



Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Bologna

i Quaderni

N 11 /GENNAIO 2023

LINEE GUIDA PER IL PIANO DELLA CONTINUITÀ INDIRETTA DI CONCORDATO PREVENTIVO

a cura della
*Commissione di Studio Piani di Concordato
dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili di Bologna*



Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Bologna

i Quaderni

N 11 /GENNAIO 2023

LINEE GUIDA PER IL PIANO DELLA CONTINUITÀ INDIRETTA DI CONCORDATO PREVENTIVO

a cura della
*Commissione di Studio Piani di Concordato
dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili di Bologna*

**Commissione di Studio Piani di Concordato
dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili di Bologna**

ANDREA FERRI - *Presidente*

MARIA MERENDA - *Segretario*

CIRO BARBARO

PAOLA BELELLI

BARTOLOMEO DALOISO

ACHILLE MAZZANTI

RICCARDO RAPPINI

RICCARDO ROMANI

FABIO RUMBO

MARCELLO TARABUSI

ISABELLA TASSINARI

Quest'opera non costituisce consulenza professionale, né fornisce pareri od opinioni professionali e non deve essere utilizzata in tal senso. La sua divulgazione non intende attivare una relazione professionista-cliente tra gli autori e i destinatari. I destinatari non devono affidarsi alle informazioni in essa contenute, né agire in conformità ad esse senza essersi previamente consultati con un professionista.

Quest'opera è resa disponibile in base alla Licenza Creative Commons – Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT). Maggiori informazioni e il testo integrale della licenza sono disponibili al seguente link: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>

INDICE

TITOLO I – TAVOLA SINOTTICA DELLE DISPOSIZIONI	5
TITOLO II – LA CONTINUITÀ INDIRETTA NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO	18
1 IL CONCORDATO PREVENTIVO IN CONTINUITÀ DIRETTA ED INDIRETTA	18
1.1 Il nuovo concordato preventivo	18
2 LA CONTINUITÀ AZIENDALE NELLA NUOVA DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO	48"
2.1 Continuità diretta ed indiretta (CCII art. 84 c. 2)	49
2.1.1 “Valorizzazione della prosecuzione aziendale al di là del soggetto gestorio”	49
2.1.2 La distribuzione del valore nel concordato in continuità	32
2.1.3 Contenuto del piano e voto	33
2.1.4 L’obbligo di tempestiva attivazione del debitore	34
2.2 Il piano nella continuità indiretta con affitto d’azienda	36
3 CONTINUITÀ DIRETTA ED INDIRETTA E LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO	5;
4 LA CONTINUITÀ INDIRETTA NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO	45
4.1 Il raffronto con le alternative praticabili	45
4.2 Il trattamento dei debiti fiscali nel concordato semplificato	46
"	
TITOLO III – GLI INDICATORI DELLA CRISI E ADEGUATI ASSETTI	4;
1 L’ADEGUATEZZA DELLE MISURE E DEGLI ASSETTI IN FUNZIONE DELLA RILEVAZIONE TEMPESTIVA DELLA CRISI ART. 3 CCII	4;
" 1.1 Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati art. 25-novies CCII	72
1.2 Le carenze negli adeguati assetti societari art. 2086 c.c.	53
2 GLI INDICATORI DELLA CRISI	55
2.1 Il Patrimonio Netto negativo	55
2.2 Indice DSCR (debt service coverage ratio)	56
2.3 Indici settoriali	55
2.4 Indici specifici per particolari tipologie di imprese	57
2.5 Il test pratico per valutare la perseguibilità del risanamento (art. 3 c. 3 CCII)	58
3 GLI INDICATORI DELLA CRISI E LE NUOVE REGOLE PER LE BANCHE	61
3.1 Principi contabili IFRS 9	61
3.2 Calendar Provisioning	63
3.3 Conclusioni focus banca-impresa	64

TITOLO I
TAVOLA SINOTTICA DELLE DISPOSIZIONI

D.Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 – Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza	R.D. 267/1942 Legge Fallimentare
Art. 25-<i>sexies</i> Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio	Disciplina assente
<p>1. Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b) non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 39. La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi.</p> <p>2. L'imprenditore chiede l'omologazione del concordato con ricorso presentato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha il proprio centro degli interessi principali. Il ricorso è comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo alla data del deposito in cancelleria. Dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli articoli 6, 46, 94 e 96.</p> <p>3. Il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4.</p> <p>4. L'ausiliario fa pervenire l'accettazione</p>	

<p>dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione.</p> <p>All'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4-<i>bis</i>, e 35.1 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Si osservano altresì le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del citato decreto legislativo n. 159 del 2011.</p> <p>4. Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, sia comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata o, in mancanza, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa l'udienza per l'omologazione. Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario ai sensi del comma 3 e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di quarantacinque giorni. I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata.</p> <p>5. Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore.</p> <p>6. Il tribunale provvede con decreto motivato, immediatamente esecutivo. Il decreto, pubblicato a norma dell'articolo 45 è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello ai</p>	
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

<p>sensi dell'articolo 247.</p> <p>7. Contro il decreto della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione.</p> <p>8. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 106, 117, 118, 119, 324 e 341, sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario. Ai fini di cui all'articolo 106, il decreto di cui al comma 4 equivale all'ammissione al concordato.</p>	
<p style="text-align: center;">Art. 84</p> <p style="text-align: center;">Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano</p>	
<p>1. L'imprenditore di cui all'articolo 121, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi, sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'articolo 87, il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assuntore o in qualsiasi altra forma. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate. È fatto salvo il disposto dell'articolo 296.</p> <p>2. La continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro. La continuità può essere diretta, con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo.</p> <p>3. Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura</p>	<p>(art. 186-bis, commi 1 e 2, lett. a, r.d. 267/1942)</p> <p>Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. Nei casi previsti dal presente articolo:</p> <p>a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura [...]</p> <p>Disciplina assente</p>

<p>anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. La proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.</p> <p>4. Nel concordato con liquidazione del patrimonio la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati per incapienza in misura non inferiore al 20 per cento del loro ammontare complessivo. Le risorse esterne possono essere distribuite in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile purché sia rispettato il requisito del 20 per cento. Si considerano esterne le risorse apportate a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.</p> <p>5. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente. La quota residua del credito è trattata come credito chirografario.</p> <p>6. Nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un</p>	<p>(art. 160, comma 4, r.d. 267/1942)</p> <p>In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis.</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.</p> <p>7. I crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-<i>bis</i>, n. 1, del codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione. La proposta e il piano assicurano altresì il rispetto di quanto previsto dall'articolo 2116, primo comma, del codice civile.</p> <p>8. Quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda e l'offerente non sia già individuato, il tribunale nomina un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile.</p> <p>9. Quando il piano prevede l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 91, comma 1.</p>	<p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p>
<p>Art. 85 Suddivisione dei creditori in classi</p>	
<p>1. Il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.</p>	<p>(art. 160, commi 1 e 3, r.d. 267/1942) L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo [...] Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza.</p> <p>(art. 160, comma 1 r.d. 267/1942) L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:</p>

<p>Disciplina assente</p> <p>2. La suddivisione dei creditori in classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate.</p> <p>3. Nel concordato in continuità aziendale la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione perché non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 109, comma 5, sono suddivisi in classi e le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate.</p>	<p>a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;</p> <p>b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore [...]</p> <p>c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;</p> <p>d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse. (art. 160, comma 1, lett. b, r.d. 267/1942) [...] possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>4. Fermo quanto previsto dall'articolo 84, commi 5, 6 e 7, il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.</p>	<p>(art. 160, comma 2, r.d. 267/1942) [...] Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.</p> <p>(art. 160, comma 2, r.d. 267/1942) La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all' articolo 67, terzo comma, lettera d) [...]</p>
<p>Art. 86 Moratoria nel concordato in continuità</p>	
<p>1. Fermo quanto previsto nell'articolo 109, il piano può prevedere una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Per i creditori assistiti dal privilegio previsto dall'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile può essere prevista una moratoria per il pagamento fino a sei mesi dall'omologazione.</p>	<p>(art. 186-bis, comma 2, lett. c, r.d. 267/1942) Nei casi previsti dal presente articolo: [...] c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a <u>due anni</u> dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.</p> <p><i>Nota: così modificato dal d.l. 118/2021 conv. dalla l. 147/2021.</i></p>
<p>Art. 87 Contenuto del piano di concordato</p>	
<p>Disciplina assente (è disciplinato il procedimento unitario)</p>	<p>(art. 161, comma 1, r.d. 267/1942) La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal</p>

<p>1. Il debitore presenta, con la proposta di concordato e unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 39, un piano contenente:</p> <p>a) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;</p> <p>b) una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;</p> <p>c) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;</p> <p>d) le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;</p> <p>e) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;</p> <p>f) ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e</p>	<p>debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; il trasferimento della stessa intervenuto nell'anno antecedente al deposito del ricorso non rileva ai fini della individuazione della competenza. (art. 161, comma 2, r.d. 267/1942)</p> <p>Il debitore deve presentare con il ricorso:</p> <p>a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;</p> <p>b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;</p> <p>c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;</p> <p>d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;</p> <p>e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente;</p> <p>g) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;</p> <p>h) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;</p> <p>i) le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati;</p> <p>l) le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato;</p> <p>m) le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe;</p> <p>n) le eventuali parti non interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate;</p> <p>o) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni;</p> <p>p) l'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato.</p> <p>2. Nella domanda il debitore indica le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale.</p> <p>3. Il debitore deposita, con la domanda, la relazione di un professionista indipendente,</p>	<p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>Disciplina assente</p> <p>(art. 161, comma 2, r.d. 267/1942)</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.</p> <p>Disciplina assente</p>	<p>Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all' articolo 67, terzo comma, lett. d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.</p> <p>(art. 186-bis, comma 2, lett. b, r.d. 267/1942)</p> <p>Nei casi previsti dal presente articolo: [...] la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;</p> <p>(art. 161, comma 5, r.d. 267/1942)</p> <p>La domanda di concordato è comunicata al pubblico ministero ed è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Al pubblico ministero è trasmessa altresì copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma, nonché copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall' articolo 172.</p>
<p>Art. 88 Trattamento dei crediti tributari e contributivi</p>	
<p>1. Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall' articolo 112, comma 2, con il piano di concordato il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché</p>	<p>(art. 182-ter, comma 1, r.d. 267/1942)</p> <p>Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme</p>

<p>dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente. Se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.</p> <p>2. L'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore.</p> <p>2-bis. Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione</p>	<p>di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe.</p> <p><i>Nota: così modificato dalla l. 159/2020 in sede di conversione del d.l. 125/2020.</i></p> <p>(art. 180, comma 4, r.d. 267/1942) [...] Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.</p>	<p>di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.</p> <p><i>Nota: così modificato dalla l. 159/2020 in sede di conversione del d.l. 125/2020 e dal d.l. 118/2021 conv. dalla l. 147/2021</i></p>
<p>3. Copia della proposta e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente agente della riscossione e agli altri uffici competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda. L'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. Gli uffici, nello stesso termine, devono procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione. Dopo la nomina del commissario giudiziale copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve</p>	<p>(art. 182-ter, comma 2, r.d. 267/1942)</p> <p>Ai fini della proposta di accordo sui crediti di natura fiscale, copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente agente della riscossione e all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda. L'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente</p>

<p>essergli trasmessa per gli adempimenti previsti dagli articoli 105, comma 1, e 106. In particolare, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.</p> <p>4. Relativamente al credito tributario chirografario complessivo, il voto sulla proposta concordataria è espresso dall'ufficio, previo parere conforme della competente direzione regionale.</p> <p>5. Il voto è espresso dall'agente della riscossione limitatamente agli oneri di riscossione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112.</p>	<p>della riscossione. Dopo l'emissione del decreto di cui all'articolo 163, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essere trasmessa al commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dagli articoli 171, primo comma, e 172. In particolare, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.</p> <p>(art. 182-ter, comma 3, r.d. 267/1942) Relativamente al credito tributario complessivo, il voto sulla proposta concordataria è espresso dall'ufficio, previo parere conforme della competente direzione regionale, in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi previsti dall'articolo 178, quarto comma.</p> <p>(art. 182-ter, comma 4, r.d. 267/1942) Il voto è espresso dall'agente della riscossione limitatamente agli oneri di riscossione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TITOLO II LA CONTINUITÀ INDIRETTA NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO

Sommario: 1 Il concordato preventivo in continuità diretta ed indiretta. - 1.1 Il nuovo concordato preventivo - 2 La continuità aziendale nella nuova disciplina del concordato preventivo - 2.1 Continuità diretta e indiretta (CCII art. 84 c. 2) - 2.1.1 “Valorizzazione della prosecuzione aziendale al di là del soggetto gestorio” - 2.1.2 La distribuzione del valore nel concordato in continuità - 2.1.3 Contenuto del piano e voto - 2.1.4 L’obbligo di tempestiva attivazione del debitore - 2.2 Il piano nella continuità indiretta con affitto d’azienda - 3 Continuità diretta ed indiretta e liquidazione del patrimonio - 4 La continuità indiretta nel concordato semplificato - 4.1 Il raffronto con le alternative praticabili - 4.2 Il trattamento dei debiti fiscali nel concordato semplificato

1 IL CONCORDATO PREVENTIVO IN CONTINUITÀ DIRETTA ED INDIRETTA

1.1 IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO

Il concordato preventivo è la procedura concorsuale attraverso la quale l’imprenditore in stato di crisi o di insolvenza mira a superare tale stato, evitando l’assoggettamento alla liquidazione giudiziale.

L’obiettivo del soddisfacimento (ad oggi, per quanto possibile) dei creditori viene perseguito in due modi fra loro tendenzialmente alternativi:

- 1) la continuità aziendale, oppure
- 2) la liquidazione del patrimonio.

Obiettivo della presente disamina sarà quello di analizzare la prospettiva di prosecuzione dell’attività d’impresa, mediante un piano concordatario che miri a tutelare la continuità aziendale e, nel nostro caso, la continuità indiretta.

Il nuovo Codice non nasconde, infatti, il proprio favore per il concordato in continuità, né il corrispondente sfavore per quello liquidatorio, muovendo dal presupposto, peraltro alquanto condivisibile, che la liquidazione concordataria non conduca, di regola, a risultati molto diversi rispetto alla liquidazione giudiziale.

L’interesse maggiormente tutelato, infatti, risulta essere la preservazione delle entità aziendali in un’ottica, confermata anche dal Legislatore europeo, tesa all’introduzione dei cosiddetti “*quadri di ristrutturazione preventiva*”, intesi come misure volte al risanamento dell’impresa e capaci di anticipare situazioni di crisi ancora in fase embrionale e, quindi, tendenzialmente idonee ad evitare che imprese ancora vitali, seppur in apnea economico/finanziaria, vengano del tutto liquidate e quindi radiate dal contesto macro economico del Paese.

La linea seguita dal Legislatore della riforma, in coerenza come predetto coi

principi del Legislatore comunitario, è di assoluto favore per l'istituto concordatario e ciò soprattutto quando esso riesca a garantire la continuità aziendale e, per suo tramite, preservare i livelli occupazionali, quando possibile, ed assicurare nel tempo una migliore soddisfazione dei creditori, sia essa espressa in senso diretto o indiretto, arrivando addirittura a prevedere, come contemplato dal nuovo art. 84 CCII *«nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta»*.

In fase, quindi, di predisposizione dei piani concordatari gli *advisor* e tutti gli organi che dovranno gestire l'intera fase preparatoria, nonché esecutoria, dello stesso piano, dovranno, innanzitutto, tenere a mente la volontà di “deciso allargamento delle maglie delle valutazioni” poste a carico del Tribunale in sede di ammissione; valutazioni, queste, espresse con connotazioni “*negative*” nel senso di una maggiore permissività, in particolare, nel caso di concordato in continuità.

In particolare, nel caso di concordato in continuità è richiesta unicamente una verifica di “ritualità della proposta” con arresto della procedura solo nei casi di presentazione di un piano *«manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori»* e alla *«conservazione dei valori aziendali»* (art. 47, comma 1, lett. b CCII).

Nel corso del presente contributo cercheremo pertanto di capire quali saranno gli aspetti fondamentali che il Tribunale potrà (e dovrà) tenere in considerazione – a seguito dell'introduzione del Codice della Crisi, con maggior attenzione – al fine di individuare eventuali abusi del concordato in continuità, volti a superare la percentuale minima richiesta nei concordati liquidatori e l'apporto di risorse esterne.

Compito reso ancora più difficile dall'art. 87 CCII, che limita alla sola continuità aziendale l'allegazione di un supporto informativo quanto mai utile, infatti *«ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente»*.

1. Il piano di concordato nella continuità indiretta¹

Viene, in effetti, allargato definitivamente il concetto della continuità che, oggi, è formalmente esteso alla *continuità indiretta*, ipotesi che si verifica quando la gestione dell'azienda in esercizio, o la ripresa delle attività, sia a carico di un soggetto diverso dal debitore. La continuità indiretta potrà essere attuata nelle forme più varie, ovverosia, così come previsto dal nuovo Codice, *«in forza di cessione, usufrutto,*

¹ Il Legislatore della riforma del 2019 già aveva ampliato il perimetro del concetto di continuità distinguendone la natura tra diretta ed indiretta, e contemporaneamente in ottica di prevenzione degli abusi aveva fissato principalmente due obblighi. Il primo obbligo era posto in relazione a tutte le forme di continuità aziendale con la previsione dell'originario comma 2 dell'art. 84 CCII che *«in caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci»* disposizione che *«in quanto compatibile si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore»* (continuità indiretta).

conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo».

Assume, a questo punto, altresì rilievo la fase di verifica demandata al Tribunale in sede di omologa. Infatti, nell'art. 112 del Codice è previsto che nella fase del giudizio di omologazione il Tribunale verifica che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive volte a superare l'insolvenza.

Risulta necessario, quindi, che alla base del processo di risanamento sia sempre posto un piano industriale economico e finanziario che abbia l'attitudine non solo al miglior soddisfacimento dei creditori, ma anche a creare le condizioni prospettiche di equilibrio di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario dell'impresa, necessarie per superare la situazione di insolvenza in cui si trova la stessa e conseguire il risanamento prospettato.

Il Tribunale e gli organi preposti dovranno pertanto svolgere un controllo sulle possibili azioni, da parte del proponente la domanda, potenzialmente volte ad aggirare i controlli o a forzare l'utilizzo dello strumento concordatario a fini dilatori, o come vero e proprio *escamotage* per eludere obblighi previsti dal Codice altrimenti non rispettabili².

Nell'ambito del concordato con continuità aziendale, quindi, risulta dirimente approfondire la dicotomia fra continuità aziendale diretta e continuità aziendale indiretta, al fine di percepire quanto più approfonditamente i punti suscettibili di controlli da parte del Tribunale e del Commissario, se nominato. Ora, poiché il trasferimento d'azienda può essere una modalità attuativa sia del concordato liquidatorio sia del concordato con continuità aziendale indiretta, occorre interrogarsi su quali siano queste differenze.

Nella previgente Legge Fallimentare la risposta poteva essere ricercata nei differenti criteri di generazione delle attività dedicate al servizio del concordato:

- se il prezzo di cessione dell'azienda fosse stato corrisposto istantaneamente dal terzo acquirente, si sarebbe parlato di concordato liquidatorio (c.d. universalistico);
- se il prezzo fosse stato pagato – anche solo in parte – attraverso i flussi di cassa

² Nella prima versione del Codice con l'intento di scoraggiare comportamenti opportunistici il Legislatore aveva introdotto la necessità che il soggetto, diverso dal debitore, in capo al quale l'azienda era destinata a proseguire nell'esercizio, si facesse carico di garantire per almeno un anno dall'omologazione la salvaguardia di una quota qualificata dei lavoratori dell'impresa trasferita. Nella precedente versione disponeva, infatti, la norma del comma 2 dell'art. 84 che la continuità è indiretta in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa delle attività da parte del soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o qualunque altro titolo ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. La limitazione nella "sola" misura possibile appare essere una previsione normativa più coerente e aderente alla realtà dei contesti di risanamento aziendale.

(*cash flow*) generati per effetto dell'esercizio dell'azienda trasferita da parte della new co, si rientrava nell'ambito del concordato con continuità aziendale indiretta³.

Tale ipotesi interpretativa trovava conforto nella previsione di cui all'art. 186-bis, comma 2, lett. a), L.F. ove si prevedeva che «*il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), avesse dovuto contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*».

Infatti, se il prezzo fosse immediatamente pagato, non avrebbe senso richiedere un business plan dei flussi generati dall'azienda trasferita.

Nell'ambito della continuità indiretta si possono prospettare due ipotesi:

- esercizio diretto dell'azienda da parte della “*old legal entity*” in crisi (o *bad company*), cui faccia seguito la cessione o il conferimento;
 - esercizio indiretto (temporaneo) dell'azienda – tramite un contratto d'affitto o un contratto preliminare, anche stipulato anteriormente⁴ all'accesso alla procedura – da parte di una new co *in bonis* (o *good company*), cui faccia seguito la cessione o il conferimento.
2. Piano di concordato nella continuità indiretta (con esercizio indiretto dell'azienda)

Come poc'anzi descritto, e veniamo al motivo della presente disamina, l'argomento che si ritiene degno di maggiore attenzione risulta essere la complessa attività di controllo che occorrerebbe esplicitare, sia da parte del Tribunale che del Commissario giudiziale (se nominato), in caso di proposta concordataria indiretta con affitto d'azienda.

Pare, a questo punto, opportuno operare una ulteriore distinzione tra continuità indiretta tipica e continuità indiretta atipica, nei seguenti termini:

- a. continuità indiretta **tipica** con cessione d'azienda (in esercizio):
tale fattispecie si verifica nel caso in cui il prezzo (che costituisce la c.d. provvista per il pagamento dei creditori concorsuali) sia pagata a rate ed origini dei *cash-flow* alla cessionaria;
- b. continuità indiretta **tipica** con conferimento d'azienda (in esercizio):
tale fattispecie si verifica nel caso in cui la provvista per il pagamento dei creditori concorsuali consista in flusso di dividendi ed origini dai *cash-flow* della conferitaria;

³ È noto che la giurisprudenza ha ampiamente dibattuto sui criteri di qualificazione del concordato c.d. “misto” sulla base della prevalenza dell'origine dei flussi di cassa. Si veda ad esempio l'ampia prospettazione contenuta nella sentenza del Tribunale di Bologna, 7 aprile 2016 n. 59/2016, su ilfallimentarista.it.

⁴ Con l'introduzione specifica di prevedere, all'interno della continuità, un contratto d'affitto ponte stipulato, anche anteriormente, il legislatore mira a superare la dibattuta interpretazione sull'applicabilità o meno della disciplina del precedente art. 186bis, l.f.

- c. continuità indiretta **atipica** con cessione o conferimento d’azienda (in esercizio): tale fattispecie si verifica nel caso in cui la provvista per il pagamento dei creditori concorsuali consista nel trasferimento del prezzo all’atto del pagamento o del trasferimento delle quote azione, sempre dietro garanzia.

Al fine di tutelare i creditori e, come ampiamente già descritto, il mantenimento del complesso aziendale quale bene primario di natura macroeconomica di sistema, occorrerebbe prendere in considerazione alcune operazioni che il Tribunale ed il Commissario giudiziale, se nominato, dovrebbero porre in essere, quali strumenti di vero e proprio monitoraggio (assurance) sia della *old entity*, che predispose il piano, sia che della *new co* (cessionaria) che dovrebbe sostenerlo.

Infatti, sia il Tribunale che il Commissario, al fine di pervenire ad una corretta e puntuale valutazione sulla sostenibilità del piano proposto dalla *Old* non può esimersi dal valutare l’impatto che tale impegno produrrà sulle finanze e sulla stabilità economico finanziaria della *new co* che andrà a costituirsi, o della cessionaria già in essere.

Opportuno sarebbe procedere, a seguito dei controlli previsti dal Codice, in merito al piano proposto dalla ricorrente ad una serie di controlli anche sulla società che dovrà poi, di fatto, mantenerli.

In merito alla **cedente**, nell’ambito del piano di concordato in continuità diretta, tipica o atipica, con cessione dell’azienda, diversi dovranno essere gli elementi del piano che andranno a comporre la proposta concordataria.

Siamo però in una fase già “conosciuta” dalla prassi giurisprudenziale in quanto il piano dovrà essere verificato in termini di ragionevolezza e idoneità a soddisfare i creditori nella percentuale loro proposta.

Il Piano della *old entity* dovrà quindi, sinteticamente, prevedere:

- nel caso in cui sia la società debitrice a “traghetare” l’azienda o rami di essa sino alla cessione prevista nell’ambito del piano concordatario⁵, sarà necessario redigere un piano finanziario sino all’incasso del saldo prezzo dell’azienda che individui i flussi in entrata e in uscita derivanti dal temporaneo esercizio dell’attività (o anche solo relativi alla “sopravvivenza aziendale”) onde far comprendere quali saranno le risorse che verranno ricavate a beneficio dei creditori, ovvero lo sforzo che questi ultimi saranno chiamati a “sopportare” al fine di una maggior futura entrata derivante dalla cessione dell’azienda in funzionamento⁶;

⁵ Si ricorda che, come già previsto nell’art. 163-bis, l.f., anche il nuovo art. 91 del CCII prevede la necessità per il Tribunale di provvedere alla ricerca di possibili offerte concorrenti rispetto a quella individuata dal debitore.

⁶ Attenendosi al principio scritto nella Sezione I del Capo II, dedicata agli obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell’insolvenza, l’art. 4, comma 1, lett. c), impone al debitore di gestire l’impresa durante la procedura nell’interesse prioritario dei creditori.

- in caso, invece, di affitto dell'azienda (anche stipulato in data anteriore al deposito della domanda di concordato), molteplici saranno gli aspetti che dovranno essere valutati dagli Organi della procedura a fronte degli intrinseci rischi che derivano dalla necessità prioritaria di salvaguardare l'attivo a servizio dei creditori. Quelli principali, senza voler avere la presunzione di un'elencazione esaustiva diversa caso per caso, possono essere così riassunti:

a) la congruità dei canoni⁷

La dottrina ha proposto varie metodologie per determinare l'adeguatezza dei canoni di locazione. Il valore economico del canone d'affitto congruo può essere stimato applicando al valore del capitale dell'azienda un tasso (i) di congrua remunerazione⁸. Il calcolo del valore dell'azienda dipenderà dal metodo utilizzato, ed è funzione precipua dell'effettivo stato di crisi in cui versa l'azienda. Nella generalità dei casi, tra le varie metodologie di stima presenti nell'ambito delle valutazioni delle aziende, si è propensi ad optare per un criterio che tenga principalmente conto delle attività materiali oggetto di cessione, in quanto di facile individuazione e stima, e perché dotate di una sostanziale tenuta di valore nel tempo. Per effetto di tale impostazione, la verifica della congruità del canone dovrà essere demandata ad un perito all'uopo nominato, qualora i flussi che derivano dal contratto di affitto abbiano particolare rilevanza nel piano;

b) i meccanismi di controllo della gestione dell'affittuario e le garanzie rilasciate.

A tutela della procedura, il Tribunale e il Commissario Giudiziale, se nominato, saranno tenuti a verificare la presenza di opportuni strumenti di controllo e garanzia dell'andamento del contratto, al fine di scongiurare variazioni negative di valore dell'azienda attribuibili a cattiva conduzione da parte dell'affittuario quali:

- richiesta di fidejussioni bancarie a prima richiesta o cauzioni in denaro;
- modalità e periodicità di ispezione dell'azienda;
- criteri di quantificazione del giusto indennizzo o sua rinuncia preventiva;
- previsione di un'offerta irrevocabile di acquisto dell'azienda ed eventuali diritti di prelazione;
- possibilità di imputazione dei canoni in conto prezzo;
- disciplina del trattamento dei rifiuti industriali presenti e/o generati dall'azienda;
- disciplina delle spese di manutenzione e delle eventuali spese incrementative;
- previsione di clausole specifiche relative alla gestione del magazzino (quali contratti estimatori).

Come accennato nei paragrafi che precedono, ancorché non espressamente

⁷ Per un ulteriore approfondimento si veda il documento redatto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili redatto a marzo 2016.

⁸ Per un primo riferimento ai vari criteri elaborati in letteratura per la stima del congruo canone d'affitto veda Carnevali e Tarabusi, *Composizione negoziata della crisi: la stima della liquidazione del patrimonio*, in www.dirittodellacrisi.it 7.1.2022 e in Bonfatti e Guidotti (a cura di), *Il ruolo dell'Esperto nella Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa*, Giappichelli, 2022, 361 ss., ove ampi riferimenti di letteratura.

previsto dal nuovo Codice della Crisi, sarà possibile per il Tribunale dover entrare nel merito del Piano di risanamento redatto dalla New Co⁹, nonostante questa possa essere un soggetto assolutamente terzo al debitore, ma condivida con quest'ultimo il comune interesse alla buona riuscita del piano di concordato. In merito alla cessionaria che dovrà sostenere la fattibilità, quindi, sia il tribunale che il Commissario, dovrebbero analizzare i cosiddetti punti di interesse (*follow-up*):

1. strumenti contrattuali;
2. bilanci annuali ed infra-annuali (così come previsto dall'OIC 6);
3. montante debitorio prospettico a seguito dell'impegno nei confronti del piano concordatario;
4. prospetti di *cash-flow*, e sostenibilità degli stessi;
5. covenant e controlli sui soci della cessionaria;
6. capacità di richiedere e, soprattutto, ottenere garanzie bancarie per il compimento di tutto quanto previsto dal piano;
7. analisi di sensitività in merito a possibili operazioni di "affitti-ponte".

A seguito delle operazioni testé riportate, che comunque andrebbero sicuramente parametrate e rimodulate in base alle attività, nonché alle dimensioni, delle società rientranti nelle operazioni concordatarie, ci si chiede se non si renda opportuno procedere alla redazione di un "piano gemello" che, affiancando quello previsto ai sensi dell'art. 84 CCII, supporti, integrandone le potenzialità, la valutazione in seno agli Organi della Procedura sulla sostenibilità delle operazioni prospettate dalla cessionaria al fine di giungere al compimento delle operazioni previste e programmate nei tempi e nei modi, appunto, concordati¹⁰. Ovviamente il "piano gemello" non dovrà dimostrare la congruità dei flussi di cassa liberi al servizio dell'indebitamento della ricorrente, ma la capacità della new co di poter superare le difficoltà patrimoniali ed economiche/finanziarie della precedente gestione. Per garantire siffatta analisi, il contenuto minimo del Piano¹¹ da allegare alla documentazione di procedura (o quello che gli Organi potrebbero richiedere in sede di integrazione) potrebbe essere così declinato:

- descrizione della situazione ereditata dalla Old co (possibilmente con una breve diagnosi della crisi che permetta di contestualizzare le inversioni di tendenza proposte) e della situazione obiettivo al termine del Piano;
- indicazione delle aree di attività o dei mercati di riferimento (anche diversi rispetto ai "precedenti"), dei processi operativi più significativi, della struttura

⁹ Si pensi ad esempio il caso in cui l'affittuaria non sia in grado di garantire i canoni di affitto d'azienda e il Tribunale abbia quindi necessità di valutare altre forme di garanzia, come il patrimonio dei soci ovvero la fattibilità del Piano di risanamento.

¹⁰ In merito alla continuità indiretta tipica con cessione d'azienda (in esercizio):

- per assicurare l'efficacia dei rimedi di cut off è necessario che la cessione sia sottoposta a condizione risolutiva ovvero che sia prevista la riserva di proprietà e siano contemplati adeguati meccanismi di controllo;

in merito alla continuità indiretta tipica con conferimento d'azienda (in esercizio):

- l'efficacia dei rimedi di cut off è limitata dalla circostanza che il conferimento non può essere sottoposto a condizione risolutiva o a riserva di proprietà, mentre è possibile contemplare adeguati meccanismi di controllo.

¹¹ Gli effettivi contenuti del Piano dipenderanno da una serie di circostanze quali il tempo e le risorse manageriali, le informazioni disponibili, la tipologia del business, i possibili effetti fiscali, ecc.

- organizzativa e manageriale;
- indicazione del personale dipendente che si intende mantenere, criteri di scelta ed eventuale necessità di sottoscrizione di accordi sindacali;
- illustrazione delle strategie di risanamento che dovranno essere coerenti con lo scenario competitivo ed ambientale di riferimento, tenendo in considerazione eventuali informazioni prospettiche disponibili, nonché attendibili, ossia ragionevoli e dimostrabili;
- dimostrare la possibilità di raggiungimento di un equilibrio patrimoniale ed economico/finanziario e la sua sostenibilità nel tempo.

EFFETTI FISCALI

Le plusvalenze derivanti dalla cessione dell'azienda del debitore in concordato, o di rami della stessa, rientrano nel regime di non imponibilità sancito dall'art. 86, c. 5, del D.P.R. 917/1986.

L'unica eccezione sembrerebbe riguardare le plusvalenze e minusvalenze derivanti dalla cessione di beni non strategici, effettuate nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale «diretta» (risposta ad interpello n. 462 del 31.10.2019) alle quali risulterebbero pertanto applicabili le regole generali di determinazione del reddito d'impresa, con l'effetto che le stesse rilevano nell'esercizio di competenza.

Ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs. 446/1997, nella determinazione della base imponibile IRAP delle società di capitali è invece sempre irrilevante la plusvalenza derivante dalla cessione dell'azienda.

Sempre con riferimento ai possibili effetti fiscali della cessione aziendale nell'ambito delle procedure concorsuali è bene ricordare come il comma 5-ter del D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158 abbia eliminato la responsabilità solidale tributaria con riferimento alla circolazione delle aziende nell'ambito dei concordati preventivi e delle altre procedure concorsuali.

2 LA CONTINUITÀ AZIENDALE NELLA NUOVA DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Il D.Lgs. n. 83/2022 del 17 giugno 2022 ha apportato una sostanziale modifica del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.Lgs. n.14/2019, entrato in vigore il 15 luglio scorso.

In materia di concordato preventivo, l'articolo 84 è stato totalmente riscritto.

Presupposto soggettivo, ai sensi del primo comma dell'art. 84, risulta il medesimo della liquidazione giudiziale (art. 121): possono accedervi soltanto gli imprenditori commerciali non "sotto soglia" (art. 2, comma 1, lett. d)¹². Restano così fuori dall'ambito di applicazione del concordato gli imprenditori agricoli, che potranno accedere ad altri strumenti previsti nel CCII.

Presupposto oggettivo, l'accesso al beneficio del concordato è consentito all'imprenditore che si trovi in stato di crisi ovvero di insolvenza. La "crisi" nel CCII ha acquisito una propria dimensione autonoma, essendo definita nell'art. 2 del CCII (modificato dal D.Lgs. del 17.6.22, n. 83) come «*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*». Lo stato di "insolvenza" viene definito sempre all'art. 2 come «*lo stato del debitore che 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*».

Il concordato preventivo in continuità deve essere utilizzato come uno strumento di "prevenzione".

Tra le finalità del concordato c'è quella di realizzare, sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'articolo 87, «*il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*» mediante:

- la continuità aziendale;
- la liquidazione del patrimonio;
- l'attribuzione delle attività ad un assuntore;
- o in qualsiasi altra forma.

Il concordato preventivo riformato, sebbene consenta al debitore di individuare lo strumento idoneo per superare la crisi senza subire la pressione dei creditori **FORTI** operando una selezione dei crediti, tuttavia, non deve ledere i diritti dei creditori non aderenti, occupa un ruolo centrale in ambito sociale, rientra tra tutti quegli strumenti volti alla continuità aziendale (diretta o indiretta) in luogo della liquidazione giudiziale, con l'obbiettivo di tutelare l'interesse dei creditori e preservare i posti di lavoro.

¹² L'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

2.1 CONTINUITÀ DIRETTA E INDIRETTA (CCII ART. 84 C. 2)

2.1.1 “Valorizzazione della prosecuzione aziendale al di là del soggetto gestorio”

Prima dell’emanazione del CCII regnava un forte dissidio tra i sostenitori della continuità aziendale in senso soggettivo e i sostenitori della continuità in senso oggettivo. I primi reputavano requisito indispensabile per la continuità la prosecuzione dell’impresa da parte dell’imprenditore che richiedeva il concordato; i secondi valorizzavano, invece, la prosecuzione dell’attività di impresa indipendentemente dall’identità del suo artefice¹³.

La nozione di “continuità” presentava del resto profili di ambiguità e incertezze definitorie: per le più varie ragioni (spesso, se non sempre, fiscali) si è nel tempo dilatato a dismisura il perimetro della fattispecie “impresa”, includendovi anche le forme embrionali di attività (ad esempio la gestione immobiliare o la conduzione di un impianto fotovoltaico) che in molti casi più appropriatamente sarebbero definibili come mero godimento. A tacere dell’eterno dilemma della società *holding*¹⁴, per la quale dapprima si è fatto ricorso (con un certo successo giurisprudenziale) alla nozione di esercizio indiretto dell’attività delle controllate, per poi cavalcare, in un secondo momento, la costruzione dell’attività di direzione e coordinamento come una fase o una funzione imprenditoriale in sé¹⁵.

Con la conseguenza che, dopo aver qualificato come imprenditoriali tali attività, se ne deve concludere l’assoggettabilità alle procedure concorsuali (ricorrendo i requisiti dimensionali), per poi trovarsi in seria difficoltà quando si debbono applicare le disposizioni della normativa concorsuale che presuppongono, appunto, l’esercizio dell’impresa.

Il secondo motivo è che la legge fallimentare, come da più d’uno è stato rilevato,

¹³ Cassazione - Sentenza n.29742 del 19/11/2018 «anche quando l’azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell’ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l’azienda sia esercitata dal debitore o, come nell’ipotesi dell’affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d’affitto – recante, o meno, l’obbligo dell’affittuario di procedere, poi, all’acquisto dell’azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) – può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell’azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l’avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile».

¹⁴ Su cui v. Abriani, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, in *Diritto della Crisi*, 25 marzo 2021.

¹⁵ La fattispecie di direzione e coordinamento nacque originariamente in ambito bancario, per legittimare il potere della Capogruppo di indirizzare le controllate, in funzione della soggezione ai poteri di vigilanza delle autorità creditizie (e alle relative responsabilità): in luogo di molti cfr. Costi, *L’ordinamento bancario*, Bologna, 1994, 566 e ss., ove ampi rife. Parte della dottrina (ma contra v. Costi, *op. loc. cit.*, spec. 570-574) ebbe a sostenere fin dai primi anni ’90 che le norme bancarie costituivano l’emersione normativa di un potere spettante a qualunque capogruppo. Con la riforma del diritto societario del 2003 la nozione di direzione e coordinamento fu introdotta nel diritto comune, essenzialmente quale criterio di imputazione di responsabilità. La letteratura ne ha poi ricavato l’*ubi consistam* per la costruzione di una autonoma attività imprenditoriale della *holding*, che si è poi cristallizzata in una ipotesi che oggi porta a dire che qualunque *holding* svolge un’attività di impresa. A ben vedere l’effettivo esercizio di una attività è questione di fatto cui dovrebbe seguire la qualificazione giuridica, non il contrario (lo dimostra, se mai ve ne fosse bisogno, art. 2497-*sexies*, che pone una presunzione solo relativa). Andrebbe poi ulteriormente dimostrato che tale attività ha carattere di impresa.

all'art. 186-bis l.f. conteneva un catalogo strutturalmente disomogeneo di fattispecie: prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, cessione dell'azienda in esercizio e conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società sono tre ipotesi che ben poco hanno in comune in punto di effetti giuridici¹⁶ e imponevano perciò all'interprete di individuare un altro criterio, verosimilmente funzionale, per ricondurre tale eterogeneità casistica ad unità di *ratio* e di trattamento. Criterio che, giocoforza, non poteva che essere individuato – come ormai pacificamente da anni aveva chiarito la suprema Corte – nel diverso profilo dello specifico rischio incrementale gravante sul ceto creditorio in tutti e tre i casi ivi delineati.

Il terzo motivo è che non è nemmeno predicabile con certezza che la stessa legge fallimentare assumesse una nozione unitaria di continuità aziendale, posto che le diverse disposizioni che la menzionavano non erano tutte coeve e sono state introdotte per finalità e nell'ambito di quadri culturali e *humus* legislativo assai variabili nel tempo.

È innegabile, infatti, che l'originario art. 186-bis, pur nella indubbia volontà di favorire la salvaguardia dei valori aziendali attraverso la prosecuzione dell'impresa, si preoccupasse soprattutto di circondare tale prosecuzione di cautele e di limiti; è altrettanto innegabile che le disposizioni degli articoli 160, c. 4°, ultimo periodo e l'art. 163 comma 5°, introdotte dal d.l. 83/2015, avessero invece una *ratio* di puro e semplice favore per la continuità.

Il che aveva indotto qualche interprete, che preferiva l'esegesi frammentaria delle diverse disposizioni alla loro riconduzione ad unità dommatica, ad operare una riduzione teleologica delle fattispecie agevolative introdotte dal d.l. 83/2015, ricercando un qualche criterio¹⁷ che consentisse, nonostante il formale espresso richiamo all'art. 186-bis l.f., di affermare che le soglie di favore previste dagli artt. 160, c. 4°, ultimo periodo e 163 c. 5° si applicavano solo ad un sottoinsieme delle fattispecie sussumibili sotto tale ultima disposizione.

È allora ragionevole ipotizzare¹⁸ che, almeno in termini di prima approssimazione, la “continuità aziendale” assunta come fattispecie delle norme concorsuali non coincidesse (e a bene vedere forse non coincida nemmeno oggi) esattamente con la nozione giuscommercialistica¹⁹, e che debba invece essere

¹⁶ La c.d. continuità diretta non incide sull'assetto organizzativo dell'azienda né sulla sua titolarità; la cessione d'azienda vede un mutamento soggettivo del titolare del compendio ed è inquadrabile pacificamente tra gli atti dispositivi del patrimonio (qualità predicabile anche dell'affitto puro e dell'usufrutto, che tuttavia trasferiscono solo il godimento e non la titolarità né il potere di disposizione); il conferimento è, prima di tutto, un atto di nuova articolazione del patrimonio del fallito mediante la segregazione dell'azienda in un ente metaindividuale, per quanto pacificamente avente effetti traslativi.

¹⁷ Verosimilmente da ancorare a canoni costituzionali di ragionevolezza e di meritevolezza *sub specie* di utilità sociale.

¹⁸ Interessanti riflessioni sul punto sono svolte da App. Venezia, 3.6.2021 RG n. 619/2021, pubblicata su ifallimentarista.it, su ilcaso.it e su ntplusfisco.ilsole24ore.com, che dopo aver richiamato l'orientamento di legittimità per cui le società aventi oggetto commerciale assumono la qualifica di imprenditori sin dalla costituzione (Cass. 10.2.2020 n. 3026), osserva tutta via che la valutazione ex art. 186-bis è altro e diverso profilo, che richiede l'accertamento di quale sia l'attività in concreto esercitata e se tale esercizio costituisca parte del piano.

¹⁹ E più precisamente né con la nozione di “esercizio dell'attività di impresa”, né – come forse è tautologico ricordare - con quella di “continuità aziendale” di cui all'articolo 2423-bis, comma 1°, n. 1), c.c. e al principio di revisione ISA Italia n. 570.

ricostruita in funzione della sussistenza, o meno, dei bisogni di protezione sottesi alla disciplina originaria dell'art. 186-*bis* (e oggi dell'art. 84 CCII) e, laddove se ne assuma la non perfetta sovrapponibilità, ai requisiti di “meritevolezza” (o “non abusività”).

D'altra parte, per restare alla fattispecie tipica dell'art. 186-*bis* (oggi, art. 84 CCII), non può nemmeno assumersi che la nozione fallimentare di “continuazione dell'attività di impresa” sia un semplice sottoinsieme della fattispecie civilistica: se è (almeno astrattamente) possibile ipotizzare contesti in cui un'attività civilisticamente qualificata come esercizio d'impresa non rientri nella “continuità diretta”²⁰, è del pari teoricamente ipotizzabile anche un'attività che, pur collocandosi nella fase disgregativa finale del compendio aziendale²¹, possa assumere la allocazione di un rischio di perdite incrementali in danno della massa²² e vada pertanto assoggettata alle cautele di cui allora l'art. 186-*bis* e oggi l'art. 84 CCII circondano il “concordato con continuità aziendale”.

Nel vigore della legge fallimentare un primo indirizzo – maggiormente restrittivo – affermava che la continuità postulerebbe la prosecuzione diretta, con esclusione, quindi, dell'affitto dell'azienda, in relazione al quale l'imprenditore si limiterebbe a percepire il canone di locazione e ad utilizzarlo, tra l'altro, per il soddisfacimento dei creditori concordatari, così che il rischio di impresa verrebbe trasferito interamente sull'affittuario e i creditori dell'imprenditore in crisi non parteciperebbero di fatto allo stesso²³. Inoltre, in siffatto contesto, risulterebbero del tutto superflue l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura, nonché l'attestazione che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Infine, tale fattispecie non sarebbe stata compatibile con il dettato normativo dell'art. 186 bis l.f.,

²⁰ È il caso della società *holding*, se si assume che qualunque *holding* sia un'impresa per il diritto commerciale.

²¹ E quindi verosimilmente dopo la cessazione dell'impresa. Il tema del momento in cui possa dirsi cessata l'attività d'impresa è anch'esso assai dibattuto. Si veda, tra molti, la lucida trattazione di Buonocore, *L'impresa*, Torino, 2002, 168 ss.

²² Per fare un esempio estremo: si ipotizzi un'impresa senza più clienti, e quindi senza più ricavi, che abbia liquidato gran parte del suo complesso aziendale, e che tuttavia possieda un cespite (ad esempio un altoforno) per il quale non possa essere interrotto il funzionamento prima della sua cessione: pur non prevedendosi alcun ricavo, ed essendo ormai disgregata l'azienda, il piano di concordato dovrà prevedere una serie di flussi legati ai costi di mantenimento dell'impianto in esercizio (personale, manutenzioni, materiali di consumo, smaltimento residui e scarti, ecc.) che, verosimilmente, dovranno essere adeguatamente pianificati ed attestati ex art. 186-*bis*.

²³ In dottrina, l'argomento è sviluppato in modo approfondito da Mandrioli, *L'affitto d'azienda nel concordato preventivo*, in Giur. Comm., 2019, I, 357 ss., specie al § 4, ove amplissimi riferimenti di letteratura e giurisprudenza. Osserva in particolare l'A. che in caso di affitto «*il rischio d'impresa e l'incertezza circa i risultati economici della continuazione dell'attività d'impresa — a fronte dei quali il legislatore ha, per l'appunto, predisposto un apparato informativo potenziato a protezione dei creditori concorsuali — grava non su questi ultimi, ma esclusivamente sull'affittuario*». Conclusione certamente condivisibile, ancorché si debba tuttavia precisare che, se il rischio di impresa non grava più (o almeno non direttamente come rischio del risultato dell'attività) sul concedente, questi tuttavia lo sopporta indirettamente almeno in parte, *sub specie* di rischio di insolvenza dell'affittuario e/o di depauperamento/disavviamento dell'azienda. V. anche Lamanna, [Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale](#), in [ilfallimentarista.it](#), 18.6.2015; D. Galletti, [La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda](#), in [ilfallimentarista.it](#), 3.10.2012.

che fa riferimento, tra le modalità del concordato in continuità, alla cessione dell'azienda "in esercizio", da intendersi come esercizio dell'originario debitore²⁴.

Secondo un altro indirizzo, invece, andava data una lettura oggettiva della continuità, con la conseguenza che si ritenevano riconducibili alla fattispecie di concordato con continuità aziendale tutte le ipotesi che prevedessero l'affitto dell'azienda in esercizio ad un soggetto terzo²⁵.

Tale ultimo indirizzo si articolava poi in diverse posizioni.

In particolare, secondo alcune pronunce di merito, la proposta concordataria ed il relativo piano possono dirsi in continuità quando la proponente preveda esplicitamente l'obbligo di acquisto dell'azienda in capo all'affittante²⁶.

Altri ancora hanno sostenuto che la gestione dell'azienda in esercizio mediante affitto di azienda possa essere espressione di continuità aziendale, solo laddove il canone non sia fisso, ma parametrato all'andamento dell'impresa²⁷; ovvero che la continuità sussista quando il canone sia previsto in misura variabile, sia ancora quando esso, pur previsto in misura fissa, non sia garantito, così che la fattibilità del piano in continuità e la sua funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori richiedano anche una valutazione prospettica sull'andamento della gestione dell'affittuario²⁸.

Si è altresì sostenuto anche che il collegamento "quantitativo" del canone alla "produttività aziendale" – riconducibile all'attività condotta dal terzo/affittuario – consentirebbe più agevolmente di ravvisare una permanenza, sia pur indiretta, delle condizioni di rischio di impresa in capo all'imprenditore proponente, senza alcuna sostanziale soluzione di continuità²⁹.

In letteratura, la riconducibilità sia dell'affitto di azienda "ponte" (cioè finalizzato alla successiva cessione), sia di quello c.d. "puro" (cioè non prodromico alla cessione) all'ambito applicativo del concordato con continuità ex art. 186 bis l.f. è stata sostenuta da alcuni autori³⁰.

²⁴ Ex multis App. Firenze, 5.4.2017, n. 760; Tribunale Busto Arsizio, 1.10.2014; Tribunale Ravenna 22.10.2014; Tribunale Terni 2.4.2013; Tribunale Terni 12.2.2013; Trib. Trento 6.4.2013; Trib. Pordenone 4.8.2015; Trib. Arezzo 27.2.2015.

²⁵ Cfr. ad es. Tribunale Cuneo 29.10.2013 in ilcaso.it: «*Nel concordato preventivo la previsione dell'affitto come elemento del piano concordatario, purché finalizzato al trasferimento dell'azienda e non destinato alla mera conservazione del valore dei beni aziendali al fine di una loro più fruttuosa liquidazione, deve ritenersi riconducibile all'ambito disciplinato dall'art. 186-bis l.fall.*» e Tribunale Ravenna, 15.1.2018 in ilcaso.it.

²⁶ Cfr. ad esempio Tribunale Monza, 11.6.2013, decr.; Tribunale Avezzano, 22.10.2014.

²⁷ Tribunale Ravenna, 29.10.2013.

²⁸ Cfr. ex multis Tribunale Firenze, 19.3.2013; Tribunale Bolzano, 27.2.2013; Tribunale Bolzano 8.2.2013; Tribunale Cuneo 29.10.2013.

²⁹ Tribunale Terni, 28.1.2013, che ha escluso la compatibilità del contratto di affitto di azienda con il concordato con continuità ex art. 186 bis LF in caso di canone pattuito in misura fissa, sul presupposto che, in tal caso, le condizioni di rischio di impresa sussistono esclusivamente in capo all'affittuario e non anche alla generalità dei creditori; in senso analogo, Tribunale Avezzano, 22.10.2014, cit.

³⁰ Arato, *Questioni controverse nel concordato preventivo con continuità aziendale: il conferimento e l'affitto d'azienda, il pagamento ultrannuale dei creditori privilegiati, l'uscita dalla procedura*, in ilcaso.it., 9.8.2016, 10-11; Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in Fallimento, 2013, 1101; Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in ilcaso.it, 4.8.2013, 9. In senso contrario, seppur con posizioni diverse tra loro, si sono espressi ad esempio, oltre a Mandrioli (cit. a nota 23) ove ampi riff., Lamanna, *La legge fallimentare dopo il decreto sviluppo*, Milano, 2012, 58; Di Marzio, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in

Un primo punto fermo è stato posto dalla Cassazione (Cass. n. 29742/2018), primo arresto di legittimità in materia, che riconduce l'affitto di azienda – sia esso “puro” ovvero “ponte”, sia esso anteriore o posteriore all'accesso alla procedura e/o alla presentazione della relativa domanda – al concordato in continuità.

La Cassazione mostra di aderire alla tesi della continuità aziendale in senso oggettivo, fatta propria dal legislatore della riforma organica del 2019-2022, affermando il seguente principio di diritto: *«il concordato con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-bis l. fall. è configurabile anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto - recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) - può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile».*

Una più recente pronuncia della Corte (Cass. 15.1.2020, n. 734) ha statuito che: *«il concordato preventivo in cui alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale rimane regolato nella sua interezza, salvi i casi di abuso, dalla disciplina speciale prevista dalla L. Fall., art. 186-bis, che al comma 1 espressamente contempla anche una simile ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito; tale norma [recte: disposizione – n.d.r.] non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnato una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori».*

La Corte in particolare argomentava sulla base della considerazione che il contesto normativo previgente non consentiva di ipotizzare un novero di possibili forme di concordato (liquidatorio, in continuità, misto con prevalenza dell'una o dell'altra componente) ma individuava, più semplicemente, un istituto di carattere generale, regolato dalla L. Fall., artt. 160 e ss., e una ipotesi speciale rispetto ad esso, prevista dalla L. Fall., art. 186-bis. La terminologia di concordato misto è stata utilizzata, in termini descrittivi, per individuare un concordato di contenuto complesso il cui piano preveda, accanto a una continuazione dell'attività d'impresa, una liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio della stessa. Il dato normativo non

ifallimentarista.it, 2013, 4, secondo il quale *«continuità aziendale e affitto d'azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità non può esservi affitto d'azienda; dove vi è affitto d'azienda non vi è continuità»*; Galletti, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, ivi, 2012, 3; Vitiello, *Brevi e scettiche considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, ivi, 2013, 2; Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento* n. 10/2013, 1222 et seq.; Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, 194, secondo il quale *«il debitore, pur se non perde la qualifica di imprenditore si trasforma in “imprenditore quiescente” perché solo al momento della cessazione del contratto di affitto riprenderà, a pieno, il suo ruolo».*

evoca alcun rapporto di prevalenza di una parte dei beni rispetto all'altra a cui è riservata diversa sorte, ma fa riferimento alla liquidazione dei beni «non funzionali all'esercizio dell'impresa», implicitamente ritenendo che quelli funzionali siano invece destinati alla prosecuzione dell'attività aziendale.

La regola prevista dalla disposizione non riguarda la quantità delle porzioni a cui sia affidato un diverso destino (e la conseguente prevalenza dell'una rispetto all'altra in funzione delle risorse da devolvere alla soddisfazione dei creditori), ma la funzionalità di una porzione dei beni alla continuazione dell'impresa in uno scenario concordatario.

In estrema sintesi, pertanto, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, «una componente di **qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale**»³¹ imponeva di applicare l'art. 186-bis nella sua interezza.

L'art. 84, c. 2, pone rimedio al dissidio dottrinale, tracciando definitivamente la distinzione fra continuità diretta e indiretta: la continuità è **diretta** ogni qualvolta l'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, sia esso stesso a proseguire l'attività, ovvero **indiretta**, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore attraverso la cessione, l'usufrutto o il conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo.

Sembrirebbe quindi che la continuità c.d. "indiretta" debba ritenersi ormai positivamente codificata, anche per i casi limite (affitto di azienda) che avevano indotto parte della dottrina a sostenere la loro irriducibilità alla disciplina dell'art. 186-bis l.f.³²

2.1.2 La distribuzione del valore nel concordato in continuità

Il comma 3 del nuovo articolo 84 precisa che, nel concordato in continuità aziendale, i creditori possono essere «soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta». L'importante è che «la proposta di concordato preveda per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa».

Il comma 5 dell'articolo 84 ribadisce il principio secondo il quale «i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della

³¹ Il principio è richiamato anche da Cass. 22/10/2020, n. 23139.

³² E vi sono Corti che hanno addirittura affermato espressamente che la disciplina di cui all'art. 84, c. 3°, CCII non possa essere considerato disposizione interpretativa, ma abbia natura schiettamente innovativa (App. Venezia, decreto 28 .9. 2020 n. 2576, su [Concordato in continuità, alt all'anticipazione del Codice | NT+ Fisco \(ilssole24ore.com\)](#), con nota di Acciario e Danovi) e che la soggezione dei creditori al rischio della continuità non sia una condizione per l'applicazione delle disposizioni sulla continuità.

quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente».

La quota residua del credito non soddisfatta sarà trattata come credito chirografario.

Il nuovo comma 6 dell'articolo 84 prevede invece una deroga al principio del soddisfacimento dei creditori in base alla graduazione delle cause legittime di prelazione (*absolute priority rule*).

Nel concordato in continuità aziendale «*il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione, è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore*».

Eccezion fatta per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n.1, cod. civ., che devono essere soddisfatti con la priorità dovuta sia sul valore di liquidazione che su quello prodotto dalla continuità, con la precisazione che deve essere rispettato il dettato dell'articolo 2116 cod. civ., che impone di corrispondere il dovuto ai prestatori di lavoro, anche in caso di inadempimento del datore di lavoro nel versamento dei contributi.

Se il concordato prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda senza che sia già individuato l'offerente, deve essere nominato un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione, assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.

Se invece il piano prevede l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 91, comma 1, in base alla disciplina delle offerte concorrenti.

La suddivisione dei creditori in classi è sempre obbligatoria nel caso di concordato in continuità aziendale; i creditori muniti di diritto di prelazione pregiudicati dalla proposta, in quanto non soddisfatti in denaro e integralmente entro centottanta giorni dall'omologazione, devono essere inseriti in apposite classi, così come devono essere inserite in classi separate le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi.

La nuova formulazione dell'articolo 86 prevede che il piano possa prevedere una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Per i creditori assistiti dal privilegio previsto dall'articolo 2751-bis, n. 1, cod. civ. può essere prevista una moratoria per il pagamento fino a sei mesi dall'omologazione.

2.1.3 *Contenuto del piano e voto*

L'articolo 87, relativo al contenuto del piano di concordato, prevede che debbano essere indicate:

- eventuali parti correlate al debitore;
- il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;

- la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta nonché, in caso di concordato in continuità, il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato;
- le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni.

A norma del comma 5 dell'art. 109, «*il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. In caso di mancata approvazione si applica l'articolo 112, comma 2. I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile, il termine di cui al quarto periodo è di trenta giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui al primo e secondo periodo, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta.*

Nel concordato in continuità aziendale, in presenza di opposizione da parte di un creditore dissenziente che eccepisce il difetto di convenienza del piano, il Tribunale omologa il concordato, quando secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura “**non inferiore**” rispetto alla liquidazione giudiziale (CCII art. 112 comma 3).

2.1.4 *L'obbligo di tempestiva attivazione del debitore*

La combinata lettura dell'art. 2, *definizione di crisi*, con l'art. 39, *obbligo del debitore che chiede l'accesso ad una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza*, fa comprendere il perimetro temporale in cui si dovranno muovere gli imprenditori, per far emergere tempestivamente la loro crisi prima che diventi insolvenza.

Tali articoli, rapportati con l'art. 375 CCII – assetti organizzativi dell'impresa – con il nuovo art. 2086 c.c. che tratta, tra gli altri temi, dell'emersione tempestiva della crisi (ora confluito nell'art. 3 del CCII), con l'art. 378 CCII, che tratta delle azioni di responsabilità per *mala gestio* nei confronti degli amministratori delle società di capitali e con il nuovo art. 379, che aumenta la platea delle società di capitali dove è obbligatorio l'organo di controllo, fanno comprendere la portata della riforma Rordorf, Orlando, Bonafede, Cartabia.

Una volta consolidato il codice della crisi, probabilmente, le misure premiali contenute consiglieranno l'imprenditore a determinare rapidamente ed in maniera efficiente al manifestarsi della crisi (e non dell'insolvenza) lo strumento più

conveniente per i creditori, ma anche per il debitore (*moral suasion*).

È possibile analizzare le situazioni virtuose in capo all'imprenditore che determinano il possibile accesso al concordato semplificato (ed all'esdebitazione) sino ad arrivare alla possibile falciatura dell'Erario anche in assenza della cosiddetta transazione fiscale (vecchio 182 ter ora art. 88 CCII) e della attestazione 160 2° comma ora 88 CCII.

Si tratterà di una procedura liquidatoria, assai semplificata, basata sulla cessione dell'azienda a terzi *competitor*, che, inevitabilmente, dovrà essere confrontata col risultato per i creditori, di altri 3 istituti, il concordato in c. indiretta, il concordato liquidatorio (art. 84 CCII) e la liquidazione giudiziale in esercizio provvisorio. (art. 211 CCII).

Con la nuova liquidazione giudiziale ed il nuovo esercizio provvisorio, magari dichiarati dal Tribunale durante la fase della composizione negoziata, allorché la crisi sta sfociando rapidamente in insolvenza, sarà possibile arrivare alla gara di vendita con un valore aziendale (fatturato, *intangibles*, maestranze qualificate, magazzino, rete vendita) ancora vicino ai livelli massimi della storia di quell'impresa, nell'interesse del debitore, dei creditori e dei lavoratori.

L'imprenditore, con il *business plan* alla mano, avrà tutto l'interesse a ben rappresentare all'esperto prima ed al Tribunale poi, i numeri, le cause e circostanze della sua crisi, evitando o riducendo le ipotesi di danno per azione di responsabilità (aggravamento del dissesto, mala gestio ecc.) passando rapidamente, in perfetta continuità, dalla fase in bonis a quella in procedura, all'innescarsi della crisi quando l'insolvenza sta per deteriorare marginalità ed orizzonte finanziario.

Il concordato preventivo, più costoso in termini di pre-deduzioni professionali, rimarrà una procedura marginale, risulterà utilizzabile solo nei veri casi di continuità diretta (occorrerà la massima rapidità a proporlo già nella fase di crisi) consentendo di affrontare le situazioni più disparate (si pensi allo scioglimento dei contratti), alla possibilità di effettuare gare per appalti pubblici, a superare i problemi generati dal DURC negativo ecc. con un piano di risanamento la cui fattibilità illumina la risoluzione dello stato di crisi e le prospettive di soddisfazione dei creditori.

Nel CCII, quella che si paventa come la maggior misura premiale, ovvero l'esdebitazione del debitore, viene definita come «la liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni» (art. 278 CCII).

È sparito ogni riferimento alla percentuale di riparto a favore dei creditori che la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 24215 del 14.10.2011 aveva interpretato investendo il giudice dell'esdebitazione di un potere autonomo valutativo che portasse a collimare il comportamento del debitore con gli organi della procedura, il suo diritto al *fresh start* ma anche il diritto dei creditori ad ottenere il massimo adempimento possibile.

L'art. 280 CCII dimostra dove è voluto arrivare il legislatore con l'architettura che domina il codice: la mancanza di atti in frode, da evidenziarsi all'ingresso in procedura (qualunque procedura) – art. 39 CCII punto 2 «il debitore deve depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore», la mancanza di condanne per bancarotta fraudolenta definitive o con procedimento in corso, il non aver ostacolato lo svolgimento della procedura ed aver fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i

documenti necessari per il buon andamento, non aver beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni.

In sostanza il Legislatore si è posto l’obbiettivo di salvaguardare, *in primis*, la continuità aziendale e, per raggiungere questo obbiettivo, introduce la definizione di crisi di cui all’art. 2 del CCII, le misure premiali di cui all’ art 25 bis e la nuova esdebitazione, semplificandola molto, ma sempre nell’ottica di trasmettere agli organi di giustizia, rapidamente ed in maniera efficiente, il piano delle cause e circostanze del dissesto nell’ottica di salvare la cellula aziendale. (art. 84 concordato in continuità diretta ed indiretta).

La fotografia dei valori aziendali, in primis quelli intangibili, rappresenta il lavoro professionale più nobile in capo agli advisor del debitore, laddove la contabilità generale ma soprattutto la contabilità analitica e i piani pluriennali (forecast) sono più importanti nell’ottica esdebitativa, dei risultati a favore dei creditori, poiché permettono il salvataggio dell’azienda e dei posti di lavoro.

Il dogma non è più il risultato economico a favore dei creditori, ma un tempestivo flusso informativo a favore del Tribunale sull’inizio della crisi, che permetta la massima valorizzazione, col piano, della continuità aziendale. L’assenza di atti in frode nel quinquennio permetterà la misura premiale finale cioè l’esdebitazione del debitore.

L’esercizio provvisorio nella liquidazione del patrimonio, se innescato nella fase di composizione negoziata, permetterà di calmierare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, ora semplificate e rese più “aggressive”, ribaltando completamente i criteri di SSUU 9100/2015, con la codificazione espressa del metodo giurisprudenziale dei netti patrimoniali o della differenza attivo – passivo (art. 2486 c. 3°, come modificato dall’art. 378 CCII).

Un ulteriore risultato premiale sarà, quindi, quello di tutelare gli organi di gestione da richieste risarcitorie.

La riforma Cartabia, Orlando, Bonafede, Rordorf, in piena armonia con la direttiva UE 1023 del 20.6.2019 stabilisce, così, le nuove priorità del debitore virtuoso.

2.2 IL PIANO NELLA CONTINUITÀ INDIRETTA CON AFFITTO D’AZIENDA³³

³³ «Anche nella continuità indiretta vi deve essere la prosecuzione della gestione aziendale da parte dell’imprenditore, solo che, a differenza della continuità diretta ove essa è di carattere duraturo, “qui si ha una gestione meramente interinale, volta principalmente a conservare il valore del complesso aziendale nell’ottica di una migliore cessione e realizzo del complesso aziendale”, di modo che, se nel piano concordatario non è contemplata la prosecuzione dell’attività, quanto meno allo scopo (non di realizzare il risanamento dell’impresa ma) di garantire il mantenimento dell’unità operativa dei complessi aziendali in vista della loro cessione (o del conferimento), da cui ricavare le liquidità necessarie per la soddisfazione dei creditori, non si è in presenza di un concordato in continuità, la cui normativa di favore si spiega proprio nell’ottica di trasferire un’azienda in esercizio (come ribadisce due volte l’art. 186 bis L.F.) allo scopo della migliore liquidazione. L’art. 86 bis spiega la Corte, prevede, oltre alle agevolazioni, anche cautele al fine di ridurre il rischio che la prosecuzione dell’attività si risolva in un danno per i creditori, per cui esso dispone che, quando il piano di concordato prevede la continuità aziendale in una delle tre forme ivi descritte, esso deve avere una maggiore analiticità e la relazione di attestazione ex art. 161, comma 3, deve contenere una specifica certificazione circa la convenienza della prosecuzione dell’attività di impresa per i creditori. Orbene l’art. 18 non fa alcuna riferimento a tale documentazione (infatti richiede quella di cui all’art. 161) né mai menziona l’art. 186

La nuova continuità anche indiretta deve basarsi sul piano della impresa debitrice e sulla capacità restitutoria del soggetto che rileva l'attività.

Il nuovo concordato preventivo in continuità (vecchio 186 bis l.f.) così recita all'art. 84 I comma, come emendato dal correttivo: «*L'imprenditore di cui all'articolo 121, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi, sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'articolo 87, il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assunto o in qualsiasi altra forma. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate. È fatto salvo il disposto dell'articolo 296*».

Anche l'art. 47 CCII prevede l'inammissibilità per chiara e palese inidoneità alla soddisfazione dei creditori e al perseguimento dell'obiettivo della conservazione dei valori aziendali. Lo squilibrio economico finanziario va superato, tramite il piano, mediante la tutela dei creditori e la salvaguardia dell'attività economica.

Con l'art. 84 CCII il legislatore ribadisce che la continuità ora tutela l'interesse dei creditori, ma temperando anche l'interesse dei lavoratori a preservare nella migliore misura possibile la loro occupazione.

Il mantenimento della continuità non è più, come nella vecchia versione ante correttivo per "qualsiasi titolo", ma prevede espressamente anche la cessione, l'usufrutto, il conferimento o l'affitto e addirittura la ripresa dell'attività cessata.

Parrebbe, quello del concordato con affitto e poi cessione d'azienda, un *escamotage* per eludere percentuale minima di soddisfo dei creditori chirografari e, oggi, il necessario apporto di risorse esterne pari ad almeno il 10%, facilmente rilevabile da parte del commissario, e del Tribunale al fine di rilevarne l'(in)ammissibilità, attraverso la lettura dei due piani (old e new co) per individuare i requisiti minimi di continuità: fatturato, posti di lavoro, commesse, clientela, marginalità.

Nel caso di affitto dell'azienda successivo all'istanza di composizione negoziata, che consente di qualificare il concordato come in continuità, i contratti in essere proseguono e vengono ceduti all'affittuario.

Nel caso invece di affitto di azienda anteriore alla domanda ex art. 12 CCII, il concordato potrebbe non essere qualificato come "in continuità" quando la stipulazione del contratto di affitto avviene prima della procedura, e al di fuori di essa, con la conseguente inapplicabilità delle norme sulla "continuità contrattuale" e sul pagamento dei fornitori (artt.186-bis, comma3, e 182 quinquies, comma 4, L.F. (ora artt. 97 e 100 CCII).

*bis, per cui per la presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato non è richiesta una indicazione (tanto meno analitica) 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, né una relazione che attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, che sono elementi connaturato alla continuità, diretta o indiretta che sia, e fatti propri dall'art. 186 bis L.F.» (Giuseppe Bozza, *Il "concordato semplificato" introdotto dal D.L. N. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla L. N. 147 del 2021 nella rivista Fallimenti e società, 2.3.2022).**

Le assunzioni della prova della sostenibilità, della fattibilità e della ragionevolezza del piano della *new co* sono:

- Descrizione dell'azienda e dei *competitors*;
- Strategie di governance in atto;
- Dati economici e finanziari del quinquennio;
- Analisi del prodotto/servizio;
- Analisi del settore/mercato;
- Diagnosi dello stato di crisi;
- Identificazione della strategia di risanamento: vendite, produzione, organizzazione e personale, investimenti, incertezze nelle previsioni;
- Manovra finanziaria, obiettivi, patrimonio netto, debito, fiscalità;
- Action plan;
- Analisi di sensitività.

3 CONTINUITÀ DIRETTA ED INDIRETTA E LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

Nel nuovo concordato preventivo non ogni forma di prosecuzione dell'attività costituisce «continuità aziendale»: il codice della crisi prevede anche casi in cui nel concordato liquidatorio siano previsti flussi della continuità.

In punto di disciplina esiste una netta distinzione tra concordati liquidatori e concordati in continuità: la prima tipologia è ammissibile solo se la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile e assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari (anche se degradati per incapienza del privilegio) in misura non inferiore al 20 per cento (art. 84 comma 4° del codice).

Il codice esprime invece un netto favore per i piani con continuità aziendale, nei quali non sono previste percentuali minime di soddisfazione, ed è addirittura sufficiente che ad alcuni creditori venga offerta la prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o l'acquirente dell'azienda. È inoltre previsto che il Tribunale possa omologare il concordato anche se una o più classi di creditori sono dissenzienti, purché sia rispettata la cosiddetta regola di priorità assoluta nella distribuzione del valore di liquidazione, mentre per la distribuzione del surplus della continuità vale la regola di priorità relativa, fatto salvo il pieno soddisfacimento dei dipendenti fino all'intera capienza dell'attivo.

Vista la diversa disciplina, assume fondamentale importanza distinguere i concordati in continuità da quelli liquidatori.

Ma su quali basi?

L'articolo 84 comma 3 del codice, già ricordato, sembrerebbe dettare una definizione: «nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta».

Come molti commentatori hanno già sottolineato il codice ha accolto l'orientamento della Cassazione, non solo nel riconoscere la continuità indiretta (mediante affitto o cessione dell'azienda), ma anche nel sancire che è sufficiente «una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale» per applicare nella sua interezza (salvi i casi di abuso) la disciplina speciale della continuità³⁴.

La soluzione non è tuttavia così semplice, giacché vi sono nel codice almeno due disposizioni che lasciano intendere che possa aversi prosecuzione dell'attività anche nel concordato liquidatorio: l'art. 95, c.2, che espressamente consente la prosecuzione delle commesse pubbliche «anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio», se l'attestatore conferma che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio; e l'articolo 99, c. 1°, che ammette la possibilità di finanziamenti prededucibili quando è prevista la

³⁴ (Cass. 734/2020, citata).

continuazione dell'attività aziendale, aggiungendo «anche se unicamente in funzione della liquidazione».

È quindi innegabile che il codice abbia prefigurato casi in cui la prosecuzione dell'attività è esclusivamente funzionale ad una ordinata liquidazione, come del resto già prevede il codice civile che, all'articolo 2487 c. 1° lett. c), prevede l'«esercizio provvisorio [dell'impresa], anche di singoli rami, in funzione del migliore realizzo».

Non si può, tuttavia, sostenere che le disposizioni citate si riferiscano all'ipotesi, molto comune, in cui l'imprenditore conserva una gestione interinale dell'azienda, in attesa della sua vendita ad un terzo: in questo caso, infatti, si tratterebbe pur sempre di un concordato in continuità, seppur indiretta.

Allo stesso modo, non parrebbero riferibili (salvo casi eccezionali) al caso dell'assuntore che rileva l'azienda dopo l'omologa: se, nelle more della procedura, il debitore continua a gestire l'azienda e ne ricava flussi di cassa impiegati per soddisfare i creditori, risulterà realizzata la condizione di cui all'articolo 84 c. 3 perché «*i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità*».

Gli articoli 95² e 99¹ del codice della crisi fanno, invece, espressamente riferimento ad ipotesi di concordato liquidatorio: non possono quindi applicarsi a fattispecie in cui ricorrono le condizioni per qualificare il piano come in continuità, diretta od indiretta.

È allora necessario individuare un criterio per tracciare una chiara distinzione tra piani liquidatori e piani con continuità, quando sia prevista in capo all'imprenditore la gestione interinale dell'azienda o la prosecuzione limitata di alcune commesse.

Un possibile criterio distintivo potrebbe essere fondato sul binomio sopravvivenza/disgregazione dell'organismo aziendale: ritenendo quindi che siano liquidatori tutti quei piani in cui la prosecuzione dell'attività (o di singole commesse pianificate) non siano destinate alla conservazione del complesso produttivo, ma a limitare il danno economico nella sua disgregazione.

Gli esempi possono essere numerosi: non solo il caso – espressamente previsto – di appalti pubblici in corso, facilmente estensibile in via analogica a commesse private; si pensi agli impianti (ad esempio un altoforno o un fotovoltaico) che possono essere spenti solo in modo graduale; oppure ad un'impresa del settore della moda, che pur destinata alla chiusura (magari per cedere all'asta solo il marchio) potrebbe avere, al momento dell'ingresso in procedura, una stagione in consegna, una in produzione e la terza con il campionario già fatto.

La qualificazione di simili piani come meramente liquidatori porta a concludere che in tali procedure non sarebbero ammesse né le ristrutturazioni trasversali, né la distribuzione secondo la priorità relativa. E, tuttavia, il piano dovrebbe egualmente illustrare i flussi attesi dalla continuità.

E, tuttavia, dovendosi supporre flussi operativi (di proventi, ma anche di oneri), il piano li dovrà dettagliatamente esporre (art. 87 c. 1 lett. f); l'attestazione del professionista (art. 87 c. 3) non dirà che il piano impedisce o supera l'insolvenza, ma dovrà confermare la sostenibilità di quei flussi.

Nel vigore della legge fallimentare il Tribunale di Bologna si era espresso con

un provvedimento pubblicato su vari portali³⁵ e poi confermato in appello³⁶.

In tali provvedimenti si intravedeva in effetti l’embrione di una lettura riduttiva della giurisprudenza della Cassazione, sopra richiamata e ormai consolidata (tanto da essere menzionata dal tribunale), sulla sufficienza di una pur minima componente di prosecuzione dell’attività per aversi continuità: parrebbe infatti trasparire il convincimento che sia meritevole dell’esonero dalla soglia del 20% solo il piano che, al termine dell’esecuzione, veda ancora un organismo imprenditoriale vitale. Parrebbe in sintesi che il Tribunale ritenga che nella continuità diretta il sacrificio imposto – oggi – ai creditori, limitando la responsabilità ex art 2740 c.c. del debitore, si giustificasse solo se – domani – ne derivasse un beneficio al sistema produttivo/economia del Paese.

Si tratta di una lettura certamente originale³⁷, ma non priva di fascino: pareva adombrare che le due fattispecie, 160 u.c. e 186-bis l.f., fossero contigue, ma non coestensive, e che si dovesse pertanto ricostruirle separatamente, in chiave teleologico-funzionale³⁸, individuando nel profilo del *rischio* l’esigenza di tutela sottesa ai maggiori oneri pianificatori ed asseverativi previsti dalla seconda disposizione, ed invece nell’*utilità sociale*³⁹ generata dal complesso produttivo che rimanesse vitale la *ratio* del beneficio accordato ai piani sussumibili sotto la prima disposizione.

Utilità sociale che, a ben vedere, pare *in re ipsa* nelle due fattispecie di cessione

³⁵ Trib. Bologna n. 70/2021 del 5.7.2021 su ilcaso.it e su eutekne.it.

³⁶ Corte di Appello di Bologna, 18.11.2021. Pres. De Cristofaro. Est. Guernelli, su www.ilcaso.it/sentenze/ultime/26453.

³⁷ Altri Tribunali avevano adottato una lettura restrittiva degli orientamenti della Cassazione. Ad esempio il Tribunale di Ravenna, con provvedimento 8.3.2021 (in eutekne.it), ha ritenuto che la soluzione adottata dalla Cassazione n. 734/2020 non può essere interpretata come idonea a “sdoganare” il concetto di continuità aziendale “irrisoria”, ma «*solo quelle proposte che abbiano contenuti reali di prosecuzione dell’attività aziendale, attraverso la messa a punto di un piano finanziario ed economico sostenibile e che sia funzionalmente rivolto al miglior soddisfacimento dei creditori*»; il Tribunale di Bergamo, decr. 14.7.2021 (in eutekne.it), aderendo a tale precedente afferma che «*possono ritenersi in continuità anche quei concordati in cui prevale nettamente la componente liquidatoria, ma solo alla condizione che la prosecuzione dell’azienda in esercizio rilevi, in primo luogo per il quid plus che ne deriva ai creditori avuto riguardo ai maggiori flussi che detta prosecuzione assicura, in secondo luogo per la gravidanza specifica - si potrebbe dire conformante - della sua componente "qualitativa", afferente - in via esemplificativa - la conservazione dei posti di lavoro, la tutela altrimenti preclusa degli intangibles aziendali e la salvaguardia degli effetti benefici sul tessuto sociale indotti dalla sopravvivenza di un’azienda*». Si trattava tuttavia di pronunce nelle quali, a leggere attentamente tra le righe, non si ravvisa alcun *quid plus* rispetto a quanto già contenuto nella giurisprudenza di legittimità che, in tutte le pronunce menzionate, fa sempre «*salve le ipotesi di abuso*»: e qualunque limitazione applicativa è, a ben vedere, giustificabile sul piano assiologico ricorrendo alla nozione di abuso, dispensandosi così da una indagine sui limiti della fattispecie non abusiva.

³⁸ E, forse, costituzionalmente orientata.

³⁹ 41 c. 2°, ma anche 42 c. 2° Cost. La suggestione che si ricava dal provvedimento felsineo pare essere alla base anche di Trib. Firenze, 12.2.2018, in Fallimento, 2018, 889 ss., con nota di Macagno, *Continuità aziendale effettiva verso apparente: i confini mobili del concordato preventivo hanno trovato un argine?*, ove si parla espressamente di «*continuità figurativa*» e di «*liquidazione assistita*», con il rischio di un’«*estensione generalizzata della norma di favore di cui all’art. 186-bis l. fall. a tutte le aziende formalmente attive anche se di fatto incapaci di consentire una prosecuzione dell’operatività anche sotto l’egida di un diverso imprenditore*».

dell'azienda in funzionamento e del suo conferimento in società⁴⁰, mentre ove l'attività sia proseguita direttamente dal debitore si sarebbe richiesto che tale prosecuzione non avesse una funzione meramente liquidatoria, ma che invece mirasse alla conservazione, anche oltre l'orizzonte di piano, di un organismo capace di generare valore per la collettività.

In altre parole, riportando tale interpretazione alla disciplina oggi vigente, e tenendo conto del disposto degli articoli 95 c. 2° e 99 c. 1° del CCII sopra menzionati, si potrebbe ritenere che laddove alla caratteristica strutturale della continuità (oggettiva prosecuzione dell'attività aziendale) si accompagni, in assenza di trasferimento/conferimento dell'azienda in funzionamento, un elemento funzionale liquidatorio perché la procedura concorsuale è destinata alla prosecuzione diretta dell'attività nelle more del procedimento liquidativo e disgregativo, si imporrebbe la qualificazione della procedura come liquidatoria e non in continuità, con conseguente necessità di applicare la relativa disciplina (tra cui, ad esempio, la necessità di una disponibilità di risorse maggiorata del dieci per cento rispetto all'ipotesi liquidatoria, e l'impossibilità di distribuire risorse secondo la *relative priority rule*).

Seppure, infine, non sia necessario alcun giudizio di prevalenza⁴¹, è pur sempre necessario che dalla continuità derivi almeno parte (non risibile o irrilevante) delle risorse destinate alla soddisfazione dei creditori⁴².

Pertanto si avrà continuità (indiretta) rilevante ai fini dell'applicazione della nuova disciplina solo laddove:

- a) la prosecuzione dell'attività non sia meramente funzionale alla disgregazione dell'azienda;
- b) da tale prosecuzione derivi un apporto di risorse (flusso positivo di gestione o ricavato della cessione dell'azienda) che contribuisca almeno in parte alla soddisfazione del ceto creditorio.

Anche laddove il piano non sia qualificabile in continuità, ma sia prevista la continuazione in funzione liquidatoria, sarà necessario che siano esplicitati i flussi di cassa attesi (positivi e negativi) e che questi siano oggetto di attestazione, pur restando il piano qualificabile come liquidatorio.

⁴⁰ Posto che in entrambi i casi il complesso produttivo continua ad esistere, anche se con un nuovo titolare: al punto che si è teorizzato che l'oggetto del trasferimento in tali casi sia l'impresa, e non solo l'azienda. Affrontare *funditus* il tema in questo contesto sarebbe indubbiamente un «*waste programme*».

⁴¹ Il d.l. 83/2022 ha introdotto nell'art. 84 c. 3° la precisazione che la soddisfazione deve derivare in «*misura anche non prevalente*» dai flussi della continuità (enfasi di chi scrive).

⁴² Così l'art. 84 c. 3° «*i creditori vengono soddisfatti [presente deontico – n.d.r.] ... dal ricavato prodotto dalla continuità*».

4 LA CONTINUITÀ INDIRETTA NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO

4.1 IL RAFFRONTO CON LE ALTERNATIVE PRATICABILI

Il concordato in continuità indiretta⁴³, il concordato liquidatorio⁴⁴ e il concordato semplificato vanno raffrontati con la liquidazione giudiziale, onde stabilirne la convenienza rispetto alla procedura liquidatoria per eccellenza.

Quando il concordato semplificato diventa concorrenziale con le altre procedure della continuità indiretta (art. 84 CCII), permettendo addirittura la falcidia dei crediti erariali pur in mancanza dell'art. 88 CCII (vecchio 182 ter l.f. cosiddetta transazione fiscale)?

Non sussiste obbligo del pagamento minimo ai creditori chirografari del 20%, come nel concordato liquidatorio, ma si può ricadere nell'ipotesi del concordato in continuità indiretta (affitto e poi cessione di azienda), senza voto dei creditori, e con numerosissime prospettive premiali⁴⁵, se vengono rispettati i seguenti punti (c.d. "Iron-test")⁴⁶:

- 1) l'esperto e l'ausiliario nelle loro relazioni – l'esperto prima della procedura di cui all'art. 22 CCII – devono certificare lo stato di crisi, non di insolvenza (o

⁴³ «In tale evenienza, il legislatore – chiaramente con lo scopo di “premiare” in forma indiretta l'imprenditore e, forse anche di “punire” il ceto creditorio, o, quanto meno, per indurlo a valutare con maggiore serietà l'obbligo di partecipare con oggettiva serietà alla fase di composizione – offre l'opportunità di una liquidazione agevolata, anche mediante eventuale continuità aziendale indiretta» di Salvatore Sanzo nella rivista www.ilfallimentarista.it, 20.7.2022.

⁴⁴ «La previsione del nuovo codice della crisi evidenzia chiaramente lo sfavore con cui è visto il concordato liquidatorio, al punto che, quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, è preferibile ricorrere alla procedura liquidatoria per eccellenza, a meno che non vi sia un apporto di risorse esterne tale da incrementare di almeno il dieci per cento la soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale; ed in questo quadro di riferimento alle percentuali di soddisfacimento dei creditori chirografari ribadisce la necessità dell'integrale pagamento dei creditori preferenziali nel rispetto del principio della inalterabilità dell'ordine delle cause legittime di prelazione (ripreso nel sesto comma dell'art. 85 CCII). Orbene il recente concordato semplificato rivaluta nuovamente la libertà discrezionale del debitore, al punto che l'imprenditore che accede al concordato semplificato può offrire qualsiasi soluzione ritenga opportuna purché rispetti quelle condizioni oggetto di valutazione per la omologazione sopra indicate; non solo, quindi, non è tenuto ad apportare risorse esterne, non solo non è tenuto ad offrire una quota minima ai creditori chirografari, ma non è tenuto neanche a soddisfare integralmente i creditori prelati, purché rispetti il principio dell'ordine dei privilegi che, come ha ribadito anche di recente la S. Corte, va interpretato nel senso che esso impone l'integrale pagamento del credito di rango superiore prima di soddisfare quello di grado inferiore». Giuseppe Bozza *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021* nella rivista *Diritto della crisi*, 5.10.2021.

⁴⁵ Salvatore Sanzo su www.ilfallimentarista.it, 20.7.2022 – I vantaggi che questo strumento offre rispetto al concordato p. tradizionale sono innumerevoli: per menzionare i più rilevanti basti pensare alla superfluità dell'attestazione, alla mancanza di un provvedimento di ammissione (essendo il Tribunale chiamato a vagliarne la ritualità), ma soprattutto all'assenza di un commissario, dell'adunanza dei creditori e del voto dei medesimi e, persino, delle tradizionali procedure competitive in sede di liquidazione.

⁴⁶ Per una ricognizione delle varie versioni di tale *iron test* nei primi pronunciamenti giudiziari, si veda Aliprandi e Turchi *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio alla luce delle prime pronunce di merito*, su www.ilfallimentarista.it, 29.11.2022.

quantomeno di insolvenza reversibile, se si ammette⁴⁷ che anche in tal caso sia consentito l'accesso alla composizione negoziata), al fine della tempestiva emersione dello stesso;

- 2) la crisi deve essere emersa tempestivamente grazie agli adeguati assetti di cui all'art. 3 del CCII e secondo gli indicatori del 3° comma;
- 3) i creditori tutti, nessuno escluso, devono ottenere un risultato dal concordato semplificato (5° comma art. 25 *sexies*)⁴⁸;
- 4) l'esperto deve aver dichiarato, *ab origine*, la ragionevolezza nel perseguire il piano di risanamento⁴⁹;
- 5) l'esperto deve aver dichiarato nella relazione finale che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede e che le soluzioni individuabili all'art. 23 commi 1 e 2 lettera b non sono praticabili (art. 25 *sexies* c. 1°, CCII);
- 6) esperto ed ausiliario devono certificare che la proposta non arreca pregiudizio rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale con esercizio provvisorio.

4.2 IL TRATTAMENTO DEI DEBITI FISCALI NEL CONCORDATO SEMPLIFICATO

In tema di falcidia del debito erariale, sia nel concordato in continuità indiretta che nel concordato liquidatorio l'art. 88 I comma CCII (Transazione fiscale) prevede che *con il piano di concordato il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza,*

⁴⁷ Si veda ad esempio Tribunale Bologna, 8.11.2022. Est. Atzori, su www.ilcaso.it, www.ilfallimentarista.it e www.dirittodellacrisi.it, per cui l'insolvenza non pregiudica l'accesso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi né tanto meno preclude l'applicazione o la conferma delle misure protettive e cautelari richiesta dall'imprenditore, a condizione che tale condizione risulti coerente alle finalità recuperatorie dell'istituto e quindi reversibile mediante interventi di risanamento utili al ripristino della solvibilità. *Contra* Trib. Siracusa, 14.9. 2022, Est. Maida, su www.ilcaso.it e www.dirittodellacrisi.it, per cui «*deve ritenersi precluso l'accesso alla composizione negoziata a quelle imprese che siano decote già al momento della richiesta di nomina dell'esperto. Lo stato di insolvenza al quale fa riferimento la disposizione contenuta nell'art. 9 del D.L. n. 118 del 2022 riguarda i soli casi in cui l'imprenditore risulti insolvente "nel corso della composizione negoziata", rimanendo dunque escluso che detta situazione di insolvenza possa sussistere già al momento del deposito della domanda di nomina dell'esperto per la composizione negoziata della crisi d'impresa*». Quest'ultima pronuncia è permeata dalla legittima preoccupazione di prevenire abusi dello strumento, che tuttavia andrebbero forse fronteggiati caso per caso, senza adottare una posizione aprioristica che rischia di penalizzare ingiustamente imprese, pur insolventi, ma obiettivamente risanabili.

⁴⁸ «*Col che sarebbe proprio il ricavo della dismissione dell'impresa in funzionamento, negoziata nel corso della composizione, a costituire la base dell'attivo del concordato semplificato; o ove questo attivo non fosse sufficiente a soddisfare anche i creditori chirografari, e come tali anche i creditori privilegiati degradati, il concordato semplificato potrà essere comunque "fattibile" con un modesto apporto di finanza esterna utile a garantire a questi ultimi quel "nummo" uno di cui si è precedentemente detto*». Giovanni La Croce *La conferma del concordato semplificato*, su ItaliaOggi La nuova crisi di impresa n. 6 del 20.7.2022

⁴⁹ Art. 17.

n. 5 «*l'esperto accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore, per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale*».

assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente. Se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

Nel concordato semplificato, invece, ove manca il voto dei creditori, non è richiamato l'istituto della cosiddetta transazione fiscale; tuttavia, se il piano prevede la falcidia dell'Erario tramite apposita classe, poiché nell'alternativa della liquidazione giudiziale il risultato non arreca pregiudizio ai creditori, allora parrebbe possibile ridurre il debito erariale.⁵⁰

La possibilità di falcidia dei crediti prelatizi nel concordato semplificato parrebbe possibile, siano essi anche tributari o previdenziali, ma sempre nei limiti previsti dalla specifica disciplina, secondo cui:

- a) va rispettato l'ordine di graduazione dei privilegi;
 - b) la proposta non deve arrecare pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale
 - c) deve comunque essere assicurata un'utilità a ciascun creditore⁵¹.
- Si tratta tuttavia di una conclusione dubitativa.

I primi provvedimenti applicativi⁵² escludono tale possibilità, basandosi proprio

⁵⁰ «La grande flessibilità dell'istituto che, rispettato l'ordine delle cause di prelazione, consente di offrire ai creditori qualsiasi tipo di soddisfazione, riverbera conseguenze anche nei confronti dei debiti erariali e degli enti previdenziali la cui posizione è equiparata a tutti gli effetti a quella degli altri creditori chirografari e privilegiati. Si comprende quindi il mancato riferimento del decreto all'art. 182 ter L.F. (transazione fiscale)». Giuliano Buffelli *Il concordato semplificato: profili fiscali e trattamento dei crediti prelatizi* nella rivista *Diritto della crisi*, 12.1.2022. ed ancora «Non ne discende tuttavia che i debiti fiscali e contributivi non possano essere falcidiati e dilazionati sempre che vengano regolati nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, ma solo che tali effetti devono essere previsti nella proposta formulata con l'istanza di omologazione (e nel piano liquidatorio) unitamente a quelli riguardanti gli altri creditori». Giulio Andreani *Il concordato semplificato* nella rivista *Transazione fiscale*.

⁵¹ Francesca Del Porto *Transazione fiscale e possibilità di falcidia del debito tributario nel concordato semplificato* nella rivista *Crisi d'Impresa*, 19.4.2022.

⁵² Il Tribunale di Bergamo, con decreto 21.9.2022 (presidente De Simone) su www.dirittodellacrisi.it ha dichiarato l'inammissibilità di una proposta di concordato semplificato discendente da una composizione negoziata alla quale era stato richiesto l'accesso nonostante la presenza di rilevanti debiti tributari, la cui utile definizione avrebbe richiesto il ricorso alla transazione fiscale, perché «il concordato semplificato costituisce una extrema ratio cui è possibile affidarsi solo se non risultano praticabili gli altri strumenti di regolazione della crisi»; Trib Firenze, 31.8.2022. (Pres. est. Legnaioli) su ilcaso.it ha ritenuto che «Poiché la partecipazione dei creditori alle trattative condotte secondo correttezza e buona fede

sul fatto che la transazione fiscale non è richiamata dall'art. 25-*sexies* CCII; dal che si ricava che, in esito alla composizione negoziata, la falcidia dei debiti tributari debba avvenire con lo strumento di cui all'art. 23, c. 2°, lett. b CCII.

Si è sostenuto infatti⁵³ che «la transazione fiscale non può trovare applicazione nel concordato semplificato di cui all'articolo 25-*sexies* del Codice della crisi, perché non è prevista da questa norma e, non costituendo tale procedura una sottospecie del concordato preventivo (nel quale la transazione è invece disciplinata), non può estendersi a essa il regime dettato per quest'ultimo.

Inoltre, il citato articolo 25-*sexies* esclude il voto dei creditori, mentre la transazione fiscale dà luogo a un subprocedimento mediante il quale il Fisco si esprime sulla proposta concordataria: mal si attaglia, dunque, a una procedura nella quale il voto non è previsto e i creditori dissenzienti possono solo opporsi all'omologazione.

Si è anche sottolineato che la condizione di accesso “in buona fede” alla composizione negoziata non è realizzata laddove si punti alla falcidia dei debiti fiscali, posto che le misure premiali dell'art. 25-bis CCII non la contemplano⁵⁴.

A ben vedere, tuttavia, si dovrebbe puntualizzare che tra gli sbocchi fisiologici della composizione negoziata vi sono anche gli accordi che tale falcidia consentono (art. 25, c. 2°, lett. b), addirittura con agevolazioni procedurali: il rinvio agli artt. 57, 60 e 61 (accordi di ristrutturazione ordinari, agevolati e ad efficacia estesa) deve intendersi comprensivo della possibilità di applicare l'art. 63 (transazione su debiti fiscali e contributivi) per espressa previsione di tale disposizione.

Si è osservato infatti⁵⁵ che la pretesa erariale è indisponibile solo ove la legge non disponga diversamente e la possibilità di ridurre tali debiti era prevista anche prima dell'introduzione della transazione fiscale, posto che il concordato omologato è sempre stato obbligatorio per tutti i creditori, senza alcuna eccezione a favore del

sostituisce il loro diritto di voto sulla proposta concordataria, è necessario che vi stata una effettiva e completa interlocuzione con i creditori interessati dal piano di risanamento (non tutti necessariamente, fermo restando che quelli non coinvolti devono ricevere regolare soddisfazione) e, quindi, che i creditori abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore, nonché sulle misure per il risanamento proposte, e che abbiano potuto esprimersi su di esse. Non solo, poiché costituisce presupposto per l'accesso al concordato semplificato che non siano risultate praticabili le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 23, commi 1 e 2, lett. b) (contratto, convenzione di moratoria, accordo con gli effetti del piano attestato, accordo di ristrutturazione dei debiti), pare necessario che le trattative si siano svolte con la sottoposizione ai creditori di una (o più) proposte con le forme di tali soluzioni, ipotesi cui soltanto il citato art. 23 comma 1 ricollega la conclusione delle trattative con l'esito (positivo) del superamento della situazione di cui all'art. 12. Infine, al fine di consentire ai creditori una partecipazione informata sembrerebbe altresì necessario fornire ai creditori una comparazione del soddisfacimento loro assicurato dalle predette soluzioni con quello che potrebbero ottenere dalla liquidazione giudiziale».

⁵³ Si veda, ad esempio, Andreani, *Crisi d'impresa, concordato semplificato con la falcidia dei debiti tributari*, su Il Sole 24Ore, 11.10.2022.

⁵⁴ Si veda ad es. Mancini, *La prospettiva del creditore nella composizione negoziata: linee operative per il suo advisor legale*, su www.diritto dellacrisi.it, 14.12.2022, che a nt. 13 afferma «in dottrina si è evidenziato che potrebbe escludersi in radice la 'buona fede' del debitore che acceda alla CNC nella consapevolezza di dover ricorrere alla 'transazione fiscale' con l'Agenzia delle Entrate, non essendo altrimenti oggettivamente ipotizzabile il risanamento aziendale senza lo stralcio del credito erariale».

⁵⁵ Andreani, *Crisi d'impresa, concordato semplificato con la falcidia dei debiti tributari*, su Il Sole 24Ore, 11.10.2022, cit.

Fisco, ed è pacificamente stabilita nel concordato minore e nella ristrutturazione dei debiti del consumatore.

In altre parole, una deroga al principio dell'indisponibilità dei crediti tributari è da rinvenire non solo nelle disposizioni concernenti la transazione fiscale, ma anche in quelle che, come le norme relative alle procedure da ultimo citate e al concordato semplificato, consentono di per sé di soddisfare in misura parziale tutti i debiti (anche privilegiati) a causa della crisi del debitore.

Occorre, tuttavia, considerare che il ricorso al concordato semplificato è legittimo, e i debiti tributari possono pertanto essere in tale contesto falcidiati, solo se ricorrono i presupposti stabiliti dal citato articolo 25-sexies, cioè a patto che:

1) le trattative si siano svolte con trasparenza e buona fede nel corso della composizione negoziata da cui il concordato deriva;

2) che le soluzioni alternative previste dall'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b, del Codice non siano praticabili;

3) la proposta di concordato rispetti l'ordine delle legittime cause di prelazione, le quali devono essere applicate secondo la regola della priorità assoluta, attesa la natura liquidatoria della procedura;

4) la proposta non arrechi pregiudizio all'Erario rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e gli assicuri comunque un'utilità.

Ne discende che, ove le suddette trattative non si siano svolte con buona fede e non siano risultate inutilizzabili soluzioni alternative, il concordato semplificato non può trovare attuazione.

Se ciò è vero, deve ritenersi che il concordato semplificato – la cui funzione è di incentivo (“*nudge*”)⁵⁶ ai creditori per cooperare fattivamente nella soluzione negoziale – consenta necessariamente di raggiungere, ricorrendone le condizioni, la soluzione che sarebbe stata ottenibile con gli strumenti dell'art. 25 laddove i creditori avessero cooperato in buona fede.

Pertanto la falcidia dei debiti tributari potrebbe essere ammessa nella soluzione semplificata laddove il debitore dimostri che non sia stata ottenuta con gli strumenti di cui all'art. 25 c. 2° lett. b), nonostante ne ricorressero i presupposti formali e sostanziali di ammissibilità e laddove, quindi, il rifiuto dell'agenzia delle entrate appaia ingiustificato⁵⁷.

⁵⁶ Parla di «forza persuasiva che la prospettiva del concordato semplificato assume nel corso delle trattative» Bozza, *Il concordato semplificato*, in Ambrosini (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo codice*, Zanichelli, Bologna, 2022, 353.

⁵⁷ Si veda il recente Ferri, *La falcidia dell'erario tra i possibili vantaggi del concordato semplificato: chimera od opportunità?* su www.ilfallimentarista.it, 1.12.2022. Osserva Bozza, *Il concordato semplificato*, cit. a nt. 56, 353, che non avrebbe senso imporre di offrire sempre e comunque al creditore prelazio il pagamento integrale, svincolato dal valore dei beni su cui insiste la garanzia. Si segnala la pronuncia di Trib. Como, 27.10.2022, «... senza celare il permanere di perplessità sull'eccessiva premialità dell'istituto rispetto alle alternative al fallimento preesistenti al d.l. 118/2021, ritiene il Collegio possa trovare superamento la circostanza, ineludibile, della mancanza di soddisfacimento offerto a larga parte del ceto creditorio della società (debiti erariali privilegiati, debiti previdenziali privilegiati, fornitori privilegiati e chirografari), in taluni casi pari addirittura allo zero. E dunque apparentemente in conflitto con la giurisprudenza di legittimità richiedente —nella, come detto, diversa ipotesi prospettica — in materia di concordato il riconoscimento di una percentuale non irrisoria di soddisfacimento», su www.ilcaso.it e su www.dirittodellacrisi.it con nota di Senni, *Il concordato*

Al medesimo risultato si giungerebbe laddove si ritenesse che la disciplina della transazione fiscale e quella del connesso *cram down* abbiano natura di principi generali, o addirittura di norme di ordine pubblico economico: esse realizzano infatti il corretto bilanciamento tra l’interesse fiscale (e l’indisponibilità dell’obbligazione tributaria, se si vuole restare affezionati a tale terminologia) da un lato, e quelli – parimenti di rango pubblicistico – alla tempestiva ed efficiente risoluzione della crisi, alla miglior soddisfazione dei creditori ed alla salvaguardia della produzione nazionale e degli interessi degli *stakeholder*.

Si potrebbe allora concludere che – sussistendo le medesime condizioni di “convenienza” rispetto alla liquidazione giudiziale che giustificano nella disciplina generale la degradazione del credito privilegiato e rispettate tutte le condizioni del c.d. *iron-test* – la falcidia sia ammessa in applicazione⁵⁸ di tale generale principio.

Ovviamente saranno necessarie le “pesanti sottoscrizioni”, dell’esperto e dell’ausiliario, in assenza di un attestatore e di un commissario, la cui formulazione non sarà agevole, quanto meno visto il risultato che possono arrecare al piano, arrivando anche a falcidiare l’Erario a cui rimane solo il blando deterrente dell’opposizione all’omologa.

liquidatorio semplificato e le sue insidie: la pronuncia del tribunale di Como del 27.10.2022. Riflessioni sull’approccio del creditore bancario, 5.1.2023.

⁵⁸ Per *analogia legis* o per *analogia iuris*. Il contrario argomento *ubi noluit, tacuit*, pare semplicistico, giacché si è detto che il concordato semplificato è “sostitutivo” di una soluzione raggiungibile secondo buona fede, ma non raggiunta per ingiustificato rifiuto dei creditori; e tra le soluzioni ammissibili vi è anche l’accordo con transazione fiscale. È vero che (come rileva Bozza, *Il concordato semplificato*, cit. a nt. 56, 325) l’*analogia legis* dovrebbe escludersi laddove il legislatore detti una disciplina compiuta di un istituto, con norme *ad hoc* o con richiami di singole disposizioni. Non pare tuttavia potersi formulare analogia conclusione per l’*analogia iuris* e, a fortiori, per i principi di ordine pubblico economico.

TITOLO III INDICATORI DELLA CRISI E ADEGUATI ASSETTI⁵⁹

Sommario: 1 L'adeguatezza delle misure e degli assetti che l'imprenditore deve adottare in funzione della rilevazione tempestiva della crisi art. 3 CCII - 1.1 Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati art. 25-novies CCII - 1.2 Le carenze negli adeguati assetti societari art. 2086 c.c. - 2 Gli indicatori della crisi - 2.1 Il Patrimonio Netto negativo - 2.2 Indice DSCR (debt service coverage ratio) - 2.3 Indici settoriali - 2.4 Indici specifici per particolari tipologie di imprese - 2.5 Il test pratico per valutare la perseguibilità del risanamento (art. 3 c. 3 CCII) - 3 Gli indicatori della crisi e le nuove regole per le banche - 3.1 Principi contabili IFRS 9 - 3.2 Calendar Provisioning - 3.3 Conclusioni focus banca-impresa

1 L'ADEGUATEZZA DELLE MISURE E DEGLI ASSETTI CHE L'IMPRENDITORE DEVE ADOTTARE IN FUNZIONE DELLA RILEVAZIONE TEMPESTIVA DELLA CRISI ART. 3 CCII

L'impresa, indipendentemente dalla sua forma giuridica, deve dotarsi di una serie di strumenti in grado di prevedere ed intercettare tempestivamente i segnali della possibile emersione della crisi ex art.3 CCII.

L'Imprenditore DEVE istituire un Assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c., al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative (superamento della crisi e recupero della continuità aziendale).

Dalla definizione di "Crisi" emerge la natura dello squilibrio economico patrimoniale che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di Cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni nei successivi 12 mesi.

Gli Assetti devono consentire di (comma 3 art. 3 CCII):

1. Rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario;
2. Verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i 12 mesi successivi;

⁵⁹ Si segnalano i seguenti materiali di approfondimento: AA.VV. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Crisi d'Impresa - Gli Indici dell'Allerta*, 20.10.2019; ASSONIME, *Circolare n. 27/2022 - I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi nel nuovo Codice della crisi*, 21.11.2022; BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 27.7.2021; PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 11.8.2021; PERUSIA e SANTORIELLO, *Dal modello organizzativo 231 agli adeguati assetti richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, *IFallimentarista.it*, Focus 9.11.2020; SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Quaderno n. 18, Gli assetti organizzativi dell'impresa*, ottobre 2022; in giurisprudenza: Sentenza n.188/2021, Tribunale di Cagliari.

3. Ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la «lista di controllo» particolareggiata e a effettuare il «test pratico» per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'art.13 c. 2 CCII (disponibili sulla Piattaforma Telematica Nazionale, gestita da Unioncamere). Nella maggioranza dei casi si tratta di informazioni di carattere qualitativo con approccio *forward-looking*

Gli Assetti devono inoltre consentire di rilevare i «segnali di squilibrio» quali (comma 4 art. 3 CCII):

1. Esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
2. Esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
3. Esistenza di esposizioni nei confronti delle Banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti, purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;
4. Esistenza di una o più esposizioni debitorie previste dall'art. 25-novies c. 1 CCII (ritardi per versamenti di contributi previdenziali, debiti per premi assicurativi, debiti Iva, crediti affidati per la riscossione).

1.1 SEGNALAZIONI DEI CREDITORI PUBBLICI QUALIFICATI ART. 25-NOVIES CCII

Le seguenti segnalazioni a mezzo PEC raggiungono l'imprenditore e l'Organo di controllo:

- **INPS:** ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi di ammontare superiore a € 5.000 (senza lavoratori dipendenti) - € 15.000 (con lavoratori dipendenti ovvero di ammontare superiore al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente); la segnalazione viene inviata trascorsi 60 giorni dal verificarsi del ritardo;
- **INAIL:** ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di premi di ammontare superiore a € 5.000; la segnalazione viene inviata trascorsi 60 giorni dal verificarsi del ritardo;
- **Agenzia delle Entrate:** debito IVA scaduto superiore a € 5.000, e comunque non inferiore al 10% dell'ammontare del volume d'affari dell'anno precedente, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche (LIPE); qualora il debito sia superiore a € 20.000 la segnalazione verrà inviata a prescindere del volume d'affari; la segnalazione viene inviata trascorsi 150 giorni dalla comunicazione stessa (LIPE);
- **Agenzia delle Entrate-Riscossione:** esistenza dei crediti affidati per la riscossione scaduti da oltre 90 giorni, superiori per le società a € 500.000, per le società di persone € 200.000 e per le ditte individuali € 100.000; la segnalazione viene inviata trascorsi 60 giorni dal verificarsi del ritardo.

1.2 LE CARENZE NEGLI ADEGUATI ASSETTI SOCIETARI ART. 2086 C.C.

L'art. 2086 c.c., prevede che l'Imprenditore, indipendentemente dalla sua forma giuridica, debba istituire un Assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa.

Con la novella della norma, già in vigore dal 16 marzo 2019, si richiede che tale Assetto sia in grado di rilevare tempestivamente l'insorgere della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale

La norma viene richiamata e specificata dall'art. 3 CCII, con cui vengono dettagliate le finalità di strumenti, gli adeguati Assetti.

Ma come devono essere gli Assetti per essere adeguati (modulati) alle differenti nature e dimensioni delle imprese? Il legislatore non definisce (volutamente) un modello predefinito.

Si possono definire tre tipi di assetti:

- 1) Assetto Organizzativo;
- 2) Assetto Amministrativo;
- 3) Assetto Contabile.

Per Assetto Organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità (organigramma, funzionigramma, sistema di controllo interno).

L'Assetto Amministrativo identifica l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano (archiviazione dei documenti, reportistica agli organi di controllo, predisposizione di business plan, budget annuali, piani di tesoreria e di cassa, analisi infrannuali).

L'Assetto contabile si riferisce al sistema di rilevazione dei fatti di gestione (in grado di evidenziare i dati e indicatori patrimoniali, economici e finanziari dell'impresa).

Un'utile indicazione la troviamo nelle Norme di comportamento del collegio sindacale delle società non quotate (CNDCEC).

La Norma 3.4 prevede che un Assetto organizzativo può definirsi adeguato quando la società:

- ha redatto l'organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- è possibile constatare l'esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- sono presenti procedure che assicurano la presenza di personale con adeguata

- competenza a svolgere le funzioni assegnate;
- sono presenti direttive e procedure aziendali effettivamente portate a conoscenza del personale e periodicamente ne è curato l'aggiornamento.

La Norma 3.6 richiede un adeguato sistema amministrativo-contabile per una completa ed attendibile rilevazione contabile delle attività e degli altri fatti di gestione aziendale.

L'assetto amministrativo-contabile può definirsi come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un'informazione societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa.

L'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile consente di ottenere una rilevazione contabile e una rappresentazione dei fatti di gestione completa, tempestiva ed attendibile; la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale; la produzione di dati attendibili per il bilancio d'esercizio.

Inoltre, un utile orientamento giurisprudenziale viene dal Tribunale di Cagliari con la sentenza n.188/2021 che illustra "in negativo" quando un Assetto si possa considerare carente delle sue funzioni.

Le carenze nell'Assetto Organizzativo:

- Organigramma non aggiornato e difetta dei suoi elementi essenziali;
- Assenza di un Mansionario;
- Inadeguata progettazione della struttura organizzativa e polarizzazione in capo a una o poche risorse umane di informazioni vitali per l'ordinaria gestione dell'impresa (ufficio amministrativo);
- Assenza di un sistema di gestione e monitoraggio dei principali rischi aziendali.

Le carenze nell'Assetto Amministrativo:

- Mancata redazione di un *budget* di tesoreria;
- Mancata redazione di strumenti di natura previsionale;
- Mancata redazione di una situazione finanziaria giornaliera;
- Assenza di strumenti di *reporting*;
- Mancata redazione di un Piano Industriale.

Le carenze nell'Assetto Contabile:

- La contabilità generale non consente di rispettare i termini per la formazione del progetto di bilancio e garantire l'informativa ai sindaci;
- Assenza di una procedura formalizzata di gestione e monitoraggio dei crediti da incassare;
- Analisi di bilancio unicamente finalizzata alla redazione della Relazione sulla Gestione;
- Mancata redazione del Rendiconto finanziario.

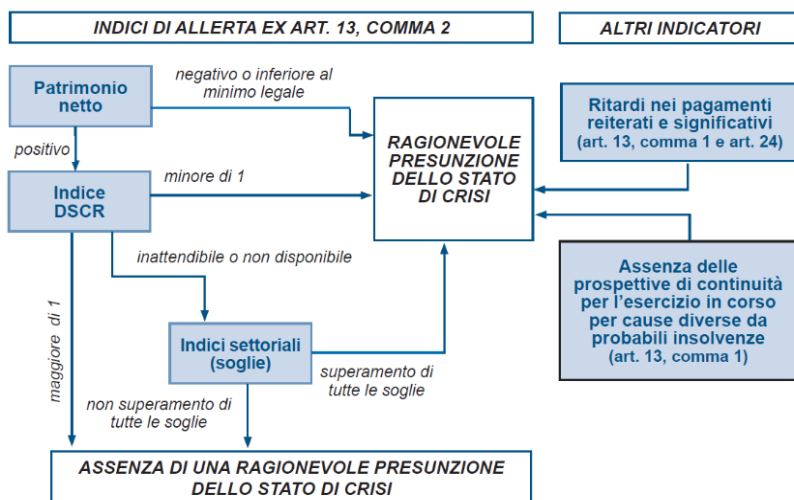
2 GLI INDICATORI DELLA CRISI

Necessaria, quindi, per l'impresa la corretta individuazione degli indici di allerta, in quanto il ritardo nel percepire i segnali di crisi determina frequentemente una deriva verso una potenziale insolvenza, evitabile con un tempestivo ricorso (volontario) a strumenti ristrutturativi.

L'art.13 ante modifica del CCII, aveva individuato quali potevano essere gli «indicatori e indici della crisi». L'articolo 13 è stato abrogato e attualmente sostituito dall'art. 3 con la definizione più generica di ricerca dei «*segnali di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario*», rinviando alle migliori pratiche aziendali, oltre alla sostenibilità dei debiti nei 12 mesi successivi e l'analisi dei debiti scaduti verso dipendenti, fornitori, banche, INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate e Agenzia Entrate-Riscossione.

Tuttavia, l'individuazione degli indici della crisi, che il codice aveva delegato all'CNDCCEC e che sono stati da questo proposti nel documento del 20/10/2019, appaiono utili strumenti, seppur non obbligatori.

Il CNDCCEC ha adottato una struttura «ad albero» di tipo gerarchico.



La periodicità di calcolo di tali indici viene raccomandata ogni tre mesi dal CNDCCEC.

2.1 IL PATRIMONIO NETTO NEGATIVO

Il primo indicatore di crisi è rappresentato quando il Patrimonio Netto diviene negativo, con evidente riduzione del Capitale Sociale a c.d. “sotto-zero”, e che rappresenta una causa di scioglimento della società di capitali ex art. 2484 c. 1 n. 4 c.c.

In tale circostanza viene a mancare la continuità aziendale, fintantoché le perdite non siano state ripianate (ricapitalizzazione) e il Capitale Sociale riportato al limite di legge.

2.2 INDICE DSCR (DEBT SERVICE COVERAGE RATIO)

Se il Patrimonio Netto è positivo, occorre verificare se il DSCR (*debt service coverage ratio*) a 6 mesi sia inferiore a 1 (incapacità di sostenimento delle obbligazioni rivenienti a sei mesi dal debito finanziario).

Il DSCR è l'unico indice che utilizza dati prospettici: la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare. La valutazione della continuità aziendale dovrebbe basarsi sulla capacità di generare flussi di cassa futuri, in grado di far onorare le scadenze più prossime. L'analisi del cash flow dovrebbe essere alla base del *going concern*.

Per il calcolo del DSCR possono essere alternativamente seguiti due approcci basati sul budget di tesoreria.

1° approccio

Il DSCR deriva da un budget di tesoreria, redatto dall'impresa, che rappresenti le entrate e le uscite di disponibilità liquide attese nei successivi sei mesi.

Da tale budget si ricavano il numeratore e il denominatore dell'indice:

- al denominatore si sommano le uscite previste contrattualmente per rimborso di debiti finanziari (verso banche o altri finanziatori). Il rimborso è inteso come pagamento della quota capitale contrattualmente prevista per i successivi sei mesi;
- al numeratore si sommano tutte le risorse disponibili per il suddetto servizio al debito, dati dal totale delle entrate di liquidità previste nei prossimi sei mesi, incluse le giacenze iniziali di cassa, dal quale sottrarre tutte le uscite di liquidità previste, riferite allo stesso periodo, ad eccezione dei rimborsi dei debiti posti al denominatore.

2° approccio

Il calcolo è effettuato mediante il rapporto tra i flussi di cassa complessivi liberi al servizio del debito attesi nei sei mesi successivi e i flussi necessari per rimborsare il debito non operativo che scade negli stessi sei mesi.

Al numeratore, costituito dai flussi al servizio del debito, vanno inseriti:

- a) i flussi operativi al servizio del debito. Essi corrispondono al *free cash flow from operations* (FCFO) dei sei mesi successivi, determinato sulla base dei flussi finanziari derivanti dall'attività operativa, applicando il principio OIC 10 (§§ da 26 a 31), deducendo da essi i flussi derivanti dal ciclo degli investimenti (§§ da 32 a 37 dell'OIC 10). A tal fine non concorrono al calcolo dei flussi operativi gli arretrati di cui alle lett. e) e f);
- b) le disponibilità liquide iniziali;
- c) le linee di credito disponibili, che possono essere usate nell'orizzonte temporale di riferimento. Con riferimento alle linee autoliquidanti esse dovrebbero essere considerate fruibili per la sola parte relativa ai crediti commerciali che, sulla base delle disposizioni

convenute, sono "anticipabili".

Il denominatore corrisponde al debito non operativo, che deve essere rimborsato nei sei mesi successivi. Esso è costituito da:

d) pagamenti previsti, per capitale e interessi, del debito finanziario;

e) debito fiscale o contributivo, comprensivo di sanzioni e interessi, non corrente e, cioè, debito il cui versamento non è stato effettuato alle scadenze di legge (e, pertanto, è o scaduto ovvero oggetto di rateazioni), il cui pagamento, anche in virtù di rateazioni e dilazioni accordate, scade nei successivi sei mesi;

f) debito nei confronti dei fornitori e degli altri creditori, il cui ritardo di pagamento supera i limiti della fisiologia. Nel caso di debito derivante da piani di rientro accordati dai fornitori/creditori, rileva la parte di essi, comprensiva dei relativi interessi, che scade nei sei mesi.

2.3 INDICI SETTORIALI

Se il Patrimonio Netto è positivo e se il DSCR non è disponibile, o non attendibile, si adottano i seguenti 5 INDICI SETTORIALI (a seconda del settore di attività), che devono allertarsi (superamento delle soglie) tutti e 5 congiuntamente.

1) Indice di sostenibilità degli oneri finanziari - rapporto tra le seguenti voci di Conto economico:

Interessi e altri oneri finanziari (voce C.17)

Ricavi netti (voce A.1)

2) Indice di adeguatezza patrimoniale - rapporto tra le seguenti voci di Stato patrimoniale:

Patrimonio netto (voce A del passivo al netto dei crediti verso soci per versamenti ancora dovuti e i dividendi deliberati)

Debiti totali (voce D del passivo), a prescindere dalla natura e ratei / risconti passivi (voce E del passivo)

3) Indice di liquidità - rapporto tra le seguenti voci di Stato patrimoniale:

Attivo a breve termine, ossia somma delle voci dell'attivo circolante (voce C dell'attivo) esigibili entro l'esercizio successivo e dei ratei / risconti attivi (voce D dell'attivo)

Passivo a breve termine, ossia somma dei debiti (voce D del passivo) esigibili entro l'esercizio successivo e dei ratei / risconti passivi (voce E del passivo)

4) **Indice di ritorno liquido** dell’attivo - rapporto tra:

Cash flow

ossia somma del risultato d’esercizio e dei costi non monetari (ad esempio, ammortamenti, svalutazione crediti, accantonamenti per rischi) al netto dei ricavi non monetari (ad esempio, rivalutazione partecipazioni, imposte anticipate)

Totale attivo di Stato patrimoniale

5) **Indice di indebitamento previdenziale o tributario** - rapporto tra le seguenti voci di Stato patrimoniale:

Somma dei debiti tributari (voce D.12 del passivo) / debiti previdenziali e assistenziali (voce D.13 del passivo) esigibili entro / oltre l’esercizio successivo

Totale attivo

Indicatore	Area gestionale	Numeratore	Denominatore
ONERI FINANZIARI/RICAVI %	SOSTENIBILITÀ ONERI FINANZIARI	Include gli interessi e altri oneri finanziari di cui alla voce C.17 art. 2425 cod. civ. (per es., interessi passivi su mutui, sconti finanziari passivi)	Include i ricavi netti, ovvero la voce A.1 Ricavi delle vendite e prestazioni dell’art. 2425 cod. civ. e, per le società con produzione pluriennale, la voce A.3 Variazione lavori in corso
PATRIMONIO NETTO/DEBITI TOTALI %	ADEGUATEZZA PATRIMONIALE	Il Patrimonio netto è costituito dalla voce A stato patrimoniale passivo art. 2424 cod. civ., detratti i crediti verso soci per versamenti ancora dovuti (voce A stato patrimoniale attivo) e i dividendi deliberati sull’utile di esercizio	I debiti totali sono costituiti da tutti i debiti (voce D passivo) di natura commerciale, finanziaria e diversa e dai ratei e risconti passivi (voce E)
LIQUIDITÀ A BREVE TERMINE (ATTIVITÀ A BREVE/PASSIVITÀ BREVE) %	EQUILIBRIO FINANZIARIO	L’attivo a breve termine è la somma delle voci dell’attivo circolante (voce C) esigibili entro esercizio successivo e i ratei e risconti attivi (voce D)	È costituito da tutti i debiti (voce D passivo) esigibili entro esercizio successivo e dai ratei e risconti passivi (voce E)
CASH FLOW/ATTIVO %	REDDITIVITÀ	Il cash flow è rappresentato dall’utile (perdita) di esercizio <u>più</u> i costi non monetari (per es., ammortamenti, svalutazioni crediti, accantonamenti per rischi) <u>meno</u> i ricavi non monetari (per es., rivalutazioni partecipazioni, imposte anticipate)	Totale dell’attivo dello stato patrimoniale art.2424 cod. civ.
(INDEBITAMENTO PREVIDENZIALE + TRIBUTARIO)/ATTIVO %	ALTRI INDICI DI INDEBITAMENTO	L’Indebitamento Tributario è rappresentato dai debiti tributari (voce D.12) esigibili entro e oltre l’esercizio successivo; L’Indebitamento Previdenziale è costituito dai debiti verso istituti di previdenza e sicurezza sociale (voce D.13) esigibili entro e oltre l’esercizio successivo	Totale dell’attivo dello stato patrimoniale art. 2424 cod. civ.

Settore	Soglie di allerta				
	ONERI FINANZIARI / RICAVALI %	PATRIMONIO NETTO / DEBITI TOTALI %	LIQUIDITA' A BREVE TERMINE (ATTIVITA' A BREVE / PASSIVITA' BREVE) %	CASH FLOW / ATTIVO %	(INDEBITAMENTO PREVIDENZIALE + TRIBUTARIO) / ATTIVO %
	(A) AGRICOLTURA SILVICOLTURA E PESCA	2.8	9.4	92.1	0.3
(B) ESTRAZIONE (C) MANIFATTURA (D) PROD. ENERGIA / GAS	3.0	7.6	93.7	0.5	4.9
(E) FORN. ACQUA RETI FOGNARIE RIFIUTI (D) TRASM. ENERGIA / GAS	2.6	6.7	84.2	1.9	6.5
(F41) COSTRUZIONE DI EDIFICI	3.8	4.9	108.0	0.4	3.8
(F42) INGEGNERIA CIVILE (F43) COSTR. SPECIALIZZATE	2.8	5.3	101.1	1.4	5.3
(G45) COMMINGROSSO e DETTAUTOVEICOLI (G46) COMMINGROSSO (D) DISTRIB. ENERGIA / GAS	2.1	6.3	101.4	0.6	2.9
(G47) COMM DETTAGLIO (I56) BAR e RISTORANTI	1.5	4.2	89.8	1.0	7.8
(H) TRASPORTO E MAGAZZINAGGIO (I55) HOTEL	1.5	4.1	86.0	1.4	10.2
(JMN) SERVIZI ALLE IMPRESE	1.8	5.2	95.4	1.7	11.9
(PQRS) SERVIZI ALLE PERSONE	2.7	2.3	69.8	0.5	14.6

Si noti che ai fini dell'applicazione degli alert occorre considerare la correlazione degli indicatori con il rischio, ovvero:

- ONERI FINANZIARI / RICAVALI: si accende il segnale in caso di valori maggiori o uguali al valore soglia;
- PAT. NETTO / DEBITI TOTALI: si accende il segnale in caso di valori minori o uguali al valore soglia;
- LIQUIDITÀ A BREVE TERMINE: si accende il segnale in caso di valori minori o uguali al valore soglia;
- CASH FLOW / ATTIVO: si accende il segnale in caso di valori minori o uguali al valore soglia;
- (INDEBITAMENTO PREVIDENZIALE + TRIBUTARIO) / ATTIVO: si accende il segnale in caso di valori maggiori o uguali al valore soglia.

2.4 INDICI SPECIFICI PER PARTICOLARI TIPOLOGIE DI IMPRESE

Il CNDCEC ha infine elaborato degli Indici specifici per le seguenti particolari tipologie di imprese.

IMPRESSE COSTITUITE DA MENO DI DUE ANNI

Per queste l'unico indice che rileva è il solo Patrimonio Netto negativo.

IMPRESSE IN LIQUIDAZIONE

Per queste l'indice rilevante è il rapporto tra il valore di realizzo dell'attivo liquidabile ed il debito complessivo, a condizione che la società abbia cessato l'attività.

START-UP INNOVATIVE (L.179/2012) E PMI INNOVATIVE (D.L. 3/2015)

Per queste l'indice è dato dal raffronto fra il debito attuale e futuro con la capacità dell'impresa di ottenere finanza sufficiente alla prosecuzione delle attività di studio e di sviluppo, assumendo che una criticità sia costituita dalla sospensione del progetto per almeno 12 mesi.

COOPERATIVE E CONSORZI

Per queste il calcolo del DSCR a sei mesi deve tener conto dei flussi attesi

riguardo a versamenti e rimborsi del prestito sociale, sulla base delle evidenze storiche non antecedenti a tre anni.

L'indice di "adeguatezza patrimoniale" può essere calcolato tenendo conto dell'incidenza delle richieste di rimborso del prestito sociale, sulla base delle evidenze storiche non antecedenti a tre anni.

Nel calcolo dell'indice di "liquidità", la voce relativa al passivo a breve termine, in relazione al prestito sociale, deve tener conto delle due precisazioni precedenti.

2.5 Il test pratico per valutare la perseguibilità del risanamento (art. 3 c. 3 CCII)

Il c.d. "test pratico" è volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio. In particolare, per svolgere un test preliminare di ragionevole perseguibilità del risanamento, senza ancora disporre di un piano d'impresa, ci si può limitare ad esaminare l'indebitamento ed i dati dell'andamento economico attuale, depurando quest'ultimo da eventi non ricorrenti (ad esempio, effetti del lockdown, contributi straordinari conseguiti, perdite non ricorrenti, ecc.).

Il test non deve essere considerato alla stregua degli indici della crisi, ma è utile a rendere evidente il grado di difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare e quanto il risanamento dipenderà dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità e dalla intensità delle stesse.

Il test si fonda principalmente sui dati di flusso a regime che, secondo la migliore valutazione dell'imprenditore, possono corrispondere a quelli correnti o derivare dall'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che l'imprenditore intende adottare.

TEST PRATICO PER LA VERIFICA DELLA RAGIONEVOLE PERSEGUIBILITÀ DEL RISANAMENTO		
L'entità del debito che deve essere ristrutturato		
debito scaduto	1,00 €	+
<i>(di cui relativo ad iscrizioni a ruolo) Valore non utilizzato nel computo del TOTALE A</i>	1,00 €	
debito riscadenziato o oggetto di moratorie	1,00 €	+
linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo	1,00 €	+
rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni <i>(per le cooperative si tiene conto della probabile richiesta di rimborso del prestito sociale secondo le evidenze storiche non precedenti a tre anni)</i>	1,00 €	+
investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare	1,00 €	+
ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale	1,00 €	-
nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti	1,00 €	-
stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti	-1,00 €	-
TOTALE A	4,00 €	
I flussi annui al servizio del debito		
stima del Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime	-1,00 €	
investimenti di mantenimento annui a regime	-1,00 €	-
imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte	-1,00 €	-
TOTALE B	-1,00 €	
Grado di difficoltà del risanamento	0,00	Grado di difficoltà non calcolabile

Se l'impresa è prospetticamente in equilibrio economico e cioè presenta, a decorrere almeno dal secondo anno, flussi annui di cui a [B], superiori a zero e destinati a replicarsi nel tempo, il grado di difficoltà del risanamento è determinato dal risultato del rapporto tra il debito che deve essere ristrutturato [A] e l'ammontare annuo dei flussi al servizio del debito [B]. Il risultato del rapporto fornisce una prima indicazione di massima: - del numero degli anni per estinguere la posizione debitoria; - del volume dell'esposizioni debitorie che necessitano di ristrutturazione; - dell'entità degli eventuali stralci del debito o conversione in equity.

Fascia	Grado di difficoltà	Descrizione
0		Grado di difficoltà non calcolabile
1	<= 1	Difficoltà contenute
2	>1 e <=2	l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente ad individuare il percorso di risanamento
3	>2 e <=3	il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare.
4	>3 e <=4	il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare.
5	>4 e <=5	la presenza di un margine operativo lordo positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda.
6	>5 e <=6	la presenza di un margine operativo lordo positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda.
99	>6	l'impresa si presenta in disequilibrio economico a regime, si rendono necessarie iniziative in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (ad esempio, interventi sui processi produttivi, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese).

Un rapporto non superiore all'unità è indice di difficoltà contenute; le difficoltà crescono al crescere del rapporto ma restano contenute fino ad un certo livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi attorno a 2. In tal caso, l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente ad individuare il percorso di risanamento. Se i flussi al servizio del debito generati dalla gestione sono sufficienti a consentirne la sostenibilità, la formulazione delle proposte ai creditori può essere effettuata sulla sola base dell'andamento corrente e la redazione del piano d'impresa assume minore rilevanza.

Quando il rapporto supera un certo livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi attorno a 3, il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare. Nel caso in cui il risanamento dipenda dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali assume precipua rilevanza il piano d'impresa per il quale nella check-list di cui alla Sezione II sono state recepite le migliori pratiche di redazione dei piani, ferma la necessità che l'esperto, nell'esaminare il piano, tenga sempre conto di tutte le variabili che vi incidono.

Superato un ulteriore livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi a 5-6, la presenza di un margine operativo lordo positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda. Se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento.

Se, invece, l'impresa si presenta in disequilibrio economico a regime, si rendono necessarie iniziative in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (ad esempio, interventi sui processi produttivi, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese).

3 GLI INDICATORI DELLA CRISI E LE NUOVE REGOLE PER LE BANCHE

Già a far data dal 30 giugno 2021 l'European Banking Authority (EBA) ha obbligato tutte le banche UE ad attribuire il merito creditizio unicamente sulla base di analisi *forward-looking*.

Con questa regolamentazione il sistema bancario ha già attivato sistemi di monitoraggio dei clienti corporate, che sono in sintonia con i principi di *early warning* dettati oggi dalle modifiche al Codice della Crisi, all'interno della Composizione Negoziata.

Si tratta nello specifico di:

- Indicatori di preallerta;
- Liste di controllo per il monitoraggio;
- Probabilità di default;
- Modelli per monitorare i flussi di cassa.

Il 29 maggio 2020 l'EBA (European Banking Authority) ha pubblicato la versione finale delle nuove Linee Guida in tema di concessione e monitoraggio del credito; dal 30 giugno 2022 le Linee Guida si applicano anche ai prestiti già esistenti e agli anticipi che richiedono rinegoziazioni o modifiche contrattuali con i mutuatari.

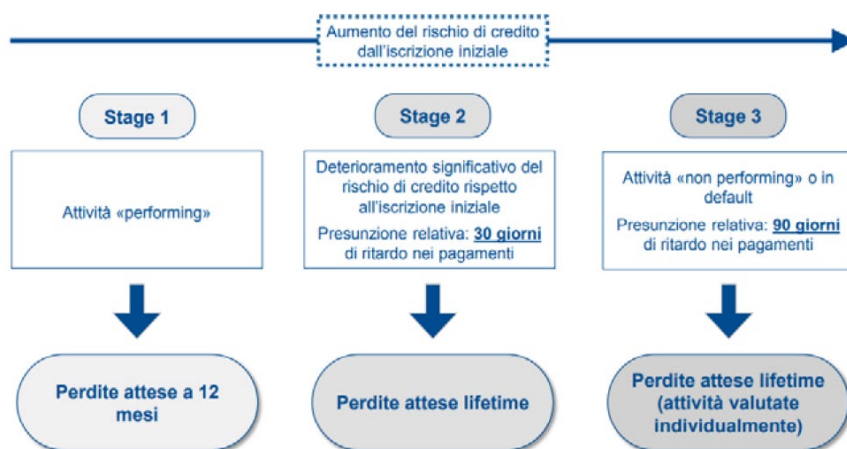
Le Linee Guida prevedono che le Banche, in sede di concessione di nuovi finanziamenti, valutino il merito creditizio della controparte da affidare, basandosi non solo sui dati di bilancio (*backward-looking*), ma anche su informazioni *forward-looking*.

3.1 PRINCIPI CONTABILI IFRS 9

Si passa da IAS 39 (fino al bilancio 31.12.2017), un modello basato sulle perdite sostenute (*incurred losses*), a IFRS 9 (in vigore dal 2018) che introduce un nuovo modello che tiene conto delle perdite attese (*expected losses*).

Il principio contabile **IFRS 9** ha introdotto la classificazione dei crediti in tre «stadi» (Stage), a cui corrispondono distinte metodologie di calcolo delle perdite attese.

IFRS 9



STAGE 1 PERFORMING – PRESUNZIONE RELATIVA: si presume che il rischio di inadempimento non sia aumentato significativamente, se alla data di riferimento del bilancio l'attività finanziaria ha un basso rischio di credito.

STAGE 2 UNDERPERFORMING – PRESUNZIONE RELATIVA: il rischio di inadempimento tra la data di rilevazione iniziale e data di riferimento del bilancio è aumentato significativamente se vi è uno scaduto superiore a 30 giorni.

STAGE 3 NON PERFORMING – PRESUNZIONE RELATIVA: si presume che il default sia avvenuto se vi è uno scaduto superiore a 90 giorni.

Bisogna intervenire sugli Stage 2, quando le società hanno ancora accesso al credito; quando il credito diventa UTP (*unlikely to pay*), è invece molto più difficile per la banca concedere nuovo credito.

La banca classifica il cliente/Impresa a *default* quando risulta un arretrato di pagamento di oltre 500 euro (100 euro per piccole e medie imprese) che rappresenti più del 1% del totale delle esposizioni del cliente verso la banca, se l'inadempimento si protrae per oltre 90 giorni consecutivi.

Lo stato di *default* permarrà per almeno 90 giorni dal momento in cui il cliente regolarizza verso la banca l'arretrato di pagamento o rientra dallo sconfinamento di conto corrente.

La normativa non consente più la compensazione degli importi scaduti con le

disponibilità presenti su altre linee di credito non utilizzate e la banca dovrà lo stesso classificare il cliente a default.

Il modello IFRS 9 prevede la classificazione delle attività finanziarie in tre «stage» cui corrispondono diversi livelli di svalutazione:

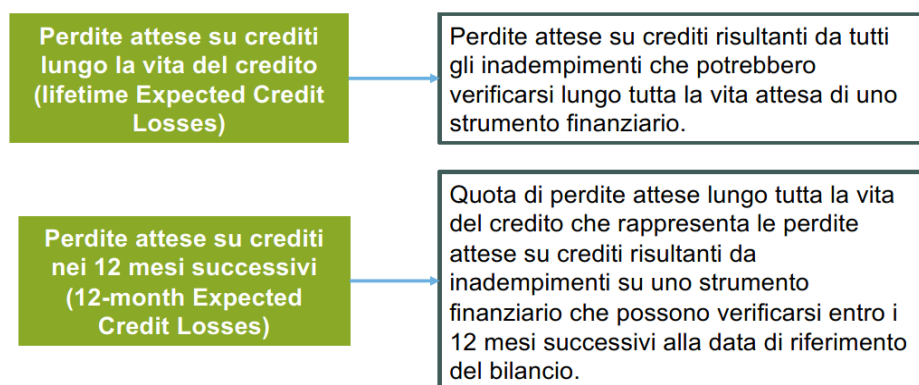
Stage 1 : perdite attese su crediti nei 12 mesi successivi;

Stage 2 + 3 : perdite attese su crediti lungo la vita del credito.

Il passaggio da uno «stage» all'altro è in funzione delle modifiche del rischio di credito dell'attività finanziaria.

Le perdite attese vanno attualizzate alla data di riferimento del bilancio, utilizzando l'*effective interest rate* (EIR).

Le perdite attese devono essere rilevate a conto economico in contropartita di un fondo coperture perdite. Il fondo deve essere adeguato in funzione della valutazione sulle perdite attese.



3.2 CALENDAR PROVISIONING

Il “*Calendar Provisioning*” è stato introdotto con un Addendum alle Linee guida BCE sui crediti deteriorati (NPL) e pubblicato il 15 marzo 2018.

Con questo «approccio di calendario» (*Calendar Provisioning*) si impone alle banche di svalutare gradualmente le esposizioni, classificate come NPE a partire dal 1° aprile 2018, fino a raggiungere la svalutazione integrale (al 100%) entro 3 anni se non garantiti o entro 7-10 anni se garantiti (con una progressione a seconda della garanzia).

I crediti deteriorati vengono svalutati secondo scadenze prestabilite, al fine di impedire che esse si accumulino senza adeguate rettifiche di valore.

La sfida del sistema impresa e delle Banche oggi è intervenire proattivamente sui crediti UTP per evitare che si deteriorino passando a «esposizioni scadute/deteriorate» e poi magari a «sofferenze».

L'autorità bancaria europea ha stabilito una definizione comune di *Non-Performing Exposures* (NPE) per tutte le banche europee, distinguendole tra:

- UTP (*unlikely to pay*): inadempienze probabili; la Banca ritiene improbabile che il debitore adempia integralmente, senza il ricorso all'escussione delle garanzie;
- PAST DUE: esposizione scadute e sconfinanti da oltre 90 giorni;
- NPL (*non performing loans*): crediti deteriorati, sofferenze, verso soggetto insolvente (default).

Gli UTP hanno progressivamente assunto un ruolo più significativo nel sistema bancario, superando le sofferenze, e la loro gestione proattiva ha iniziato a rappresentare una nuova opportunità di mercato, cruciale per il sistema economico al fine di rilanciare le imprese in difficoltà, salvare posti di lavoro, stimolare la crescita e creare ricchezza.

Attualmente si rileva ancora uno scarso know-how delle banche italiane nel portare avanti processi di ristrutturazione, rifinanziamento e, rilancio di aziende in difficoltà.

La pratica di esternalizzazione a *Servicer* specializzati della gestione proattiva dei crediti UTP (e NPE) è quella che ha il più alto potenziale nel riportarli in bonis, in alternativa all'investimento in una BU interna alla banca, dedicata e specializzata, il tutto nel tentativo di migliorare la qualità del credito.

3.3 CONCLUSIONI FOCUS BANCA-IMPRESA

Vediamo pertanto come, gli intermediari finanziari abbiano già iniziato a dover applicare strumenti *forward-looking*, finalizzati ad intercettare tempestivamente i segnali di difficoltà delle imprese loro clienti.

Interesse comune banca-impresa è, una volta allertati da tali segnali, una condivisione delle tempestive misure idonee a riportare l'impresa nel suo equilibrio economico-finanziario, evitando il deterioramento del merito creditizio dei finanziamenti concessi, che a sua volta implica maggiori e onerosi accantonamenti di capitali per le banche.

Tale politica proattiva potrà realizzarsi solo tramite uno scambio "trasparente" delle informazioni rilevanti e la condivisione di strumenti di analisi utili ad entrambi, improntati ad un nuovo e reciproco rapporto di fiducia più solido.

Finito di stampare Febbraio 2023
da Tipolitografia LABOR
Via Risogimento 51 - Zola Predosa (BO)

