'ipotesi di continuità aziendale.

La prosecuzione dell'attività d'impresa veniva prevista proprio al fine di non arrecare pregiudizio ai creditori in quanto la società presentava obiettive capacità reddituali e la crisi veniva descritta come meramente temporanea e reversibile. Tale prosecuzione avrebbe consentito non solo di non disperdere valore, ma anche di incrementarlo sensibilmente grazie al completamento ed alla messa in funzione dei

rami aziendali non ancora attivi, anche in considerazione del valore strategico dei singoli rami e della notorietà dei futuri conduttori.

La proposta prevedeva, quindi, il completamento delle opere la cui costruzione era stata interrotta in occasione dell'intervento del provvedimento di sequestro e, a tal fine, venivano descritti, in modo analitico, i costi stimati necessari per l'esecuzione dei lavori di completamento e messa in funzione dell'impianto. Conseguentemente, veniva indicato, in termini realistici, l'importo stimato dei ricavi derivabili da tali opere di completamento e messa in esecuzione, importi al netto di IVA e determinati, in larga parte, dall'affidamento a terzi dei rami aziendali esercitabili all'interno delle varie aree dell'impianto.

In proposito, erano stati stipulati contratti preliminari di affidamento a terzi dei diversi rami il cui perfezionamento era subordinato all'omologazione del piano di ristrutturazione; inoltre, i contratti preliminari prevedevano che i relativi canoni di affitto sarebbero stati assistiti da garanzie idonee.

Il piano prevedeva l'integrale estinzione dei debiti sociali contratti all'epoca della realizzazione dell'impianto: tale estinzione sarebbe avvenuta secondo modalità e tempi differenziati, specificati all'interno dei singoli accordi raggiunti con ciascuno dei creditori. In particolare, il pagamento dei debiti sarebbe stato possibile mediante il ricorso ad un apposito finanziamento bancario, concesso in esecuzione del piano di ristrutturazione, come risultante dalla comunicazione resa dagli istituti di credito finanziatori, per il quale la T. richiedeva il riconoscimento, da parte del tribunale, del carattere della prededucibilità⁹²⁰.

Dunque, la proposta si articolava principalmente nel senso di:

- (i) garantire il rimborso integrale del mutuo contratto in occasione dell'inizio dei lavori (prima del provvedimento di sequestro) secondo l'originale piano di ammortamento;
- (ii) garantire il pagamento dei debiti contratti con i creditori aderenti al piano secondo le modalità ed i tempi stabiliti dai singoli accordi;
- (iii) garantire il pagamento integrale dei creditori non aderenti nel termine di centoventi giorni dall'omologa dello stesso;
- (iv) completare l'intero impianto in accordo con il progetto originario sulla base dei costi stimati;

⁹²⁰ Si tratta, in proposito, dei c.d. finanziamenti in esecuzione previsti dall'art. 182-*quater*, L. Fall.: sul tema dei finanziamenti all'impresa in crisi, si rimanda a quanto detto *supra*, Cap. III, par. 4.

- (v) perfezionare i contratti di locazione e/o gestione dei rami aziendali;
- (vi) incassare il finanziamento previsto in esecuzione dell'accordo;
- (vii) postergare al rimborso integrale dei debiti bancari i finanziamenti effettuati dal socio unico in esecuzione del piano.

Aderivano al piano i creditori rappresentanti oltre il 90% del totale dei crediti ed un professionista, indipendente ed in possesso dei requisiti richiesti dalla legge, confermava la veridicità dei dati contabili su cui si fondava l'accordo e, soprattutto, ne dichiarava l'attuabilità con riferimento alla sua idoneità a garantire il regolare pagamento dei creditori non aderenti.

Infine, veniva prospettato che l'impianto sarebbe entrato a regime entro un periodo di tempo non superiore a cinque mesi dalla data di omologazione.

Il piano era stato regolarmente depositato ai fini della pubblicazione nel registro delle imprese e la ricorrente affermava, dunque, che sussistevano tutti i requisiti richiesti dalla Legge

4.4. Il decreto di omologa

Il tribunale, in sede di omologa, provvedeva a constatare che non erano state proposte opposizioni all'omologazione affermando, dunque, che avrebbe dovuto procedere ad un mero giudizio di legalità sostanziale, limitato alla completezza, analiticità, coerenza e non contraddittorietà della valutazione dell'esperto sulla fattibilità dell'accordo⁹²¹. La relazione del professionista, data la sua centralità, costituisce, secondo il tribunale, un vero e proprio documento contabile redatto da un esperto indipendente, il quale si assume la piena responsabilità nei confronti del committente e dei terzi.

Inoltre, a parere del tribunale, l'esperto nella propria relazione deve effettuare un sostanziale controllo circa la veridicità dei dati aziendali forniti dalla proponente, senza poter procedere direttamente al giudizio circa l'attuabilità dell'accordo o meno, anche se tale controllo non è specificatamente previsto dalle disposizioni di legge⁹²²: il tribunale constatava in proposito che il professionista aveva svolto verifiche precise ed esaurienti in merito alla veridicità dei dati aziendali.

⁹²¹ In questi termini, si veda anche quanto espresso da Trib. Roma, 20.05.2010, in *Pluris*: per i diversi orientamenti sul tema dei poteri del tribunale nella fase di omologazione, si veda *supra*, par. 3.4.1., in nota.

⁹²² In tal senso, la pronuncia si allinea con quanto espresso da Trib. Milano, 10.11.2009, *cit.* nonché da Trib. Milano, 25.03.2010, *cit.*

Veniva poi affermato che c'era prova degli accordi intervenuti con i creditori rappresentanti una percentuale superiore il 90% dei crediti e, dal punto di vista della fattibilità dell'accordo, la sostenibilità finanziaria era assicurata dall'impiego di nuova finanza derivante dal finanziamento previsto in esecuzione dell'omologa. In proposito le nuove risorse sarebbero state utilizzate interamente per il completamento e la messa in funzione dell'impianto e le modalità e tempi previsti apparivano realistici e non eccessivamente ottimistici.

Alla luce degli elementi esposti, il tribunale accoglieva il ricorso, omologando l'accordo di ristrutturazione e riconoscendo la natura prededucibile al finanziamento previsto in esecuzione dell'accordo stesso.

4.5. Riflessioni conclusive

Dal caso sembra emergere tutta l'essenza negoziale dell'accordo di ristrutturazione.

A differenza degli altri istituti previsti dall'ordinamento concorsuale, nella procedura in esame il debitore procede autonomamente a siglare accordi con i debitori, prima del deposito del ricorso per l'omologazione.

Nel caso di specie, l'impresa non ha provveduto solo a raggiungere un accordo con i creditori al fine di ristrutturare i propri debiti ma si è adoperata anche per trovare dei conduttori che potessero prendere in affidamento alcuni rami dell'attività successivamente all'intervenuta omologazione. Ciò al fine di garantire la creazione di flussi di cassa ed adempiere così al soddisfacimento delle pretese del ceto creditorio.

Emerge, inoltre, l'importanza che può assumere il tema della nuova finanza. Infatti, in questo caso, si vede come i vari accordi siano strettamente collegati e dipendenti fra di loro. L'impresa si impegna a contrarre un finanziamento, cui sarà riconosciuto il carattere della prededucibilità, al fine di completare l'impianto: tale completamento renderà possibile l'affidamento a terzi di determinati rami aziendali ed il relativo canone di affitto sarà utilizzato per pagare i creditori, aderenti e non al piano, nonché per ripianare il finanziamento concesso.

Ne consegue che il grande pregio della procedura dell'accordo di ristrutturazione consiste nella piena autonomia e completa libertà lasciata al debitore nell'organizzazione della proposta di ristrutturazione, senza alcun

spossestamento e/o ausilio da parte del tribunale, quest'ultimo il quale dovrà intervenire solo ad accordo già intervenuto⁹²³.

Di contro, la procedura appare estremamente costosa: oltre ai compensi di advisor specializzati, devono essere preventivati anche i costi di transazione, con i creditori e con eventuali terzi, che possono essere estremamente elevati in ragione delle lungaggini in cui rischiano di incorrere le trattative.

Infine, il caso analizzato conferma come l'accordo di ristrutturazione sia possibile prevalentemente nel caso in cui la platea dei creditori è composta da pochi soggetti. Un accordo che preveda la continuazione dell'impresa realmente funzionante è quello concluso verosimilmente con una percentuale ben maggiore del 60% previsto dalla Legge, in quanto più creditori aderiscono all'accordo, meno creditori dovranno essere soddisfatti integralmente entro centoventi giorni dalla data dell'omologa.

Orbene, ne deriva la considerazione che tanto più il numero dei creditori risulti ristretto ed omogeneo, tanto più sarà agevole raggiungere percentuali di accordo così elevate.

⁹²³ Sui poteri del tribunale nella procedura di accordo di ristrutturazione, specie nel caso del c.d. accordo in bianco, si rimanda *supra*, par. 3.4. e ss..

CONCLUSIONI

Il tema della salvaguardia della continuità aziendale nelle procedure concorsuali è tema estremamente complicato ma sicuramente ricco di fascino e, soprattutto, di estrema attualità.

L'interesse alla salvaguardia dei valori produttivi di un'impresa in crisi si è affermato nel nostro Paese in un primo momento con le leggi sull'amministrazione straordinaria, destinate però esclusivamente a determinati tipi di imprese di grandi dimensioni, e successivamente è stato esteso anche a tutte le altre imprese commerciali.

Con la riforma del 2005 il legislatore fallimentare ha modificato l'istituto del concordato preventivo ed introdotto gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani di risanamento, con la finalità dichiarata di incentivare una soluzione negoziata della crisi e la salvaguardia, ove possibile, dei complessi aziendali. In questo senso, la riforma ha dato avvio ad una serie di interventi normativi ispirati alla filosofia americana alla base della disciplina della *Reorganization* del *Chapter 11*. L'obiettivo del legislatore dell'ultimo decennio si sostanzia, infatti, nel voler assicurare la salvaguardia dei valori produttivi dell'impresa in crisi, mediante istituti che mirino all'emersione anticipata dello stato di dissesto ed alla composizione negoziata della crisi dell'impresa.

L'importanza assunta da tali riforme è confermata da una recente pronuncia della Corte Costituzionale secondo la quale il nostro ordinamento è ormai caratterizzato da «una nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa [...] connotata dal superamento della concezione liquidatoria [...] in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale»⁹²⁴.

Mutano, dunque, in modo significativo gli obiettivi di fondo dell'impianto originario. Come analizzato nel corso del Capitolo I, la Legge Fallimentare del 1942 aveva una concezione, se non esclusivamente, essenzialmente liquidatoria, dal momento che considerava il fallito come un soggetto moralmente deprecabile e meritevole di trattamento sanzionatorio. Abbiamo constatato in proposito che la Legge del '42 riproduceva in larga parte quelli che erano i principi che si

⁹²⁴ Così Corte Cost., 22.07.2010, n. 270, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, Padova, 2014, p. 2701.

affermarono in epoca medievale: l'impresa in crisi continuava ad essere vista alla stregua di una malattia per il buon funzionamento del mercato, un morbo capace di contagiare chiunque gli gravitasse intorno e, dunque, da estirpare. La società doveva essere protetta dall'impresa in stato di dissesto: quest'ultima, di contro, non meritava alcuna tutela, in quanto unica responsabile della propria situazione.

Orbene, a partire dal 2005, si inizia a prendere atto, sulla scia della concezione dei paesi anglosassoni, che l'imprenditore caduto in crisi non è necessariamente un soggetto disonesto. Inoltre, se teoricamente può essere vero che un'impresa in crisi possa in qualche modo infettare un mercato sano, è altrettanto vero che tale assunto viene meno quando è il mercato ad essere malato e, dunque, è quest'ultimo che può contagiare l'impresa che opera al suo interno. Non è un caso, infatti, che tanto le leggi sull'amministrazione straordinaria, quanto le riforme dell'ultimo decennio, si sono affermate in un contesto di sostanziale crisi del sistema economico che ha imposto un ripensamento dei caratteri afflittivi della disciplina fallimentare. Come accaduto negli Stati Uniti con la crisi del sistema ferroviario, anche in Italia, di fronte a situazioni di crisi economica generalizzata, il legislatore ha reagito considerando l'impresa come un bene sociale, cercando di prevedere misure che potessero aiutarla ad uscire da una situazione di crisi generalizzata.

In questo senso, potremmo affermare che il reinserimento di un'impresa nel mercato può contribuire a curare il mercato stesso, ove dall'impresa dipendano interessi di soggetti incolpevoli che verrebbero pregiudicati dalla chiusura dell'attività.

Tuttavia, la riforma del 2005, per quanto significativa, si limitò a modifiche che, a posteriori, potrebbero essere definite superficiali, in quanto non hanno modificato in modo netto l'impianto legislativo: il concordato preventivo rimaneva nella pratica un istituto essenzialmente liquidatorio, i piani di risanamento e gli accordi di ristrutturazione avevano una disciplina troppo scarna per poter essere efficacemente utilizzati. Si pensi che, secondo una recente indagine, nel 2005 si conta un unico accordo di ristrutturazione e sia nel 2006 che nel 2007 solamente due⁹²⁵.

⁹²⁵ Cfr. lo studio condotto da V. CONCA – A. DANOVÌ – L. RIVA, *Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L. F. Un'analisi empirica nei principali Tribunali Italiani*, in <https://know.cerved.com/it/>, 12.05.2015.

La salvaguardia della continuità aziendale, infatti, costituiva un enunciato valevole nella teoria ma mai affermato in modo chiaro. Le previsioni normative non prevedevano esplicitamente rimedi volti alla continuazione dell'attività d'impresa, bensì disposizioni più ampie che, al loro interno, potevano includere un esito della procedura diverso dalla liquidazione.

Il legislatore del 2005, ad esempio, non distinse in modo netto il concordato con finalità conservative da quello con finalità liquidatorie. Infatti, lo strumento concordatario poteva essere utilizzato tanto per risanare l'impresa, quanto per procedere ad una liquidazione più celere e meno dispendiosa di quella fallimentare.

D'altro canto, i nuovi strumenti degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento, sebbene orientati ad incentivare una soluzione negoziata fra debitori e creditori e diretti a risolvere la crisi in modo più rapido, risultarono, nella loro prima formulazione, istituti incompleti e talvolta contraddittori. Basti notare che il debitore restava esposto al rischio di azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori durante il periodo delle negoziazioni.

Fu così che con le riforme successive il legislatore chiarì le proprie intenzioni, cercando di introdurre nuovi strumenti e modificando quelli esistenti, sempre però con l'obiettivo della salvaguardia dell'impresa in crisi.

In particolare, con le riforme del triennio 2010 – 2013, il legislatore ha cercato di rimediare ai problemi che gli accordi di ristrutturazione avevano manifestato, provando ad incentivare il ricorso all'istituto, e ha modificato, più volte, l'istituto del concordato preventivo, introducendo il concordato con continuità aziendale ed il concordato in bianco. Mediante questi ultimi, così come mediante il riconoscimento della possibile prededucibilità ai finanziamenti contratti dalle imprese in crisi per la presentazione o per l'esecuzione, ante e post omologa, del piano di concordato e degli accordi di ristrutturazione, il legislatore ha dichiarato apertamente le proprie intenzioni, orientandosi, questa volta in modo esplicito, nel senso di favorire soluzioni che consentissero l'emersione anticipata della crisi e la salvaguardia dei valori produttivi.

Le innovazioni non sono di poco conto. L'istituto del concordato acquista definitivamente una duplice funzione e gli accordi di ristrutturazione sembrano finalmente idonei a costituire un'opportunità per il debitore, rendendolo libero di formulare la propria proposta ai creditori senza essere spossessato dei propri beni.

Tuttavia, l'aurea di negatività che da sempre ha connotato le procedure concorsuali nel nostro ordinamento sembra difficile da eliminare. I creditori continuano a guardare con diffidenza verso l'imprenditore in crisi, giudicato come un soggetto poco affidabile e non in grado di potersi riassetare. L'ipotesi della continuazione di un'attività che ha generato perdite continua a sembrare un'eventualità difficilmente in grado di assicurare il pagamento dei debiti contratti.

Inoltre in un sistema come il nostro, caratterizzato da imprese che a prescindere dalle dimensioni fanno spesso riferimento ad un unico soggetto o ad un unico complesso familiare, l'imprenditore non vuole staccarsi da ciò che con tanta fatica ha creato, cercando di rimanere nella gestione della propria attività. Ne deriva che, il più delle volte, le ipotesi di c.d. continuità indiretta vengono poco prese in considerazione dai debitori i quali, piuttosto, mirano a salvare l'impresa "con le proprie mani", senza cederla a terzi. Ciò che invece sembrano chiedere i creditori, per acconsentire alla continuazione piuttosto che alla liquidazione dell'attività, è la c.d. discontinuità manageriale, ovvero il mutamento degli assetti proprietari dell'impresa, così da allontanare dalla stessa quel soggetto che l'ha portata nella situazione di dissesto.

Nel nostro sistema concorsuale, caratterizzato per oltre 70 anni da un impianto rigorosamente punitivo del debitore in crisi, sembra che la concezione secondo cui debba esse garantita una seconda opportunità all'imprenditore sfortunato sia difficile da affermarsi.

Non solo. La lentezza dell'impianto giurisdizionale ed il dilatamento dei tempi nelle procedure fallimentari, hanno indotto i soggetti ad utilizzare le procedure di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione in modo sostanzialmente alternativo al fallimento, in quanto di grado di garantire, potenzialmente, una liquidazione meno costosa, più celere e con una presenza meno ingombrante del tribunale rispetto alla procedura fallimentare.

È appena il caso di notare che quella descritta non è una caratteristica solo italiana. Infatti anche in ordinamenti tradizionalmente orientati alla salvaguardia dei complessi aziendali come quello americano due terzi delle imprese che accedono alla procedura di *Chapter 11* finiscono per essere liquidate ai sensi del *Chapter 7*. La percentuale di quelle che sopravvivono ammonta dunque ad un terzo,

percentuale tuttavia nettamente superiore a quella che si riscontra nel nostro Paese⁹²⁶.

Quanto detto pare essere confermato dalle risultanze di recenti studi che hanno tentato di analizzare la reale incidenza delle riforme condotte dal legislatore. È però difficile reperire dei dati circa l'esito delle singole procedure concorsuali che rendano manifesto quante imprese, a seguito di concordato o accordo di ristrutturazione, effettivamente continuino la propria attività. Come è stato sostenuto, alcune informazioni utili si potrebbero ricavare dai dati del registro delle imprese che segnalano l'avvio e la chiusura delle procedure: tuttavia, la mera analisi di tali risultanze potrebbe portare a sovrastimare la quota delle imprese che continuano la propria attività a seguito dell'omologa del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione⁹²⁷.

Una possibile valutazione, per quanto riguarda il concordato preventivo, può essere compiuta analizzando i dati di bilancio delle imprese che hanno effettuato l'accesso alla procedura. In tal senso, è possibile constatare che fra le imprese che hanno aperto un concordato nel biennio successivo alla riforma del 2005, solo il 4,4% ha avuto ricavi positivi a distanza di 6 anni. Dall'analisi risulta che, a seguito della riforma del 2005, la percentuale delle imprese che continua l'attività economica dopo un concordato preventivo è aumentata rispetto al periodo precedente, ma rimane ancora molto contenuta⁹²⁸. Dunque, l'istituto concordatario continua a caratterizzarsi per essere utilizzato in larga parte a fini liquidatori, preferito in particolar modo dai creditori, i quali, soprattutto, vogliono evitare le lungaggini della liquidazione fallimentare.

Il discorso sembra simile anche per quanto riguarda gli accordi di ristrutturazione. Tali strumenti, in generale, risultano meno utilizzati rispetto alle altre procedure concorsuali e sembrano avere esito positivo soprattutto nei casi di liquidazione dell'attività. Dall'analisi di un campione, risulta infatti che solo il 2% delle 163 società esaminate presenta indici di solvibilità positivi dopo aver intrapreso un accordo di ristrutturazione. Questo campione è analizzato prendendo

⁹²⁶ AA. VV., *Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, n. 316, marzo 2016.

⁹²⁷ *Op. ult. cit.*

⁹²⁸ *Op. ult. cit.*

in considerazione solo le domande ad esplicito contenuto conservativo, escludendo quelle con finalità liquidatorie che risultano essere comunque la maggioranza⁹²⁹.

Il dato più interessante consiste nel fatto che le imprese accedono alla procedura di concordato o tentano un accordo di ristrutturazione quando ormai è troppo tardi e la situazione di dissesto è troppo grave per poter essere risolta. Emerge, infatti, che il 49% delle imprese tenta il salvataggio oltre due anni dopo la manifestazione dello stato di dissesto, rendendo dunque difficile, se non impossibile, la ristrutturazione ed il risanamento dell'azienda⁹³⁰.

In ogni caso, il concordato con continuità aziendale e gli accordi di ristrutturazione sono procedure estremamente onerose, che richiedono l'ausilio di uno o più advisor specializzati in grado di predisporre dei veri e propri piani industriali che analizzino, in modo preciso, le cause del dissesto e le prospettive di risanamento. Le procedure rischiano così di risultare inaccessibili per quegli imprenditori di piccole dimensioni già oberati di debiti e ciò potrebbe spiegare lo scarso utilizzo di tali strumenti.

È bene evidenziare, inoltre, che se da una parte il legislatore cerca di favorire il debitore, aiutandolo con l'introduzione di nuovi strumenti ed incentivi volti a salvaguardare l'impresa, dall'altra i creditori continuano ad essere poco stimolati ad agevolare una simile salvaguardia. Spesso, infatti, i piani predisposti dal debitore, oltre che proposti quando la crisi è ormai in uno stato troppo avanzato, sono il più delle volte eccessivamente ottimistici così da aumentare la diffidenza di coloro che dovranno votarlo o al quale dovranno aderire, ovvero i creditori stessi.

Il legislatore, al fine di coinvolgere maggiormente i creditori nelle procedure, in quanto principali destinatari di un'eventuale continuazione dell'attività, ha introdotto misure quali le offerte o domande concorrenti che, almeno nella teoria, mirano a consentire ai creditori di avere maggiore incidenza sulle scelte del debitore. Tuttavia, le ultime novità citate, sembrano favorire solo una parte del ceto creditorio, ovvero la c.d. parte forte, quali gli istituti di credito e le banche, i soli in grado di poter sopportare i costi che scaturiscono dalla formulazione di una domanda di concordato preventivo concorrente.

⁹²⁹ Fonte: V. CONCA – A. DANOVÌ – L. RIVA, *Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti...*, cit..

⁹³⁰ Cfr. *op. ult. cit.*.

È forse proprio sul ruolo dei creditori che si dovrebbe intervenire per assicurare che il fine della continuità aziendale venga effettivamente raggiunto. Essi infatti, giova ribadirlo, sono i primi destinatari degli effetti di un'eventuale continuazione dell'attività di impresa, sopportando i rischi di un'eventuale esito negativo della continuazione. In tal senso, il recente Disegno di Legge elaborato dalla Commissione Rordorf, adesso al vaglio del Parlamento, mira ad introdurre la domanda di concordato effettuata direttamente dai creditori. Tuttavia, tale previsione non sembra risolvere il problema dell'onerosità di una simile domanda per i creditori c.d. deboli, i quali difficilmente potranno permettersi l'ausilio di un consulente per la stesura della stessa.

In conclusione, per garantire il perseguimento dell'obiettivo della continuità aziendale nelle procedure concorsuali, posto che una riforma organica appare necessaria e sicuramente opportuna data la molteplicità degli interventi che si sono succeduti negli ultimi dieci anni, sembra fondamentale un drastico cambio di mentalità.

Gli imprenditori devono essere incentivati a denunciare per tempo la propria crisi così da coinvolgere da subito i creditori ed elaborare congiuntamente ad essi una soluzione appropriata per il superamento della situazione di dissesto; dall'altra parte, i creditori devono cercare di non guardare con diffidenza l'imprenditore in crisi.

Si muove in questa direzione la proposta della Commissione Rordorf, prevedendo un sistema di allerta e composizione assistita della crisi sulla scorta del modello francese, anche se bisognerà vedere in che termini una procedura del genere contribuirà alla denuncia tempestiva dello stato di crisi da parte dei debitori e quanto i creditori, una volta conosciuto lo stato di crisi, saranno disposti a concedere al debitore una seconda opportunità.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Il concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Banca d'Italia, n. 316, marzo 2016;
- ABATE F., *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fallimento*, 2013;
- ABETE L., *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fallimento*, 2008, 3;
- ABETE L., *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2014;
- ABETE L., *Le vie negoziali per la soluzione della crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2007;
- ABRIANI N., *La funzione dei creditori è cruciale per il rilancio dell'impresa*, in *Il Sole 24Ore*, 09.07.2012, Norme e tributi, 4;
- AGSTNER P., *Gli azzardi morali dei soci nelle s.r.l. in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, III;
- AIELLO M., *Il concordato "con riserva": evoluzione normativa e questioni interpretative*, in *Giur. It.*, 2014;
- ALESSI G., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2005, I;
- AMADUZZI A., *Conflitto ed equilibrio di interessi nel bilancio dell'impresa*, Bari, 1957;
- AMATORE R. – JEANTET L., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013;
- AMATORE R., *Il concordato con continuità aziendale*, in AMATORE R. – JEANTET L., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2013;
- AMBROSINI S., *Il piano di concordato e l'eventuale suddivisione dei creditori in classi*, in AMBROSINI S. – DEMARCHI P. G. – VITIELLO M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009;
- AMBROSINI S. – AIELLO M., *I piani attestati di risanamento*, in PANZANI L., *Diritto fallimentare. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2014;
- AMBROSINI S., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi. Dalla "miniriforma" del 2005 alla l. 7 agosto 2012, n. 134*, Bologna, 2012;

- AMBROSINI S., *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, doc. n. 293/2012;
- AMBROSINI S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 04.08.2013;
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, XI, diretto da COTTINO, Padova, 2008;
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Giappichelli, 2014;
- AMBROSINI S., *Il controllo giudiziale sull’ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. fall.*, 2010;
- AMBROSINI S., *Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016;
- AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, *Commission to study the reform of Chapter 11, 2012-2014 Final Report and Recommendations*, p. 8, reperibile al link: <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/01/04/abi-commission-to-study-the-reform-of-chapter-11-report/>;
- ANDREANI G., *Prefazione*, in *Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, Il Fisco, 2015;
- ANGELONI A. – BUONO R., *I contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, Il Fisco, 2015;
- ANGELONI A., *Local courts interpreting Italian insolvency law in different ways*, intervista rinvenibile al link: <https://www.youtube.com/watch?v=7tLr73RfdRk>;
- APICE U. – MANCINELLI S., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008;
- APICE U. – MANCINELLI S., *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012;
- APICE U., *Prefazione a VITALONE V., Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005;
- APPIO C. L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in www.ilcaso.it, 29.12.2015;
- ARATO M., *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell’impresa in crisi*, in *Fallimento*, 2008;

- ARATO M., *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 03.08.2012;
- ARATO M., *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in BONELLI F., *Crisi d'impresa: casi e materiali*, Milano, 2011;
- ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013;
- ARDIZZONE A., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: relazione attestativa del professionista e poteri di verifica del tribunale in sede di omologazione*, in *Dir. Fall.*, 2010, II;
- ASCARELLI T., *L'azienda*, in *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962;
- ASQUINI A., *Sul fallimento, sul concordato, e sui piccoli fallimenti*, in *Scritti giuridici*, 1939;
- ASSONEBB, *Continuità aziendale (Enciclopedia)*, 2011;
- ATTANASIO M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: presupposti, competenza, questioni procedurali, revoca della proposta e dell'accettazione*, in FERRO M. – BASTIA P. – NONNO G. M., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013;
- AZZARO A. M., *Abuso della facoltà di "classamento" nel concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2012, 11;
- AZZARO A. M., *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fallimento*, 2007;
- AZZARO A. M., *La funzione del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fallimento*, 7, 2007;
- *B.P.R. Business Process Reengineering. Guida alla reingenerizzazione dei processi*, a cura di CONSULMAN S.P.A., 2011;
- BAIRD D. G., *Elements of Bankruptcy*, New York, 2006;
- BALESTRA L., *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corriere giuridico*, 2016, 4;
- BALESTRA L., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012;
- BASCELLI M., *Le operazioni volte alla "soluzione negoziale" della crisi d'impresa. Spunti per vecchie e nuove riflessioni alla luce della L. 7 agosto 2012, n. 134*, in *Notariato*, 2012, 6;
- BASTIA P., *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, Torino, 1996;

- BASTIA P., *Sistemi di pianificazione e controllo*, Bologna, 2011;
- BATTAGLIA R., *Aiuti di Stato e amministrazione straordinaria: la disapplicazione della legge Prodi da parte del giudice nazionale e la recente riforma*, in *Dir. fall.*, 2001;
- BELCREDI M., *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni '90*, Milano, 1997;
- BELTRAMI P. D., *Le recenti (ulteriori) modifiche al concordato preventivo dell'estate 2015*, in www.ilcaso.it, 02.03.2016;
- BENINCASA D. – PASSALACQUA M. – ALESSI C., *Rapporti tra procedure principali e procedure secondarie nel regolamento CE 1346/2000*, in F. BONELLI, *Crisi di impresa. Casi e materiali*, Milano, 2011;
- BENINCASA D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis*, in CAJAJA A., *Le procedure concorsuali*, II, Padova, 2011;
- BERTACCHINI E., *Esigenze di armonizzazione e tendenze evolutive (o involutive?) nella composizione negoziale delle crisi: dal tramonto del dogma della non fallibilità alle prospettive de iure condendo*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012;
- BIANCHI A., *Crisi di impresa e risanamento*, Milano, 2010;
- BIANCO C., *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 19.12.2012;
- BIBEAULT D., *Corporate turnaround: how managers turn losers into winners*, New York, 1982;
- BITEMAN J. H., *Turnaround management: an exploratory study of rapid, total organization change*, Harvard University, 1979, D.B.A.;
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. II, Chapt. 31, 1765 – 1769;
- BOLAFFIO L., *Sul cosiddetto concordato stragiudiziale*, in *Giur. it.*, 1932, I;
- BOMBARDELLI A., *Commento all'art. 182-septies*, in AMBROSINI – BELLUCCI – BOGONI – BOMBARELLI – BOTTAI – PESCIAROLI – PEZZANO – RATTI – SPADARO, *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015;
- BONELLI F., *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. Comm.*, 1997, I;

- BONELLI G., *Del fallimento: commento al Codice di commercio*, III, Milano, 1923;
- BONFANTE G. – COTTINO G., *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO G., I, Padova, 2001;
- BONFATTI S. – CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011;
- BONFATTI S. – FALCONE G., *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*. *Atti del Convegno di Lanciano del 13 ottobre 2007*, 2008;
- BONFATTI S., *Gli accordi stragiudiziali per la composizione della crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2003, I;
- BONFATTI S., *Gli incentivi alla composizione negoziale della crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in BONFATTI S. – FALCONE L., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014;
- BONFATTI S., *I concordati preventivi di risanamento*, in www.ilcaso.it, 04.02.2011;
- BONFATTI S., *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale della crisi*, in BONFATTI S. – FALCONE G., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011;
- BONFATTI S., *Le procedure di composizione negoziale della crisi di impresa*, in BONFATTI S., *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005;
- BONGIORNO F., *Recensione a Frascaroli Santi. Accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009;
- BONSIGNORE R., *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in www.ilfallimentarista.it, giugno 2013;
- BONSIGNORI A., *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja – Branca. Legge Fallimentare*, a cura di BRICOLA F. – GALGANO F. – SANTINI G., Bologna – Roma, 1979;
- BONSIGNORI A., *Il fallimento sempre più inattuale*, in *Dir. Fall.*, 1996, I;
- BOOTH S. A., *Crisis Management Strategy*, Londra, 1993;
- BOTTAI L. A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2012;
- BOZZA G., *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005;

- BOZZA G., *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori. Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011;
- BOZZA G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005;
- BRIOLINI F., *Concordato preventivo e nuova finanza. Note sui “finanziamenti autorizzati” a norma dell’art. 182-quinquies, comma 1-3, legge fallim.*, in *Dir. Fall.*, 2015, I;
- BRIOLINI F., *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull’art. 182-quater. l. fall.*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2012, I;
- BRIZZI F., *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013;
- BROGI R., *L’esdebitazione nel progetto di riforma della Commissione Rordorf, approvato dal CdM*, in *Pluris*, 11.02.2016;
- BRUGGER G., *Commento all’art. 160*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO A. e coordinato da FABIANI M., II, Roma – Bologna, 2007;
- BRUGGER G., *I rischi dell’insolvenza dell’impresa*, in *Fallimento*, 1988, 399;
- BUONSIGNORE R., *Il finanziamento all’impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009;
- BUSCO C. – GIOVANNONI E. – RICCABONI A., *Il controllo di gestione 2014*, Milano, 2014;
- *Business Process Reengineering come strategia*, a cura della redazione, reperibile al link: <http://www.humanwareonline.com/wordpress/?p=1801>;
- CAMPANA M. J., *L’esperienza francese*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Convegni di studio “Adolfo Beria di Argentine. Problemi attuali di diritto e procedura civile, *Crisi dell’impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del convegno*;
- CAMPANA M. J., *L’impresa in crisi: l’esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003;
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale*, III, Torino, 2008;
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale*, III, Torino, 2012;

- CAMPOBASSO M., *Nuovi e vecchi problemi nel concordato preventivo con “continuità aziendale”*, in *Società, banche e crisi d’impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, III;
- CANALE G., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in PUNZI – RICCI, *Le nuove norme processuali e fallimentari*, Padova, 2005;
- CANDIAN A., *Il processo di fallimento. Programma di un corso*, Padova, 1934;
- CANONICI A., *La gestione delle risorse umane come chiave del successo aziendale*, Milano, 2005;
- CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi d’impresa. Profili strutturali e funzionali e conseguenze dell’inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010;
- CARBALLO PINEIRO L., *Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification rather than Modification*, reperibile al link: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482014;
- CARBONE D. – CORCIULO R., *Le novità della riforma estiva (D.L. n. 83/2015, convertito nella L. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in www.ilfallimentarista.it, 20.11.2015;
- CARMELLINO G., *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, 10;
- CARMELLINO G., *Una prospettiva d’oltralpe: la procédure d’alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA. VV., *Annali della Università degli Studi del Molise. Dipartimento Giuridico*, 15/2013;
- CASSANDRO G., *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI*, Bottega d’Erasmus, 1938;
- CASTAGNOLA A., *Piano di risanamento predisposto da una società per azioni e designazione del professionista*, in *Dir. Fall.*, 2009;
- CASTIELLO D’ANTONIO A., *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. Fall.*, 2008, I;
- CATALLOZZI P., *Il «classamento obbligatorio» nei concordati*, in *Fallimento*, 2010, 7;
- CAVALLARO G. – MARINO V., *Omologazione di concordato preventivo: ammissibilità di piani di risanamento dinamici*, in *Il corriere di merito*, 6, 2011;

- CAVALLI G., *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in S. AMBROSINI, *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006;
- CECHELLA C., *Diritto fallimentare*, Vicenza, 2015;
- CECCHERINI E., *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione delle crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. Fall.*, 2011;
- CECCHINI P. G., *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 18.03.2014;
- CENSONI P. F., *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 11.03.2013;
- CERQUA F., *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fallimento*, 2014;
- CHAPUT Y., *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in , in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Torino, 2014;
- CHIMENTI S., *Condizione per l'ammissione al concordato preventivo*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011;
- CIAN M., *Diritto commerciale*, Torino, 2014;
- CIARAMELLA G., *Crisi della società*, Roma, 2012;
- CIPPITANI R., *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 18;
- COQUELET M. L., *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, Parigi, 2003;
- CORAPI D. – DE DONNO B. – BENINCASA D., *Le procedure concorsuali in un'ottica comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Torino, 2014;
- CORAPI D., *La linea comune dell'evoluzione delle procedure concorsuali nei diversi ordinamenti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Torino, 2014;

- COVINO G. – JANTET L., *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva*, in www.ilfallimentarista.it, 03.09.2013;
- COVINO G., *Negoziazione e soluzione della crisi di impresa in continuità aziendale: business plan e operazioni straordinarie*, reperibile al link: <http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2014/10/Presentazione-Corso-Avanzato-Alta-Formazione-Covino.pdf>;
- CREACO F., *Il principio della continuità aziendale*, in *Il Commercialista*, 2015;
- CRONIN M., *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem*, in *Journal Corp. Law*, 1999;
- D. GALLETTI, *Il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti*, Atti del convegno di Udine, 16.11.2012;
- D'AMBROSIO C., *Accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in FAUCEGLIA G. – PANZANI L., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009;
- D'ANGELO F., *I piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. s, l. fall.: luci ed ombre a seguito del Decreto "sviluppo"*, in *Giur. comm.*, 2014;
- D'ATTILIO C., *Soluzioni alla crisi d'impresa: circolare Assonime*, in *Il Sole 24 ore*, 2013, 4;
- D'ORAZIO L., *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il D.L. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del Tribunale*, in *Giur. mer.*, 2011;
- DAFT L. R., *Organizzazione aziendale*, Milano, 2004;
- DANОВI A., *Gestione della crisi aziendale e dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, Milano, 2008;
- DE CESARI P. – MONTELLA G., *Osservatorio sull'Unione Europea e sugli altri Stati*, in *Fallimento*, 2015, 7;
- DE CESARI P., *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Fallimento*, 2015;
- DE CESARI P., *L'evoluzione della legislazione europea in tema di insolvenza*, in JORIO A., *Diritto fallimentare. Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, 2016;
- DE CRESCIENZO U. – PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005;
- DE FERRA G., *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001;

- DE SANTIS F., *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Le Società*, 2013, 4;
- DE SENSI V., *Fallimento guidato per sostenere la crisi*, in *Il Sole 24Ore*, 19.08.2012, Norme e tributi, 1;
- DE STEFANO A. (direttore responsabile), *Fallimento*, Memento pratico IPSOA, 2009;
- DELATTRE C. – ÈTIENNE-MARTIN È., *Prévention: le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles?*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, 2, dossier 15;
- DELLE MONACHE S., *Profili dei “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013;
- DEMARCHI P. G., *Gli effetti dell’ammissione al concordato*, in AMBROSINI S. – DEMARCHI P. G. – VITIELLO M., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009;
- DEMARCHI P. G., *I piani attestati di risanamento ex art. 67 legge fallimentare – Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, in www.ilcaso.it, doc. n. 189/2010;
- DI MAJO A., *Accordi di ristrutturazione*, in L. GHIA - C. PICCININNI – F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011;
- DI MARTINO P., *The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences*, in *History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective*, Edited by K. GRATZER and D. STIEFEL, 2008;
- DI MARZIO F. – MACARIO F., *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, Milano, 2010;
- DI MARZIO F., *Affitto d’azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 15.11.2013;
- DI MARZIO F., *Concordato con continuità aziendale*, in *Libro dell’anno del Diritto 2013(2013)*, reperibile al link: [http://www.treccani.it/enciclopedia/concordato-con-continuita-aziendale_\(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/concordato-con-continuita-aziendale_(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto)/);
- DI MARZIO F., *Contratto e crisi d’impresa. Piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e responsabilità per concessione abusiva del credito*, in AA.

VV., *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Torino, 2006;

- DI MARZIO F., *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, in *Dir. Fall.*, 2006, I;
- DI MARZIO F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011;
- DI MARZIO F., *Introduzione al concordato preventivo*, in GHIA L. - PICCININNI C. – SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011;
- DIDONE A., *Le sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2013, I;
- DISEGNI G., *L'impresa in crisi. Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2014;
- DONATO V., *Revocatoria delle rimesse bancarie ed esenzioni dalla revocatoria a fronte di piani di risanamento: profili tecnico – aziendalistici*, in *Dir. Fall.*, 2006, I;
- DONGIACOMO G., *I gruppi d'impresa nel progetto di riforma della commissione Rordorf*, in *Pluris*, 04.02.2016;
- DOSSENA G., *Risanamento, governance e stakeholder: gestione degli interessi in conflitto e conflitto di interessi*, in *Sinergie*, n. 7;
- ESPOSITO C., *Il piano di concordato preventivo tra autonomia privata e limiti legali*, in AMBROSINI S., *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008;
- EVANS P., *The strategical outcomes of human resources management*, in *Human Resources Management*, n. 1, 1986;
- FABIANI M. – FERRO M., *Dai Tribunali ai Ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004;
- FABIANI M., «Competizione» fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, in *Fallimento*, 2010;
- FABIANI M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, in *Foro it.*, 2006, I;
- FABIANI M., *Concordato preventivo*, in SCIALOJA – BRANCA – GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati*, a cura di DE NOVA, Bologna, 2014;
- FABIANI M., *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011;

- FABIANI M., *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Fallimento*, 2013;
- FABIANI M., *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, in *Foro It.*, 2012, I;
- FABIANI M., *L'ennesima riforma della legge fallimentare. L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010;
- FABIANI M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale tra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 06.08.2015.
- FABIANI M., *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010;
- FABIANI M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013;
- FABIANI M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, doc. 303/2012;
- FABIANI M., *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventiva*, in www.ilcaso.it, doc. 313/2012;
- FALCONE G., *Profili problematici del concordato con riserva*, in *Dir. Fall.*, 2013, I;
- FARNETI G., *La fattibilità del concordato in continuità nella prospettiva dell'azionalista*, in *Fallimento*, 8, 2013;
- FAZZI L., *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2011, II;
- FAZZINI M. – ABRIANI N., *Turnaround Management. Affrontare, gestire e risolvere la crisi d'impresa*, Milano, 2011;
- FEDERICO G. – VIVALDI R., *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, Rimini, 2005;
- FERRANTI D., *La crisi di impresa tra la legge n. 83/2015 e prospettive di riforma organica*, 12.02.2016, reperibile sul sito: www.cndcec.it;
- FERRARA JR F. – BORGIOLO A., *Il Fallimento*, Milano, 1995;
- FERRO M. – FILOCAMO F. P., *Commento sub. Art. 182-quater*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, a cura di FERRO M., Padova, 2014;

- FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, Padova, 2014;
- FERRO M., *Misure di allerta e di prevenzione della crisi*, 12.04.2016, in *Pluris*;
- FICHERA G., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento nel progetto Rordorf*, in *Pluris*, 23.02.2016;
- FIMMANÒ F., *Contratti d'impresa in corso di esecuzione e concordato preventivo in continuità*, in *Dir. Fall.*, 2014, II;
- FISCHETTI C., *Osservazioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2012, II;
- FOLLIERI L., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel «prisma» del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4-5;
- FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi di impresa*, Documento del 15 ottobre 2015;
- FONTANA F. – BOCCARDELLI P., *Corporate Strategy. Una prospettiva organizzativa e finanziaria per la crescita*, 2015;
- FORTUNATO S., *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, 1;
- FRASCAROLI SANTI E., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVII, Padova, 2005;
- FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, diretto da VASSALLI – LUIO – GABRIELLI, 2014;
- FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in BONFATTI S. – FALCONE G., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006;
- FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984;
- FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016;
- GABRIELLI E., *Soluzioni negoziali della crisi: gli accordi di ristrutturazione ed i piani attestati di risanamento. Introduzione*, in GHIA L. - PICCININNI C. – SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011;

- GAIANI L. – NOBILI M., *Ruolo centrale per commissari giudiziali e professionisti attestatori*, in *Come gestire le crisi d'impresa, Focus del Sole 24 ore*, 27.1.2016;
- GAIANI L., *Regole in attesa di revisione organica*, in *Come gestire le crisi d'impresa, Focus del Sole 24 ore*, 27.1.2016;
- GALDI M. – GALDI D., *Il Codice di Commercio del Regno d'Italia, con l'esposizione dei motivi che l'hanno preparato e seguito*, Napoli, 1882;
- GALLETTI D., *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006;
- GALLETTI D., *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II;
- GALLETTI D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in www.ilfallimentarista.it, 03.10.2012;
- GARLATTI C., *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione)*, in *Fallimento*, 2015;
- GHIA L., *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, Torino, 2008;
- GIANNELLI G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. Fall.*, 2005, I;
- GIANNI F., *Il processo di restructuring: aspetti finanziari e industriali. Il piano di risanamento ex art. 67 legge fallimentare*, reperibile al link <http://www.gop.it>;
- GILARDONI A. – DANOVÌ A., *Cambiamento, ristrutturazione e sviluppo dell'impresa*, Milano, 2000;
- GIRONE L., *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rileva che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, in *Dir. Fall.*, 2008, I;
- GRANCHET G., *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le Règlement Judiciaire*, Parigi, 1962;
- GRATTERI L., *Contenuto dell'attestazione di funzionalità del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori negli accordi di ristrutturazione*, in www.ilfallimentarista.it, 20.03.2015;
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860 – 1950*, Milano, 2000;

- GUATRI L. – VICARI S., *Sistemi d'impresa e capitalismi a confronto. Creazione di valore in diversi contesti*, Milano, 1994;
- GUATRI L., *Crisi e risanamento delle imprese*, 1986;
- GUATRI L., *Turnaround, Declino, crisi e ritorno al valore*, 1995;
- GUERRA F. – MALTONI M., *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Rivista delle società*, 2008;
- GUERRIERI G., *Il controllo giudiziale sui piani attestati ex art. 67, lett. d), l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2012, 3;
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008;
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto Fallimentare*, Torino, 2012;
- GUGLIELMUCCI L., *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2, 2003;
- GUGLIELMUCCI L., *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000;
- GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005;
- GUGLIELMUCCI L., *Origine ed evoluzione delle procedure concorsuali amministrative*, in *Dir. fall.*, 1995;
- GUIDOTTI R., *Il concordato preventivo (frammenti di una disciplina)*, in www.unibo.it, 11.11.2011;
- HOFER C., *Turnaround strategies*, in *Journal of Business Strategy*, 1980;
- INIZIATARI B., *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Contratto e impresa*, 2015, 6;
- INIZIATARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 legge fallim: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.*, 2012, I;
- IRTI N., *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, in *Rivista delle società*, 1996;
- IRTI N., *Il giurista dinnanzi alla crisi d'impresa*, in *Riv. it. leasing*, 1989;
- IZZO F., *Le strategie di turnaround nella letteratura di management*, in *Finanza, Marketing e Produzione*, anno XIV, n.3, 1996;

- JACQUEMONT A., *Procédure de conciliation et concordat amiable*, in *J.C.P.*, E, III, 2010;
- JEANTIN M. – LE CANNU P., *Entreprises en difficulté*, Parigi, 2006;
- JORIO A., *La riforma della legge fallimentare tra realtà ed utopia*, in AA. VV., *Società, banche e crisi d'impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, III;
- JORIO A., *Le esigenze di una nuova disciplina della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2003, I;
- JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I;
- JORIO A., *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015;
- JORIO A., *Presupposti per l'ammissione della domanda (sub. Art. 160 L. Fall.) in Concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, estratto da *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2011;
- KUHN T. S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Roma, 2009;
- LA BELLA A. – BATTISTONI E., *Economia e organizzazione aziendale*, Milano, 2008;
- LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. It.*, 2010;
- LA MALFA A., *La transazione fiscale dell'impresa agricola*, in *Fallimento*, 2013;
- LACCHINI M., *Il postulato di continuità dell'impresa (Going concern): un'analisi critica*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, 1988;
- LAMANNA F., *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 27.6.2012;
- LAMANNA F., *Il Decreto del "Fare" e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it, 2013;
- LAMANNA F., *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, Milano, 2012;
- LAMANNA F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, in www.ilfallimentarista.it, 2015;

- LAMANNA F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, in www.ilfallimentarista.it, 29.06.2015;
- LAMANNA F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 27.11.2012;
- LANFRANCHI L., *Usò alternativo delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985;
- LATTES A., *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria nelle città italiane*, Milano, 1884;
- LIBONATI B., *La crisi dell’impresa*, in AA. VV., *L’impresa*, Milano, 1964;
- LO CASCIO G., *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, 4;
- LO CASCIO G., *Commento sub. art. 161*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO G., Milano, 2015, p. 1874;
- LO CASCIO G., *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fallimento*, 5, 2013;
- LO CASCIO G., *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie per le banche*, in *Corr. giur.*, 2010;
- LO CASCIO G., *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fallimento*, 2009;
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Fallimento*, 2012, 2;
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2002;
- LO CASCIO G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2011;
- LO CASCIO G., *Il rischio d’insolvenza: le nuove frontiere europee*, in *Fallimento*, 2014;
- LO CASCIO G., *L’esercizio dell’impresa nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1999;
- LO CASCIO G., *La vendita dell’azienda nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012;

- LO CASCIO G., *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fallimento*, 2008;
- LOLLI A., *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013, 4-5;
- LOLLI A., *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 2013;
- LOMBARDI G. – BELTRAMI P., *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm*, 2011, I;
- M. FABIANI, *Guida rapida alla lettura di Cass. S.U. 1521/2013*, in *Fall.*, 2013;
- MACAGNO G. P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in www.ilcaso.it, 20.01.2014;
- MACAGNO G. P., *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Fallimento*, 2016, I;
- MACAGNO G. P., *Natura giuridica della liquidazione nel concordato preventivo*, nota a Cass. 18.02.2009, n. 3903, in *Fallimento*, 2010, 5;
- MACARIO F., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Rivista delle società*, 2008;
- MADISON J., *The Federalist No. 42*, reperibile al link: <http://www.constitution.org/fed/federa42.htm>;
- MAFFEI ALBERTI A., *Alcune osservazioni sulla crisi dell'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2014, 2
- MAFFEI ALBERTI A., *commento sub art. 160*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013;
- MAGGIORE G. R. – COSTA C., *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997;
- MAGRINI L. – MANZARI F. – MARTINO L., *Proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo*, in *Crisi di impresa. Le nuove disposizioni fallimentari e fiscali*, Il Fisco, 2015;
- MANDRIOLI L., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2010;

- MANDRIOLI L., *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo (la ricostruzione giuridico – aziendalista)*, in AA. VV., *La legge fallimentare. D.lgs. 12.9.2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive, Commentario teorico – pratico*, a cura di M. FERRO, Padova, 2008;
- MANDRIOLI L., *Struttura e contenuti dei “piani di risanamento” e dei progetti di “ristrutturazione” nel concordato preventivo e negli accordi di composizione negoziale delle situazioni di “crisi”*, in BONFATTI S. – FALCONE G., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milano, 2006;
- MANDRIOLI L., *Struttura e contenuti dei «Piani di risanamento» e dei «Progetti di ristrutturazione» nel Concordato preventivo e negli Accordi di composizione stragiudiziale delle situazioni di «crisi»*, in *Atti del convegno di Lanciano del 17 e 18 marzo 2006*, in *Q. G. comm.*, 2006;
- MANGANELLI P., *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fallimento*, 2015, 10;
- MANGANELLI P., *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2, 2011;
- MANZO V., *Operazioni societarie straordinarie in esecuzione di concordato preventivo*, in *Notariato*, 1, 2015;
- MARANO P., *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell’attività d’impresa*, in *Fallimento*, 2006;
- MARINO R. – CARMINATI M., *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all’art. 160 L. Fall. e prevenzione dell’insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, 4;
- MARINONI R., *Riflessioni in materia di modelli preventivi dell’insolvenza: analisi di modelli a noi vicini e considerazioni*, in www.ilfallimentarista.it, 30.12.2012;
- MARINUCCI E., *La domanda di concordato preventivo dopo il «decreto sviluppo»: legge fallimentare e bankruptcy code a confronto*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 2;
- MAROBBIO M., *Revocatoria fallimentare e disciplina delle nuove esenzioni*, in CAJAJA A., *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009;

- MAROLLO A. C., *Le classi di creditori nel concordato preventivo alla luce del D.LGS. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Fallimento*, 2008, 12;
- MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum ANTONIO PIRAS, Torino, 2010;
- MEO G., *I piani attestati di risanamento*, in GHIA L. – PICCININNI C. – SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Torino, 2011;
- MEOLI B., *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I;
- MINUTOLI G., *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 9, 2008;
- MONTESANO G., *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1974, I;
- MONTI A., *Osservazioni sparse intorno alle vicende storiche del fallimento*, in *Commentario alla legge fallimentare*, 4;
- MOSCO G. D., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, I;
- MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009;
- NARDECCHIA G. – RANALLI R., *Art. 186-bis*, in G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2014;
- NARDECCHIA G. B., *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007;
- NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale*, in NIGRO A. – SANDULLI M. – SANTORO V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014;
- NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014;
- NIGRO A. – VATTERMOLI D., *Diritto della crisi e delle imprese. Le procedure concorsuali. Appendice di aggiornamento in relazione al D.L. n. 83/2012, conv. dalla L. n. 134/2012*, Bologna, 2013;

- NIGRO A., *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO G. E. e PORTALE G. B., vol. IX, Torino, 1993;
- NISIVOCCHIA N., *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, nota a Cass. Civ., 15.07.2011, n. 15699, in *Fallimento*, 2011;
- NOCERA I. L., *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2014, 3-4;
- NOCERA I. L., *Concordato con riserva: omessa produzione dell'ultimo bilancio e compatibilità con la continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2015, 8-9;
- NOCERA I. L., *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto delle crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2012, I;
- NONNO G. M., *La procedura di liquidazione giudiziale nella riforma Rordorf*, in *Pluris*, 16.02.2016;
- NONNO G. M., *Offerte e proposte concorrenti alla luce della l. n. 132/2015, di conversione del D.L. Giustizia*, in *Pluris*, 14.09.2015;
- ONZA M., *Liquidation e Reorganization*, in DE SENSI V., *La ristrutturazione della impresa in crisi. Una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, Roma, 2006;
- PACCHI G., *Il concordato preventivo*, in BERTACCHINI – GUALANDI – PACCHI S. – PACCHI G. – SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007;
- PACCHI PESUCCI S., *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989;
- PADOA SCHIOPPA A., *La genesi del codice di commercio del 1882*, in *Saggi di Storia del diritto commerciale*, Milano, 1992;
- PAGANI E., *Tempi di adempimento ed affitto d'azienda nel concordato con continuità*, in *Giur. comm.*, 2015;
- PAGNI I., *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Fallimento*, 2014, 10;
- PAGNI I., *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: il richiamo della «causa concreta», come funzione economico-individuale del concordato*, in *Fallimento*, 2013;

- PAJARDI P. – PALUCHOWSKY A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008;
- PAJARDI P., *Il fallimento nel mondo: panorama dei sistemi esecutivi concorsuali nelle realtà nazionali*, 1988;
- PALMIERI G., *Operazioni straordinarie «corporative» e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Fallimento*, 9, 2009;
- PALUCHOWSKY A., *L'amministrazione straordinaria e l'amministrazione controllata*, in *Q. Giur. Comm.*, 1994;
- PANZANI L. – TARZIA G., *Gli effetti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti sugli atti pregiudizievoli*, in *Fallimento*, 2014, 10;
- PANZANI L., *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 14.9.2012;
- PANZANI L., *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Pluris*, settembre 2007;
- PANZANI L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2012;
- PANZANI L., *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015;
- PANZANI L., *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, reperibile al link: http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-raccomandazione-12-marzo-2014-della-commissione_10-10-2014.php;
- PANZANI L., *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove Prospettive?*, in www.ilfallimentarista.it, 15.05.2012;
- PANZANI L., *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006;
- PASQUARIELLO F., *Italian bankruptcy code moving – towards a reform era*, in *Dir. Fall.*, 2016, 2;
- PATTI A., *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009;
- PATTI A., *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Fallimento*, 2003;
- PATTI A., *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità (nota a Trib. Cuneo, 31.10.2013)*, in *Fallimento*, 2014;
- PATTI A., *Il giudizio integrativo sul miglior soddisfacimento dei creditori nei concordati in continuità: un profilo centrale dell'attestazione del professionista*, in *Fallimento*, 2013;
- PATTI A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fallimento*, 2013;

- PATTI A., *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fallimento*, 2006;
- PATTI A., *L'accelerazione delle soluzioni concordate: esperienze applicative*, in *Fallimento*, 2010, 9;
- PATTI A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallimento*, 2013;
- PECORELLA C. – GUALAZZINI U., *Fallimento (storia)*, XVI, Milano, 1967;
- PELLEGRINO P. L., *Le procedure concorsuali nel codice dei contratti pubblici ex d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in *Giur. merito*, 2008, 4;
- PENTA A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. Fall.*, 2012, I;
- PENTA A., *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Fallimento*, 2014, 1;
- PEROCHON F. – BOURBOULOUX H., *Le procédure de sauvegarde et ses variantes*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, 4, dossier 30;
- PETTIROSSI V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, 2015, II;
- PEZZANO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis Legge Fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Fall.*, 2006;
- PIERGIOVANNI V., *Banchieri e falliti nelle "Decisiones de mercatura" della Rota civile di Genova*, in *Diritto comune, diritto commerciale, diritto veneziano*, Colloquio tenuto al Centro tedesco di studi veneziani dal 20 al 21 ottobre 1984, a cura di NEHLSSEN VON STRYK – NORR, 1985;
- PIERGIOVANNI V., *Riflessioni della scienza commercialista sul fallimento tra Medioevo ed Età moderna*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso medioevo ed Età Moderna*, a cura di LEGNANI – ANNICHINI SARTI, Torino, 2011;
- PISCITELLO P., *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2007, I;
- PISEDDE A., *Crisi della società e strumenti di risanamento nell'evoluzione normativa*, reperibile al link: <http://www.lbs.luiss.it/catalogo/consulente-legale-impresa/pdf/Crisi-Societa-e-Strumenti-Risanamento.pdf> ;

- POLLIO M., *Dal decreto crescita le norme per evitare il fallimento*, in *Amministrazione e finanza*, 2013, 1;
- POZZI F., *La gestione della crisi d'impresa e i processi di riorganizzazione aziendale*, in AA. VV., *Procedure di soluzione della crisi di impresa e disciplina fiscale*, Milano, 2009;
- PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. AMBROSINI, *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008;
- PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI DI RISANAMENTO, a cura di AIDEA, IRDCEC, ANDAF, APRI, OCRI, documento approvato dal CNDCEC in data 03.09.2014 e pubblicato in data 11.09.2014;
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, terza edizione, Milano, 1955;
- QUATTROCCHIO L. – RANALLI R., *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, 03.08.2012;
- QUATTROCCHIO L. M., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in www.ildirittodegliaffari.it, 18.10.2015;
- QUEIROLO I., *Profili di diritto internazionale*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Torino, 2014;
- RACUGNO G., *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal d. l. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in *Dir. fall.*, 2011, I;
- RACUGNO G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009;
- RACUGNO G., *I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie*, in BUONOCORE V. – BASSI A., *Trattato di diritto fallimentare*, I, Padova, 2010;
- RAGO G., *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006;
- RANALLI R., *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, 23.07.2015;
- RENZULLI M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in CAIAFA A. – ROMEO S., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Padova, 2014;

- RESTUCCIA D., *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182-bis l. fall.*, in *Riv. notariato*, 2012;
- REZZARA J., *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza*, Torino – Roma, 1901;
- RICCI E. F., *La tutela dei creditori e l'imprenditore nell'amministrazione straordinaria: problemi di legittimità costituzionale*, in *Il fallimento*, 1984;
- RICCI E. F., *Lezioni sul fallimento*, 1992;
- RIESENFELD S. A., *Fallimento*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993, reperibile al link [http://www.treccani.it/enciclopedia/fallimento_res-b9d42234-87e5-11dc-8e9d-0016357eee51_\(Enciclopedia-Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/fallimento_res-b9d42234-87e5-11dc-8e9d-0016357eee51_(Enciclopedia-Italiana)/);
- ROBBINSON R. B. – PEARCE J. A., *Strategic Management. Planning for Domestic & Global Competition*, Chicago, 2005;
- ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962;
- ROCCO A., *Prefazione*, in A. ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902;
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Concordato preventivo*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, III, Torino, 1988;
- ROLFI F. – RANALLI R., *Il concordato in continuità*, Milano, 2015;
- ROMANO D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del D.L. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013;
- ROMANO M. – FAVINO C., *Il giudizio sulla continuità aziendale nella prospettiva delle soluzioni concordate alla crisi d'impresa*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 7-10, 2012;
- ROMEO C., *Piani di risanamento e responsabilità civile del professionista attestatore*, in *Responsabilità civile*, agosto – settembre 2012, 8-9;
- RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012;
- ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007;
- RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Le società*, 8-9, 2014;
- ROSSI A., *La conservazione dell'impresa in crisi nell'evoluzione delle procedure concorsuali*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali*

tra Basso medioevo ed Età Moderna a cura di LEGNANI ANNICHINI A. – SARTI N., 2011;

- ROSSI G., *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Rivista delle società*, 1996;
- ROSSI M., *Imprese in difficoltà. Risposte del diritto francese*, reperibile al link: <http://documentazionestoricacentrobanca.ubibanca.it/contenuti/file/Avv.Matteo%20Rossi.pdf>;
- ROUSSEL GALLE P., *Le mandat ad hoc et la conciliation: l'efficacité renforcée? Table ronde*, in *Les Petites Affiches*, 21.09.2006;
- ROVELLI L., *Quale competitività per le imprese dopo le «trasformazioni» della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006;
- RUBINO M. A., *La gestione dell'impresa nella fase preconcordataria fra rischi di bancarotta preferenziale e insolvenza fraudolenta*, in *Il concordato di risanamento*, materiali del corso di perfezionamento dell'Università di Firenze, 12.05.2010;
- RUSSO L. A., *La tutela creditoria nella differente regolamentazione dell'insolvenza delle imprese*, in *Fallimento*, 1993;
- SANDULLI M., *Il tempo è denaro (anche nelle procedure concorsuali)* in *Società, banche e crisi d'impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, III;
- SANDULLI M., *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 5, 2006;
- SANTANGELI F., *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa (Il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo). Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure ante crisi*, in *Dir. Fall.*, 2009, I;
- SANTARELLI U., *Il fallimento: delitto o sventura?*, in *La giurisdizione fallimentare. Modelli dottrinali e prassi locali tra Basso medioevo ed Età Moderna*, a cura di LEGNANI ANNICHINI A. – SARTI N., 2011;
- SANTARELLI U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964;
- SANTINI R., *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998;

- SASSANO F., *Il nuovo concordato preventivo nella riforma fallimentare*, Padova, 2006;
- SCHENDEL D. – PATTON G. – RIGGS I., *Corporate turnaround strategies*, in *Journal of General Management*, 1976, n. 3;
- SCHIANO DI PEPE G., nella *Presentazione a Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, Padova, 2008;
- SCHLESINGER P., *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fallimento*, 1997;
- SCIUMÈ A., *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico – comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, 2014;
- SCIUMÈ A., *Ricerche sul fallimento*, Milano, 1985;
- SCIUTO M., *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparativa)*, in *Giur. comm.*, 2007, I;
- SEVERINI F., *I problemi procedurali del concordato preventivo*, in AA. VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F. DI MARZIO, Torino, 2006;
- SICCA L., *La gestione dei processi di turnaround*, in *Finanza, Marketing e Produzione*, n. 3, 1996;
- SMITH D. – DOMINIC E., *Key readings in crisis management. Systems and structures for prevention and recovery*, Londra – New York, 2006;
- SOTTORIVA C., *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali*, Milano, 2012;
- STANGHELLINI L., *Finanziamenti – ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010;
- STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 10;
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007;
- STANGHELLINI L., *Un pacchetto per aiutare a rimanere sul mercato*, in *Il Sole 24Ore*, 16.06.2012, 17;
- STASI E., *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006;
- TABB, *History of the Bankruptcy Laws in the United States*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 5, 1995;

- TAROLLI R., *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I;
- TEDESCHI G. U., *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 543;
S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in BERTACCHINI – GUALANDI – PACCHI S. – PACCHI G. – SCARSELLI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007;
- TERRANOVA G., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, I;
- TERRANOVA G., *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Diritto Fall.*, 2013, I;
- TERRANOVA G., *Salvaguardia di valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, in *Società, Banche e Crisi di Impresa*, liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, III;
- TERRANOVA G., *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacità patrimoniale*, in AA. VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, 2007;
- TERSILLA S., *La prededucibilità è un reale incentivo al finanziamento delle imprese in concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2012, I;
- TRENTINI C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: questioni varie ed impar condicio creditorum*, in *Fallimento*, 2012;
- TRENTINI C., *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, in *Fallimento*, 2012;
- TRENTINI C., *I concordati preventivi*, Milano, 2014;
- TRENTINI C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016;
- TURELLI S., *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012;
- ULBERTAZZI T. M., *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contratto e Impr.*, 2015, 2;
- ULBERTAZZI T. M., *I contratti bancari nei risanamenti d'impresa: profili di responsabilità civile*, Napoli, 2015;
- UNIVERSITÀ DI FIRENZE – CNDCEC – ASSONIME, *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 1° ed., 2010;

- VALENSISE P., *La Legge fallimentare dopo la riforma*, in NIGRO A. – SANDULLI M. – SANTORO V., III, Torino, 2010;
- VAROTTI L., *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, 18.08.2015;
- VAROTTI L., Trib. Reggio Emilia, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, 25.10.2012;
- VELLA P., *Autorizzazioni, finanziamenti e predeuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013;
- VELLA P., *Postregazioni e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012;
- VERNA G., *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis, legge fallim.)*, in *Dir. Fall.*, 2007, I;
- VERNA G., *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.*, in *Dir. Fall.*, 2005;
- VIDARI E., *Corso di diritto commerciale*, IX, 1900 – 1908, n. 8080;
- VITALI, M. L. *Finanza «ponte», finanza «in esecuzione» e «interinale» (ossia il puzzle della disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi): appunti*, in *Contratto e impresa*, 2015, 1;
- VITIELLO M., *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, 21.01.2013;
- VITIELLO M., *Le nuove norme sul concordato in bianco: alcune conseguenze teorico – sistematiche della mini-riforma*, in www.ilfallimentarista.it, 21.06.2013;
- VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1911;
- WESSELS B. – DE WEIJS R., *Proposed recommendations for the reform of chapter 11 U.S. bankruptcy code*, reperibile al link: <http://bobwessels.nl/wp/wp-content/uploads/2015/04/Wessels-De-Weijs-ABI-PROPOSED-RECOMMENDATIONS-FOR-THE-REFORM-OF-CHAPTER-11.pdf>;
- WOODWARD JR. W. J., *Insolvency procedures in the U.S.A.*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, diretto da VASSALLI – LUISO – GABRIELLI, Torino, 2014;
- ZANICHELLI V., *I concordati stragiudiziali*, Torino, 2010;

- ZENATI S., *Il concordato con continuità aziendale: requisiti del piano e oggetto della relazione di attestazione*, in www.ilfallimentarista.it, 23.10.2013;
- ZORZI A., *I finanziamenti alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, I.

GIURISPRUDENZA

- Trib. Ferrara, 29.06.1980, in *Giur. Comm.*, 1981, II, p. 308, con nota di MENGHI I., *Il concordato stragiudiziale: variazioni minime ad una voce per una grande fuga sul tema*;
- Trib. Parma, 04.03.1981, in *Dir. Fall.*, 1982, II, p. 741;
- Trib. Roma, 05.03.1982, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, p. 255, nota di B. LIBONATI, *Insolvenza di gruppo e revocatoria ex legge n. 95 del 1979*;
- Trib. Roma, 01.04.1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 646, nota di M. SARALE, *Accertamento dello stato di insolvenza e solvibilità (presunta) del gruppo: il caso Caltagirone*;
- Trib. Torino, 07.04.1988, in *Giur. It.*, 1988, II, 2, p. 633;
- Trib. Verona, 18.11.1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1825;
- Trib. Como, 9.12.1994, in *Pluris*;
- Trib. Milano, 21.02.2005, in *Pluris*;
- Trib. Sulmona, 06.06.2005, in *Fallimento*, 2005;
- Trib. Monza, 16.10.2005, in *Pluris*;
- Trib. Pescara, 20.10.2005, in *Fallimento*, 2006, p. 62;
- Trib. Bari, 07.11.2005, in *Fallimento*, 2006, pp. 52 ss.;
- Trib. Bari, 21.11.2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 207, nota di JEANTET L., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*;
- Trib. Prato, 05.12.2005, in *Fallimento*, 2006, p. 943;
- Trib. Milano, 12.12.2005, in *Fallimento*, 2006, p. 575 ss.;
- Trib. Milano, 19.12.2005, in *Pluris*;
- Trib. Brescia, 22.02.2006, in *Fallimento*, 2006;
- Trib. Roma, 16.10.2006, in *Fallimento*, 2007, p. 187;
- Trib. Milano, 11.01.2007, in *Dir. Fall.*, 2008, II, p. 136;
- Trib. Milano, 23.01.2007, in *Fallimento*, 2007, p. 701 ss.;
- Trib. Milano, 09.02.2007, in *Fallimento*, 2007, p. 1218;
- Trib. Palermo, 18.05.2007, in *Pluris*;
- Trib. Udine, 22.06.2007, in *Fallimento*, 2008, p. 701;
- Trib. Brescia, 03.08.2007, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 171;

- Trib. Bari, 14.08.2008, in *Fallimento*, 2009, p. 467;
- Trib. Milano, 16.07.2008, in *Fallimento*, 2009, p. 75;
- Trib. Udine, 19.11.2008, in *Pluris*;
- Trib. Mantova, sez. IV, 31.03.2009, in *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 126;
- Trib. Roma, 16.4.2009, in *Pluris*;
- Trib. Treviso, 20.04.2009, in *Dir. Fall.*, 2010, II, p. 128;
- Trib. Milano, 18.07.2009, in *Dir. Fall.*, 2011, II, p. 158;
- Trib. Milano, 15.10.2009, in *Fallimento*, 2010;
- Trib. Milano, 10.11.2009, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, p. 731;
- Trib. Roma, sentenza, 10.03.2010, in *Pluris*;
- Trib. Roma, 25.03.2010, in *Pluris*;
- Trib. Milano, 25.03.2010, in www.ilcaso.it, 2010;
- Trib. Roma, 20.05.2010, in *Pluris*;
- Trib. Di Sulmona, decr. 02.11.2010, in www.ilcaso.it;
- Trib. Bergamo, 05.05.2011, in www.ilcaso.it, 2011;
- Trib. Ravenna, 13.11.2011, in www.ilcaso.it, 2011;
- Trib. Bologna, 17.11.2011, in *Fallimento*, 2012, 1;
- Trib. Reggio Calabria, 24.01.2012, in *Dir. Fall.*, 2012, II, p. 716;
- Trib. Roma, 03.01.2012, in *Pluris*;
- Trib. Roma, 13.03.2012, in www.ilcaso.it, 2012;
- Trib. Udine, 30.03.2012, in www.ilcaso.it;
- Trib. Novara, 16.04.2012, in www.ilcaso.it, 2012;
- Trib. Roma, 31.05.2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it;
- Trib. Roma, 25.07.2012, in *Fallimento*, 2013, p. 748;
- Trib. Palermo, 02.10.2012, in *Fallimento*, 2013, con nota di P. VELLA, p. 80;
- Trib. Perugia, 04.10.2012, in *Fallimento*, 2013, con nota di P. VELLA, p. 80;
- Trib. Terni, 12.10.2012, in *Pluris*;
- Trib. Treviso, 16.10.2012, in www.ilcaso.it, 2012;
- Trib. Modena, decreto, 22.10.2012, in www.ilcaso.it, 2012;
- Trib. Piacenza, 26.10.2012, in www.ilcaso.it, 19.11.2012;
- Trib. Vicenza, 12.11.2012, in www.ilcaso.it, 2012;
- Trib. Lecce, 17.11.2012, in www.ilfallimentarista.it, 2013;

- Trib. Bolzano, 25.11.2012, in www.ilfallimentarista.it, 2013;
- Trib. Monza, 16.01.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Arezzo, 24.01.2013, in *Pluris*;
- Trib. Terni, 29.01.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Milano, 15.02.2013, in *Fallimento*, 2013, p. 498;
- Trib. Bolzano, 27.02.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Milano, 02.03.2013, in *Giur. It.*, 2013, p. 2275;
- Trib. Firenze, 19.03.2013, in *Pluris*;
- Trib. Terni, 02.04.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Roma, 06.05.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Milano, 30.05.2013, in *Pluris*;
- Trib. Padova, 30.05.2013, in *Fallimento*, 2014, nota di D'ORAZIO;
- Trib. Monza, 11.06.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Chieti, 15.10.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Cuneo, 29.10.2013, in www.ilfallimentarista.it, 2013;
- Trib. Rovigo, 05.11.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- Trib. Patti, decreto, 12.11.2013, in *Fallimento*, 2014, 1;
- Trib. Padova, 04.12.2013, in *Pluris*;
- Trib. Reggio Calabria, 24.01.2014, in *Dir. Fall.*, 2012, II, p. 716;
- Trib. Roma, 29.01.2014, in www.ilfallimentarista.it;
- Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15.05.2014, in *Fallimento*, 2014, 8-9, p. 951;
- Trib. Palermo, decr., 04.06.2014, in *Fallimento*, 2014, 8-9, p. 951;
- Trib. Trento, 19.06.2014, in *Pluris*;
- Trib. Asti, 25.06.2014, in www.ilfallimentarista.it, 2014;
- Trib. Mantova, 11.07.2014, in www.ilcaso.it, 2014;
- Trib. Monza, 18.07.2014, in *Fallimento*, 2014, 12, p. 1348;
- Trib. Cassino, ordinanza, 31.07.2014, in *Pluris*;
- Trib. Ravenna, 19.08.2014, in www.ilfallimentarista.it, nota di CAMPIONE;
- Trib. Monza, 23.09.2014, in www.ilcaso.it, 2014;
- Trib. Nola, 23.09.2014, in *Pluris*;
- Trib. Busto Arsizio, 01.10.2014, in www.ilcaso.it, 2014;
- Trib. Mantova, 09.10.2014, in www.ilcaso.it, 2014;

- Trib. Rovereto, 13.10.2014, in www.ilcaso.it, 2014;
- Trib. Reggio Emilia, 21.10.2014, in www.ilfallimentarista.it;
- Trib. Ravenna, 22.10.2014, nota di F. BENASSI;
- Trib. Avezzano, 22.10.2014, in *Pluris*;
- Trib. Treviso, 29.10.2014, in *Pluris*;
- Trib. Milano, 04.11.2014, in *Pluris*;
- Trib. Padova, 11.12.2014, in *Pluris*;
- Trib. Modena, 19.11.2014, in *Pluris*;
- Trib. Modena, 16.12.2014, in www.ilcaso.it, 2015;
- Trib. Verona, 16.02.2015, in *Pluris*;
- Trib. Roma, Sez. fall., decreto, 24.03.2015, in *Fallimento*, 2016, 1, p. 79 nota di G. P. MACAGNO;
- Trib. Reggio Emilia, Sez. I, 13.04.2015, in www.ilcaso.it;
- Trib. Ravenna, Sez. fall., 28.04.2015, in *Fallimento*, 2015, 7, p. 858;
- Trib. Rimini, decreto, 10.09.2015, in *Fallimento*, 2016, 1, p. 118;
- Trib. Mantova, 10.09.2015, in *Fallimento*, 2015, 12, p. 1351;
- Trib. Torino, Sez. Fall., decreto, 12.10.2015, in *Trust*, 2016;
- Trib. Milano, sez II, 03.12.2015, in *De Jure.it*, 2016;
- Trib. Teramo, 05.01.2016, in *Pluris*;
- Trib. Alessandria, 18.01.2016, in www.ilcaso.it;
- Trib. Udine, 05.05.2016, in www.ilcaso.it, nota di F. BENASSI;
- App. Bologna, 1.6.2009, in *Pluris*;
- App. Torino, 19.06.2007, in *Fallimento*, 2007, p. 1315;
- App. Ancona, 23.07.2012, in www.ilcaso.it, 2012;
- App. Milano, 08.02.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- App. Milano, 21.02.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- App. Torino, 21.05.2013, in www.ilcaso.it, 2013;
- App. Milano, 08.08.2013, con nota di INZITARI B.– RUGGIERO V., *Scioglimento e sospensione del contratto in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'art. 169-bis legge fallim.: il contraddittorio deve essere esteso alla controparte contrattuale in bonis?*, in *Dir. Fall.*, 2014, II, pp. 11 ss.;
- App. Catania, 11.11.2013, in *Dir. Fall.*, 2014, II, p. 313;

- App. L'Aquila, 08.10.2014, in *Fallimento*, 2015, 1, p. 111;
- App. Milano, Sez. I, decreto, 04.02.2015 con nota di PALLADINO M., *Concordato preventivo – i contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo: il perimetro operativo della disciplina e l'elaborazione di un modello procedimentale unitario*, in *Giur. it.*, 2015, 5, pp. 1147 ss.;
- App. Firenze, 20.05.2015, in www.ilcaso.it, 2015, commento di P. CASTAGNOLI;
- App. Torino, Sez. fer., 03.08.2015, in www.ilfallimentarista.it, 2015;
- App. Firenze, 07.04.2016, in www.ilcaso.it, nota di F. BENASSI;
- Cass. Civ., 9.7.1968, n. 2354, in *Dir. Fall.*, 1968, II, p. 948;
- Cass. Civ., 16.03.1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 951;
- Cass. Civ., 17.1.1985, n. 64, in *Fallimento*, 1985, p. 638;
- Cass. Civ., 08.02.1989, n. 795, in *Fallimento*, 1989, p. 609;
- Cass. Civ., 28.11.1990, n. 11145, in *Fallimento*, 1991, p. 562;
- Cass. Civ., 26.02.1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 713;
- Cass. Civ., 12.7.1991, n. 7790, in *Fallimento*, 1991, p. 1248;
- Cass. Civ., 23.8.1991, n. 9046, in *Pluris*;
- Cass. Civ., 28.10.1992, n. 11722, in *Fallimento*, 1993, p. 352;
- Cass. Civ., 04.02.2009, n. 2706, in *Fallimento*, 2009, pp. 789 ss., con nota di L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*;
- Cass. Civ., 25.10.2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, p. 167;
- Cass. Civ., 12.02.2011, n. 18864, in *Fallimento*, 2012, p. 39;
- Cass. Civ., 23.06.2011, n. 13817, in *Fallimento*, 2011, pp. 933 ss.;
- Cass. Civ., 16.11.2011, n. 18987, in *Fallimento*, 2012, pp. 739 ss.;
- Cass. Civ., 12.12.2012, n. 22828, in *Dir. e giust.*, 2012;
- Cass. Civ., 09.05.2014, n. 10112, in www.ilfallimentarista.it, nota di F. LAMANNA;
- Cass. Civ., 26.09.2014, in www.ilcaso.it, 2014;
- Cass. Civ., Sez. I, 13.10.2015, n. 20559 (rv 637340), in *Giur. It.*, 2016, 2, p. 395, nota di A. DI MAJO;
- Cass. SS.UU., 11.02.2003, n. 1997 in *Pluris*;
- Cass. Civ., SS. UU., 28.03.2006, n. 7029, in *Pluris*;
- Cass. Civ., SS. UU., 28.03.2006, n. 7030, in *Pluris*;

- Cass. Civ., SS. UU., 28.03.2006, n. 7031, in *Pluris*;
- Cass. SS.UU., 23.01.2013, n. 1521;
- Tar. Friuli – Venezia Giulia, 24.11.2011, n. 543, in *Foro amm. – Tar.*, 2011, 11, p. 3452;
- Tar. Friuli – Venezia Giulia, 07.03.2013, in *Pluris*;
- Tar. Valle d’Aosta, 18.04.2013, in *Pluris*;
- Tar Lazio Roma, Sez. III-ter, 04.06.2014, n. 5901, in *Dir. Fall.*, 2014, 6, p. 687, con nota di CAIAFA;
- Tar Lazio Roma, Sez. II-ter, 11.05.2015, n. 6781, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2015;
- Cons. Stato, Sez. V, 27.12.2013, n. 6272, in *Pluris*;
- Cons. Stato, Sez. III, 14.01.2014, n. 101, *Pluris*;
- Cons. Stato, Sez. IV, 03.07.2014, n. 3344, in *Pluris*;
- Cons. Stato, Sez. V., ordinanza, 04.06.2015, n. 2737, in *Pluris*;
- Cons. Stato, Sez. VI, 03.02.2016, n. 426, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2016
- Corte Cost., 9.3.1991, n. 218, in *Fallimento*, 1991, p. 1117;
- Corte Cost., 30.11.2007, n. 411, in *Fallimento*, 2008, pp. 152 ss.;
- Corte Cost., 22.07.2010, n. 270, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico – pratico*, Padova, 2014, p. 2701.