

I CONCORDATI PREVENTIVI DI RISANAMENTO

SIDO BONFATTI

1. Premessa. L'attuale disciplina del Concordato Preventivo oltre la somma della disciplina dell'Amministrazione Controllata e del Concordato Preventivo previgenti

Com'è a tutti noto, l'attuale disciplina del concordato preventivo rappresenta (il tentativo di) una sintesi tra la disciplina previgente dell'Amministrazione Controllata (oggi abrogata) e la disciplina previgente del Concordato Preventivo (oggi significativamente modificata).

Posta come presupposto oggettivo della nuova procedura di Concordato Preventivo la ricorrenza di uno “stato di crisi” (come ogni disposto dell'art 160 l. fall.) è opinione comune che la situazione di “*temporanea difficoltà di adempiere*” che un tempo condizionava l'ammissione dell'impresa all'Amministrazione Controllata (cfr. art 187 l.fall. previgente), rientra pacificamente nell'ambito di applicazione della nozione di “stato di crisi” (quali che siano i confini che ne delineano esattamente il perimetro), e dunque legittimi l'aspirazione dell'impresa temporaneamente in difficoltà ad accedere al nuovo Concordato Preventivo.

Se mai è stata l'impresa versante nella situazione corrispondente all'originario presupposto della Procedura di *Concordato Preventivo* previgente (lo “stato di insolvenza”: art 160 l.fall. previgente) a vedere messa in dubbio l'inerenza di tale condizione alla nozione di “stato di crisi”, e con essa la legittimazione ad essere ammessa alla Procedura (nominalmente immutata) di Concordato Preventivo *riformata* (essendosi registrate pronunce giudiziali secondo le quali lo “stato di insolvenza” rappresenterebbe un presupposto economico-finanziario-patrimoniale *diverso* dallo “stato di crisi”, e come tale privo dell'attitudine a giustificare l'ammissione dell'impresa insolvente al Concordato Preventivo riformato): ma al di là della forte opinabilità della conclusione interpretativa (a convenire con la quale, una riforma volta a favorire il rilancio delle imprese avrebbe finito con il conseguire il risultato ancora più integralista del passato che l'impresa

insolvente avrebbe potuto soltanto fallire, neppure potendo aspirare all'alternativa dell'ammissione al Concordato Preventivo), è stata la legge (di interpretazione autentica: art. 36 d.l. n. 273/2005) a stabilire definitivamente che “*ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*” (art. 160, u. co., l.fall. riformato).

*

Posto dunque che la sintesi delle discipline previgenti dell'Amministrazione Controllata e del Concordato Preventivo hanno originato una nuova procedura concorsuale (denominata ancora improvvidamente, come si dirà “Concordato preventivo”, ma profondamente diversa da quella che portava lo stesso nome sotto la legge fallimentare previgente), alla quale possono essere ammesse *tanto* le imprese versanti in una condizione di “temporanea difficoltà di adempiere” (e dunque originariamente legittimate all'ammissione all'Amministrazione Controllata), *quanto* le imprese versanti in “stato di insolvenza” (e dunque originariamente legittimate all'ammissione al “vecchio” Concordato Preventivo), il dubbio è piuttosto rappresentato dalla domanda se tali presupposti esauriscano l'ambito di applicazione della nozione di “stato di crisi” (così da concepirla come sinonimo della espressione “temporanea difficoltà di adempiere o stato di insolvenza”); oppure se essa ricomprenda anche *altre* situazioni definibili “di crisi”, ma distinte dalle due già individuate.

La risposta al quesito è particolarmente incerta per le ipotesi corrispondenti alle situazioni che potremmo definire di “pericolo di insolvenza”: situazioni, cioè, nelle quali l'insolvenza non è *attuale* quindi non è neppure certo che si produca-, ma è “annunciata” o “prospettica”, presentandosi già i sintomi di una *prevedibile* ma futura, e quindi non certa situazione di (temporanea difficoltà di adempiere dapprima, e successivamente di vera e propria) insolvenza.

2. I Concordati Preventivi “di risanamento”. L'affermazione nella prassi delle procedure di Concordato di Risanamento “*diretto*” e di Concordato di Risanamento “*indiretto*”

La disciplina riformata del Concordato Preventivo consente all'imprenditore “in stato di crisi” di perseguire l'obiettivo della ristrutturazione

dell'indebitamento e del soddisfacimento dei creditori con il ricorso, in pratica, a qualsiasi operazione che egli ritenga funzionale allo scopo. La nuova disciplina consente, e la prassi ha già registrati, domande di Concordato Preventivo che spaziano tra gli estremi della fattispecie del Concordato Preventivo *puramente dilatorio* nella quale l'imprenditore si propone esclusivamente di pagare i creditori a scadenze maggiormente differite, ma in misura integrale -; o del Concordato Preventivo *banalmente liquidatorio* che prevede la cessione del patrimonio dell'impresa ai creditori, perché la liquidino e si soddisfino nella misura consentita dal ricavato -; alla fattispecie del Concordato Preventivo "partecipativo", nel quale l'imprenditore propone ai creditori forme articolate e sofisticate di conversione dei crediti in capitale di rischio ("ordinario" o "privilegiato"; con diritto di voto incondizionato o limitato; eccetera), attuandone un coinvolgimento organico nella gestione del tentativo di superamento della situazione di "crisi".

Tuttavia l'esperienza dei primi anni di applicazione della riforma della legge fallimentare ha evidenziato che i tentativi di risanamento delle situazioni di crisi dell'impresa attraverso il ricorso all'istituto del Concordato Preventivo (quindi tralasciando le ipotesi, pure ancora particolarmente numerose, di Concordati Preventivi con obiettivi liquidatori) ruotano intorno a due figure principali, rappresentate l'una dalla fattispecie del Concordato Preventivo incentrato sulla continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa, con il cui risultato pervenire al soddisfacimento dei creditori pregressi ("a saldo e stralcio", come si usa dire) nei tempi e nella misura concordati; e l'altra dalla fattispecie del Concordato Preventivo incentrato sull'affitto e successiva cessione dell'azienda ad una distinta impresa, e destinazione al soddisfacimento dei creditori dell'impresa in Concordato Preventivo dei canoni di locazione e del prezzo di cessione dell'azienda (oltre che della liquidazione del magazzino, della riscossione dei crediti, eccetera).

In entrambe le situazioni l'obiettivo perseguito è quello del risanamento *dell'impresa*, individuato anche come il mezzo più efficace per il migliore soddisfacimento dei creditori pregressi (oltre che come soluzione idonea a tutelare i livelli occupazionali e salvaguardare l'integrità degli impianti produttivi): ma nel primo caso esso consegue ad un risanamento *dello stesso imprenditore* - risanamento (dell'impresa) c.d. "*diretto*"-, mentre nel secondo caso l'imprenditore cessa l'attività (di norma, infatti, l'impresa in Concordato Preventivo che affitta e poi cede l'azienda viene posta in liquidazione volontaria), ed il risanamento dell'impresa è perseguito attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale ad opera di un imprenditore distinto - risanamento c.d. "*indiretto*"-, a prescindere dalla circostanza che

tale nuovo ente registri la partecipazione di (o sia addirittura esclusivamente costituita da) soggetti già coinvolti, a titolo di imprenditore individuale o socio di impresa collettiva, nella gestione dell'impresa ammessa al Concordato Preventivo.

La scelta tra le due possibili soluzioni che, come detto, non sono tecnicamente le uniche possibili, ma sono quelle che hanno fatto registrare, in concreto, il più ampio successo - dipende da numerose variabili.

L'esperienza ha dimostrato che esse non sono sempre state adeguatamente presenti all'imprenditore (ed ai professionisti che lo hanno assistito), nel momento dell'impostazione del Concordato Preventivo "di risanamento" secondo il modello del risanamento "diretto" o del risanamento "indiretto" (che, come ho detto, non postula necessariamente l'abdicazione dell'imprenditore all'esercizio della sua impresa, nulla impedendo che la distinta impresa alla quale affittare e poi cedere l'azienda sia rappresentata da una società la così detta "NewCo" costituita dallo stesso imprenditore che accede al Concordato Preventivo con l'impresa così detta "Old").

Ad una considerazione dei diversi profili di vantaggiosità o svantaggiosità presentati dalle due soluzioni prospettate sono dedicate le pagine che seguono.

3. I pregi del Concordato Preventivo di risanamento "diretto".

A) Gli effetti positivi del mantenimento dell'identità soggettiva dell'imprenditore con riguardo a particolari categorie di fornitori ed alla conservazione delle autorizzazioni amministrative

Il mantenimento dell'identità soggettiva dell'imprenditore, rispetto alla soluzione del Concordato di risanamento "indiretto" che postula il mutamento del soggetto (affittuario prima e cessionario poi) chiamato ad esercitare l'attività dell'impresa (già) in stato di crisi, può rappresentare un profilo di vantaggiosità nelle situazioni nelle quali l'impresa sia caratterizzata dalla presenza di rapporti commerciali con fornitori dotati di una struttura organizzativa complessa, per i quali il trasferimento delle relazioni commerciali su un nuovo cliente fenomeno che di norma si caratterizza nella necessità dell'avvio di un procedimento amministrativo *ex novo*, finalizzato all'attribuzione del c.d. "codice cliente"-, può compromettere, per lo meno nel breve periodo, la continuità del rapporto commerciale.

Analogo fenomeno si produce per le imprese che esercitano un'attività comportante l'acquisizione di particolari autorizzazioni amministrative, dal momento che l'affitto (e poi la cessione) dell'azienda ad un soggetto “terzo” postula che anche tale soggetto abbia acquisito le medesime autorizzazioni: il che può mancare nelle situazioni di affitto dell'azienda ad una società neo costituita (la “NewCo”), che in quanto tale può non avere compiuto il procedimento amministrativo necessario per l'ottenimento delle necessarie autorizzazioni all'esercizio dell'attività.

L'importanza di tale fenomeno è ben rappresentata dalla considerazione della disposizione *ad hoc* inserita nella disciplina dell'Amministrazione Straordinaria c.d. “Alitalia” (art. 4 sexies d.-l. n. 347/2003, introdotto dall'art. 10 d.-l. n. 134/2008 come modificato dalla legge di conversione n. 166/2008), con la quale si dispone il mantenimento delle autorizzazioni, certificazioni, licenze, concessioni, eccetera, concernenti l'esercizio e la conduzione delle attività svolte da una impresa operante nel settore dei servizi pubblici essenziali, ed assoggettata ad Amministrazione Straordinaria, per un periodo di sei mesi, *e se ne prevede il trasferimento in capo al cessionario*, nelle ipotesi di cessione d'azienda o di rami d'azienda.

4. B) Il collocamento “in prededuzione” della “nuova finanza” erogata in funzione dell'ammissione dell'impresa al Concordato Preventivo (“di risanamento”).

Posto che la situazione di “crisi” che giustifica la domanda di ammissione al Concordato Preventivo è caratterizzata, di norma, *per lo meno* da una condizione di tensione finanziaria, una delle principali esigenze dell'impresa che si accinge ad accedere al Concordato (“di risanamento”) è rappresentata dall'ottenimento di immediate risorse finanziarie (“nuova finanza”), che le consentano non solo di fronteggiare il (prevedibile) momento di tensione finanziaria, ma anche di sostenere il (sicuro) incremento di costi per l'assistenza professionale necessaria alla predisposizione del “Piano” di ristrutturazione; alla sua “attestazione” da parte dell'esperto di cui all'art. 161, co. 3, 1. fall.; alla presentazione del ricorso per l'ammissione alla Procedura; alla costituzione del deposito giudiziale *ex art.* 163, co. 2, 1. fall.; al successivo giudizio di omologa.

Questa “nuova finanza” potrebbe anche rivestire natura commerciale (in particolare, essere costituita da anticipi da clienti, eventualmente

conseguenti alla concessione di uno sconto sui prezzi correnti di vendita): ma nella prassi è normalmente ricavata attraverso il ricorso al credito bancario, sia in funzione del sostegno finanziario della gestione dell'impresa nel corso del periodo che precede l'ammissione al Concordato; sia in funzione del soddisfacimento di specifiche esigenze finanziarie connesse all'instauranda procedura, come accade nelle ipotesi di richiesta di finanziamenti bancari specificatamente destinati all'adempimento delle obbligazioni assunte verso i professionisti dell'impresa che curano la presentazione della domanda di Concordato, oppure alla costituzione del deposito giudiziale in predicato di essere disposto dal Tribunale fallimentare.

In queste situazioni la prospettiva della presentazione di una domanda di ammissione ad una procedura di Concordato Preventivo “per risanamento” c.d. “*diretto*” dovrebbe favorire l'attribuzione alle linee di credito bancarie costituenti la “Nuova Finanza” della collocazione *in prededuzione*, nell'eventuale fallimento dichiarato in danno dell'impresa.

In giurisprudenza v'è stata in un primo momento incertezza nel riconoscere il carattere prededucibile a crediti (bancari) sorti **precedentemente** all'ammissione al Concordato Preventivo, sulla base della considerazione che prima dell'apertura della Procedura non sussisterebbe alcun controllo degli Organi (inesistenti) della stessa sulle modalità e sulle finalità della assunzione delle obbligazioni della specie.

In un secondo momento la giurisprudenza ha valorizzato il principio introdotto dall'art. 111, co. 2, 1. fall. riformato (secondo il quale “*sono considerati crediti prededucibili quelli sorti.. in funzione delle procedure concorsuali..*”), per giungere alla conclusione che le deliberazioni assunte *anche prima* dell'apertura della procedura di Concordato, ma “*in funzione*” della stessa, acquistano carattere prededucibile all'interno del Concordato poi eventualmente ammesso (nonché, v'è da ritenere, nell'eventuale fallimento consecutivo): *ciò tuttavia alla condizione che un Concordato venga effettivamente aperto*, giacché ove nessun Concordato venisse poi (chiesto e/o) ammesso, mancherebbe la “procedura concorsuale” nel cui contesto riconoscere la collocazione in prededuzione della “nuova finanza”.

Tali conclusioni meritano alcune precisazioni.

In via preliminare deve essere condivisa e ribadita la conclusione secondo la quale l'assunzione di obbligazioni *anche in epoca anteriore all'apertura della Procedura* ne comporta la collocazione in prededuzione (per lo meno, nel Concordato poi effettivamente disposto), laddove l'indebitamento in questione (*finanziario o commerciale che sia*) si ponga in

un rapporto di *funzionalità* con la (predisposizione, attestazione, presentazione, ammissione della) procedura concorsuale (di Concordato).

In secondo luogo occorre precisare che l'avvertenza, secondo la quale in mancanza di una effettiva apertura del Concordato mancherebbe la sede nella quale fare valere l'astratto connotato prededucibile delle obbligazioni pur assunte in funzione della stessa, è condivisibile solo per l'ipotesi nella quale alla mancata presentazione, o alla mancata ammissione, della domanda di Concordato segua la prosecuzione dell'attività dell'impresa (o anche la deliberazione della liquidazione volontaria), per la semplice ragione della mancanza di un "concorso" legittimante il soddisfacimento dei creditori sulla base della natura della pretesa anziché della anteriorità della sua scadenza. Laddove invece all'insuccesso del tentativo di accesso al Concordato seguisse la dichiarazione di fallimento (sia pure non in modo automatico, ma per esempio a seguito della istruttoria condotta dal Tribunale fallimentare ai sensi dell'art. 162 l.fall.), *come conseguenza di quella stessa situazione di "crisi" adottata dall'imprenditore come presupposto della domanda (naufragata) di accesso al Concordato*, non vi sarebbe ragione di escludere il carattere prededucibile (nel fallimento consecutivo) delle obbligazioni assunte in funzione del Concordato evoluto in fallimento.

5. Segue. Il collocamento in prededuazione del "credito professionale" concesso in funzione di accesso al Concordato.

Tra le obbligazioni che l'imprenditore può assumere "in funzione" del Concordato Preventivo vi sono anche quelle connesse al conferimento di incarichi professionali per l'accesso alla procedura: e si sarebbe portati a dire *soprattutto* le obbligazioni nei confronti di professionisti, se si considera che i precedenti giudiziali in materia, appena sopra ricordati, si sono formati proprio in relazione al trattamento (nel Concordato Preventivo o più spesso nel fallimento "consecutivo") dei crediti dei professionisti che avevano assistito l'imprenditore nel tentativo di accesso al Concordato.

Relativamente a tale fattispecie, il rapporto di "funzionalità" delle obbligazioni assunte per la predisposizione, attestazione, presentazione di una domanda di Concordato Preventivo con la "procedura concorsuale" intervenuta successivamente (fosse pure anche il fallimento, in conseguenza dell'esito negativo del tentativo concordatizio), sarebbe difficilmente contestabile, per l'evidenza oggettiva della relazione tra le attività professionali poste in essere e la procedura concorsuale successiva (fosse

pure prodotta dall'insuccesso, anzichè dal successo, del tentativo di composizione concordata della crisi).

A tale considerazione può essere affiancata quella che è originata dalla valutazione del disposto dell'art. 67, co. 3, lett. g) l.fall. riformato. Secondo tale norma, sono sottratti alla revocatoria fallimentare evidentemente, in caso di insuccesso del Concordato e successiva dichiarazione di fallimento “*i pagamenti dei debiti ... eseguiti ... per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure ... di concordato preventivo*”. La collocazione “in prededuzione” del credito professionale per la effettuazione di una prestazione strumentale all'accesso al Concordato Preventivo, non pagata dall'imprenditore, costituisce pertanto il logico e corretto *péndant* della sottrazione a revocatoria fallimentare della prestazione professionale funzionale all'ammissione alla Procedura e addirittura già *pagata* prima dell'accesso alla stessa.

Né tale conclusione potrebbe essere messa in discussione dalla considerazione che il disposto del nuovo art. 182-*quater* l.fall. sembra limitare la collocabilità in prededuzione delle obbligazioni sorte *prima* dell'apertura del Concordato alla sola ipotesi della assunzione di *finanziamenti bancari*. Tale disposizione, infatti, come si dirà *infra*, n. 6 -, ha solamente la funzione di *escludere qualsiasi giudizio valutativo* sulla effettiva “funzionalità” dei finanziamenti bancari concessi all'impresa precedentemente al Concordato, laddove ciò risulti previsto nella domanda di ammissione e sia *disposto* dal provvedimento giudiziale di apertura della Procedura. Per le altre obbligazioni preconcordatizie, diverse da quelle originate da “finanziamenti bancari” (la cui prededucibilità risulti “disposta” dal Tribunale), la prededuzione non è ovviamente *esclusa a priori*, in conseguenza della estraneità all'ambito di applicazione di cui all'art. 182-*quater* l.fall.: ma è *subordinata al giudizio valutativo* di effettiva “funzionalità” all'ammissione alla Procedura, previsto dal (pur sempre applicabile) art. 111, co. 2, l.fall.

6. Segue. Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa in funzione dell'ammissione al Concordato Preventivo.

Come ho detto, l'ipotesi più ricorrente nella prassi è che il sostegno finanziario necessario a traghettare l'impresa “in crisi” dall'avvio delle attività propedeutiche all'accesso al Concordato alla formale ammissione

giudiziale allo stesso, è normalmente richiesto alle banche, sotto forma di “nuova finanza” o anche sotto forma di mantenimento dell’operatività delle linee di credito già in essere.

Che le obbligazioni dell’imprenditore connesse all’utilizzo delle linee di credito bancarie (“nuove” o meno che fossero) nell’intervallo di tempo descritto, potessero qualificarsi “*sorte ... in funzione*” del Concordato e quindi collocate in prededuzione ai sensi e per gli effetti dell’art. 111, co. 2, l.fall. - pareva difficilmente contestabile, anche prima delle innovazioni apportate dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010, con riguardo all’ipotesi del Concordato Preventivo “di risanamento” (o “diretto”): giacchè non si vede come si possa risanare una impresa, senza concederle l’accesso al credito bancario.

Una conferma normativa di tale conclusione non era pertanto indispensabile: ma la prassi deve ugualmente avere registrato delle incertezze in proposito, se il legislatore ha sentito l’esigenza di ribadire il principio.

L’art. 48 d.l. n. 78/2010 ha introdotto nella legge fallimentare l’art. 182-*quater*, il quale disponeva tra l’altro che fossero qualificati “prededucibili” i crediti “*derivanti da finanziamenti effettuati [da banche o da intermediari finanziari] in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ...*”: ma introduceva altresì la duplice condizione che i finanziamenti in questione fossero “*previsti dal piano di cui all’articolo 160*” e che “*il concordato preventivo (fosse) omologato*”.

A proposito di ciò, mentre è ragionevole la richiesta che i finanziamenti bancari “effettuati” in funzione dell’accesso al Concordato siano “previsti” dal Piano di ristrutturazione dell’indebitamento dell’impresa a prescindere da : (i) l’ambiguità dei termini “*finanziamenti*”; “*effettuati*” utilizzati; e (ii) la domanda di come *non* potrebbero essere “previsti” i (debiti per) finanziamenti bancari, all’interno di un Piano di ristrutturazione dei debiti (per l’appunto) -; è al contrario irragionevole la condizione della successiva omologazione del Concordato, che potrebbe dipendere da cause le più varie e le più imprevedibili.

E’ pertanto da salutare con favore la modificazione apportata alla norma in commento dalla legge di conversione n. 122/2010, in forza della quale accanto alla prima condizione (confermata) ne è stata posta ancora una seconda, legata peraltro *non già* alla omologazione del Concordato, *bensì* alla esplicita “disposizione” della prededucibilità dei crediti *de quibus* nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione al Concordato.

Ciò precisato, sorge spontanea la domanda di quale sia la funzione assoluta dalla ricordata innovazione normativa, calata in un contesto nel quale come ho detto -, per effetto del disposto dell'art. 111, co. 2, l.fall., *tutte* le obbligazioni (e *non solo* quelle originate da rapporti bancari) sorte “*in funzione*” del Concordato, devono trovare collocazione in prededuzione (nella stessa Procedura e nell'eventuale fallimento consecutivo), *senza condizioni* (che non siano rappresentate dal precisato rapporto di *funzionalità* rispetto alla successiva Procedura).

E' da ritenere che la *ratio* della norma debba essere esclusivamente individuata nell'obiettivo di prevenire qualsiasi possibile dubbio interpretativo concernente l'effettiva appartenenza dei “*finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura*” all'ambito di applicazione della ricordata disposizione di cui all'art. 111, co. 2, l.fall.: ciò per la intuibile gravità delle incertezze che si erano originate in materia, essendo inconcepibile come ho detto qualsiasi tentativo di risanamento dell'impresa in crisi che non sia assistito dal sostegno finanziario bancario.

Nel contempo, la precisazione *rectius*, la conferma circa il carattere prededucibile della “nuova finanza” funzionale all'ammissione al Concordato porta con sé l'introduzione di un inedito *vincolo*, rappresentato dalla “consacrazione” di tale effetto all'interno del provvedimento giudiziale di ammissione alla Procedura, che ritarderà inevitabilmente l'accesso al credito bancario dell'impresa “in crisi”, sino al momento della pubblicazione del decreto di ammissione *ex art. 163 l.fall.*

7. Segue. Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa nel corso della procedura di Concordato Preventivo.

La conclusione alla quale si è pervenuti nel paragrafo precedente secondo la quale la concessione di “nuova finanza” bancaria all'impresa “in crisi” finirà oggi, inevitabilmente, per essere *ritardata* dalla attesa della verificabilità della “concessione” della prededuzione nel contesto del decreto di ammissione alla Procedura, *nonostante* in tesi l'obiettivo “funzionalità” della nuova finanza all'accesso al Concordato, contribuisce a sottolineare l'importanza di quell'altro fattore di successo del Concordato di risanamento “diretto” rappresentato dall'attribuzione del carattere prededucibile alle obbligazioni sorte in conseguenza dell'utilizzo della “nuova finanza”

bancaria concessa *nel corso della Procedura di concordato* - ovverosia, dalla *ammissione alla omologa* -.

Secondo quanto previsto dall'art. 181 l.fall., l'omologazione del Concordato dovrebbe intervenire entro il termine di sei mesi (prorogabile a otto mesi) dalla presentazione del ricorso: ma a tale proposito va osservato che (i) secondo diversi interpreti, tali termini sono semplicemente *ordinatori*; e (ii) *in ogni caso*, nessuna impresa “in crisi” potrebbe fare a meno del sostegno finanziario bancario per sei o otto mesi.

La concessione di “nuova finanza” (anche nella forma della conferma dell'operatività delle linee di credito preesistenti) *durante* il Concordato Preventivo è pertanto indispensabile: e deve concludersi che la collocabilità in prededuzione delle obbligazioni relative rappresenta un ulteriore profilo positivo del Concordato Preventivo di risanamento c.d. “diretto”.

Come ho ricordato, l'art. 111, co. 2, l.fall. attribuisce carattere prededucibile alle obbligazioni “*sorte in occasione o in funzione*” del Concordato: e l'accesso al credito bancario dell'impresa ammessa ad un Concordato Preventivo “di risanamento” (diretto) non si presenta meno “funzionale” allo sviluppo della Procedura di quanto non lo sia quello posto in essere “in occasione” della stessa.

In tale contesto occorre affrontare il problema del necessario coordinamento del disposto del ricordato art. 111, co. 2, l.fall. con il principio oggi affermato dall'art. 182 *quater*, co. 1, l.fall. (introdotto dal d.l. n. 78/2010, come convertito dalla l. n. 122/2010), secondo il quale “*i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari ... in esecuzione di un Concordato preventivo ... sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111*”. In particolare, è necessario stabilire se la nuova norma si applichi anche ai finanziamenti bancari “effettuati” nel corso della Procedura di Concordato (i.e. dalla ammissione all'omologa), oppure solo ai finanziamenti bancari concessi *successivamente*, ai fini di dare “esecuzione” per l'appunto al concordato.

A mio avviso la seconda soluzione è quella che si fa preferire, posto che sino al momento dell'omologa, e tanto più, aggiungerei, comunque, sino al momento della formazione delle maggioranze dei creditori richieste per l'approvazione della proposta del debitore -, non si vede quale “concordato” si possa dire sussistente -: al più, sussiste una *procedura*, che è cosa diversa -.

Per la “nuova finanza” concessa nel corso del Concordato vale quanto disposto dall'art. 111, co. 2, l.fall.: e ciò è quanto basta ad assicurare alle obbligazioni relative (assunte beninteso nel rispetto della disciplina di cui

all'art. 167, co. 2, 1.fall.) il carattere prededucibile nel Concordato stesso (e nell'eventuale fallimento consecutivo).

Se mai è proprio l'ipotesi, qui considerata, del Concordato di risanamento “diretto” che ingenera il dubbio della conclusione che si è giudicata preferibile: giacchè la prosecuzione dell'attività di impresa durante la procedura di Concordato rappresenta *pur sempre un inizio* di “esecuzione” della proposta concordatizia, che non potrebbe essere eseguita a procedura conclusa ovvero sia ad accettazione dei creditori conseguita, ed a successiva omologa, se *anche nel frattempo* l'attività d'impresa non fosse proseguita.

In questa prospettiva, l'adesione alla tesi secondo la quale costituirebbe “esecuzione” del Concordato (di risanamento “diretto”) anche la prosecuzione dell'impresa in corso di procedura, renderebbe applicabile l'art. 182-*quater*, co. 1, 1.fall. in luogo - in sovrapposizione, si potrebbe dire, dell'art. 111, co. 2, 1.fall. -, con questa conseguenza: che i finanziamenti concessi durante il Concordato sarebbero (prededucibili *ex art.* 111, co. 2, 1. fall. per il solo fatto di essere diretti alla “esecuzione” del Concordato, e) *erogabili senza le* (altrimenti necessarie) *autorizzazioni scritte del giudice delegato previste dall'art. 167, co. 2, 1.fall.* Solo alla condizione di ritenere superflue tali autorizzazioni necessarie invece per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, quantunque produttivi (se autorizzati) di obbligazioni prededucibili *ex art.* 111, co. 2, 1.fall., si giustificherebbe l'applicabilità dell'art. 182-*quater*, co.1, 1.fall. anche alle obbligazioni sorte nel corso (quindi necessariamente “in occasione”) del Concordato, senza assegnare alla nuova norma un carattere totalmente ripetitivo di quella (art. 111, co. 2) precedente.

8. *Segue.* Il collocamento in prededuzione della “nuova finanza” bancaria concessa “in esecuzione” del Concordato.

La considerazione della nuova disciplina della “nuova finanza” bancaria introdotta dall'art. 182-*quater*, co.1, 1.fall suggerisce una precisazione, che si rivela particolarmente importante per la figura di Concordato (di risanamento “diretto”) qui in discussione.

La norma richiamata afferma che sono prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti bancari concessi per la *esecuzione* del Concordato Preventivo: e nel concordato di risanamento “diretto”, come ho detto, la esecuzione dell'accordo concordatizio avviene *mediante la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa anche successivamente alla chiusura del*

Concordato chiusura, si noti, coincidente con la pronuncia del decreto di omologa: art. 181 l.fall. -.

Se ne potrebbe conseguentemente desumere che tutti i crediti bancari concessi per il sostegno finanziario della gestione dell'impresa fino all'adempimento delle obbligazioni concordatizie debbano trovare collocazione prededucibile, nel Concordato preventivo che peraltro ... non c'è più -, e (soprattutto) nell'eventuale fallimento consecutivo: perché senza gestione dell'impresa non v'è "esecuzione" del Concordato, e senza finanziamenti bancari non vi può essere prosecuzione della gestione imprenditoriale.

La conclusione non convince appieno, tenuto conto che nelle situazioni nelle quale la proposta di Concordato poggia sulla prospettiva del risanamento "diretto" dell'impresa attraverso la prosecuzione dell'attività gestionale, la durata del "Piano di ristrutturazione" dell'indebitamento pregresso è normalmente rilevante (giacchè, in pratica, l'impresa deve riservare ai creditori profitti sufficienti a controbilanciare il valore delle attività, che *non* sono liquidate per il soddisfacimento dei crediti pregressi, come avverrebbe in un tradizionale Concordato liquidatorio); e tenuto altresì conto che nella continuazione dell'attività aziendale, l'impresa non mira soltanto a generare gli utili promessi ai creditori nell'ambito del "Piano", ma persegue altresì l'obiettivo del rilancio sul mercato.

Ipotizzare allora *che tutta la "finanza" bancaria intervenuta nell'arco di questo considerevole periodo per il sostegno dell'intera gestione aziendale goda, in caso di apertura di un qualsiasi "concordo", del beneficio della prededuzione, può ingenerare comprensibili perplessità non sembrando esprimere una sufficiente tutela l'assegnazione al Commissario giudiziale della funzione di "sorveglianza" di cui all'art. 184 l.fall. -.*

E' allora preferibile ritenere che per quanto concerne la "nuova finanza" resa disponibile all'impresa *dopo la chiusura del Concordato* (cioè dopo la sua omologazione), e sia pure rivolta a favorire la "esecuzione" dello stesso, possano considerarsi prededucibili le sole obbligazioni derivanti da finanziamenti *specificamente* previsti dal "Piano di ristrutturazione dei debiti". Ciò tuttavia senza escludere che accanto ai finanziamenti strettamente inerenti al soddisfacimento dell'indebitamento pregresso come potrebbe essere il finanziamento bancario necessario ad esercitare il "riscatto" anticipato di un cespite utilizzato in base ad un contratto di *leasing*, per consentirne la successiva liquidazione con destinazione del ricavato ("plusvalenza implicita" compresa) a deconto delle passività pregresse -, possano collocarsi anche finanziamenti rivolti al sostegno della gestione imprenditoriale, come potrebbe essere l'erogazione di un mutuo a lungo

termine previsto dal *business plan* posto alla base del “Piano” come il presupposto del riacquisto dell'equilibrio finanziario dell'impresa.

9. I “difetti” del Concordato Preventivo di risanamento “diretto” conseguenti al mancato recepimento integrale, nell'ordinamento giuridico, del mutamento della disciplina del Concordato Preventivo. A) L'esempio della normativa in materia di ammissione ai concorsi per appalti pubblici.

Come ho detto, la riforma della legge fallimentare ha attuato una sintesi delle precedenti procedure di amministrazione controllata e di concordato preventivo, abrogando la prima e contaminando la seconda con le regole proprie dell'originaria amministrazione controllata.

Alla nuova Procedura è stata conservato il nome di “Concordato Preventivo”, nonostante le radicali innovazioni che il “vecchio” Concordato Preventivo aveva registrato: e ciò rende più difficile la pur indispensabile attività interpretativa nei confronti delle disposizioni che, nei più vari settori dell'ordinamento giuridico, facevano riferimento, e continuano a fare riferimento, all'intervento della Procedura di “Concordato Preventivo”, postulandone una natura (essenzialmente *liquidatoria*) ed un effetto (essenzialmente *disgregativo*) che non caratterizzano più l'istituto che oggi continua a portare quel nome, pur avendo recepito contenuti quasi antitetici, come erano quelli propri dell'amministrazione controllata; e quali sono quelli di situazioni di difficoltà economico-finanziaria anche meno gravi di quelle riconducibili al concetto di “*temporanea difficoltà di adempiere*”, ma che potrebbero ugualmente concretizzare uno “stato di crisi”, e come tali essere state poste alla base di una domanda di Concordato.

Questo fenomeno può ostacolare la continuazione dell'esercizio dell'attività aziendale *direttamente* da parte dell'impresa ammessa al Concordato Preventivo, nelle situazioni nelle quali l'originaria vocazione liquidativa di tale Procedura aveva indotto il legislatore a considerarla incompatibile con la continuazione dell'attività imprenditoriale.

Il settore dei lavori pubblici ha, o avrebbe potuto, rappresentare un esempio di questo fenomeno.

La partecipazione alla gare di appalto e di concessione dei lavori pubblici è da sempre stato vietato alle imprese assoggettate al Concordato Preventivo: *et pour cause*, trattandosi di imprese **dichiaratamente** in “*stato*

di insolvenza”, e trattandosi di procedura (in allora) con spiccata vocazione liquidativa.

Il mantenimento del divieto, negli stessi termini, per le imprese ammesse al “nuovo” Concordato Preventivo avrebbe potuto e dovuto ingenerare evidenti perplessità, trattandosi nonostante il nome immutato della Procedura di imprese versanti in un semplice “*stato di crisi*”; e potendo fondarsi la proposta di Concordato come è per l'ipotesi presa in considerazione in questa sede *sulla espressa continuazione dell'attività d'impresa* (resa evidentemente impossibile, per le imprese di questo settore, dal divieto in parola).

Tuttavia il legislatore non è apparso sensibile a tal genere di valutazioni.

L'art. 38 d. lgs. n. 163/2006 (“Codice degli Appalti Pubblici”) continua ad escludere dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi (e dai relativi subappalti) “*i soggetti che si trovano in stato di Concordato Preventivo*”: e trattandosi di disposizione **successiva** alla riforma della legge fallimentare che ha rivoluzionato come detto la natura ed il contenuto del Concordato Preventivo, l'unica conclusione che si può trarre è che anche la semplice condizione di “crisi” dell'impresa viene considerata come ostativa all'accesso agli appalti pubblici.

La conseguenza pratica è quello della inattuabilità del Concordato Preventivo “di risanamento” nella forma del risanamento del c.d. “diretto”, per le imprese operanti nel settore delle concessioni e degli appalti pubblici.

Si deve segnalare, a tale proposito, che in una recente “*Determinazione*” del 12 gennaio 2010, n. 4, la Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, Servizi e Forniture (AVCP) ha osservato che “*de jure condendo* [relativamente alle imprese ammesse al Concordato Preventivo] *si rileva l'opportunità di un ulteriore approfondimento della problematica, anche alla luce della rivisitazione dell'istituto operata dal d. lgs. n. 5/2006, che sembra tesa a valorizzare l'obiettivo della riattivazione dell'attività imprenditoriale, in linea con quanto già avviene nel caso dell'amministrazione straordinaria*”.

Peraltro nella stessa sede si riferisce che l'atteso *Regolamento di attuazione* della materia, previsto dall'art. 5 del “Codice”, mantiene fermo, ai fini della verifica del requisito dell'affidabilità economica dell'impresa al momento della qualificazione, il rinvio all'art. 38 dello stesso “Codice” nell'attuale versione, con il ch  le imprese ammesse al Concordato

Preventivo continuerebbero a vedersi impedita la continuazione dell'attività nel settore in commento.

Se mai la discussione si può spostare su un differente terreno.

Ferma restando la conclusione contraria a ritenere ammissibile la partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici alle imprese “*in stato di concordato preventivo*”, nonostante le radicali innovazioni apportate a tale procedura dalla riforma della legge fallimentare, si tratta di stabilire *sino a quando* tale “stato” debba ritenersi perdurante, e conseguentemente *sino a quando* perduri l'individuato divieto.

Secondo l'art. 181 l. fall. “*la procedura di concordato si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180*”: ed una qualche “ultrattività” (degli Organi) della Procedura è prevista soltanto per l'ipotesi in cui il Concordato “*consiste nella cessione dei beni*” (e non dispone diversamente) art. 182 l. fall. -, non già nell'ipotesi di concordato “di risanamento” perseguito *in via diretta* (per la quale si può supporre solo il permanere di una generica attività di “sorveglianza” del commissario).

E' pertanto da ritenere che il divieto di partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici cessi con la pronuncia del decreto di omologazione del Concordato Preventivo, stante anche il carattere provvisoriamente esecutivo per legge del provvedimento.

10. Segue. B) L'esempio della normativa in materia di Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria.

La disciplina della “integrazione salariale” per i dipendenti di imprese “in crisi” presenta contenuti variegati, in relazione alla tipologia della “crisi” nella quale versa il datore di lavoro. Anche gli altri “ammortizzatori sociali” che intervengono a ridurre l'impatto della “crisi” dell'impresa sul mercato del lavoro (e sul c.d. “sociale” in generale) presentano una diversa intensità secondo che la “crisi” dell'impresa risulti in buona sostanza “*reversibile*” piuttosto che “*irreversibile*”.

Con particolare riguardo all'ipotesi di sopravvenienza di procedure concorsuali, l'art. 3 l. n. 223/1991 prevede che in caso di ammissione dell'impresa “*al Concordato Preventivo consistente nella cessione dei beni*”, sia concesso ai lavoratori dipendenti solamente il trattamento di integrazione salariale per un periodo non superiore a dodici mesi. Né per tale ipotesi è

ammesso il ricorso ad istituti quali le procedure di “mobilità” (art. 4 l. n. 223/1991) ed i “contratti di solidarietà”.

L'art. 1 l.n. 223/1991, invece, prevede, per le imprese che presentino un programma di *“ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale”*, trattamenti straordinari di integrazione salariale di ampiezza maggiore: ed istituti quali le procedure di “mobilità” (art. 4 cit.) ed i “contratti di solidarietà” trovano applicazione.

A seguito della riforma della legge fallimentare, e con essa della disciplina delle procedure di composizione negoziale della crisi di impresa, il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali è stato richiesto di esprimersi sulla disciplina del trattamento straordinario di integrazione salariale per l'ipotesi di ammissione dell'impresa all' *“Accordo di Ristrutturazione dei Debiti”*, ai sensi dell'art. 182-bis l. fall., come introdotto dalla “Riforma”.

Il Ministero, nella circostanza, dopo avere effettuato una ricognizione del contenuto dei ricordati artt. 1 e 3 l.n. 223/1991, afferma che *“la mancata menzione (nell'indicato art. 3, l. n. 223/1991) delle procedure di amministrazione controllata e di concordato preventivo con garanzia, era intesa non quale circostanza ostativa, ma nel senso che nelle due ipotesi, ove si ravvisava una continuazione dell'attività d'impresa, non si potesse accedere ad una procedura indicata all'articolo 3, bensì al riconoscimento della CIGS con la procedura descritta all'art. 1 della legge n. 223/91”*.

Ciò premesso, il Ministero dà atto della circostanza che *“oggi, nell'analisi della fattibilità di un Concordato (Preventivo) ... acquista ... spessore la capacità dell'impresa di risolvere positivamente il concordato”*, per cui acquista rilevanza *“la capacità di ristrutturazione dei debiti e la presenza di un piano articolato di risanamento”*.

Osservato poi che con la disciplina degli “Accordi di Ristrutturazione” il legislatore ha inteso dare un riconoscimento *“anche ad una prassi molto diffusa sul piano extragiudiziale contrattuale”*, il Ministero conclude nel senso che *“si può ipotizzare una ricostruzione che avvicini le due figure indicate dall'art. 160 e dall'art. 182-bis l.fall.”*: e precisa che la conseguenza di tale conclusione, sul piano della applicazione della disciplina dell'integrazione salariale, è rappresentata dalla *“attrazione della figura della ristrutturazione del debito nelle causali previste dall'art. 3, comma 1, l. n. 223/91 ai fini dell'ammissione ai trattamenti di integrazione salariale straordinaria”*.

E' evidente peraltro l'equivoco in cui è caduto il Ministero.

Tra il “*concordato preventivo con la cessione dei beni*” (**art. 3** l. n. 223/1991) e il concordato preventivo con garanzia/**amministrazione controllata** (giudicati, come detto, a parere del Ministero, assimilabili alle fattispecie disciplinate **dall'art. 1** della l. n. 223/1991), la relazione con l'istituto dello “Accordo di Ristrutturazione dei Debiti” è molto più evidente nel secondo caso, di quanto non lo sia nel primo: donde la necessaria preferenza per l'applicazione della disciplina dell'art. 1 l. n. 223/1991, **non già** di quella dell'articolo 3.

In ogni caso, e per quel che importa in questa sede, è bene evidente che la condivisibile assegnazione delle previgenti figure del Concordato Preventivo “con garanzia” e dell'amministrazione controllata all'area di applicazione **dell'art. 1** l. n. 223/1991 (e più in generale la condivisibile assimilabilità delle due figure alle fattispecie di “ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale”), induce inevitabilmente a reclamare, per il “nuovo” Concordato Preventivo **di risanamento** (“diretto”), l'applicabilità delle norme dettate in materia di integrazione salariale e in materia di “ammortizzatori sociali” previste per le ipotesi di *ristrutturazione aziendale* (non già per le ipotesi di “*procedure concorsuali liquidative*”, prese in considerazione *come tali* dall'art. 3 l. n. 223/1991).

11. Il Concordato Preventivo di risanamento “indiretto”. Uno sguardo d'insieme.

Come detto, il Concordato Preventivo di risanamento c.d. “indiretto” mira a conseguire il soddisfacimento dei creditori attraverso la continuazione dell'esercizio *dell'impresa*, ma rinunciando alla salvezza *dell'imprenditore*.

In questa ipotesi, infatti, l'imprenditore abdica alla sua funzione tipica (di norma scegliendo la via della liquidazione volontaria), e dismette l'impresa, cedendone dapprima l'esercizio, e successivamente la titolarità ad altro distinto imprenditore (a prescindere dalla circostanza che trattandosi di imprendere collettivo anche l'originario imprenditore o gli originari soci entrino a fare parte della nuova compagine sociale, eventualmente addirittura in posizione di perdurante preminenza).

Questa soluzione rappresenta una scelta pressochè obbligata nelle ipotesi nelle quali si ha un effettivo cambiamento dell'imprenditore, con l'intervento di nuovi soggetti, che apportano nuove risorse (finanziarie, ma anche professionali) per la gestione dell'impresa. Per costoro, infatti, la via di un nuovo *start-up* con l'utilizzo dell'azienda già facente capo all'impresa “in

crisi” attraverso un nuovo soggetto giuridico (di norma, una nuova società di capitali), costituisce una garanzia sovente irrinunciabile contro il rischio della emersione di passività latenti impreviste, che sono destinate a “scaricarsi” sull’impresa originaria (prima affittante, e poi cedente l’azienda), e non su quella neo-costituita laddove l’apporto di risorse finanziarie e/o professionali a favore dell’impresa originaria in funzione di un Concordato di risanamento c.d. “diretto” potrebbe vedersi compromesso dalla scoperta di passività occulte che colpirebbero l’impresa sovvenuta, mettendo a rischio anche gli investimenti dei terzi.

Va da sé, che analogo effetto di “isolamento” della “NewCo” dalle passività pregresse latenti della impresa “Old” è conseguito anche dall’imprenditore che aspirasse a “ripartire da zero” con una nuova società, affittuaria e poi cessionaria della sua stessa originaria impresa, ma che volesse “impermeabilizzare” rispetto a passività latenti pregresse di incerta quantificazione (come potrebbero essere quelle connesse a contenziosi fiscali in essere o minacciati).

E’ altrettanto ovvio, peraltro, che la scelta della *distinzione soggettiva* dell’imprenditore al quale affidare il risanamento della impresa implica la rinuncia ai vantaggi conseguenti alla scelta della *continuità soggettiva*: da un canto, i vantaggi connessi ai rapporti contrattuali ed alle autorizzazioni amministrative in essere in capo all’impresa “Old”, che potrebbero essere acquisiti dalla “NewCo” con difficoltà e comunque in modo nient’affatto automatico; da un altro lato, i *vantaggi connessi al carattere prededucibile delle obbligazioni assunte in funzione ed in occasione dell’esercizio dell’attività d’impresa*, che certamente **non** potrebbe essere riconosciuto alle obbligazioni assunte dalla NewCo, che né aspira al, né versa in, Concordato Preventivo, e per la quale, dunque, gli artt. 111 l.fall. e 182-*quater* l.fall. risultano inevitabilmente inapplicabili.

Ciò posto, lo schema che pare emergere dalla prassi dei primi anni di applicazione della riforma della legge fallimentare in materia si sviluppa secondo il seguente percorso:

1. affitto d’azienda (o di rami d’azienda) da parte dell’impresa che accede al Concordato ad una NewCo, con previsione di obbligo (o talora di opzione) di acquisto per l’ipotesi di omologa del Concordato Preventivo;
2. locazione dello stabilimento industriale alla NewCo, se distinto dall’azienda (per esempio perché utilizzato dall’impresa ammessa al concordato in virtù di un contratto di *leasing* immobiliare);
3. conclusione di un contratto estimatorio avente ad oggetto le scorte di prodotto finito dell’impresa;

4. acquisto delle materia prime e dei semilavorati da parte della *NewCo*, in relazione al proprio fabbisogno (“a consumo”);
5. subentro della *NewCo* nei contratti d'impresa afferenti l'azienda affittata;
6. imputazione dei canoni di affitto corrisposti dalla *NewCo* in acconto del prezzo concordato per l'acquisto dell'azienda, ove ciò effettivamente intervenga.

Il Concordato Preventivo di risanamento c.d. “indiretto” viene pertanto eseguito, in tale contesto, con la destinazione al soddisfacimento dei creditori pregressi di quanto ricavato dall'impresa in Concordato dai canoni di affitto dell'azienda; dagli eventuali canoni della locazione dello stabilimento industriale (*al netto del pagamento dei canoni di leasing di periodo*, necessario al fine di legittimare l'utilizzo dell'immobile da parte della impresa in concordato e con esso il suo affitto alla “*NewCo*”); dai proventi della vendita delle scorte, delle materie prime e dei semilavorati; dai proventi della riscossione dei crediti verso clienti e verso terzi; dal corrispettivo della cessione finale dell'azienda.

12. Aspetti problematici del Concordato di risanamento c.d. “indiretto”.

A) La responsabilità dell'affittuario per le obbligazioni pregresse dell'affittante.

Come detto, la scelta dell'affitto (e successiva cessione) dell'azienda come soluzione attraverso la quale perseguire il risanamento (“indiretto”) dell'impresa sorge sovente dall'esigenza di tutelare l'imprenditore (“nuovo”) nei confronti delle passività pregresse che incombono sull'impresa (*rectius*, sull'imprenditore) in crisi.

Il perseguimento di tale obiettivo sarebbe tuttavia compromesso a priori (e l'utilizzo stesso dell'istituto dell'affitto d'azienda in generale ne rimarrebbe gravemente compromesso) ove si dubitasse che l'affittuario risponda delle obbligazioni (pregresse) dell'affittante, alla stregua del cessionario d'azienda (cfr. art. 2560, co. 2, cod.civ.; art. 2112, co. 2, cod. civ.).

Mentre per ciò che concerne i cc.dd. “*crediti di lavoro*” l'effetto della responsabilità solidale dell'affittuario con l'affittante è in linea di principio effettivamente ineludibile, stante il chiaro disposto dell'art. 2112, co. 5, cod.civ., che estende tale principio anche allo “usufrutto o l'affitto di

azienda”: per tutte le restanti passività pregresse dell'affittante, la responsabilità solidale dell'affittuario dovrebbe invece essere esclusa, stante la non riconducibilità degli effetti del contratto d'affitto al concetto di “trasferimento” e di “cessione” dell'azienda, che rappresentano il presupposto di applicabilità dell'art. 2560 cod.civ.

La conclusione deve essere mantenuta ferma, nonostante l'improvvisa confusione generata *proprio* dalla nuova disciplina dell'affitto d'azienda *in sede fallimentare*.

L'art. 104-bis l.fall., introdotto dalla recente “riforma”, infatti, afferma che “*la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende [precedentemente affittati] non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile*”. Ciò lascerebbe supporre che *in mancanza di tale deroga agli artt. 2112 e 2560 cod.civ.* l'affittante risponderebbe, al momento della retrocessione dell'azienda (per scadenza del contratto d'affitto o per qualsiasi altra causa), delle obbligazioni assunte dall'affittuario, non solo derivanti da rapporti di lavoro, ma da qualsiasi altro contratto d'impresa, benché evidentemente la retrocessione dell'azienda affittata non sia riconducibile ai concetti di “trasferimento” e di “cessione” dell'azienda sui quali poggia la responsabilità solidale *ex art. 2560 cod.civ.* Va da sé, peraltro, che una volta affermata “in diritto comune” cioè al di fuori della legge fallimentare, e per essa dell'art. 104-bis l.fall. la responsabilità solidale dell'affittante per i debiti dell'affittuario *alla fine* del contratto di affitto d'azienda, sarebbe spalancata la via dell'affermazione della responsabilità solidale dell'affittuario per le obbligazioni pregresse dell'affittante *all'inizio* del contratto di affitto d'azienda.

La conclusione non è tuttavia accettabile, per la semplice ragione che laddove il legislatore ha inteso estendere la responsabilità del cessionario dell'azienda anche all'affittuario ed all'usufruttuario dello stesso, lo ha fatto in modo esplicito (cfr. art. 2112, co. 5, cod.civ.): e fuori di tali casi l'estensione risulta inapplicabile, anche per l'evidente carattere eccezionale della responsabilità così affermata.

La portata dell'art. 104-bis l.fall. deve pertanto essere limitata alla esclusione della responsabilità della procedura di fallimento per le obbligazioni sorte in capo all'affittuario dell'azienda *per l'esecuzione di rapporti di lavoro*, e non ancora adempiute all'atto della retrocessione dell'azienda: fermo restando che i debiti assunti dall'affittuario per contratti d'impresa di diversa natura né sono assunti dal fallimento in conseguenza del disposto dell'art. 2560 cod.civ., né investono il fallimento in conseguenza del fenomeno del subentro dello stesso nei rapporti giuridici in essere, evocato

dalla parte finale dell'ultimo comma dell'art. 104-bis l.fall., che deve ritenersi applicabile ai *soli* “rapporti pendenti al momento della retrocessione” *preesistenti alla data della sentenza dichiarativa di fallimento*, nei quali la procedura subentra ora, come vi sarebbe subentrata alla data del fallimento (con gli effetti delle richiamate “disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo II”), se l'attività d'impresa non fosse stata perseguita in conseguenza dell'affitto dell'azienda ad un terzo.

Volgendo poi lo sguardo all'affitto d'azienda propedeutico alla esecuzione di un Concordato Preventivo di risanamento c.d. “indiretto” si deve aggiungere che alla già affermata inapplicabilità dell'art. 2560 cod.civ. all'affittuario per le ragioni generali sopra ricordate, si accompagnano le considerazioni (i) della derogabilità degli effetti della norma in questione, con il consenso del terzo contraente del cedente; e (ii) della circostanza che la eventuale accettazione da parte dei creditori, con le maggioranze di cui all'art. 177 l.fall., della proposta di Concordato Preventivo di risanamento “indiretto”, realizzerebbe comunque i presupposti della deroga al disposto dell'art. 2560 cod.civ., che consentirebbe all'affittante di sottrarsi alla responsabilità solidale per i debiti pregressi dell'affittante anche laddove il richiamato art. 2560 cod.civ. venisse considerato applicabile, in via generale, al contratto d'affitto d'azienda.

La responsabilità solidale dell'affittuario per i debiti pregressi dell'affittante derivanti da “*rapporti di lavoro*”, invece, deve considerarsi tendenzialmente ineludibile, *da una parte* per il chiaro disposto dell'art. 2112, co. 5, cod.civ.; e *dall'altra parte* per il carattere inderogabile della norma, se non previa rinuncia di *ciascun* singolo “lavoratore”, nel contesto di una procedura di concertazione sindacale formalizzata.

La prassi ha visto l'affermazione della regola della previsione della *compensabilità* dei debiti sorti in capo all'affittuario verso l'affittante (per canoni d'affitto; per acquisto di magazzino; eccetera) con i debiti “accollati” all'affittuario in conseguenza della responsabilità solidale *ex art.* 2112, co. 5, cod.civ. La soluzione appare legittimamente percorribile, nei termini che saranno precisati in prosieguo (*infra*, n. 14).

13. Segue. B) La esigenza della acquisizione di adeguate garanzie per l'adempimento delle obbligazioni dell'affittuario.

Anche il Concordato Preventivo di risanamento c.d. “indiretto”, come ogni altro Concordato, deve poggiare sulla predisposizione di un “Piano”, di cui

sia attestata la “fattibilità” da un esperto in possesso di determinati requisiti professionali (art. 161 l.fall.).

Il giudizio di “fattibilità” non deve essere (più) accompagnata da “garanzie” sull'esatto adempimento delle obbligazioni assunte dall'imprenditore (come accadeva nel passato, invece, per il concordato c.d. “con garanzia”): basta un adeguato giudizio *tecnico* di effettiva *attuabilità* “industriale” del Progetto di ristrutturazione dell'indebitamento pregresso.

Nell'ipotesi specifica di Concordato Preventivo di risanamento c.d. “indiretto” pare però difficile che il giudizio sulla “fattibilità” industriale possa prescindere dalla presenza di “garanzie” sull'adempimento delle obbligazioni assunte dall'affittuario cessionario.

In un contesto come è quello della procedura di Concordato Preventivo (o di una procedura concorsuale in genere), *l'ipotesi della retrocessione dell'azienda per inadempimento dell'affittuariocessionario prospetta normalmente conseguenze disastrose*: di carattere industriale, perché l'inadempimento dell'affittuariocessionario sarebbe inevitabilmente indicativo dell'insuccesso del tentativo di risanamento dell'impresa, e conseguente retrocessione di una azienda “disastrata”; e di carattere giuridico, in conseguenza (i) dell'ineludibile responsabilità dell'affittante (già in Concordato Preventivo) per le obbligazioni dell'affittuarioretrocedente derivanti da rapporti di lavoro dallo stesso posti in essere (anche diversi ed ulteriori, si deve ritenere, rispetto a quelli in essere alla data di inizio del contratto d'affitto); nonché (ii) del pericolo di estensione della responsabilità dell'affittante anche per le obbligazioni di diversa natura, ove l'art. 104-*bis* l.fall., che esclude la applicabilità dell'art. 2560 cod.civ. alla retrocessione dell'azienda *alla procedura fallimentare*, fosse inteso come disposizione effettivamente derogatrice del diritto comune, e per converso non applicabile alla retrocessione dell'azienda alla Procedura Concordataria (peraltro nel frattempo cessata in conseguenza della pronuncia di omologa), in quanto non richiamata dall'art. 169 l.fall.

Per tali ragioni appare difficile la formulazione da parte dell'esperto attestatore, e la condivisione da parte del Tribunale fallimentare, di un giudizio di “fattibilità” *tecnica* del “Piano” concordatario fondato sulla proposta di risanamento c.d. “indiretto” dell'impresa, che non sia supportato dalla presenza di rassicurazioni *giuridiche* (cioè, da “garanzie”) sull'adempimento delle obbligazioni assunte dall'affittuariocessionario.

14. Segue. C) Il finanziamento dell'operazione di affitto cessione dell'azienda con l'accollo di passività pregresse.

Il sostegno finanziario dell'operazione di risanamento c.d. "indiretto" dell'impresa ammessa al Concordato Preventivo rappresenta il problema di maggiore rilevanza presentato dalla ipotesi in commento, *stante la ricordata, totale mancanza della prededucibilità dei crediti* (bancari o commerciali) *concessi al soggetto* (la "NewCo") *che deve perseguire il tentativo di risanamento dell'impresa.*

La "NewCo", d'altro canto, è posta nella condizione di dovere finanziare lo *start up* dell'attività d'impresa senza potere contare su disponibilità economiche di pronta acquisibilità, perché i crediti prodotti dalle vendite (ed in generale dalle prestazioni) anteriori all'affitto dell'azienda sono di pertinenza dell'affittante (e per esso dalla "sua" Procedura di Concordato), mentre i crediti per le prestazioni effettuate successivamente all'affitto di azienda, saranno caratterizzati dai normali (ammesso che rimangano tali!) tempi di incasso connessi alle dilazioni commerciali concesse ai clienti.

Al finanziamento dello *start up* si procede quindi, di norma, mediante la *compensazione* dei debiti di immediata maturazione verso l'affittante (prelievo di materie prime e semilavorati dal magazzino; pagamento dei prodotti finiti rivenduti ai clienti; canoni di affitto dell'azienda e/o dello stabilimento industriale) con *l'accollo* di debiti per corrispondenti importi dell'affittante verso terzi, che l'affittuario ritiene di potere fronteggiare diluendone il pagamento nel medio-lungo termine.

Caratteristico esempio di tale fenomeno è l'accollo da parte dell'affittuario/cessionario delle obbligazioni pregresse dell'affittante (in Concordato) per il TFR maturato in favore dei lavoratori dipendenti: ma tale esempio, nonché essere quello più ricorrente, rischia anche di essere l'unico prospettabile.

L'accollo di debiti pregressi dell'imprenditore in Concordato Preventivo da parte di un terzo (nel caso di specie, l'affittuario) produce *tendenzialmente* il soddisfacimento integrale del creditore accollato (salva l'ipotesi di successiva insolvenza anche dell'accollante).

Tale effetto può essere in definitiva accettato, nel Concordato Preventivo, *esclusivamente con riguardo alle passività cc.dd. "superprivilegiate"*, il cui soddisfacimento integrale anche in ipotesi di liquidazione alternativa (*i.e.*, fallimentare) del patrimonio dell'imprenditore "in stato di crisi" non potrebbe essere messo in discussione.

Il principio deve essere desunto dalla regola posta dall'art. 105, u. co., l.fall., che in materia di liquidazione dell'attivo fallimentare assoggetta l'utilizzo della accollabilità di debiti pregressi in funzione di pagamento del prezzo dovuto dall'acquirente, alla condizione che “*non (venga) alterata la graduazione dei crediti*”.

Il “serbatoio” delle passività pregresse accollabili dall'affittuariocessionario dell'azienda per il pagamento delle obbligazioni sorte nei confronti dell'affittante in Concordato Preventivo in conseguenza del contratto d'affitto d'azienda (con l'obbligo od opzione di acquisto della stessa) deve pertanto ritenersi necessariamente limitato in buona sostanza ai crediti da lavoro dipendente, oppure ai crediti assistiti da pegno, ipoteca o privilegio speciale (beninteso capienti rispetto al presumibile valore dei realizzo dei beni vincolati).