

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELLE PERSONE,
DELLE IMPRESE E DEI MERCATI

CICLO XXXII

**LA «FATTIBILITA'» DEL CONCORDATO PREVENTIVO
NEL «CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA».**

Tutor:

Ch.mo Prof. Massimo Miola

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Giuseppe Recinto

Candidata:

Dott.ssa Anna Moscariello

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

INDICE

CAPITOLO I

LA «FATTIBILITA'» DEL CONCORDATO PREVENTIVO NELL'EVOLUZIONE STORICA E NEL PANORAMA COMPARATISTICO.

1. Introduzione. La «fattibilità» del concordato preventivo nel «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza». pag. 9

2. Gli albori del controllo sulla «fattibilità» in sede di ammissione al concordato: dalla percentuale di pagamento del quaranta per cento alla verifica sulla «serietà delle garanzie» del debitore nella l. 197/1903. pag. 14

- 2.1. *Segue*: Gli incerti confini del controllo di «fattibilità» in sede di omologazione: dalla «sicurezza di esecuzione» al vaglio di «meritevolezza». pag. 19

3. Le novità in tema di «fattibilità» all'indomani dell'entrata in vigore del r.d. 16 marzo 1942, n. 267. pag. 23

- 3.1. *Segue*: Il vaglio di «convenienza economica» in sede di omologazione: l'insufficienza del controllo di «fattibilità». pag. 27

4. L'introduzione dell'espressa previsione della «fattibilità» nella legge fallimentare a seguito del d.l. 35/2005 conv. in l. n. 80/2005. pag. 31

5. Cenni di diritto comparato. La legislazione concorsuale francese: i poteri del Tribunale in relazione alla prognosi di realizzabilità del piano di salvataggio nella *procedure de sauvegarde*. pag. 33
6. La legislazione del Regno Unito: i poteri valutativi dell'autorità giudiziaria nella fattispecie degli *Schemes of Arrangement* del *Companies Act*. pag. 42
7. La legislazione tedesca: i poteri del Tribunale nell'*Insolvenzplan*. pag.47
8. La legislazione statunitense: il controllo di «*feasibility*» nei poteri del giudice in sede di confirmation del *Chapter 11*. pag. 54
9. Il controllo di «fattibilità» nella Direttiva UE 2019/1023 sulla ristrutturazione preventiva. pag. 62

CAPITOLO II

LA «FATTIBILITA'» DEL CONCORDATO: CONTROVERSIE INTERPRETATIVE E SOLUZIONE DEL «CODICE DELLA CRISI».

1. Le linee portanti del dibattito dottrinale sul sindacato giudiziario sulla «fattibilità» del concordato preventivo. Dalla tesi del «controllo notarile» alla verifica di «legittimità sostanziale». pag. 72
- 1.1. *Segue*: La tesi del «controllo di merito» sulla «fattibilità» del concordato preventivo. pag. 78
- 1.2. *Segue*: La verifica sulla «fattibilità» del piano in giurisprudenza: il contrasto interpretativo. pag. 82

2. I principi sanciti dalle Sezioni Unite n. 1521 del 2013: la distinzione tra «fattibilità giuridica» ed «economica» del piano di concordato. pag. 88

2.1. *Segue*: La verifica giudiziaria sulla «fattibilità economica» negli orientamenti successivi della giurisprudenza di legittimità: l'incerto confine con la «manifesta inattitudine del piano». pag. 93

3. Il controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato nel «Codice della crisi»: l'unificazione del concetto di «fattibilità». pag. 96

4. Il controllo sulla c.d. «fattibilità strumentale» nel concordato con classi: il sindacato giudiziario nella c.d. teoria delle «classi obbligatorie». pag. 102

4.1. *Segue*: Le novità del «Codice della crisi» in tema di obbligo di classamento dei creditori. pag. 108

5. Il controllo di «fattibilità» in sede di revoca, ai sensi dell'art. 106, del «Codice della crisi»: questioni applicative in tema di atti di frode e possibili interferenze. pag. 113

CAPITOLO III

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DI «FATTIBILITA'» E SINGOLE FATTISPECIE DI CONCORDATO PREVENTIVO NEL «CODICE DELLA CRISI».

1. I poteri del Tribunale nella fase preliminare del concordato c.d. in bianco: tra «fattibilità» c.d. «strumentale» e «fattibilità» c.d. «tecnica». pag. 124

1.1. *Segue:* La verifica di «fattibilità» in sede di autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione, *ex art.* 46, commi 1 e 2, del «Codice della crisi».
pag.132

1.2. *Segue:* Arresto anticipato della procedura pre-concordataria e «fattibilità» nei nuovi poteri interdittivi del Tribunale ai sensi dell'art. 44, comma 2, del «Codice della crisi».
pag. 136

2. Controllo di «fattibilità» e concordato in continuità aziendale nel «Codice della crisi»: lineamenti generali.
pag.139

2.1. *Segue:* La verifica della «fattibilità giuridica» nel concordato in continuità aziendale diretta ed indiretta: tra criterio della c.d. «prevalenza quantitativa» e assenza di «funzionalità» dei beni oggetto di liquidazione.
pag. 144

2.2. *Segue:* Il ruolo della stabilità del rapporto di lavoro sulla «fattibilità giuridica» del concordato in continuità aziendale diretta ed indiretta.
pag. 148

3. La «fattibilità economica» nel concordato in continuità aziendale diretta.
pag. 152

3.1. *Segue:* Il carattere vincolante della percentuale di pagamento offerta ai creditori chirografari nel concordato in continuità aziendale diretta alla luce del controllo sulla «fattibilità economica».
pag.157

4. La «fattibilità economica» nelle ipotesi di continuità indiretta. pag. 161

5. Il controllo di «fattibilità» nel «concordato liquidatorio»: tra continuità e discontinuità.
pag.169

5.1. *Segue:* Dalla percentuale di pagamento del venti per cento all'apporto di «risorse esterne» ai sensi dell'art. 84, comma 4, del «Codice della crisi» e riflessi sulla «fattibilità» del concordato. pag. 174

6. La «fattibilità» della gestione concordataria della crisi del gruppo d'impresa alla luce delle novità del «Codice della crisi»: la legittimità dei trasferimenti di risorse infragruppo. pag.179

CAPITOLO IV

IL RAPPORTO TRA CONTROLLO DI «FATTIBILITA'» DEL CONCORDATO E «MIGLIOR SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI».

1. La ricostruzione del rapporto tra giudizio di «fattibilità» e «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito del concordato in continuità aziendale nel «Codice della crisi». pag. 190

2. La questione del significato da attribuire alla clausola del «miglior soddisfacimento dei creditori». pag. 194

2.1. *Segue:* Spunti interpretativi ricavabili dal «Codice della crisi» sul «miglior soddisfacimento dei creditori». pag. 201

3. Argomenti a sostegno della tesi che nega la riconducibilità del parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito del concetto di «clausola generale». pag. 204

4. Il «miglior soddisfacimento dei creditori» e la tutela di interessi concorrenti nel concordato con continuità aziendale. pag. 211

5. I poteri di controllo del Tribunale in sede di opposizione all'omologazione ed i punti di «frizione» con la Direttiva UE 2019/1023. pag. 218

6. Riflessioni sul nuovo ruolo dell'eteronomia giudiziale ai sensi del «Codice della crisi». pag. 223

BIBLIOGRAFIA pag. 226

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA pag. 252

CAPITOLO I

LA «FATTIBILITÀ» DEL CONCORDATO PREVENTIVO NELL'EVOLUZIONE STORICA E NEL PANORAMA COMPARATISTICO.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La «fattibilità» del concordato preventivo nel «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza». 2. Gli albori del controllo sulla «fattibilità» in sede di ammissione al concordato: dalla percentuale di pagamento del quaranta per cento alla verifica sulla «serietà delle garanzie» del debitore nella l. 197/1903. 2.1. *Segue*: Gli incerti confini del controllo di «fattibilità» in sede di omologazione: dalla «sicurezza di esecuzione» al vaglio di «meritevolezza». 3. Le novità in tema di «fattibilità» all'indomani dell'entrata in vigore del r.d. 16 marzo 1942, n. 267. 3.1. *Segue*: Il vaglio di «convenienza economica» in sede di omologazione: l'insufficienza del controllo di «fattibilità». 4. L'introduzione dell'espressa previsione della «fattibilità» a seguito del d.l. 35/2005 conv. in l. n. 80/2005. 5. Cenni di diritto comparato. La legislazione concorsuale francese: i poteri del Tribunale in relazione alla prognosi di realizzabilità del piano di salvataggio nella *procédure de sauvegarde*. 6. La legislazione del Regno Unito: i poteri valutativi dell'autorità giudiziaria nella fattispecie degli *Schemes of Arrangement* del *Companies Act*. 7. La legislazione tedesca: i poteri del Tribunale nell'*Insolvenzplan*. 8. La legislazione statunitense: il controllo di «*feasibility*» nei poteri del giudice in sede di *confirmation* del *Chapter 11*. 9. Il controllo di «fattibilità» nella Direttiva UE 2019/1023 sulla ristrutturazione preventiva.

1. Introduzione. La «fattibilità» del concordato preventivo nel «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza».

Con il d.lgs. n. 14/2019 è stato approvato il testo definitivo del c.d. «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», in seguito solo «Codice della crisi», o CCII, che nell'assegnare espressamente al giudice il sindacato sulla «fattibilità» del piano di concordato preventivo, ha accolto una serie di istanze provenienti da parte della dottrina e della giurisprudenza, come da qui a breve sarà esposto.

La novità dirompente è contenuta, in particolare, nel nuovo art. 47, comma 1, del CCII, ove si legge che: «a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il Tribunale, verificata l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano (...)), emette il decreto di ammissione.

Sebbene oggi possa finalmente qualificarsi la «fattibilità» quale condizione di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, stante l'espressa attribuzione al giudice del relativo controllo, il «Codice della crisi» si caratterizza anch'esso, come la previgente legge fallimentare, per l'assenza di una specifica nozione normativa del lemma «fattibilità».

Pertanto, così come in passato, si rende necessario affrontare la declinazione, tra l'altro non semplice, del succitato giudizio. A ben guardare, il controllo sulla «fattibilità» ricorre in molte disposizioni del nuovo «Codice della crisi», non solo in fase di ammissione, ma anche in sede di revoca, *ex art. 47, comma 3, del CCII*, e di omologazione, *ex art. 48, comma 3, del CCII*; ed, inoltre, anche al di fuori delle disposizioni in tema di concordato preventivo. E ciò, in particolare, agli artt. 56, comma 4, e 57, comma 4, del CCII, che, in relazione, rispettivamente, al piano

attestato di risanamento¹ ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti², richiedono l'attestazione di «veridicità dei dati aziendali» e la «fattibilità giuridica» ed «economica» del piano.

Ai sensi dell'art. 87, comma 2, il «Codice della crisi» malgrado qualche iniziale perplessità, ha confermato il ruolo del professionista in relazione all'attestazione sulla «veridicità dei dati aziendali» e «fattibilità» del piano³; ma la significativa novità come si è detto, è costituita dall'espressa previsione di un controllo del giudice, che viene esteso nei termini sopra esposti.

¹ A tal riguardo, già l'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., richiedeva l'attestazione di un professionista, ai fini dell'operatività dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare; anche in questo caso si trattava di un piano già redatto da terzi. Tale giudizio fino all'intervento del 2012 era scisso in due componenti: la verifica dell'idoneità del piano al raggiungimento di uno «stato di equilibrio debitorio e finanziario», ovvero il ripristino di una condizione di normale esercizio, rimasta intatta, e poi la «ragionevolezza» del piano, quest'ultima invece rimossa dal legislatore con il d.l. n. 83/2012, e sostituita con la verifica da parte dell'attestatore della «veridicità dei dati aziendali» e della «fattibilità del piano». Mentre la verifica di «idoneità» del piano attiene ad un giudizio astratto, basato sulle ipotesi formulate nel piano, mediante il quale il professionista attesta che una volta realizzatesi tutte le previsioni si raggiungerebbe il risultato indicato dalla norma; quello odierno di «fattibilità» si differenzia per una maggiore concretezza, in quanto l'esperto è chiamato a pronunciarsi sulle effettive possibilità di realizzazione del piano. In relazione alla fattispecie qui in commento, in passato si è posta la questione del controllo giudiziale sui menzionati presupposti una volta aperta la procedura di fallimento e, quindi, in caso di insuccesso del piano: ci si è chiesti se fosse consentito al giudice valutare *ex-post* l'«idoneità» e la «fattibilità» del piano di risanamento, ed in tal modo ritenere non idoneo o non fattibile quest'ultimo, malgrado l'attestazione in origine positiva del professionista. La dottrina prevalente era pervenuta ad ammettere il sindacato giudiziario in considerazione dell'assenza di pubblicità del piano, nonché di forme di controllo giudiziale *ex-ante*. In sostanza, l'esigenza prevalente era quella di risolvere il conflitto di interessi tra coloro che, aderendo all'accordo, facevano affidamento sulla presenza di un piano attestato, e coloro che pregiudicati dalla revocatoria rivendicano una verifica piena, anche se in un momento successivo: in questi termini v. A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1237 ss. Per l'orientamento favorevole al sindacato giudiziario, in dottrina si segnala: cfr. A. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 16 ss.; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 483 ss. Sembra invece riferirsi ad un sindacato limitato: cfr. M. SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 2006, p. 611 ss. Contrario al controllo del giudice: cfr. L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziamenti nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008, p. 1075 ss.

² Cfr. A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, p. 993 ss. Per un'analisi di più ampio respiro in relazione alla previgente disciplina, v. P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, p. 434 ss.; ID., *Sub art. 182-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di A. NIGRO- M. SANDULLI - V. SANTORO, Torino, 2014, p. 420 ss.

³ In una prima versione delle bozze dei decreti delegati, il legislatore aveva addirittura escluso l'obbligo dell'attestazione del professionista, per poi ritornare alla vecchia previsione: cfr. F. RASILE - G. PEZZOLI, *Il nuovo concordato preventivo nello schema di decreto delegato*, in www.ilfallimentarista.it, doc. n. 13 febbraio 2018, p. 4 ss.

Tutto ciò comporta definitivamente lo spostamento dell'attenzione dalla funzione svolta dal professionista, alla verifica che sulla «fattibilità» viene richiesta all'autorità giudiziaria.

Precedentemente al «Codice della crisi», l'assenza di criteri normativi volti a specificare il significato del giudizio di «fattibilità», com'è noto, ha rimesso alla prassi applicativa il compito, invero non semplice, di definirne la portata⁴.

Tanto l'elaborazione dottrinale⁵, quanto quella giurisprudenziale⁶, hanno assegnato alla «fattibilità» il significato di «idoneità del piano al raggiungimento dei risultati esposti dal debitore»⁷. Muovendo dalla nozione corrente a livello aziendalistico⁸, non sembra che il giudice possa limitarsi ad un controllo di «mera possibilità» di realizzazione delle ipotesi di partenza del piano; infatti, se così fosse, il legislatore avrebbe fatto ricorso alla suddetta terminologia⁹, mentre ha preferito importare una nozione più tecnica.

Senza poter entrare in questa introduzione nel merito delle verifiche demandate al giudice nelle singole fattispecie di concordato, al fine precipuo di svolgere il sindacato di «fattibilità», e che saranno oggetto di specifica trattazione nelle pagine successive, va subito precisato come lo studio sulla «fattibilità» del concordato preventivo ci consente di meglio comprendere l'evoluzione del ruolo dell'autorità giudiziaria, in rapporto all'autonomia privata.

⁴ L'analisi sul significato e sulla portata del concetto di «fattibilità» verrà affrontata nel Capitolo II della presente trattazione.

⁵ Cfr., *ex aliis*, M. FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 922.

⁶ Tra le primissime pronunce della giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1402.

⁷ Cfr., M. FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice*, cit., c. 922.

⁸ In particolare, ai sensi del punto 6.1. dei *Principi per la redazione dei piani di risanamento* elaborati dal CNDCEC, la «fattibilità» viene definita nei seguenti termini: «Il giudizio di fattibilità si sostanzia in una valutazione prognostica circa la realizzabilità dei risultati attesi riportati nel Piano in ragione dei dati e delle informazioni disponibili al momento del rilascio dell'attestazione».

⁹ Sul punto, v. M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna - Roma, 2014, p. 552 ss.; ID., *La questione fattibilità del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative*, relazione tenuta al convegno *Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*, Roma, 11 ottobre 2012, reperibile su www.cortesupremadicassazione.it.

In particolare, come più approfonditamente si analizzerà, l'espressa attribuzione all'autorità giudiziale del controllo sulla «fattibilità» disvela un sistema concorsuale fondato su un ruolo interventista del giudice, in cui l'autonomia del debitore si «muove» prevalentemente entro schemi prefissati a monte dal legislatore; un sistema normativo, questo, dove la tutela degli interessi dei creditori è affidata all'ampio ed incisivo controllo giudiziale sulla «fattibilità». E dove, in particolare, il sacrificio dei diritti dei creditori estranei all'accordo tra il debitore e la maggioranza assenziente è collegabile unicamente all'omologazione del Tribunale¹⁰.

Al contrario, l'assenza della verifica giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo rivela una procedura concorsuale fortemente «degiurisdizionalizzata»¹¹, in cui l'intervento del giudice non è escluso, bensì limitato alle ipotesi in cui sia strettamente necessario: in tal modo, si ha una procedura più flessibile, che valorizza il consenso tra debitore e creditori, ed in cui l'autorità giudiziaria interviene, in particolare, quando tale consenso possa pregiudicare gli interessi dei creditori dissenzienti. Peraltro, deve aggiungersi, l'esperienza empirica non sempre ha dimostrato che l'autonomia privata, e la contrattazione tra l'imprenditore in difficoltà ed i suoi creditori rappresentano i migliori strumenti per affrontare il problema dell'impresa in crisi.

¹⁰ Sul controverso rapporto tra autonomia privata del debitore e poteri dell'autorità giudiziaria, in particolare, v. A. M. AZZARO, *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 1267; P. F. CENSONI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 726; G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA - L. PANZANI, Torino, 2009, p. 1584; A. PATTI, *Il giudice nella crisi di impresa: le ragioni di una proposta*, in *Fall.*, 2011, p. 264; ID., *Crisi d'impresa e ruolo del giudice. Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti*, Milano, 2009, p. 1 ss.; L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di degiurisdizionalizzazione?*, in *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. DI MARZIO, Padova, 2010, p. 50 ss.; V. GIORGI, *I poteri del giudice dell'omologazione tra eterotutela dei creditori e «privatizzazione» della procedura*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, II, Bari, 2011, p. 1217 ss.; ID., *Introduzione al diritto della crisi d'impresa*, Padova, 2012, p. 168 ss.; G. MINUTOLI, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)* in *Fall.*, 2008, p. 1047; I. PAGNI, *Autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale: la fattibilità del piano nell'omologazione del concordato preventivo*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. BARACHINI, Torino, 2014, p. 181 ss.

¹¹ Cfr. F. DI MARZIO, *Contratto e deliberazione nella gestione della crisi d'impresa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO e F. MACARIO, Milano, 2010, p. 74.

L'obiettivo di questo studio è di dimostrare come la maggiore o minore estensione del controllo giudiziale sulla «fattibilità», abbia delineato, nel primo caso, un sistema concorsuale incentrato sull'eteronomia giudiziale, facendo prevalere interessi superindividuali; nel secondo caso, invece, un sistema caratterizzato dalla spinta alla c.d. «privatizzazione»¹² del concordato preventivo, ovvero all'estensione del potere decisionale del ricorrente in relazione alle modalità di regolazione della sua crisi.

Pertanto, il significato della «fattibilità» si può meglio comprendere esaminando le tematiche di principio in cui si inserisce e come si è atteggiato in termini mutevoli nel corso dell'evoluzione legislativa. A tal fine, è necessaria per prima cosa un esame sul piano storico e comparatistico teso a ricostruire come si sono evoluti e confrontati nel tempo la «fattibilità» ed, in generale, i poteri di controllo del giudice. E ciò anche quando gli ampi poteri attribuiti al giudice nella procedura concordataria si caratterizzavano per l'assenza del lemma «fattibilità», ma il cui esame, come da qui a breve si dirà, consentiva sostanzialmente di ricondurre tali verifiche all'accertamento della realizzazione giuridica ed economica delle previsioni del debitore. Infatti, il concetto di «fattibilità» viene, com'è noto, introdotto solo con la riforma del 2005, la cui novità sul piano semantico ha tuttavia acuito le questioni sottese alla verifica giudiziale su tale aspetto. Ma di tutto questo se ne discuterà, in particolare, nel presente e nel successivo capitolo.

¹² Cfr. D. GALLETI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 906.

2. Gli albori del controllo sulla «fattibilità» in sede di ammissione al concordato: dalla percentuale di pagamento del quaranta per cento alla verifica sulla «serietà delle garanzie» del debitore nella l. 197/1903.

Partendo da un esame storico, si può subito osservare come sin dall'introduzione del concordato preventivo nel nostro ordinamento, i poteri di controllo del Tribunale svolti sia in sede di ammissione che di omologazione, quali sono stati disciplinati dal legislatore ed enucleati dagli interpreti fin dagli albori dell'istituto, possono essere rapportati al contenuto proprio del giudizio di «fattibilità».

Il concordato preventivo è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con legge 24 maggio 1903, n. 197, che abrogò l'istituto della moratoria, disciplinata, quest'ultima, dal Codice del Commercio del 1882, nelle due varianti della c.d. moratoria anteriore¹³ e di quella posteriore¹⁴.

¹³ La moratoria «anteriore» metteva il debitore al riparo dalla dichiarazione di fallimento. Si trattava di un beneficio concesso, ai sensi dell'art. 824 del cod. comm., dal Tribunale al debitore considerato «solvibile ma momentaneamente non solvente», con lo scopo precipuo di ottenere la sospensione degli atti giudiziari di cognizione e di esecuzione: ovvero, una moratoria di sei mesi, prorogabili per altri sei. Mentre gli effetti della «moratoria posteriore» conseguivano espressamente al provvedimento di omologazione del Tribunale, per quella anteriore, invece, nulla era previsto al riguardo. Di fatti, l'art. 827 del cod. comm. costituiva l'unica disposizione di riferimento per la «moratoria anteriore», che assoggettava alle disposizioni di quella posteriore per quanto non espressamente previsto, e nei limiti con essa compatibili. Così, mentre una parte della dottrina ritenne quanto meno opportuno il provvedimento di omologazione del Tribunale, anche alla luce dei controlli che lo stesso avrebbe ripetuto in tale sede, diversamente, invece, altro orientamento interpretò il silenzio del legislatore come un chiaro intento di prescindere. Per la prima tesi: cfr. P. ZIGNONI, *Dell'accordo amichevole della maggioranza dei creditori nella moratoria*, in *Gazz. giur. it.*, 1897, p. 331; L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinari*, Torino, 1932, p. 13 ss. Per il secondo orientamento, in particolare, v. P. CALAMANDREI, *Del fallimento*, vol. 2, Torino, 1883, p. 105, nt. 643; in giurisprudenza: cfr. Cass. civ., 27 dicembre 1901, in *Giur. it.*, 1902, I, p. 262.

¹⁴ In particolare, la moratoria «posteriore», prevista dagli artt. 819 – 829 del cod. comm., consentiva al debitore, già dichiarato fallito, la chiusura anticipata del fallimento mediante la concessione del suddetto beneficio. Infatti, ai sensi dell'art. 819 cod. comm., al debitore che avesse tenuto regolarmente i libri di commercio, non colpevole di dolo o mala fede, e che validamente avesse potuto dimostrare che la «cessazione dei pagamenti era intervenuta a causa di «avvenimenti straordinari e imprevedibili o altrimenti scusabili», e che l'attivo in se stesso, ovvero mediante idonee e sussidiarie garanzie avesse superato il passivo, era attribuita la facoltà di concludere con i suoi creditori un «concordato amichevole», come la definì autorevole dottrina: cfr. L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo e della procedura dei piccoli fallimenti*, Milano – Napoli – Palermo – Roma, 1915, p. 3 ss. Sull'istituto della moratoria, in particolare, v. L.

Infatti, il legislatore, sollecitato dalle critiche provenienti da più parti della dottrina¹⁵, decretò l'abrogazione¹⁶ dell'istituto della moratoria a causa soprattutto del «cattivo funzionamento»¹⁷ della moratoria c.d. «posteriore».

Invero, la prassi commerciale aveva evidenziato la preferenza dell'imprenditore per la conclusione di accordi stragiudiziali con i suoi creditori, al fine di ottenere dilazioni di pagamento¹⁸, e ciò anche se vi fossero state le condizioni per ottenere la moratoria c.d. anteriore.

Pertanto, con la l. 24 maggio 1903, n. 197 fu riconosciuta al debitore la facoltà di sistemare il suo dissesto, ovvero di prevenirlo, mediante la conclusione di un «contratto giudiziale»¹⁹ con i suoi creditori chirografari²⁰. Lo scopo non era più semplicemente quello di ottenere una dilazione di pagamento dei debiti, così come avveniva con l'istituto della moratoria, quanto, piuttosto, di raggiungere una «sistemazione amichevole»²¹ con la maggioranza dei chirografari, al fine di prevenire la dichiarazione di fallimento.

Infatti, la prassi dei componimenti stragiudiziali, alquanto diffusa, aveva avuto effetti distorsivi sull'andamento della pubblica economia: i creditori ricevevano non solo trattamenti diversi, ma quelli più forti ottenevano condizioni migliori a danno dei più piccoli²². Pertanto, la legge consentì al debitore «onesto ma sventurato», che si dimostrasse «meritevole», di conseguire tutti i benefici che la stessa riconnetteva al concordato: ovvero, la sospensione di ogni atto esecutivo

MORTARA, *Sull'interpretazione dell'art. 825 del codice di commercio*, in *Giur.it.*, 1894, p. 187 ss.; G. BONELLI, *Del fallimento, Commento al codice di commercio*, vol. 3, Milano, 1923, p. 189.

¹⁵ Su cui, in particolare, v. L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 3 ss.; G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 185 ss.

¹⁶ In argomento, si rimanda a G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 187 ss.

¹⁷ La citazione è di F. C. CARBONI, *Il processo di omologazione del concordato preventivo*, Padova, 1994, p. 4 ss. La prassi aveva, infatti, evidenziato il prevalente ricorso alla procedura di fallimento rispetto all'istituto della moratoria; anche perchè raramente avveniva che l'attivo superasse il passivo, una volta dichiarato il fallimento. Sul punto, v. L. MORTARA, *Sull'interpretazione dell'art. 825*, cit., p. 190.

¹⁸ A. RAMELLA, *Trattato del fallimento*, vol. 2, Milano, 1915, p. 386.

¹⁹ L'espressione è di L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, p. 11 ss.

²⁰ L'art. 1 della succitata legge statuiva, infatti, che: «fino a che il fallimento non sia dichiarato, ogni commerciante può chiedere, con ricorso al Tribunale nella cui giurisdizione ha il principale stabilimento commerciale, la convocazione dei propri creditori per proporre un concordato preventivo».

²¹ L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, p. 5.

²² L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 3.

nei suoi confronti; l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori, anche dissenzienti ed estranei all'accordo; la liberazione da ogni ulteriore somma eccedente la percentuale concordata e riscossa²³. L'obbligatorietà del concordato preventivo per tutti i creditori discendeva unicamente dall'omologazione del Tribunale²⁴.

Il legislatore nel disciplinare il «beneficio» del concordato preventivo aveva «conciliato» tre diversi interessi: quello privato dei creditori al maggior soddisfacimento dei loro crediti in tempi veloci; quello pubblico, relativo alla tutela dell'economia e del credito sociale; ed, infine, quello del debitore, di essere sottratto alle lunghe e dispendiose attività di liquidazione proprie del fallimento²⁵.

La l. 197/1903, al fine precipuo di facilitare i controlli sulla prognosi di realizzabilità della proposta concordataria, ovvero l'odierna «fattibilità» del concordato preventivo, statui all'art. 2 l'obbligo del deposito e della regolare tenuta dei libri contabili obbligatori²⁶; al quale si accompagnava quello di conservazione delle scritture e dei libri contabili per un decennio dall'ultima registrazione.

Ebbene, guardando più da vicino il tema che qui ci occupa, da un lato va considerata la previsione dell'obbligo di pagamento della percentuale minima del quaranta per cento del capitale dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o da pegno, e dall'altro, il controllo sulla «serietà» delle garanzie prestate dal debitore: verifiche, quest'ultime, riguardanti tanto condizioni di stretta legalità, quanto aspetti economici e patrimoniali del debitore.

²³ L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 6 ss.

²⁴ F. C. CARBONI, *Il processo di omologazione del concordato preventivo*, cit., p. 36 ss.

²⁵ L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 3; G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 194 ss.

²⁶ Una delle principali critiche al sistema precedente riguardava l'affidabilità delle statuizioni iniziali del debitore sulla propria situazione patrimoniale ed economica: per l'istituto della moratoria era sufficiente la dichiarazione del debitore di avere un bilancio alla pari, a cui seguiva il controllo del Tribunale, e che molto spesso non aveva gli strumenti per verificarne l'attendibilità. A tal riguardo, v. U. RAMELLA, *Trattato del fallimento*, cit., p. 386, secondo il quale le difficoltà del Tribunale in sede di accertamento sulla reale consistenza dell'attivo e del passivo, erano la conseguenza di «inesperienza di affari» o comunque di «limiti dovuti al suo ufficio».

In particolare, la proposta poteva essere così articolata: il pagamento parziale dei creditori chirografari nella misura non inferiore al quaranta per cento, con rimessione del residuo; il pagamento integrale e dilazionato dei chirografari; ovvero, il pagamento di costoro in misura parziale e a rate²⁷. Tale presupposto, come si leggeva nella Relazione illustrativa al primo progetto di legge, c.d. Gianturco, aveva lo scopo precipuo di rendere il concordato preventivo un beneficio che assicurasse ai creditori la certezza di ottenere una parte non irrisoria del loro credito, piuttosto che la mera speranza di un pagamento integrale; e di questo passo, rendere l'accesso meno facile per quei debitori indegni²⁸.

Al giudice era rimessa una prognosi sull'effettiva capacità del debitore di soddisfare il summenzionato requisito. Ad avviso di autorevole indirizzo²⁹, difatti, il Tribunale constatava le reali capacità del debitore di pagare immediatamente il *minimum* legale al momento in cui la sentenza di omologazione fosse divenuta esecutiva, senza alcun differimento. Sarebbe stata, invece, inammissibile la proposta del debitore ad oggetto il pagamento di quel quaranta per cento in via differita: invero, in tal modo la somma corrisposta ai creditori chirografari sarebbe stata nettamente inferiore al suddetto dividendo, considerando la mancata corresponsione degli interessi legali che sarebbero altrimenti maturati nei sei mesi di sospensione, ossia dall'inizio della procedura sino all'omologazione.

Al fine di dare più concretezza al giudizio di «fattibilità», l'art. 3, comma 3, della l. n. 197/1903, affidò al Tribunale la funzione di valutare la «serietà» delle garanzie reali o personali prestate dal ricorrente: da una lettura sistematica delle disposizioni del codice civile e del codice di commercio si era giunti a ritenere che tale requisito si declinasse nella «legalità, sufficienza e sicurezza dell'offerta»³⁰; pertanto, la valutazione del giudice si articolava diversamente a seconda del tipo di garanzia prestata³¹. Dinanzi al rilascio di una fideiussione, infatti, il giudice

²⁷ Cfr. L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 60; G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 194.

²⁸ Il contenuto del passo citato è riportato in: cfr. F. C. CARBONI, *Il processo di omologazione*, cit., p. 29.

²⁹ In tal senso, v. L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 194.

³⁰ Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., 284 ss.

³¹ Cfr. L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 48 ss.

avrebbe valutato anche la solvibilità del garante, considerando sia la consistenza del suo patrimonio che l'affidabilità della persona e la sua reputazione commerciale, ove fosse anche egli un imprenditore commerciale³². Era in tal modo assegnato all'autorità giudiziaria un potere volutamente incisivo fin dall'inizio della procedura³³.

³² Cfr. L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 49.

³³ Né può negarsi che una prognosi di realizzabilità della proposta era, altresì, rimessa al giudice delegato in sede di autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione. Infatti, ai sensi dell'art. 9 l. n. 197/1903, il potere di autorizzare il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione era subordinato alla verifica di «utilità» o «necessità» degli atti ivi elencati. A tal fine, l'autorità giudiziaria avrebbe valutato l'impatto del compimento degli atti straordinari sulla «sicurezza di esecuzione» della percentuale di pagamento.

2.1. Segue: Gli incerti confini del controllo di «fattibilità» in sede di omologazione: dalla «sicurezza di esecuzione» al vaglio di «meritevolezza».

Con il provvedimento di omologazione, il concordato realizzava la sua funzione: ovvero quella di impedire l'apertura del fallimento. In quest'ultima fase, il Tribunale ripeteva la prognosi di «fattibilità» tanto nella verifica di «legittimità», quanto soprattutto in quella sulla «sicurezza di esecuzione»; controlli, quest'ultimi, previsti dall'art. 20 della l. 197/1903.

A tal riguardo, ai fini della prognosi sulla corretta attuazione e realizzazione della proposta di concordato, risultava indispensabile constatare la permanenza delle condizioni di ammissibilità previste dall'art. 3 l. 197/1903, e ciò sebbene l'art. 20 non contenesse a tal riguardo alcun espresso richiamo.

Va, tuttavia, precisato, che, a prescindere dalla possibilità per il Tribunale di riesaminare le condizioni di cui all'art. 3, l. 197/1903, nessun dubbio sussisteva sul fatto che al giudice fosse attribuito anche in questa fase conclusiva il controllo sulla «fattibilità», stante, ripetesi, quanto sancito dall'art. 20 della summenzionata legge.

Infatti, in sede di omologazione il Tribunale avrebbe potuto riesaminare gli elementi patrimoniali ed economici alla luce di un quadro informativo più ricco ed esaustivo. Ciò gli consentiva, infatti, un'ampia istruttoria sulla reale consistenza patrimoniale del debitore: tale esame, in particolare, andava oltre la situazione attuale, finendo il giudice per svolgere una prognosi sui futuri guadagni attesi però dalla continuazione dell'attività da parte del debitore³⁴.

Pertanto, se da tali considerazioni il Tribunale avesse ritenuto possibile un pagamento dei creditori chirografari al di sopra del *minimum* legale³⁵, avrebbe valutato come «legittima» la proposta solo nella percentuale maggiore³⁶.

³⁴ In questi termini, v. G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 290 ss.

³⁵ È intuitivo che la somma definitiva da destinare ai creditori chirografari era determinata dal Tribunale ad istruttoria compiuta.

³⁶ Così, *ex aliis*, G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 292; L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 95; A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p. 207.

Mentre in sede preliminare, la prognosi di «fattibilità» della percentuale promessa si estrinsecava, in particolare, nel vaglio sulla «serietà» delle garanzie rilasciate, in sede conclusiva, il controllo sulla «fattibilità» si concretizzava nella verifica sulla «sicurezza di esecuzione», che, tra l'altro, comprendeva l'accertamento sull'attuale «sufficienza» della garanzia offerta: invero, le valutazioni fatte in principio non potevano considerarsi definitive. Infatti, quell'accertamento svolto sulla scorta di conoscenze parziali, incomplete e suscettibili di variare, richiedeva di essere confermato in sede conclusiva.

Ne conseguiva che il Tribunale avrebbe rifiutato l'omologazione e dichiarato il fallimento del debitore, ove non avesse confermato la «sufficienza» della garanzia prestata originariamente; tuttavia, per evitare tale risultato, non mancarono omologazioni dell'autorità giudiziaria³⁷ dopo aver consentito al debitore di integrare o sostituire la garanzia, informando, così, il suo giudizio ad «equità e pratica opportunità»³⁸. Infine, era necessario appurare la sufficienza dell'attivo patrimoniale a pagare i creditori privilegiati e quelli aventi diritto a precludere per l'intero³⁹.

Distinta dalla «fattibilità» era la verifica sul requisito della «meritevolezza» del debitore, decisivo per ottenere l'omologazione; un presupposto, quest'ultimo, di non facile declinazione. L'originario art. 20, l. 197/1903, statuiva⁴⁰, infatti, che il Tribunale ove avesse riconosciuto il debitore «meritevole» del beneficio del concordato, avrebbe emesso il provvedimento di omologazione; tale previsione

³⁷ Cfr. App. Aquila, 23 ottobre 1906, in *La Giurisprudenza abruzzese*, 1906, p. 515.

³⁸ Cfr. L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 95.

³⁹ Di contrario avviso: cfr. A. CANDIAN, *Il processo di omologazione*, cit., p. 207. Secondo l'A., l'accertamento del Tribunale non aveva più ad oggetto la sufficienza degli elementi patrimoniali, già vagliati in sede di ammissione in merito all'idoneità della garanzia del pagamento del 40%; quanto, piuttosto, quegli aspetti «personali o soggettivi» del debitore che influivano sulla prosecuzione dell'attività d'impresa, e, quindi, sull'attitudine degli strumenti prescelti ai fini dell'esecuzione del concordato.

⁴⁰ Per completezza, si precisa che l'art. 20 della l. 197/1903 stabiliva che «Il Tribunale, ove riconosca che il debitore è meritevole del beneficio del concordato; che le opposizioni di cui all'articolo precedente lasciano sussistere le maggioranze richieste; che le proposte di concordato, non minore del 40 per cento, sono legittime e presentano sicurezza di esecuzione, omologa il concordato.

Nella stessa sentenza di omologazione il Tribunale ordina il deposito giudiziale del dividendo che potrà spettare ai creditori contestati».

dava, così, ingresso a quello che fu definito il vaglio del Tribunale sulla condotta del ricorrente⁴¹.

Si andava così oltre una prognosi sulla corretta esecuzione della percentuale di pagamento promessa: la legge aveva, in tal modo, investito il giudice di un potere decisivo, non accontentandosi del solo giudizio dei creditori che, votando la proposta concordataria, pure avevano apprezzato l'onestà ed il merito del debitore.

Il legislatore dell'epoca avrebbe potuto limitarsi alla previsione sulla percentuale minima di pagamento, che nei fatti poteva attestarsi anche su valori superiori, al fine di tutelare al meglio il ceto dei chirografari; invece, lasciò «l'ultima parola» al supremo ed insindacabile apprezzamento del Tribunale. Quest'ultimo avrebbe accordato il concordato solo al debitore «vittima incolpevole delle fortunate vicende della speculazione»⁴².

Tale valutazione, in particolare, si caratterizzava per l'assenza nell'art. 20, l. 197/1903, di criteri funzionali ad orientare l'apprezzamento del giudice: il giudice avrebbe potuto valutare cose e circostanze con libero giudizio, con una latitudine che comprendeva la scelta di taluni comportamenti e non di altri, ed il peso che questi avevano avuto sulla situazione patrimoniale del debitore.

Come fu sostenuto⁴³, da una lettura sistematica degli artt. 10 e 20 della l. 197/1903, e 856, commi 2 e 3, nonché 705 del cod. comm., si definiva «onesto, ma sventurato»⁴⁴ quell'imprenditore che non si fosse macchiato di atti di frode a danno dei suoi creditori; imbattuto in «operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti»⁴⁵; né avesse ritardato il fallimento.

Invero, neanche sull'esatta portata di questa formula vi era unanimità di vedute tra gli interpreti. Se da un lato si concordava sulla necessaria assenza di dolo nel comportamento del ricorrente, dall'altro, si optava per una lettura più

⁴¹ Cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 290.

⁴² Così, L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo e della procedura dei piccoli fallimenti*, cit., p. 96, nt. 2.

⁴³ Cfr. L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 96.

⁴⁴ Sul punto: cfr. G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 855; L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 2 ss.

⁴⁵ In tali termini si esprimeva: cfr. L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 96.

temperata della condotta colposa attribuibile a costui. Così, tanto una parte della dottrina⁴⁶ quanto la stessa giurisprudenza⁴⁷, rispondendo all'eccesso di zelo di quell'orientamento giurisprudenziale⁴⁸ che voleva il commerciante estraneo da ogni colpa, anche della più «modesta imprudenza»⁴⁹, intesero la summenzionata responsabilità quale condotta lontana dalle pratiche commerciali consolidate nel settore di appartenenza del debitore⁵⁰.

Infine, nessun potere di controllo del Tribunale era previsto sull'aspetto relativo alla «convenienza economica» della proposta⁵¹. Peraltro, come si è già specificato, la «legittimità» stessa della proposta implicava una verifica sulla situazione patrimoniale attuale e futura del debitore, onde attestarne «la sicurezza dell'esecuzione»; ebbene, in tal modo il giudice assicurava la tutela dell'interesse dei creditori ad ottenere dal debitore il maggior soddisfacimento in tempi celeri.

In conclusione, può affermarsi che il giudizio sul presupposto finale, ovvero sulla «meritevolezza» del debitore «onesto ma sventurato», aveva carattere prevalente sugli altri aspetti del concordato, tra cui appunto la prognosi sulla «sicurezza di esecuzione», tanto da far emergere in primo piano la caratteristica di tale istituto quale beneficio per il debitore.

In effetti, si può ritenere che questo giudizio assorbiva anche quello, non espressamente sancito, di convenienza della proposta per i creditori, nella misura in cui il Tribunale valutava l'idoneità dell'imprenditore ad evitare il fallimento e, quindi, la sua capacità di proseguire l'attività eseguendo gli impegni assunti.

⁴⁶ L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 97.

⁴⁷ Cfr. Trib. Vicenza, 25 luglio 1903, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 642; App. Napoli, 18 marzo 1908, in *Giur. it.*, 1908, p. 293.

⁴⁸ Cfr., in particolare, Cass. civ., 3 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 627.

⁴⁹ Cfr. Cass. civ., 3 giugno 1912, *cit.*

⁵⁰ L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 98 ss.

⁵¹ In argomento, v. L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 65, che si riferisce espressamente al controllo di «convenienza» del concordato, quale valutazione del Tribunale in sede di omologazione.

3. Le novità in tema di «fattibilità» all'indomani dell'entrata in vigore del r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

Il quadro normativo qui brevemente riportato mutò con l'emanazione del r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

La legge fallimentare continuò a non menzionare espressamente la «fattibilità» del concordato, che, pertanto, fu implicitamente ricavata dai poteri attribuiti al giudice. A tal riguardo, la novità di maggiore rilievo attenne, in particolare, alla prognosi di pagamento della percentuale del quaranta per cento in relazione alla fattispecie del concordato c.d. liquidatorio⁵².

In via preliminare, va affermato che il legislatore confermò l'obbligo della regolare tenuta delle scritture contabili. Tale aspetto, sebbene non innovativo, tuttavia era logicamente interferente con il vaglio di «fattibilità», specie del concordato con cessione dei beni: infatti, solo dopo avere accertato la regolare tenuta della contabilità, il giudice avrebbe potuto svolgere la prognosi sull'attuabilità della percentuale promessa.

⁵² Quanto al controllo di «fattibilità» in sede di «concordato con garanzia», le verifiche del Tribunale si risolvevano ancora una volta nella valutazione del carattere «serio» della garanzia offerta dal debitore, di cui all'art. 160, comma 2, n. 1, legge fallim.: un'istruttoria dal contenuto più semplice rispetto a quella necessaria per il concordato con cessione dei beni, e specialmente ove fossero offerte garanzie tipiche. Anche qui, in verità, la scarna indicazione normativa determinò non pochi dubbi: ci si domandò, in particolare, entro quali limiti il giudice avrebbe potuto ammettere una proposta concordataria accompagnata da garanzie c.d. atipiche; non ignorando che il ricorso a tali garanzie determinava, di fatto, un'espansione dei poteri d'indagine del Tribunale. Orbene, il silenzio serbato dal legislatore non impedì all'autorità giudiziaria di riconoscere come «seria» anche quella forma di garanzia caratterizzata dal «funzionamento dell'azienda e dagli utili conseguibili»; e sempre che avesse ritenuto concretamente realizzabile la proposta del debitore unitamente agli altri presupposti. Pertanto, mediante il ricorso ad un'accezione più ampia del concetto di «garanzia», l'attività istruttoria del giudice non incontrava grossi limiti se non nella misura di valutare in concreto come serie ed idonee le modalità di adempimento prescelte dal debitore. A tal riguardo, v. P. PAJARDI, *Sub art. 160 legge fallim.*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di C. CELORIA e P. PAJARDI, Milano-Messina, 1963, p. 890; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 187 ss.

A tal riguardo, l'interpretazione più «severa» della giurisprudenza⁵³ e della dottrina⁵⁴ esige il rispetto di tutti gli adempimenti formali prescritti dalla legge, poiché solo un esame completo e veritiero delle scritture contabili avrebbe consentito all'autorità giudiziaria l'esatta ricostruzione dei rapporti patrimoniali del debitore⁵⁵. Ma non solo. Era richiesta, altresì, una regolarità «sostanziale»: cioè una contabilità che riflettesse «l'effettivo stato delle attività e delle passività dell'azienda, nonché le vicende economiche»⁵⁶ della stessa. Pertanto, era necessario che alla tenuta dei libri contabili obbligatori si accompagnasse il rispetto di tutti i requisiti di forma.

All'opposto, invece, si collocò un'opzione interpretativa «più liberale»⁵⁷: anche i libri contabili non preventivamente vidimati e bollati avrebbero soddisfatto il requisito della regolare contabilità, purchè le scritturazioni ivi contenute riproducessero in modo fedele il movimento amministrativo e contabile dell'impresa⁵⁸.

La stessa Corte di Cassazione⁵⁹ sposò, inizialmente, la tesi meno rigida, anche al fine di consentire l'accesso al concordato preventivo, altrimenti impedito da una lettura meramente formale; fino ad attestarsi, poi, su un'interpretazione restrittiva in quanto ritenuta più aderente al dato testuale della citata disposizione⁶⁰, ma forse meno all'intenzione del legislatore.

La sostanziale novità in tema di «fattibilità» fu rappresentata, come suaccennato, dalla previsione del concordato «con cessione dei beni», ai sensi

⁵³ Cfr., in particolare, App. Milano, 9 gennaio 1951, in *Dir. fall.*, 1951, II, p. 42 ss.; App. Perugia, 7 maggio 1952, in *Dir. fall.*, 1952, II, p. 277.

⁵⁴ Cfr. G. ROVELLI, *Regolare tenuta della contabilità per l'ammissione al concordato e all'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1953, I, p. 65 ss.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1979, p. 2225 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 182 ss.

⁵⁵ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 184.

⁵⁶ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 182.

⁵⁷ L'espressione è di G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 182.

⁵⁸ Cfr. Trib. Busto Arsizio, 10 giugno 1950, in *Dir. fall.*, 1950, II, p. 278; App. Catanzaro, 20 agosto 1953, in *Rep. Giur. it.*, 1954, v. concordato preventivo, n. 2.

⁵⁹ Cfr. Cass. civ., 30 maggio 1953, n. 1639, in *Dir. fall.*, 1953, II, p. 311 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass. civ., 9 aprile 1988, n. 2809, in *Fall.*, 1988, p. 582 ss.; Cass. civ., 21 giugno 1984, n. 3663, in *Fall.*, 1985, p. 34 ss.; Cass. civ., 18 gennaio 1979, n. 357, in *Foro it.*, 1980, I, p. 454 ss.

dell'art.160, comma 2, n. 2, legge fallim., fino a quel momento ritenuto non ammissibile⁶¹.

Infatti, sotto il vigore del Codice di Commercio, vivido fu il rifiuto di autorevole dottrina⁶² verso tale peculiare fattispecie di concordato: e ciò tanto dinanzi alla proposta del debitore di cedere tutte le sue attività ai creditori, affinché potessero soddisfarsi convertendo il loro diritto di credito in diritto di proprietà; quanto quella di liquidare «per conto e a rischio dei creditori tutto o parte del suo patrimonio»⁶³, affinché se ne ripartissero il ricavato.

Il motivo risiedeva essenzialmente nell'aleatorietà di tale forma di concordato nell'assicurare un pagamento almeno pari al *minimum* legale del quaranta per cento⁶⁴. Pertanto, la dottrina⁶⁵, prima dell'entrata in vigore della legge fallimentare, era giunta ad una soluzione di compromesso: si ammetteva il concordato con cessione dei beni solo se il debitore avesse non solo assunto l'obbligo di destinare il ricavato della liquidazione di tutti i suoi beni ai creditori, ma anche assicurato, mediante il rilascio di apposite garanzie, tale percentuale minima quale risultato della liquidazione.

La legge fallimentare colmò tale lacuna, stabilendo che il Tribunale avrebbe dovuto accertare, con giudizio prognostico, che dalla liquidazione dei beni ceduti dal debitore si fosse ricavata una somma tale da consentire il pagamento dei creditori chirografari almeno nella misura del quaranta per cento.

È evidente la delicatezza delle verifiche condotte dal giudice in questa sede, tra l'altro, acuita anche dall'assenza di specifici criteri che potessero orientare tali

⁶¹ Invero, anche la giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore della legge fallimentare, ritenne ammissibile il concordato con *cessio bonorum* nei termini come dianzi esposto; pertanto, tale modalità di soddisfacimento dei creditori poteva ritenersi una codificazione della stessa prassi giurisprudenziale: cfr. Cass. civ., 23 luglio 1932, n. 2482, in *Riv. dir. comm.*, 1933, II, p. 30; App. Torino, 13 giugno 1930, in *Giur. tor.*, 1930, p. 1496; Trib. Vicenza, 25 luglio 1913, in *Foro veneto*, 1913, p. 411; Trib. Lecco, 16 novembre 1911, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 9 ss.; Trib. Bergamo, 22 gennaio 1909, in *Giuris. ital.*, 1909, p. 234 ss.

⁶² L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 60.

⁶³ L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 61 ss.

⁶⁴ L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 61.

⁶⁵ Cfr. L. BOLAFFIO, *Del concordato preventivo*, cit., p. 62; J. REZZARA, *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza. Studio di diritto commerciale*, Torino, 1903, p. 685 ss.

poteri d'indagine e che, inevitabilmente, erano rimessi al suo «prudente apprezzamento»⁶⁶.

Pur incombendo sul debitore l'onere di provare il raggiungimento di tale percentuale, al giudice era demandata la valutazione di tutte le componenti dell'attivo, ovvero di tutto ciò che rientrava nel patrimonio del debitore: ossia, crediti, beni mobili ed immobili, nonché scorte di magazzino⁶⁷. In particolare, nel valutare la natura e l'entità dei crediti, il giudice avrebbe dovuto considerare la percentuale da «abbattere» sulla base di tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto.

Se da un lato il debitore aveva l'onere di fornire una valutazione dell'azienda il più possibile attendibile, dall'altro, il Tribunale non avrebbe potuto sottrarsi dal compiere un riscontro effettivo di quanto dichiarato dallo stesso ricorrente.

Infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità⁶⁸, il giudizio prognostico di cui all'art. 160, comma 2, n. 2 legge fallim., nella sua originaria formulazione, esigeva la «quasi certezza» del raggiungimento della percentuale di soddisfacimento ivi indicata: un controllo, questo, condotto sulla base di elementi concreti e riscontrabili, e non su mere congetture⁶⁹.

⁶⁶ L'espressione è di G. RAGO, *Il concordato preventivo. Dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, p. 138.

⁶⁷ G. RAGO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 194 ss.

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., 13 dicembre 1969, n. 3963, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 393.

⁶⁹ Cfr. Cass. civ., 13 dicembre 1969, n. 3963, *cit.*, p. 393.

3.1. Segue: Il vaglio di «convenienza economica» in sede di omologazione: l'insufficienza del controllo di «fattibilità».

L'art. 181, comma 1, n. 3, legge fallim., riconobbe al Tribunale il potere di riesaminare la prognosi di realizzabilità della proposta di concordato in sede conclusiva: solo ove il giudice avesse confermato l'idoneità e sufficienza delle garanzie prestate dal debitore, ovvero dei beni di quest'ultimo, ad assicurare l'esatto adempimento della percentuale minima di pagamento, avrebbe emesso la sentenza di omologazione.

Invero, sebbene la legge fallimentare consentisse espressamente un nuovo vaglio sui presupposti di ammissione, peraltro, ai fini dell'omologazione, ampliò i poteri valutativi del Tribunale, affiancando per la prima volta al giudizio, che qui ci occupa, quello diverso di «convenienza economica» della proposta concordataria per tutti i creditori.

È proprio in tale sede che si esprimeva gran parte della discrezionalità del Tribunale, malgrado il legislatore ne avesse limitato il relativo giudizio, in base all'art. 181, comma 1, n. 1, legge fallim., «alle attività esistenti ed all'efficienza dell'impresa».

Ai fini dell'omologazione, pertanto, non era sufficiente l'accertamento sulla «certezza» dell'esecuzione delle obbligazioni assunte con la proposta di concordato, come richiesto dall'art. 181, comma 1, n. 3, legge fallim. Veniva così assegnata al Tribunale una funzione decisiva: la valutazione di «convenienza» espressa dai creditori in sede di votazione non era definitiva. La *ratio* del suddetto controllo non era rinvenibile tanto nella tutela di interessi pubblici, come la conservazione dei livelli occupazionali ed in generale dell'impresa, quanto, piuttosto, in quello di assicurare «un'ottimale soddisfazione delle ragioni dell'intero ceto creditorio»⁷⁰.

⁷⁰ Cfr. Cass. civ., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248. In dottrina, per una sintesi delle teorie sugli interessi sottesi al giudizio di «convenienza economica»: cfr. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario A. Scialoja – G. Branca, Legge fallimentare (artt. 160 – 186)*, Bologna – Roma, 1979, p. 418 ss.

La complessità della citata valutazione emergeva dalle modalità di esplicazione della stessa: un giudizio prognostico comparativo tra la percentuale promessa ai creditori chirografari con la proposta di concordato, e quella che presumibilmente sarebbe stata distribuita in sede di riparto con l'apertura di fallimento; giudizio, tuttavia, che la stessa formula normativa arricchiva con ulteriori elementi di giudizio, ovvero «le attività esistenti» e «l'efficienza dell'impresa».

Come è facile intuire, ciò sollevò questioni interpretative di non sempre agevole soluzione. Pertanto, la giurisprudenza elaborò una serie di criteri atti ad orientare l'apprezzamento del Tribunale; quest'ultimo, quanto agli aspetti da considerare nell'ambito del parametro delle «attività esistenti», avrebbe dovuto valutare la possibilità concreta di esperire azioni revocatorie nella procedura fallimentare; azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci della società⁷¹; i tempi di liquidazione e di pagamento delle obbligazioni⁷²; nonché, il presumibile realizzo delle attività in caso di concordato con cessione dei beni⁷³; ed, infine, lo stato dei giudizi pendenti⁷⁴.

Quanto, invece, all'altro parametro al quale rapportare la «convenienza economica», ovvero «l'efficienza dell'impresa», al Tribunale competeva l'accertamento della «funzionalità dell'impresa a produrre ricchezza»⁷⁵, a seconda della modalità di soddisfacimento prescelta. A tal riguardo, il suddetto parametro veniva in rilievo anche in quella particolare ipotesi di concordato c.d. «con garanzia», ove la garanzia del pagamento del quaranta per cento dei debiti fosse rappresentata dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa e, quindi, non solo da garanzie esterne ad essa⁷⁶.

Inoltre, la valutazione in ordine alla capacità dell'impresa di produrre reddito era sicuramente oggetto del vaglio di «convenienza» nel concordato con cessione

⁷¹ Cfr. Trib. Torino, 23 giugno 1988, in *Fall.*, 1989, p. 420.

⁷² Cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p.454 e ss.

⁷³ Su cui, ancora, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 454 e ss.

⁷⁴ Cfr. Trib. Lecce, 7 marzo 1972, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 528.

⁷⁵ Trib. Bologna, 1° giugno 1987, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 165, con nota di E. FRASCAROLI SANTI, *La convenienza del concordato preventivo*.

⁷⁶ Ammesso che il Tribunale ritenesse ammissibile tale forma di garanzia.

dell'intera azienda a terzi: qui, trattandosi di un'impresa ancora produttiva, era onere del debitore indicare il valore concreto ed attuale del complesso aziendale, che sarebbe stato ad ogni modo sottoposto al vaglio del giudice, in sede di omologazione.

Qualora, invece, fosse stato proposto un concordato liquidatorio il giudice avrebbe rapportato il suo sindacato unicamente alle «attività esistenti»⁷⁷, ovvero al valore dei singoli beni.

Non va dimenticato che una parte della dottrina⁷⁸ e della giurisprudenza⁷⁹, nell'intento di restringere l'intervento dell'autorità giudiziaria, aveva circoscritto l'esercizio del controllo di «convenienza economica» alle sole ipotesi «patologiche» della procedura, in cui i creditori fossero stati tratti in inganno sulla reale situazione del debitore, esprimendo di conseguenza una volontà alterata.

Infatti, a fondamento di tale ricostruzione, la citata dottrina evidenziava che solo ai creditori la legge attribuiva il potere di approvare una proposta di concordato, dopo averla giudicata «conveniente» per loro stessi; inoltre, erano sempre quest'ultimi a subire gli effetti del concordato una volta omologato⁸⁰.

Tuttavia, prevalse l'opposto orientamento, secondo il quale il Tribunale aveva piena libertà in sede di controllo sulla «convenienza economica» della proposta.

Infine, nell'ambito dei controlli in sede di omologazione interferenti con la prognosi di «fattibilità», venne confermato il requisito della «meritevolezza» del debitore. Questa volta, però, il legislatore rapportò tale controllo alle «cause del dissesto e alla condotta dell'imprenditore», con l'intento di arginare l'ampia discrezionalità valutativa del Tribunale, che, inevitabilmente, si riconnetteva alla succitata verifica. Ma ciò non bastò.

⁷⁷ Così, G. RAGO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 501.

⁷⁸ S. SATTÀ, *Diritto fallimentare*, cit., p. 387.

⁷⁹ Cfr. Trib. Firenze, 24 agosto 1950, in *Dir. fall.* 1951, II, p. 286.

⁸⁰ Cfr. U. AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., p. 1549. Secondo l'A., in tal modo, la minoranza dissenziente sarebbe stata adeguatamente tutelata, se l'approvazione della maggioranza fosse stata mossa dall'intenzione di salvaguardare gli interessi di tutti i creditori nel miglior modo possibile.

In primo luogo, non può dubitarsi dell'autonomia della condizione di «meritevolezza» del debitore rispetto agli altri requisiti⁸¹, tanto che se immeritevole del beneficio del concordato, il Tribunale avrebbe rifiutato l'omologazione, malgrado l'approvazione della maggioranza, ovvero dell'unanimità dei creditori.

In merito all'oggetto del controllo, in particolare, la giurisprudenza lo intese quale «correttezza morale e professionale del debitore»⁸², non limitandolo alle sole capacità professionali di quest'ultimo. Quanto alle cause del dissesto è logico che il Tribunale non avrebbe potuto prescindere dall'accertamento e dalla valutazione dell'attività del debitore fino alla presentazione del ricorso: infatti, il dissesto era addebitabile al debitore nella misura in cui quest'ultimo avesse posto in essere atti dolosi o colposi lesivi degli interessi dei creditori⁸³.

In particolare, in merito all'aspetto etico della condotta del debitore, il Tribunale avrebbe vagliato non «ogni atto moralmente riprovevole»⁸⁴ della vita dell'imprenditore, ma solo quelli che si riflettevano nella sfera degli interessi patrimoniali dell'impresa e, in *primis*, quelli dei creditori.

In conclusione, da queste osservazioni può desumersi che, mentre nel controllo di «convenienza economica» prevalevano gli interessi dei creditori al maggior realizzo in termini percentuali del loro credito, in quello di meritevolezza, invece, prevalevano gli interessi pubblici; nel senso cioè di riconoscere il beneficio del concordato solo a quel debitore realmente degno ed in grado di proseguire l'esercizio dell'impresa, ovvero di conseguire comunque i benefici del concordato nella fattispecie liquidatoria. Spettava, in tal modo, al giudice il dovere di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi dei creditori e quelli pubblicistici⁸⁵, e quest'ultimi non potevano certo dirsi remissivi alla luce dell'originario art. 181, comma 1, n. 4, legge fallim.

⁸¹ Di contrario avviso, v. F.C. CARBONI, *Il processo di omologazione*, cit., p. 189 ss., che inquadrava il requisito della «meritevolezza» quale doppiato di quello di «convenienza economica».

⁸² Cfr. Cass. civ., 18 giugno 1992, n. 7557, in *Fall.*, 1992, p. 1121.

⁸³ Cfr. G. RAGO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 508.

⁸⁴ F. CARBONI, *Il processo di omologazione*, cit., p. 193.

⁸⁵ Cfr. G. RAGO, *Il concordato preventivo*, cit., p. 505.

4. L'introduzione dell'espressa previsione della «fattibilità» nella legge fallimentare a seguito del d.l. 35/2005 conv. in l. n. 80/2005.

Come anticipato, è solo con il d.l. 35/2005 conv. in l. n. 80/2005 che il legislatore ha inserito per la prima volta nel tessuto della legge fallimentare, il termine «fattibilità». È stato così che la questione della «fattibilità» è emersa in maniera dirompente anche sul piano normativo.

La novità è stata accompagnata, tra l'altro, dalla scomparsa tanto del requisito della «meritevolezza» del debitore, quanto della verifica giudiziale sulla «convenienza economica», che, come poc'anzi visto, delineavano un controllo di «merito» del giudice.

La previsione sul piano semantico del concetto di «fattibilità» ha dato luogo a non poche incertezze quanto agli spazi operativi del giudice: infatti, da un lato viene meno il riferimento all'obbligo del debitore di offrire «serie garanzie reali o personali» di pagare la percentuale minima prescritta; e dall'altro, l'onere di provare la «sicurezza di esecuzione» della prestazione promessa. Controlli, quest'ultimi, che una lettura sistematica ne ha consentito, ripetesi, la riconduzione al vaglio giudiziale sulla «fattibilità» del concordato.

A complicare tale quadro deve aggiungersi che l'art. 161, comma 3, legge fallim., non attribuiva espressamente al giudice la verifica sulla «fattibilità», ma si limitava a richiedere il deposito della relazione del professionista sulla «veridicità dei dati aziendali» e sulla «fattibilità del piano»; silenzio, questo, del legislatore che ha dato luogo ad un lungo dibattito in dottrina e giurisprudenza, non solo sul significato da attribuire al concetto di «fattibilità», ma anche sui relativi spazi operativi rimessi all'autorità giudiziaria, che è giunto fin ai nostri giorni con l'introduzione del «Codice della crisi».

Le perplessità sul controllo giudiziale della «fattibilità» hanno, invero, riguardato tanto la fase di ammissione, quanto quella di omologazione in cui, in particolare, il riferimento alla «fattibilità» era del tutto assente: l'art. 180, comma 3, legge fallim., si limitava, infatti, a prevedere la verifica della sola «regolarità della procedura», ingenerando così nell'interprete ulteriori dubbi.

Sul dibattito ingeneratosi in quell'occasione si ritornerà nel capitolo successivo, in quanto strettamente strumentale alla corretta interpretazione della soluzione accolta dal «Codice della crisi».

5. Cenni di diritto comparato. La legislazione concorsuale francese: i poteri del Tribunale in relazione alla prognosi di realizzabilità del piano di salvataggio nella *procedure de sauvegarde*.

E' opportuno, prima di procedere ad esaminare approfonditamente il concetto di «fattibilità», svolgere una sintetica analisi di diritto comparato, per analizzare quali sono i poteri riservati in altri ordinamenti all'autorità giudiziaria nelle procedure di risanamento aziendale, onde rinvenire spazi per un controllo di «fattibilità», anche laddove esso non sia espressamente contemplato. E ciò anche al fine di ricostruire possibili punti di contatto con quanto previsto dal diritto nazionale.

Come da qui a breve si esaminerà, dall'esame comparatistico emerge come l'ago della bilancia oscilla tra sistemi fortemente orientati al salvataggio dell'impresa in crisi, predisponendo istituti con forti connotazioni pubblicistiche, dove la tutela degli interessi dei creditori non può ritenersi la «stella polare della procedura»; e, all'opposto, sistemi c.d. *creditor-oriented*, in cui la scelta sulle modalità di composizione delle difficoltà del debitore è sostanzialmente affidata ai creditori, ovvero alla maggioranza di quest'ultimi; e, infine, emergono sistemi più «equilibrati».

Non poteva, di certo, mancare una breve riflessione sull'ordinamento statunitense, ed in particolare, sull'istituto del *Chapter 11*: un modello efficiente di risoluzione della crisi ed ispiratore di alcuni sistemi di governo in ambito europeo della crisi di impresa, nonché quello che va delineandosi nel nuovo approccio all'insolvenza e alla crisi d'impresa a livello comunitario.

Pertanto, dovremmo chiederci, alla luce dei risultati raggiunti, se esista un modello «ideale» di risoluzione della crisi, che sappia bilanciare le istanze e le spinte privatistiche, da una parte, con quelle tese ad affermare l'irrinunciabilità dell'intervento pubblico in situazioni decisamente conflittuali, come lo sono le situazioni di crisi e di insolvenza, dall'altra.

Nell'ordinamento francese la legislazione concorsuale è inserita nel libro 4 del *Code de Commerce*, intitolato «*Des difficultés entreprises*».

Con l'avvio delle riforme avvenuto nel 1984⁸⁶, il legislatore si è mostrato particolarmente sensibile all'obiettivo primario di risanamento dell'impresa, tanto che, come è stato autorevolmente affermato⁸⁷, il quadro normativo di prevenzione della crisi d'impresa ha costituito un punto di riferimento per le istituzioni europee nel nuovo approccio all'insolvenza⁸⁸.

Ad ogni modo, ne è scaturita la configurazione di un modello basato precipuamente su una concezione non sanzionatoria delle procedure per l'impresa in difficoltà, e recuperatoria delle sue stesse potenzialità⁸⁹, preservando i livelli di occupazione⁹⁰; e ciò anche sacrificando gli interessi dei creditori⁹¹.

Per quanto qui interessa, si concentrerà l'attenzione sui poteri dell'autorità giudiziaria in relazione alla «*procédure de sauvegarde*»⁹², per l'indubbia rilevanza

⁸⁶ Con ulteriori interventi legislativi succedutesi dal 1984, il legislatore francese ha previsto, oltre la procedura di *liquidation judiciaire*, altre procedure di composizione stragiudiziale della crisi alternative al fallimento. In particolare, con la Legge 84-148 del 1° marzo 1984 (*Prevention et règlement amiable des difficultés des entreprises*), il legislatore ha introdotto i procedimenti «di allerta e di prevenzione», con cui ha semplificato il sistema precedente: infatti, con tale intervento normativo, le due procedure di *règlement judiciaire* – *liquidation des biens* e di *suspension provisoire des poursuites* si fondano in una sola.

Successivamente, con la Legge 85-1998 del 25 gennaio 1985 (*Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*), il legislatore francese introduce una necessaria fase di osservazione della gestione dell'impresa, in sede di c.d. *redressement*, prima della sua eventuale liquidazione.

Orbene, l'aspetto peculiare dell'ordinamento francese in tema di misure di prevenzione e di allerta, è costituito dalla possibilità riconosciuta ad altri soggetti diversi dall'imprenditore, quali sindaci, rappresentanti dei lavoratori, revisori contabili e spesso lo stesso Presidente del *Tribunal de Commerce*, di prendere l'iniziativa e promuovere la misura ritenuta più adatta al fine di salvare l'impresa in difficoltà; sopperendo, così, all'inerzia dell'imprenditore. In conclusione, l'ordinamento d'oltralpe prevede tre procedure preventive, ovvero la *procédure d'alerte*, il *Mandat ad hoc*, e il *Règlement amiable*; e tre giudiziarie, ossia la *procédure de sauvegarde*, il *redressement judiciaire*, ed infine, la *liquidation judiciaire*. Sul punto, si veda M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 256 ss.; A. JORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 625 ss.; ID., *Legislazione francese, raccomandazione della commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015, p. 1070 ss.; G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, ivi, p. 1057 ss.

⁸⁷ Cfr. R. DAMMANN - F.X. LUCAS, *Faut-il déjà, reformer la réforme du 12 mars 2014?*, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 2014, p. 143.

⁸⁸ Tanto in relazione ai principi emergenti dagli atti di raccomandazione che prescrittivi, e sui quali si tornerà da qui a breve.

⁸⁹ Cfr. A. KASTRINOU, *Comparative Analysis of the Informal, Non-Insolvency Procedures of the UK and France*, in *Int. Insol. Rev.*, 2016, p. 99 ss.

⁹⁰ Sul punto, rilevanti sono le novità contenute nella c.d. *loi Macron*, dell'8 agosto 2015, il cui testo è reperibile su www.legifrance.gouv.fr.

⁹¹ Cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, p. 1013.

⁹² Va, peraltro, rilevato che il legislatore francese ha di recente valorizzato il ruolo di costoro, cercando così un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, attraverso la previsione di

del ruolo del Tribunale e perché, malgrado le non trascurabili divergenze con il nostro concordato preventivo, risulta essere tra le «procedure collettive»⁹³ di diritto francese quella più interessante, al fine di tentare una comparazione⁹⁴.

Si tratta di una procedura di c.d. *debtor-in possession*, nella misura in cui la gestione dell'impresa resta al debitore⁹⁵, assistito, ovvero sorvegliato dall'*administrateur*, connotata da un forte «istituzionalismo» per le ragioni che saranno da qui a breve esposte.

È intuitivo constatare come, esaminando i presupposti per l'accesso alla suaccennata procedura, l'obiettivo primario sia proprio quello di preservare l'impresa in difficoltà: infatti, la legge, in un'ottica di prevenzione, ritiene sufficiente la presenza di una situazione di «difficoltà» non facilmente superabile,

due particolari istituti di composizione negoziale della crisi d'impresa: la *sauvegarde accélérée* e la procedura di *sauvegarde financière*, ex artt. L. 628-1 a 628-5 e 628-9 a 628-10 del *Code de Commerce*. Senza poter entrare nel merito di tali istituti, il primo è rivolto a quelle imprese di dimensioni medie, che hanno già avviato la procedura di *Conciliation*, e consente di elaborare ed approvare un progetto di piano, che assicuri la sostenibilità dell'impresa, entro tre mesi dall'apertura. L'ammissione sarà decisa dal Tribunale dopo aver valutato la relazione del Conciliatore sulle prospettive di adozione del progetto di piano da parte dei creditori; infatti, ai sensi dell'art. L.628-2 del *Code de Commerce*: «Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après un rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés». In particolare, la legge richiede l'approvazione del piano da parte della maggioranza dei due terzi dei creditori; in caso contrario, ovvero dove entro tale termine non venisse presentato, il Tribunale interrompe la procedura. La seconda, invece, si rivolge unicamente ai creditori finanziari e termina entro un mese dall'avvio della procedura. Su tali procedure: cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2019, p. 646 ss.; Y. CHAPUT, *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. V, Torino, 2014, p. 167 ss.; S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, p. 317-336; M. MENJUCQ, *Perspective européenne et approche internationale de la prévention*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, p. 1ss.

⁹³ Per un'introduzione sulle caratteristiche essenziali delle *procédures collectives*: cfr. M. JEANTIN - P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, 2007, p. 107 ss.

⁹⁴ Invero, la *procédure de sauvegarde* ha molte più affinità con l'abrogata procedura di Amministrazione Controllata: cfr. M. FABBRINI, *Nuove modifiche al diritto delle imprese in difficoltà francese*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 745.

⁹⁵ Nell'ordinamento francese, a differenza di quello italiano, le procedure concorsuali sono aperte anche ai liberi professionisti, alle imprese agricole, oltre che agli artigiani. Peraltro, va notato che il nuovo «Codice della crisi» contiene significative novità sull'estensione dell'ambito soggettivo delle procedure concorsuali; infatti, ai sensi dell'art. 1 del suddetto CCII, si legge che il «Codice della crisi»: «disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge».

non ancora progredita nello stato di «cessazione dei pagamenti», e la cui prova è rimessa al debitore⁹⁶.

L'art. L. 620-1, comma 1, del *Code de Commerce*, è impreciso, non fornisce volutamente alcuna definizione del presupposto oggettivo di accesso⁹⁷; pertanto, la giurisprudenza francese⁹⁸ ritiene vi possano rientrare tanto difficoltà di natura economico-finanziaria, tanto giuridiche; quest'ultime dovute ai processi in corso, ovvero alle difficoltà di recupero dei crediti⁹⁹.

In questa fase iniziale, il Tribunale, svolge un sindacato potremmo dire «debole», limitato all'accertamento di mera legalità e non di opportunità.

In particolare, la sentenza di apertura della procedura è subordinata all'accertamento dell'assenza dello «stato di cessazione dei pagamenti»¹⁰⁰; della natura e gravità delle difficoltà denunciate dal debitore, tali da richiedere l'elaborazione di un piano di salvataggio per pagare i creditori¹⁰¹.

In seguito, l'impresa entra in una fase delicata¹⁰²: ovvero, un «*période d'observation*», di una durata massima di sei mesi, ma prorogabili dal Tribunale fino a diciotto su istanza del debitore, dell'amministratore o del Pubblico Ministero, che ha lo scopo precipuo di stabilire le reali potenzialità di ripresa

⁹⁶ L'Ordonnance n. 2008-1345 del 18 dicembre 2008, entrata in vigore il 15 febbraio 2009, ha apportato significative modifiche alla disciplina della *procédure de sauvegarde*; in particolare, sul presupposto oggettivo di cui all'art. L. 620-1 del *Code de Commerce*; così, mentre il testo originario della succitata disposizione ne subordinava l'accesso all'ipotesi in cui il debitore avesse dimostrato di avere delle difficoltà di natura tale da condurre ad una cessazione dei pagamenti; la novella del 2008 ha soppresso la precisazione che vi sia almeno un «dissesto imminente», stabilendo che la procedura in esame è «aperta su domanda di un debitore (...), il quale, senza essere in cessazione dei pagamenti, dimostri delle difficoltà che non è in grado di superare». Sul punto v. M. FABBRINI, *Nuove modifiche al diritto*, cit., p. 746 ss.; L. TEXIER – RUSSO, *Le nouveau droit entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009*, in *LPA* N°43, 2 marzo 2009.

⁹⁷ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 215 ss.

⁹⁸ In particolare, in giurisprudenza, v. CA Colmar, 26 sept. 2006, *Sté Heuler Hermès c/Schlumberger*.

⁹⁹ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 216 ss.

¹⁰⁰ Cfr. O. DELGRANGE WENNER - C. CARBONE, *Le procedure concorsuali in Francia*, in *Foro padano*, II, 2010, p. 194 ss.

¹⁰¹ L'indeterminatezza del presupposto oggettivo è stata controbilanciata dalla previsione del diritto dei creditori di opporsi all'apertura della procedura, qualora il debitore sia mosso esclusivamente dal proposito di bloccare le iniziative dei suoi creditori, sottraendosi, così, alle azioni da quest'ultimi intraprese: cfr. O. DELGRANGE WENNER - C. CARBONE, *Le procedure concorsuali in Francia*, cit., p. 198.

¹⁰² Cfr. artt. L. 622 -1 a 622 - 33, del *Code de Commerce*.

dell'impresa e di elaborare un *plan de sauvegarde*¹⁰³. In particolare, va precisato che la legislazione concorsuale francese non prevede come obbligatoria la nomina di esperti nella predisposizione del piano di riorganizzazione: infatti, lascia al Tribunale tale discrezionalità, *ex art. L. 621-4, del Code de Commerce*.

Pertanto, nell'ipotesi in cui il giudice si determini in tal senso, la missione degli esperti designati è in ogni caso quella di effettuare una diagnosi sulla situazione finanziaria ed economica della società, che arricchisca il quadro informativo a disposizione degli organi della procedura¹⁰⁴; nonché, assistere il debitore nella elaborazione del piano di salvataggio. Tuttavia, il Tribunale è libero di determinare le competenze degli esperti da lui stesso nominati¹⁰⁵.

Orbene, l'aspetto più interessante della procedura in esame si rinviene nella predisposizione del piano di salvataggio, e nei poteri riconosciuti al Tribunale dalla legislazione francese in questa fase centrale¹⁰⁶.

Mentre il nostro ordinamento, salvo l'ipotesi di un concordato c.d. in bianco, subordina, l'apertura della procedura concordataria al deposito del piano di concordato, con annessa attestazione di un professionista indipendente, quello francese, all'opposto, ne impone la predisposizione durante il periodo di osservazione. Infatti, il debitore, grazie all'ausilio dell'*administrateur judiciaire*, predispone una bozza di piano da sottoporre all'approvazione definitiva del Tribunale¹⁰⁷.

¹⁰³ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 291 ss.

¹⁰⁴ Tale scelta può ritenersi del tutto opportuna, e ciò sotto un profilo di «contenimento» tanto dei costi delle procedure di salvataggio, quanto di eventuali «abusi» del debitore secondo un'ampia accezione del termine, che potrebbero, infatti, essere favoriti, in linea di massima, allorché la predisposizione del piano avviene al di fuori e prima dell'avvio della procedura di salvataggio.

¹⁰⁵ Su cui, ancora, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 273 ss.

¹⁰⁶ La dottrina ha affermato che la configurazione dei poteri demandati all'autorità giudiziaria nell'ambito delle procedure concorsuali francesi, ed in particolare nella *procédure de sauvegarde*, non può essere paragonata all'attuale sistema di «tendenziale degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa, con progressiva emarginazione del giudice», delineatosi al di qua delle Alpi: cfr. F. PASQUARIELLO, *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 581.

¹⁰⁷ Il *plan de sauvegarde* si compone di tre parti: la prima attiene la riorganizzazione dell'impresa, con eventuale previsione di cessione di un ramo dell'azienda; la seconda riguarda, invece, la liquidazione del passivo; infine, nella terza parte del piano vengono riportate le misure per l'occupazione dei lavoratori: cfr. M. JEANTIN - P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises*

In questa fase delicata, «elementi contrattuali»¹⁰⁸ si combinano con la natura prevalentemente giurisdizionale del piano di salvataggio¹⁰⁹, lasciando, tuttavia, a quest'ultima il ruolo decisivo: la legge, infatti, secondo il procedimento ordinario, riconosce ai creditori il diritto di essere consultati in merito al contenuto della proposta del loro debitore, che potrebbe essere dilatorio o remissorio dell'importo del credito vantato da ciascun creditore. Così, in un'ottica di semplificazione, la consultazione dei creditori, ai sensi dell'art. L. 626-5 del *Code de Commerce*, avviene individualmente e per iscritto; successivamente, il rappresentante dei creditori predispone una relazione sulle dichiarazioni pervenute, e la invia all'*administrateur*.

Tuttavia, al fine di facilitare l'approvazione del piano è, altresì, stabilito che il silenzio dei creditori sulla proposta del debitore ha valore legale di assenso, se non perviene nel termine di trenta giorni, *ex art. L. 626-5, comma 2, Code de Commerce*.

Ciò dimostra, indubbiamente, il carattere recessivo degli interessi dei creditori rispetto all'obiettivo primario della riorganizzazione e tutela del valore dell'impresa in difficoltà.

Peraltro, per rafforzare il ruolo dei creditori nel processo di riorganizzazione aziendale, la l. 2005-845 del 26 giugno 2005 *Loi de sauvegarde des entreprises*, ha previsto l'istituzione di due comitati¹¹⁰, ovvero quello dei finanziatori e quello dei fornitori di beni e servizi, che hanno la possibilità di discutere ed apportare modifiche alla bozza elaborata dal debitore¹¹¹. Se l'impresa ha almeno 150 dipendenti o un fatturato di almeno 20 milioni di euro, i creditori sono divisi in due comitati¹¹²: uno formato dalle banche e l'altro dai fornitori che vantano almeno il

en difficulté, cit., p. 602 ss.; C. LEBEL, *Le plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008*, in *Gaz. proc. coll.*, 6/7 mars 2009, p. 46 ss.

¹⁰⁸ Cfr. M. JEANTIN - P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, cit., p. 596.

¹⁰⁹ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 655.

¹¹⁰ Si tratta di un procedimento alternativo a quello ordinario summenzionato, e che trova applicazione al ricorrere di determinate condizioni.

¹¹¹ Cfr. M. FABBRINI, *Nuove modifiche al diritto delle imprese in difficoltà francese*, cit., p. 751; B. QUATRARO - B. BURCHI, *Gli istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere*, in *NDS*, 2016, p. 7 ss.

¹¹² Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 545. In particolare, l'art. L. 626 - 30, del *Code de Commerce* stabilisce quanto segue: «Les sociétés de

3% del totale dei crediti relativi a forniture di beni o servizi¹¹³; negli altri casi, invece, la formazione dei comitati può essere chiesta dal debitore o dall'*administrateur* al Tribunale, ed è decisa discrezionalmente da quest'ultimo.

I comitati, quindi, devono essere consultati, affinché possano esprimere il loro voto sul progetto di piano, che si considera approvato se sono raggiunti i 2/3 dei crediti complessivi ed il 50% degli aventi diritto al voto¹¹⁴; in seguito, il Tribunale procede all'omologazione¹¹⁵.

Pertanto, «l'intervento diretto e predominante»¹¹⁶ del Tribunale emerge, altresì, dagli effetti del voto dei creditori¹¹⁷: infatti, se i comitati, ove esistenti, non abbiano approvato la proposta, ai sensi dell'art. L. 626 - 34, del *Code de Commerce*¹¹⁸ la procedura seguirà secondo la regola generale, ovvero sulla base della consultazione individuale, come poc'anzi esposto.

financement, les établissements de crédit et ceux assimilés, tels que définis par décret en Conseil d'Etat ainsi que les principaux fournisseurs de biens ou de services, sont constitués en deux comités de créanciers par l'administrateur judiciaire. La composition des comités est déterminée au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

Les sociétés de financement, les établissements de crédit et ceux assimilés, ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services, sont membres de droit du comité des établissements de crédit.

A l'exclusion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, chaque fournisseur de biens ou de services est membre de droit du comité des principaux fournisseurs lorsque sa créance représente plus de 3% du total des créances des fournisseurs. Les autres fournisseurs, sollicités par l'administrateur, peuvent en être membres.

Pour l'application des dispositions qui précèdent aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté».

¹¹³ A tal riguardo, tra i correttivi apportati dall'*ordonnance* del 2008, vi rientra anche quello relativo all'abbassamento della soglia di accesso ai comitati obbligatori dei creditori: la riforma del 2005, infatti, prevedeva una soglia di percentuale del passivo più alta, ovvero del 5%, con inevitabili limitazioni di accesso ai comitati.

¹¹⁴ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 547 ss.

¹¹⁵ Preme sottolineare che il voto dei creditori non è sempre previsto, ma è limitato a quelli più rilevanti: cfr. M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, cit., p. 256 ss.

¹¹⁶ L'espressione è di L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, cit., p. 1014.

¹¹⁷ Ad avviso della dottrina d'oltralpe, i poteri del giudice in sede di omologazione sono tali da assorbire qualsiasi elemento contrattuale rinvenibile in sede di preparazione del piano; i creditori, quindi, sono solo «una forza negoziale preparatoria», non avendo un ruolo decisivo ai fini dell'approvazione del piano: cfr. M. JEANTIN - P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, cit., p. 596 ss. Ad avviso della succitata dottrina, infatti, «même après 2005, les créanciers ne sont qu'une force de négociation préparatoire, et non des partenaires dont le consentement est indispensable à l'adoption du plan».

¹¹⁸ Cfr. art. L. 626 - 34, del *Code de Commerce*: « Lorsque l'un ou l'autre des comités et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires ne se sont pas prononcés sur un projet de plan dans un

Invece, in presenza di un voto positivo dei comitati, il Tribunale nella fase conclusiva valuterà che i diritti di tutti i creditori, compresi quelli della minoranza dissenziente, e di coloro che non facevano parte dei comitati, siano «sufficentemente protetti»: infatti, *ex art. L. 626-31, del Code de Commerce* «il s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés».

A tal fine, il Tribunale svolgerà un controllo diretto sul contenuto del piano: ne accerterà, così, la completezza espositiva, l'intelligibilità, i tempi di esecuzione indicati nel piano stesso, nonché la sostenibilità delle assunzioni formulate nella bozza di piano. Inoltre, ai sensi dell'art. L. 626-18, comma 1, del *Code de Commerce* il Tribunale può intervenire sul contenuto del piano, diminuendo «*des délais et remises*»¹¹⁹, accordati dai creditori¹²⁰. Ed infine, ai sensi dell'art. L. 626-1, del *Code de Commerce*, la decisione finale è rimessa, altresì, alla valutazione positiva della «serietà del piano», ovvero «lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation». Orbene, il giudice non approverà il piano se non riterrà esistenti serie possibilità di recupero dell'impresa.

Da quanto qui brevemente esposto¹²¹, è evidente che nonostante il voto positivo dei comitati, l'ultima parola è sempre rimessa al giudice¹²².

délai de six mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure ou si le tribunal n'a pas arrêté le plan en application de l'article L. 626-31, la procédure est reprise pour préparer un plan dans les conditions prévues aux articles L. 626-5 à L. 626-7 afin qu'il soit arrêté selon les dispositions des articles L. 626-12 et L. 626-18 à L. 626-20. Toutefois, à la demande de l'administrateur, le tribunal peut fixer aux comités et, le cas échéant, à l'assemblée des obligataires un nouveau délai qui ne peut excéder la durée de la période d'observation».

¹¹⁹ Cfr. art. L. 626 – 18, comma 1, del *Code de Commerce*: «Le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 626-5 et à l'article L. 626-6. Ces délais et remises peuvent, le cas échéant, être réduits par le tribunal».

¹²⁰ Del resto, si ricordi che anche il potere disciplinato dall'art. L. 626-15, del *Code de Commerce*, ed oggi abrogato dall'art. 99 (V) della legge del 18 novembre 2016, testimoniava l'incisività del sindacato giudiziario nella procedura in commento: il Tribunale, infatti, poteva imporre modifiche dello statuto, ritenute necessarie per l'attuazione del piano.

¹²¹ In particolare, nella procedura di *redressement judiciaire*, l'elaborazione del *plan de redressement* è affidata ad un *mandataires judiciaires*, ed il Tribunale «n'arrête un plan de redressement que s'il considère qu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvée».

¹²² Al fine di attenuare il primato degli interessi pubblici, e spostare l'ago della bilancia in direzione opposta, l'*ordonnance* del 12 marzo 2014 ha riconosciuto il diritto a ciascun creditore componente di un comitato di creditori, di presentare una proposta alternativa di piano; pertanto, costoro potranno «soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur»:

Va, tra l'altro, osservato che l'ampio perimetro valutativo di costui nella *procédure de sauvegarde* emerge anche nella fase successiva dell'esecuzione del piano, che continua, infatti, sotto il controllo del Tribunale: l'art. L. 626-14, del *Code de Commerce* disciplina un potere penetrante che si giustifica per assicurare l'attuazione del piano, ovvero la sua «fattibilità», nonché la protezione degli interessi dei creditori anteriori: il giudice può, infatti, dichiarare l'inalienabilità di taluni beni dell'impresa che lui stesso ritiene indispensabili ai fini della prosecuzione dell'attività¹²³.

Tale divieto, tuttavia, ha una durata massima corrispondente a quella stabilita per l'esecuzione del piano; ebbene, in tale fattispecie, la prevalenza degli interessi pubblici emerge, altresì, dall'obbligo del Tribunale di richiedere il parere del Pubblico Ministero, a pena di nullità, qualora venga avanzata la richiesta di autorizzazione alla vendita del bene¹²⁴. Si tratta, quindi, di un'ipotesi di «inalienabilità giudiziaria»¹²⁵ volta ad impedire la dispersione dell'attivo da parte del debitore lasciato alla guida dell'impresa, e che esprime la forte ingerenza dell'autorità giudiziaria nel processo di risanamento aziendale.

cfr. F. PÉROCHON, *Procédures avec comités de créanciers, sauvegarde accélérée et SFA, après l'ordonnance du 12 mars 2014*, in *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, maggio 2014, p. 180 ss.

¹²³ Cfr. art. L. 626-14: «Dans le jugement arrêtant le plan ou le modifiant, le tribunal peut décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation. La durée de l'inaliénabilité ne peut excéder celle du plan.

Lorsque le tribunal est saisi d'une demande d'autorisation d'aliéner un bien rendu inaliénable en application du premier alinéa, il statue, à peine de nullité, après avoir recueilli l'avis du ministère public.

La publicité de l'inaliénabilité temporaire est assurée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Tout acte passé en violation des dispositions du premier alinéa est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte. Lorsque l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci».

¹²⁴ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 561 ss.

¹²⁵ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 561.

6. La legislazione del Regno Unito: i poteri valutativi dell'autorità giudiziaria nella fattispecie degli *Schemes of Arrangement* previsti dal *Companies Act*.

Volgendo l'attenzione all'ordinamento inglese¹²⁶, come è noto, esso è da sempre considerato «creditor friendly»¹²⁷ e, quindi, fortemente orientato alla protezione primaria degli interessi dei creditori¹²⁸.

Tuttavia, con l'*Enterprise Act* 2002, il legislatore ha optato per una legislazione sulla riorganizzazione aziendale più sensibile alla tutela di altri e concorrenti interessi: come il salvataggio dell'impresa e, quindi, anche degli interessi del debitore¹²⁹.

In tale ordinamento, uno strumento efficace di ristrutturazione per le imprese in difficoltà finanziaria è dato dallo *Scheme of Arrangement (SOA)*¹³⁰. Disciplinato dalla sect. 895 – 901 del *Companies Act* del 2006: tale «accordo» tra la società

¹²⁶ Per un'analisi di più ampio respiro, v. V. FINCH – D. MILMAN, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2017, Cambridge University Press, p. 55 ss. Per ulteriori riferimenti sul trattamento dell'insolvenza nel Regno Unito, v. S. BAISTER, *An Introduction to the Insolvency Law of England and Wales*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO e L. PANZANI, vol. 1, Torino, 2014, p. 153 ss.; P. BURBIDGE, *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da F. VASSALLI - F.P. LUISO - E. GABRIELLI, vol. 4, Torino, 2014, p. 270 ss.

¹²⁷ Cfr. A. KASTRINOU, *Comparative Analysis*, cit., p. 23; V. MINERVINI, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, Napoli, 2018, p. 228.

¹²⁸ In particolare, la procedura di *Administration* si colloca tra quelle che pongono gli interessi del ceto creditorio al primo posto: infatti, l'*administrator* deve subordinare le proprie scelte sulla prosecuzione, ovvero liquidazione dell'impresa, alla migliore soluzione per i creditori: V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, cit., p. 311 ss.; M. AIELLO, *L'administration alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 2015, p. 1107 ss.

¹²⁹ A tal riguardo, A. KASTRINOU, *Comparative Analysis*, cit., p. 24. Secondo l'A.: «The Enterprise Act 2002 was introduced in order to encourage a more collective approach towards corporate rescue, where by all the interests in the company would be considered».

¹³⁰ J. PAYNE, *The role of the court in debt restructuring*, in *The Cambridge Law Journal*, 2018, p. 128 ss.; ID., *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge, 2014, p. 1 ss.

debitrice ed i suoi creditori¹³¹, o alcune classi di questi, consente una modifica delle relazioni giuridiche tra tali soggetti¹³².

Occorre precisare che l'istituto in esame non è propriamente una procedura concorsuale¹³³, quanto uno strumento disciplinato dal diritto societario e destinato, quindi, in via principale, alle società solvibili per necessità riorganizzative; nato, pertanto, per fini diversi, nella prassi commerciale è stato largamente utilizzato ed adattato, per ristrutturare il debito delle società¹³⁴. E, con molta probabilità, ciò è alla base dell'ampio utilizzo ai fini del risanamento aziendale¹³⁵.

Concentrando l'attenzione sugli *Schemes of Arrangement*¹³⁶, il procedimento ha inizio con la presentazione di un'istanza al Tribunale da parte della società

¹³¹ I termini «compromise» e «arrangement» non hanno un significato legale specifico, tuttavia, nonostante ciò, le Corti inglesi hanno fatto ricorso alle definizioni invalse nella prassi commerciale. Da un lato, con il «compromise» si cerca di risolvere una «disputa» o una «difficoltà»; mentre, il secondo concetto ha una portata maggiore del primo, e non necessariamente richiede l'esistenza di una disputa, ovvero di una sua sistemazione, tanto che le Corti hanno ricostruito la sua portata «very broadly»: cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, cit., p. 21 ss. Per la giurisprudenza, v. In *Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration)* [2009] EWCA Civ 1161; *Sneath v. Valley Gold Ltd* [1893] 1 Ch 477; *Re Guardian Assurance Company* [1917] 1 Ch 431.

¹³² I cui effetti, quindi, non si ripercuotono nella sfera giuridica di quei creditori che non ne fanno parte.

¹³³ Cfr. F. IODICE, *Scheme of Arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Fall.*, 2015, p. 1093 ss.

¹³⁴ J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 30; R. M. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londra, 2011, p. 487 ss.; V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, cit., p. 409 ss.

¹³⁵ La duttilità ed efficienza di tale strumento hanno avuto un ruolo importante e determinante nella loro utilizzazione da parte di società straniere, per ristrutturare il loro debito. A tal riguardo, la giurisprudenza inglese si è nel tempo confrontata con questioni di natura processuale di non poco conto, tanto che oggi può pacificamente ammettersi l'utilizzo degli *Schemes of Arrangement* da parte di società non inglesi, se ricorrono determinati presupposti. In particolare, è necessario che la *foreign company* abbia un *sufficient connection*, ovvero un «legame sufficiente» con l'ordinamento inglese: tale situazione, come affermato dalle Corti inglesi, ricorre non solo quando la società straniera abbia dei beni sul territorio inglese, ma anche quando «il debito da ristrutturare fosse regolato da un contratto di finanziamento soggetto al diritto inglese»: cfr. F. IODICE, *Scheme of Arrangement*, cit., p. 1094; M. MIOLA, *Mercato delle regole e diritto societario della crisi alla luce della disciplina europea delle procedure di insolvenza*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore. Atti del Convegno di Venezia 13-14 novembre 2015*, a cura di G. CARCANO – C. MOSCA - M. VENTORUZZO, Milano, 2015, p. 637 ss. E più nel dettaglio, v. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 288 ss. In giurisprudenza, v. *Re Drax Holdings Ltd* [2003] EWHC 2743 (Ch); *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch).

¹³⁶ L'*Insolvency Act* disciplina un ulteriore strumento di risanamento aziendale, caratterizzato dalla prosecuzione della gestione da parte del debitore, e finalizzato, quindi, al salvataggio dell'impresa: ovvero, il *Company Voluntary Arrangement*, c.d. CVA. Si tratta di un accordo stragiudiziale tra la società ed i suoi creditori chirografari, con esclusione dei privilegiati, che, pertanto, non sono vincolati dall'accordo in questione. La legge facilita la conclusione di un

debitrice, con cui si chiede la convocazione dei creditori. A tal fine, l'art. 896 del *Companies Act* stabilisce che «*the court may, on an application under this section, order a meeting of the creditors or class of creditors, (...), to be summoned in such manner as the court directs*». Si comprende facilmente che già dalla fase iniziale, il Tribunale ha un ruolo marginale, limitato alla convocazione dei creditori interessati dall'accordo¹³⁷; infatti, «*at the first hearing*», la Corte non può svolgere alcun sindacato sul merito dell'accordo¹³⁸ e, quindi, sulla «fattibilità economica».

L'ampio utilizzo nella prassi è dovuto, altresì, alla loro flessibilità¹³⁹: il contenuto è negoziato dalla società debitrice e dai creditori interessati, quindi in via stragiudiziale, e il più delle volte, ripetesi, viene utilizzato per ristrutturare l'indebitamento finanziario¹⁴⁰.

La fase principale, ovvero quella successiva, comporta la notifica della riunione ai creditori interessati dallo *scheme*, accompagnata dalle informazioni necessarie per una votazione consapevole¹⁴¹.

Le disposizioni della Parte 26 del *Companies Act* non precisano quali aspetti dello *scheme* rientrano nel potere di valutazione della Corte al fine di omologare, ovvero *to sanction*, l'accordo. Pertanto, gli incerti confini di tale discrezionalità sono inevitabilmente rimessi alla prassi delle Corti britanniche¹⁴². Come affermato

CVA tramite l'ausilio di un *Insolvency Practitioner*, escludendo, tra l'altro, l'intervento del giudice sia nella fase iniziale di negoziazione, che in quella finale di approvazione. Peraltro, un intervento del giudice può aversi in presenza di un'opposizione di un creditore dissenziente, che contesta l'approvazione dell'accordo per aver subito un pregiudizio, ovvero per la presenza di irregolarità materiali, ossia «*unfair prejudice or material irregularity*» [s. 6(1)(a) IA]: cfr. V. FINCH, *Corporate Insolvency Law*, cit., p. 418 ss.; J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 214-215.

¹³⁷ Cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 36 ss.

¹³⁸ Invero, una delle questioni che in questa fase iniziale potrebbe porsi all'attenzione della corte britannica, riguarda l'opportunità di dividere i creditori in classi: cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 36 ss.

¹³⁹ J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 107; A. KATZ, *Scheme of Arrangement: An English Law Cram Down Procedure*, reperibile su www.mayerbrown.it, doc. marzo 2012, p. 2 ss.

¹⁴⁰ Cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 20 ss.

¹⁴¹ Cfr. art. §897 del *Companies Act 2006*: «Where a meeting is summoned under section 896 - (a)every notice summoning the meeting that is sent to a creditor or member must be accompanied by a statement complying with this section, and

(b)every notice summoning the meeting that is given by advertisement must either-

(i)include such a statement, or

(ii)state where and how creditors or members entitled to attend the meeting may obtain

copies of such a statement (...).».

¹⁴² J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 68.

dalla giurisprudenza, «*there is no entitlement to get the scheme sanctioned*»¹⁴³, e ciò ha condotto la stessa ad affermare taluni fondamentali principi.

In sede di omologazione, la «Court», previo accertamento della propria giurisdizione, verificherà il raggiungimento delle maggioranze richieste, ovvero il settantacinque per cento del valore dei crediti interessati, e la maggioranza semplice per capita dei creditori¹⁴⁴; a tal proposito, tali numeri devono conseguirsi in ciascuna classe di creditori, ove ve ne siano¹⁴⁵.

Non è previsto un meccanismo di *cram down*: se le maggioranze succitate non sono raggiunte in tutte le classi, la Corte non ha il potere di omologare l'accordo, anche se dovesse ritenerlo «*fair and equitable*»¹⁴⁶.

Il giudice non si limita ad accertare la completezza ed esaustività delle informazioni ricevute dai creditori votanti; che le classi sono state equamente rappresentate; che ciascun creditore abbia votato in buona fede, in considerazione dell'interesse comune dei partecipanti, e non abbia cercato di condizionare il voto altrui¹⁴⁷; ed, infine che lo *scheme* sia *fair* in considerazione del contesto economico e degli interessi coinvolti nel processo di ristrutturazione. Si dovrà soffermare, poi, a svolgere un *test* di «ragionevolezza» dell'accordo¹⁴⁸: valutazione, quest'ultima, che non riguarda la «ragionevolezza» in sé dell'accordo¹⁴⁹, che altrimenti legittimerebbe un sindacato di merito e penetrante della Corte, quanto, piuttosto, se «*an intelligent and honest man might reasonably approve the scheme*»¹⁵⁰: e, quindi, considerando nel caso di specie la posizione dei creditori votanti.

¹⁴³ Cfr. *Scottish Lion Insurance Co Ltd v. Goodrich Corp* [2009] CSIH 6 (Inner House of the Court of Session).

¹⁴⁴ Cfr. art. §899: «(1) If a majority in number representing 75% in value of the creditors or class of creditors or members or class of members (as the case may be), present and voting either in person or by proxy at the meeting summoned under section 896, agree a compromise or arrangement, the court may, on an application under this section, sanction the compromise or arrangement (...).».

¹⁴⁵ Cfr. F. IODICE, *Scheme of arrangement*, cit., p. 1094 ss.

¹⁴⁶ Cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 72. In particolare, l'A. suggerisce che tale meccanismo potrebbe, invece, trovare applicazione in determinate circostanze; come nel caso in cui i creditori dissenzienti non abbiano più un interesse economico nella società, non ostacolando, così, il processo di ristrutturazione.

¹⁴⁷ Cfr. *Re Anglo American Insurance Co Ltd* [2001] BCC 300, p. 506.

¹⁴⁸ J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 71 ss.

¹⁴⁹ J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 74.

¹⁵⁰ Cfr. *Re Anglo American Insurance Co Ltd* [2001] BCC 300, p. 506.

Pertanto, è stato sostenuto che il giudice possa rifiutare l'omologazione, nonostante il raggiungimento delle prescritte maggioranze, qualora dovesse ritenere che le classi non siano state equamente rappresentate¹⁵¹, o che i termini dell'accordo non siano equi¹⁵².

Ebbene, può concludersi che l'istituto degli *Schemes of Arrangement*, qui riportato nei suoi termini essenziali, testimonia una tutela giurisdizionale degli interessi creditori limitata agli aspetti summenzionati, e ciò a vantaggio, invece, della conservazione del *going concern value*. Nel richiedere la necessaria approvazione dell'accordo da parte di tutte le classi dei creditori, e nel rimettere unicamente a costoro la valutazione di «meritevolezza» dello *scheme*, il legislatore britannico ha assegnato un ruolo preponderante all'autonomia delle parti interessate¹⁵³.

In tale contesto, l'autorità giudiziaria ha un ruolo piuttosto marginale, se solo si pensa all'assenza di un meccanismo di *cram down*, nonché alla verifica sul *best interest test* a favore dei creditori dissenzienti, propri, invece, del *Chapter 11*.

Tuttavia, neanche questo istituto, per quanto riconosca ampi margini di libertà ai creditori, non ha rinunciato al ruolo di eterotutela del giudice: pertanto, salvo situazioni di abuso, o di discriminazione nel trattamento delle minoranze dissenzienti¹⁵⁴, l'ordinamento si accontenta di una tutela piuttosto «formale» delle posizioni proprie dei creditori dissenzienti.

¹⁵¹ Cfr. R. PARRY, *Corporate Rescue*, London, 2008, p. 236; *contra*: cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 71 ss. Infatti, tale A. prospetta una soluzione diversa in presenza dell'inosservanza di talune regole procedurali che, tuttavia, non hanno inciso sull'approvazione dello *scheme*. Dovrebbe, così, essere riconosciuto alle corti il potere di confermare il piano, anche se le classi non sono state correttamente formate, e ciò quando tale «difetto» non abbia inciso sul risultato finale. Tuttavia, conclude l'A., sebbene tale questione sia stata di recente oggetto di discussione del legislatore britannico, si è deciso di non darvi seguito, «per ragioni pubbliche di tutela degli interessi della minoranza dei creditori».

¹⁵² Cfr. R. PARRY, *Corporate Rescue*, cit., p. 236; A. KASTRINOU, *Comparative Analysis*, cit., p. 34.

¹⁵³ I creditori, infatti, sono chiamati ad approvare o meno un *Scheme of Arrangement* i cui termini sono già stati resi noti in precedenza, e su cui il Tribunale non ha svolto alcun sindacato, ovvero nessuna valutazione di merito.

¹⁵⁴ Cfr. J. PAYNE, *The role of the court in debt restructuring*, in *The Cambridge Law Journal*, cit., p. 124 ss.

7. La legislazione tedesca: i poteri del Tribunale nell'*Insolvenzplan*.

Un principio di semplificazione e maggiore efficienza caratterizza l'ordinamento concorsuale tedesco. Infatti, con la riforma del 1994, entrata in vigore il 1° gennaio 1999, è stata introdotta una procedura unitaria denominata *Insolvenzordnung*, che ha eliminato il fallimento (*Konkursordnung*), ed il concordato preventivo (*Vergleichsordnung*)¹⁵⁵. Ai sensi del §1 *InsO*¹⁵⁶, l'obiettivo primario della procedura di regolazione dell'insolvenza consiste, anche qui, nel soddisfacimento delle pretese dei creditori. Finalità, questa, che la riforma ha conciliato con il risanamento della situazione economica del debitore.

In particolare, gli scenari possibili rimessi all'autonomia delle parti e volti alla conservazione dell'impresa consistono nel: *Sanierungsplan*, ovvero la prosecuzione dell'attività da parte del debitore; ovvero l'*Übertragungsplan*, che invece comporta il trasferimento dell'impresa ad un terzo¹⁵⁷, e che può eventualmente accollarsi il soddisfacimento di una parte dei debiti.

L'aspetto centrale è rappresentato dall'*Insolvenzplan*, ovvero «il piano di regolazione dell'insolvenza». Ai sensi del §217 *InsO*, la legittimazione alla presentazione appartiene al debitore con la domanda di apertura del procedimento, oppure successivamente, *ex* §218, *Abs. 1, InsO*; ed, infine, al curatore¹⁵⁸.

¹⁵⁵ K. KAMLAH, *The New German Insolvency Act: Insolvenzordnung*, in 70 *Am. Bankr. L. J.*, 1996, p. 417 ss.

¹⁵⁶ Cfr. §1 *InsO: Ziele des Insolvenzverfahrens*: «Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder (...)».

¹⁵⁷ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000, p. 5 ss. Per ulteriori approfondimenti, v. P. KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., vol. V, p. 198 ss.; R. MANGANO, *L'insolvenza nell'esperienza tedesca, in stato di crisi e stato di insolvenza*, a cura di G. TERRANOVA, Torino, 2007, p. 103 ss. In relazione al sistema concorsuale ante riforma, v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare nella legge tedesca*, Padova, 1977, p. 1 ss.

¹⁵⁸ Il legislatore ha, invero, preferito negare ai creditori la possibilità di presentare un piano «concorrente» a quello del debitore; sebbene se ne discusse in sede di riforma, la scelta definitiva fu mossa dall'esigenza di preservare la neutralità dei giudici tedeschi, potenzialmente compromessa dall'esercizio di valutazioni precipuamente economiche e commerciali, dovendo scegliere quale piano fosse economicamente migliore: cfr. K. KAMLAH, *The New German Insolvency Act*, cit., p. 430.

Concentrando l'attenzione sugli spazi operativi riservati al Tribunale nell'ambito dell'*Insolvenzplan*, occorre distinguere le valutazioni svolte in sede preliminare da quelle in fase di omologazione.

Ebbene, quanto allo *spazium deliberandi* del giudice in sede di ammissione, ai sensi del §231 *InsO*, esso comprende tanto un controllo di legittimità, quanto in parte di «merito».

In relazione al primo aspetto, ai sensi del §231, *Abs. 1, Satz 1, InsO*, l'ammissione del piano è rimessa all'accertamento circa il rispetto delle disposizioni della legge fallimentare sulla legittimazione dei proponenti, nonché sul contenuto del piano; riconoscendo al debitore la possibilità di sanare il vizio entro un congruo termine¹⁵⁹.

Pertanto, saranno oggetto dell'esame preliminare tutti gli aspetti legali che potrebbero influire sull'esecuzione del piano, rivalutati poi integralmente in sede di omologazione *ex* §250, *Abs. 1, Satz 1, InsO*; infatti, gli accertamenti svolti in questa prima fase non hanno un effetto vincolante in sede finale, dovendo il giudice considerare, altresì, eventuali fatti sopravvenuti che incidono sulle precedenti statuizioni¹⁶⁰.

Molto più interessanti risultano essere le previsioni contenute nel §231, *Abs. 1, Satz 2 e 3, InsO*, che declinano un potere più incisivo del Tribunale in questa prima fase. Ai sensi del *Satz 2*, l'ammissione del piano è rimessa a due ipotesi peculiari che attengono ambedue alla prospettiva di successo della procedura: ovvero, in base alla previsione contenuta nella prima parte del §231, *Abs. 1, Satz 2, InsO*, il Tribunale effettua una prognosi sull'accettazione del piano presentato dal debitore, da parte degli interessati¹⁶¹. In tale contesto, il giudice non ha poteri istruttori ufficiosi, pertanto dovrà respingere la domanda se risulta «evidente», sulla base del contenuto del piano e della documentazione allegata dal debitore,

¹⁵⁹ Cfr. S. TEIL, §231 *InsO*, in W. UHLENBRUCK – H. HIRTE – H. VALLENDER u.a., *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, Band X, München, 2010, p. 2445 ss.

¹⁶⁰ Cfr. J.D. SPLIEDT, §231 *InsO*, in K. SCHMIDT u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 27, München, 2016, p. 1815; H. J. LÜER – G. STREIT, § 250, *InsO*, in W. UHLENBRUCK u.a. (Hrsg.), *Uhlenbruck Insolvenzordnung Kommentar*, XV, München, 2019, d. 8-11.

¹⁶¹ Cfr. W. BREUER, §231, *InsO*, in H. P. KIRCHHOF u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band III, München, 2014, d. 18-19.

che non vi sarà alcuna approvazione da parte dei creditori; in particolare, ciò avviene quando considerando l'organizzazione di quest'ultimi all'interno di ciascun gruppo¹⁶², risulta «un'ingiustificata collocazione deteriore del singolo creditore»¹⁶³.

A tal fine, il Tribunale potrà tener conto degli eventuali pareri degli interessati, ovvero del curatore, solo qualora siano già presenti agli atti, ma non può sollecitarne appositamente¹⁶⁴. Pertanto, il giudizio prognostico circa la mancata approvazione del piano da parte degli interessati ai sensi degli artt. §243–246, *InsO*, deve essere «ovvia», e, quindi, non meramente probabile¹⁶⁵.

L'altra ipotesi di rigetto del piano in base al §231, *Abs. 1, Satz 2, InsO*, è data dalla manifesta mancanza dei presupposti di omologazione del piano stesso. In tal caso, già in sede preliminare, se emergono fatti che determinerebbero il rifiuto dell'omologazione dell'*Insolvenzplan*, ai sensi dei §246 – 251, *InsO*, il Tribunale rigetta il piano.

Infatti, potrebbero emergere elementi che evidenziano un acquisto di voti determinanti ai fini dell'approvazione del piano¹⁶⁶, ovvero se risulta evidente una carenza di tutela delle minoranze¹⁶⁷.

Infine, in sede preliminare, e per quanto in questa sede più interessa, il giudice ha il potere di verificare la «*offensichtliche Nichterfüllbarkeit*»¹⁶⁸, vale a dire la «fattibilità economica» del piano. Infatti, ai sensi del §231, *Abs. 1, Satz 3, InsO*, occorre osservare che se da un lato spetta al Tribunale una prognosi sulle

¹⁶² Cfr. S. TEIL, §231 *InsO*, in *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, cit., p. 1814; W. BREUER, §231, *InsO*, in *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., d. 18-19. A ben vedere, mentre ai sensi del § 231, *Abs. 1, Satz 1, InsO*, il Tribunale deve verificare anche il rispetto delle disposizioni sulla formazione delle classi ex §222, *InsO*, le verifiche allo stesso demandate in base al *Satz 2*, impingono, piuttosto, il merito della proposta, ovvero il trattamento riservato a ciascun gruppo di creditori, tale da comportare una irragionevole disparità di trattamento, da cui la prognosi sul rifiuto del piano trae la sua evidenza.

¹⁶³ R. BORK, *I poteri dei creditori nella procedura tedesca di riorganizzazione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 767.

¹⁶⁴ Sul punto, v. §232, *InsO*.

¹⁶⁵ In questo senso, v. S. TEIL, §231 *InsO*, in *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, cit., p. 2494; J.D. SPLIEDT, §231 *InsO*, in *Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1814.

¹⁶⁶ S. TEIL, §231 *InsO*, in *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, cit., p. 2494.

¹⁶⁷ Cfr. BGH, 20.07.2017, IX ZB 13/16.

¹⁶⁸ Cfr. W. BREUER, §231, *InsO*, in *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., d.

capacità del debitore di soddisfare le prestazioni assunte nel piano, ciò è possibile solo ove risulta «con evidenza» che le stesse non saranno soddisfatte¹⁶⁹.

Pertanto, oggetto della prognosi non è il successo del piano, quanto la sua concreta plausibilità, attuabilità, ovvero la «*offensichtlich Unerfüllbarkeit*»¹⁷⁰.

La «manifesta non fattibilità» del piano dovrà essere ricavata unicamente dalla documentazione presentata dal debitore, non disponendo il Tribunale di alcun potere istruttorio ulteriore. In particolare, la «*Pläusibilität zu prüfen*», vale a dire la prognosi di «fattibilità» del piano, deve essere condotta tanto in caso di prosecuzione dell'attività d'impresa, tanto in caso di mera liquidazione¹⁷¹.

Non può che essere apprezzata la scelta del legislatore tedesco non solo di attribuire al giudice la verifica sull'attuabilità del piano in fase di ammissione, ma anche di aver in concreto declinato tale valutazione nei suddetti termini, circoscrivendo, in tal modo, il rigetto per positiva valutazione di non «fattibilità» del piano solo ove ciò sia «evidente».

La *ratio* è quella di evitare l'apertura di procedure di regolazione dell'insolvenza che non abbiano prospettive di successo, preservando così gli interessi dei creditori. L'esito positivo dei summenzionati controlli, apre la fase successiva della procedura, *ex* §232, *InsO*: il giudice rimette il piano alle parti interessate, affinché esprimano il loro parere¹⁷², ed in seguito, si svolgeranno le procedure di voto. Il momento della discussione del piano è certamente una fase centrale della procedura: infatti, è rimessa ai creditori non solo l'approvazione del piano, ma, altresì, la possibilità di incidere sul contenuto dello stesso. A tal

¹⁶⁹ W. BREUER, §231, *InsO*, in *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., d. 20. L'A. sottolinea che la decisione rimessa al giudice in questa fase deve essere assunta con «cautela», e qualora non possa ritenersi dai documenti allegati la «manifesta irrealizzabilità del piano», saranno i creditori, in sede di votazione, a valutarne il rischio di avveramento. E aggiungendo che, l'assenza di «fattibilità» del piano emerge quando il debitore non sia in grado di adempiere neanche una percentuale irrisoria.

¹⁷⁰ Cfr. S. TEIL, §231 *InsO*, in *Insolvenzordnung. Kommentar*, cit., p. 2495.

¹⁷¹ In quest'ultimo caso, il controllo sulla «fattibilità» del piano di liquidazione dipenderà dalla valutazione delle attività presenti: se quest'ultime fossero insufficienti a soddisfare ciascun creditore nella percentuale promessa, ne conseguirà il rigetto: cfr. S. TEIL, §231 *InsO*, in *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, cit., p. 2494.

¹⁷² In particolare, ai sensi del §232, *InsO*, tali pareri saranno espressi: dal comitato dei creditori se costituito, dal consiglio di azienda e dal comitato dei dirigenti; inoltre, dal debitore se il piano è stato presentato dal curatore, ovvero da quest'ultimo ove l'iniziativa sia stata dell'imprenditore.

riguardo, il §240, *InsO*, consente al proponente di apportare modifiche alle singole previsioni dell'*Insolvenplan* in relazione agli esiti della discussione in assemblea; riconoscendo, così, anche ai creditori un ruolo propositivo nella regolazione dell'insolvenza.

Ai fini dell'approvazione, il §244, *InsO*, richiede in ogni classe di creditori una maggioranza «per testa» e «per somma»¹⁷³. In questa fase vengono in rilievo ulteriori poteri di valutazione del giudice; da un lato occorre considerare gli strumenti predisposti dalla legge fallimentare tedesca in merito al «divieto di ostruzionismo» tanto dei singoli creditori, (c.d. «Obstruktionsverbot»), *ex* §245, *InsO*, quanto del debitore, *ex* §247, *InsO*, finalizzati a preservare l'approvazione della maggioranza dei gruppi¹⁷⁴; e dall'altro, le verifiche in sede di omologazione, con una differente latitudine a seconda della presenza o meno di opposizioni alla «*Gerichtliche Bestätigung*».

Orbene, se le maggioranze prescritte in ogni gruppo non sono raggiunte, è previsto un particolare strumento volto a reprimere eventuali «abusi» della minoranza: il piano può considerarsi ugualmente approvato dai creditori dissenzienti, ai sensi del §245, *InsO*, in presenza del voto favorevole della maggioranza delle classi e qualora ricorrano talune condizioni. In particolare, ai sensi del §245, *InsO*, il Tribunale considera ugualmente approvato il piano se in sua assenza i singoli creditori dissenzienti riceverebbero un trattamento peggiore ed, inoltre, se accerta che ciascuno di costoro partecipa in «giusta misura» ai vantaggi del piano; verifica quest'ultima che si concretizza nella comparazione tra quanto il singolo creditore riceverebbe presumibilmente dalla liquidazione legale, e quanto promesso dal debitore con il piano¹⁷⁵. E svolgendo, così, inevitabilmente un controllo di «convenienza» sulla proposta.

¹⁷³ Cfr. R. BORK, *I poteri dei creditori*, cit., p. 769 ss.

¹⁷⁴ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza*, cit., p. 24-25.

¹⁷⁵ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *La legge tedesca sull'insolvenza*, cit., p. 25.

Inoltre, il Tribunale valuterà l'irragionevolezza e l'infondatezza del dissenso del creditore anche in base al rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, come si evince dal §245, *Abs. 2, Satz 1-3, InsO*¹⁷⁶.

In conclusione, venendo ai controlli in sede di omologazione, l'ampiezza del sindacato giudiziario dipende dalla presenza o meno di opposizioni dei singoli creditori.

Può affermarsi che anche per il diritto concorsuale tedesco l'efficacia dell'*Insolvenplan* è subordinata al decreto di omologazione dell'*Insolvenzgericht*. A tal riguardo, il giudice deve preliminarmente ascoltare il curatore, il comitato dei creditori se costituito, ed il debitore.

In particolare, in assenza di opposizioni, il sindacato giudiziario non andrà oltre l'accertamento sul rispetto delle disposizioni processuali e della formazione del consenso dei creditori; con la precisazione che il Tribunale può concedere un termine per sanare il vizio se ciò sia possibile senza dover ripetere le operazioni precedenti¹⁷⁷.

Pertanto, l'omologazione deve essere negata se l'approvazione del piano è avvenuta con l'inganno¹⁷⁸, ovvero «by unfair means»¹⁷⁹, influenzando in tal modo il voto dei creditori. Come poc'anzi esposto, saranno ripetuti quei controlli effettuati in sede di ammissione ai sensi del §231, *Abs. 1, Satz 1, InsO*¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Ai sensi del §245, *Abs. 2, Satz 1-3, InsO*: «(2) Für eine Gruppe der Gläubiger liegt eine angemessene Beteiligung im Sinne des Absatzes 1 Nummer 2 vor, wenn nach dem Plan

1. kein anderer Gläubiger wirtschaftliche Werte erhält, die den vollen Betrag seines Anspruchs übersteigen,

2. weder ein Gläubiger, der ohne einen Plan mit Nachrang gegenüber den Gläubigern der Gruppe zu befriedigen wäre, noch der Schuldner oder eine an ihm beteiligte Person einen wirtschaftlichen Wert erhält und

3. kein Gläubiger, der ohne einen Plan gleichrangig mit den Gläubigern der Gruppe zu befriedigen wäre, bessergestellt wird als diese Gläubiger». Inoltre, il successivo *Abs. 3* della summenzionata disposizione disciplina, invece, la posizione del socio, il cui trattamento si considera «angemessene» - *ex § 245, Abs. 3* - se in conformità al piano, nessun creditore riceverà un valore economico superiore al proprio credito, e se nessun socio titolare degli stessi diritti di quelli che facevano parte del gruppo dissenziente, riceverà un trattamento economico più favorevole di quello riservato soci del medesimo gruppo».

¹⁷⁷ Cfr. J.D. SPLIEDT, §250 *InsO*, in *Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1864 ss.

¹⁷⁸ Cfr. J.D. SPLIEDT, §250 *InsO*, in *Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1865.

¹⁷⁹ Cfr. K. KAMLAH, *The New German Insolvency Act*, cit., p. 431.

¹⁸⁰ Cfr. H. J. LÜER – G. STREIT, § 250, *InsO*, in *Uhlenbruck Insolvenzordnung Kommentar*, d. 8-11.

In conclusione, va sottolineato che in tale sede ed in assenza di opposizioni, non vi è alcuna verifica sulla «fattibilità» dell'*Insolvenzplan*, che, invece, spetta ai soli creditori in sede di approvazione¹⁸¹; questo vuol dire che il Tribunale non potrà ripetere le verifiche effettuate, in particolare, ai sensi del §231, *Abs. 1, Satz 3, InsO*¹⁸².

Al contrario, in presenza di opposizioni le maglie del controllo giudiziario sono estese alla verifica del *best interest test*. Tuttavia, tale verifica di «convenienza» è limitata alla sola posizione del creditore opponente¹⁸³, escludendo in tal modo una verifica estesa all'intera collettività¹⁸⁴.

¹⁸¹ K. KAMLAH, *The New German Insolvency Act*, cit., p. 432.

¹⁸² Cfr. J.D. SPLIEDT, § 250, *InsO*, in *Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., p. 1865; H. J. LUER-G. STREIT, § 250, *InsO*, in *Uhlenbruck Insolvenzordnung Kommentar*, cit., d. 8-9.

¹⁸³ Il Tribunale dovrà accertare che al singolo creditore opponente non venga riservato un trattamento presumibilmente peggiore rispetto a quello che gli spetterebbe in assenza di un piano: cfr. §251, *Abs. 1, Satz 2*.

¹⁸⁴ Cfr. K. KAMLAH, *The New German Insolvency Act*, cit., p. 432.

8. La legislazione statunitense: il controllo di «*feasibility*» nei poteri del giudice in sede di confirmation del *Chapter 11*.

Negli Stati Uniti il diritto fallimentare è disciplinato dal *Title 11* del *Bankruptcy Code* dello *United States Code*¹⁸⁵, più volte integrato ed emendato.

Tale legislazione, in particolare, consente di evitare la procedura di *liquidation*¹⁸⁶ attraverso l'approvazione da parte della maggioranza dei creditori di un piano di riorganizzazione: il riferimento normativo è, pertanto, all'istituto del *Chapter 11*¹⁸⁷.

Si tratta di uno strumento estremamente flessibile, che consente all'attuale *management* la prosecuzione della gestione dell'impresa in difficoltà finanziarie¹⁸⁸, ovvero in stato di insolvenza, rinegoziando l'importo ed il contenuto

¹⁸⁵ Per una ricostruzione storica della normativa fallimentare dell'ordinamento statunitense: cfr. P. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, p. 1 ss.; D. A. SKEEL jr., *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2003, p. 1 ss.; R. POSNER, *Corporate Bankruptcy: economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, 1996, p. 20 ss.; T. J. ZYWICKI, *The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America*, in *Michigan Law Review*, Volume 101 | Issue 6, 2003, p. 1 ss.

¹⁸⁶ La procedura di *liquidation* è, invece, disciplinata nel *Chapter 7* del *Bankruptcy Code*, e presenta finalità precipuamente dissolutorie: l'obiettivo è quello di liquidare tutti i beni del debitore per soddisfare i creditori. Ne possono beneficiare le persone fisiche, le imprese individuali, le *partnerships* e le *corporations*, con disciplina ed effetti in parte diversi. Nonostante sia riconosciuta anche ai creditori la legittimazione all'avvio della procedura, generalmente il debitore vi si sottopone volontariamente, in quanto incentivato dagli effetti «vantaggiosi» derivanti dalla procedura stessa: *l'automatic stay*, ovvero il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, senza la necessità, appunto, di un provvedimento del giudice; la liberazione dai debiti pregressi, ed il conseguente diritto di poter ripartire con una nuova attività. Pertanto, se il debitore è meritevole, potrà godere dei benefici accordati dalla legge fallimentare statunitense; come è noto, si tratta di un sistema giuridico lontano da una concezione sanzionatoria ed afflittiva del fallimento, purchè il debitore sia stato onesto. Ebbene, la liquidazione del patrimonio del debitore, e la conseguente distribuzione del ricavato ai creditori concorsuali, è affidata ad un *trustee*, nominato da un ufficio governativo del *Department of Justice*. Come si evince da quanto qui brevemente riportato, il giudice è del tutto assente, salvo eventuali contestazioni sull'esistenza o ammontare dei crediti sorte durante l'udienza di verifica del passivo tenuta dal *trustee*: cfr. C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, IV ed., New York, 2016, p.1008 ss.; W. J. WOODWARD JR, *Insolvency procedures in the U.S.A.*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., vol. V, p. 354 ss.

¹⁸⁷ Come per il *Chapter 7*, anche la procedura di *reorganisation* è aperta alle persone fisiche, alle imprese individuali, e alle *partnerships* e *corporations*.

¹⁸⁸ Evidenzia gli effetti negativi derivanti dal modello di *debtor-in-possession* caratteristico, in particolare, del *Chapter 11*: cfr. S. KORCH, *Chapter 11, corporate governance and the role of examiners*, in *34 Emory Bankr. Dev. J.*, 2018, p. 411; secondo l'A., infatti, la prosecuzione della gestione in capo all'attuale *management* determinerebbe la mancanza di neutralità nelle operazioni di gestione, financo di atti fraudolenti a danno di taluni creditori;

delle obbligazioni¹⁸⁹, con ampia libertà di stabilire le modalità di soddisfazione dei creditori¹⁹⁰; fino alla previsione di conversione del debito in capitale di rischio da riallocare tra i creditori.

Si può ragionevolmente ritenere che il diritto del debitore «onesto ma sventurato» ad una seconda *chance*, rappresenti uno dei capisaldi della procedura del *Chapter 11*. Alla base vi è, indubbiamente, il riconoscimento di un'ampia autonomia negoziale che lascia al debitore e ai creditori la decisione ritenuta più soddisfacente ed efficace per la sistemazione dei propri interessi, seppur non definitiva, stante la necessaria *confirmation* rimessa all'autorità giudiziaria¹⁹¹.

Per l'ordinamento statunitense, l'approccio conservativo, in funzione della tutela dei valori sottesi all'impresa non può, tuttavia, prescindere dall'onestà del debitore; profilo quest'ultimo che, invece, non caratterizza più la nostra legge fallimentare. Pertanto, l'ampio spazio riservato *in primis* al debitore, e l'ampia partecipazione degli stessi creditori al processo di riorganizzazione, non prescindono dalla «meritevolezza» del primo.

per tanto, per scoraggiare comportamenti illeciti, si propone la nomina di esperti da parte della Corte, ovvero di *preliminary examiners*, con il compito di informare, in maniera imparziale, il giudice su eventuali violazioni da parte del debitore. Nello stesso ordine di idee, v. anche M. BRADLEY - M. ROSENZWEIG, *The Untenable Case for Chapter 11*, in *Yale Law Journal*, 1992, (101), p. 1043 ss.

¹⁸⁹ Cfr. C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1073 ss.

¹⁹⁰ Per tale motivo, la procedura summenzionata è tra quelle c.d. *debtor-in-possession*; infatti, solo raramente il debitore viene sostituito dal giudice da un altro soggetto, ossia un *trustee*, e ciò in caso di frode o di gravi negligenze del debitore, ovvero nell'interesse dei creditori. Al debitore spetta *in primis* la legittimazione nel richiedere l'avvio della procedura: la presentazione di un'istanza presso la Corte territorialmente competente comporta l'*automatic stay*, ossia il blocco delle azioni esecutive individuali. Invero, il §1121(b) del *Bankruptcy Code* riconosce anche ai creditori il diritto di depositare un piano alternativo, qualora il debitore non lo faccia entro i 120 giorni successivi all'apertura della procedura e prorogabili fino a 180 dal giudice.

¹⁹¹ Non è necessario che al momento del deposito della domanda, con cui il debitore dà avvio alla procedura, quest'ultimo abbia già un piano di riorganizzazione completo, può, infatti, dichiarare nella fase preliminare che lo presenterà in un secondo momento. Invero, il giudice può assecondare la richiesta del debitore di nominare professionisti specializzati nel risanamento aziendale, affinché affianchino il debitore nell'elaborazione del *plan of reorganisation*. Va, altresì, considerato che seppur debitore e creditori hanno un ruolo determinante in questa fase, il giudice può incidere sulla formazione del piano chiedendo l'allegazione di ulteriori documenti e le integrazioni opportune, per garantire l'eshaustività e completezza delle informazioni sul modo in cui il debitore prospetta l'uscita dalle difficoltà. Infatti: «(...) but adequate information need not include such information about any other possible or proposed plan and in determining whether a disclosure statement provides adequate information, the court shall consider the complexity of the case, the benefit of additional information to creditors and other parties in interest, and the cost of providing additional information (...)»: cfr. §1125 *Bankruptcy Code*.

Si tratta di un sistema concorsuale in cui gli interessi del ceto creditorio trovano «ascolto» tanto nei rapporti informativi provenienti dal debitore sulla situazione complessiva dell'impresa¹⁹², tanto nel riconoscimento di poteri investigativi, di monitoraggio¹⁹³, nonché nella partecipazione all'elaborazione del piano¹⁹⁴.

Ai fini dell'approvazione del piano di riorganizzazione, il *Bankruptcy Code* prevede un sistema rafforzato di maggioranze: premesso che hanno diritto di voto solo quei creditori che risultano nelle *schedule*, ovvero che abbiano presentato un *proof of claim*¹⁹⁵, la legge richiede il voto favorevole di almeno i due terzi del valore nominale dei crediti e più della metà dei crediti ammessi¹⁹⁶.

¹⁹² A tal riguardo, un aspetto interessante è dato dal dovere del debitore di predisporre appositi *disclosure statement* contenenti «*adequate information*», che forniscano ai creditori una dettagliata analisi sulla situazione dell'impresa e sul contenuto del piano di riorganizzazione. Sulla completezza di tali documenti si esprime la Corte, che solo dopo averli approvati, ne consente la notifica ai creditori: cfr. §1125 *Bunkruptcy Code*.

¹⁹³ Cfr. P. MANGANELLI, Chapter 11 *e raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fall.*, 2015, p. 1136 ss.

¹⁹⁴ Ai sensi del §1103 del *Bunkruptcy Code*: «(a) At a scheduled meeting of a committee appointed under section 1102 of this title, at which a majority of the members of such committee are present, and with the court's approval, such committee may select and authorize the employment by such committee of one or more attorneys, accountants, or other agents, to represent or perform services for such committee.

(b) An attorney or accountant employed to represent a committee appointed under section 1102 of this title may not, while employed by such committee, represent any other entity having an adverse interest in connection with the case. Representation of one or more creditors of the same class as represented by the committee shall not per se constitute the representation of an adverse interest.

(c) A committee appointed under section 1102 of this title may

(1) consult with the trustee or debtor in possession concerning the administration of the case;

(2) investigate the acts, conduct, assets, liabilities, and financial condition of the debtor, the operation of the debtor's business and the desirability of the continuance of such business, and any other matter relevant to the case or to the formulation of a plan;

(3) participate in the formulation of a plan, advise those represented by such committee of such committee's determinations as to any plan formulated, and collect and file with the court acceptances or rejections of a plan;

(4) request the appointment of a trustee or examiner under section 1104 of this title; and

(5) perform such other services as are in the interest of those represented.

(d) As soon as practicable after the appointment of a committee under section 1102 of this title, the trustee shall meet with such committee to transact such business as may be necessary and proper».

¹⁹⁵ Cfr. P. MANGANELLI, Chapter 11 *e raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, cit., p. 1342.

¹⁹⁶ Cfr. §1126 (a) del *Bunkruptcy Code*: «(...) (c) A class of claims has accepted a plan if such plan has been accepted by creditors, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that hold at least two-thirds in amount and more than one-half in number of the

Come poc'anzi detto, il *Bankruptcy Code*, pur riconoscendo un'ampia partecipazione ai creditori nel processo di risanamento aziendale, non ha rinunciato al ruolo di garanzia del giudice, al quale è in ultima istanza riservato il potere di omologazione del piano, disponendo di un sindacato decisamente forte.

Non potendo in questa sede toccare tutti gli aspetti necessari ai fini della *confirmation*, si è ritenuto utile soffermarsi sul requisito di *feasibility* del piano, disciplinato dal §1129(a) (11) e, quindi, sui relativi poteri di controllo della Corte.

Ai fini dell'omologazione del piano di riorganizzazione approvato con le maggioranze prescritte dal *Bankruptcy Code*, è assegnato espressamente al giudice il compito di vagliare attentamente le probabilità di successo del piano: ovvero, che non sussista la possibilità di apertura della procedura alternativa di *liquidation* ai sensi del *Chapter 7*, oppure che il debitore non necessita di ulteriori apporti finanziari per l'esecuzione del piano.

Quella sul controllo di *feasibility*¹⁹⁷ è una verifica che testimonia un «ruolo paternalistico»¹⁹⁸ del giudice in un sistema fortemente improntato alla libertà negoziale¹⁹⁹, rimettendo all'autorità giudiziaria la verifica su aspetti precipuamente economico-finanziari²⁰⁰.

Peraltro, il *Bankruptcy Code* non dà una definizione di «fattibilità», né specifica quali elementi devono orientare la valutazione della Corte; tuttavia, la disposizione, che qui ci occupa, fissa due riferimenti rilevanti nella valutazione della stessa: «*confirmation of the plan is not likely to be followed by the liquidation, or the need for further financial reorganization, of the debtor or any successor to the debtor under the plan, unless such liquidation or reorganization is proposed in the plan*».

allowed claims of such class held by creditors, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that have accepted or rejected such plan.

(d) A class of interests has accepted a plan if such plan has been accepted by holders of such interests, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that hold at least two-thirds in amount of the allowed interests of such class held by holders of such interests, other than any entity designated under subsection (e) of this section, that have accepted or rejected such plan».

¹⁹⁷ Il requisito di *feasibility* era già presente nel *Bankruptcy Act* al §221(2) (*Chapter X*).

¹⁹⁸ La citazione è di C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1142 ss.

¹⁹⁹ In questi termini: cfr. C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1142 ss.

²⁰⁰ Cfr. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement*, cit., p. 260.

Pertanto, è stato decisivo il ruolo della giurisprudenza, che ha più volte declinato il requisito in esame quale onere del debitore di fornire la prova di una prospettiva ragionevole di successo del piano, e, quindi, di concreta praticabilità dello stesso.

Nell'effettuare il *feasibility test*, le Corti hanno, in tal modo, rifiutato un approccio rigoroso, richiamando più correttamente un principio di ragionevolezza: «il proponente non è tenuto a garantire il successo finale dell'azienda riorganizzata»²⁰¹, in termini di certezza, infatti, «success need not be guaranteed»²⁰². Sulla base di tali considerazioni, quindi, strumentale all'accertamento positivo del *feasibility test*, è il vaglio sul c.d. «studio di fattibilità» predisposto dal debitore²⁰³; un'analisi, questa, che comprende tanto gli aspetti finanziari, quanto quelli economico-patrimoniali del debitore, con esclusione di «zone franche» nella valutazione della stessa Corte²⁰⁴.

In particolare, al giudice è rimessa la verifica sulle condizioni economiche, sull'adeguatezza della struttura del capitale e sulle reali capacità dell'attuale *management* di raggiungere gli obiettivi previsti nel piano²⁰⁵.

²⁰¹ Cfr. In re *Wolf*, 61 B.R. 1010, 1011 (Bankr. N.D. Iowa 1986).

²⁰² Cfr. In re *Monnier Bros*, 755 F.2d 1336.

²⁰³ Cfr. In re *Monnier Bros*, cit.: «the bankruptcy court has an obligation to scrutinize the plan carefully to determine whether it offers a reasonable prospect of success and is workable»; negli stessi termini anche: cfr. In re *Repurchase Corp.*, 332 B.R. 343, secondo cui: «A bankruptcy judge has an affirmative obligation to ensure that a plan of reorganization is feasible».

²⁰⁴ Cfr. *Kane v. Johns-Manville Corp.* (In re *Johns-Manville Corp.*), 843 F.2d 636, 649 (2d Cir. 1988): «As demonstrated in its Feasibility Analysis, (...), and testified to by Mr. Stevens, (...), Manville will generate enough cash to meet its Plan obligations and operating cash requirements, from its own operations and from a pending credit facility over the next five years (...). The Court is satisfied that the assumptions and estimations underlying this analysis are well founded. Similarly the projected balance sheets and cash flow statements presented by the Debtor, (...), testified to by Mr. Stevens, (...). reveal a corporation which this court can be "reasonably assured" will succeed in its business environment for the foreseeable future and which is unlikely to face reorganization or liquidation in that time period. Seasoned, experienced, operating management remain with this Fortune 500 company to provide a measure of additional post-confirmation stability».

²⁰⁵ In dottrina: cfr. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1142; CHARLES G. CASE II, *A Short Summary of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*, in *NDS*, 2010, p. 62 ss. In giurisprudenza, v. In re *American Consol. Transp. Cos., Inc.*, 470 B.R. 478, 489 (Bankr. N.D. Ill. 2012): «The feasibility requirement mandates that the plan proponent offer concrete evidence of cash flow to fund and maintain both its operations and its obligations under the plan»; In re *U.S. Truck Co., Inc.* 800 F.2d 581, 589 (6th Cir. 1986).

Da quanto qui riportato, è evidente l'ampio coinvolgimento delle *bankruptcy courts* nella declinazione e perimetrazione del *feasibility test*: se, in primo momento, il controllo sulla «fattibilità» è stato giustificato dalla necessità di non accrescere il carico di lavoro delle Corti con procedure di riorganizzazione basate su «visionary schemes»²⁰⁶; in seguito, si è più correttamente ascritta tale verifica alla tutela dei creditori dissenzienti, in aggiunta al *best interest test*²⁰⁷. Invero, come la lettura delle succitate disposizioni dimostra, questa non è l'unica spiegazione che può inferirsene: il giudice è chiamato ad esprimersi sulla «fattibilità» del piano anche in presenza di un voto unanime dei creditori, *rectius* delle classi di creditori, e ciò, pertanto, testimonia il carattere essenziale ed imprescindibile di qualsiasi piano di riorganizzazione. È difficile contestare che, se l'ordinamento statunitense pone la tutela del *going concern value* come principale obiettivo da realizzare, il ruolo «invadente» del giudice rinviene proprio nella tutela di ciò la spiegazione decisiva.

Se il controllo sul requisito qui oggetto di analisi gioca un ruolo determinante nell'estensione del sindacato giudiziario, ancora più incisiva è la verifica del *best interest test*, come delineato dal *Chapter 11*. Nell'ordinamento statunitense la Corte, pur conservando sempre un ruolo di garanzia²⁰⁸ per gli interessi dei creditori, è chiamata ad effettuare distinti controlli a seconda del voto favorevole di tutte, ovvero di alcune, *impaired classes*²⁰⁹.

Nel caso di *consensual plan*²¹⁰, il voto contrario dei creditori dissenzienti conduce il sindacato della Corte a quanto previsto dal §1129 (7) del *Bankruptcy Code*: ovvero, per ciascun creditore dissenziente il debitore dovrà dimostrare che «to receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that

²⁰⁶ C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1140 ss.

²⁰⁷ Cfr. C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1141 ss.

²⁰⁸ Cfr. C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 69 ss.

²⁰⁹ Ai sensi delle disposizioni del *Bankruptcy Code*, sono definiti *impaired* quei creditori destinatari, secondo le previsioni del piano, di un pagamento solo parziale dei rispettivi crediti.

²¹⁰ Ovvero, in caso di approvazione del piano da parte di tutte le *impaired classes*, nel rispetto delle maggioranze prescritte ai sensi del §1126 del *Bankruptcy Code*.

such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under Chapter 7».

Orbene, alla luce delle disposizioni summenzionate, il dissenso di taluni creditori nell'ambito di una classe consensuale attiva la verifica giudiziale summenzionata²¹¹, che si concretizza comparando il c.d. *going concern value*, ossia il valore dell'impresa in esercizio, attualizzato al momento dell'esecuzione del piano, con il c.d. *liquidation value*, ovvero con quanto il creditore opponente riceverebbe al momento della liquidazione; accerterà, così, che il creditore dissenziente non riceverà un pagamento inferiore a quello prospettato in sede di liquidazione.

Invece, il voto contrario anche di una sola *impaired class*, ovvero la presenza di una classe di creditori pregiudicata dal piano²¹², in deroga alla *section* §1129 (a)(8)²¹³, determina, invece, un'attività istruttoria della Corte ben più ampia. In tali ipotesi, infatti, per ottenere l'omologazione il debitore dovrà chiedere l'applicazione del c.d. *cram down*: in aggiunta a quanto esposto in precedenza, l'omologazione è subordinata all'accertamento che il piano sia «fair and equitable» e non «unfair discriminatory». In sostanza, si richiede che il trattamento previsto per ciascuna classe di creditori dissenziente, o pregiudicata, non sia discriminatorio, nè ingiusto. Infatti, §1129(b)(1) stabilisce che «the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan notwithstanding the requirements of such paragraph if the plan does not discriminate unfairly, and is

²¹¹ La peculiarità di questo sistema, che riesce ad equilibrare l'ampia autonomia negoziale delle parti con il controllo pubblico del giudice, è data dall'attivazione «automatica» del controllo di «convenienza» da parte del giudice, per tutti quei creditori dissenzienti. La verifica del *best interest test* viene letta, infatti, come imprescindibile forma di tutela per i creditori dissenzienti, senza la necessità di una richiesta di costoro.

²¹² Cfr. §1129 (a)(8): «with respect to each class of claims or interests:

(A) such class has accepted the plan; or

(B) such class is not impaired under the plan (...).

²¹³ In particolare, per un esame sulle deroghe giurisprudenziali al principio statunitense dell'*absolute priority rule*: cfr. F. MARENGO, *Un approccio di analisi economica del diritto sulla crisi d'impresa: l'absolute priority rule statunitense e le sue deroghe giurisprudenziali. Prospettive di riforma del dato normativo italiano*, reperibile su www.ilcaso.it, doc. n. 13 ottobre 2014, p. 7 ss.

fair and equitable, with respect to each class of claims or interests that is impaired under, and has not accepted, the plan»²¹⁴.

²¹⁴ Per un approfondimento: cfr. B. A. MARKELL, *Fair Equivalents and Market Prices: Bankruptcy Cramdown Interest Rates*, in *Emory Bankr. Dev. J.*, vol. 33, 2016, p. 91 ss.; C. J. TABB, *The law of Bankruptcy*, cit., p. 1149 ss.; F. MARENGO, *Un approccio di analisi economica del diritto sulla crisi d'impresa*, cit., p. 6 ss. In giurisprudenza, v. In re Creekside Landing Ltd., 140 B. R. 713 (Bankr. M.D. Tenn. 1992); *Federal Sav. & Loan Ins. Corp. v. D & F Constr., Inc.* (In re D & F Constr., Inc.), 865 F.2d 673, 675 (5th Cir. 1989); In re Apple Tree Partners, L.P., 131 B.R. 380, 395 (Bankr.W.D. Tenn.1991); In re Outlook/Century, 127 B.R. 650, 656 (Bankr.N.D.Cal.1991); In re Triple R Holdings, L.P., 134 B.R. 382, 389 (Bankr. N.D.Cal.1991); In re Pullman Constr. Ind., Inc., 107 B.R. 909, 939 (Bankr. N.D. Ill. 1989).

9. Il controllo di «fattibilità» nella Direttiva UE 2019/1023 sulla ristrutturazione preventiva.

L'esame comparatistico, seppur limitato solo ad alcuni istituti, è qui di ausilio nell'introdurre i principi sul nuovo approccio all'insolvenza e alla crisi d'impresa che possono trarsi dalla recente normativa comunitaria. Pertanto, sulla base delle argomentazioni che seguiranno, dovremmo chiederci se l'obiettivo di realizzare la migliore soluzione possibile degli interessi dei creditori rappresenti tutt'ora la «stella polare delle procedure concorsuali», ovvero, se i principi rinvenuti dalla normativa comunitaria possono considerarsi coerenti con quelli che caratterizzano gli altri ordinamenti europei, ed in particolare con l'approccio alla crisi d'impresa del nostro ordinamento.

La Direttiva UE 2019/1023 in materia di ristrutturazione preventiva²¹⁵, in seguito solo «Direttiva», pubblicata il 20 giugno 2019, disegna un nuovo approccio alla crisi d'impresa basato sulla ristrutturazione preventiva²¹⁶, sul riconoscimento

²¹⁵ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

²¹⁶ La necessità di attenuare le diversità dei sistemi giuridici degli Stati membri in materia di insolvenza, ha dapprima condotto le istituzioni europee all'adozione della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE su *Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*; e, successivamente, alla modifica del Regolamento CE n. 1346/2000, (Reg. UE n.2015/848/UE del 20 maggio 2015) in tema di insolvenza. Si tratta di interventi significativi nella costruzione di un modello preordinato al recupero delle imprese in difficoltà ma economicamente sostenibili. In particolare, gli obiettivi della citata Raccomandazione vanno letti nella promozione di quadri di ristrutturazione preventiva volti al salvataggio delle imprese «sane in difficoltà finanziaria»; ottenendo, così, una diminuzione significativa dei «costi» sopportati dalle imprese nel processo di risanamento. Gli effetti positivi connessi al riconoscimento di una seconda *chance*, si registrano non solo nella massimizzazione del valore totale di recupero dei crediti, ma anche nella conservazione dei posti di lavoro, e in generale nel buon funzionamento del mercato. Quanto al Regolamento UE nella sua versione aggiornata, quest'ultimo ha esteso il suo campo di applicazione, includendo procedure prima escluse; ha reso più efficace la normativa del «mutuo riconoscimento» delle decisioni in materia di insolvenza in tutta l'UE; ed ha, altresì, colmato una lacuna importante, fornendo la definizione di COMI (Centre of Main Interest). Sul punto si vedano, *ex aliis*, M. MIOLA, *Mercato delle regole e diritto societario della crisi alla luce della disciplina europea delle procedure di insolvenza*, cit., p. 619 ss.; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, 2017, p. 1 ss.; G. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 2015, p. 1039 ss.; G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in

al debitore «onesto ma sfortunato» di una seconda possibilità, e la sua totale esdebitazione²¹⁷.

Ciascuno Stato membro è tenuto all'adozione di strumenti efficaci di ristrutturazione tempestiva delle imprese in difficoltà finanziarie, che possono ancora continuare ad operare sul mercato: la finalità della direttiva muove verso una maggiore armonizzazione della normativa sull'insolvenza, con effetti positivi sul funzionamento del mercato unico²¹⁸. Considerando, altresì, altre priorità fondamentali, quali un aumento dei tassi di recupero dei creditori e la conservazione dei posti di lavoro²¹⁹.

Invero, è proprio quest'aspetto che ci sorprende; a ben guardare, sembrerebbe che nella «Direttiva» la funzione strumentale della prosecuzione dell'attività d'impresa rispetto alla «migliore soddisfazione degli interessi dei creditori», diventi più evanescente, o comunque si attesti su di un piano equivalente.

Diverse sono le ragioni a sostegno di tale assunto. La *rescue culture* che va consolidandosi in tutta l'UE, rafforzata dalla previsione di strumenti di ristrutturazione dell'impresa in difficoltà più efficaci, consentirà il «giusto equilibrio tra gli interessi dei debitori e dei creditori»²²⁰: la conservazione dell'attività in capo al debitore è la strada da seguire tanto rispetto alla liquidazione dell'impresa, quanto alla cessione dell'impresa a terzi.

Fall., 2014, p. 7 ss.; L. PANZANI, *La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi*, in *Nuovo. dir. soc.*, 2014, p. 12 ss.

²¹⁷ Cfr. P. PIAZZA, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza e le forme di autotutela del contraente in bonis*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 691 ss.

²¹⁸ La «Direttiva» si prefigge lo scopo di disegnare un quadro normativo nuovo in materia di insolvenza, in grado di arginare le notevoli differenze inevitabilmente presenti negli ordinamenti degli Stati membri. In tema di ristrutturazione, ad esempio, le istituzioni europee sottolineano il divario esistente non solo in riferimento alle condizioni di accesso alle suddette procedure, ma anche allo stesso contenuto dei piani di ristrutturazione: tale diversità si riscontra, in particolare, nelle norme per la formazione delle classi, nelle maggioranze prescritte per l'approvazione del piano, nonché per le condizioni per l'omologazione del piano, determinando un ruolo differente dell'autorità giudiziaria nei contesti di risanamento aziendale, e ciò con rilevanti ripercussioni nei processi di ristrutturazione dei gruppi transfrontalieri: cfr. L. PANZANI, *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, reperibile su www.ilcaso.it, doc. n. 11 settembre 2017.

²¹⁹ Cfr. Considerando n. 16.

²²⁰ Così si legge nel testo della Relazione della succitata «Direttiva» al Considerando n. 35.

Pertanto, mediante un processo di ristrutturazione preventiva si assicurano contemporaneamente gli interessi dei creditori ed una seconda opportunità al debitore; la massimizzazione dei tassi di recupero per i creditori diventa, così, uno dei diversi vantaggi ascrivibili all'attività di prosecuzione e recupero in atto dell'impresa.

A tal riguardo, la «Direttiva» propone un ruolo più marginale dell'autorità giudiziaria: compatibilmente con gli interessi avuti di mira dalle istituzioni europee, l'intervento del giudice dovrebbe essere più incisivo nel momento finale dell'omologazione del piano²²¹. Infatti, il Considerando n. 29 della «Direttiva» stabilisce che gli Stati membri dovrebbero limitare la partecipazione delle autorità giudiziarie o amministrative «alle situazioni in cui essa sia necessaria e proporzionata», considerando quel giusto equilibrio tra la tutela degli interessi coinvolti nella procedura di ristrutturazione e l'esigenza di flessibilità e contenimento dei costi della stessa. Peraltro, tale Considerando fa salve le ipotesi in cui l'intervento dell'autorità giudiziaria o amministrativa sia obbligatorio ai sensi della presente «Direttiva», rispetto alle quali, quindi, non troverebbero applicazione i principi testè esposti.

Nella fase iniziale della procedura di ristrutturazione prescelta, il sindacato giudiziario si rende certamente opportuno ove l'avvio della stessa incida sui diritti dei creditori o dei terzi, come nel caso in cui venga chiesto un provvedimento di sospensione delle azioni di esecuzione individuali, e ciò al fine di agevolare le trattative in corso²²². Quanto ai poteri del giudice, in particolare, sul controllo di

²²¹ Il Considerando n. 29 della «Direttiva», infatti, statuisce che: «Per promuovere l'efficienza e ridurre ritardi e costi, i quadri nazionali di ristrutturazione preventiva dovrebbero contemplare procedure flessibili. (...). Fatta eccezione per i casi in cui la presente direttiva preveda la partecipazione obbligatoria delle autorità giudiziarie o amministrative, gli Stati membri dovrebbero poter limitare la partecipazione di tali autorità alle situazioni in cui essa sia necessaria e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l'altro, dell'obiettivo di tutelare i diritti e gli interessi dei debitori e delle parti interessate così come dell'obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure».

²²² In particolare, in relazione al potere dell'autorità giudiziaria di concedere un termine ulteriore per la sospensione delle azioni esecutive individuali, v. il Considerando n. 35. Potere, questo, volto a facilitare le trattative sul piano di ristrutturazione. A tal riguardo, nella versione non definitiva della «Direttiva», si faceva riferimento ad un più ampio potere di controllo del giudice, infatti nel considerando n. 19, si leggeva: «Gli Stati membri possono decidere che in questi casi l'autorità giudiziaria o amministrativa possa concedere una proroga di tale periodo, purché risulti chiaramente che le trattative sul piano di ristrutturazione avanzano e che i creditori

«fattibilità economica» del piano di ristrutturazione non vi è alcun riferimento rispetto alla fase preliminare.

Tuttavia, sulla base di una lettura superficiale del contenuto della «Direttiva», si sarebbe portati a ritenere che in questa prima fase si rinunci a quel sindacato c.d. di «filtro» del giudice, e che spesso comporta l'interruzione della procedura a causa dell'accertata mancanza di «sostenibilità economica» del piano di ristrutturazione, naturalmente ove un tale potere gli sia attribuito²²³. In tal modo, l'ago della bilancia si sposterebbe a favore dell'approvazione dei creditori, che solo in seguito sarà vagliata dal giudice.

Orbene, la *ratio* di un sindacato debole del giudice nella fase preliminare potrebbe rinvenirsi, a nostro avviso, nella considerazione che l'avvio precoce degli strumenti di ristrutturazione, in un momento cioè in cui è «probabile che l'insolvenza possa essere evitata», dia maggiore sicurezza in relazione alla sostenibilità economica del piano di salvataggio; una sorta di postulato, questo, che, tuttavia, resta da dimostrare, in particolare nella verifica delle assunzioni e previsioni a fondamento del piano.

Peraltro, si è dell'avviso che un sindacato giudiziario sulla «fattibilità economica» del piano, nella fase di accesso, possa evincersi da una lettura sistematica delle disposizioni della «Direttiva». Infatti, quest'ultima prospetta la necessità che la sostenibilità economica, *rectius* «fattibilità economica», del piano rappresenti una condizione di ammissione alla procedura²²⁴, e che tale

non sono ingiustamente pregiudicati. Se sono concesse ulteriori proroghe, l'autorità giudiziaria o amministrativa dovrebbe accertarsi della sussistenza di un'alta probabilità di adozione del piano di ristrutturazione. Gli Stati membri dovrebbero provvedere a che l'eventuale richiesta di proroga del periodo iniziale di sospensione sia presentata entro un termine ragionevole in modo da consentire all'autorità giudiziaria o amministrativa di emettere una decisione entro i termini. Invero, sebbene la formulazione del testo definitivo sia diversa, si ritiene che un controllo da parte dell'autorità giudiziaria sulle probabilità di adozione del piano permanga tuttora: il Considerando n. 36, infatti, sancisce la revoca della sospensione delle azioni esecutive individuali «se risulta evidente che la maggioranza richiesta dei creditori non appoggia la continuazione delle trattative» e, di conseguenza, la mancata approvazione del piano.

²²³ Come esaminato in precedenza, ciò accade nella legislazione francese.

²²⁴ Si noti, a tal riguardo, che nella versione non definitiva della succitata «Direttiva», e precisamente al Considerando n. 17, era stato previsto che «la prova della sostenibilità economica non dovrebbe quindi costituire un prerequisito per l'avvio delle trattative e la concessione della sospensione delle azioni di esecuzione. Al contrario, nella maggior parte dei casi la sostenibilità economica dell'impresa dovrebbe essere valutata dai creditori interessati che a maggioranza accettano un certo adeguamento dei crediti. Tuttavia, onde evitare abusi della procedura, è

«valutazione venga effettuata senza ritardo» e «senza pregiudicare gli attivi del debitore», rimettendo, altresì, al debitore stesso l'onere della prova sulla sostenibilità economica del piano. Bisogna, allora, chiedersi quali poteri residuano in capo al giudice, in particolare quanto all'ambito d'intervento sulla «fattibilità economica» del piano di ristrutturazione.

Nella misura in cui la «Direttiva» richiede tra i presupposti di accesso alla procedura di ristrutturazione preventiva quello della «sostenibilità economica» del piano, e che l'intervento dell'autorità giudiziaria non sia regolato dai principi di «necessità e proporzionalità» quando l'accordo tra debitore e creditori incida sui diritti di costoro, sembra ragionevole riconoscere al giudice la valutazione di «fattibilità economica» del piano.

In sede di omologazione, il cui provvedimento resta necessario per vincolare i creditori dissenzienti²²⁵, il giudice, viceversa, svolgerebbe senza alcuna remora un controllo non limitato ai soli profili di legalità; infatti, sarà tenuto a verificare la completezza del quadro informativo indirizzato ai creditori, la corretta formazione delle classi di creditori, nonché l'accertamento di «prospettive ragionevoli di impedire l'insolvenza del debitore e di garantire la sostenibilità economica dell'impresa». E ciò attribuisce, quindi, all'autorità giudiziaria il potere di valutare la «viability» del piano di ristrutturazione²²⁶, ovvero la «fattibilità» di quest'ultimo.

opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore riflettano una probabilità di insolvenza e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica dell'impresa»: cfr. Commissione Europea, 22 novembre 2016, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE*, COM (2016) 723 final.

²²⁵ Deve sottolinearsi che l'intervento del giudice in sede di omologazione è rimesso ai soli casi individuati dall'art. 10 della «Direttiva», e, pertanto, solo quando sia realmente necessario: ovvero, in particolare, quando il piano incide sui diritti dei creditori dissenzienti; oppure quando lo stesso comporta la perdita di più del 25 per cento della forza lavoro. E così delineando delle ipotesi mirate del controllo giudiziale.

²²⁶ Nella formulazione in lingua inglese dell'art. 10 della «Direttiva» si legge che: «Member States shall ensure that judicial or administrative authorities may refuse to confirm a restructuring plan where that plan does not have a reasonable prospect of preventing the insolvency of the debtor and ensuring the viability of the business». Si noti «l'assonanza» con l'art. §1129 (a) (11) del *Chapter 11* che, come visto in precedenza, richiede ai fini del *feasibility test*, tra l'altro, che: «is not likely to be followed by the liquidation».

Il sindacato di convenienza²²⁷ si concretizza, poi, nella verifica del *best interest test*²²⁸: il voto contrario dei creditori dissenzienti autorizza il giudice a comparare i vantaggi che costoro otterranno dall'esecuzione del piano, con il risultato di una «liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale»²²⁹.

²²⁷ Cfr., in particolare, il Considerando n. 52.

²²⁸ Prendendo spunto dal *Chapter 11*, qualora non siano raggiunte le maggioranze in tutte le classi, è previsto lo strumento del *cram down* che, in aggiunta alla verifica del *best interest test*, permette l'omologazione del piano se almeno una classe di creditori, i cui diritti sono stati lesi dal piano, (c.d. *impaired class*) lo approvi, e se il giudice accerta il rispetto non più della regola della «priorità assoluta», ma della «priorità relativa». Come è noto, infatti, nell'ordinamento statunitense, ai fini dell'omologazione del piano, la classe dissenziente di creditori deve essere pagata integralmente prima che una classe inferiore riceva qualsiasi distribuzione. Su tale ultimo aspetto, prima dell'approvazione del testo definitivo della «Direttiva» - che all'art. 11, lett. b), n. ii, e lett. c), richiede ai fini dell'omologazione che la classe di voto dissenziente non riceva un trattamento inferiore a quello ad essa spettante in caso di liquidazione, e che la stessa non riceva meno di quanto ricevano le altre classi di voto con posizione analoga - un importante progetto di ricerca condotto da numerose università, ha elaborato una serie di indicazioni, sotto forma di «Raccomandazioni», rivolte ai protagonisti dei procedimenti di ristrutturazione, ovvero di «Indicazioni di policy», indirizzate ai responsabili politici a livello nazionale ed europeo, evidenziando quegli aspetti della proposta di Direttiva bisognosi di modifica. Orbene, gli esiti delle ricerche hanno dimostrato l'opportunità di fare ricorso alla regola diversa della «priorità relativa»; regola quest'ultima che ricorre quando «each dissenting class is to receive treatment at least as favourable as other classes with the same rank; no class of a lower rank is to be given equivalent or better treatment than it; and higher ranking classes must receive no more than the full present economic value of their claims»-ovvero, che «ciascuna classe dissenziente riceverà un trattamento favorevole almeno quanto quello riservato alle altre classi dello stesso grado; nessuna classe di grado inferiore riceverà un trattamento equivalente o migliore rispetto a quello riservato a tale classe; e le classi di grado superiore non riceveranno più dell'intero valore economico attuale dei loro crediti». Secondo i fautori di tale ricerca, verrebbe in tal modo assicurato il principio di «equità» del piano in fase di omologazione, in quanto l'assenza del diritto di un pagamento integrale dei creditori dissenzienti appartenenti ad una classe superiore, assicurerebbe una maggiore protezione dei diritti delle classi inferiori. Quest'ultimi, quindi, non saranno esposti alla perdita totale dei loro interessi, a vantaggio di quei creditori di grado superiore: cfr. L. STANGHELLINI - C. G. PAULUS - R. MOKAL, - I. TIRADO, *Best Practices in European Restructuring. Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, cit., p. 70 ss.

²²⁹ È alquanto discutibile la scelta di considerare la c.d. «continuità indiretta» sullo stesso piano della liquidazione dell'impresa: la cessione dell'impresa in esercizio viene così ricompresa tra le ipotesi di liquidazione. Su tale aspetto, le istituzioni europee non sembrano considerare che, come insegna l'esperienza, la maggior parte dei concordati in continuità si conclude con il trasferimento dell'azienda ad un soggetto terzo, quando la crisi non è solo finanziaria ma anche economica. Se si vuole realizzare un'efficace cultura di salvataggio in tutta l'UE, non si dovrebbe limitare la continuità alla sola fattispecie «diretta», e ritenere aprioristicamente che la massimizzazione del valore complessivo dell'impresa si ottiene lasciando la gestione di quest'ultima nelle mani del vecchio *management*; infatti, ciò dipenderà dalle cause da cui ha avuto origine la situazione di difficoltà, che potrebbero coincidere anche con un'incapacità del debitore. Peraltro, l'art. 2 ricomprende tra le nozioni di «ristrutturazione» anche la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale. Sul punto, v. L. STANGHELLINI - C. G. PAULUS - R. MOKAL, - I. TIRADO, *Best Practices in European Restructuring*, cit., p. 46 ss.

Ebbene, l'assetto di interessi che sembrerebbe delinearci dalle disposizioni testè riportate, mostra il *favor* per un sindacato giudiziario piuttosto marginale nella fase iniziale della procedura, sebbene non manchino appigli normativi per estendere il perimetro valutativo anche alla «fattibilità economica», e più intenso in quella finale, tra l'altro, senza rinunciare alla valutazione di «sostenibilità economica», ovvero «fattibilità», del piano; pertanto, la «Direttiva» non lascia ai creditori l'ultima parola.

In conclusione, può ragionevolmente ritenersi che la «Direttiva» consegni un modello incentrato sull'autonomia negoziale, rispetto al quale lo spazio lasciato all'eteronomia giudiziale è limitato ai casi in cui l'accordo tra debitore e creditori possa pregiudicare gli interessi dei creditori dissenzienti.

Le considerazioni che precedono ci consentono di svolgere un'ultima riflessione circa l'impatto della «Direttiva» sul nuovo «Codice della crisi», in particolare, quanto agli spazi operativi del Tribunale sul controllo di «fattibilità».

Come si legge nella Relazione illustrativa al «Codice della crisi», «una risistemazione complessiva della materia concorsuale è oggi resa ancor più impellente dalle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea», pertanto, è necessario chiedersi se relativamente alla prevista espansione dei poteri interdittivi del giudice, così come disegnati dalle nuove disposizioni, possano desumersi principi giuridici comuni con quelli comunitari, se, quindi, se vi sia compatibilità.

Da un lato, come suaccennato, la «Direttiva» propone un modello efficiente, duttile e flessibile in materia di ristrutturazione precoce; optando per un ruolo marginale del giudice nella fase iniziale, salvo le ipotesi in cui sia necessario intervenire per assicurare la tutela dei creditori e terzi interessati. Marginalità del giudice che viene controbilanciata nella fase finale²³⁰.

Pertanto, sul piano esegetico, possono svolgersi le seguenti conclusioni: in primo luogo, un'incompatibilità del «Codice della crisi» con le prescrizioni comunitarie potrebbe ravvisarsi nell'«appesantimento» iniziale della procedura di

²³⁰ A meno che non si preferisca aderire all'opzione esegetica qui prospettata, e volta, seppur con qualche difficoltà, ad attribuire al giudice un controllo sulla «fattibilità» del piano di salvataggio già in sede preliminare.

concordato preventivo, le cui condizioni preliminari, tra le quali la «fattibilità economica», effettivamente limitano la funzionalità e la speditezza della procedura, a differenza di quanto, invece, auspicato dalle istanze rinvenienti dall'ordinamento comunitario, a meno che non si voglia limitare, in sede preliminare, il controllo giudiziale sulla «fattibilità economica» alla sola ipotesi di «manifesta infondatezza» delle previsioni del piano: ma tale ipotesi è tuttavia smentita dallo stesso «Codice della crisi»²³¹.

Al contrario, se guardiamo alla fase conclusiva della procedura concordataria, le disposizioni del «Codice della crisi» sembrano più in linea con la «Direttiva»: anche quest'ultima riconosce al giudice il potere di controllo sulla «fattibilità economica» del piano di ristrutturazione, e ciò malgrado l'utilizzo di una formulazione diversa, ma sostanzialmente equiparabile sul piano pratico a quella contenuta nel «Codice della crisi».

Peraltro, l'intensità delle verifiche demandate al giudice in merito alla concreta realizzabilità del piano alla luce del nuovo «Codice della crisi» non trova piena corrispondenza con il controllo in sede di omologazione ai sensi dell'art. 10 della «Direttiva»: mentre, infatti, quest'ultima sembra attribuire al giudice il potere di arrestare tentativi di ristrutturazione sorretti da piani manifestamente non fattibili, al contrario le disposizioni del diritto nazionale, ripetesi, attribuiscono all'autorità giudiziaria una valutazione di «fattibilità economica» piena e finanche *in limine*.

Orbene, come si è appena visto nell'affrontare l'analisi comparatistica, può concludersi che l'approccio conservativo dell'impresa che caratterizza la maggior parte degli strumenti volti alla ristrutturazione del debito e, quindi, al risanamento dell'impresa in crisi, non ha una funzione «ancillare» rispetto all'obiettivo della migliore soluzione per i creditori; tanto che il *best interest test* concerne una valutazione individuale e non collettiva degli interessi dei creditori dissenzienti.

²³¹ Invero, come meglio si vedrà, possono prospettarsi due situazioni: il Tribunale in sede preliminare dichiara l'inammissibilità della domanda se risulta prima facie «una manifesta inattitudine del piano», senza dover attendere il parere del commissario giudiziale; oppure, al contrario, dovrà necessariamente attendere il parere di quest'ultimo.

Questo è evidente nella *procedure de sauvegarde*: qui l'obiettivo principale di risanare l'impresa è assicurato dal sindacato penetrante del giudice. Né vi è alcun riferimento normativo al «miglior soddisfacimento dei creditori». E, d'altronde, anche dove si riscontra tale valutazione da parte del giudice, come nel *Chapter 11*, la funzione di garanzia demandata al sindacato giudiziario è limitata alla tutela dei creditori dissenzienti, e non, invece, a quella collettiva.

Dalla stessa proposta sembra emergere che l'interesse al «miglior soddisfacimento dei creditori» sia, piuttosto, declinabile nell'assicurare a quest'ultimi una più celere ed efficiente procedura, potendo, così, ottenere indirettamente maggiori tassi di recupero dei crediti.

CAPITOLO II

LA «FATTIBILITA'» DEL CONCORDATO: CONTROVERSIE INTERPRETATIVE E SOLUZIONE DEL «CODICE DELLA CRISI»

SOMMARIO: 1. Le linee portanti del dibattito dottrinale sul sindacato giudiziario sulla «fattibilità» del concordato preventivo. Dalla tesi del «controllo notarile» alla verifica di «legittimità sostanziale». 1.1. *Segue*: La tesi del «controllo di merito» sulla «fattibilità» del concordato preventivo. 1.2. *Segue*: La verifica sulla «fattibilità» del piano in giurisprudenza: il contrasto interpretativo. 2. I principi sanciti dalle Sezioni Unite n. 1521 del 2013: la distinzione tra «fattibilità giuridica» ed «economica» del piano di concordato. 2.1. *Segue*: La verifica giudiziaria sulla «fattibilità economica» negli orientamenti successivi della giurisprudenza di legittimità: l'incerto confine con la «manifesta inattitudine del piano». 3. Il controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato nel «Codice della crisi»: l'unificazione del concetto di «fattibilità». 4. Il controllo sulla c.d. «fattibilità strumentale» nel concordato con classi: il sindacato giudiziario nella c.d. teoria delle «classi obbligatorie». 4.1. *Segue*. Le novità del «Codice della crisi» in tema di obbligo di classamento dei creditori. 5. Il controllo di «fattibilità» in sede di revoca, ai sensi dell'art. 106, del «Codice della crisi»: questioni applicative in tema di atti di frode e possibili interferenze.

1. Le linee portanti del dibattito dottrinale sul sindacato giudiziario sulla «fattibilità» del concordato preventivo. Dalla tesi del «controllo notarile» alla verifica di «legittimità sostanziale».

Come si è anticipato nel precedente capitolo, quello sul controllo della «fattibilità» del concordato preventivo è sempre stato uno degli aspetti più controversi della procedura, che ha sollevato molteplici dubbi e questioni interpretative, a cui la dottrina e la stessa giurisprudenza hanno cercato per prima di fornire una risposta soddisfacente, ma con inevitabili divisioni al proprio interno, fino alla soluzione definitiva adottata dal nuovo «Codice della crisi», che, peraltro, non può ritenersi del tutto soddisfacente, stante la perdurante assenza di una specifica nozione.

Il tema che qui ci occupa può valersi dei risultati di tale considerevole elaborazione dottrinale e giurisprudenziale; il che ha, tuttavia, contribuito ad accrescere le incertezze sulla portata del controllo di «fattibilità» in relazione alle verifiche di competenza del giudice. Se, da un lato, la funzione dell'attestatore nell'espone tale giudizio ha sempre costituito un dato incontrovertibile, l'ampia letteratura scientifica si è divisa, invece, sulla relativa ampiezza del sindacato giudiziario.

Sotto la vigenza della vecchia legge fallimentare sono emersi tre diversi orientamenti, che hanno riconosciuto rispettivamente: un controllo puramente formale, c.d. «notarile»²³²; una verifica c.d. di «legittimità sostanziale»; ed infine, un controllo «di merito» sulla fattibilità del piano.

Si tratta di divergenze di non poco conto, che hanno portato all'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, e di cui si darà conto da qui a poco.

L'enfaticizzazione dell'autonomia privata ed il riemergere della tesi contrattualistica del concordato preventivo, unitamente ad alcuni evidenti difetti di coordinamento della riforma del 2005, rappresentarono, per quanto attiene al

²³² L'espressione è di D. GALLETI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano*, cit., p. 907.

primo degli indirizzi esegetici summenzionato²³³, il «terreno fertile» per l'affermazione di un ruolo marginale del giudice, ed in particolare, per la negazione di un sindacato sulla «fattibilità» del concordato.

In particolare, il primo argomento testuale fu tratto dalla formulazione dell'art. 163, comma 1, legge fallim.²³⁴, antecedente le modifiche del 2007, che in sede di ammissione rimetteva al giudice il solo controllo di «regolarità e completezza della documentazione»; a ciò si aggiungeva il mancato richiamo dell'art. 162, legge fallim., in sede di verifica dell'ammissibilità della domanda, da parte dell'art. 161, legge fallim.²³⁵.

Pertanto, nessuna disposizione qualificava la «fattibilità» come condizione di ammissibilità, né attribuiva espressamente tale potere al giudice, non potendo ciò desumersene in via sistematica. Coerentemente, l'orientamento restrittivo negava che un controllo sulla «fattibilità» da parte del giudice potesse esercitarsi nelle fasi successive della procedura: si concludeva che alcun sindacato di merito era rimesso al giudice nella procedura concordataria, a differenza del passato regime.

Invero, va aggiunto che l'opzione interpretativa testè esposta non avrebbe più comunque trovato, dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 169/2007, appigli normativi tali da giustificare «la figura di giudice semplice passacarte»²³⁶.

Molto più interessanti erano le argomentazioni rinvenibili nella tesi del controllo giudiziale c.d. di «legittimità sostanziale».

²³³ Cfr., in particolare, S. AMBROSINI – P.G. DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 89 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 321. In giurisprudenza, in particolare, v. App. Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18 ss., con nota di G. FAUCEGLIA, *Brevi considerazioni sui poteri del Tribunale in tema di concordato preventivo*; Trib. Biella, 10 febbraio 2011, in *Fall.*, con nota di L. A. BOTTAI, *Il (limitato) controllo del Tribunale sulla proposta di concordato: chiusura del sistema*, p. 806 ss.; Trib. Milano, 17 marzo 2006, in *Fall.*, 2006, p. 729 ss.

²³⁴ L'art. 163, comma 1, legge fallim., nella precedente formulazione stabiliva che: «Il Tribunale, verificata la completezza e regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo (...)».

²³⁵ L'art. 162, legge fallim., prima dell'intervento del 2007 stabiliva che: «Il Tribunale, sentito il PM e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta se non ricorrono le condizioni previste dal primo comma dell'art. 160, legge fallim., o se ritiene che la proposta di concordato non risponde alle condizioni indicate al secondo comma dello stesso articolo (...)».

²³⁶ Così V. GIORGI, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 387.

Ad «accrescere» nuovamente i poteri del Tribunale ci pensò il decreto correttivo del 2007 che intervenne, tra l'altro, sugli artt. 163 e 162 legge fallim., così di fatto riscrivendo le disposizioni sul sindacato giudiziario: venne eliminato, infatti, l'inciso della «regolarità e completezza della documentazione», e si estese il controllo giudiziario anche ai requisiti sanciti dall'intero art. 162, legge fallim.

Invero, si passò dalla previsione di un controllo c.d. «notarile», all'approccio fino ad oggi prevalente in dottrina, di un sindacato del giudice ancora debole, ma caratterizzato da una latitudine maggiore rispetto a quella formatasi prima del 2007, pur se ugualmente escludeva la verifica sulla «fattibilità» dal perimetro valutativo del giudice, in ogni momento della procedura²³⁷.

Si riteneva, infatti, che il Tribunale avrebbe dovuto limitare il proprio intervento alla verifica di completezza e congruenza della relazione dell'esperto; non potendo sostituire la propria valutazione con quella del professionista attestatore. E ciò perché la legge prevedeva, ai fini dell'ammissibilità, il deposito dell'attestazione dell'esperto sulla «fattibilità» del piano, e non, all'apposto, la «fattibilità» del piano in sé²³⁸; tale giudizio era (ed è seppur non esclusivamente) di stretta competenza dell'esperto, in ordine al quale al Tribunale era rimessa la funzione di assicurare la completezza ed esaustività del flusso informativo indirizzato ai creditori, che costituiva l'obiettivo preminente nel riformato assetto normativo. Una lettura, questa, fedele all'impostazione della riforma del 2005, che ha voluto rimettere alle parti interessate la decisione sulle modalità di regolazione della crisi, ma nel contempo riduttiva.

²³⁷ Cfr., in particolare, A. M. AZZARO, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017, p. 184; V. CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 16 ss.; M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, cit., p. 556 ss.; A. JORIO, *Sub art. 160 legge fallim.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di M. SANDULLI – A. NIGRO – V. SANTORO, vol. 3, Torino, 2010, p. 2045; P. MONTALENTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra giurisprudenza della Suprema Corte e nuove clausole generali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, p. 14; S. PACCHI - L. D'ORAZIO - A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Torino, 2009, p. 1858; P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 843; A. PATTI, *Il sindacato del Tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO, Padova, 2010, p. 332; G. SCHIANO DI PEPE, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 304 ss.

²³⁸ Cfr. M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, cit., p. 557 ss.

Rivolgendo l'attenzione agli argomenti principali a fondamento della tesi sul controllo di «legittimità sostanziale», possono essere svolte le seguenti considerazioni²³⁹.

In primo luogo, dal combinato disposto degli artt. 162, comma 2, e 161, comma 3, legge fallim., non poteva trarsi alcuna certezza in ordine alla «fattibilità» del concordato quale presupposto di ammissibilità. Inoltre, sempre ad avviso dell'indirizzo esegetico qui in commento, la scomparsa dell'inciso della «completezza e regolarità della documentazione», art. 163, comma 1, legge fallim., non era stata compensata dall'aggiunta di specifici poteri di merito del giudice; pertanto, malgrado l'espunzione della citata locuzione, non vi era alcun argomento testuale dal quale ricavare un'interpretazione più estensiva²⁴⁰. Ancora, veniva ritenuto del tutto inconferente l'altro argomento testuale, rilevante invece per la tesi del controllo di «merito»: ad avviso dell'indirizzo prevalente, il potere attribuito all'autorità giudiziaria di richiedere un'integrazione del piano, art. 162, comma 1, legge fallim., rappresentava solo l'espressione di un «principio di collaborazione tra il giudice e le parti»²⁴¹, ovvero un «potere di interlocuzione»²⁴² tra il giudice ed il professionista.

Tra l'altro, ad avviso della dottrina²⁴³, e su questo non possiamo che nutrire talune perplessità, tale potere consentiva al giudice di rilevare quelle

²³⁹ Argomenti, questi, che già alla luce della legge fallimentare mostravano la propria intrinseca debolezza.

²⁴⁰ Cfr. M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, cit., p. 555 ss. Secondo tale A., invero, la tesi restrittiva era spesso il frutto «dell'ideologismo contrattuale» del novellato concordato preventivo. Pertanto, è apprezzabile l'affermazione di principio da cui muove l'A., quando afferma che l'elemento ideologico non aveva, ed ha, alcun valore dirimente, come, invece, molto spesso si era apoditticamente sostenuto nella stessa letteratura scientifica; e nega, così, al giudice l'accesso alla prognosi di realizzabilità del piano.

²⁴¹ L'espressione è di A. PATTI, *Esclusione della sindacabilità del Tribunale della fattibilità del piano*, nota a Cass. civ., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Fall.*, 2012, p. 39 ss. Nello stesso ordine di idee, v. M. FABIANI, *La questione fattibilità del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative*, cit., p. 7.

²⁴² Così A. PATTI, *Esclusione della sindacabilità del Tribunale*, cit., p. 39 ss.; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione e la nullità o inefficacia degli atti prodromici o interni al concordato*, relazione tenuta al convegno *Controllo del giudice ed autonomia privata*, cit., p. 12.

²⁴³ Cfr. A. PATTI, *Esclusione della sindacabilità del Tribunale della fattibilità del piano*, cit., p. 38 ss.; M. FABIANI, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, nota a Cass. civ. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, p. 167 ss.

contraddizioni insite nell'attestazione dell'esperto rispetto al contenuto del piano, non potendo, tuttavia, svolgere un sindacato diretto sulla «fattibilità del piano».

Una conclusione, quest'ultima, che poteva ritenersi contraddetta quando si affermava che il vizio dell'attestazione emergeva solo a seguito di un raffronto con le previsioni del piano: ciò, invero, conduceva all'assunto che anche il piano rientrasse nel perimetro valutativo del giudice, estendendo, così, il campo d'azione di quest'ultimo.

Ai fini dell'esclusione del controllo sulla «fattibilità» dalla cognizione del giudice, veniva, inoltre, criticato il ricorso al noto principio *iudex peritus peritorum*.

Per l'orientamento esegetico qui riportato, infatti, tale principio non aveva alcuna valenza sistematica, stante l'assenza di valore legale di prova della relazione del professionista, avendo quest'ultima, piuttosto, un mero valore esterno che arricchiva il materiale informativo dei creditori²⁴⁴.

Un ulteriore argomento testuale a fondamento della tesi restrittiva²⁴⁵ era rappresentato dall'art. 186, legge fallim., in merito al potere di ciascun creditore di richiedere la risoluzione del concordato in caso di inadempimento. A tal riguardo, infatti, si sosteneva che l'iniziativa spettante ai soli creditori rappresentasse un implicito riconoscimento del sindacato debole del giudice, il quale non avrebbe potuto intervenire d'ufficio per rilevare la «infattibilità» del piano in fase esecutiva²⁴⁶.

²⁴⁴ Cfr., in particolare, M. FABIANI, *La fattibilità è giudizio che spetta ai creditori*, cit., p. 175. Secondo l'A., infatti, tale relazione sostituiva l'attività istruttoria del giudice. Tra l'altro, è interessante notare che, anche l'orientamento minoritario della dottrina svalutava la natura e la portata della relazione tecnica, tuttavia, come si dirà, ne trasse conseguenze differenti.

²⁴⁵ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e accordi di ristrutturazione*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. XI, Padova, 2008, p. 151. Nello stesso ordine di idee, v. M. FABIANI, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, cit., p. 167 ss.

²⁴⁶ Ad avviso di chi scrive, tale argomento non coglieva nel segno: infatti, la disposizione citata dettava la disciplina delle conseguenze dell'inadempimento del concordato già omologato. Con il provvedimento di omologazione, infatti, la procedura cessa(va) ed è, quindi, necessaria un'istanza *ad hoc* del creditore per ottenere la risoluzione del concordato. Tra l'altro, anche in presenza dell'inadempimento del debitore non vi era alcun automatismo nella pronuncia del Tribunale; quest'ultimo avrebbe risolto il concordato ai sensi dell'art. 186, legge fallim., solo se avesse ritenuto l'inadempimento di «non scarsa importanza». Sul punto, mette conto osservare che l'art. 119, comma 1, del nuovo «Codice della crisi» ha disposto che la legittimazione ad agire

In conclusione, al giudice era consentito unicamente un giudizio sulla «conformità dell'attestazione alle regole della buona tecnica»²⁴⁷: ovvero, un controllo limitato alla completezza, congruità e correttezza della relazione del professionista²⁴⁸, dunque nel rispetto del proprio ruolo di garante dell'esaustività e veridicità dei dati informativi indirizzati ai creditori.

per la risoluzione del concordato spetta non più solo ai creditori ma anche al commissario giudiziale, ove un creditore gliene faccia richiesta.

²⁴⁷ Così L. PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, p. 573.

²⁴⁸ Cfr. P. MONTALENTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., p. 14; V. CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari*, cit., p. 16 ss.

1.1. Segue: La tesi del «controllo di merito» sulla «fattibilità» del concordato preventivo.

Di tutt'altro tenore è stato l'orientamento minoritario della dottrina, per il quale il Tribunale conservava un controllo diretto sulla «fattibilità»²⁴⁹ in quanto la formulazione degli artt. 162 e 163, legge fallim., dopo le modifiche apportate nel 2007, non giustificava più un sindacato debole dell'autorità giudiziaria, tale da impedirgli un'interferenza sull'attestazione di «fattibilità del piano» così come formulata dal professionista.

La lettura di tali articoli viene valorizzata a tal punto da ritenere la «fattibilità» del concordato quale condizione di ammissibilità, e, quindi, appartenente al perimetro valutativo del Tribunale²⁵⁰: il legislatore, prosegue tale orientamento, avrebbe in tal modo attribuito un'indagine di «merito» su tutti i requisiti sostanziali di ammissibilità.

Sul piano del ragionamento logico giuridico, inoltre, il controllo giudiziale sulla «fattibilità» veniva ad essere legittimato sulla scorta del rilievo secondo cui l'art.162, comma 1, legge fallim., come già anticipato, attribuiva al giudice il potere di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni al fine di apportare integrazioni al piano, e produrre nuovi documenti.

Orbene, tale potere, come risultava dalla formulazione della disposizione, era finalizzato all'integrazione del piano²⁵¹ e non della relazione del professionista²⁵², consentendo all'autorità giudiziaria una verifica diretta sul piano, anche al fine di accertare la presenza di aporie o lacune tali da incidere sulla «fattibilità» attestata dall'esperto; e ammettendosi, altresì, che il Tribunale potesse concedere tale

²⁴⁹ Cfr., tra i molti, G. BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, nota a Cass. civ., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, p. 175 ss.; R. AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 109 ss.; G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 893 ss.; G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, p. 264.

²⁵⁰ Cfr. G. BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, cit. p. 175 ss.

²⁵¹ G. BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, cit., p. 177.

²⁵² Cfr. A. PATTI, *Esclusione della sindacabilità*, cit., p. 40 ss.

termine anche d'ufficio, diversamente da quanto sostenuto dall'indirizzo c.d. di «legittimità sostanziale»²⁵³.

Sul punto, confrontando le interpretazioni riconducibili all'uno e all'altro orientamento, e convenendo con la rilevanza di tale potere, ci sia consentita la seguente osservazione, al fine precipuo di dimostrare che già prima del «Codice della crisi» poteva giungersi all'ammissione del controllo giudiziale sulla «fattibilità».

Da un lato l'orientamento prevalente richiedeva una specifica istanza del debitore, limitando il rilievo di incongruenze da parte del giudice alla sola attestazione del professionista; dall'altro, invece, la tesi c.d. «di merito» ammetteva che tale termine potesse essere concesso anche d'ufficio, e dopo un'indagine sui vari elementi contenuti nel piano.

Indagando più a fondo sulla portata del potere di interlocuzione ai sensi del previgente art. 162, comma 1, legge fallim., non si comprendeva il motivo per il quale il legislatore lo avesse formulato in termini di «facoltà»²⁵⁴, ed, in particolare, quali fossero i presupposti di esercizio della suddetta discrezionalità, e ciò sia quando si accettasse l'interpretazione restrittiva, sia quella di un sindacato più estensivo²⁵⁵.

²⁵³ Cfr., in particolare, App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 961 ss.

²⁵⁴ Infatti, nella succitata disposizione si leggeva testualmente che il «giudice può concedere» un termine di quindici giorni al debitore.

²⁵⁵ In sostanza, si tratta di capire quando il giudice si sarebbe dovuto attivare *ex officio* per chiedere un'integrazione al debitore; e dall'altro, sulla base di quali considerazioni, costui poteva non concedere il termine previsto dall'art. 162, comma 1, legge fallim., richiesto dal ricorrente. Si trattava, a ben vedere, di domande finalizzate anche ad apprestare un'adeguata tutela ai plurimi interessi in gioco. Su tale aspetto, in giurisprudenza, v. Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12549, su www.ilcaso.it, che ha ritenuto la concessione del succitato termine frutto della discrezionalità del giudice, a fronte del quale il debitore non vantava alcun diritto. In particolare, la Corte di Cassazione ha affermato che il Tribunale avrebbe potuto avvalersi di tale facoltà quando avesse ritenuto che le lacune riscontrate, per la loro entità e consistenza, potessero essere agevolmente colmate, in modo da consentire il superamento del vaglio dell'ammissibilità e di dar seguito alla proposta; pertanto, se ne poteva dedurre che la discrezionalità lasciata al giudice trovasse un limite: se le integrazioni fossero state necessarie al fine di non incorrere nella pronuncia di inammissibilità, l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto concedere il termine di integrazione. Per la giurisprudenza di merito, in particolare, v. Trib. Napoli, 19 maggio 2010, su www.ilcaso.it.

Pertanto, una via d'uscita poteva essere quella di ricondurre la fattispecie dell'art. 162, comma 1, legge fallim., all'ipotesi in cui fosse il debitore²⁵⁶ a richiedere la concessione del termine: in tal caso, dinanzi all'attivazione di quest'ultimo, il giudice avrebbe valutato la reale consistenza delle modifiche da apportare al piano, e qualora le avesse ritenute necessarie ai fini dell'ammissibilità, avrebbe accolto l'istanza.

Se, invece, tali integrazioni fossero state del tutto irrilevanti, allora il giudice avrebbe potuto non dare seguito alla richiesta del debitore, e ciò anche al fine di preservare l'accesso al concordato da eventuali abusi nel suo utilizzo da parte del ricorrente.

Qualora, al contrario, non vi fosse stato alcun «attivismo» del debitore, ed il giudice avesse constatato dalla documentazione allegata l'opportunità di talune integrazioni dalle quali, in particolare, poteva dipendere nei fatti la «fattibilità del piano», se ne sarebbe potuto inferire l'obbligo dell'autorità giudiziaria di rilasciare *ex officio* il termine d'integrazione. E ciò, in particolare, al fine di tutelare gli interessi dei creditori senza dover attendere l'iniziativa del ricorrente²⁵⁷.

In conclusione, dalle argomentazioni testè esposte, si deve ritenere che già prima del nuovo «Codice della crisi» era ammissibile un controllo di merito tanto sul piano quanto sull'intera documentazione allegata. Con la dovuta precisazione, tra l'altro, che l'autorità giudiziaria non avrebbe potuto travalicare i limiti dell'autorità privata del debitore, indicando essa stessa le modifiche sostanziali da

²⁵⁶ Va da sé osservare che il ricorrente aveva, ed ha, l'onere di depositare fin dall'inizio un ricorso che non fosse carente dei requisiti di ammissibilità, pertanto, tale termine non avrebbe dovuto costituire uno strumento per dilazionare i termini della procedura. A tal riguardo, v. Trib. Venezia, 8 maggio 2014, su *www.ilcaso.it*, a mente del quale: «Il potere del Tribunale di assegnare, ai sensi dell'articolo 162 L.F., un termine per l'integrazione della domanda e la produzione di nuovi documenti deve essere inteso nel senso che è possibile integrare produzioni documentali ma non supplire ad una carenza iniziale della documentazione che deve accompagnare il ricorso *ex artt.* 160 e 161 L.F., dovendo quest'ultimo sin dall'origine essere accompagnato, qualora sia prevista la soddisfazione non integrale dei crediti assistiti da privilegio, pegno o ipoteca, dalla relazione giurata volta corroborare la previsione del piano dei requisiti richiesti dall'articolo 162, comma 2, L.F. affinché si possa procedere alla falcidia dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca». Negli stessi termini, anche Trib. Crotone, 15 Aprile 2015, *ivi*.

²⁵⁷ È interessante notare che tale potere è espressamente attribuito al giudice dalle disposizioni in tema di *Chapter 11*: cfr. §1125 *Bunkruptcy Code*. Pertanto, considerando l'affinità del nostro concordato preventivo rispetto all'istituto dell'ordinamento statunitense sotto molteplici aspetti, non sembrava irragionevole prospettare una lettura nel senso sopra esposto.

apportare alle linee programmatiche formulate dal debitore nel piano, a seconda delle specifiche modalità prescelte per soddisfare i creditori²⁵⁸.

Infine, avvalorava la tesi sul «controllo di merito», qui in commento, il principio secondo cui l'attestazione del professionista non aveva alcun valore di prova, ma essa era solo un «mezzo di valutazione» della «fattibilità»²⁵⁹. Ed il primo destinatario della relazione stessa era proprio il Tribunale, e solo in un secondo momento i creditori²⁶⁰.

²⁵⁸ Su tale aspetto, coglie nel segno: cfr. L. STANGHELLINI - C. G. PAULUS - R. MOKAL, - I. TIRADO, *Best Practices in European Restructuring. Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, cit., p. 61, che al fine di facilitare il controllo giurisdizionale sui piani di ristrutturazione, ne esorta l'elaborazione in modo «chiaro, inequivocabile e, per quanto possibile, conciso».

²⁵⁹ Cfr. F. LAMANNA, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, su www.ilfallimentarista.it, doc. del 09 novembre 2012, p. 31 ss.

²⁶⁰ Ad avviso di chi scrive, può trarsi ulteriore conferma anche dalla circostanza che al creditore era data la possibilità di votare in un momento antecedente il deposito della relazione del commissario giudiziale e, quindi, sulla base della sola relazione del professionista. Tale situazione, pur ammissibile, imponeva nel contempo un'ulteriore riflessione: la mancanza degli apporti del commissario giudiziale nella formazione della decisione, seppur ammissibile, doveva essere inevitabilmente controbilanciata dal preliminare controllo del Tribunale, che solo in sede di omologazione avrebbe deciso sulla base di un quadro informativo più esaustivo. Sul punto v. Trib. Pordenone, 10 aprile 2014, su www.ilcaso.it.

1.2. Segue: La verifica sulla «fattibilità» del piano in giurisprudenza: il contrasto interpretativo.

Per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, è interessante evidenziare come l'orientamento sul controllo di «legittimità sostanziale» sia stato sviluppato nella prassi applicativa²⁶¹. La giurisprudenza di merito ben consapevole dell'arretramento dell'autorità giudiziaria nell'ambito del concordato preventivo, ha cercato di conciliare l'aspetto dell'autonomia negoziale del debitore, ritenuto da molti prevalente, con quello attinente al proprio ruolo di garante dell'eshaustività e completezza dell'informazione destinata ai creditori. Pertanto, valorizzando gli stessi argomenti della prevalente dottrina, ha negato la possibilità di sindacare direttamente la «fattibilità del piano» ed ha ammesso, invece, quella di vagliare la relazione del professionista, al quale solo la legge riservava il compito di esprimere il giudizio di «fattibilità».

Invero, può ritenersi che, nel sistema normativo precedente, il sindacato sull'accertamento dei connotati di congruenza, completezza e logicità delle argomentazioni del professionista abbia in concreto ed indirettamente esteso il perimetro dei poteri di controllo del giudice. Infatti, tra la giurisprudenza di merito favorevole ad un controllo c.d. di «legittimità sul giudizio di fattibilità», vi è stato chi ha cercato di estendere l'istruttoria in fase preliminare anche all'ulteriore documentazione allegata alla domanda²⁶². E le conseguenze sono state tutt'altro che identiche: in questo modo, per la tesi del sindacato limitato al contenuto della relazione, il Tribunale, in presenza di una motivazione non rispondente ai canoni

²⁶¹ Cfr., in particolare, Trib. Lodi, 2 novembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1088, con nota di M. E. MAIOLI CASTRIOTA STANDERBECH, *L'irrilevanza della natura giuridica del concordato preventivo in relazione al controllo dell'autorità giudiziaria*; Trib. Udine, 16 maggio 2011, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 408 ss.; App. Roma, 18 aprile 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p.188 ss., con nota di S. PESUCCI, *Poteri e limiti del Tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*; App. Milano, 4 ottobre 2007, *ivi*, 2008, II, p. 317; App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, p. 1315; Trib. Milano 9 febbraio 2007, *ivi*, p. 1218.

²⁶² Cfr., in particolare, Trib. Siracusa, 11 novembre 2011, su www.ilcaso.it; in dottrina, v. I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato*, in *Fall.*, 2013, p. 286 ss. Nel senso di un controllo limitato alla sola attestazione del professionista: cfr. A. DI MAJO, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 279 ss.; F. DI MARZIO, *Il principio di diritto in tema di giudizio di fattibilità della proposta di concordato stabilito dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in www.ilfallimentarista.it, doc. n. 25 gennaio 2013, p. 1 ss.

normativi, avrebbe dovuto pronunciare l'inammissibilità del ricorso; nell'altra fattispecie, all'opposto, il giudice avrebbe potuto ricorrere al potere di cui all'art. 162, comma primo, legge fallim., onde consentire al debitore le opportune modifiche al piano e rinviando, eventualmente, ad un secondo momento, il rigetto della domanda²⁶³.

Quest'ultimo indirizzo si è avvicinato all'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito²⁶⁴, che, invece, ha sostenuto un accertamento diretto della «fattibilità», con argomentazioni che ripercorrevano le ragioni del c.d. controllo «di merito» della dottrina. Pertanto, pur in presenza di un'attestazione viziata, il Tribunale non avrebbe impedito l'ammissione, se dall'intera documentazione sarebbe giunto a ritenere la «fattibilità» del piano.

Le considerazioni testè svolte ci consentono ora di fare il punto della situazione anche in relazione alla giurisprudenza di legittimità, su cui si è preferito soffermarsi separatamente, al fine di comprendere le ragioni del «dissidio interno» che hanno condotto alla sentenza delle Sezioni Unite del 2013.

L'orientamento prevalente della Suprema Corte²⁶⁵ ha ricostruito un ruolo meno interventista e piuttosto minimalista del giudice; dall'enfatizzazione della natura contrattuale del concordato preventivo²⁶⁶ e, quindi, dalla riconquista da

²⁶³ Cfr. F. LAMANNA, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità*, cit., p. 10 ss.

²⁶⁴ Cfr. App. Firenze, 14 ottobre 2015, su www.ilcaso.it; Trib. Firenze, 27 luglio 2012, *ivi*; Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 78 ss., con nota di G. B. NARDECCHIA, *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del tribunale nella fase di liquidazione*; Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 857; Trib. Roma, 24 aprile 2008, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce concordato preventivo, n. 105; Trib. Roma, 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 104; App. Bologna, 30 giugno 2006, in *Fall.*, 2007, p. 471; Trib. Salerno, 4 luglio 2006, su www.ipsoa.it; Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 891; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 56; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1297.

²⁶⁵ Quanto al controllo del giudice di c.d. legalità formale: cfr. Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, p. 933 ss., con nota di S. AMBROSINI, *Concordato preventivo, fattibilità del piano e atti di frode*; Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 298 ss., con nota di M. FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*; invece, favorevole al sindacato c.d. di «legittimità sostanziale»: cfr. Cass. civ., 16 settembre 2011, n. 18987, *cit.*; Cass. civ., 25 ottobre 2010, n. 21860, *cit.*; Cass. civ., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fall.*, 2011, p. 805 ss., con nota di L. A. BOTTAI, *Il (limitato) controllo del tribunale sulla proposta di concordato: chiusura del sistema*.

²⁶⁶ La Corte di Cassazione enuncia come punto di partenza la prevalente natura contrattuale del concordato preventivo, basando, quindi, il ragionamento su di una premessa ideologica mai concretamente sviluppata e dimostrata, se non fosse altro per l'indiscussa natura mista del concordato preventivo.

parte dei creditori di una maggiore autonomia negoziale, è stato tratto l'argomento principale per negare il controllo giudiziale sulla «fattibilità del piano»²⁶⁷.

In particolare, essa aveva ammesso «l'esame della proposta e del piano sotto il profilo della chiarezza e completezza della relazione dell'esperto attestatore, dell'affidabilità, della verifica dei dati e della logicità, nonché della completezza e congruità della motivazione del giudizio di fattibilità»²⁶⁸; poteri, questi, finalizzati alla tutela del consenso informato dei creditori. Pertanto, aveva, così, valorizzato la deliberazione dei creditori in sede di adunanza, ammettendo, in certi casi, anche un effetto preclusivo a seguito della votazione di costoro: il giudice non avrebbe potuto, dopo l'approvazione dei creditori, rilevare l'assenza di «fattibilità» in sede di omologazione²⁶⁹.

Peraltro, occorre osservare che i penultimi interventi normativi avevano inciso sulla centralità della fase dell'adunanza e della votazione dei creditori²⁷⁰, sminuendo, così, l'argomento principale in cui la summenzionata giurisprudenza di legittimità aveva trovato conforto.

Infatti, da un lato le ultime riforme hanno facilitato le modalità di raggiungimento delle maggioranze necessarie ai fini della deliberazione²⁷¹, dando la possibilità ai creditori di far pervenire il loro voto con modalità telematiche, e,

²⁶⁷ Nonché considerando la natura ed il contenuto della relazione del professionista attestatore: cfr. Cass. civ., 25 ottobre 2010, n. 21860, *cit.* In tale sentenza, invero, la Corte di Cassazione ha statuito che la relazione del professionista «non può essere equiparata ad una semplice consulenza di parte; la legge, infatti, stabilisce che il professionista deve “attestare”, vale a dire certificare e garantire al Tribunale chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità della proposta, che i dati aziendali sono veritieri e che il piano presenta il carattere della fattibilità».

²⁶⁸ In tal senso, v. Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, *cit.*

²⁶⁹ Cfr. Cass. civ., 16 settembre 2011, n. 18987, *cit.*

²⁷⁰ Cfr. B. QUATRARO – B. BURCHI, *La deliberazione e l'omologazione del concordato preventivo*, in *NDS*, 2016, p. 7 ss.

²⁷¹ A tal riguardo, l'art. 4, comma 1, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 in sede di conversione dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, aveva modificato l'art. 178, comma 4, legge fallim., stabilendo che: «I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. Le manifestazioni di voto sono annotate dal cancelliere in calce al verbale». Tale modifica è intervenuta abrogando la regola del silenzio-consenso precedentemente introdotta, che se da un lato facilitava l'approvazione della proposta concordataria, dall'altro, tuttavia, non poteva di certo ritenersi un elemento a sostegno della natura privatistico-contrattuale del concordato, alla luce dei principi che regolano il diritto dei privati. Va, altresì, considerato l'impatto dell'art. 107 del nuovo «Codice della crisi» che ha eliminato il momento partecipativo dei creditori, stabilendo che le votazioni si svolgeranno solo in via telematica: è così venuta meno la fase dell'adunanza; coerentemente, tra l'altro, con quanto prescrive la Direttiva UE 2019/1023.

dall'altro, hanno prescritto che l'adunanza stessa di costoro può svolgersi con tali tecnologie: pertanto, è stato fortemente ridimensionato «il momento dialettico della partecipazione dei creditori all'adunanza»²⁷².

Nel contempo, non sono mancati «timidi» segnali di apertura della stessa giurisprudenza di legittimità²⁷³ nell'ammettere un controllo «di merito» sulla «fattibilità del piano». Invero, tale orientamento minoritario, rifiutando un «ruolo ancillare di invitato di pietra del giudice nell'ambito del concordato preventivo»²⁷⁴, aveva ricompreso nei poteri interdittivi del Tribunale anche la verifica sulla «fattibilità» del piano entro i seguenti limiti. Alla luce della ripartizione delle competenze tra gli organi della procedura nell'ambito della legge fallimentare, poteva ammettersi tale controllo solo nel caso limite di «vizi genetici del contratto di concordato», ovvero quando la realizzabilità del piano era inficiata da vizi attinenti all'illiceità o impossibilità dell'oggetto, ovvero alla causa del contratto di concordato, che determinassero una «radicale e manifesta inadeguatezza del piano»²⁷⁵, e, quindi, una sua improbabile esecuzione²⁷⁶.

Inoltre, il ruolo «più interventista» dell'autorità giudiziaria trovava conferma, ad avviso di tale giurisprudenza, tanto nel valore della relazione del professionista, per la mancanza, appunto, di prova legale²⁷⁷, quanto nel potere del debitore di modificare il contenuto della proposta inizialmente presentata, a seguito della concessione del termine da parte del giudice, ai sensi dell'art. 162, comma 1, legge fallim. Termine, quest'ultimo, che nella ricostruzione della giurisprudenza di legittimità²⁷⁸ sarebbe stato attribuito solo su istanza del debitore, ma nel contempo frutto di rilievi del giudice delegato: e ciò confermava, tra l'altro, seppur

²⁷² Così G. BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle «classi dei creditori». Transazione fiscale*, Milano, 2012, p. 396.

²⁷³ Cfr. Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, II, p. 42 ss., con nota di L. SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*.

²⁷⁴ Così Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18864, *cit.*

²⁷⁵ Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18864, *cit.*

²⁷⁶ In dottrina, in particolare, v. L. PICA, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 1105.

²⁷⁷ In senso difforme: cfr. Cass. civ., 25 ottobre 2010, n. 21860, *cit.*

²⁷⁸ Cfr. Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18864, *cit.*

indirettamente, il controllo sostanziale del giudice in questa fase preparatoria caratterizzata, come noto, dall'assenza del contraddittorio con i creditori.

A ben guardare, tali argomentazioni, dalle quali sono state tratte le ragioni del contrasto interpretativo per fondare l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, non sono del tutto chiare. I giudici di legittimità²⁷⁹, non senza contraddirsi, riconobbero un sindacato giudiziario sulla «fattibilità» mediante il ricorso alle regole dei vizi negoziali.

Orbene, mentre da un lato dubitavano dell'approccio privatistico del concordato preventivo²⁸⁰, conclusero, peraltro, con il richiamo al potere *ex officio* del giudice di rilevare le cause di nullità del contratto, quali, in tal caso, l'impossibilità dell'oggetto dello stesso, ovvero del concordato, in presenza di un piano manifestamente inidoneo al raggiungimento degli obiettivi programmati; e sottolineando che neanche l'approvazione dei creditori potesse avere un «effetto preclusivo»²⁸¹.

Seppur poteva essere apprezzato in linea generale il tentativo della Suprema Corte di ampliare la portata del sindacato giudiziario oltre i confini del consolidato orientamento, la Corte di Cassazione non indicò espressamente la «fattibilità» del concordato quale condizione di ammissibilità, ma piuttosto sussunse la «fattibilità» nella diversa fattispecie della «possibilità dell'oggetto» del contratto, *ex art. 1346 c.c.*

Così facendo, non solo le conclusioni erano in netta antitesi con le premesse del ragionamento, ma il controllo del Tribunale veniva forse reso anche più difficile, ed inoltre, come osservò la stessa dottrina²⁸², l'elemento della «possibilità

²⁷⁹ Cfr. Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18864, *cit.*

²⁸⁰ Escludendo che ciò sia funzionale nel tracciare una linea di confine netta tra i poteri del giudice, da una parte, e quelli delle parti, dall'altra.

²⁸¹ In senso contrario: cfr. Cass. civ., 16 settembre 2011, n. 18987, *cit.*

²⁸² A tal riguardo, parte della dottrina rilevava che la «fattibilità» del concordato atteneva alla fase dell'esecuzione negoziale, e non a quella genetica del sinallagma contrattuale a cui, solo, si riferiscono i vizi di nullità. Pertanto, non solo il ricorso alle regole dei vizi negoziali non era pertinente, ma né poteva discutersi di «vizio genetico dell'originaria non fattibilità del piano», in quanto tali situazioni davano, e danno, luogo, piuttosto, ad una incompleta e non veritiera informazione ai creditori: cfr. A. PATTI, *Esclusione della sindacabilità del Tribunale della fattibilità del piano*, *cit.*, p. 39 ss.

dell'oggetto» del contratto e quello della «fattibilità» del piano concordatario erano
- e sono - due concetti diversi e non sovrapponibili.

2. I principi sanciti dalle Sezioni Unite n. 1521 del 2013: la distinzione tra la «fattibilità giuridica» ed «economica» del piano di concordato.

L'evidente contrasto originatosi in seno alla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, nonché all'elaborazione dottrinale, ha, come noto, portato alla pronuncia delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2013, n. 1521²⁸³.

La soluzione offerta dalla Suprema Corte ha, invero, segnato una svolta importante sulle questioni decise; tuttavia, ha nel contempo acuito il clima di incertezza esistente, se solo si considera la «vivacità» del dibattito dottrinale sull'esatta portata dei suoi principi²⁸⁴, nonché la loro ferma disapplicazione da una parte delle corti di merito.

Tre erano i punti fondamentali rimessi al vaglio delle Sezioni Unite²⁸⁵: in primo luogo, «la rilevanza dell'indicazione della misura percentuale di

²⁸³ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 443 ss., con nota di C. ALESSI, *Autonomia privata nel concordato preventivo e il ruolo del Tribunale*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss., con commento di L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni Unite alla causa in concreto*; in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 343 ss., con nota di P.F. CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo*; *ivi*, p. 621 ss., con nota di G. CIERVO, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 legge fallim. secondo le Sezioni Unite*; in *Fall.*, 2013, p. 279 ss., con nota di F. DE SANTIS, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*; in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 20001 ss., con nota di A. DIDONE, *Le sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*; in *Fall.*, 2013, p. 279 ss., con nota di A. DI MAJO, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2013, c. 1573 ss., con nota di M. FABIANI, *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le Sezioni Unite un po' oltre la metà del guado*; in www.ilfallimentarista.it, doc. del 26 febbraio 2013, con nota di F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: così è se vi pare*; in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 185 ss., con nota di G.B. NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 189 ss., con nota di G. TERRANOVA, *La fattibilità del concordato*.

²⁸⁴ Testimone ne è indubbiamente la copiosa mole di pubblicazioni seguite alla pronuncia qui in commento: cfr., in particolare, V. CALANDRA BUONAURA, *Fattibilità del concordato: la prevalenza della tesi privatistica*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 236 ss.; P.P. FERRARO, *Ultime novità giurisprudenziali in materia di concordato preventivo*, *ivi*, p. 243 ss.; A. GAMBINO, *Ruolo del giudice nella fase di superamento della crisi dell'impresa*, *ivi*, p. 239 ss.; A. JORIO, *Poteri valutativi del Tribunale e requisiti per l'ammissione del debitore alla procedura di concordato*, *ivi*, p. 215 ss.; P. MONTALENTI, *Valorizzazione dell'autonomia privata nella procedura di concordato preventivo*, *ivi*, p. 230 ss.; A. NIGRO, *Proposta, piano, fattibilità del piano e «causa concreta» del concordato: gli «snodi» cruciali delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 234 ss.; R. SACCHI, *Margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato*, *ivi*, p. 225 ss.; G. TERRANOVA, *Intervento dell'autorità giudiziaria nel giudizio di fattibilità del concordato*, *ivi*, p. 219 ss.

²⁸⁵ Cfr. Cass. civ., 15 dicembre 2011, n. 27063, reperibile su www.ilfallimentarista.it.

soddisfazione dei creditori, anche sotto il profilo della sua incidenza sul tema della fattibilità del piano»²⁸⁶; la necessità di stabilire in quale misura la «non fattibilità» del piano potesse determinare «un'impossibilità dell'oggetto del concordato»²⁸⁷; ed infine, l'incidenza sul requisito di «fattibilità» del piano, dell'accertato difetto informativo del ceto creditorio²⁸⁸.

L'esposizione in questa sede dei suoi contenuti dovrà necessariamente limitarsi ai tratti salienti e funzionali alla ricostruzione dei poteri interdittivi del giudice sul controllo di «fattibilità». Orbene, la mancanza di una espressa definizione normativa viene colmata dal Collegio affermando che la «fattibilità» rappresenta «una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati»²⁸⁹.

Il rifiuto di un ruolo «dinamico e propositivo»²⁹⁰ del giudice nella procedura concordataria, ha, com'è noto, indotto la Cassazione alla scissione del presupposto di «fattibilità» nelle due diverse fattispecie: da un lato quella «giuridica» e, dall'altro, quella «economica», con inevitabili complicazioni nell'applicazione pratica dei principi elaborati dalla sentenza qui in commento.

In particolare, la «fattibilità economica» è legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, e a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati»²⁹¹; per tali motivi, il suddetto giudizio non rientrava nel potere di verifica del giudice, ma unicamente in quello dei creditori.

Quanto alla «fattibilità giuridica», invece, non vi è dubbio che ricadesse nel sindacato giudiziario, poiché tale verifica comprende il rispetto del principio di legalità; ovvero, la compatibilità delle modalità attuative del piano con norme

²⁸⁶ Tale aspetto tocca, invero, un altro punto nevralgico della procedura concordataria: la previsione di una percentuale di soddisfazione eccessivamente bassa avrebbe dovuto condurre alla reiezione da parte del Tribunale della domanda: cfr., in particolare, M. ARATO, *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO e L. PANZANI, vol. 1, Torino, 2014, p. 3454-3455.

²⁸⁷ E, quindi, di definire i limiti entro i quali il requisito della «fattibilità» potesse essere suscettibile di sindacato da parte del giudice: cfr. Cass. civ., 15 dicembre 2011, n. 27063, *cit.*

²⁸⁸ Cfr. Cass. civ., 15 dicembre 2011, n. 27063, *cit.*

²⁸⁹ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

²⁹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

²⁹¹ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

inderogabili. Ne discende quale corollario che l'accertamento del giudice sulle modalità prescelte dalle parti per dare attuazione al piano, si traduceva nella verifica sulla «causa concreta» del concordato preventivo: ovvero, sostanzialmente in un giudizio di idoneità.

Questo rappresenta un passaggio fondamentale: aldilà dell'inesatta terminologia utilizzata²⁹², il rispetto della «fattibilità giuridica» dipende, altresì, dalla valutazione della «causa concreta».

La «fattibilità giuridica» viene declinata con il ricorso alla categoria della «causa»: e, così, la pronuncia distingue la «causa in astratto», identificabile nel superamento dello stato di crisi dell'imprenditore, attraverso il soddisfacimento anche parziale dei creditori²⁹³, da quella «in concreto», ovvero la ragione pratica dell'affare perseguita dalle parti mediante la scelta delle modalità di soddisfacimento, variabile caso per caso.

Pertanto, ai fini dell'ammissibilità, il giudice avrebbe dovuto valutare che il complessivo assetto di interessi realizzato dalle parti con la predisposizione del piano, rispettasse la causa del concordato preventivo nei termini elaborati dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁹⁴: non sarebbe stato sufficiente assicurare una

²⁹² L'uso improprio della locuzione «causa concreta del procedimento» sta nel fatto che il Collegio, riferisce la «causa», che è elemento essenziale del contratto, al procedimento che, invece, rappresenta un insieme di atti e, quindi, mal si attaglia a quest'ultimo: cfr. F. DE SANTIS, *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, p. 279 ss.; I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato*, cit., p. 286 ss.; *contra*, A. DI MAJO, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, cit., p. 280. Tale ultimo A. ritiene che il riferimento «alla causa del procedimento» rappresenti un aspetto particolarmente innovativo della pronuncia; ad avviso di quest'ultimo non si tratterebbe di un «bisticcio linguistico», piuttosto esso è indice della volontà delle Suprema Corte di allontanarsi da una «lettura iper-negoziale del concordato», spostando, invece, l'attenzione all'intera procedura. È infatti, prosegue tale A., all'interno del procedimento che la proposta concordataria, finalizzata alla ristrutturazione dell'esposizione debitoria, dispiega i suoi effetti.

²⁹³ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

²⁹⁴ Il ricorso alla categoria contrattuale della «causa» ha destato non pochi dubbi e perplessità, specialmente per le difficoltà di adattamento della stessa alla procedura concorsuale del concordato preventivo; forse non sarebbe stato improprio ed inopportuno discettare semplicemente di «funzione del concordato». Tuttavia, le difficoltà interpretative della sentenza sembrerebbero acuite anche dalla sovrapposizione del concetto di «causa» con quello di «oggetto della proposta»; in un passo, infatti, si legge che: «la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto la regolazione della crisi, la quale a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti (...)». Questa sovrapposizione estende di conseguenza il perimetro valutativo del giudice al contenuto della proposta e, quindi, del piano: la questione è se, tra l'altro come prospettato nell'ordinanza di

soddisfazione sia pur minimale dei diritti dei creditori, se ciò non avesse determinato anche il risanamento dell'impresa debitrice; interesse, quest'ultimo, meritevole di tutela.

Ciò significava che il giudice avrebbe dovuto accertare non solo la liceità della causa, ma anche l'adeguatezza²⁹⁵ delle modalità prescelte dalle parti rispetto alla funzione testè esposta.

Le conclusioni del Collegio hanno finito per aumentare i profili di incertezza sui limiti delle verifiche demandate al giudice: l'esito interpretativo cui è pervenuta la sentenza testimonia la difficoltà cui il giudice va incontro quando è chiamato a scindere le valutazioni di legittimità da quelle economiche²⁹⁶ in sede di verifica sulla «fattibilità». E così nell'affermare che «la corretta configurazione dei margini di intervento del giudice (...) presuppone la preventiva individuazione della causa in concreto del procedimento di concordato sottoposto al suo esame», e che al giudice spettasse una verifica diretta sulla «fattibilità» del piano, non limitata alla

rimessione alle Sezioni Unite, «l'impossibilità dell'oggetto del concordato» rientri nel controllo di «fattibilità giuridica». Come è noto, l'art. 1346 c.c. richiede che l'oggetto del contratto sia possibile, lecito, determinato o determinabile. La «possibilità» va intesa sia in senso materiale sia in senso giuridico, infatti «l'oggetto del contratto è materialmente possibile quando è astrattamente suscettibile di attuazione. Il giudizio di possibilità, precisamente, non riguarda la concreta attitudine delle parti ad assolvere l'impegno assunto ma l'astratta realizzabilità di tale impegno (...)»: cfr. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, vol. 3, Milano, 2015, p. 322 ss. Questa definizione ci allontana da quella di «fattibilità» nel senso esplicitato dalle Sezioni Unite: quest'ultima, invero, attiene alla concreta attitudine delle parti ad assolvere l'impegno assunto e, quindi, richiede una valutazione aggiuntiva a quella astratta di possibilità. Pertanto, potrebbe accadere che il piano sia «astrattamente possibile», ma il debitore non abbia i mezzi per adempiere l'impegno assunto con la proposta di concordato. Si è, quindi, portati a ritenere che il controllo sulla «possibilità dell'oggetto» venga assorbito dal più complesso sindacato sulla «fattibilità»; naturalmente, mentre l'assenza *ab initio* del primo può incidere negativamente sul giudizio di «fattibilità», il giudice sulla base della fattispecie concreta, potrebbe dichiarare non «fattibile» un piano, pur essendo «astrattamente possibile». In questi termini, ci sembra sia dello stesso avviso anche: cfr. I. PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE -A. BASSI, vol.1, Padova, 2010, p. 586. Distingue la valutazione di «possibilità dell'oggetto» del contratto da quella di «fattibilità», anche M. FABIANI, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, cit., p. 169 ss.; *contra*, L. PICA, *Il concordato preventivo*, cit., p. 1105.

²⁹⁵ Sul punto, v. Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, reperibile su www.ilcaso.it. Ad avviso della Suprema Corte, invero, «l'indagine sulla causa concreta del contratto spazia dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti), a quella di liceità (intesa come lesione di interessi tutelati dall'ordinamento)».

²⁹⁶ Cfr. M. SPIOTTA, *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica – Il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, nota a Cass. civ., 27 febbraio 2017, n. 4915 in *Giur. it.*, 2017, p. 1122.

corrispondenza dell'attestazione del professionista ai canoni legali²⁹⁷, in tutte le fasi della procedura, affermava implicitamente un controllo anche sui profili economici del piano.

²⁹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*, ad avviso della quale: «una prima conclusione che si può trarre da questa premessa può dunque essere individuata nel fatto che certamente il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato del professionista».

2.1 Segue: La verifica giudiziaria sulla «fattibilità economica» negli orientamenti successivi della giurisprudenza di legittimità: l'incerto confine con la «manifesta inattitudine del piano».

Alla luce delle difficoltà nell'applicazione *sic et simpliciter* del principio di diritto delle Sezioni Unite²⁹⁸, la giurisprudenza di legittimità successiva ha rinunciato alla netta separazione del presupposto di «fattibilità», inaugurando un orientamento più estensivo²⁹⁹. Infatti, anche dopo la pronuncia del 2013, testè richiamata, la giurisprudenza di merito ha fornito chiavi di lettura non sempre coerenti, perseverando nel controllo di «fattibilità economica» del piano³⁰⁰.

Pertanto, dissipando non poche incertezze sull'esatta perimetrazione del controllo giudiziale di «fattibilità», la più recente giurisprudenza di legittimità, spinta anche da evidenti ragioni di compromesso, non ha escluso in via di principio un sindacato diretto sugli aspetti economici del piano. Quest'ultima ha confermato il principio che la «fattibilità» è un presupposto di ammissibilità, il cui accertamento si dipana in tutte e tre le fasi della procedura.

Tuttavia, ha rinunciato ad una mera recezione del principio di diritto delle Sezioni Unite del 2013: infatti, si è a più riprese affermato che, sebbene il controllo sulla «fattibilità giuridica» non conosca limiti, quello sulla «fattibilità economica» richiede, al contrario, l'esatta individuazione dei presupposti entro i quali il giudice può rilevarne l'assenza.

A tal riguardo, facendo applicazione del criterio di «legittimità sostanziale», ne viene precisato l'ambito di operatività: l'indagine sulla «fattibilità economica»

²⁹⁸ Cfr. G. CIERVO, *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *NDS*, 2015, p. 28 ss.

²⁹⁹ A tal riguardo, v. Cass. civ., 8 Febbraio 2019, n. 3863, reperibile su *www.ilcaso.it*; Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5825, *ivi*; Cass. civ., 27 febbraio 2017, n. 4915, *cit.*, e in *Fall.*, 2017, p. 923 ss., con nota di M. TERENCE, *Verso un superamento della distinzione tra «fattibilità giuridica» e «fattibilità economica» nel concordato in continuità?*; Cass. civ., 7 aprile 2017, n. 9061, in *Dir. fall.*, 2019, II, p. 203 ss.; Cass. civ., 23 marzo 2017, n. 7959, su *www.ilcaso.it*; Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 22691, *ivi*; Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12964, *ivi*; Cass. civ., 20 dicembre 2016, n. 26329, in *www.ilcodicedeconcordati.it*; Cass. civ., 23 maggio 2014, n. 11497, in *www.ilcaso.it*.

³⁰⁰ Cfr., in particolare, App. Lecce, 26 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*; *contra*, Trib. Udine, 25 aprile 2015, *ivi*; Trib. Arezzo, 19 dicembre 2014, *ivi*.

è fatta salva in presenza di «una manifesta ed assoluta inattitudine del piano al raggiungimento degli obiettivi previsti»³⁰¹.

In tali sentenze vi è indubbiamente un maggior grado di coerenza nell'impostazione metodologica: si resta fedeli alla «prospettiva funzionale» del concordato preventivo, quale sancita già dalle Sezioni Unite; ma è proprio l'indagine sulla «causa in concreto» che consente di ampliare il perimetro valutativo del Tribunale. Quest'ultimo, così, potrà apprezzare la valenza degli aspetti economici del piano in relazione alla sostenibilità degli obiettivi prefissati, seppur entro una loro «manifesta ed assoluta irrealizzabilità»³⁰².

Come chiarisce la giurisprudenza di legittimità, la locuzione testè richiamata è «compendiabile nel concetto di implausibilità o irrealizzabilità»³⁰³ del piano, a raggiungere gli obiettivi prefissati, pur restando imprecisati i criteri che dovrebbero orientare di fatto il Tribunale nella sua indagine, e rimessi alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi, come già statuito dalle Sezioni Unite del 2013. Il Tribunale non avrebbe potuto dichiarare inammissibile il ricorso, qualora avesse prospettato solo una mera incertezza sulla realizzazione delle previsioni formulate nel piano³⁰⁴. E ciò ha comportato sul piano pratico una maggiore cautela del professionista nell'elaborazione della prognosi di realizzabilità, che si è tradotta nella «verosimile certezza che quanto previsto nel piano possa effettivamente realizzarsi nei modi e tempi proposti»³⁰⁵, pertanto non avrebbe rispettato i requisiti prescritti dalla legge un'attestazione di «mera possibilità o probabilità»³⁰⁶.

³⁰¹ V. nt. 299.

³⁰² Non può non condividersi la scelta per il ricorso alla formula summenzionata, e ciò malgrado qualche inevitabile riserva dovuta alla sua connaturale evanescenza; la giurisprudenza di legittimità ha, infatti, preferito abbandonare la formula della «impossibilità di realizzazione» che, muovendo da una lettura contrattuale, rischia(va) di confondere la «fattibilità» del concordato con la «possibilità dell'oggetto» del contratto ai sensi dell'art. 1346 c.c., a favore della «manifesta inattitudine del piano».

³⁰³ Cfr. Cass. civ., 28 settembre 2017, n. 22691, in *www.ilcaso.it*.

³⁰⁴ Cfr. Cass. civ., 27 febbraio 2017, n. 4915, *cit*.

³⁰⁵ Cfr. Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*.

³⁰⁶ Cfr. Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, *cit*.

Ebbene, mentre resta di esclusiva competenza dei creditori la valutazione di «convenienza» del piano³⁰⁷, tale giurisprudenza ha esteso il perimetro valutativo del Tribunale oltre i ristretti limiti sanciti dalla Corte di Cassazione nel 2013, e ciò testimoniando la «fragilità» della tenuta sul piano pratico del binomio creato da quest'ultime.

³⁰⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

3. Il controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato nel «Codice della crisi»: l'unificazione del concetto di «fattibilità».

Orbene, quanto riportato fino ad ora, ci aiuta a comprendere la portata delle novità del «Codice della crisi» sull'attribuzione del controllo sulla «fattibilità» al giudice. Il legislatore delegato ha dato, così, seguito alle indicazioni contenute nell'art. 6, lett. *e*), l. n. 155/2017 «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza»; ove si legge che il Governo, nel delineare la disciplina dell'istituto del concordato preventivo, «determini i poteri del Tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale». Peraltro, nelle prime bozze dei decreti legislativi delegati di attuazione della legge delega, era stata adottata una formulazione diversa ed indubbiamente più in linea con i principi della granitica giurisprudenza di legittimità formatasi in questi anni, riferendo, infatti, la verifica del Tribunale alla sola «fattibilità» senza ulteriori specificazioni³⁰⁸.

Tuttavia, da una lettura sistematica degli artt., 51, comma 1, e 90, comma 2, della precedente versione del «Codice della crisi», era lecito ricondurre l'indagine del giudice sulla «fattibilità» oltre gli aspetti giuridici, includendovi anche una prognosi sulle «concrete possibilità di realizzazione del piano»³⁰⁹.

La mancanza di ulteriori aggettivazioni del requisito di «fattibilità» non avrebbe impedito al giudice un controllo anche sugli aspetti economici.

Indubbiamente, da un punto di vista meramente formale, poteva apprezzarsi la riduzione ad unità del concetto di «fattibilità», eliminando il binomio «fattibilità giuridica/fattibilità economica», che ha causato non poche incertezze nella prassi dei tribunali fallimentari.

³⁰⁸ L'art. 51, 1° comma, del progetto di «Codice della crisi» prevedeva che: «a seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale, verificate le condizioni di cui agli articoli da 89 a 93, anche con riferimento alla fattibilità del piano e tenuto conto dei rilievi del commissario giudiziale, con decreto (...)».

³⁰⁹ Infatti, nell'art. 90, 2° comma, del CCII, rubricato «Presupposti per l'accesso alla procedura», nella versione provvisoria si leggeva che: «la proposta deve fondarsi su un piano che abbia concrete possibilità di realizzazione (...)».

L'attuale formulazione dell'art. 47, comma 1, del «Codice della crisi», ha il pregio di attribuire al giudice in tutte e tre le fasi della procedura di concordato, tanto la verifica sull'«ammissibilità giuridica»³¹⁰, *rectius* «fattibilità giuridica»³¹¹, tanto quella sull'effettiva realizzabilità del programma negoziale e, quindi, sulla «fattibilità economica», dopo aver acquisito il parere del commissario giudiziale, a meno che non «disponga già di tutti gli elementi necessari»³¹², e tra cui va annoverata la relazione del professionista attestatore.

Preme, quindi, evidenziare il contenuto della relazione di quest'ultimo sulla «fattibilità» del piano. Con la presentazione del ricorso, il debitore prospetta ai suoi creditori l'uscita dallo stato di crisi dell'impresa, ossia una sistemazione della stessa potendo scegliere o la prosecuzione dell'attività, e, quindi, una modalità di soddisfacimento dei creditori mediante un concordato con «continuità aziendale», oppure la liquidazione dei propri beni: pertanto, gli accertamenti demandati al professionista ai fini del giudizio che qui ci occupa dipendono dallo schema di concordato prescelto.

In via preliminare, è necessaria, da parte del professionista, un'approfondita conoscenza dello specifico settore di competenza del debitore, delle cause da cui ha origine lo stato di crisi³¹³, con l'ausilio della documentazione messa a disposizione dal ricorrente, nonché di quella ulteriore reperita *motu proprio*, per

³¹⁰ L'art. 47, comma 1, del CCII, riferisce testualmente la verifica del Tribunale «all'ammissibilità giuridica»; invero, come ha ben evidenziato attenta dottrina, «l'aggettivo "giuridica" è una chiara ridondanza, non esistendo l'ammissibilità economica»: cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo: «finalità», «presupposti» e controllo sulla fattibilità del piano*, su www.ilcaso.it, doc. del 25 febbraio 2019.

³¹¹ Si noti che il «Codice della crisi», agli artt. 56, comma 4, e 57, comma 4, ripropone il binomio «fattibilità giuridica» e «fattibilità economica», che viene, altresì, ripetuto anche nella Relazione illustrativa al suddetto «Codice della crisi» in merito ai poteri di controllo del giudice in sede di concordato preventivo, e precipuamente all'art. 87, del CCII. Pertanto, sembra ragionevole affermare che di «fattibilità» debba tuttora parlarsene tanto in senso strettamente giuridico, quanto economico.

³¹² Cfr. art. 47, comma 1, del CCII: «A seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il Tribunale, verificata l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b), con decreto (...)».

³¹³ L'attestatore deve pertanto verificare se il debitore abbia correttamente individuato le cause da cui ha origine lo stato di crisi, predisponendo le misure più adeguate a tal fine.

affermare la «realizzabilità concreta delle ipotesi prospettate nel piano aziendale»³¹⁴.

In particolare, costui dovrà esporre i criteri e le metodologie seguite prima di pervenire al giudizio conclusivo: dovrà esplicitare con esaustività e coerenza il percorso logico ed argomentativo, non potendo fare ricorso a mere formule di stile sulla ragionevolezza complessiva del piano³¹⁵.

Orbene, l'attestazione sulla «fattibilità» del concordato preventivo costituisce l'esito finale delle attività ricognitive e valutative proprie dell'attestatore: pertanto, ferma l'alea che circonda inevitabilmente l'esecuzione del piano trattandosi di eventi futuri, la funzione asseverativa in commento consiste nel rilasciare un parere motivato sull'attendibilità e sostenibilità degli obiettivi programmati, sottolineando gli aspetti di maggiore criticità e calandosi nel contesto in cui opera quell'impresa, fino ad evidenziare eventuali lacune nella predisposizione del piano.

L'assenza di regole specifiche idonee ad orientare l'attestatore nel giudizio di «fattibilità», rende inevitabile il ricorso alla discrezionalità tecnica di costui³¹⁶, e all'esperienza precedentemente maturata³¹⁷.

La valutazione dell'attività del debitore e/o della prospettiva di ripresa tocca sia gli aspetti giuridici che economici del programma predisposto dal debitore: qualsiasi piano concordatario ha una natura intrinsecamente giuridica ed

³¹⁴ Cfr. C. PAGLIUGHI, *Concordato preventivo: attestazione del piano*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 5 ottobre 2016, p. 1 ss.

³¹⁵ Cfr., in particolare, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 570 ss.

³¹⁶ Invero, la prassi ha contribuito all'elaborazione di specifici principi e linee guida tali da costituire un vero «statuto» dei poteri di controllo degli esperti in questa delicata fase, anche al fine di evitare *ex post* il sorgere di eventuali responsabilità civili: cfr. G. VERNA, *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendali*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 237.

³¹⁷ Cfr. L. STANGHELLINI - C. G. PAULUS - R. MOKAL, - I. TIRADO, *Best Practices in European Restructuring. Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, cit., p. 54 ss. In particolare, ad avviso di tali autori, la qualifica professionale e l'esperienza tanto dell'attestatore, quanto dei consulenti del debitore occupano un ruolo fondamentale nel processo di risoluzione della crisi d'impresa. In particolare, la legge dovrebbe garantire che i consulenti abbiano competenze e cognizioni adeguate con riferimento ai casi in cui sono chiamati a fornire il loro apporto tecnico.

economica. Pertanto, solo un piano «fattibile», nei termini qui esposti, può ritenersi ammissibile³¹⁸.

Alla luce delle novità del «Codice della crisi», non può più dirsi operante il limite della «manifesta inattitudine del piano a realizzare gli obiettivi programmati» nella verifica sulla «fattibilità economica», come, invece, sancito dalla recente giurisprudenza di legittimità e anche di merito.

Invero, l'ipotesi in cui il Tribunale «disponga già di tutti gli elementi necessari» per dichiarare la mancanza di «fattibilità» del piano, senza dover attendere il parere del commissario giudiziale, potrebbe venire in rilievo proprio in presenza della «manifesta inattitudine» del piano, ovvero quando la sua irrealizzabilità è sufficientemente chiara fin dall'inizio³¹⁹, anche grazie all'esaustività della relazione del professionista.

Non può negarsi che, se ad oggi la «fattibilità economica» non può prescindere dall'interessamento del Tribunale, e ciò ai fini dell'ammissibilità della domanda, è ragionevole aspettarsi nella maggior parte dei casi piani ben strutturati: pertanto, se ne deve conseguentemente dedurre che la situazione di rigetto della domanda per la presenza di piani *prima facie* «manifestamente incongrui», sarà piuttosto rara, e, quindi, bisognerà attendere il parere del commissario giudiziale.

La novità, tra l'altro, conferma, ad avviso di chi scrive, un aspetto fondamentale nella struttura del concordato preventivo: la valutazione di «fattibilità economica» non rientra, salvo quella diversa di «convenienza», nelle attribuzioni dei creditori anche per un motivo di ordine pratico. Costoro, già sotto la vigenza della legge fallimentare del 42', possono essere definiti come «passivi recettori» del giudizio di «fattibilità» reso in un primo momento dall'attestatore, e

³¹⁸ Il legislatore ha intenzionalmente utilizzato un termine così denso di connotati aziendalistici, rinunciando anche ad altre espressioni; come quella di «possibilità», ai sensi dell'art. 1346 c.c. in tema di requisiti dell'oggetto del contratto; oppure quella di «attuabilità», come pure era stato affermato nei precedenti progetti di riforma della legge fallimentare, anche se in quest'ultimo caso, non sembrano possano delinearci sostanziali differenze di significato, richiamando allo stesso modo un giudizio prognostico. Sul punto, v. M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, cit., p. 552 ss.

³¹⁹ In questi termini, v. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 12 ss.

arricchito, poi, dalla relazione del commissario giudiziale, ed infine scrutinato dal Tribunale³²⁰.

Pertanto, i creditori si limitano a ricevere un giudizio altrui, non avendo le capacità tecniche e le cognizioni funzionali alla verifica sulla «fattibilità», e considerando, altresì, lo svuotamento del momento deliberativo in adunanza, che avrebbe, invece, potuto arricchire la dialettica su aspetti caratterizzati da un elevato grado di complessità, come nel caso che qui ci occupa.

Orbene, sul piano pratico, il Tribunale accerterà la concreta realizzabilità delle assunzioni poste a fondamento del piano, secondo un giudizio di verosimiglianza, ricorrendo al criterio del «più probabile che non»³²¹ e, data la complessità delle fattispecie concrete, nonché l'attuale libertà di contenuto quanto alle modalità di soddisfacimento dei creditori, ciò sarà rimesso inevitabilmente anche alla discrezionalità tecnica dell'autorità giudiziaria³²².

Tali novità riattribuiscono al giudice poteri che la riforma del 2005 gli aveva «sottratto»: mentre in passato la verifica in sede preliminare sulla «serietà» delle garanzie prestate dal debitore, ripetuta poi in sede di omologazione, nonché quella

³²⁰ Invero, ragionando sulla base delle disposizioni della legge fallimentare del 42', il Tribunale in sede preliminare, ed entro i limiti prima esposti, avrebbe dovuto necessariamente decidere sulla «fattibilità» facendo a meno della relazione del commissario giudiziale, che infatti depositava solo successivamente, ai sensi dell'art. 175, comma 1, legge fallim. Oggi, alla luce del combinato disposto degli artt. 47, comma 1, e 44, comma 1, lett. b) del Codice della crisi si è portati a ritenere che il commissario giudiziale sia tenuto al compimento delle sue funzioni fin dall'atto della sua nomina, e ciò a differenza di quanto previsto dal sistema precedente. Infatti, ai sensi dell'art. 163, comma 2, n. 3, legge fallim., il commissario giudiziale veniva nominato con il decreto di apertura della procedura, e, quindi, a seguito della valutazione sulla «fattibilità» compiuta dal Tribunale, seppur nei limiti ammessi dalla giurisprudenza; ora, al contrario, l'art. 44, comma 1, del CCII, statuisce che: «Il Tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronuncia decreto con il quale: (...) nel caso di domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente al Tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Si applica l'articolo 49, comma 3, lettera f)». Si assiste, così, ad un'anticipazione dell'inizio delle attività e funzioni proprie del commissario giudiziale, anche al fine di consentire al giudice una più celere pronuncia sulla «fattibilità».

³²¹ Così S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 13.

³²² Invero, l'art. 6, comma 1, lett. c), l. n. 155/2017 «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza», richiedeva la precisazione delle modalità di controllo della «veridicità dei dati aziendali» e di verifica della «fattibilità» del piano. Quanto alla «fattibilità», la lacuna sembrerebbe essere il frutto della presa d'atto di una difficoltà insita nell'elaborazione *a priori* di regole extragiuridiche, che siano di ausilio nella suddetta verifica «fattibilità».

della «sicurezza di esecuzione del concordato preventivo» svolta solo in sede conclusiva, richiedevano una verifica *ex-ante* sulla quasi «certezza» di adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore con l'accordo approvato dalla maggioranza dei creditori, oggi, invece, il legislatore sembra pretendere un giudizio di «verosimiglianza», sostenibilità, o comunque un alto grado di probabilità che le assunzioni contenute nel piano si verifichino.

Sembra ragionevole ritenere che la *ratio* della suddetta previsione debba essere rinvenuta, altresì, nell'obiettivo di rivitalizzare l'aspetto pubblicistico del concordato preventivo, rispetto a quello negoziale. E ciò dimostra come per il legislatore sia irrinunciabile la funzione di eterotutela dell'autorità giudiziaria nel concordato preventivo.

Occorre, altresì, considerare un altro aspetto derivante dalle novità testè esposte: quali conseguenze possono trarsi dalla constatazione da parte del Tribunale di condizioni di «fattibilità» diverse da quelle indicate dal debitore nella proposta, ovvero qualora rilevi, in particolare, che la percentuale di soddisfacimento dei chirografari sia inferiore a quella prospettata nel piano; problema questo che, com'è noto, non si pone nel concordato liquidatorio, per il quale la legge ha previsto una determinata percentuale di soddisfacimento, come sarà attentamente esaminato da qui a breve; ma che si prospetta, certamente, per il concordato con «continuità aziendale».

Non è possibile per il momento dare una risposta, in quanto tali considerazioni saranno esaminate nel successivo capitolo della presente trattazione, tuttavia, si è ritenuto opportuno sollevare tale problematica fin da ora.

4. Il controllo sulla c.d. «fattibilità strumentale» nel concordato con classi: il sindacato giudiziario nella c.d. teoria delle «classi obbligatorie».

Come si è cercato di spiegare, l'indagine condotta in questa sede vuole evidenziare che il vaglio giudiziale sulla «fattibilità», giuridica ed economica, costituisce la «prospettiva» più adeguata attraverso cui analizzare in fondo gli spazi operativi dell'autorità giudiziaria nel concordato preventivo. Pertanto, il vaglio giudiziale di «fattibilità» implica tanto valutazioni di natura giuridica, tanto economiche e, quindi, un esame pieno di merito della proposta concordataria, a differenza di quanto avveniva in passato sotto il vigore della legge fallimentare.

Il legislatore non si è limitato a richiedere la «fattibilità» della proposta concordataria, attribuendo espressamente tale potere di controllo al giudice, ma ha, nel contempo, approntato taluni peculiari strumenti con la finalità precipua di facilitare la probabilità di adempimento della proposta concordataria.

Invero, una lettura sistematica di taluni aspetti della nuova disciplina concordataria consente di assegnare agli stessi una funzione, diremmo, di «strumentalità» rispetto alla buona riuscita del concordato.

Si tratta di fattispecie declinabili come «fattibilità strumentale»³²³, con la conseguente estensione dei poteri valutativi del giudice, e della riduzione dell'autonomia del debitore: ci si riferisce, in particolare, all'istituto delle classi dei creditori.

Com'è noto, anche il nostro legislatore ha attribuito al debitore la facoltà di regolare la crisi d'impresa mediante la suddivisione di costoro in classi³²⁴, destinatari, eventualmente, di trattamenti diversi³²⁵.

³²³ Così P. VELLA, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla predeuzione nel concordato preventivo riformato*, reperibile su www.osservatorio-oci.org, p. 30 ss.

³²⁴ Invero, la prima applicazione dell'istituto delle classi si deve al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004, n. 39, e successivamente recepito in via generale nella legge fallimentare.

³²⁵ E' noto che il nostro legislatore si è ispirato ad altre esperienze, in particolare, a quella nord-americana, che contempla l'istituto delle classi nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*; nonché, a quella tedesca che, invece, prevede la suddivisione delle classi al §222 dell'*Insolvenzordnung*; ed, infine, alla legge elvetica, la cui previsione è contenuta nell'art. 219, in merito alle procedure esecutive e fallimentari: per un esame comparatistico, in particolare, v. M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi*

La relativa disciplina si rinviene, in particolare, nell'art. 85, comma 3, lett. c) e d). La formazione delle classi³²⁶ resta subordinata all'esercizio dell'autonomia negoziale del debitore, salvo talune specifiche ipotesi.

La riflessione che qui si vuole condurre impone, in via preliminare, una breve disamina dei presupposti che condizionano tuttora il potere del debitore di classare i creditori; e solo in seguito un'analisi sulla misura del controllo giudiziale, e ciò in particolare, ripetesi, in una chiave di lettura diversa, volta ad includere lo strumento delle classi nell'ambito della c.d. «fattibilità strumentale».

Anche il «Codice della crisi», così come la legge fallimentare, subordina l'esercizio della formazione delle classi al ricorrere di due specifiche condizioni: «l'omogeneità della posizione giuridica» e «l'omogeneità degli interessi economici». Invero, è sull'esatta portata di tali locuzioni che si è svolto prevalentemente il dibattito della dottrina³²⁷, condizionando spesso la corretta applicazione dell'istituto delle classi, dovuta, inevitabilmente, all'assenza di criteri normativamente predefiniti; ma non interessa qui ripercorrere le varie ricostruzioni sul significato da attribuire all'uno o all'altro elemento, risultando spesso difficile riconoscere elementi di diversità tra le stesse che, quindi, a volte secondo leggere sfumature si attestano sullo stesso significato. A tal riguardo, la Corte di Cassazione³²⁸ ha ricondotto, di recente, da un lato l'omogeneità delle posizioni giuridiche «alla natura del credito, alle sue qualità intrinseche, al carattere chirografario o privilegiato, all'eventuale esistenza di contestazioni, ovvero alla presenza o meno di garanzie prestate da terzi o di un titolo esecutivo», e dall'altro, l'omogeneità degli interessi economici «alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito, ovvero al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare»; ribadendo,

comparatistica), in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 566; L. PANZANI, *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, p. 22.

³²⁶ In particolare: cfr. O. DE CICCO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007, p. 1 ss.; M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, cit., p. 210 ss.; ID., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 212 ss.; D. GALLETTI, *La formazione di classi nel concordato preventivo, ipotesi applicative*, in *www.ilcaso.it*; G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, p. 387 ss.

³²⁷ Per una sintesi delle diverse teorie: cfr. A. M. AZZARO, *Le procedure concordate*, cit., p. 176 ss.

³²⁸ Cfr. Cass. civ., 16 aprile 2018, n. 9378, in *www.ilcaso.it*.

altresì, che «l'omogeneità dei crediti raggruppati non può essere affermata in termini di assoluta identità, essendo sufficiente la presenza di tratti principali comuni di importanza preponderante, che rendano di secondario rilievo quelli differenzianti, in modo da far apparire ragionevole una comune sorte soddisfacente per le singole posizioni costituite in classe». E sottolineando, altresì, che rientra tra i poteri del Tribunale quello di valutare congiuntamente i suddetti criteri³²⁹.

Com'è noto, in passato si è fatta strada, sia in giurisprudenza³³⁰ che in dottrina³³¹, la teoria delle classi obbligatorie³³². In particolare, tale tesi è stata sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito³³³, al fine precipuo di tutelare le ragioni dei creditori³³⁴.

³²⁹ Cass. civ., 16 aprile 2018, n. 9378, *cit.*

³³⁰ Cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 423 ss., con nota di M. FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*; Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 91 ss.; Trib. Biella, 23 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, p. 46, con nota di G. MINUTOLI, *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente «classamento» dei creditori: il punto della prassi e della giurisprudenza*.

³³¹ Cfr., in particolare, P. CATALLOZZI, *Le classi dei creditori e la votazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, p. 109 ss.; ID., *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, p. 583; M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, *cit.*, p. 210 ss.; ID., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, *cit.*, p. 124 ss.; ID., *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, *cit.*, p. 423 ss.; G. B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 80 ss.; *contra* G. BOZZA, *La facoltatività della formazione nelle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 424 ss.; G. LO CASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza*, *cit.*, p. 385 ss.; ID., *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Fall.*, 2009, p. 1129 ss.; U. MACRÌ, *Il sindacato del tribunale sul corretto utilizzo dei criteri di formazione delle classi*, con nota a App. Torino, 3 novembre 2009, in *Fall.*, 2010, p. 951 ss.; M. VITIELLO, *Il nuovo concordato preventivo e le classi dei creditori*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, a cura di S. BONFATTI, Torino, 2008, p. 121 ss.

³³² Cfr. Trib. Monza, 7 aprile 2009, *cit.* In particolare, il Tribunale nel corso dell'attività istruttoria in sede di ammissione, «invitò» il ricorrente ad organizzare i creditori in classi, riportando da un lato quelli il cui credito era assistito da garanzie esterne, e dall'altro, coloro che ne erano privi. Orbene, ciò condusse il giudice all'esercizio di un potere non previsto da alcuna norma, facendo registrare sul piano pratico conseguenze fortemente limitative dell'autonomia negoziale del debitore.

³³³ Cfr. Trib. Biella, 23 aprile 2009, *cit.* In tale occasione, il giudice sollevò questione di legittimità costituzionale degli artt. 160, comma 1, lett. c), 162, comma 2, e 163, comma 1, legge fallim., in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui tale articolo non consentiva al Tribunale di dichiarare inammissibile una proposta di concordato, qualora il debitore non avesse provveduto ad omogeneizzare gli interessi economici dei creditori suddividendoli in apposite classi. Ebbene, in risposta alla summenzionata ordinanza, la Corte Costituzionale dichiarò la manifesta inammissibilità dell'eccezione di illegittimità costituzionale. Sul punto, in particolare, v. G. B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, *cit.*, p. 80 ss.

³³⁴ A tal riguardo, in altra sede, l'autorità giudiziaria statuí che: «nell'ipotesi in cui la proposta di concordato preventivo preveda la suddivisione dei creditori in classi, il Tribunale, nel

Tuttavia, questa teoria non ha avuto seguito³³⁵, e lo stesso dato normativo conferma, e confermava³³⁶, in più disposizioni la mera facoltatività delle classi.

In dottrina, poi, la tesi dell'obbligatorietà delle classi ha trovato autorevoli esponenti³³⁷, che seppur con sfaccettature diverse, hanno rinvenuto il fondamento di tale teoria nella tutela costituzionale del diritto di credito dei creditori, e nella conseguente necessità che essi non subiscano «un'espropriazione senza indennità»³³⁸. Infatti, secondo tale interpretazione, in assenza di omogeneità degli interessi economici dei creditori, il debitore avrebbe l'obbligo di distribuire costoro all'interno di apposite classi, al fine di risolvere l'eventuale conflitto d'interessi³³⁹ tra quest'ultimi, e garantendo, così, la corretta operatività del

valutare l'omogeneità, sotto il profilo della convenienza, della posizione dei creditori appartenenti a ciascuna classe, dovrà tener conto di eventuali garanzie di terzi; dette garanzie, dal punto di vista economico e con riferimento alle concrete possibilità di soddisfacimento del creditore, assumono sicuramente rilievo e sono tali, qualora non se ne dovesse tenere conto, da alterare il meccanismo di formazione della volontà della maggioranza all'interno della classe»: cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 2008, *cit.* Si evince come il provvedimento da ultimo riportato abbia rappresentato nel panorama giudiziario, un esempio di sindacato fortemente incisivo sulla formazione delle classi, tanto da incoraggiare una parte della dottrina a sostenere la tesi dell'obbligatorietà delle classi. Inoltre, in ordine all'obbligo di formare una classe riservata ai creditori postergati e distinta da quella degli altri creditori chirografari: cfr. Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fall.*, 2009, p. 795 ss.; in relazione, invece, all'obbligo di creare una classe specifica per i creditori privilegiati limitatamente alla parte del credito degradata al chirografo: cfr., in particolare, Trib. Messina, 18 febbraio 2009; Trib. Firenze, 14 giugno 2008; Trib. Monza, 7 aprile 2009, reperibili in *www.ilcaso.it*.

³³⁵ Invero, nonostante un recente intervento della Corte di Cassazione abbia ribadito la mera facoltà dell'accorpamento dei creditori in classi: cfr. Cass. civ. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *www.ilcaso.it*, una parte della giurisprudenza di merito ha continuato a rivendicare un ruolo incisivo del Tribunale sulla formazione delle classi: v. Trib. Piacenza, 1° settembre 2011, *cit.*

³³⁶ In particolare, l'art. 160, comma 1, legge fallim., ove sanciva che il debitore «poteva» proporre un piano che prevedeva il classamento dei creditori; l'art. 163, comma 1, sui controlli del giudice in merito alla formazione delle classi; così ugualmente l'art. 177, comma 2, legge fallim., che prescriveva appositamente la regola della doppia maggioranza per l'approvazione del concordato; ed, infine, l'art. 182-ter, legge fallim., sul classamento obbligatorio. A tal riguardo, v. M. VITIELLO, *Concordato preventivo e classi di creditori: infondatezza de iure condito della tesi della obbligatorietà delle classi*, in *www.ilfallimentarista.it*.

³³⁷ V. nt. 331.

³³⁸ L'espressione è di G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 214.

³³⁹ A tal riguardo, il classamento obbligatorio dei creditori è stato prospettato come una delle possibili modalità di neutralizzazione del «conflitto d'interessi» nel concordato preventivo e, quindi, come un mezzo idoneo per omogeneizzare gli interessi economici dei creditori, affinché venissero rispettate le condizioni di operatività del principio di maggioranza: cfr. R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, p. 32 ss.; M. FABIANI, *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, *cit.*, p. 210 ss. Prospetta la stessa soluzione, seppur con talune perplessità, anche: G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 419 ss. La fattispecie del «conflitto d'interessi» tra creditori nel concordato preventivo, e l'interferenza con la tutela

principio di maggioranza: ovvero l'esigenza di una votazione imparziale non inquinata da interessi particolari dei singoli votanti.

È chiaro che le incertezze interpretative hanno riguardato, in particolare, la stessa finalità dell'istituto delle classi: come è stato ben rimarcato, non è ancora chiaro se lo stesso agevoli l'attuazione del concordato, ossia la «fattibilità» dello stesso, quindi se ciò costituisca un beneficio *in primis* per il debitore, oppure sia uno strumento di tutela delle ragioni dei creditori³⁴⁰.

Orbene, non può revocarsi in dubbio che il debitore continua a disporre di una rilevante flessibilità nel delineare il contenuto della proposta: la facoltà concessa a quest'ultimo di prevedere trattamenti differenziati di soddisfacimento dei creditori chirografari reca una vistosa deroga al principio della *par condicio creditorum*, che, tuttavia, sembra trovare un'adeguata compensazione tanto nella regola della doppia maggioranza ai fini dell'approvazione del concordato³⁴¹, quanto nel controllo del giudice. Nel contempo, tale istituto ha anche il pregio di risolvere quei «conflitti» tra diverse categorie di soggetti aventi tutti diritti sul patrimonio del debitore³⁴², superando così le resistenze strategiche di alcuni di essi³⁴³.

Alla luce di tali considerazioni, l'obiettivo di tutelare gli interessi dei creditori informa l'intera procedura, ma non fino al punto di condizionare la disciplina dell'istituto delle classi, prevedendone financo l'obbligatorietà.

Se si accogliesse la tesi dell'obbligo delle classi si avrebbe l'effetto di restringere l'autonomia del debitore, che passerebbe in secondo piano rispetto al sindacato del Tribunale: quest'ultimo, in tal modo, sarebbe autorizzato a valutare il livello di eterogeneità degli interessi economici dei creditori, in via preliminare,

giudiziale del «migliore soddisfacimento dei creditori», sarà oggetto di trattazione nel capitolo IV.

³⁴⁰ Cfr. G. LO CASCIO, *Concordati, classi di creditori ed incertezza interpretative*, in *Fall.*, 2009, p. 1129 ss.

³⁴¹ L'art. 177, comma 2, legge fallim., richiedeva, ai fini dell'approvazione del concordato, non solo la maggioranza dei crediti ammessi al voto, come sancito dal primo comma del medesimo articolo, ma anche che tale maggioranza si verificasse nel maggior numero delle classi.

³⁴² Cfr. G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, vol. 3, Torino, 2009, p. 1604 ss.

³⁴³ D. GALLETTI, *La formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative*, in www.ilcaso.it.

al posto del ricorrente. Ma è unicamente il debitore, avendone diretta conoscenza, in condizione di fornire al Tribunale i criteri di aggregazione più opportuni e corretti.

Infatti, solo dopo che l'imprenditore avrà deciso di formare le classi, il giudice dovrà accertare che i criteri seguiti ed indicati dal ricorrente corrispondano alla logica ed al buon senso; il debitore non potrà, infatti, ricorrere alle classi solo al fine di «sterilizzare» e vanificare il voto negativo di taluni creditori, di cui conosce già l'orientamento.

Pertanto, dalle considerazioni svolte sembra ragionevole affermare che la *ratio* delle classi a cui poter destinare anche differenti trattamenti³⁴⁴ sia, piuttosto, quella di consentire al debitore una maggiore elasticità e modulabilità nella strutturazione del piano, omogeneizzando di conseguenza le varie posizioni dei suoi creditori, seppur nel rispetto dei criteri all'uopo sanciti³⁴⁵, e attenuando così la deroga al principio della *par condicio creditorum*. In tal modo, il risultato finale è indubbiamente quello di facilitare l'approvazione del piano³⁴⁶, delineando così un'ipotesi di c.d. «fattibilità strumentale».

Può ragionevolmente affermarsi che il Tribunale, in questa sede, svolge principalmente un controllo di legalità: il giudice non può sindacare nel merito l'opportunità del ricorso alle classi, né tantomeno imporre tale scelta al debitore, salvo le ipotesi in cui siano obbligatorie.

In conclusione, va rilevato che la complessità del controllo giudiziale sulla ragionevolezza e correttezza delle classi, reca con sé inevitabili ripercussioni sull'andamento della procedura. Ed, infatti, la legittimità del classamento dei creditori resta pur sempre subordinata all'esito positivo dei controlli del giudice.

³⁴⁴ Cfr. M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 221 ss.; ID., *Concordato preventivo e classi*, cit., p. 423 ss.

³⁴⁵ Nello stesso ordine di idee: cfr. M. VITIELLO, *Concordato preventivo e classi*, cit., p. 3 ss.; A. PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, cit., p. 210 ss.

³⁴⁶ Ad avviso di una parte della dottrina, le classi non sono uno strumento di tutela delle ragioni dei creditori, tale da imporre al debitore trattamenti diversi e consoni alle reciproche posizioni degli stessi creditori; quanto, piuttosto, un meccanismo finalizzato a superare la «condotta strategica» di quei creditori che hanno un interesse neutro rispetto al piano: cfr. D. GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 921.

4.1. Segue: Le novità del «Codice della crisi» in tema di obbligo di classamento dei creditori.

La funzione, che qui si è preferito assegnare all'istituto delle classi, ovvero quale strumento volto a facilitare l'attuazione del concordato, ovvero la «fattibilità» dello stesso attraverso i relativi poteri di controllo del Tribunale, trova, ad avviso di chi scrive, conferma nelle previsioni del «Codice della crisi», in tema di classi obbligatorie.

Invero, se la *ratio* delle classi coincidesse con la tutela delle ragioni creditorie, non vi sarebbe ostacolo ad ammettere la tesi dell'obbligo di classamento dei creditori, ogni qualvolta quest'ultimi fossero titolari di interessi economici e/o posizioni giuridiche non omogenee. Invece, il «Codice della crisi», all'art. 85, ne conferma la facoltà prevedendo talune specifiche ipotesi di classi obbligatorie³⁴⁷, il cui comun denominatore è quello di preservare trasparenza ed imparzialità in sede di approvazione. Tuttavia, occorre fare un passo indietro; invero, l'art. 90 del

³⁴⁷ Ai sensi dell'art. 85 del «Codice della crisi»: «Per proporre il concordato l'imprenditore, soggetto a liquidazione giudiziale ai sensi dell'articolo 121, deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza.

La proposta deve fondarsi su un piano fattibile e presentare i requisiti previsti dall'articolo 87.

Il piano può prevedere:

a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, 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;

b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto;

c) la eventuale suddivisione dei creditori in classi;

d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate.

La formazione delle classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali 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.

Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, 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».

CCII, nella prima stesura poi modificata, aveva individuato ulteriori fattispecie obbligatorie, che, peraltro, non sembravano accumulate tutte dalla medesima *ratio*: ovvero quella di ridurre in via preventiva la situazione conflittuale tra creditori portatori di interessi divergenti che, in quanto tali, sono idonei ad influire sull'approvazione o meno della proposta di concordato preventivo.

Pertanto, si ritiene utile una breve disamina di tali fattispecie, volta a comprenderne gli effetti tanto sull'impostazione originaria, tanto sulla sfera d'intervento del Tribunale.

Nell'ipotesi dei «creditori titolari di garanzie esterne», *ex art. 85*, comma 5, e già contemplata nella prima stesura del «Codice della crisi», il legislatore, dando seguito ad un certo filone giurisprudenziale³⁴⁸, ha dato rilievo all'esistenza del rapporto accessorio di garanzia, onde valutare «in concreto» l'interesse economico dei creditori³⁴⁹; indubbiamente, costoro hanno maggiore probabilità di soddisfacimento rispetto a quei creditori privi di garanzie di terzi³⁵⁰. Così, i creditori che possono fare affidamento anche su di un patrimonio ulteriore ed esterno al concorso, potrebbero anche approvare una proposta concordataria meno conveniente per gli altri creditori.

Con tale fattispecie, pertanto, sono state superate quelle incertezze in ordine all'esistenza di poteri integrativi, ovvero di imposizione delle classi da parte del Tribunale, che in base alla previgente legge fallimentare hanno spinto parte della giurisprudenza a sostenere la tesi dell'obbligatorietà delle classi, e ciò al fine di evitare che l'esistenza di garanzie esterne condizionasse la votazione della proposta³⁵¹.

³⁴⁸ Trib. Monza, 7 aprile 2009, *cit.*; Trib. Milano, 4 dicembre 2008, *cit.*

³⁴⁹ A tal riguardo la giurisprudenza di legittimità aveva, invece, affermato che la posizione dei creditori sprovvisti di garanzie esterne «non è giuridicamente diversa, nel rapporto con il debitore principale insolvente o in crisi, da quella degli altri creditori, e muta solo sotto il profilo pratico così può avvenire per altri creditori per effetto di situazioni non classificabili e solo indirettamente incise dalla proposta (...)»: cfr. Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, *cit.* Nello stesso senso, di recente, v. Trib. Napoli, 4 luglio 2018, in www.unijuris.it.

³⁵⁰ Cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 2008, *cit.*

³⁵¹ Sul punto, più ampiamente, v. L. PANZANI, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, *cit.*, p. 364 ss. Secondo tale A., con argomentazioni che sembrano tuttora prospettabili, l'esistenza di un «conflitto d'interessi» in tale fattispecie non è ipotizzabile «in termini assoluti»; in particolare, argomentando dalle disposizioni in tema di fideiussione, ovvero dagli artt. 1949, 1950, 1955 c.c., nonché dall'art. 1375 c.c., il

Il legislatore appresta, così, una tutela per i creditori economicamente più deboli, e rimettendo al Tribunale ampi poteri di sindacato. Invero, non sembra, ad una prima e giocoforza superficiale lettura della disposizione, che il controllo del giudice si presti ad essere del tutto agevole: in presenza di una classe di creditori titolari di garanzie esterne, ci si domanda se il Tribunale, al fine di vagliare l'omogeneità degli interessi economici tra costoro, debba, altresì, considerare ulteriori situazioni, che di fatto sono tali da rendere non «semplice» l'escussione della garanzia: come potrebbe essere, ad es., la dichiarazione di inefficacia della garanzia a seguito dell'esercizio dell'azione revocatoria³⁵².

Orbene, si è portati a ritenere che tali peculiari considerazioni possano formare oggetto di valutazione del Tribunale se il debitore prospetti un differente trattamento tra le classi di creditori; in caso contrario, si avrebbe l'effetto di dilatare eccessivamente il perimetro cognitivo dell'autorità giudiziaria, oltre il limite dettato dalle disposizioni qui in commento.

Anche la previsione di classare quei creditori destinatari di modalità di soddisfacimento diverse dal denaro risponde alla medesima *ratio*³⁵³.

In particolare, si evidenzia come il suddetto obbligo trovi già fondamento nella possibilità per il debitore di destinare ai creditori trattamenti differenziati: infatti, a fronte della facoltà di soddisfare i creditori chirografari con modalità diverse, sorge l'obbligo per il debitore di ricorrere all'istituto delle classi. Nel contempo, un aspetto di ulteriore supporto alla nuova previsione, sembra

creditore garantito ha l'obbligo «di attivarsi per tutelare nel modo più adeguato l'interesse del garante al regresso per il soddisfacimento del proprio credito». Pertanto, si è portati a ritenere che tale creditore in sede di deliberazione valuterà la convenienza o meno della proposta anche in relazione agli effetti sul diritto di surroga o di regresso del garante. In caso contrario, sostiene l'A., il garantito perderà la garanzia del proprio credito.

³⁵² In questi termini, v. L. PANZANI, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, cit., p. 365.

³⁵³ Invero, le c.d. classi a zero, cioè quelle in cui i creditori vengono soddisfatti con «utilità» diverse dal denaro e difficilmente riconducibili alla previsione generica della «soddisfazione del credito in qualsiasi forma», ai sensi del previgente art. 160, comma 1, lett. a), come ad esempio la mera prosecuzione del rapporto commerciale, sembravano essere state sdoganate dalla previsione di cui all'art. 161, comma 2, lett. e): infatti, l'obbligo incombente sul debitore di assicurare a ciascun creditore «un'utilità economicamente valutabile», giustifica(va) l'inammissibilità di un'ipotesi di classamento di tal specie. A tali dubbi interpretativi ha risposto il «Codice della crisi» sancendo all'art. 84, comma 3, che l'utilità economicamente valutabile da destinare a ciascun creditore, può essere rappresentata anche dalla «prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa».

ravvisabile nella seguente considerazione: per coloro che saranno, anche solo in parte, soddisfatti con utilità diverse dal denaro, può ritenersi sussista un'alea maggiore nell'esecuzione della prestazione promessa dal debitore, rispetto a quei creditori da soddisfare, invece, con denaro; e ciò può, quindi, influenzare l'approvazione della proposta, ovvero il suo rifiuto.

Il legislatore, spinto da un indiscutibile principio di coerenza sistematica, ha espunto le altre ipotesi di classi obbligatorie, che inizialmente erano indicate all'art. 90 del CCII, e la cui previsione, in particolare, non poteva dirsi in linea con la finalità di sterilizzare una situazione conflittuale tra i votanti e, quindi, favorire la «fattibilità» del concordato. Si fa riferimento, pertanto, all'ipotesi dei creditori postergati; dei creditori privilegiati non pagati integralmente; e di quei creditori privilegiati per i quali fosse stata prevista nel piano una moratoria fino a due anni dall'omologazione.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, non sembra vi sia la necessità di classare i creditori postergati in quanto, com'è noto, è la stessa legge, che con norma imperativa agli artt. 2467 e 2497- *quinquies*, c.c., detta la regola della postergazione, predeterminando il relativo trattamento. In particolare, la stessa giurisprudenza di legittimità³⁵⁴, di recente, ha ammesso la possibilità per il debitore di formare una classe *ad hoc* per i creditori postergati, purché «il trattamento previsto per questi ultimi sia tale da non derogare alla regola del loro soddisfacimento sempre posposto a quello integrale degli altri creditori chirografari». Pertanto, la previsione di un trattamento non conforme alle succitate norme, determina l'illegittimità della proposta³⁵⁵.

Inoltre, né avrebbe avuto molto senso la previsione dell'obbligo di classare i creditori privilegiati destinatari di un pagamento solo parziale³⁵⁶. Infatti, l'art. 85,

³⁵⁴ Cass. civ., 21 giugno 2018, n. 16348, in *www.ilcaso.it*.

³⁵⁵ A tal riguardo, la Corte di Cassazione aveva ritenuto ammissibile la deroga alla postergazione, a condizione che la proposta di concordato fosse stata approvata dalla maggioranza delle classi ammesse al voto e di quella complessiva dei crediti: cfr. Cass. civ., 04 febbraio 2009, n. 2706, in *www.ilcaso.it*.

³⁵⁶ Com'è noto, in passato era stato prospettato l'obbligo in capo al debitore di formare un'apposita classe per tali creditori: cfr. Trib. Torino, 20 dicembre 2006, su *www.ilcaso.it*; Trib. Messina, 18 febbraio 2009, *cit.*, Trib. Firenze, 14 giugno 2008, *cit.*

comma 7, del CCII, equipara, limitatamente alla parte di credito incapiente, i creditori privilegiati non soddisfatti integralmente ai creditori chirografari³⁵⁷.

Orbene, per la parte di credito falcidiata, il creditore *latu sensu* privilegiato potrà essere soddisfatto in misura non diversa da quanto è previsto per i creditori chirografari: infatti, l'obbligo di classare i primi sussisterà solo nella misura in cui il debitore voglia destinare loro un trattamento differente dai creditori chirografari³⁵⁸.

Deve, quindi, ragionevolmente ritenersi che i creditori privilegiati incapienti non hanno un interesse economico distinto da quello dei chirografari, che, invece, legittimerebbe la tesi dell'obbligo di formare un'apposita classe³⁵⁹.

Infine, in merito ai creditori prelatizi ai quali sia assicurato un pagamento integrale seppur entro due anni dall'omologazione del concordato, il legislatore non ha confermato l'obbligo di classamento, coerentemente con l'espunzione del diritto di costoro di votare per l'intero la proposta³⁶⁰.

Pertanto, la suddivisione dei creditori in distinte classi risponde non solo alla finalità di rendere più agevole la regolazione e sistemazione della crisi del debitore, ma anche, e limitatamente alle fattispecie in cui le classi sono obbligatorie, quella di garantire la genuinità dell'approvazione della maggioranza.

Va, altresì, aggiunto che il debitore ove ricorrano i presupposti indicati dall'art. 85, comma 5, del CCII, potrà destinare lo stesso trattamento a tutte le classi, limitandosi solo alla previsione obbligatoria della formazione delle classi.

³⁵⁷ A tal riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che per «pagamento integrale» deve intendersi: quel pagamento attuato con denaro, per l'intera entità del capitale e degli interessi maturati, e senza eccessiva dilatazione rispetto alla scadenza naturale: cfr. Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*.

³⁵⁸ Cfr. L. PANZANI, *Creditori privilegiati*, cit., p. 371.

³⁵⁹ Sostiene l'esistenza di un interesse differente: cfr. L. A. BOTTAI, *Trattamento dei crediti privilegiati, nuova finanza e rapporto tra classi e privilegi*, in *Fall.*, 2010, p. 90.

³⁶⁰ Ai sensi dell'art. 86, del CCII: «Il piano può prevedere una moratoria fino a due anni 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. Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo».

È intuitivo che gli effetti così voluti dal legislatore sono due, ovvero la regola della doppia maggioranza per l'approvazione della proposta di concordato, ed il controllo, eventuale, sulla «convenienza economica» della stessa da parte dell'autorità giudiziaria in sede di opposizione.

5. Il controllo di «fattibilità» in sede di revoca, ai sensi dell'art. 106, del «Codice della crisi»: questioni applicative in tema di «atti di frode» e possibili interferenze.

Il controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato, come suaccennato, caratterizza l'intera procedura concordataria e, pertanto, anche l'eventuale fase di revoca, *ex art. 106 del «Codice della crisi»*³⁶¹.

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 106, comma 2, del CCII statuisce che «se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88», il giudice revoca l'ammissione alla procedura.

Mentre in passato, come suesposto, l'orientamento prevalente sul c.d. controllo di «legittimità sostanziale» del Tribunale ha sempre negato che la «fattibilità» rientrasse tra le «condizioni di ammissibilità», ne ha pertanto dedotto che eventuali elementi sopravvenuti nel corso della procedura, ed idonei ad incidere sulla realizzabilità in concreto del piano, tanto sotto il profilo giuridico, quanto economico, non potessero essere valutati dal Tribunale, affinché quest'ultimo aprisse d'ufficio il procedimento di revoca. Inoltre, a supporto di tale orientamento, si aggiungeva che, l'obbligo del commissario giudiziale, previsto dal vecchio art. 179, comma 2, legge fallim., di comunicare ai creditori, il mutamento, dopo l'approvazione della proposta di concordato, delle condizioni di «fattibilità», rappresentasse un ulteriore argomento «testuale» per restringere,

³⁶¹ Cfr. art. 106, del CCII, a mente del quale: «Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale provvede ai sensi dell'articolo 49, comma 2, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale.

Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando il debitore compie atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88.

All'esito del procedimento, il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, apre la procedura di liquidazione giudiziale dei beni del debitore».

nella fase successiva all'ammissione, le maglie del sindacato giudiziario in merito al requisito che qui ci occupa³⁶².

Invero, ad avviso di chi scrive, il previgente art. 173, comma 3, legge fallim., si riferiva testualmente alla «mancanza», originaria, ovvero sopravvenuta, di una condizione di ammissibilità; invece, l'art. 179, comma 2, legge fallim., disciplinava la fattispecie diversa del «mutamento» delle condizioni di «fattibilità».

Pertanto, secondo un'interpretazione letterale dell'art. 179, comma 2, legge fallim., se ne deduceva, invero, che la comunicazione indirizzata ai creditori trovasse fondamento nel sopravvenuto cambiamento delle condizioni di «fattibilità», sulla base delle quali i creditori avevano valutato, in un momento anteriore, la convenienza della proposta di concordato. Ebbene, tale disposizione non si riferiva all'ipotesi in cui i fatti sopravvenuti determinassero la mancanza, *sic et simpliciter*, dell'attuabilità del concordato nei termini programmati, ma semplicemente una variazione degli elementi di giudizio valutati in fase di adunanza, e ritenuti decisivi per l'approvazione della proposta³⁶³.

Tale interpretazione trova oggi conferma nelle disposizioni del nuovo «Codice della crisi». Al di là dell'espressa attribuzione al Tribunale del potere di verifica sulla «fattibilità», l'attuale formulazione dell'art. 106 del «Codice della crisi», in tema di revoca della procedura, ricomprende la «fattibilità» tra le condizioni di ammissibilità la cui mancanza determina, appunto, l'arresto della procedura: infatti, «se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88», il giudice revoca la procedura di ammissione³⁶⁴.

Inoltre, l'art. 110, comma 3, del «Codice della crisi» continua a disciplinare l'obbligo del commissario giudiziale di comunicare ai creditori il verificarsi del

³⁶² Con la dovuta precisazione che il sub-procedimento previsto dal vecchio art. 173, legge fallim., poteva essere instaurato fino al decreto di omologazione: cfr. G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA – L. PANZANI, vol. 3, Milano, 2009, p. 1693.

³⁶³ Sembra agevole dedurre che la *ratio* della comunicazione ai creditori votanti andasse rintracciata nella tutela del diritto di costoro all'esaustività e correttezza dell'informazione.

³⁶⁴ Cfr. art. 106 del CCII.

mutamento delle condizioni di «fattibilità»: e ciò conferma, indirettamente, la lettura dell'art. 179, comma 2, legge fallim., che qui si è prospettata.

Orbene, considerando che la mancanza di «fattibilità» comporta la revoca dell'ammissione della procedura, ai sensi dell'art. 106, comma 2, del CCII, bisogna chiedersi quali sono i presupposti che, in tale circostanza, legittimano il giudice ad emettere il provvedimento di revoca. Possono venire in rilievo due ipotesi.

La prima riguarda l'acquisizione di elementi nuovi, ovvero fatti sopravvenuti³⁶⁵, tali da incidere sulla persistente valutazione di «fattibilità»: il Tribunale alla luce delle nuove risultanze, anche in seguito ai rilievi del commissario giudiziale, apre d'ufficio il sub-procedimento di revoca, *ex art.* 106, comma 2, del CCII, in cui dovrà valutare l'impatto di tali elementi sulla realizzabilità del piano³⁶⁶.

Più problematica si presenta la seconda questione: ci si chiede se il Tribunale, in sede di revoca, possa valutare diversamente, ai fini del giudizio di «fattibilità», elementi già vagliati in sede preliminare. Sul punto, mette conto osservare che il provvedimento di apertura non ha alcun effetto preclusivo, ovvero di giudicato, sulle precedenti statuizioni del giudice; pertanto, non è vincolante la primigenia valutazione di ammissibilità effettuata in sede preliminare³⁶⁷; inoltre, ed è questo il motivo principale, nel corso della procedura il materiale di cui dispone il giudice

³⁶⁵ Cfr. App. Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, p. 338 ss., con nota di M. MONTANARI, *Questioni in tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo*. In particolare, secondo i giudici salernitani, il potere di revoca del Tribunale ai sensi dell'art. 173, comma 3, legge fallim., avrebbe trovato ostacolo nella rivalutazione delle condizioni di ammissibilità già positivamente deliberate in sede preliminare; infatti, nel provvedimento si leggeva che: «La necessità che ci si riferisca solo a motivi sopravvenuti lo si desume, dunque, oltre che dalla già evidenziata struttura plurifasica della procedura, quindi, per ragioni afferenti la stessa coerenza interna al sistema, anche, dal più generale principio di economicità e di affidamento processuale del proponente, a non vedere più rimeditati e ridiscussi, in carenza di sopravvenienze, gli intangibili esiti della precedente fase».

³⁶⁶ Cfr. Trib. Latina, 18 ottobre 2012, *cit.*

³⁶⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*; Cass. civ., 16 settembre 2011, n. 18987, *cit.*; Cass. civ., 25 gennaio 2007, n. 1655, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2033, con nota di A. DIDONE, *Note minime sull'art. 173, legge fallim.*; in dottrina, v. L. PICA, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 1137 ss.; G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta, in Fallimento e altre procedure concorsuali*, *cit.*, p. 1618 ss.; *contra*, G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione*, *cit.*, p. 1696; U. DE CRESCIENZO, *Sub art. 173 legge fallim.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, Bologna, 2007, p. 2472 ss.

è arricchito dalla relazione³⁶⁸ e dagli accertamenti svolti dal commissario giudiziale, nonché, eventualmente dalle informazioni dei creditori. Ciò consente ed autorizza il giudice a valutare diversamente elementi di fatto o di diritto precedentemente oggetto di giudizio sulla «fattibilità»³⁶⁹.

Si ritiene che tale «ripensamento» debba giustificarsi sulla base di una documentazione più consistente, rispetto alla fase iniziale³⁷⁰.

Infatti, a seguito delle ulteriori indagini svolte dal commissario giudiziale potrebbero emergere, come insegna l'evidenza empirica, elementi che dimostrino una diversa consistenza della situazione economico-patrimoniale del debitore, ovvero, una «sopravvalutazione dell'attivo o sottovalutazione del passivo», inficiando, così, il giudizio sulla prognosi di realizzabilità, *rectius* «fattibilità»³⁷¹.

Tali ipotesi, non infrequenti, comprese altre rilevanti omissioni informative a seconda del caso concreto, pongono un'ulteriore questione: l'art. 106, del CCII, sanziona con la revoca della procedura quei comportamenti del debitore riconducibili alla fattispecie degli «atti di frode», così come in passato l'art. 173, comma 1, legge fallim.

In particolare, vengono colpiti quegli atti, ovvero omissioni, tipici e atipici, posti in essere in epoca anteriore al deposito dell'istanza di apertura della procedura, e «scoperti» solo successivamente dal commissario giudiziale³⁷²:

³⁶⁸ Sebbene oggi la nomina del commissario giudiziale sia obbligatoria fin dalla fase eventuale di concordato in bianco; pertanto, già da tale momento, il Tribunale può avvalersi delle indagini, seppur necessariamente superficiali, svolte dal pre-commissario.

³⁶⁹ In particolare: cfr. Trib. Como, 3 novembre 2015, reperibile su www.ilcaso.it, secondo cui: «Tanto la valutazione di fattibilità giuridica tanto economica fatta in sede preliminare deve tener conto dell'intrinseca mutevolezza dei molteplici fattori che incidono sulla proposta di concordato, con la conseguenza che non è mai precluso al Tribunale, nell'esercizio del suo potere di vigilanza, nel corso delle varie fasi processuali, rivalutare i presupposti di ammissione della procedura».

³⁷⁰ Cfr. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. JORIO - B. SASSANI, vol. 4, Milano, 2014, p. 265 ss.

³⁷¹ Cfr. Cass. civ., 15 settembre 2011, n. 18864, *cit.* Ad avviso della Suprema Corte, infatti, tali ipotesi incidono sul giudizio di realizzabilità del concordato, venendo in rilievo «una radicale e manifesta inadeguatezza del piano».

³⁷² Cfr. Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, *cit.* Secondo i giudici di legittimità, è rilevante ai fini della decettività del comportamento del debitore non solo l'ipotesi «dell'omessa menzione del fatto nella sua materialità», bensì anche «una sua non adeguata esposizione, in ragione dell'interesse pubblicistico di realizzare la tutela dei soggetti potenzialmente non aderenti alla proposta, in considerazione della radicale non affidabilità del loro debitore che costituisce un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura». Di recente, v. Trib.

ovvero, quando «il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode». Il commissario, infatti, deve riferirne immediatamente al Tribunale, il quale provvede ai sensi dell'articolo 49, comma 2, del CCII, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori».

Pertanto, bisogna chiedersi se è prospettabile un'eventuale sovrapposizione di giudizio in merito ai summenzionati «atti di frode» con altre situazioni, di fatto o di diritto, emerse dopo l'apertura della procedura e tali da incidere sulla persistenza del presupposto di «fattibilità»: se, insomma, gli atti fraudolenti compiuti dal debitore possano rientrare anche nel vaglio di «fattibilità», restandone così assorbiti.

Non è nostra intenzione affrontare le più vaste problematiche attinenti alla complessa fattispecie degli «atti di frode»³⁷³, tuttavia, si vuole, piuttosto,

Padova, 12 novembre 2015, reperibile su www.ilcaso.it, a mente del quale, la «scoperta» da parte del commissario giudiziale va riferita non solo all'atto «materialmente ignoto, ma anche all'atto non adeguatamente e compiutamente esposto in sede di proposta». Pertanto, se ne deduce che non è sufficiente che la condotta fraudolenta risulti, in particolare, dalle scritture contabili depositate dal debitore, ma tale condotta, astrattamente riconducibile alla fattispecie degli «atti di frode», deve essere ben esplicitata nella proposta.

³⁷³ Sul punto, tra i molti, G. GRACI, *La revoca del concordato preventivo: verifica in concreto della natura fraudolenta degli atti non autorizzati*, nota a Cass. civ., 19 febbraio 2016, n. 3324, in *Dir. fall.*, 2017, II, p. 934 ss.; F. DE SANTIS, *Procedimento di revoca del concordato preventivo e pagamenti non autorizzati di debiti concordatari*, nota a Cass. civ., 19 febbraio 2016, n. 3324, in *Fall.*, 2016, p. 792 ss.; G. LA CROCE, *La «confessio» salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco particolare, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, nota a Cass. civ., 26 giugno 2014, n. 14552, in *Fall.*, 2014, p. 300 ss.; F. CASA, *Gli «atti di frode» e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo. L'architettura dell'art. 173 legge fallim. nella lettura della Corte di cassazione: fratture, ricomposizioni, rimedi*, nota a App. Milano, 10 gennaio 2014, in *Fall.*, 2015, p. 317 ss.; A. M. PATTI, *«Atti di frode» e revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, nota a Cass. civ., 26 giugno 2014, n. 14552 e Cass. civ. 4 giugno 2014, n. 12533, in *Riv. dir. soc.*, 2015, II, p. 848 ss.; G. CIERVO, *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art 173 legge fallim. secondo le Sezioni Unite*, nota a Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. comm.*, 2013, p. 621 ss.; A. PENTA, *La sottile linea di demarcazione tra le valutazioni di convenienza del ceto creditorio ed il giudizio di fattibilità del Tribunale*, nota a Trib. Mantova 12 luglio 2012, in *Fall.*, 2013, p. 452 ss.; F. S. FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma legge fallim. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, nota a Trib. Piacenza 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 1467 ss.; ID., *Sub art. 173 legge fallim.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, Padova, 2011, p. 1955 ss.; D. GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, p.730 ss.; P. LICCARDO, *Sub art. 173 legge fallim.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di M. SANDULLI – A. NIGRO – V. SANTORO, vol. 3, Torino, 2010, p. 2168 ss.; S. AMBROSINI, *Concordato preventivo, fattibilità del piano e atti di frode*, nota a Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, p. 933 ss.

rispondere alla prospettata questione. In via preliminare, risulta utile riportare quanto riferito dall'orientamento prevalente sull'esatta perimetrazione della fattispecie degli atti in frode ai creditori: si tratta di atti commissivi, ovvero omissivi, posti in essere dal debitore con la «consapevolezza del disvalore giuridico» degli stessi³⁷⁴, e, quindi, finalizzati a trarre in inganno i creditori sulla reale consistenza del patrimonio, ovvero dell'attivo e del passivo, del ricorrente, influenzando, in tal modo, il giudizio dei votanti in merito alla convenienza della proposta³⁷⁵. Si tratta, quindi, di atti idonei ad arrecare un pregiudizio al consenso informato dei creditori³⁷⁶.

³⁷⁴ Cfr. E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del «fallimento del contrattualismo concorsuale»*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 736.

³⁷⁵ Cfr. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 268 ss.; ID., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, reperibile in www.ilcaso.it, doc. n. 22 gennaio 2013, p. 9 ss.

³⁷⁶ Occorre, pertanto, precisare che la fattispecie qui in commento riguarda non qualsiasi atto distrattivo del patrimonio del debitore, ma solo quegli atti diretti a sottrarre informazioni rilevanti ai creditori per l'esercizio consapevole del loro diritto di voto: la *ratio* della disposizione, infatti, non coincide con la tutela della garanzia patrimoniale del ceto creditorio, che di conseguenza comporterebbe la «punizione» del debitore per aver commesso atti *latu sensu* di *mala gestio*; quanto, in via principale, del consenso informato di costoro: cfr., tra i molti, F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, cit., p. 268; E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale*, cit., p. 736 ss.; G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione*, cit., p. 1694 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, *cit.*; Cass. civ., 5 agosto 2011, n. 17038, in *Fall.*, 2011, p. 1161 ss.; per la giurisprudenza di merito, in particolare, v. App. Catania, 24 ottobre 2011, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 419, con nota di L. GALANTI, *Scritture contabili, dissimulazione dell'attivo e limiti al sindacato giudiziale nella revoca alla procedura di concordato preventivo*; Trib. Mondovì, 17 dicembre 2008, reperibile su www.ilcaso.it; Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 1464. In dottrina, in un'ottica più rigida, tesa a valorizzare anche quegli atti determinanti la causazione o aggravamento del dissesto, in particolare, v. A. TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173, legge fallim., nel concordato preventivo: la Cassazione e il «cigno nero»*, nota a Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Giur. it.*, 2012, p. 94 ss.; U. DE CRESCIENZO, *Sub art. 173 legge fallim.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 2456 ss.; F. S. FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma legge fallim. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, cit., p. 1464 ss.; M. VITIELLO, *L'omologazione del concordato*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, a cura di S. AMBROSINI – P. G. DEMARCHI – M. VITIELLO, Bologna, 2009, p. 184 ss.; per la giurisprudenza di merito, v. App. Cagliari, 22 febbraio 2011, *inedita*; Trib. Milano, 28 aprile 2011, reperibile su www.dejure.it; Trib. Cagliari, 12 marzo 2009, reperibile su www.ilcaso.it; Trib. Milano, 20 luglio 2007, in *Dir. fall.*, II, p. 451 ss. Infatti, secondo tale orientamento, la disposizione qui in commento sarebbe, altresì, volta a tutelare anche gli interessi pubblicistici, immanenti alla procedura di concordato preventivo, pertanto, per quegli atti fraudolenti anteriori alla presentazione della domanda, la *disclosure* del debitore deve essere piena fin dal principio, e ciò anche in presenza di un concordato in bianco. Occorre osservare, allora, ad avviso di tale interpretazione, che in ragione delle finalità del concordato preventivo non limitate alla tutela del consenso informato dei creditori, il debitore non ha la possibilità di «sanare» tardivamente tale omissione, ovvero l'esplicitazione di condotte fraudolenti; né può aspettare che le stesse vengano esposte solo successivamente ai creditori da parte del commissario giudiziale. In particolare, sulla valenza

In particolare, gli atti di cui all'art. 106, comma 1, legge fallim., devono avere «un indubbio legame con la presentazione della domanda»³⁷⁷: pertanto, il comportamento fraudolento del debitore va letto in connessione con l'attivazione della procedura³⁷⁸, caratterizzandone, così, la natura decettiva dell'atto.

Orbene, deve dedursene che l'accertamento degli elementi strutturali della fattispecie degli «atti di frode» ha una propria autonomia in sede di revoca³⁷⁹, tale da non interferire con il diverso controllo sulla persistenza della «fattibilità» del piano³⁸⁰: pertanto, non ha senso chiedersi se la scoperta di tali atti possa incidere sulla «fattibilità» del piano, infatti, indipendentemente da ciò, si avrà il provvedimento di revoca; e, quindi, pur potendo tale «scoperta» condizionare il giudizio sulla prognosi di realizzabilità degli obiettivi del piano.

sanante della *disclosure* del debitore all'atto della presentazione della domanda: cfr. Cass. civ., 26 giugno 2014, n. 14552, *cit.*; Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, *cit.* Invece, si esprime con posizioni critiche su tale aspetto, sottolineando, tra l'altro, un'incompatibilità logica tra la «confessione» del ricorrente, e l'avvenuto compimento dell'atto fraudolento: cfr. G. LA CROCE, *La «confessio» salvifica*, *cit.*, p. 309 ss.

³⁷⁷ F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, *cit.*, p. 268.

³⁷⁸ Cfr. Trib. Bari, 7 aprile 2010, in *Fall.*, 2010, p. 999 ss.

³⁷⁹ Cfr. Cass. civ., 26 giugno 2014, *cit.* In particolare, il Giudice di legittimità evidenzia che «il legislatore ricollega immediatamente alla scoperta degli «atti in frode» il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato (...). Inoltre, ha evidenziato che «la radicale non affidabilità del debitore medesimo», derivante dalla scoperta degli atti fraudolenti ai creditori, determina «un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura».

³⁸⁰ Peraltro, una parte della dottrina aveva ritenuto che «la sottrazione o la dissimulazione (o occultamento) di una quota dell'attivo, così come le altre fattispecie tipiche indicate nel primo comma del previgente art. 173, legge fallim., e ora 106, del CCII, confliggendo evidentemente con la «veridicità dei dati aziendali», potevano rilevare anche sotto il profilo della mancanza delle «condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, che costituisce un'autonoma causa di revoca»: cfr. F.P. CENSONI, *La revoca del concordato preventivo*, *cit.*, p. 269 ss. Invero, anche qualora le fattispecie summenzionate vengano contemporaneamente in rilievo ai fini del giudizio di «veridicità» dei dati aziendali, in quanto è stata alterata la reale situazione economico-finanziaria del debitore, va osservato che, essendo quest'ultimo un presupposto logico del successivo giudizio sulla «fattibilità», se ne dovrebbe dedurre un'influenza consequenziale ed inevitabile sulla valutazione di «fattibilità». Ma come risulta dalle considerazioni svolte, è opportuno distinguere tra atti fraudolenti, e atti che, invece, potrebbero incidere sul giudizio di «veridicità degli atti aziendali» e, dunque, sulla «fattibilità» del piano, in quanto: se il Tribunale accerta la natura decettiva degli atti *ex* art. 106, del CCII, dovrà necessariamente revocare l'ammissione per l'indubbia rilevanza sistematica degli «atti di frode», mentre in caso contrario, come si è visto, il Tribunale, ai sensi dell'art. 106, comma 2, del «Codice della crisi», revocherà l'ammissione per l'assenza delle «condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli articoli da 84 a 88» del CCII.

Il Tribunale deve revocare l'ammissione al concordato per la presenza di un «atto di frode», escludendo che l'indagine sulla persistenza della «fattibilità» possa assorbire quella diversa ed autonoma di atto in frode ai creditori.

Tuttavia, ciò non esclude che, malgrado la mancanza dei caratteri essenziali degli «atti di frode», qui riportati, condotte di «natura prevalentemente valutativa»³⁸¹, ovvero di «fatti passibili di differenti e legittime valutazioni»³⁸², e, quindi, esposti e resi noti dal debitore, possano disvelare la loro attitudine sulla prognosi di verosimiglianza degli obiettivi programmati³⁸³; come potrebbe essere il caso di divergenze tra i valori indicati nelle perizie allegate dallo stesso debitore al ricorso, e quelli emersi successivamente, anche tramite l'attività ricognitiva e valutativa del commissario giudiziale.

Alla luce di quanto appena detto, mentre in passato, nel contesto del diritto fallimentare ante riforma, si negava l'accesso alla verifica sulla «fattibilità economica» del concordato in tutte le fasi, compresa quella di revoca, la giurisprudenza³⁸⁴ ha, così, ritenuto che situazioni di «sottovalutazione o sopravvalutazione dell'attivo o del passivo»³⁸⁵ non integrassero «atti di frode»³⁸⁶, quanto, piuttosto, ipotesi influenti sulla realizzabilità della percentuale di

³⁸¹ Così G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione*, p. 1691 ss.

³⁸² Cfr. P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo* p. 269.

³⁸³ In dottrina, in particolare, v. G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 893. In giurisprudenza, v. Trib. Cagliari, 7 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 709 ss., con nota di F. NIEDDU ARRICA, *Il sindacato del Tribunale in sede di revoca dell'ammissione a concordato preventivo*, secondo cui la sopravvalutazione o la non corretta contabilizzazione dei crediti, non integrano «atti di frode», tali da giustificare la revoca, ma incidono sulla realizzabilità della proposta concordataria.

³⁸⁴ In particolare, v. Trib. Torino, 6 marzo 2006, *inedita*; Trib. Cagliari, 7 febbraio 2013, *cit.* Di recente, v. App. Venezia, 18 aprile 2016, reperibile su www.ilcaso.it, che in merito alla sottovalutazione di cespiti patrimoniali, ha ritenuto che può parlarsi di «atto di frode», solo se il ricorrente ha omesso dolosamente la sussistenza di un potenziale credito, diversamente, non viene in rilievo la fattispecie fraudolenta se costui lo abbia indicato nel piano, ma sottovalutato.

³⁸⁵ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e accordi di ristrutturazione*, cit., p. 80. Evidenziando, altresì, la mancanza dell'elemento della «scoperta» da parte del commissario giudiziale.

³⁸⁶ Invero, una parte della dottrina è dell'avviso che anche l'ipotesi della sottovalutazione, ovvero della sopravvalutazione di elementi del passivo o dell'attivo integri un «atto di frode»: cfr. A. TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità*, cit., p. 94.; U. DE CRESCIENZO, *Sub art. 173 legge fallim.*, cit., p. 2456 ss.

soddisfacimento dei creditori, pertanto sottratte al sindacato giudiziario³⁸⁷, non venendo in rilievo, infatti, una condizione di ammissibilità.

Oggi, alla luce delle novità del «Codice della crisi», ne consegue, invece, che tali circostanze saranno oggetto del sindacato giudiziario ai fini della verifica sulla persistenza del presupposto di «fattibilità»³⁸⁸, con conseguenze diverse a seconda della natura liquidatoria, ovvero «in continuità» del concordato, per le ragioni che saranno esposte di qui a breve³⁸⁹.

³⁸⁷ Salvo che ciò non avesse comportato una «manifesta inettitudine» del piano a realizzare la «causa concreta» del concordato, circostanza, questa, che ne avrebbe determinato la revoca per assenza di «fattibilità giuridica»: cfr., in particolare, E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale*, cit., p. 738. In giurisprudenza, v. Trib. Como, 3 novembre 2015, *cit.*, a mente del quale: «l'esistenza di un credito può incidere sulla concreta realizzabilità della causa del concordato, quando impedisce una sia pur minima soddisfazione dei creditori».

³⁸⁸ Invero, in passato ci si è interrogati, tra l'altro, sulla valenza decettiva o meno ai sensi dell'art. 173, legge fallim., delle false comunicazioni sociali, *ex art.* 2621 c.c. In particolare, l'orientamento più restrittivo ha ritenuto opportuno distinguere tra quelle condotte di «fraudolenta esposizione dell'attivo o del passivo», per le quali soltanto potrebbe aversi la revoca della procedura, e le condotte di natura meramente valutativa: tale orientamento ha escluso un'automatica sovrapposizione tra gli «atti di frode» e le false comunicazioni sociali, ritenendo, in particolare, che le «falsità di carattere valutativo» non rientrassero nella fattispecie qui delineata degli atti di frode, anche in virtù della difficoltà di dimostrare il carattere necessariamente doloso delle stesse: cfr., tra gli altri, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e accordi di ristrutturazione*, cit., p. 80; G. FAUCEGLIA, *La revoca dell'ammissione*, cit., p. 1698 ss.

Su tale aspetto, occorre osservare, tra l'altro, che se da un lato l'art. 2621 c.c. ha escluso, dopo la modifica apportata con la l. 27 maggio 2015, n. 69, l'illiceità di qualsiasi processo valutativo, rilevante invece per l'originaria formulazione dell'art. 2621 c.c., le Sezioni Unite penali: cfr. Cass. pen., sez. un., 27 maggio 2016, n. 22474, reperibile in www.giurisprudenzapenale.com, hanno ritenuto che: «sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni». Le novità ricollegabili alla legge del 2015, sebbene temperate dalla giurisprudenza di legittimità, hanno in parte ridotto gli argomenti testuali fatti propri dalla tesi più rigorosa.

³⁸⁹ In particolare, qualora si tratti di un concordato liquidatorio, il Tribunale dovrà accertare e valutare se le condotte di natura prevalentemente valutativa abbiano o meno inciso sulla percentuale minima di ammissibilità.

CAPITOLO III

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DI «FATTIBILITA'» E SINGOLE FATTISPECIE DI CONCORDATO PREVENTIVO NEL «CODICE DELLA CRISI».

Sommario: 1. I poteri del Tribunale nella fase preliminare del concordato c.d. in bianco: tra fattibilità c.d. «strumentale» e fattibilità c.d. «tecnica». 1.1. *Segue*: La verifica di «fattibilità» in sede di autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione, *ex art.* 46, commi 1 e 2, del «Codice della crisi». 1.2. *Segue*: Arresto anticipato della procedura pre-concordataria e «fattibilità» nei nuovi poteri interdittivi del Tribunale ai sensi dell'art. 44, comma 2, del «Codice della crisi». 2. Controllo di «fattibilità» e concordato in continuità aziendale nel «Codice della crisi»: lineamenti generali. 2.1. *Segue*: La verifica della «fattibilità giuridica» nel concordato in continuità aziendale diretta: tra criterio della c.d. «prevalenza quantitativa» e assenza di «funzionalità» dei beni oggetto di liquidazione. 2.2. *Segue*: Il ruolo della stabilità del rapporto di lavoro sulla «fattibilità giuridica» del concordato in continuità aziendale diretta ed indiretta. 3. La «fattibilità economica» nel concordato in continuità aziendale diretta. 3.1. *Segue*: Il carattere vincolante della percentuale di pagamento offerta ai creditori chirografari nel concordato in continuità aziendale diretta alla luce del controllo sulla «fattibilità economica». 4. La «fattibilità economica» nelle ipotesi di continuità indiretta. 5. Il controllo di «fattibilità» nel «concordato liquidatorio»: tra continuità e discontinuità. 5.1. *Segue*: Dalla percentuale di pagamento del venti per cento all'apporto di «risorse esterne» ai sensi dell'art. 84, comma 4, del Codice della crisi» e riflessi sulla «fattibilità» del concordato. 6. La «fattibilità» della gestione concordataria della crisi del gruppo d'impresе alla luce delle novità del «Codice della crisi»: la legittimità dei trasferimenti di risorse infragruppo.

1. I poteri del Tribunale nella fase preliminare del concordato c.d. in bianco: tra fattibilità c.d. «strumentale» e fattibilità c.d. «tecnica».

Le considerazioni svolte sul concetto di «fattibilità», quale alla fine risulta ai sensi del «Codice della crisi» ci consentono ora di procedere all'esame più specifico di esso, con riferimento alle singole fattispecie di concordato preventivo, come disciplinate sempre dal «Codice della crisi».

Per prima cosa, è opportuno partire dal c.d. concordato «in bianco», uno strumento, così come si è detto per il classamento dei creditori volto a «garantire il buon esito del concordato»³⁹⁰, peculiare di cui dispone il debitore e anch'esso classificabile nell'ambito di una c.d. «fattibilità strumentale»³⁹¹, in quanto finalizzato a facilitare l'esito positivo del concordato³⁹² del «Codice della crisi».

La Sezione II intitolata «Procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza», disciplina, in particolare agli artt. 44³⁹³ e ss., l'accesso al concordato preventivo e al giudizio per l'omologazione

³⁹⁰ Così P. VELLA, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, cit., p. 35 ss.

³⁹¹ P. VELLA, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, cit., p. 35 ss.

³⁹² Il «Codice della crisi» conferma l'istituto del concordato c.d. «in bianco», già previsto dalla vecchia legge fallimentare all'art. 161, comma 6, legge fallim.: cfr. A. M. PERRINO, *Sub art. 161, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2017, p. 2051 ss.; A. AUDINO, *Sub art. 161, legge fallim.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, p. 1087 ss.; E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 316 ss.; M. FABIANI, *Vademecum per la domanda «prenotativa» di concordato preventivo*, reperibile su www.ilcaso.it.

³⁹³ Ai sensi dell'art. 44 del CCII: «Il Tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronuncia decreto con il quale:

a) se richiesto, fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore, in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni, entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti;

b) nel caso di domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Si applica l'articolo 49, comma 3, lettera f);

c) dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, sino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a). Con la medesima

degli accordi di ristrutturazione³⁹⁴. Orbene, nel leggere le nuove disposizioni, si evince che il legislatore ha confermato l'istituto del concordato c.d. «in bianco», peraltro con significative differenze rispetto alla precedente disciplina³⁹⁵.

In particolare, tali novità confermano in più punti la tesi della c.d. «fattibilità strumentale»: tanto nella configurazione dei poteri giudiziali nella fase iniziale della procedura pre-concordataria, quanto in quelli previsti per l'arresto del pre-concordato.

L'art. 44, del CCII, consente al debitore di presentare la domanda di accesso alla procedura di concordato e di chiedere l'assegnazione di un termine per il successivo deposito della proposta, del piano e dell'ulteriore documentazione. Perseguendo una logica di celerità della procedura, i termini per l'avanzamento della stessa sono stati drasticamente ridotti rispetto a quelli previsti dalla vecchia

periodicità, il debitore deposita una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere;

d) in caso di nomina del commissario giudiziale, ordina al debitore il versamento, entro un termine perentorio non superiore a dieci giorni, di una somma per le spese della procedura, nella misura necessaria fino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a);

e) ordina l'iscrizione immediata del provvedimento, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese.

Il Tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale o del pubblico ministero, con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che hanno proposto ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca il provvedimento di concessione dei termini quando accerta una delle situazioni di cui al comma 1, lettera b) o quando vi è stata grave violazione degli obblighi informativi di cui al comma 1, lettera c). Nello stesso modo il tribunale provvede in caso di violazione dell'obbligo di cui al comma 1, lettera d).

I termini di cui al comma 1, lettere a), c) e d) non sono soggetti a sospensione nel periodo feriale.

Nel caso di domanda di accesso al giudizio di omologazione di un accordo di ristrutturazione, la nomina del commissario giudiziale deve essere disposta in presenza di istanze per la apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Per le società, la domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti e la domanda di concordato preventivo devono essere approvate e sottoscritte a norma dell'articolo 265».

³⁹⁴ Cfr. M. TERENGI, «*Il procedimento unitario*» per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 12 giugno 2019, p. 1 ss.; F. DE SANTIS, *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2016, p. 1045 ss.

³⁹⁵ In particolare, v. E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, Milano, 2015, p. 40 ss.; M. ARATO, *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, p. 68 ss.; V. DONATIVI, *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1167 ss.; F. LAMANNA, *Il concordato senza piano - the so-called «concordato senza piano»*, in *NDS*, 2013, p. 59 ss.;

legge fallimentare³⁹⁶: infatti, presentata la domanda di accesso al concordato preventivo, il Tribunale assegna un termine «compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore, in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni», per il deposito dell'ulteriore documentazione.

L'art. 44, comma 1, del CCII, fissa la sequenza delle attività del Tribunale in presenza di una domanda di concordato preventivo, ovvero di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. In particolare, nel primo caso, il giudice dopo aver assegnato i succitati termini, «nomina»³⁹⁷ il commissario giudiziale, affinché quest'ultimo svolga tutte le attività che gli competono già nella fase di pre-concordato.

A ben guardare, sembrerebbe, ed il condizionale è inevitabile, che rispetto alla vecchia disciplina del concordato «in bianco», di cui all'art. 161, comma 6, legge fallim., vi sia un «obbligo» del debitore di «qualificare» la sua richiesta³⁹⁸: la domanda che attiva il «procedimento unitario per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza» non può più essere «generica». Depone in tal senso, in particolare, la collocazione topografica della domanda di pre-concordato, ovvero per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, in due commi diversi dell'art. 44, del CCII, configurando diversamente gli spazi operativi del Tribunale.

Infatti, se l'accesso attiene al concordato preventivo, il Tribunale nomina il commissario giudiziale, stabilendo, nel contempo, gli obblighi informativi in capo al debitore, così come erano già sanciti dall' art. 161, comma 9, legge fallim.

³⁹⁶ Com'è noto, in base alle previsioni contenute nell'art. 161, comma 6, legge fallim., il debitore poteva beneficiare di uno spazio temporale maggiore: il deposito della proposta, del piano e dell'ulteriore documentazione poteva avvenire entro un termine fissato dal giudice compreso tra sessanta e centoventi giorni.

³⁹⁷ La formulazione letterale della summenzionata disposizione induce a ritenere come «ineluttabile», e non più facoltativa, la nomina del pre-commissario nella fase di concordato c.d. in bianco.

³⁹⁸ Pertanto, le diverse qualificazioni coniate dalla dottrina, quali «concordato in bianco», «concordato con riserva», ovvero ancora «domanda al buio», dovrebbero essere messe da parte a fronte dell'unica e più appropriata di «domanda di pre-concordato».

Orbene, la *ratio* della nomina obbligatoria del pre-commissario³⁹⁹ si spiega alla luce delle rilevanti funzioni spettanti a costui, nonché dell'ampliamento del sindacato giudiziario sulla «fattibilità» del piano, come visto nel capitolo precedente della presente trattazione⁴⁰⁰. In questa fase preliminare, il commissario giudiziale dovrà sorvegliare l'attività del debitore; verificare l'eventuale compimento di atti di frode a danno dei creditori; accertare che il ricorrente stia attuando tutte le misure idonee per la predisposizione di un piano serio ed idoneo a superare la crisi e, quindi, valutarne la serietà: e, così, confermando la natura strumentale del pre-concordato.

Il successivo quarto comma dell'art. 44, del CCII, e, quindi in separata sede, disciplina, invece, i poteri del giudice in caso di domanda per il giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. A differenza di quanto era previsto nella legge fallimentare, anche in caso di domanda incompleta per

³⁹⁹ L'obbligo di nomina del pre-commissario non è smentito dall'infelice formulazione tanto dell'art. 47, comma 1, quanto dell'art. 46, comma 2, del «Codice della crisi», ovvero del ricorso alla locuzione «se nominato»: nel primo caso, si fa riferimento alla previa acquisizione del parere del commissario ai fini della valutazione dei presupposti di ammissibilità, in particolare in merito alla «fattibilità» del piano; mentre nel secondo, il parere è funzionale al rilascio dell'autorizzazione al compimento degli atti «urgenti» prima del decreto di ammissione alla procedura.

Orbene, ai sensi dell'art. 47, comma 1, del «Codice della crisi» la locuzione «se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b),» e riferito per l'appunto al commissario giudiziale, deve deporre nel senso che il Tribunale potrà decidere anche sulla base del parere del commissario solo qualora vi sia stata una precedente fase di pre-concordato, nella cui sede quest'ultimo è stato nominato. Tant'è che l'art. 47, comma 1, lett. b), statuisce che il Tribunale con il decreto di apertura: «nomina, ovvero conferma il commissario giudiziale». Pertanto, in assenza di una fase di pre-concordato, la designazione del commissario avverrà necessariamente con il decreto di apertura; in caso contrario, potrà semplicemente confermare la persona già incaricata in precedenza.

Invece, per quanto attiene alla previsione di cui all'art. 46, comma 2, del «Codice della crisi», anche qui la locuzione «se nominato», e pur sempre riferito al commissario giudiziale, potrebbe riferirsi sia alla fattispecie della domanda di pre-concordato, sia a quella di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti: ovvero, poiché in quest'ultimo caso la nomina resta subordinata alla pendenza dell'istanza di liquidazione giudiziale, il legislatore ha preferito l'utilizzo del condizionale. Orbene, alla luce di tale considerazione dovremmo leggere l'art. 46, comma 2, del CCII, come se dicesse che il Tribunale ai fini dell'autorizzazione al compimento di atti urgenti e straordinari nel pre-concordato, dovrà acquisire il parere del commissario giudiziale, già officiato dell'incarico al momento della fissazione del termine, *ex art.* 44, del CCII; mentre, per le summenzionate autorizzazioni in presenza di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, *ex art.* 44, comma 4, del «Codice della crisi» l'acquisizione del parere dipenderà dalla nomina o meno del commissario.

⁴⁰⁰ Infatti, ai sensi dell'art. 47, comma 1, del CCII, il Tribunale in sede di ammissione pronuncia sulla «fattibilità» del concordato dopo aver acquisito il parere del commissario, salvo non abbia già tutti gli elementi a tal fine necessari.

l'accesso agli accordi di ristrutturazione, può intervenire la nomina del pre-commissario; tuttavia, mentre nella prima stesura del «Codice della crisi» tale nomina era rimessa alla discrezionalità del Tribunale, nella versione definitiva, al contrario, il giudice «deve» nominare il commissario se pende un'istanza di liquidazione giudiziale.

Pertanto, alla luce di tali previsioni, si è portati a ritenere che il Tribunale debba dichiarare inammissibile la domanda, tanto se questa è generica, ovvero di semplice richiesta di accesso ad una qualsiasi procedura di regolazione della crisi, tanto nell'ipotesi in cui il debitore alla scadenza dei termini assegnati dovesse cambiare idea, e optare piuttosto per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, o viceversa. Infatti, in quest'ultimo caso, ovvero quando il debitore richiede inizialmente l'accesso al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e successivamente cambi idea, ne discenderebbe l'elusione della disposizione in commento che, invece, in caso di pre-concordato dispone obbligatoriamente la nomina del commissario giudiziale, a prescindere dalla presenza di una domanda di liquidazione giudiziale.

In tal modo, il debitore mostrerebbe chiaramente l'intenzione di «sottrarsi» alla vigilanza del pre-commissario, la cui attività di controllo, tra l'altro, potrebbe condurre alla dichiarazione di inammissibilità della domanda *ex art. 44, comma 2, del CCII*, se dovesse risultare che il debitore non stia compiendo attività idonee e funzionali all'elaborazione di un piano che abbia delle verosimili possibilità di essere attuato.

L'esigenza di favorire, già in sede eventuale di pre-concordato, solo iniziative serie, si evince, tra l'altro, dall'ampliamento della documentazione⁴⁰¹ oggetto di deposito da parte del debitore⁴⁰². Infatti, deve ancora aggiungersi che, dal combinato disposto degli artt. 39 e 44, del CCII, in presenza di una qualsiasi

⁴⁰¹ L'art. 161, comma 6, legge fallim., prevedeva, invece, una documentazione alquanto scarna: ovvero il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti: cfr. E. STAUNOVO POLACCO, *Il concordato con riserva*, cit., p. 44.

⁴⁰² Invero, l'art. 44 del CCII non esplicita la documentazione contabile che il debitore deve depositare nell'avanzare la richiesta di assegnazione del termine per il deposito della proposta e del piano; come, invece, prevedeva l'art. 161, comma 6, legge fallim.

domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza è onere del debitore depositare «le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (...)»⁴⁰³.

La scelta del legislatore di uniformare la documentazione contabile e fiscale, sia nell'accesso al pre-concordato, sia in presenza di una domanda già completa di proposta e piano, depone indubbiamente a favore di un controllo più invasivo del Tribunale già in questa fase, prevenendo domande manifestamente infondate.

Orbene, in questa fase eventuale di pre-concordato non si presentano particolari difficoltà di controllo del Tribunale, a meno che non ricorrano, come si vedrà da qui a breve, le condizioni per l'arresto anticipato della procedura⁴⁰⁴.

Invero, l'approccio del «Codice della crisi», come si evince fino ad ora, è volto fin dall'inizio a verificare le «buone intenzioni» del debitore. Tale esigenza, in passato, era stata particolarmente avvertita da certa giurisprudenza di merito, che a tal fine aveva allargato le maglie del sindacato giudiziario al fine precipuo di verificare fin da subito la «serietà» dell'iniziativa del ricorrente, con l'obiettivo di limitare un uso distorto dell'istituto qui in commento⁴⁰⁵. A tal riguardo, non sono mancati tentativi della stessa giurisprudenza⁴⁰⁶ volti a configurare un sindacato particolarmente invasivo da condurre nell'ambito dell'istruttoria pre-concordataria, ovvero nella fase antecedente la fissazione del termine per il deposito della domanda, e tale da richiedere l'esposizione, da parte del debitore, di una serie di elementi da cui potesse dipendere in concreto la «fattibilità» del

⁴⁰³ Cfr. art. 39 del CCII: «(...)Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'ideonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi».

⁴⁰⁴ Controllo, questo, che alla luce della vecchia legge fallimentare era senza dubbio di «mera regolarità»

⁴⁰⁵ In particolare, v. Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, su *www.ilcaso.it*; Trib. Roma, 14 novembre 2012, *ivi*; Trib. Siena, 23 ottobre 2012, *ivi*; Trib. Ancona, 15 ottobre 2012, *ivi*; Trib. Perugia, 4 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 73 ss., con nota di P. VELLA, *L'ammissione al concordato preventivo «con riserva»*.

⁴⁰⁶ Trib. Tortona, 8 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 80 ss.

futuro piano di concordato preventivo⁴⁰⁷. Soluzione, quest'ultima, che tuttavia fu respinta dalla successiva giurisprudenza⁴⁰⁸.

Il «Codice della crisi» recepisce le istanze del summenzionato orientamento giurisprudenziale, ovvero di verificare fin da subito la reale volontà del debitore, offrendo al ricorrente un certo lasso di tempo, seppur ridotto rispetto al passato, per delineare il proprio percorso di uscita dalla crisi dell'impresa al riparo dalle azioni individuali ed esecutive dei creditori, così come prevedeva la legge fallimentare.

Nel recepire tali istanze, il «Codice della crisi» accorda al debitore non più una fiducia diremmo «al buio», ma quest'ultimo deve già dimostrare di avere quasi tutte «le carte in regola»; deve, così, «conquistarsi la fiducia» del Tribunale. Tuttavia, il legislatore non si spinge fino al punto di chiedere al debitore un'anticipazione del contenuto del piano.

In conclusione, in questa fase non è possibile attribuire al Tribunale una verifica di «fattibilità» c.d. «tecnica», a causa dell'assenza del presupposto fondamentale, ovvero del piano concordatario su cui si possa svolgere tale giudizio; così come non lo era nel vecchio concordato preventivo «in bianco»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Cfr. Trib. Tortona, 8 ottobre 2012, *cit.*, a mente del quale: «In tema di concordato preventivo con riserva, il Tribunale, ancor prima di fissare il termine richiesto per il deposito di proposta, piano e documentazione, deve valutare l'astratta ammissibilità dell'annunciata domanda definitiva, attraverso una delibazione sul *fumus* della non strumentalità del ricorso». Pertanto, ad avviso di tale orientamento, il debitore avrebbe dovuto indicare, già in tale fase, la percentuale approssimativa di pagamento che intendeva riconoscere ai creditori chirografari; la presenza di eventuali impegni negoziali con i terzi da cui dipendesse la prognosi di «fattibilità»; nonché l'eventuale classamento dei creditori.

⁴⁰⁸ Le motivazioni erano chiare: si trattava, infatti, di un'interpretazione, quella dell'orientamento minoritario, che urtava contro il dato letterale dell'art. 161, commi 2 e 3, legge fallim., che espressamente rimandava il deposito della proposta, del piano e della documentazione, di cui all'art. 161, commi 1 e 2, legge fallim., ad un momento successivo. Nonché contro le ragioni pratiche e teleologiche del «concordato in bianco»: il legislatore, infatti, ha voluto con tale strumento incentivare il ricorso alla soluzione concordataria della crisi d'impresa, consentendo al ricorrente di avere un certo lasso di tempo per delineare il proprio percorso di uscita dalla crisi «in maniera serena», e usufruendo già dell'*automatic stay*. In particolare, per le similitudini tra l'istituto del concordato c.d. «con riserva» e la disciplina dell'*automatic stay* del *Chapter 11*, v. E. CECCHERINI, *Il concordato preventivo con prenotazione*, *cit.*, p. 316 ss.

⁴⁰⁹ Sul punto, in giurisprudenza, v. Trib. Modena, 22 ottobre 2012, su *www.ilcaso.it*, che aveva negato l'autorizzazione prevista dall'art. 182-*quinquies*, comma 4, legge fallim., in sede di pre-concordato, per l'impossibilità da parte del professionista di rendere l'attestazione di «funzionalità» a causa dell'inesistenza del piano.

Per tali motivi, ripetesi, è lecito riferirsi al pre-concordato, ovvero al c.d. «concordato in bianco», come uno degli strumenti di «fattibilità strumentale, ovvero procedurale»⁴¹⁰, delineato dal legislatore per facilitare la realizzazione ed esecuzione del piano concordatario, il cui «contenuto argomentativo»⁴¹¹ è ancora *in itinere*.

⁴¹⁰ In questo senso, già P. VELLA, *Lo spettro della fattibilità*, cit., p. 35 ss.

⁴¹¹ Cfr. M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, (art. 2221 c.c.), cit., p. 289.

1.1. Segue: La verifica di «fattibilità» in sede di autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione, ex art. 46, commi 1 e 2, del «Codice della crisi».

È possibile individuare talune peculiari situazioni che autorizzano un sindacato più penetrante del Tribunale, dove la linea di confine tra una verifica di «fattibilità c.d. strumentale», da un lato, e quella di «fattibilità tecnica», dall'altro, diventa più labile.

Ci riferiamo, in particolare, a quei controlli che spettano al Tribunale in presenza di autorizzazioni del debitore al compimento di atti «urgenti di straordinaria amministrazione», ex art. 46, commi 1 e 2, del CCII: in tal caso, il ricorrente deve fornire al Tribunale «idonee informazioni sul contenuto del piano o sulle trattative in corso». Infatti, con il deposito della domanda di pre-concordato il debitore continua a gestire l'impresa, seppur limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione; si richiede, invece, una specifica autorizzazione del Tribunale per gli atti «urgenti»⁴¹² eccedenti la gestione ordinaria dell'impresa, e segnatamente, secondo l'orientamento prevalente, per «quelli idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza e compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determinano la riduzione, ovvero lo aggravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi»⁴¹³.

Ebbene, in passato la legge fallimentare non prevedeva l'obbligo di *disclosure*, pertanto in mancanza della proposta e del piano, la giurisprudenza⁴¹⁴

⁴¹² Sui presupposti dell'«urgenza», in dottrina, v. M. FERRO – R. D'AMORA – M. FABIANI, *Il concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione, in Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di M. FERRO- P. BASTIA – G. M. NONNO, Milano, 2013, p. 111 ss., che lo ravvisa nella particolare «utilità» derivante dall'immediatezza del compimento dell'atto autorizzando, che verrebbe invece compromessa se l'operazione venisse realizzata solo dopo l'ammissione alla procedura.

⁴¹³ Cfr. Cass. civ., 2 ottobre 2005, n. 20291, in *www.ilcaso.it*.

⁴¹⁴ Cfr. Trib. Monza, 16 gennaio 2013, su *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 101 ss.; Trib. Ravenna, 24 dicembre 2012, *www.ilcaso.it*; Trib. Arezzo, 31 ottobre 2012, *ivi*; *contra*, Trib. Roma, 19 dicembre 2012, reperibile su *www.ilfallimentarista.it*, a mente del quale vi era la necessità di negare l'autorizzazione di operazioni straordinarie, nella misura in cui attraverso quest'ultime si autorizzava il Tribunale a svolgere un giudizio preventivo

prevalente ritenne opportuno che il debitore precisasse almeno in linea generica le linee guida dell'elaborando piano⁴¹⁵. L'esigenza di una *disclosure* anticipata nasceva, quindi, dalla necessità di far seguito alla richiesta del debitore di autorizzazione al compimento degli atti straordinari, espressamente prevista dall'art. 161, comma 7, legge fallim.⁴¹⁶.

Pertanto, il «Codice della crisi», consapevole che l'esercizio del potere autorizzatorio è reso particolarmente difficile in presenza di una domanda c.d. «al buio», ha modificato i presupposti richiesti per il rilascio di tali autorizzazioni, contemperando in tal modo l'autonomia riconosciuta al debitore, da cui dipende l'interesse dei creditori al «miglior soddisfacimento», con la necessità di prevenire domande meramente dilatorie della dichiarazione di fallimento.

L'obbligo di fornire «idonee informazioni sul contenuto del piano o sulle trattative in corso», ex art. 46, commi 1 e 2, del CCII, può declinarsi alla luce dei principi affermati dalla stessa giurisprudenza di merito⁴¹⁷ sotto il vigore della legge fallimentare: il debitore deve specificare la natura dell'atto da compiere; gli effetti

sulla «fattibilità» del piano, che, invece, era di competenza del solo attestatore. In dottrina, in particolare, v. L. PANZANI, *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, p. 566 ss. In particolare, l'A., in commento alle disposizioni contenute nella vecchia legge fallimentare, riteneva che la previsione del potere di autorizzare gli atti urgenti di natura straordinaria, come anche lo scioglimento dai contratti pendenti, ovvero la stipulazione dei contratti di finanziamento ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, legge fallim., rappresentassero prova del controllo giudiziario di «fattibilità» nella fase di pre-concordato. Infatti, per tale A., le summenzionate regole rappresentavano «il banco di prova della maggiore o minore propensione del giudice ad esercitarne il controllo».

Si richiamavano, invece, ad un atteggiamento prudente nelle valutazioni in sede di pre-concordato: cfr. E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica «vaghezza», Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo*, in *Contratto e Impr.*, 2013, p. 330; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 673; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, p. 261; F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo «con riserva»*, in *Fall.*, 2013, p. 82 ss.

⁴¹⁵ Favorevole al rilascio delle succitate autorizzazioni anche in assenza del piano, in relazione alla vecchia disciplina del c.d. «concordato in bianco», in giurisprudenza, v. Trib. Torino, 3 gennaio 2013, reperibile su www.ilfallimentarista.it.

⁴¹⁶ Sebbene l'assenza del piano avrebbe potuto giustificare il dissenso del Tribunale al rilascio delle particolari autorizzazioni, di cui all'art. 161, comma 7, legge fallim., peraltro, tale conclusione sarebbe entrata in conflitto con lo stesso dato normativo, che espressamente riconosceva la suddetta facoltà al ricorrente.

⁴¹⁷ Cfr. Trib. Monza, 16 gennaio 2013, *cit.*; Trib. Mantova, 27 settembre 2012, *cit.*; Trib. Ravenna, 24 dicembre 2012, *cit.*, Trib. Arezzo, 31 ottobre 2012, *cit.*

dell'atto autorizzando rispetto al futuro piano di concordato, e, quindi, la sua compatibilità con quest'ultimo⁴¹⁸.

Possono, pertanto, essere condivise le conclusioni raggiunte in passato: il ricorrente dovrà dimostrare il carattere «urgente» dell'atto, in quanto a causa del mancato compimento di quest'ultimo verrebbero seriamente compromesse le possibilità di soddisfacimento dei creditori; ovvero l'operazione da compiere, salvo che ciò rechi un pregiudizio ai creditori, potrebbe non essere più «utile» se rimandata in un secondo momento⁴¹⁹. Pertanto, il ricorrente è tenuto, seppur in maniera sintetica, ad illustrare la coerenza dell'operazione autorizzanda con i contenuti del futuro piano⁴²⁰, e, quindi, in linea generale, la rispondenza agli interessi della massa dell'atto da compiere.

Alla luce di tali considerazioni, infatti, è opportuno che il debitore arricchisca le informazioni sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa⁴²¹, che si aggiungono così agli obblighi informativi già sanciti per la gestione ordinaria pre-concordataria.

Viene in tal modo a delinarsi un'istruttoria particolarmente complessa del Tribunale, in grado di sconfinare fisiologicamente nel giudizio di «fattibilità tecnica» del piano, seppur in via approssimativa: nell'autorizzare gli atti «urgenti» eccedenti la gestione ordinaria, il Tribunale non può esimersi dal controllo sulla necessità ed opportunità di anticipare le operazioni autorizzande in questa fase, nella prospettiva di favorire la «fattibilità» del piano, i cui contenuti, per tale motivo, saranno anticipati dal debitore, seppur nelle sue linee essenziali.

Ne consegue che il giudice dovrà valutare, altresì, le conseguenze del suo rifiuto sulla «fattibilità» dell'elaborando piano⁴²², nella misura in cui si ritiene che gli atti da autorizzare costituiscono misure attuative dello stesso. In conclusione,

⁴¹⁸ A tal riguardo, v. Linee Guida del Tribunale di Milano – Plenum del 20.09.2012.

⁴¹⁹ Cfr. M. FERRO – R. D'AMORA – M. FABIANI, *Il concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione*, cit., p. 111 ss.

⁴²⁰ Avvalorando così l'opzione interpretativa di una necessaria domanda qualificata fin dall'inizio.

⁴²¹ P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 65.

⁴²² In questo senso, già P. F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 65.

tali poteri realizzano già in questa fase forme di intervento giudiziario piuttosto invasive⁴²³.

⁴²³ Sul punto, già P. BOSTICCO, *Dubbi e incertezze sull'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione nel nuovo pre-concordato*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, p. 5 ss. Tale A. aveva escluso che per tale via si introducesse una verifica sulla «fattibilità» del futuro piano, e ciò non solo perché essa era estranea al sindacato giudiziario, ma, in particolare, perché l'autorizzazione al compimento di atti straordinari involgeva, secondo tale dottrina, piuttosto «un'analisi limitata alla convenienza» dello stesso.

1.2. Segue: Arresto anticipato della procedura pre-concordataria e «fattibilità» nei nuovi poteri interdittivi del Tribunale ai sensi dell'art. 44, comma 2, del «Codice della crisi».

Come suaccennato, anche i poteri riconosciuti al Tribunale per l'arresto anticipato del pre-concordato evidenziano il carattere di c.d. «fattibilità strumentale» dello stesso.

Infatti, ai sensi dell'art. 44, comma 2, del CCII, ciò avverrà non solo se il debitore ha commesso un «atto di frode», ma anche quando mutano le condizioni ovvero la condotta di quest'ultimo, fino al punto di compromettere una soluzione efficace della crisi; nonché, in caso di «gravi» violazioni degli obblighi informativi.

Mentre la legge fallimentare sanzionava con la dichiarazione di inammissibilità il mero inadempimento degli «obblighi informativi»⁴²⁴, al contrario, ai sensi dell'art. 44, comma 2, del CCII, la stessa conseguenza discende da una valutazione circa la portata «grave» della summenzionata violazione: pertanto, il configurarsi di tale fattispecie è rimesso alla discrezionalità del Tribunale, lasciando al debitore ancora una *chance*.

La funzionalità dei poteri giudiziari in sede di pre-concordato, rispetto alla «fattibilità» del futuro piano, emerge, altresì, dal fatto che, in base all'art. 44, comma 2, del CCII, la «manifesta inidoneità» del debitore nella predisposizione del piano di concordato, non determina più la mera riduzione del termine inizialmente assegnato all'imprenditore per il deposito della proposta ed il piano⁴²⁵; quanto, al contrario, la cessazione della procedura, conseguente alla semplice constatazione di comportamenti del debitore «tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi».

La necessità di una «grave violazione» degli obblighi informativi ai fini della chiusura anticipata della procedura, a differenza della previsione prima contenuta nella legge fallimentare, scalfisce l'idea di un pre-concordato finalizzato alla tutela

⁴²⁴ Cfr. art. 161, comma 8, legge fallim.

⁴²⁵ Così come era previsto dall'art. 161, comma 8, legge fallim.

prioritaria dei creditori: nella misura in cui viene sminuita l'importanza del principio di informazione e di trasparenza, se ne potrebbe dedurre che il debitore non avvia il pre-concordato per accelerare il percorso di risoluzione della sua crisi, ottenendo poi la massimizzazione degli interessi dei creditori.

Il diritto d'informazione di costoro, infatti, soccombe rispetto all'opportunità di favorire la riuscita del concordato: ciò è evidente nella previsione *ex art. 44*, comma 2, del CCII, stante la cessazione della procedura a causa dell'accertamento di meri comportamenti del debitore inidonei ad assicurare una «soluzione efficace della crisi».

Le conclusioni così raggiunte, invero, ci consentono ulteriori riflessioni sistematiche: alla luce dello stato di crisi in cui versa il debitore, nonché considerando la conservazione del potere di gestione in capo allo stesso, la prosecuzione dell'attività in fase di pre-concordato, tanto in funzione di un «concordato in continuità aziendale», tanto di una soluzione meramente liquidatoria, si presta ad alcune considerazioni anche alla luce di una gestione ordinaria.

A tal riguardo, l'attività di vigilanza del pre-commissario, ora divenuta obbligatoria, pone un significativo argine ad una possibile gestione dell'attività non «virtuosa», che può, infatti, generare ulteriori perdite causando un decremento della garanzia patrimoniale. Pertanto, il commissario giudiziale potrebbe portare all'attenzione del Tribunale tali situazioni, al quale andrebbero, così, riconosciuti ulteriori margini di intervento: se si considerano le relazioni mensili sulla situazione finanziaria, le indagini compiute dal commissario giudiziale, il Tribunale dovrebbe poter ordinare la cessazione della prosecuzione dell'attività d'impresa, al fine di evitare che questa sia in danno alla massa dei creditori, nonché alle stesse probabilità di riuscita del piano.

Invero, se nella legge fallimentare questa conclusione poteva essere prospettata mediante un'applicazione analogica, nella fase di pre-concordato⁴²⁶,

⁴²⁶ Cfr. L. A. BOTTAI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria: dopo le riforme 2015 e 2016*, a cura di S. AMBROSINI – M. AIELLO, Bologna, 2017, p. 213-214.

dell'art. 186-*bis*, ultimo comma, legge fallim., in quanto tale comma disciplinava il potere del Tribunale di arrestare la procedura di concordato «con continuità aziendale», laddove l'esercizio «provvisorio» dell'attività d'impresa fosse apparso manifestamente dannoso⁴²⁷; tuttavia, come sarà esposto da qui a breve, il «Codice della crisi» non ha confermato tale potere in sede di concordato in continuità aziendale. Orbene, confinando per ora il discorso alla fase di pre-concordato, deve ritenersi che il Tribunale possa già in questa sede ordinare la cessazione dell'esercizio dell'attività dell'impresa, qualora fin da subito, ovvero nell'arco di tempo compreso tra trenta e sessanta giorni, emerga una continuità aziendale dannosa, e tale da inficiare, quindi, la «fattibilità» dell'elaborando piano.

Inoltre, nella misura in cui è lecito ammettere un esercizio provvisorio dell'impresa anche in caso di accesso ad un pre-concordato liquidatorio, se la temporanea prosecuzione sia funzionale ad un miglior realizzo dei beni da liquidare, è ragionevole dedurre un analogo potere del Tribunale. Invero, stante la necessità nel concordato liquidatorio, come si avrà modo di approfondire, di assicurare il pagamento dei creditori chirografari nella misura minima del venti per cento, ne discende che la prosecuzione dell'attività produttiva fino al deposito del piano, ovvero fino all'omologazione del concordato, ove non possa dirsi funzionale alla valorizzazione degli *assets* aziendali, incide sulle reali capacità del patrimonio del debitore di raggiungere la succitata percentuale; pertanto, in applicazione dei summenzionati principi, si potrebbe prospettare anche in tale fattispecie il potere del Tribunale di «arrestare» la temporanea prosecuzione dell'impresa.

In conclusione, può ragionevolmente affermarsi che, sebbene potesse parlarsi di fattibilità strumentale del concordato c.d. «in bianco» anche alla luce della precedente legge fallimentare, il nuovo «Codice della crisi» ha finito per accentuare tale peculiarità stante le ragioni testè esposte.

⁴²⁷ Pertanto, a prescindere dalle intenzioni del debitore sull'elaborando piano, che potrebbe consistere tanto in una soluzione di «continuità aziendale», quanto di mera liquidazione.

2. Controllo di «fattibilità» e concordato in continuità aziendale nel «Codice della crisi»: lineamenti generali.

L'approccio del nuovo «Codice della crisi» al concordato preventivo emerge chiaramente dalla disciplina che riserva alla «continuità aziendale»⁴²⁸: vi è, infatti, una spiccata sensibilità alla conservazione dei valori aziendali e al mantenimento dei livelli occupazionali, tale da ampliare il sindacato giudiziario su molteplici aspetti della disciplina concordataria.

Il *favor* per il concordato preventivo in continuità aziendale⁴²⁹ rispetto a quello liquidatorio emerge, in particolare, dal rinnovato quadro normativo degli strumenti di cui può oggi disporre il debitore. Si tratta, invero, di strumenti pensati in primo luogo per consentire e facilitare il mantenimento del complesso produttivo, e per tenere conto degli interessi dei creditori.

Il «Codice della crisi» recepisce gli approdi della legge fallimentare in merito all'opportunità, nonché esigenza, di preservare la continuità aziendale. A tal riguardo, riserva maggiore spazio alla continuità, tanto soggettiva, quanto oggettiva⁴³⁰. Il legislatore, infatti, ha accolto una nozione lata di continuità aziendale: nel rispetto del principio di atipicità della proposta concordataria, nonché di *favor* per la prosecuzione dell'attività dell'impresa in crisi⁴³¹, l'art. 84, comma 2, del CCII, comprende nel proprio perimetro applicativo sia la continuità c.d. «diretta», ovvero la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa in capo

⁴²⁸ Cfr. A. ZORZI, *Il concordato atipico nel Codice della Crisi, tra concordato con continuità aziendale e concordato liquidatorio*, in www.ilcaso.it, doc. n. 4 novembre 2019, p. 1 ss.

⁴²⁹ Si noti che il legislatore ha sostituito la locuzione «concordato con continuità aziendale» con quella di «concordato in continuità aziendale». Sul punto, in passato la dottrina si è espressa con particolare favore per l'uso della precedente dizione «concordato con continuità aziendale», sottolineando che la conservazione dei valori aziendali è perseguibile non solo con la prosecuzione diretta ma anche con quella indiretta: cfr. L. M. QUATTROCCHIO – R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it.

⁴³⁰ Cfr. V. MINERVINI, *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, cit., p. 271 ss.

⁴³¹ G. TERRANOVA, *Salvaguardia dei valori organizzativi e costi delle procedure concorsuali*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., p. 2797 ss.

all'attuale titolare, detta anche «pura»; sia quella «indiretta»⁴³², ovvero la prosecuzione dell'attività aziendale da parte di un terzo, estendendo, in tale ultima fattispecie, il proprio raggio d'azione anche a quelle ipotesi che in passato erano ricondotte con difficoltà alla figura della «continuità indiretta», e che si facevano più propriamente rientrare nel concordato liquidatorio⁴³³. Infatti, come più approfonditamente si esaminerà da qui a breve, lo spiccato «consenso normativo» per la conservazione del valore dell'azienda emerge chiaramente dall'art. 84, comma 2, del CCII, che oggi ricomprende nel perimetro della «continuità indiretta» la prosecuzione della gestione da parte di un terzo tramite usufrutto, ovvero contratto di affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, purchè funzionale alla presentazione del piano; e, quindi, in netta discontinuità con l'*ex art. 186-bis*, legge fallim.

Inoltre, la succitata disposizione si chiude con una formula di apertura verso fattispecie atipiche della continuità aziendale c.d. indiretta: la disciplina del concordato in continuità trova applicazione anche quando «la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore avviene» (...) a qualunque altro titolo».

Pertanto, può ritenersi senza alcuna remora come in passato, può ritenersi che le ipotesi elencate nell'ambito della «continuità indiretta» siano meramente esemplificative.

Diverse sono le disposizioni del «Codice della crisi» che incentivano la continuità aziendale, e che, quindi, possono ricondursi, ad avviso di chi scrive, nel perimetro della c.d. «fattibilità strumentale».

In particolare, il legislatore della riforma ha considerato «eccessivamente penalizzante»⁴³⁴ il vecchio art. 186-*bis*, comma 2, lett. c), che limitava ad un anno

⁴³² Cfr. M. ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 855 ss.

⁴³³ Cfr. G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fall.*, 2014, p. 671 ss.; S. AMBROSINI, *L'ammissione al concordato*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., vol. 4, p. 97 ss.; ID., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *www.ilcaso.it*, 2013, p. 1 ss.; M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in *Crisi d'impresa: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, p. 157 ss.

⁴³⁴ Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. 14 gennaio 2019, n. 12.

la moratoria per il pagamento dei crediti aventi privilegio⁴³⁵: pertanto, il nuovo art. 86, del CCII, ha esteso a due anni l'arco temporale, ponendosi nella scia di quelle disposizioni funzionali alla realizzazione del piano presentato dal debitore⁴³⁶. In tal modo, il debitore può, come in precedenza, trarre tanto il vantaggio di continuare ad usare i beni su cui insiste la prelazione⁴³⁷, quanto le risorse finanziarie che avrebbe destinato al pagamento dei suddetti creditori⁴³⁸. Tale *favor* viene, nel contempo, controbilanciato dall'attribuzione a tali creditori del diritto di voto limitatamente «alla differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato»⁴³⁹.

Per quanto concerne, poi, la disciplina dei rapporti pendenti alla data di deposito del ricorso di concordato preventivo, l'art. 97, comma 1, del CCII, chiarisce che l'autorizzazione del Tribunale è subordinata all'accertamento che la «prosecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione». Sebbene vi siano due opposti interessi, ovvero quello del contraente *in bonis* verso la prosecuzione del rapporto in corso alla data della domanda di concordato, e quello contrario del debitore, l'opzione del nuovo «Codice della crisi» è chiaramente orientata verso la tutela dell'interesse aziendale allo scioglimento o sospensione del contratto: infatti, al giudice è rimessa unicamente la valutazione della condizione di «coerenza» degli effetti ritraibili dalla suddetta autorizzazione, rispetto alle previsioni contenute nel piano concordatario. E tale presupposto può ritenersi soddisfatto quando il piano non contempli come strategico, oppure essenziale, il contratto di cui l'imprenditore chiede l'autorizzazione a porre fine. Inoltre, l'assenza di un equo temperamento degli

⁴³⁵ R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, p. 854 ss.

⁴³⁶ Naturalmente, qualora il piano preveda l'immediata liquidazione dei beni sui quali viene esercitato il privilegio, il debitore è obbligato all'istante pagamento dei creditori privilegiati. Pertanto, in questo caso nessuna moratoria è invocabile, con conseguente esclusione del diritto di voto di costoro.

⁴³⁷ F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2708.

⁴³⁸ F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *La legge fallimentare*, cit., p. 2708.

⁴³⁹ Cfr. art. 86, comma 1, CCII.

opposti interessi si ricava dalla circostanza che il contraddittorio tra debitore e terzo contraente *in bonis* è strumentale a stabilire la presenza o meno della summenzionata condizione di «coerenza»; invero, in tale sede proprio dalle allegazioni della controparte potrebbero pervenire elementi da cui desumere un interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale.

Sembra ragionevole ravvisare la *ratio* della disposizione nell'obiettivo di favorire una «migliore realizzazione»⁴⁴⁰ del progetto concordatario; infatti, nella misura in cui la prosecuzione di tali rapporti impedisca, ovvero renda antieconomica la continuità dell'attività aziendale, si ha un pregiudizio per la realizzabilità del concordato.

Orbene, dal dettato codicistico emerge che resta del tutto estraneo alle valutazioni dell'autorità giudiziaria, ai fini della decisione sullo scioglimento, ovvero la sospensione del contratto, l'impatto del provvedimento sull'attività aziendale del terzo contraente; pertanto, i presupposti richiesti dalla summenzionata disposizione possono essere letti quali disposizioni funzionali alla riuscita del piano concordatario.

In tale ottica si inserisce anche l'art. 100 del CCII, che, oltre ad attribuire al debitore la facoltà di pagare i crediti pregressi così come nella passata legislazione concorsuale, ha aggiunto una previsione di particolare *favor* per il debitore quando è prevista la continuità aziendale, incidendo, peraltro, in misura rilevante sui principi generali delle procedure concorsuali.

Invero, il secondo comma⁴⁴¹ attribuisce al debitore la facoltà, in deroga alla regola «della cristallizzazione del concorso»⁴⁴², secondo la quale tutti i debiti

⁴⁴⁰ In termini, cioè, di accrescimento delle probabilità di realizzazione del piano.

⁴⁴¹ Cfr. art. 100, comma 2, del CCII: «Quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, la disciplina di cui al comma 1 si applica, in deroga al disposto dell'articolo 154, comma 2, al rimborso delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. Il professionista indipendente attesta anche che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori».

⁴⁴² Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. del 14 gennaio 2019, n. 12, p. 105.

scadono all'apertura del concorso⁴⁴³, di pagare «le rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il Tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data»; nonché in presenza dell'attestazione del professionista sulla capienza del bene su cui insiste la garanzia.

In tal senso può dirsi che tale creditore godrà di un trattamento peculiare e speciale; una disposizione, questa, che indubbiamente scardina ancora una volta il sistema della *par condicio creditorum* nella misura in cui si consente al debitore di tenere ferme le modalità di rimborso previste⁴⁴⁴ dal contratto di finanziamento, assicurandosi indirettamente il consenso di quel creditore e, pertanto, in vista del buon esito del piano⁴⁴⁵.

Da una lettura sistematica delle summenzionate disposizioni può evincersi l'accresciuta importanza della continuità aziendale quale valore in sé: il che comporta in via consequenziale la necessità di indagare il rapporto tra questa ed il principio del «miglior soddisfacimento dei creditori», specie alla luce dei poteri dell'autorità giudiziaria che indirettamente facilitano la «fattibilità» del concordato.

Bisogna chiedersi se il mantenimento dell'esercizio dell'impresa sia ancora ammissibile solo nella misura in cui sia conveniente per i creditori, e non quale valore in sé.

Pertanto, se da un lato l'approccio conservativo può dirsi prevalente su quello basato sulla mera liquidazione dell'impresa, ciò che risulta tuttora complicato è l'inquadramento con l'interesse esclusivo, ovvero prevalente del «miglior soddisfacimento dei creditori», e su cui si tornerà nel quarto capitolo

⁴⁴³ Cfr. art. 55, comma 2, legge fallim.

⁴⁴⁴ Detto in altre parole, il debitore potrà tenere invariato il piano di ammortamento del mutuo erogato dalla banca.

⁴⁴⁵ Invero, non può non evidenziarsi un altro aspetto: la possibilità riconosciuta al debitore di mantenere fermo il piano di ammortamento del contratto di mutuo mal si concilia con la funzione economica del concordato preventivo, ovvero quella di consentire il superamento della crisi d'impresa in un arco temporale ragionevolmente breve, secondo i noti insegnamenti delle Sezioni Unite della Cassazione del 2013.

2.1. Segue: La verifica della «fattibilità giuridica» nel concordato in continuità aziendale diretta ed indiretta: tra criterio della c.d. «prevalenza quantitativa» e assenza di «funzionalità» dei beni oggetto di liquidazione.

Quanto detto in precedenza in merito al tentativo – non semplice – di declinare il giudizio di «fattibilità» in termini non di mera «possibilità», quanto piuttosto di «concreta realizzabilità» degli obiettivi previsti nel piano, sia sotto il profilo giuridico, sia quello economico, si presenta con maggiore incisività nel concordato con continuità aziendale, ed in particolare in quella diretta.

In relazione a tale modalità di adempimento delle obbligazioni assunte con la proposta e, quindi, di attuazione della garanzia patrimoniale, le valutazioni rimesse al Tribunale richiedono un maggior vaglio critico. In particolare, ai sensi dell'art. 87, comma 1, lett. *b*), del CCII, il controllo sulla «fattibilità» richiede la positiva verifica dell'idoneità delle assunzioni del piano nel riportare l'attività dell'impresa in equilibrio economico-finanziario⁴⁴⁶, perseguendo, in tal modo, il «miglior soddisfacimento dei creditori»⁴⁴⁷.

Ai sensi del nuovo art. 84, comma 2, del CCII, si legge che: «nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino». La disposizione summenzionata, recependo il principio contenuto nella legge delega⁴⁴⁸, ancora per la prima volta la definizione di

⁴⁴⁶ Si rammenti, a tal riguardo, che la giurisprudenza di legittimità era giunta alla conclusione che in relazione alla fattispecie del concordato in continuità aziendale, «la verifica della fattibilità c.d. “in concreto” presuppone un’analisi congiunta dei presupposti giuridici ed economici, tra di loro inscindibili dovendo il piano essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa»: cfr. Cass. civ., 27 febbraio 2017, n. 4915, *cit.*; Cass. civ., 7 aprile 2017, n. 9061, *cit.*

⁴⁴⁷A tal proposito, gli aspetti riguardanti il contenuto del piano di ristrutturazione si inseriscono più propriamente nei controlli sulla «fattibilità economica», e saranno esaminati da qui a breve.

⁴⁴⁸ Il principio di «prevalenza quantitativa» è, infatti, contenuto nella Legge Delega n. 155/2017, e ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. *i*), n. 2, la disciplina sul concordato in continuità si applica «anche alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale».

continuità aziendale diretta, ovvero indiretta, al criterio della «prevalenza» c.d. «quantitativa», delineando in tal modo un concetto di concordato in continuità aziendale piuttosto rigido, rispetto a quanto previsto dal vecchio art. 186-*bis*, legge fallim.⁴⁴⁹.

Ai fini della «fattibilità giuridica» del concordato in continuità diretta, nonché indiretta, è, pertanto, necessario che l'attivo ritraibile dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa sia superiore alla quota di attivo proveniente dalla liquidazione dei cespiti aziendali⁴⁵⁰. E ciò contrariamente a quanto sostenuto dall'orientamento minoritario che in passato, stante l'assenza nella vecchia legge fallimentare del criterio della c.d. «prevalenza quantitativa» dei flussi di cassa, aveva accolto l'opposto criterio della c.d. «prevalenza qualitativa»⁴⁵¹ e, quindi, della sola necessità di valutare l'assenza di utilità, ovvero «funzionalità» dei beni liquidati rispetto alla prosecuzione dell'impresa; aspetto, quest'ultimo, che rappresentava l'unico requisito espressamente richiesto dalla legge fallimentare ai fini della «fattibilità giuridica» di una continuità c.d. «mista».

Pertanto, sebbene l'art. 84, comma 2, del CCII, abbia colmato un'importante lacuna ha, nel contempo, imbrigliato a presupposti non del tutto risolutivi⁴⁵² la «fattibilità giuridica» del nuovo concordato in continuità aziendale: bisogna chiedersi se l'assenza di «funzionalità» dei beni oggetto di liquidazione continui a condizionare la «fattibilità giuridica» del concordato c.d. misto, rispetto al quale i mezzi destinati al soddisfacimento dei creditori derivano anche dalla liquidazione

⁴⁴⁹ Cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, Torino, 2013, p. 560 ss.

⁴⁵⁰ In tal senso: cfr. Trib. Como, 27 febbraio 2018; Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018; Trib. Monza, 25 ottobre 2017; Trib. Trento, 19 giugno 2014; Trib. Monza, 13 settembre 2013; tutte reperibili su *www.ilcaso.it*; in dottrina, v. in particolare, L. A. BOTTAI, *Il concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., p. 215.

⁴⁵¹ In dottrina, v. F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, cit., p. 2703; F. MAROTTA, *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa?*, cit., p. 10; in giurisprudenza, v. Trib. Macerata, 12 gennaio 2017, in *www.ilcaso.it*; Trib. Massa, 29 settembre e 29 novembre 2016, *ivi*. Nonché, v. Linee guida del Tribunale di Roma, pubblicate su *www.ilfallimentarista.it*.

⁴⁵² Inoltre, l'art. 84 del CCII comporta un disallineamento con le previsioni contenute nella Direttiva UE 2019/1023, che, invece, pone quale unica condizione per la prosecuzione dell'attività dell'impresa quella di «convenienza» per i creditori.

di parte del patrimonio del debitore⁴⁵³; e se tale aspetto rientri ancora nel perimetro valutativo del giudice⁴⁵⁴.

Benché a tal riguardo non vi sia alcun espresso riferimento, la scelta di liquidare beni altresì utili per l'esercizio dell'attività dell'impresa incide sulla realizzabilità del piano: l'individuazione di quali beni dismettere deve essere condotta dal debitore sulla base delle nuove esigenze riorganizzative, ovvero costui dovrà orientarsi verso quei beni che egli stesso considera non più necessari alla prosecuzione dell'attività aziendale⁴⁵⁵.

Non può negarsi che l'assenza di «funzionalità» dei beni oggetto di liquidazione rappresenti ancora un presupposto di ammissibilità, *rectius* «fattibilità giuridica», del concordato in continuità c.d. misto. Tra l'altro, l'assenza di un controllo del Tribunale potrebbe costituire un «incentivo» per condotte «abusive» del debitore. Quest'ultimo, infatti, potrebbe danneggiare gli stessi interessi dei creditori, indirizzando la sua scelta verso beni aziendali indispensabili per la prosecuzione, considerando, altresì, il difetto di un vincolo legale di destinazione del ricavato: il debitore è infatti libero⁴⁵⁶ di indirizzare le somme della liquidazione al pagamento dei creditori⁴⁵⁷, ovvero, al contrario, a sostegno della continuità⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Cfr. F. MAROTTA, *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, su www.ilcaso.it, doc. n. 23 luglio 2018, p. 1 ss.

⁴⁵⁴ Sul punto, in passato una parte della dottrina aveva attribuito la scelta di tali beni esclusivamente all'autonomia del debitore, escludendo, pertanto, che il giudice potesse valutarne l'impatto sull'andamento dell'attività: cfr. G. B. NARDECCHIA – R. RANALLI - L. SALVATO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Codice Commentato del fallimento*, cit., p. 2288; *contra* F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2702.

⁴⁵⁵ Cfr. Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018, *cit.*

⁴⁵⁶ Salva la presenza di creditori che vantino diritti di prelazione sui beni liquidati: cfr. G. B. NARDECCHIA – R. RANALLI - L. SALVATO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Codice Commentato del fallimento*, cit., p. 2286; F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2703.

⁴⁵⁷ Pertanto, il debitore potrebbe essere spinto dall'intento di favorire taluni creditori, piuttosto che altri, destinatari quest'ultimi di un soddisfacimento solo successivo. Peraltro, non è da escludere una diversa considerazione: fermo il rispetto della condizione di «funzionalità», la scelta di destinare il ricavato della liquidazione di tali beni al soddisfacimento di taluni creditori ed, in particolare, di coloro che verosimilmente voterebbero contro la proposta di concordato, spinti anche dall'orizzonte temporale del piano più o meno lungo, potrebbe rivelarsi in sé lecita. In tale fattispecie, invero, il ricorso al classamento dei creditori ed il soddisfacimento di taluni di costoro mediante le risorse rinvenienti dalla summenzionata liquidazione, possono costituire validi strumenti funzionali alla «fattibilità» del piano.

⁴⁵⁸ A tal riguardo, già F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2703.

In conclusione, l'introduzione del criterio della c.d. «prevalenza quantitativa» impone al giudice di quantificare e pronosticare le risorse provenienti dalla liquidazione e dalla continuità; non può negarsi che l'applicazione del summenzionato criterio costituisca un forte ostacolo alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa. Infatti, alla luce di un'interpretazione meramente testuale della summenzionata disposizione, si è costretti a giungere alla seguente conclusione: un'impresa in stato di crisi con un nucleo aziendale ancora produttivo e con un patrimonio considerevole, ma non più «funzionale» all'attività economica e che, pertanto, «merita il salvataggio» in quanto la prosecuzione stessa è indubbiamente «conveniente» per il ceto creditorio, tuttavia, alla luce dell'art. 84, comma 2, del CCII non ha più «diritto» di accedere al concordato preventivo in continuità⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Il ricorso alla regola del venti per cento propria dei concordati liquidatori, al fine di ammettere un concordato in continuità pur in assenza del criterio della «prevalenza», si presta ad essere una soluzione «impraticabile», come già affermato in relazione alla precedente legge fallimentare da autorevole dottrina: cfr. M. FABIANI, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 2016, n. 7. Pertanto, sembra difficile il ricorso al criterio della c.d. combinazione delle due discipline. A questo punto, è inevitabile la conclusione a cui più sopra si è giunti e, quindi, l'inammissibilità del concordato in continuità in assenza del criterio della «prevalenza quantitativa». Tuttavia, ad avviso di chi scrive possono essere valorizzati taluni aspetti del nuovo concordato preventivo, tali da prospettare una soluzione diversa, sebbene forzando inevitabilmente il dato testuale. L'art. 84 del CCII non pone alcun vincolo legale di destinazione dell'attivo di liquidazione dei cespiti non funzionali alla prosecuzione dell'attività dell'impresa. Orbene, è ben possibile che il debitore utilizzi tali somme per «finanziare» la prosecuzione programmata, aumentando così i flussi ritraibili dalla continuità, e rispettando il criterio della prevalenza di cui all'art. 84, comma 3, del CCII. Inoltre, tale disposizione statuisce che: «a ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa». A tal riguardo, l'articolato normativo ha accolto una nozione ampia di «utilità economicamente valutabile», infatti, come si legge nella Relazione Illustrativa, ciò consentente «di soddisfare i creditori non con denaro od altri beni ma con vantaggi certi ed economicamente valutabili»; pertanto, la succitata previsione sembra mal conciliarsi con la lettura rigida del criterio di «prevalenza quantitativa». Invero, in presenza di quanto previsto dall'art. 84, comma 3, ultima parte, sembra difficile valutare la prevalenza dei flussi della continuità in termini meramente monetari; e, quindi, bisogna chiedersi se sia lecito avanzare una lettura meno rigida del suddetto criterio.

2.2. Segue: Il ruolo della stabilità del rapporto di lavoro sulla «fattibilità giuridica» del concordato in continuità aziendale diretta ed indiretta.

A complicare il quadro normativo testè richiamato, ci pensa il periodo successivo del terzo comma, che stabilisce una presunzione assoluta di prevalenza⁴⁶⁰ connessa, tuttavia, ad aspetti diversi da quelli considerati dal comma precedente; si legge, infatti, che il criterio della prevalenza «si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso».

Pertanto, senza voler anticipare futuri esiti interpretativi che solo la prassi potrà meglio definire, sembrerebbe che per i primi due anni di attuazione del piano, il criterio dei flussi di cassa venga sostituito dal requisito quantitativo connesso alla forza lavoro, ovvero a quest'ultimo aggiunto.

Di certo la disposizione non è di immediata comprensione, in quanto in presenza di una liquidazione di «beni non funzionali» in un piano «in continuità», a quanto pare, è sufficiente che i flussi di cassa attesi dalla prosecuzione per i primi due anni di esecuzione del piano derivino da un'impresa alla quale sono addetti tanti lavoratori che rappresentano la percentuale dianzi indicata.

Sebbene la disposizione ponga una presunzione assoluta di prevalenza, visto l'utilizzo dell'avverbio «sempre», sembra difficile escludere nei fatti una comparazione tra le risorse provenienti dalla liquidazione con quelle della continuazione; peraltro, la scelta del legislatore sembra andare nella direzione di esonerare il Tribunale da suddetto controllo.

⁴⁶⁰ Cfr. G. TERENGI, *Il concordato preventivo e giudiziale, in Crisi di impresa e insolvenza. Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 102.

La *ratio* dell'art. 84, comma 3, del CCII è indubbiamente quella di preservare i livelli occupazionali⁴⁶¹, rafforzata, altresì, dal successivo obbligo posto in capo al terzo in caso di continuità indiretta, di mantenere per un anno dall'omologazione del concordato, il trenta per cento dei lavoratori addetti al momento della presentazione del ricorso. Orbene, ancora una volta il legislatore sembra ampliare gli interessi cui è ispirato il nuovo concordato preventivo in continuità aziendale, nonché di conseguenza i controlli demandati al Tribunale.

Il primo aspetto che merita di essere indagato dall'interprete riguarda la portata del summenzionato obbligo: dalla formulazione letterale, non sembra possa prescindersi dalla constatazione di un «nuovo» requisito di ammissibilità⁴⁶² della proposta di concordato in continuità. Malgrado sia ancora prematuro comprendere la portata dei poteri interdittivi del Tribunale, quanto al rispetto di tale condizione, non può negarsi che anche in questo caso sia richiesto un esame preliminare circa la «concreta attitudine» del terzo a soddisfare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali⁴⁶³ nei limiti richiesti.

Tutto quanto fin qui considerato induce a ritenere che tale obbligo non si risolve in una mera enunciazione di principio⁴⁶⁴: l'inosservanza dello stesso avrà

⁴⁶¹ Cfr. G. TERENCE, *Il concordato preventivo e giudiziale, in Crisi di impresa e insolvenza*, cit., p. 102.

⁴⁶² Cfr. A. PETROSILLO – F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, doc. del 14 marzo 2019, p. 3 ss.

⁴⁶³ Pertanto, ove il piano abbia già individuato un nuovo soggetto imprenditoriale, l'attestatore dovrà eseguire gli opportuni controlli per certificarne l'idoneità; individuazione, questa, che, peraltro, non può considerarsi definitiva data la necessità di aprire la procedura competitiva ex art. 91 del CCII; e solo all'esito della quale sarà individuato l'acquirente. Si ritiene opportuno che gli offerenti diano, altresì, prova della propria attitudine a mantenere i livelli occupazionali nei limiti sanciti dall'art. 84, comma 3, del CCII: cfr. A. PETROSILLO – F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, cit., p. 4.

⁴⁶⁴ Con riguardo al coordinamento del «Codice della crisi» con la disciplina del diritto del lavoro, l'art. 84 del CCII getta un'ombra in relazione alla compatibilità dell'obbligo del terzo sul mantenimento dei livelli occupazionali e le previsioni contenute nel riformato art. 47 l. 428/90, in tema di conservazione del rapporto di lavoro in caso di trasferimento d'azienda. Ebbene, sul punto rileva sottolineare, in particolare, che ai sensi dell'art. 47, comma 5, della summenzionata legge, solo in caso di concordato liquidatorio è lecito incidere, mediante accordi sindacali, sulla stabilità del rapporto di lavoro, derogando così all'art. 2112, comma 1, cc. All'opposto, ove ricorra un concordato in continuità aziendale indiretta, la tutela alla stabilità del rapporto di lavoro non incontra deroghe: l'art. 47, comma 4-*bis*, sancisce, infatti, che gli accordi sindacali possono incidere solo sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, fermo il «trasferimento dei lavoratori al cessionario», richiamando, peraltro, l'art. 84, comma 2, del CCII, e, quindi,

conseguenze sull'andamento della procedura, come attentamente già osservato dalla dottrina⁴⁶⁵, potendo determinare la «riqualificazione» del concordato in liquidatorio, con l'ulteriore conseguenza che, ove non venisse rispettata la soglia di cui all'ultimo comma dell'art. 84, del CCII, «il concordato appare destinato a inammissibilità sopravvenuta o a risoluzione a seconda che la violazione si verifichi in data anteriore o posteriore all'omologazione»⁴⁶⁶.

Di certo, la soluzione testè riportata non appare del tutto risolutiva: il Tribunale dovrà non solo accertare che i creditori chirografari vengano soddisfatti nella misura minima del venti per cento, ma che, nel contempo e come si dirà, l'apporto di «risorse esterne» incrementi di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari. Pertanto, non si esclude una certa discrezionalità del giudice nell'interpretare tale ultimo aspetto, pur di evitare l'apertura della liquidazione giudiziaria⁴⁶⁷. Si aggiunga, altresì, che la nomina del commissario liquidatore, nonché la necessità di sostenere ulteriori spese per le operazioni di liquidazione, *ex art.* 114 del CCII, non può ritenersi del tutto in linea con la finalità di contenimento dei costi della procedura: sebbene sia difficile negare «l'effettiva precettività della norma»⁴⁶⁸, e considerando, altresì, la tesi di chi ritiene che tale inadempimento non sia idoneo da solo a risolvere il concordato⁴⁶⁹, sembra ragionevole avanzare una soluzione interpretativa «intermedia». La cogenza della summenzionata disposizione, invero, condizionerà l'andamento delle previsioni del piano: l'obbligazione circa il mantenimento dei

ripetesi, l'obbligo di «mantenere o riassumere un numero di lavoratori pari ad almeno il trenta per cento di quelli in forza al momento del deposito del piano». Va, altresì, sottolineato come la previsione *ex art.* 84, comma 2, CCII, mal si concilia con quanto sancisce, all'art. 13, la Direttiva UE 2019/1023: quest'ultima fa riferimento agli obblighi di informazione e di consultazione dei lavoratori, rimettendo la tutela della stabilità dei livelli occupazionali alle previsioni speciali e, quindi, nel nostro caso a quanto prevede la l. 428/90.

⁴⁶⁵ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 4 ss.; *contra*: cfr. G. B. NARDECCHIA, *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in AA.VV., *La riforma del fallimento. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2019, p. 187 ss.; ID., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Molfetta, 2019, p. 262. Tale ultimo A., infatti, nega, la portata precettiva della previsione, pertanto, la sua inosservanza non ha attitudine nel determinare la risoluzione della procedura.

⁴⁶⁶ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 4 ss.

⁴⁶⁷ Purchè non pendi già una domanda di liquidazione giudiziale.

⁴⁶⁸ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 3 ss.

⁴⁶⁹ G. B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., p. 262.

livelli occupazionali nei suddetti limiti viene assunta dal terzo nei confronti della procedura medesima, pertanto sembra ragionevole affermare che anche sul tale corretto adempimento vigilerà il commissario giudiziale⁴⁷⁰.

In particolare, nel caso di avvenuta omologazione⁴⁷¹, in base alle previsioni contenute nell'art. 118, comma 4, del CCII, non si esclude che il Tribunale possa attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari al fine di provvedere in luogo del debitore, e per tale intendendo il terzo cessionario/affittuario/usufruttuario, per il compimento degli atti da quest'ultimo dovuti⁴⁷².

⁴⁷⁰ Nello stesso ordine di idee: cfr. A. PETROSILLO – F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, cit., p. 3.

⁴⁷¹ Invero, l'inadempimento di cui si discute ben potrebbe profilarsi già prima dell'omologazione, basti pensare all'ipotesi non infrequente di un trasferimento, *latu sensu*, ante omologa, e a ciò sembra alludere il nuovo art. 47, comma 4-bis, L. n. 428/1990, nel riferirsi al «trasferimento di azienda successivo all'apertura del concordato stesso». Tuttavia, il rimedio *ex* art. 118, comma 4, del CCII, si riferisce alla fase esecutiva del concordato, attuabile, quindi, dopo il decreto di omologazione. Pertanto, se si volesse accogliere il rimedio suaccennato, bisognerebbe attendere l'omologazione; oppure, si potrebbe prospettare un'applicazione analogica dell'art. 118, comma 4, del CCII, alla fase ante omologa, in relazione alle fattispecie di trasferimento dopo l'apertura della procedura.

⁴⁷² Sul punto, v. A. PETROSILLO – F. RUGGIERO, *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, cit., p. 4 ss. Tale dottrina ritiene che solo in via astratta è ipotizzabile una risoluzione del concordato, in quanto, se i creditori sono stati già soddisfatti, non avranno alcun interesse a chiedere la risoluzione per inadempimento. Tale affermazione a nostro avviso, può condividersi solo in parte: la previsione di cui all'art. 84, comma 3, del CCII, è chiaramente a favore degli interessi dei lavoratori, pertanto bisognerebbe chiedersi se costoro siano legittimati a richiederne la risoluzione per inadempimento, per il tramite del commissario giudiziale.

3. La «fattibilità economica» nel concordato in continuità aziendale diretta.

Il piano depositato dal debitore a sostegno della continuità aziendale rappresenta un insieme di assunzioni riguardanti gli aspetti economici, finanziari ed industriali⁴⁷³.

Da una lettura sistematica delle nuove disposizioni, in particolare dell' art. 84, comma 2, e 87, del CCII, in relazione agli allegati e alla documentazione richiesta, è agevole constatare che ai fini dell'ammissibilità il debitore è tenuto a depositare un *business plan*, il quale abbia non solo il carattere dell'«analiticità», ma anche della «coerenza» e «completezza»; si tratta di requisiti che influiscono, invero, sulla prognosi di «fattibilità economica» rimessa al giudice, caratterizzando il contenuto del piano industriale, economico e finanziario.

Volendo ancora una volta recepire l'insegnamento delle Sezioni Unite del 2013, la «causa in concreto» del concordato in continuità aziendale consiste nella idoneità del piano a raggiungere i seguenti obiettivi: risanamento della situazione debitoria, ripristino dell'«economicità della gestione» e della situazione di equilibrio finanziario dell'impresa⁴⁷⁴. Valutazioni, queste, che, come poc'anzi esposto, sono inscindibilmente connesse agli aspetti più precipuamente economici del concordato.

In relazione al principio di analiticità, il legislatore impone l'indicazione, all'art. 87, comma 1, lett. g), del CCII, «dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività». Le grandezze economiche richiedono una esposizione «analitica» e completa, al fine di consentire un controllo di «coerenza» sulle stime prognostiche, nonché sulle modalità di elaborazione delle stesse.

L'affidabilità, ovvero ragionevolezza, delle previsioni sui costi e ricavi attesi dalla prosecuzione ha un ruolo centrale nel giudizio di «fattibilità economica»:

⁴⁷³ Non si può prescindere in questa sede dall'elaborazione dottrinale che ha contribuito a specificare la portata del controllo sulla «fattibilità economica» del concordato in continuità aziendale. Pertanto, tali risultati saranno di supporto per la presente trattazione. A tal riguardo, v. G.B. BRUGGER, *Sub art. 160 legge fallim. Profili aziendali*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, a cura di A. JORIO-M. FABIANI, Bologna, 2007, p. 2309.

⁴⁷⁴ Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, p. 111 ss.

pertanto, le *best practice* in merito all'elaborazione dei piani concordatari ricorrono ai noti principi internazionali contabili⁴⁷⁵, che distinguono tra «previsioni e previsioni ipotetiche», guidando il professionista nella stima degli elementi pervasi da incertezza⁴⁷⁶.

Il contenuto del conto economico prognostico costituisce, invero, il riflesso delle azioni aziendali ed organizzative preventivate, e riportate nel piano industriale.

In tale ultimo documento, pertanto, vengono espone le intenzioni del *management* per superare lo stato di crisi, le relative azioni organizzative ed industriali ritenute più idonee per attuare le strategie di risanamento⁴⁷⁷.

Orbene, in relazione al contenuto del piano industriale, dovrà certamente essere oggetto di sindacato giudiziario l'aspetto concernente la coerenza delle previsioni ivi espone. A tal proposito, possiamo distinguere due livelli: un primo livello di c.d. «coerenza esterna», ed un secondo di «coerenza interna»⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Il richiamo è, in particolare, all'*International Standard on Assurance Engagements* (ISAE) 3400. Sul punto, v. P. RIVA, *L'applicazione del principio internazionale di auditing alle attestazioni del professionista previste dalla legge fallimentare*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2012, p. 427 ss., ad avviso del quale: «il documento ISAE 3400 stabilisce gli standard di riferimento per il processo di verifica delle informazioni prospettive finanziarie distinguendo tra informazioni prospettive basate su eventi futuri e ragionevoli e desunte dall'analisi di elementi oggettivi (*best estimate assumption*) e informazioni basate su assunzioni ipotetiche connesse con nuove attività non supportate da dati storici (*hypotetical assumption*)»; A. MUSSA, *La domanda di concordato*, su www.ilfallimentarista.it, doc. 03 dicembre 2018, p. 11; G. B. NARDECCHIA – R. RANALLI – L. SALVATO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2297.

⁴⁷⁶ A tal riguardo, la giurisprudenza ha affermato che «difetta di sufficiente analiticità e motivazione sulla veridicità dei dati aziendali», quel piano che non osserva i principi elaborati dalla dottrina commercialistica. Infatti, sebbene non abbiano efficacia normativa, tali principi hanno un ruolo fondamentale e di orientamento per valutare la qualità delle attestazioni: cfr. Trib. Genova, 7 luglio 2014, su www.ilfallimentarista.it.

⁴⁷⁷ L'art. 87, comma 1, lett. b), del CCII, fornisce un contenuto più dettagliato del piano, a differenza del previgente art. 161, legge fallim. Invero, a tal riguardo è intuitivo del proposito di fornire una disciplina più analitica, già la rubrica dell'art. 87 del CCII, ovvero: «piano di concordato».

⁴⁷⁸ Cfr. G. SAVIOLI, *La redazione e l'attestazione del piano di risanamento nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, in *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, Milano, 2014, p. 117 ss.

Rientra nell'analisi di «coerenza esterna» la verifica di compatibilità delle intenzioni del *management*, ovvero degli assunti su cui si fonda il piano, con le condizioni ambientali in cui l'impresa si troverà ad operare⁴⁷⁹.

Pertanto, ogni aspetto esogeno all'impresa ed in grado di influenzare le previsioni del piano industriale dovrà essere in esso riportato, non solo ai fini del rispetto del principio di completezza, ma, in particolare, al fine di illustrarne l'impatto sulla «fattibilità», con la conseguenza che più approfondita è l'indagine svolta da quest'ultimo, maggiore credibilità il piano avrà agli occhi del Tribunale.

Per quanto concerne il «secondo livello», invece, il piano industriale deve soffermarsi sulla coerenza delle strategie con le condizioni aziendali interne: è indispensabile, quindi, vagliare la compatibilità delle intenzioni con le azioni da attuare. E ciò richiede un'approfondita conoscenza della realtà dell'impresa in concordato; in particolare, come si è già in precedenza detto, non si può prescindere dallo studio delle cause della crisi dell'impresa, affinché si possa realmente pervenire ad un giudizio di compatibilità tra quanto pronosticato dal debitore e quanto possa ritenersi effettivamente raggiungibile in termini di «più probabile che non».

A differenza dell'art. 161, legge fallim., il nuovo art. 87, comma 1, lett. a), del CCII, pone l'obbligo di riportare le «cause» che hanno determinato la situazione di difficoltà. Ad una prima lettura, la novità del «Codice della crisi» potrebbe apparire in controtendenza con la scelta del legislatore del 2005 di espungere il summenzionato obbligo, e ciò coerentemente alla scelta di eliminare il requisito di meritevolezza del debitore.

Peraltro, l'indicazione delle cause da cui ha origine lo stato di crisi costituisce un presupposto imprescindibile ai fini del giudizio di «fattibilità economica».

Orbene, la previsione contenuta nell'art. 87, comma 1, lett. a), del CCII, non compie un passo indietro, ma semplicemente recepisce un principio elaborato dalla

⁴⁷⁹ Dovrà illustrare l'andamento delle variabili macroeconomiche; gli sviluppi futuri ed attesi del settore economico di riferimento; nonché, l'incidenza delle innovazioni di carattere fiscale sul processo di risanamento: cfr. G. SAVIOLI, *La redazione e l'attestazione del piano di risanamento nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, in *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, cit., p. 114 ss.

dottrina economico-aziendalistica al fine di consentire, dapprima all'attestatore, e poi al Tribunale, il giudizio di idoneità e verosimiglianza delle previsioni del piano.

In particolare, è sul terreno della «coerenza interna» che il Tribunale accede con più rigore alla prognosi di realizzabilità degli obiettivi del «concordato in continuità»: pertanto, il giudizio di «fattibilità» sul piano industriale comporta la verifica di una sostanziale discontinuità rispetto alla precedente gestione, nel rispetto, tuttavia, nel limite della *business judgment rule*.

Appurato ciò, l'attitudine della gestione futura a realizzare le previsioni del piano è subordinata, altresì, alla compatibilità con le risorse finanziarie⁴⁸⁰: infatti, ai sensi dell'art. 87, del CCII, si richiede ai fini del riequilibrio finanziario l'indicazione dei flussi finanziari in entrata ed in uscita della programmata gestione, nonché le modalità di copertura⁴⁸¹.

Pertanto, già nel piano finanziario, il debitore potrebbe avanzare la richiesta di contrarre nuovi finanziamenti *ex art.* 99, del CCII, ed in tal caso, la giurisprudenza di legittimità ha affermato, che rientra nei poteri del Tribunale ai fini della verifica di «fattibilità economica» del piano, quello di richiedere al debitore una «dichiarazione d'obbligo» che attesti la disponibilità dell'istituto di credito a finanziare l'impresa in crisi⁴⁸².

Strettamente connessa alla valutazione di «fattibilità economica» del piano, è la scansione temporale delle azioni programmate. Su tale aspetto sono opportune talune considerazioni. Mentre il previgente art. 186-*bis*, legge fallim., non conteneva alcun riferimento alle tempistiche di evoluzione del piano, tuttavia il debitore in base alla previsione contenuta nell'art. 161, comma 2, lett. *e*), legge fallim., ovvero «il piano deve indicare i tempi di adempimento della proposta», aveva l'obbligo di stabilire l'orizzonte temporale del piano in continuità. Pertanto, ci si era chiesti se in relazione al concordato in continuità aziendale, il riferimento ai «tempi di adempimento della proposta» riguardasse il momento del

⁴⁸⁰ R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 109 ss.

⁴⁸¹ Il piano dovrà dare prova, sebbene non in termini di certezza, che il ripristino della situazione di equilibrio finanziario possa escludere ragionevolmente una nuova situazione di pre-insolvenza: cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 111.

⁴⁸² Cfr. Cass. civ., 5 febbraio 2018, n. 2729, su www.unijuris.it.

soddisfacimento dei creditori⁴⁸³, oppure quello di ripristino dell'equilibrio finanziario⁴⁸⁴.

Ebbene, tale dubbio sembra essere stato definitivamente risolto dal nuovo art. 87, comma 1, lett. *b*) del CCII, nella direzione da ultimo richiamata, a mente del quale si legge: «il piano deve indicare i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, *ex art. 87, comma 1, lett. b)*»; pertanto, sarà necessario constatare il ripristino del «riequilibrio della situazione finanziaria» dell'impresa in concordato⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 572.

⁴⁸⁴ Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 113 ss.; F. S. FILOCAMO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2704.

⁴⁸⁵ Infatti, nell'art. 87, comma 1, del CCII, è tuttora presente la locuzione prevista nel vecchio art. 161, comma 2, lett. *e*), legge fallim.: ovvero, «i tempi di adempimento della proposta», tuttavia si tratta di una previsione generale, che trova indubbiamente applicazione per il concordato liquidatorio, ma non per quello in continuità aziendale, per le motivazioni summenzionate.

3.1. Segue: Il carattere vincolante della percentuale di pagamento offerta ai creditori chirografari nel concordato in continuità aziendale diretta alla luce del controllo sulla «fattibilità economica».

Il concordato in continuità aziendale continua a caratterizzarsi per l'assenza di una percentuale minima di pagamento dei creditori chirografari⁴⁸⁶. Non si ritiene che tale assenza possa riproporre il dibattito sul carattere vincolante o meno della percentuale in concreto offerta dal debitore, così come avvenuto in passato, e ciò stante l'attuale attribuzione al giudice del controllo sulla «fattibilità economica». Deve, così, trovare accoglimento quanto statuito dall'orientamento prevalente⁴⁸⁷ che aveva, infatti, affermato il carattere vincolante della percentuale indicata e promessa dal debitore.

Pertanto, ciò impone di individuare le possibili conseguenze ascrivibili all'accertato scostamento rispetto alle previsioni di «fattibilità» del piano: è legittimo un rigetto della domanda in caso di un disallineamento tra le previsioni di soddisfacimento formulate dal debitore e quanto, all'opposto, ritenuto concretamente realizzabile dal giudice.

Invero, se prima dell'attribuzione a quest'ultimo della verifica di «fattibilità economica», ci si era orientati nel senso di non ammettere, ovvero omologare, un concordato con continuità aziendale solo ove il piano fosse «manifestamente inidoneo» a realizzare gli obiettivi prefissati, il nuovo «Codice della crisi», invece, sembra indurre all'opposta conclusione del rigetto anche in presenza di un semplice scostamento.

Peraltro, vista l'assenza di una percentuale minima di soddisfacimento, e considerando, altresì, che tra la positiva valutazione di fattibilità economica e quella di non fattibilità si collocano «zone grigie» difficilmente definibili a priori, appare ragionevole avanzare una soluzione di compromesso: con la proposta di

⁴⁸⁶ Cfr. R. BROGI, *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della Crisi*, cit., p. 855 ss.

⁴⁸⁷ M. FERRO, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *Commentario teorico-pratico*, cit., p. 2003 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Firenze, 2 novembre 2016, su www.ilcaso.it; Trib. Monza, 13 febbraio 2016, *ivi*.

concordato il debitore si vincola alla percentuale promessa ai suoi creditori; pertanto, se il giudice dovesse accertare uno scostamento «considerevole» pronuncerà l'assenza di «fattibilità economica» del concordato; all'opposto, ove tale disallineamento possa ritenersi «irrisorio», sebbene ai fini della valutazione di tale ultimo aspetto sia necessario fare ricorso alla discrezionalità del giudice, è ragionevole ammettere il concordato, seppur in una percentuale inferiore⁴⁸⁸ a quella prospettata dal ricorrente.

Invero, non può non evidenziarsi una sostanziale differenza tra le previsioni contenute nella precedente legge fallimentare e quanto previsto dal «Codice della crisi». Mentre in passato, il giudice poteva assegnare al debitore un termine per apportare le modifiche necessarie al piano e superare, così, il vaglio di ammissibilità⁴⁸⁹, e ciò sulla base di un'interpretazione «estensiva» dell'art. 162, comma 1, legge fallim., peraltro, il sistema delineato dal «Codice della crisi» non contempla più tale potere: pertanto, ad una prima lettura, si sarebbe tentati di affermare che nella fattispecie qui esaminata, in presenza, ripetesi, di uno scostamento di non lieve entità, il giudice sia costretto alla dichiarazione di inammissibilità. Tuttavia, è possibile valorizzare talune disposizioni del «Codice della crisi», per giungere alla stessa conclusione ricavabile dall'art. 162, comma 1, legge fallim. Da un lato, l'art. 87, comma 1, lett. e) del CCII statuisce che il piano deve, tra l'altro, indicare «i tempi delle attività⁴⁹⁰ da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti».

Alla luce di una prima ed ancora prematura riflessione, può ritenersi che con tale requisito si vogliano prevenire le situazioni più eclatanti in cui al Tribunale risulti inverosimile la «fattibilità» di quanto programmato dal debitore, ed allora rimettendo a quest'ultimo l'obbligo di esporre scenari alternativi, l'imprenditore non solo soddisfa un requisito di ammissibilità del piano, ma previene anche

⁴⁸⁸ Va, altresì, aggiunto che ai sensi dell'attuale art. 105, comma 4, del CCII, il debitore può modificare la proposta «fino a venti giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori».

⁴⁸⁹ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 14.

⁴⁹⁰ Previsione già contenuta nel previgente art. 161, comma 2, lett. e), legge fallim.

ipotesi di inammissibilità fondate sull'accertamento di uno scostamento rilevante dalle previsioni del piano.

Inoltre, come acutamente osservato dalla dottrina⁴⁹¹, l'espressione contenuta nel terzo comma dell'art. 47, «sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale e il pubblico ministero», delinea, tuttora, il potere del giudice di concedere un termine, e a questo punto anche superiore al predetto limite di 15 giorni, al fine di allineare le previsioni del debitore con quelle accertate dal giudice ed «insuscettibili di confutazione»⁴⁹².

Un'ultima considerazione merita di essere svolta. Com'è noto, l'art. 186-*bis*, ultimo comma, legge fallim., attribuiva al Tribunale il potere di revoca, ai sensi dell'art. 173 legge fallim., della procedura, ove risultasse che la continuazione fosse «cessata», ovvero fosse manifestamente dannosa per i creditori». La dottrina si era divisa sui presupposti del potere di revoca in caso di «manifesta dannosità» della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa: da un lato, vi era chi sosteneva l'identità di controlli in sede preliminare ed in sede di revoca⁴⁹³; dall'altro, chi⁴⁹⁴, all'opposto, riteneva che la formulazione dell'ultimo comma della summenzionata disposizione legittimasse un sindacato meno rigido del Tribunale nel valutare la revoca della procedura.

Secondo tale ultimo orientamento, solo se apparisse *ictu oculi* che la continuità dell'impresa non fosse più in funzione del «miglior soddisfacimento dei creditori», il giudice avrebbe potuto arrestare la procedura di concordato con continuità, fatto salvo in ogni caso il potere del debitore di modificare la proposta.

Orbene, come si è accennato, il «Codice della crisi» non ripropone tale potere⁴⁹⁵, e ciò potrebbe avere importanti ricadute sistematiche: tale assenza,

⁴⁹¹ Cfr. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 14.

⁴⁹² Così S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., p. 14.

⁴⁹³ Cfr. M. CAMPOBASSO, *Nuovi principi e vecchi problemi nel concordato con «continuità aziendale»*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., p. 3024; P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 659 ss.

⁴⁹⁴ A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p. 1330 ss.

⁴⁹⁵ Sarebbe auspicabile che tale lacuna venisse colmata con il decreto correttivo volto all'introduzione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi: cfr. art. 1 l. 8 marzo 2019, n. 20.

invero, amplia lo spettro dei problemi interpretativi della «nuova continuità aziendale».

Si è portati a ritenere che gli scenari prospettabili siano due. Il Tribunale in presenza di una prosecuzione dell'esercizio dell'impresa dannosa per i creditori, non aprirà la procedura di revoca come statuito dalla vecchia legge fallimentare, a meno che peculiari situazioni non incidano sulla «fattibilità» del piano. In tal modo, ne consegue che il Tribunale, ai fini della prosecuzione dell'attività dell'impresa, potrà rapportare la funzionalità della continuità, oltre al «miglior soddisfacimento dei creditori», anche ad altri e preminenti interessi.

Tuttavia, la soluzione testè prospettata si espone a talune decisive obiezioni: ad avviso di chi scrive non si può negare al Tribunale la revoca della procedura se la «continuità aziendale» perda quell'attitudine alla funzionalità, *rectius* convenienza, per il ceto creditorio, in quanto «il miglior soddisfacimento dell'interesse dei creditori» resta, tuttora con la riforma uno dei presupposti di ammissibilità del concordato preventivo in continuità aziendale.

4. La «fattibilità economica» nelle ipotesi di continuità aziendale indiretta.

Il mantenimento dell'esercizio dell'impresa nei processi di risanamento aziendale, purchè funzionale agli interessi dei creditori⁴⁹⁶, ha indotto il legislatore verso l'ampliamento delle ipotesi di c.d. continuità indiretta⁴⁹⁷: in particolare, il nuovo «Codice della crisi», risolvendo un contrasto interpretativo sorto in passato, ha ammesso la fattispecie dell'affitto dell'azienda tra le ipotesi di continuità c.d. impura, nonché quella di usufrutto, anche se stipulati prima della presentazione del ricorso.

Si è già detto delle peculiari condizioni di ammissibilità della continuità indiretta, pertanto bisogna analizzare più da vicino il contenuto del piano e le consequenziali implicazioni in relazione al vaglio di «fattibilità economica» del Tribunale.

Nel caso di «cessione» dell'azienda in esercizio, o di un suo ramo, possono prospettarsi due situazioni diverse quanto alle modalità di soddisfacimento dei creditori. Nella prima ipotesi, il piano può stabilire che quest'ultimi vengano soddisfatti tramite il prezzo della cessione, dunque con «pagamento immediato e garantito»⁴⁹⁸.

Sebbene parte della dottrina abbia ritenuto che in siffatta ipotesi la prosecuzione dell'attività da parte del terzo non incida sulle modalità di «realizzazione del piano» del cedente, configurando nei fatti una fattispecie concordataria liquidatoria⁴⁹⁹ che esclude il ricorso alla disciplina del concordato in continuità aziendale, si ritiene, peraltro, che, in relazione alla summenzionata

⁴⁹⁶ L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1223.

⁴⁹⁷ Invero, già prima delle novità del «Codice della crisi», una parte della dottrina militava a favore di una soluzione di atipicità delle modalità di continuità indiretta: cfr. V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 10209 ss.

⁴⁹⁸ G. B. NARDECCHIA – R. RANALLI – L. SALVATO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2286.

⁴⁹⁹ Cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 563. Nello stesso ordine di idee, v. A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., p. 1327 ss.

ipotesi, ai fini della «fattibilità» del piano del debitore il Tribunale dovrà accertare la reale capacità del cessionario di adempiere l'obbligazione di pagamento nei tempi previsti, svolgendo, altresì, accurate indagini sulla serietà delle garanzie rilasciate⁵⁰⁰.

Tra l'altro, alla luce del suaccennato obbligo, *ex art. 84, comma 2, del CCII*, di mantenimento o riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà di quelli in forza al momento del deposito del piano, sembra difficile ipotizzare l'assenza, nel piano del cedente, di elementi attinenti alla situazione economico-finanziaria del cessionario.

Qualora, invece, vi sia correlazione tra la prosecuzione dell'attività economica del cessionario ed il soddisfacimento dei creditori concorsuali, in quanto quest'ultimi sono destinatari dei flussi di cassa prospettati dall'attestatore e ritraibili dalla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa da parte dell'acquirente, il piano ai fini della «fattibilità economica» dovrà necessariamente contenere riferimenti in ordine alla sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione specificando, quindi, se il cessionario sia in stato di equilibrio finanziario⁵⁰¹.

A tal fine, non si esclude che il Tribunale possa, altresì, valutare le conoscenze e l'esperienza pregresse dell'acquirente, qualora quest'ultimo operi nel medesimo settore del debitore.

Alle medesime conclusioni si perviene quando è previsto il «conferimento» dell'azienda, o di un suo ramo⁵⁰², in una società preesistente, ovvero di nuova costituzione⁵⁰³, con assegnazione al proponente il concordato di una partecipazione⁵⁰⁴ nella conferitaria. A tal riguardo, possono delinearsi due distinte

⁵⁰⁰ È di immediata osservazione che in tale fattispecie la «fattibilità economica» del piano del cedente, salvo il caso in cui il pagamento del prezzo sia dilazionato, sia svincolata dall'andamento dell'attività dell'impresa del cessionario, dovendo il giudice valutare in tal caso la sola solvibilità dell'acquirente.

⁵⁰¹ Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 182.

⁵⁰² Purchè dotato di «autonoma capacità reddituale»: cfr. A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 563.

⁵⁰³ Cfr. G. B. NARDECCHIA – R. RANALLI – L. SALVATO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2286.

⁵⁰⁴ Cfr. A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e Impr.*, 2013, p. 1086.

modalità di soddisfacimento dei creditori: la prima, mediante liquidazione della partecipazione nella conferitaria ed assegnazione ai creditori del prezzo della vendita; la seconda, invece, mediante loro destinazione degli utili spettanti alla conferente, e derivanti dall'attività della conferitaria⁵⁰⁵.

Invero, la continuità indiretta attuata mediante conferimento dell'azienda, o di un suo ramo, costituisce tecnicamente una fattispecie di non semplice attuazione per le caratteristiche che di fatto l'operazione può assumere sul piano giuridico-economico⁵⁰⁶, e ciò tanto se la società conferitaria già esista, ovvero verrà costituita mediante creazione di una *NewCo*.

Nel caso di soddisfacimento dei creditori con il ricavato della vendita della partecipazione nella conferitaria, com'è noto, se il debitore ha già ricevuto un'offerta vincolante per l'acquisto della stessa, ai sensi dell'art. 91, del CCII, troverà applicazione l'istituto delle offerte concorrenti, affinché sia rinvenuto sul mercato il «miglior offerente»⁵⁰⁷.

Pertanto, qualora non pervenissero offerte, il piano rimarrà inalterato, mentre se all'esito della gara l'aggiudicatario è soggetto diverso da quello individuato dal debitore nel *business plan*, quest'ultimo dovrà aggiornare la proposta ed il piano, ex art. 91, comma 9, del CCII.

⁵⁰⁵ Nonché mediante pagamento diretto della stessa società conferitaria in qualità di assuntore: cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., p. 3214.

⁵⁰⁶ A tal riguardo, la giurisprudenza ha escluso l'obbligo di effettuare la procedura competitiva nel caso di una *NewCo* interamente partecipata dalla società conferente, e ciò stante l'assenza del requisito di «terzietà» della società conferitaria: cfr. Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, in *Dir. fall.*, II, 2018, p. 195 ss., con nota di A. VITIRITTI, *Riflessioni su offerte concorrenti e operazioni societarie straordinarie nel concordato preventivo con continuità aziendale indiretta*.

⁵⁰⁷ A tal proposito, si richiama all'attenzione dell'interprete la previsione contenuta nel nuovo art. 94, comma 6, del CCII, secondo cui: «il Tribunale può autorizzare l'alienazione e l'affitto dell'azienda, di rami di azienda e di specifici beni, senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive, quando ricorre l'urgenza di provvedervi, e l'espletamento delle procedure competitive pregiudica l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento». Pertanto, il legislatore consapevole che l'allungamento dei tempi per lo svolgimento delle procedure competitive collima, spesso, con l'opposta necessità di provvedere con tempestività, ha invertito la rotta, sancendo il potere del giudice di derogare ai principi generali della pubblicità e della competitività al ricorrere di una situazione di «urgenza», tale che il mantenimento in esercizio dell'impresa non può attendere l'esito della procedura ex art. 91 del CCII. In caso contrario, infatti, verrebbero compromesse le ragioni dei creditori. In tal senso, sotto il vigore della vecchia legge fallimentare, in giurisprudenza, v. Trib. Roma, 3 agosto 2017, su www.ilcaso.it; Trib. Bergamo, 23 dicembre 2015, su www.ilfallimentarista.it.

Anche in relazione al conferimento dell'azienda, tutte le volte in cui la tutela degli interessi dei creditori dipenda dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa, sono necessari riferimenti alla situazione patrimoniale e finanziaria della conferitaria⁵⁰⁸ per individuare il valore della partecipazione⁵⁰⁹; nonché, alla solvibilità del terzo acquirente.

Più complessa è la valutazione rimessa al Tribunale, laddove le risorse da ripartire in favore dei creditori vengono reperite dai flussi della prosecuzione dell'attività della conferitaria. Se il conferimento viene eseguito in una società già esistente, il piano non potrà prescindere dalle dinamiche aziendali della stessa, onde appurare i vantaggi ed i rischi per i creditori concorsuali.

Di frequente, l'operazione prescelta dall'imprenditore quale modalità di adempimento dell'obbligazione concordataria consiste nella costituzione di una *NewCo*, ovvero di una «società veicolo» interamente partecipata dalla conferente⁵¹⁰, che ha lo scopo di proseguire l'attività d'impresa⁵¹¹ consentendo in tal modo anche il risanamento della conferente⁵¹².

Si tratta di un'operazione di fatto vantaggiosa per i creditori, visto che la continuazione dell'attività avviene da parte di una società *in bonis* ed il cui fabbisogno finanziario, strettamente necessario per l'esercizio dell'impresa, viene generalmente soddisfatto mediante la cessione, parziale ovvero totale, di crediti della conferente⁵¹³.

⁵⁰⁸ E ciò anche in caso di assegnazione di partecipazioni della conferitaria ai creditori.

⁵⁰⁹ Cfr. G. B. NARDECCHIA – R. RANALLI – L. SALVATO, *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2293.

⁵¹⁰ Sul punto, v. M. GREGGIO – G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale mediante la costituzione di una special purpose vehicle da parte della società debitrice*, reperibile su www.ilcaso.it, p. 1 ss., doc. del 30 settembre 2017. In giurisprudenza, v. Trib. Padova, 30 maggio 2013, su www.ilcaso.it.

⁵¹¹ D. GALLETI, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, Milano, 2010, p. 373.

⁵¹² Cfr. V. PETTIROSSI, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, cit., p. 10205 ss.; M. 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*, doc. del 9 agosto 2016, in www.ilcaso.it.

⁵¹³ La cessione dei crediti della conferente diventa spesso fondamentale per sopperire al «fabbisogno di circolante» della *NewCo*, in quanto la conferitaria potrebbe avere difficoltà di accesso al credito bancario, essendo priva di merito creditizio: cfr. M. GREGGIO – G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale*, cit., p. 12 ss.

In particolare, il piano dovrà dare contezza della idoneità della conferitaria di rimborsare il «finanziamento» così ottenuto, e di generare ricavi destinati al soddisfacimento dei creditori⁵¹⁴. Invero, si potrebbe obiettare che la scelta di costituire una *NewCo* alla quale, tra l'altro, cedere tutti o solo parte dei propri crediti⁵¹⁵, sia un'operazione «discutibile» sul piano economico, tuttavia, diversi sono i vantaggi sul piano pratico e, quindi, nell'ottica di una migliore soluzione per i creditori. Infatti, mediante la costituzione di una *NewCo* vengono completate le commesse in corso, ovvero avviene la partecipazione a gare pubbliche che, sebbene sia consentita anche all'impresa in concordato, richiede, tuttavia, l'allungamento dei tempi per ottenere le prescritte autorizzazioni dagli organi della procedura⁵¹⁶; inoltre, altro vantaggio è dato dall'assenza di costi in prededuzione a carico della procedura concordataria.

L'operazione coniuga così tanto un'esigenza riorganizzativa dell'impresa in crisi, quanto di effettiva prosecuzione oggettiva dell'attività di impresa⁵¹⁷, mediante cui si assicura il «miglior soddisfacimento dei creditori».

Le considerazioni che precedono, tuttavia, ad una prima lettura sembrano essere contraddette dall'art. 87, comma 1, lett. g), del CCII, che in relazione al contenuto del piano in continuità diretta, rimette al debitore «un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura».

Orbene, se ci si fermasse al solo dato letterale, senza considerare che anche la continuità indiretta rappresenta una delle possibili modalità per assicurare il soddisfacimento dei creditori, specie quando ciò sia strettamente collegato alle

⁵¹⁴ Cfr. M. GREGGIO – G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale*, cit., p. 13.

⁵¹⁵ Come attentamente rilevato dalla dottrina, la legittimità dell'operazione deve essere valutata alla luce del perseguimento dell'interesse dei creditori: solo nella misura in cui il professionista attesti la funzionalità al «miglior soddisfacimento dei creditori», l'operazione di finanziamento alla società conferitaria, mediante cessione dei crediti della conferente, resterà al di fuori del perimetro applicativo degli «atti di frode» ex art. 106 del CCII: cfr. M. GREGGIO – G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale*, cit., p. 23.

⁵¹⁶ M. GREGGIO – G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale*, cit., p. 18.

⁵¹⁷ Il piano concordatario, al fine di assicurare la continuità aziendale, potrebbe articolarsi secondo le seguenti modalità: restituzione dell'azienda alla conferente con conseguente cessione definitiva a terzi; fusione tra la *NewCo* e la conferente; cessione definitiva dell'azienda alla *NewCo* e successiva vendita della partecipazione nella conferitaria ad un terzo: cfr. M. GREGGIO – G. VIDAL, *Il mantenimento della continuità aziendale*, cit., p. 20.

capacità reddituali e patrimoniali del terzo, verrebbero compromessi gli interessi dei creditori.

La «fattibilità economica» del piano proposto dal debitore in crisi nell'ambito della fattispecie di continuità indiretta non può prescindere dalla valutazione delle dinamiche aziendali dell'impresa cessionaria.

A tal riguardo, invero, l'art. 87, comma 1, lett. *b*), del CCII, dispone che in caso di concordato in continuità, il piano debba indicare «i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria»; pertanto, il testo del succitato articolo non fa alcuna differenza tra continuità diretta e indiretta. A ciò si aggiunga che l'art. 84, comma 2, del CCII, statuisce 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. In caso di continuità indiretta la disposizione di cui al periodo che precede, in quanto compatibile⁵¹⁸, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore».

Da una lettura sistematica, può ragionevolmente giungersi alla seguente conclusione: se il soddisfacimento dei creditori concorsuali si lega a «filo doppio» con la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del terzo, il *business plan*, sul quale gli stessi creditori sono chiamati a votare, non potrà prescindere dal contenuto previsto per la continuità diretta, naturalmente con gli opportuni adattamenti.

Tra l'altro, anche le ipotesi di risanamento c.d. oggettivo, ovvero di continuità aziendale in capo ad un nuovo soggetto imprenditoriale, non sfuggono all'attestazione del professionista circa la funzionalità della prosecuzione rispetto al «miglior soddisfacimento dei creditori». Pertanto, le assunzioni alla base del piano proposto dal debitore saranno formulate anche in relazione agli sviluppi futuri del terzo acquirente.

⁵¹⁸ All'interprete non sarà sfuggita l'aggiunta della locuzione «in quanto compatibile» nella stesura definitiva del «Codice della crisi», assente, invece, nella precedente versione, e alludendo alla necessità di adattare il contenuto del piano alle fattispecie di «continuità indiretta».

Come anticipato, le disposizioni del «Codice della crisi» hanno recepito l'opzione interpretativa minoritaria favorevole all'ammissibilità del contratto di affitto di azienda quale modalità ulteriore di continuità indiretta, decretandone la piena compatibilità con la prosecuzione c.d. oggettiva dell'attività dell'impresa.

Non si vuole qui ripercorre il lungo dibattito che ha visto gli interpreti divisi tra una lettura costretta dell'art. 186-*bis*, comma 1, legge fallim., ovvero maggiormente aderente al dato letterale, e, quindi, nel senso dell'incompatibilità del contratto di affitto dell'azienda in esercizio dal novero delle possibili declinazioni della continuità indiretta⁵¹⁹; e, all'opposto, quello maggiormente orientato verso una lettura estensiva della continuità aziendale indiretta⁵²⁰.

Invero, il legislatore ha accolto un principio di «atipicità» degli schemi giuridici volti a dare concretezza alle ipotesi di c.d. risanamento oggettivo: se ad oggi non è più in discussione la compatibilità del contratto di affitto con la continuità indiretta, tuttavia, l'interprete deve interrogarsi sulle ricadute pratiche del contratto di affitto sulla «fattibilità» del piano concordatario.

Come da tempo osservato, infatti, in tale fattispecie appare «incontestabile che il rischio d'impresa continui a gravare, seppur indirettamente, sul soggetto in concordato e che l'andamento dell'attività incida, in ultima analisi, sulla fattibilità del piano»⁵²¹.

⁵¹⁹ Sul punto, v. F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 2013, p. 4 ss.; D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, *ivi*, 2012, p. 3 ss.; F. LAMANNA, *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale*, *ivi*, p. 1 ss., doc. n. 18 giugno 2015. In giurisprudenza, *ex multis*, v. App. Trieste, 20 aprile 2017, su www.unijuris.it; Trib. Trento, 6 aprile 2013; Trib. Busto Arsizio, 1° ottobre 2014; Trib. Pordenone, 4 agosto 2015; Trib. Arezzo, 27 febbraio 2015; tutte reperibili su www.ilcaso.it.

⁵²⁰ Cfr. A. PATTI, *Il pagamento dei debiti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, legge fallim., in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Fall.*, 2014, p. 194 ss.; L. VAROTTI, *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, in www.ilcaso.it, doc. n. 25 ottobre 2012. In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Ravenna, 28 aprile 2015; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015; Trib. Roma, 24 marzo 2015; reperibili su www.ilcaso.it.

⁵²¹ Cfr. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in www.ilcaso.it, 25 aprile 2018, p. 2 ss.; ID., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma»*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 359 ss.

Pertanto, il rischio incombente sui creditori consiste proprio nel mancato pagamento del canone pattuito con il terzo affittuario, rappresentando tale obbligazione la formula satisfattiva individuata nel piano di concordato.

Non può mettersi in dubbio che l'obbligo dell'affittuario di corrispondere il canone d'affitto, sia strettamente connesso alla capacità dell'impresa affittata di generare flussi finanziari. In altre parole, la «fattibilità economica» del piano concordatario proposto dall'affittante dipenderà dai flussi derivanti dal pagamento dei canoni⁵²²: il *business plan* dovrà dare contezza della idoneità dell'affittuario al soddisfacimento degli impegni assunti con il contratto di affitto, e ciò non solo considerando il patrimonio di cui dispone, ovvero delle garanzie rilasciate a tal fine, ma anche l'adeguatezza del piano industriale finalizzato al rilancio dell'attività dell'impresa affittata⁵²³.

Tutte le volte in cui l'andamento dell'impresa affittata incida sul soddisfacimento dei creditori, troverà, pertanto, applicazione l'art. 87, comma 1, lett. g), del CCII, incombendo sull'attestatore l'onere di spiegare «i vantaggi ed i rischi della continuità aziendale in capo al terzo»⁵²⁴, e rientrando nel suo perimetro valutativo anche i rischi connessi all'eventuale perdita di valore dell'azienda affittata⁵²⁵, ovvero, al contrario, la sua convenienza in quanto il contratto di affitto è volto ad evitare mediante la continuità aziendale la perdita di efficienza del complesso aziendale, preservando, altresì, la potenzialità dell'impresa in esercizio.

⁵²² Cfr. Trib. Roma, 24 marzo 2015, su www.ilcaso.it.

⁵²³ Cfr. Trib. Roma, 24 marzo 2015, *cit.* In senso conforme: v. Trib. Vercelli, 13 agosto 2014; Trib. Cassino, 31 luglio 2014; Trib. Rimini, 1° dicembre 2016; tutte reperibili su www.ilcaso.it. In dottrina, v. G. SANDRINI, *L'affitto d'azienda ed il concordato preventivo con continuità aziendale*, p. 1 ss., su www.unijuris.it; V. DI NICOLANTONIO, *La continuità aziendale nella gestione dell'impresa in concordato*, in *Dir. fall.*, I, 2018, p. 412.

⁵²⁴ Cfr. Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*, a mente del quale tali indicazioni consentono una valutazione sulla «stabilità del contratto e prevedibilità del corretto e puntuale pagamento dei canoni di affitto e del prezzo di cessione».

⁵²⁵ Cfr. Trib. Cassino, 31 luglio 2014, *cit.*

5. Il controllo di «fattibilità» nel «concordato liquidatorio»: tra continuità e discontinuità.

L'art. 84, comma 4, del CCII, da un lato mostra continuità con il sistema normativo precedente, dall'altro si caratterizza per talune importanti novità alla luce delle quali, la fattispecie del concordato liquidatorio assume una conformazione diversa⁵²⁶.

Perseguendo l'intento di apprestare una maggiore tutela degli interessi dei creditori chirografari, scoraggiando la presentazione di proposte con percentuali di pagamento meramente simboliche⁵²⁷, il «Codice della crisi» conferma la soglia di pagamento minima del venti per cento di quest'ultimi⁵²⁸.

A tal riguardo, è opportuno rammentare che si era discusso negli ultimi anni dell'ammissibilità di concordati con *cessio bonorum* privi di una percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari, che aveva condotto una parte della giurisprudenza di merito⁵²⁹ verso un atteggiamento piuttosto «elastico», ammettendo proposte concordatarie con *cessio bonorum* fondate su percentuali pari allo zero/virgola per cento delle loro pretese, ovvero percentuali di soddisfacimento del tutto «irrisorie». Orbene, secondo tale orientamento il proponente non avrebbe avuto alcun obbligo di determinare la percentuale conseguibile dalla liquidazione dei beni, limitandosi ad indicare una misura di soddisfacimento ipotetica, senza che ciò si traducesse nell'assunzione di un

⁵²⁶ Ai sensi dell'art. 84, comma 4, del CCII, si legge che: «Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario».

⁵²⁷ A tal riguardo, giova ricordare che il legislatore del 2005, nell'intento di favorire le probabilità di omologazione delle proposte concordatarie e, quindi, delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa, aveva destrutturato il concordato liquidatorio da concordato c.d. «a percentuale» a concordato «libero»: il debitore non doveva più dimostrare che dalla liquidazione dei beni si ricavassero somme sufficienti a soddisfare i creditori chirografari nella misura del quaranta per cento delle loro pretese. Sul punto, in particolare, v. C. COSTA, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il diritto dell'impresa in crisi*, cit., p. 61 ss.

⁵²⁸ In dottrina, in senso favorevole alla reintroduzione della percentuale minima di pagamento: v. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, p. 15 ss.

⁵²⁹ Cfr. Trib. Ancona, 19 novembre 2007, in *Fall.*, 2008, p. 245; Trib. La Spezia, 19 settembre 2013, su *www.ilcaso.it*.

obbligo di risultato. E ciò comportando, altresì, la liberazione del debitore anche per mancato raggiungimento della percentuale prospettata.

All'opposto, altro orientamento della giurisprudenza di merito⁵³⁰ aveva subordinato l'ammissibilità della proposta concordataria alla «non irragionevolezza» della percentuale di soddisfacimento offerta ai creditori, in quanto l'attribuzione di una percentuale meramente simbolica sarebbe stata in contrasto con la stessa «causa» dell'atto di autonomia negoziale, ovvero il soddisfacimento dei creditori.

Quindi, cercando di tirare le fila del discorso, e rapportando tali argomentazioni in relazione al giudizio di «fattibilità» del concordato liquidatorio, potevano essere svolte le seguenti considerazioni. Alla luce del primo dei summenzionati orientamenti, il giudizio prognostico di «fattibilità» incontrava una forte resistenza sul piano logico: nella misura in cui il debitore era libero di prospettare un soddisfacimento anche meramente simbolico, e tra l'altro senza essere vincolato alla percentuale prospettata, non vi era alcun risultato certo a cui rapportare il giudizio di realizzabilità della percentuale promessa; diventando, piuttosto, un controllo svincolato da dati concreti e, quindi, aleatorio. Al contrario, il vincolo costituito dalla percentuale di pagamento promessa, avrebbe consentito al giudice di svolgere, sulla base di elementi concreti, la «fattibilità» della misura di soddisfacimento indicata dal debitore nella proposta.

Ebbene, tornando al «Codice della crisi», in tale soluzione concordataria la «causa in concreto»⁵³¹, che conforma la «fattibilità giuridica» ed «economica», deve essere ravvisata nell'obbligo del debitore di liquidare il proprio patrimonio al

⁵³⁰ Cfr. Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 78, con nota di G. B. NARDECCHIA, *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del tribunale nella fase di liquidazione*; Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551. Nel senso dell'obbligatorietà dell'indicazione specifica della percentuale offerta ai creditori: cfr. Trib. Udine, 14 febbraio 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1007.

⁵³¹ Invero, prima della miniriforma del 2015, le Sezioni Unite del 2013 hanno ravvisato la «causa in concreto» del concordato liquidatorio, nella necessità di un soddisfacimento sia pure parziale ma non irrisorio dei creditori chirografari: l'unico obbligo gravante sul debitore consisteva, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, nell'«impegno a mettere a disposizione dei creditori i propri beni liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore», salva l'assunzione di una specifica obbligazione in tal senso: cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

fine precipuo di attribuire ai creditori chirografari un soddisfacimento nella misura minima del venti per cento⁵³², salva la suddivisione in classi in relazione alla quale la percentuale minima deve essere intesa quale media ponderata⁵³³.

Il precetto *ex art. 84, comma 4, del CCII*, reca con sé una condizione di ammissibilità della domanda di concordato liquidatorio⁵³⁴, che si coniuga sistematicamente alla previsione del controllo giudiziale sulla «fattibilità economica», attenuando la libertà di azione del debitore. Quanto agli effetti di tale previsione, bisogna *in primis* chiedersi in che modo essa conforma gli obblighi del debitore.

Orbene, non sembra che il ricorrente possa limitarsi a prospettare una mera probabilità di soddisfacimento nella misura prescritta; deve, piuttosto, parlarsi di un «obbligo di risultato» del debitore. Invero, l'art. 84, comma 4, del CCII, non ripropone la formulazione testuale del previgente art. 160, comma 4, legge fallim., che utilizzando la locuzione «deve assicurare», dava maggiore sicurezza alla tesi dell'obbligo di risultato. Tuttavia, può ritenersi che la formulazione più generica dell'art. 84, comma 4, del CCII, ovvero che il soddisfacimento «non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario», non scalfisce la tesi testè proposta. E ciò, in primo luogo, per la natura precettiva della disposizione sulla percentuale minima ed, in secondo luogo, per gli ampi poteri attribuiti al giudice: il controllo sulla «fattibilità economica» nella fattispecie del concordato con «cessione dei beni» si traduce nella quasi certezza della soddisfazione minima da parte del debitore, salvo quel margine incompressibile di alea propria dei concordati liquidatori⁵³⁵.

⁵³² In tal senso, già A. M. PERRINO, *Sub art. 186, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2554; F. G. G. PIRISI, *Esecuzione del concordato, risoluzione e annullamento*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., p. 33; *contra*, V. ZANICHELLI, *La revoca dell'ammissione per non fattibilità del piano*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2017, p. 190 ss.; P. POTOTSCHNIG, *Misura del soddisfacimento e azione di risoluzione del concordato con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2015, p. 35 ss.

⁵³³ Cfr., tra i molti, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo*, cit., p. 19.

⁵³⁴ Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., p. 18; L. A. BOTTAI, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015, conv. in l. 132/2015*, Torino, 2015, p. 102.

⁵³⁵ Sul piano strettamente economico, il Tribunale vaglierà attentamente e prudenzialmente le risultanze del bilancio; le stime depositate dai periti; nonché le singole voci dell'attivo

Peraltro, nello stesso tempo, vi sono taluni aspetti introdotti dal nuovo «Codice della crisi», che potrebbero spostare l'asticella del giudizio sulla «fattibilità economica» più in basso di quanto appena affermato. Inducono in tal senso le novità in merito alle modalità attuative del concordato liquidatorio: il principio di «tipicità» che aveva caratterizzato la novella del 2015, fondato sull'utilizzo del lemma «pagamento», e quindi della necessaria assunzione di un'obbligazione di natura pecuniaria, non trova più conferma nel nuovo art. 84, comma 4, del CCII, ai fini del giudizio di ammissibilità.

Il «Codice della crisi», a tal riguardo, colpisce per quello che possiamo definire «un ritorno al passato»: il dato testuale è inequivoco nel segnare il passaggio dal principio di c.d. «tipicità»⁵³⁶, a quello di «atipicità», mediante l'utilizzo del termine più generico di «soddisfacimento». Il debitore, pertanto, non è più vincolato da un contenuto necessario della proposta di concordato liquidatorio.

La formulazione dell'attuale art. 84, comma 4, del CCII, non sembra lasciare dubbi al riguardo: il piano potrà attribuire ai creditori anche la cessione di beni che abbiano un valore percentuale equivalente alla soglia minima prescritta ed attestato da apposite perizie, ovvero, l'ipotesi della c.d. «cessione traslativa». Fattispecie, questa, in cui l'obbligazione del debitore consiste nel trasferimento della proprietà dei beni ai creditori, e la cui efficacia traslativa si realizza con il provvedimento di omologazione⁵³⁷. E ciò a differenza di quanto si poteva ragionevolmente ritenere prima delle novità del «Codice della crisi», in quanto la formulazione dell'art. 160,

patrimoniale, basandosi su elementi concreti e considerando, altresì, il relativo margine di rischio. Pertanto, il Tribunale svolgerà quelle stesse valutazioni affermate dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla «sufficienza» del patrimonio di cui all'art. 160, comma 2, n. 2, legge fallim., vigente anteriormente al d.l. n. 35/2005, e su cui, in particolare: cfr. Cass. civ., 23 luglio 2007, n. 16215.

⁵³⁶ Cfr. L. A. BOTTAI, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 102; *contra*, F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma*, cit., p. 18, che, invece, parla di «promessa di adempimento satisfattiva»; *contra* Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, su www.ilcaso.it.

⁵³⁷ A tal riguardo, sull'ammissibilità della c.d. «cessione traslativa», in dottrina, v. C. CAVALLINI – B. ARMELI, *Sub art. 182, legge fallim.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., p. 744; M. VITIELLO, *Il concordato per cessione dei beni*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, cit., p. 262; A. M. PERRINO, *Sub art. 182, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2473. In giurisprudenza, v. Trib. Salerno, 4 luglio 2006, *cit.*; *contra* Cass. civ., 13 aprile 2005, n. 7661, in *Fall.*, 2005, p. 1435 ss.

comma 4, legge fallim., avrebbe potuto indurre nel senso dell'inammissibilità della c.d. cessione traslativa, stante l'obbligo del debitore di corrispondere unicamente una somma di denaro.

Venendo ai riflessi che tali novità comportano sul piano della «fattibilità economica», appare ragionevole affermare che ciò depotenzierà il grado di certezza del giudizio stesso di «fattibilità»: inevitabilmente il legislatore sembra così autorizzare, rispetto alla precedente formulazione dell'articolato normativo che, invece, ad avviso di chi scrive, conduceva all'accettazione di un rischio minore e più contenuto⁵³⁸, una maggiore alea nell'avveramento della percentuale promessa.

Pertanto, da un lato una lettura coordinata della soglia del venti per cento e del controllo di «fattibilità economica» non lascia più dubbi sulla necessità che ciò comporti la quasi «certezza» del risultato prescritto e prospettato; dall'altro, l'accentuazione dell'autonomia del debitore, non più costretto all'assunzione di un'obbligazione pecuniaria, attenua la rigidità del risultato finale nelle valutazioni prognostiche rimesse al giudice.

In conclusione, se, nel corso della procedura, il Tribunale accerti che sulla base di nuovi elementi, ovvero rivalutando gli stessi dati iniziali⁵³⁹, non vi sia più la verosimile certezza in ordine alla «fattibilità economica» del piano e che, quindi, le risorse disponibili non siano sufficienti a raggiungere il risultato del venti per cento, dovrà aprire la procedura di revoca. Bisognerebbe giustappunto considerare, tra l'altro, che la percentuale minima prescritta rappresenta, invero, un'ipotesi di «inadempimento di non scarsa importanza»⁵⁴⁰: pertanto, il venir meno della condizione di ammissibilità del pagamento del venti per cento, determinerà l'arresto della procedura⁵⁴¹.

⁵³⁸ Nella misura in cui il debitore avrebbe dovuto corrispondere unicamente un'obbligazione pecuniaria.

⁵³⁹ Cass. civ., 25 gennaio 2007, n. 1655, *cit.*

⁵⁴⁰ Cfr. A. M. PERRINO, *Sub art. 186, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., p. 2554; *contra*, L.A. BOTTAI, *Sub art. 160 legge fallim.*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 104 ss.

⁵⁴¹ Si è ben consapevoli che il mancato raggiungimento della soglia minima determinerà l'apertura di procedure di liquidazione giudiziale anche laddove il debitore si avvicina fortemente alla percentuale del venti per cento. E dovendo, pertanto, accettare il paradosso di liquidazioni

5.1. Segue: Dalla percentuale di pagamento del venti per cento all'apporto di «risorse esterne» ai sensi dell'art. 84, comma 4, del «Codice della crisi» e riflessi sulla «fattibilità» del concordato.

Tra le novità del «Codice della crisi» che attribuiscono al concordato liquidatorio una nuova conformazione, inficiandone il giudizio di «fattibilità», devono annoverarsi da un lato quelle ulteriori ritraibili dalla formulazione del nuovo art. 84, comma 4, e, dall'altro quelle *ex artt.* 114 e 115 del CCII.

L'art. 84, comma 4, del CCII statuisce che: «nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario». Pertanto, tale aspetto concerne la previsione di un'ulteriore condizione di ammissibilità: ovvero l'obbligo dell'apporto di «risorse esterne» nella misura del dieci per cento⁵⁴². Previsione, questa, che indubbiamente inquadra ancora una volta il concordato liquidatorio in un'ipotesi residuale.

L'introduzione di una nuova condizione di ammissibilità è indubbiamente il frutto di un «compromesso» tra la scelta di espungere dal contesto normativo la fattispecie del concordato liquidatorio⁵⁴³ e quella opposta di conservazione, ma accompagnata, quest'ultima, dalla presenza di talune «cautele», al fine di salvaguardare gli interessi dei creditori chirografari.

Pertanto, il testo finale e definitivo subordina la «fattibilità» all'apporto di utilità ulteriori a quelli rinvenibili nel patrimonio del debitore, e che aumentino il

giudiziali che assegnano ai creditori una percentuale di gran lunga inferiore rispetto a quella prospettata dal debitore con la proposta di concordato liquidatorio, ma che, tuttavia, sfiora soltanto quella minima legale. Seppur opinabile, il precetto è il frutto di valutazioni discrezionali del legislatore, che ha il merito, peraltro, di indurre il debitore ad attivarsi tempestivamente nella gestione della propria crisi prima che questa diventi «insolvenza».

⁵⁴² Cfr. G. B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., p. 267.

⁵⁴³ A tal riguardo, in tema di riordino della disciplina della procedura di concordato preventivo, il dato testuale dell'art. 6, comma 1, lett. *a*) del testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016, aveva previsto inizialmente l'inammissibilità di proposte che, in considerazione del loro contenuto sostanziale, avessero natura essenzialmente liquidatoria.

soddisfacimento dei chirografari nella misura del dieci per cento rispetto alla liquidazione giudiziale.

Procedendo con ordine, il primo nodo interpretativo da sciogliere attiene alla portata della locuzione «risorse esterne» al patrimonio del debitore⁵⁴⁴. L'utilizzo del lemma «risorse»⁵⁴⁵ sembra autorizzare un'interpretazione estensiva⁵⁴⁶, basata per lo più sulle capacità dell'apporto di incrementare l'attivo disponibile, pertanto può agevolmente ritenersi, come rilevato già dalla dottrina, che tale apporto non sia limitato al denaro, ma comprenda anche beni mobili o immobili, partecipazioni, crediti⁵⁴⁷, ovvero atti di terzi che comunque incidino in senso favorevole sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori, come può essere, altresì, l'atto di rinuncia ad una postergazione⁵⁴⁸.

Invero, risulta di ausilio a tal fine il ricorso al principio di «atipicità», che nuovamente informa il concordato liquidatorio, come poc'anzi evidenziato, nonché le possibili declinazioni della formula *ex art. 84, comma 3, del CCII*: pertanto, potranno considerarsi «risorse» tutte quelle utilità economicamente valutabili tali, appunto, da accrescere il patrimonio da liquidare.

Peraltro, si è consapevoli che l'accoglimento di un'accezione ampia del termine che, qui ci occupa, aggiunge ulteriori problemi applicativi: l'apporto di crediti, ovvero, immobili, ed altri beni necessariamente oggetto di stime, pone gli stessi problemi riscontrabili in sede di valutazione del patrimonio oggetto di liquidazione al fine del raggiungimento della percentuale del venti per cento e, quindi, di un fisiologico ed irrinunciabile margine di aleatorietà del risultato finale.

⁵⁴⁴ Cfr. V. CALANDRA BUONAURA - A. JORIO - G. MEO - P. MONTALENTI - R. SACCHI - G. SCOGNAMIGLIO - G. TERRANOVA, *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 915 ss.

⁵⁴⁵ Se il legislatore avesse voluto riferirsi esclusivamente all'apporto di finanziamenti di terzi avrebbe utilizzato tale diversa formula. E a ciò deve aggiungersi che nell'art. 87, comma 1, lett. c) si legge: «il piano deve indicare gli apporti di finanza nuova, se previsti», pertanto, non ripetendo la stessa locuzione nell'art. 84, comma 4, del CCII, deve desumersene l'intenzione del legislatore di accogliere un'accezione ampia del concetto di «risorse esterne».

⁵⁴⁶ V. CALANDRA BUONAURA, *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 929.

⁵⁴⁷ In tal senso, v. P. RINALDI, *La finanza esterna nel concordato liquidatorio: incentivi e istruzioni per l'uso*, su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 01 aprile 2019, p. 4 ss.

⁵⁴⁸ V. CALANDRA BUONAURA, *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 929.

Altro aspetto attiene alle «modalità di calcolo»⁵⁴⁹ della nuova percentuale. Nella versione iniziale dell'art. 84, comma 4, del CCII, infatti, mancava il riferimento alla liquidazione giudiziale, ovvero alla base di calcolo di partenza⁵⁵⁰ a cui raffrontare l'incremento del dieci per cento.

Pertanto, si sarebbero potute prospettare anche interpretazioni con risultati troppo onerosi ai fini del rispetto della nuova condizione di ammissibilità: qualora, ad esempio, si ritenga necessario un incremento del patrimonio del debitore nella misura pari al dieci per cento; ovvero, qualora si interpreti il dato letterale nel senso di una soddisfazione minima del trenta per cento per ciascun creditore chirografario, e ciò sommando le due percentuali del venti e dieci per cento.

Il riferimento al risultato conseguibile in sede di liquidazione giudiziale fa ragionevolmente ritenere che l'interpretazione preferibile sia la seguente: a seguito dell'apporto di «risorse esterne», la frazione del patrimonio spettante ai chirografari aumenterà del dieci per cento rispetto a quella attribuibile in sede di liquidazione giudiziale.

Ad avviso di chi scrive, la novità testè esposta aggiunge non solo una nuova condizione di ammissibilità, riflettendosi così sul giudizio di «fattibilità» e complicandone la portata, ma sembra anche aver introdotto un giudizio molto vicino a quello, *ex art. 87, commi 1, lett. f), e 3, del CCII*, del «miglior soddisfacimento dei creditori»: se nel concordato in continuità aziendale, l'art. 87, comma 1, lett. f), del CCII, richiede che il piano indichi le ragioni per le quali la continuità aziendale stessa è «funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori»; alla luce delle nuove disposizioni anche per quello liquidatorio, il legislatore introduce una presunzione *ex lege* «convenienza», predeterminando il criterio in presenza del quale il soddisfacimento delle pretese dei creditori in sede di concordato liquidatorio può ritenersi «migliore» rispetto alla liquidazione giudiziale.

⁵⁴⁹ Cfr. P. RINALDI, *La finanza esterna nel concordato liquidatorio*, p. 3 ss.

⁵⁵⁰ A tal riguardo, v. la prima versione dell'art. 84, comma 4, del CCII a mente del quale: «Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario».

Pertanto, l'immissione di «risorse esterne» declina contemporaneamente tanto una condizione di fattibilità, quanto un giudizio di convenienza per i creditori chirografari.

A ciò si aggiunga che la «convenienza» *latu sensu* della soluzione concordataria con cessione dei beni trova nelle disposizioni del «Codice della crisi» «nuova linfa»: l'art. 115 a differenza della vecchia legge fallimentare⁵⁵¹ attribuisce al liquidatore giudiziale il potere di proseguire, ovvero intraprendere, «ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti l'azione», nonché l'azione sociale di responsabilità. Tali azioni, in tal modo, andranno ad accrescere il patrimonio da liquidare⁵⁵², e possono ben essere ricomprese tra le «risorse esterne».

Un ultimo punto merita attenzione in quanto si iscrive tra quelle novità del «Codice della crisi» che ampliano i poteri del Tribunale nel concordato liquidatorio, e ne accentuano i profili pubblicistici, diversamente da quanto avvenuto con la riforma del 2005: il riferimento è al nuovo art. 114, del CCII, che sostituisce la disciplina contenuta nel vecchio art. 182, legge fallim. Mentre quest'ultimo, com'è noto, subordinava l'intervento del giudice all'assenza di nomina del liquidatore e di specificazione delle modalità di liquidazione da parte del debitore, trovando così il giudice un potere suppletivo e lasciando, seppur nei limiti sanciti dal previgente art. 182, legge fallim., più spazi di operatività al

⁵⁵¹ Com'è noto, ai sensi del vecchio art. 64 e ss., legge fallim., in sede di concordato preventivo, non potevano essere intraprese azioni revocatorie o di inefficacia, come pure le specifiche azioni risarcitorie previste dal previgente art. 146, legge fallim. A tal riguardo, in giurisprudenza, v. Trib. Bologna, 16 agosto 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 157 ss., con nota di E. BARCELLONA, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione di beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare?* In senso conforme all'esperibilità delle azioni di responsabilità, in dottrina, v. G. DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo, in ifallimentarista.it*, doc. n. 16 novembre 2012.

⁵⁵² In particolare, la dottrina ritiene che la novità sui poteri del liquidatore giudiziale costituirà un forte disincentivo per l'immissione di «finanza esterna» da parte degli organi sociali: mentre fino ad oggi costoro avevano interesse ad apportare nuova finanza al fine di evitare gli esiti pregiudizievoli del fallimento, derivanti dall'esercizio dell'azione sociale di responsabilità; al contrario, la previsione sull'«indisponibilità» di quest'ultima e la sua «contabilizzazione» negli attivi, condurrà amministratori/e o i soci verso valutazioni di segno opposto: cfr. P. RINALDI, *La finanza esterna nel concordato liquidatorio*, p. 6 ss.

debitore⁵⁵³, il nuovo «Codice della crisi» compie una decisa «virata» in senso opposto.

Infatti, quest'ultimo, mettendo fine alle precedenti difformità interpretative, stabilisce che: «se il concordato consiste nella cessione dei beni, il Tribunale nomina nella sentenza di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione. In tal caso, il Tribunale dispone che il liquidatore effettui la pubblicità prevista dall'articolo 490, primo comma, del codice di procedura civile e fissa il termine entro cui la stessa deve essere eseguita». Pertanto, tanto la nomina del liquidatore quanto la fissazione delle modalità di liquidazione non sono più aspetti che rientrano nella disponibilità del debitore.

⁵⁵³ Cfr. C. CAVALLINI – B. ARMELI, *Sub art. 182, legge fallim.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, cit., p. 740 ss.

6. La «fattibilità» della gestione concordataria della crisi del gruppo d'impresе alla luce delle novità del «Codice della crisi»: la legittimità dei trasferimenti di risorse infragruppo.

La nuova cornice normativa spicca, altresì, per aver colmato un'importante lacuna⁵⁵⁴: ovvero, la disciplina del concordato preventivo c.d. di gruppo⁵⁵⁵ agli artt. 284 e ss. del «Codice della crisi»⁵⁵⁶.

Com'è noto, il legislatore non aveva del tutto ignorato il problema della gestione unitaria della crisi del gruppo, ma a parte tali specifiche previsioni⁵⁵⁷, è pur sempre mancato il «coraggio» di un intervento sistematico e generale⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ In giurisprudenza, seppur con sfaccettature diverse, hanno riconosciuto legittimità al concordato preventivo di gruppo: cfr. Trib. Bologna, 8 ottobre 2009, su *www.ilcaso.it*; Trib. Parma, 10 luglio 2008, *ivi*; Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, *ivi*; Trib. Mondovì, 16 settembre 2005, *inedito*; Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 247 ss., con nota di G. FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*; Trib. Trento, 29 dicembre 2010, su *www.ilcaso.it*.

⁵⁵⁵ In dottrina, sotto il vigore della legge fallimentare, v. S. POLI, *Il «concordato di gruppo»*: I) *Profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impr.*, 2014, p. 1346; ID., *Il concordato di gruppo*: II) *Verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (parte II)*, in *Contratto e Impr.*, 2015, p. 104 ss.; R. SANTAGATA, *Concordato preventivo «di gruppo» e «teoria dei vantaggi compensativi»*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 216; ID., *Il concordato di gruppo nel progetto di riforma Rodorf: prime impressioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 681 ss.; G. RACUGNO, *Concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE – A. BASSI, vol. I, Padova, 2010, p. 503 ss.; M. SANDULLI, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., p. 984 ss.

⁵⁵⁶ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 277 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, p. 413 ss.; F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2019, I, p. 1 ss.; F. LAMANNA, *Il Civilista, Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, vol. IV, 2019, p. 19 ss.

⁵⁵⁷ Si fa riferimento alla disciplina dell'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e, quindi, alla legge Prodi-*bis*, d.lgs. n. 270/1999, e la c.d. legge Marzano, l. n. 39/2004, il cui art. 4-*bis*, secondo comma, si occupa, in particolare, del concordato preventivo di gruppo.

⁵⁵⁸ La mancanza di una disciplina organica della crisi e dell'insolvenza nei gruppi di società, invero, caratterizza anche altri ordinamenti internazionali ed europei. In particolare, nell'ordinamento degli Stati Uniti, la giurisprudenza delle Corti ha fatto spesso applicazione della c.d. «*substantive consolidation doctrine*», ammettendo il consolidamento dei patrimoni delle società del gruppo, in taluni casi per «reprimere l'abuso dello schermo della personalità giuridica», altrove, invece, per ragioni di «opportunità e convenienza», e altre volte ancora, per approntare una maggiore tutela «all'affidamento dei creditori» sull'esatta portata della garanzia patrimoniale: cfr. D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento di patrimoni (substantive consolidation)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 591 ss. Sul punto, v. H. HIRTE, *Corporate Groups Insolvency*, in *ECFR*, 2008, p. 213 ss. Quanto, invece, all'ordinamento comunitario il Reg. UE n.

L'opportunità di una gestione unitaria della crisi è data, in caso di liquidazione, dal maggior realizzo della cessione aggregata degli *assets* presenti nei patrimoni delle diverse imprese in crisi, mentre, in caso di iniziative di risanamento dal mantenimento delle «sinergie»⁵⁵⁹ e, quindi, dei valori ricollegabili alle c.d. economie di scala⁵⁶⁰.

Pertanto, il legislatore ha dato piena «cittadinanza» al concordato preventivo «di gruppo».

Sotto il profilo sostanziale, il legislatore non ha abbandonato il principio giurisprudenziale della separazione delle masse attive e passive: viene riconosciuta la possibilità di presentare un'unica domanda di accesso alla procedura concordataria con un piano unitario, ovvero con «più piani reciprocamente collegati e interferenti», purchè tutte le società partecipanti si trovino in stato di crisi o di insolvenza⁵⁶¹.

848/2015 detta regole precipuamente dedicate alla crisi dei gruppi di imprese transfrontaliere, in particolare, agli artt. 56 -77, dove si è previsto un coordinamento delle procedure di insolvenza relative a più membri dello stesso gruppo di società. Per un esame più approfondito, v. N. ABRIANI – L. PANZANI, *Crisi ed insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO e L. PANZANI, cit., p. 2991 ss. Quanto, poi, ai singoli ordinamenti europei, com'è noto, tra di essi si distingue quello tedesco per aver dettato per primo una specifica ed organica disciplina in materia di gruppo. In particolare, quanto alle procedure concorsuali, deve qui menzionarsi che è allo studio un progetto di legge volto a riconoscere forme di coordinamento sul piano procedurale, fermo il principio della separazione delle masse patrimoniali: cfr. M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, cit., vol. 3, nt. 3, p. 2695. Più in generale, sul tema della disciplina del gruppo di impresa nell'ordinamento tedesco, v. A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p. 165 ss. Un cenno merita, poi, l'ordinamento francese dove malgrado l'assenza di una disciplina di dettaglio, si è assistito ad un ruolo suppletivo della giurisprudenza, che ha cercato di arginare il problema degli abusi della capogruppo a danno delle controllate anche in sede di procedure di ristrutturazione, fino ad ammettere l'unità del procedimento; si registrano, infatti, taluni provvedimenti che hanno esteso a tutte le società del gruppo la procedura concorsuale aperta in capo alla società madre; altre volte, ancora, si è proceduto alla nomina degli stessi organi, con il compito di redigere un unico *plan de redressement*: cfr. Trib. Toulouse, 22 novembre 1968, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1969, p. 169; Trib. Lille, 20 dicembre 1970, in *Juris Classeur Périodique*, 1970, II, p. 16388.

⁵⁵⁹ Cfr. P. BASTIA – R. BROGI, *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Assago, 2016, p. 41.

⁵⁶⁰ In tal senso, v. S. POLI, *Il «concordato di gruppo»: I) Profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, cit., p. 1346; R. SANTAGATA, *Concordato preventivo «di gruppo» e «teoria dei vantaggi compensativi»*, cit., p. 216.

⁵⁶¹ A. FAROLFI, *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 22 maggio 2019, p. 1 ss.

La scelta di intraprendere la strada del concordato di gruppo resta, pertanto, facoltativa, purchè sia «conveniente» per tutti i creditori, apportando «benefici in termini di efficienza della gestione e di risparmio dei costi»⁵⁶², ovvero uno «specifico plusvalore per ciascuna impresa»⁵⁶³ che, invece, non sarebbe conseguibile con una domanda individuale di concordato.

L'art. 284, comma 4, del CCII, infatti, subordina la «fattibilità giuridica» della gestione unitaria della crisi del gruppo «al miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese»; tale scelta deve così indicare le ragioni di «convenienza» per tutti i creditori non solo rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, ma anche rispetto all'eventuale proposta di concordato individuale.

Anche nell'ambito di tale fattispecie, il piano unitario, ovvero i piani delle singole società in stato di crisi o di insolvenza assumono la struttura di un *business plan* contenente le informazioni sulla situazione economico-patrimoniale e finanziaria delle singole imprese, sulle cause della crisi, nonché sulle azioni da intraprendere onde assicurare tanto il superamento dell'esposizione debitoria, quanto il riequilibrio della situazione finanziaria di ognuna⁵⁶⁴.

A tal riguardo, ai sensi dell'art. 285 del «Codice della crisi», il piano può prevedere la liquidazione di talune imprese, e la continuazione dell'attività di altre. Quanto alla fattispecie concordataria liquidatoria, sebbene non vi sia alcun richiamo alle disposizioni generali sui presupposti di ammissibilità prescritti per il concordato con cessione dei beni, deve ritenersi sulla base di un'interpretazione sistematica degli artt. 84, comma 4, e 285 del CCII, che anche in presenza di un concordato di gruppo, debba essere rispettata la soglia minima del venti per cento, nonché quella appena introdotta dell'apporto di «risorse esterne» nella misura minima del dieci per cento. Risorse, quest'ultime, che possono essere

⁵⁶² G. TERENCE, *Gruppi di imprese nella novella concorsuale*, in *Crisi di impresa e insolvenza*, cit., p. 162.

⁵⁶³ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 281.

⁵⁶⁴ Quanto alla struttura del piano, l'art. 284, comma 5, del CCII, richiama espressamente l'art. 56, comma 2, del CCII, ovvero il contenuto dei piani attestati di risanamento.

rappresentate anche dai c.d. trasferimenti infragruppo *ex art. 285, comma 2, del CCII*, come da qui a breve si dirà.

Pertanto, considerando l'autonomia soggettiva delle singole imprese del gruppo e, quindi, la separazione formale delle rispettive masse patrimoniali attive e passive, la «fattibilità» non potrà prescindere dai presupposti generali in tema di soluzioni liquidatorie, richiedendo quegli stessi controlli del Tribunale più sopra esaminati. Tra l'altro, l'eventuale soluzione liquidatoria di tutte le imprese del gruppo resta qui assoggettata al rispetto di un'ulteriore condizione: come suaccennato, la proposta di gestione unitaria della crisi, a prescindere dalle concrete modalità di soddisfacimento dei creditori, deve dare contezza della «convenienza» di tale scelta in funzione del «miglior soddisfacimento di tutti i creditori», delineando così un ulteriore intervento deliberativo del Tribunale, e che potrebbe essere ravvisato nel «plusvalore» derivante dalla vendita unitaria, oppure dalla riduzione dei costi delle procedure⁵⁶⁵.

La procedura concordataria accentrata può caratterizzarsi anche per la presenza di un concordato di gruppo c.d. misto; in tale ultima ipotesi, l'art. 285, comma 1, del CCII, sancisce l'applicazione della sola disciplina prevista per il concordato in continuità aziendale «quando confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, compresa la cessione del magazzino».

Pertanto, il Tribunale è chiamato ad una verifica particolarmente complessa, in quanto l'accertamento del criterio c.d. della «prevalenza quantitativa» riguarda l'attività complessiva delle imprese del gruppo, considerando, tra l'altro, la possibilità che una singola impresa adotti essa stessa un piano di concordato c.d. misto.

A controbilanciare tale complessità, peraltro, lo stesso art. 285, comma 1, del CCII, accertata la prevalenza dei flussi finanziari della continuità aziendale, sembra consentire il soddisfacimento dei creditori delle imprese con piano

⁵⁶⁵ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 277.

liquidatorio anche in misura inferiore al venti per cento⁵⁶⁶. Favorendo, così, ancora una volta la concreta realizzabilità del concordato preventivo.

Il richiamo alla disciplina del concordato in continuità aziendale comporta, in particolare, il controllo sulla «fattibilità economica» per ciascun piano approntato dalle imprese del gruppo⁵⁶⁷: l'attuabilità e realizzabilità tanto in termini giuridici, quanto economici andranno accertate in relazione a ciascuna impresa. Invero, non può escludersi che la «fattibilità economica» sia resa più semplice in presenza di piani tra loro «collegati ed interferenti», con la previsione, ad esempio, di operazioni di continuità indiretta tra le stesse imprese del gruppo, tenendo così conto del grado di interazione economico-finanziario tra le imprese del gruppo.

Decisamente meno «timido»⁵⁶⁸ è stato il legislatore con la previsione *ex art.* 285, comma 2, del CCII: alla luce delle nuove disposizioni è ammissibile la previsione di trasferimenti di risorse infragruppo⁵⁶⁹, purchè un «professionista attesti che sono necessari per la continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del «miglior soddisfacimento dei creditori» di tutte le imprese del gruppo».

La disposizione testè citata pone fine al lungo dibattito sull'ammissibilità di forme di *substantive consolidation*: invero, in passato parte della dottrina aveva tentato un parziale superamento del dogma della separazione delle masse attive, in un'ottica di *favor* del concordato di gruppo. La possibilità di destinare parte del patrimonio di una società del gruppo al soddisfacimento dei creditori di altre società dello stesso, aveva trovato appiglio, in parte, nell'assunto della derogabilità nel concordato preventivo dell'art. 2740 c.c., nella misura in cui l'istituto del concordato preventivo rappresenterebbe un'ipotesi *ex lege* di separazione

⁵⁶⁶ Cfr. G. B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., p. 309; A. FAROLFI, *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi*, cit., p. 9 ss.

⁵⁶⁷ In presenza di un concordato di gruppo prevalentemente liquidatorio, il rispetto delle condizioni di «fattibilità» andrà verificato dal Tribunale in relazione a ciascuna società del gruppo.

⁵⁶⁸ Definisce in tali termini la nuova disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente: cfr. M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2016, p. 268.

⁵⁶⁹ Nonché operazioni contrattuali e riorganizzative. A tal riguardo, in particolare, v. R. BROGI – P. BASTIA, *Operazioni societarie straordinarie*, cit., p. 73 ss.

patrimoniale⁵⁷⁰. Secondo tale interpretazione, infatti, a fronte dell'ammissibilità di parziali destinazioni del patrimonio dell'imprenditore ai propri creditori, tanto nel concordato liquidatorio quanto in quello in continuità aziendale, avrebbe dovuto ritenersi legittimo un trasferimento di risorse infragruppo, che avrebbe così facilitato la stessa «fattibilità» del concordato di gruppo, oltre che realizzare una maggiore convenienza del medesimo⁵⁷¹ per tutti i creditori.

Con la precisazione, tra l'altro, che il pregiudizio patito dai creditori della società «cedente» avrebbe dovuto necessariamente trovare «equo contemperamento» nella regola dei c.d. «vantaggi compensativi», il cui accertamento era rimesso al Tribunale⁵⁷². Vantaggi, quest'ultimi, esistenti se dalla liquidazione aggregata, ovvero dalla ristrutturazione delle imprese dell'intero gruppo, la società il cui patrimonio era in parte destinato al soddisfacimento dei creditori ad essa terzi poteva ragionevolmente ritenersi avvantaggiata dalla sua «partecipazione al gruppo»⁵⁷³. In particolare, tali benefici, come ha ben evidenziato la dottrina, potevano consistere anche nella «mera sopravvivenza della società stessa»⁵⁷⁴, la cui adesione al concordato di gruppo avrebbe così impedito la dichiarazione di fallimento.

Orbene, alla luce delle novità del «Codice della crisi» la «fattibilità» di un concordato di gruppo c.d. misto, che prevede un trasferimento di risorse da un'impresa ad un'altra del gruppo, si presta alle seguenti considerazioni. Ai sensi dell'art. 285, comma 2, del CCII, è certamente ammissibile un trasferimento di risorse a favore di un'impresa con un piano in continuità aziendale, purchè siano rispettate le condizioni richieste dalla summenzionata disposizione: ovvero, che tali attribuzioni siano «necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese

⁵⁷⁰ Cfr. G. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 359 ss.; *contra* R. SANTAGATA, *Concordato preventivo «di gruppo»*, cit., p. 228 ss.

⁵⁷¹ Cfr. S. POLI, *Il concordato di gruppo: II) Verifica critica degli approdi giurisprudenziali*, cit., p. 108 ss.

⁵⁷² Cfr. S. POLI, *Il concordato di gruppo: II) Verifica critica degli approdi giurisprudenziali*, cit., p. 108 ss.; R. SANTAGATA, *Concordato preventivo «di gruppo»*, cit., p. 249 ss.

⁵⁷³ Cfr. L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, p. 1361.

⁵⁷⁴ Cfr. L. PANZANI, *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali*, cit., p. 1362.

per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo». Invero, nel leggere la disposizione si sarebbe tentati di escludere la «fattibilità» di quei concordati di gruppo, che prevedono lo spostamento di risorse a favore di un'impresa che ha, invece, presentato un piano concordatario liquidatorio: ciò in quanto l'art. 285, comma 2, del CCII, richiede la funzionalità degli spostamenti di ricchezza rispetto alla continuità aziendale per le imprese del gruppo per le quali tale continuità è prevista. Tuttavia, ad una più attenta lettura della disposizione deve dedursene l'ammissibilità di un «travaso» di risorse anche a favore di un'impresa il cui patrimonio deve essere liquidato⁵⁷⁵, per le seguenti ragioni.

Si consideri l'ipotesi in cui il trasferimento di risorse infragruppo consenta la «fattibilità» del piano dell'impresa per la quale è prevista la liquidazione del patrimonio: da un lato tale apporto determina il raggiungimento della soglia minima del venti per cento, e, dall'altro, quella superiore del dieci, nella misura in cui tali spostamenti di ricchezza possono essere ricondotti nel perimetro delle «risorse esterne», ovvero di «finanza esterna»⁵⁷⁶. E ciò sarà necessario se non può dirsi sussistente il criterio della c.d. «prevalenza quantitativa» dei flussi di cassa provenienti dalla continuità aziendale, che, ripetesi, comporta ai sensi dell'art. 285, comma 1, del CCII, l'applicazione della sola disciplina del concordato in continuità aziendale.

Infatti, l'art. 285, comma 2, del CCII, non specifica quali imprese debbano essere «beneficiarie» dell'attribuzione patrimoniale, ma richiede, ai fini della valutazione giudiziale di «fattibilità», che ciò sia funzionale alla continuità aziendale delle imprese interessate da tali piani, oltre che della massimizzazione degli interessi dei creditori di tutte le imprese del gruppo in concordato.

Pertanto, si è dell'avviso che la deroga all'art. 2740 c.c., ovvero la possibilità di soddisfare i creditori di una delle imprese del gruppo con parte del patrimonio di altra impresa, non sia legittima in caso di soluzioni unicamente liquidatorie⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 289.

⁵⁷⁶ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 289.

⁵⁷⁷ In senso critico: cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 289.

Va, tra l'altro, aggiunto che l'art. 285, comma 2, del CCII, non pone un vincolo di destinazione in relazione al trasferimento di risorse infragruppo: pertanto, le stesse ben potrebbero essere funzionali in via esclusiva alla sostenibilità della continuità aziendale della società «beneficiaria», e non all'immediato pagamento dei creditori.

Preme, altresì, sottolineare che ancora una volta la deroga al principio della universalità della responsabilità patrimoniale trova fondamento nel *favor* verso soluzioni conservative dell'attività d'impresa, e, quindi, nella più volte menzionata logica di facilitare la «fattibilità» delle soluzioni concordatarie.

Altro aspetto degno di attenzione, e strettamente connesso alla questione appena esposta, attiene alla possibilità per i soci delle società interessate da operazioni straordinarie⁵⁷⁸ di fare opposizione all'omologazione del concordato di gruppo, se costoro ritengono tali operazioni lesive dei rispettivi interessi, in quanto comportano una diminuzione del valore della propria quota di partecipazione⁵⁷⁹.

Viene, così, data attuazione a quanto previsto nell'articolo. 3, comma 2, lettera *f*), della l. n. 155 del 2017: ovvero concentrare la tutela del socio contrario alle operazioni previste dall'art. 285, comma 2, del CCII, esclusivamente in sede di omologazione.

Il legislatore ha dato espressamente ingresso al principio dei «vantaggi compensativi» al di fuori dell'art. 2497, comma 1, c.c. e, quindi, in tema di responsabilità della capogruppo, ampliando gli spazi operativi del giudice⁵⁸⁰. Quest'ultimo dovrà, così, valutare ai fini della «fattibilità» del concordato di gruppo, l'eventuale pregiudizio per il singolo socio opponente, confrontandolo con i «vantaggi» che allo stesso deriverebbero dalle operazioni poste in essere in esecuzione del concordato di gruppo. A tal riguardo, adattando il suddetto principio al concordato preventivo, la dottrina rileva che ai fini dell'omologazione del concordato di gruppo, il Tribunale dovrà accertare con valutazione prognostica

⁵⁷⁸ Si noti che l'art. 285, commi 3 e 5, del CCII, contiene un'imprecisione: le operazioni ritenute «pregiudizievoli» dal creditore, ovvero dal socio opponente, non sono quelle previste nel comma 1 dell'art. 285, ma quelle elencate nel comma 2 della medesima disposizione.

⁵⁷⁹ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 290.

⁵⁸⁰ Cfr. F. GUERRERA, *La regolazione negoziale della crisi*, cit., p. 5.

che il valore della quota di partecipazione del socio opponente non sarà inferiore rispetto a quello che «conseguirebbe nel caso di liquidazione giudiziale della singola società»⁵⁸¹.

Il «Codice della crisi» pertanto, recependo la regola dei «vantaggi compensativi» nel concordato preventivo di gruppo, fornisce l'autorità giudiziaria di uno strumento ulteriore, ed in parte discrezionale, funzionale ad assicurare, ancora una volta, la «fattibilità giuridica ed economica» del concordato.

Alla luce di tali considerazioni, bisognerebbe chiedersi se l'opposizione del singolo socio possa impedire l'omologazione del concordato di gruppo: ad una prima lettura, si è dell'avviso che, se tale concordato soddisfa la condizione di ammissibilità circa il «migliore soddisfacimento dei creditori» di ogni impresa del gruppo, il Tribunale potrà omologare il concordato di gruppo, e ciò secondo una logica di bilanciamento di opposti interessi, in cui quelli dei creditori sono pur sempre prioritari rispetto a quelli ulteriori dei soci⁵⁸².

Le novità del «Codice della crisi» in tema di trasferimenti di risorse infragruppo seguono indubbiamente una logica differente da quella che si rinviene tanto nelle previsioni dell'*Uncitral*⁵⁸³, in particolare nelle *Recomendations*, n. 219-232, in cui la c.d. *substantive consolidation* acquista una connotazione diremmo quasi «sanzionatoria» rimessa alla presenza di situazioni «patologiche ed eccezionali»⁵⁸⁴, di «confusione dei patrimoni»⁵⁸⁵, ovvero di condotte fraudolente; quanto nelle applicazioni della giurisprudenza statunitense⁵⁸⁶.

Nel nuovo «Codice della crisi», il fondamento della legittimità di operazioni di trasferimento di risorse infragruppo sembra, infatti, prescindere dalle summenzionate logiche, in quanto orientata, piuttosto, verso la buona riuscita del

⁵⁸¹ Cfr. G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel Codice della Crisi*, cit., p. 290.

⁵⁸² Inoltre, ciò potrebbe comportare un'interpretazione estensiva della locuzione dei «vantaggi compensativi», tanto da includere tra quest'ultimi anche la mera partecipazione al concordato di gruppo dell'impresa «cedente».

⁵⁸³ Cfr. *Uncitral, Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*, New York, 2012, p. 20 ss.

⁵⁸⁴ Cfr. N. ABRIANI – L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi*, cit., p. 3007 ss.

⁵⁸⁵ Cfr. M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento*, cit., nt 8, p. 2697.

⁵⁸⁶ V. nt. 558.

piano concordatario e restando, comunque, subordinata alla verifica del Tribunale sul «miglior soddisfacimento dei creditori».

Sul piano processuale, poi, ai sensi dell'art. 286, del CCII, viene assicurata maggiore celerità ed efficienza con la previsione di un'unica procedura radicata presso il Tribunale nella cui circoscrizione la capogruppo ha il centro degli interessi principale, ovvero, in mancanza, dove si trova l'impresa con maggiore esposizione debitoria. La procedura si caratterizza per la nomina di un unico giudice delegato ed un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo.

Tuttavia, non viene superato il principio c.d. di *procedural consolidation*: è prevista una votazione contestuale, ma separata.

Viene, altresì, risolto un altro aspetto processuale rilevante: l'art. 286, ultimo comma, del CCII, scinde le sorti del concordato di gruppo omologato dalla risoluzione o annullamento, che attengano ad una o più imprese del gruppo, salvo che tali situazioni interferiscano con l'attuazione del piano delle altre imprese.

In conclusione, dalle considerazioni testè svolte in questo terzo capitolo può ragionevolmente affermarsi che l'attribuzione all'autorità giudiziaria del controllo sulla «fattibilità», anche economica, del concordato, abbia in sostanza «frenato» la spinta alla c.d. «privatizzazione» della procedura concordataria, che aveva caratterizzato la riforma del 2005; l'ampliamento dei poteri interdittivi del giudice è, invero, reso ancora più evidente con la verifica sul «miglior soddisfacimento dei creditori» che, come più volte accennato, continua a caratterizzare il concordato in continuità aziendale.

CAPITOLO IV

IL RAPPORTO TRA CONTROLLO DI «FATTIBILITA'» DEL CONCORDATO E «MIGLIOR SODDISFACIMENTO DEI CREDITORI».

SOMMARIO: 1. La ricostruzione del rapporto tra giudizio di «fattibilità» e «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito del concordato in continuità aziendale nel «Codice della crisi». 2. La questione del significato da attribuire alla clausola del «miglior soddisfacimento dei creditori». 2.1. *Segue*: Spunti interpretativi ricavabili dal «Codice della crisi» sul significato del «miglior soddisfacimento dei creditori». 3. Argomenti a sostegno della tesi che nega la riconducibilità del parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito del concetto di «clausola generale». 4. Il «miglior soddisfacimento dei creditori» e la tutela di interessi concorrenti nel concordato con continuità aziendale. 5. I poteri di controllo del Tribunale in sede di opposizione all'omologazione ed i punti di «frizione» con la Direttiva UE 2019/1023. 6. Riflessioni sul nuovo ruolo dell'eteronomia giudiziale ai sensi del «Codice della crisi».

1. La ricostruzione del rapporto tra giudizio di «fattibilità» e «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito del concordato in continuità aziendale nel «Codice della crisi».

Dall'indagine sin qui compiuta, emerge che il vaglio giudiziale sulla «fattibilità» costituisce la «prospettiva» più adeguata onde analizzare lo *spatium operandi* dell'autorità giudiziaria nel concordato preventivo.

Come risulta dalle considerazioni svolte in precedenza, il «Codice della crisi» ha attribuito al giudice tanto il controllo di «fattibilità giuridica», tanto di «fattibilità economica»: il legislatore non ha rinunciato al suddetto binomio, ma ha, tuttavia, sul piano sostanziale, ridotto ad «unità» il requisito di «fattibilità» nell'ambito del controllo giudiziale.

Tuttavia, il «Codice della crisi» sembrerebbe lasciare irrisolta l'ulteriore questione attinente il vaglio giudiziale sul «miglior soddisfacimento dei creditori»: l'interprete deve, pertanto, interrogarsi sul rapporto intercorrente tra il controllo di «fattibilità» e quello del «miglior soddisfacimento dei creditori», locuzione, quest'ultima, richiamata, come si dirà, in diverse disposizioni del nuovo «Codice della crisi»; e ciò al fine precipuo di meglio comprendere lo spazio operativo del giudice rispetto alla clausola del «miglior soddisfacimento dei creditori». Per il momento si cercherà di rispondere alla prospettata questione, rinviando ai successivi paragrafi il tema ulteriore e contiguo dell'esatta portata, nonché della natura del «miglior soddisfacimento dei creditori».

Il punto di partenza di tale indagine è dato, in particolare, dall'art. 87, commi 1, lett. *f*), e 3, del CCII: da un lato, il primo comma della succitata disposizione statuisce che in caso di continuità aziendale, il piano concordatario deve, tra l'altro, indicare le «ragioni» per le quali la continuità aziendale sia «funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori»; dall'altro, il terzo comma stabilisce che: «in caso di concordato in continuità aziendale la relazione del professionista indipendente deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori».

Tralasciando per ora le altre ipotesi di espressa menzione del «miglior soddisfacimento dei creditori»⁵⁸⁷, possono essere svolte le seguenti considerazioni quanto al concordato in continuità aziendale⁵⁸⁸. Orbene, la previsione contenuta nell'art. 87, comma 1, lett. f), del CCII, si traduce in un ulteriore obbligo per il debitore: costui dovrà esplicitare con chiarezza le ragioni per le quali la prosecuzione dell'attività dell'impresa consentirebbe risultati «migliori», rispetto ad una diversa soluzione della crisi d'impresa, per la «collettività»⁵⁸⁹ dei creditori, e ciò alla luce dei rischi che i creditori stessi corrono quando è prevista la continuità aziendale. Pertanto, dalla succitata disposizione si evince che la prospettiva del «miglior soddisfacimento dei creditori» rappresenta la condizione che giustifica il mantenimento in vita dell'impresa.

Proprio per questo, il «Codice della crisi» richiede, altresì, l'attestazione del professionista in merito alla funzionalità della continuità aziendale rispetto al «miglior soddisfacimento dei creditori»: costui dovrà attestare con esaustività e chiarezza, che le prospettive di soddisfacimento della massa dei creditori sono meglio tutelate mediante la continuità aziendale.

Bisogna, allora, chiedersi quali considerazioni possono trarsi dalle summenzionate disposizioni. Con la proposta di concordato in continuità aziendale, l'obbligo del debitore non è solo quello di riportare in equilibrio economico-finanziario l'impresa in stato di crisi e di soddisfare i creditori nella percentuale promessa⁵⁹⁰, ma anche quello di assicurare ai suoi creditori una prospettiva soddisfacente «migliore». Inoltre, l'attestazione del professionista, *ex art.* 87, comma 3, del CCII, deve essere letta congiuntamente a quella ulteriore resa dal

⁵⁸⁷ La locuzione della «miglior soddisfazione dei creditori» è contenuta, altresì, anche in altre disposizioni del «Codice della crisi»: infatti, tale parametro condiziona il rilascio delle specifiche autorizzazioni al compimento degli atti, *ex art.* 99; 100; e 94, comma 3, del CCII, rispetto ai quali il Tribunale deve valutare, come più attentamente si dirà, l'impatto degli stessi sulla «collettività dei creditori», accertandone la funzionalità rispetto al miglioramento delle prospettive soddisfacenti.

⁵⁸⁸ La questione del giudizio del «miglior soddisfacimento dei creditori» in rapporto alla fattispecie del concordato liquidatorio sarà oggetto di trattazione nel prosieguo della trattazione.

⁵⁸⁹ G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza*, Roma, 2018, p. 148 ss.

⁵⁹⁰ In relazione alla questione del carattere vincolante della percentuale di pagamento dei creditori chirografari nel concordato in continuità aziendale: v. Cap. III, pf. 3.1.

professionista stesso, sulla «veridicità dei dati aziendali» e sulla «fattibilità del piano», *ex art. 87, comma 2, del CCII*. Orbene, da una lettura sistematica delle succitate disposizioni, se ne deve dedurre che il «miglior soddisfacimento dei creditori» rappresenta un parametro che conforma la «causa in concreto», ovvero se si preferisce la «funzione», del concordato in continuità aziendale: tale criterio delimita, così, il «perimetro funzionale del concordato in continuità aziendale»⁵⁹¹. Ciò si traduce in un'affermazione tutt'altro che scontata: il criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» arricchisce, così, il giudizio di «fattibilità» del piano in continuità aziendale, rientra, dunque, nel controllo sulla «fattibilità», condizionandolo e distinguendolo dal controllo di «fattibilità» del concordato liquidatorio, ove, invece, il criterio qui in commento non è espressamente richiamato dal legislatore.

Pertanto, l'indagine fin qui svolta ci ha consentito di rispondere al primo interrogativo posto in apertura: ovvero, il rapporto che intercorre tra la verifica di «fattibilità» ed il criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori». In via consequenziale, com'è facilmente intuibile, si pone la questione dello spazio operativo del giudice su tale aspetto.

Sebbene il «Codice della crisi», ripetesi, non estenda espressamente il vaglio giudiziale sul «miglior soddisfacimento dei creditori», la soluzione deve essere ricavata da una lettura sistematica del dato normativo: non si può pensare di escludere dal controllo giudiziale un presupposto del concordato in continuità aziendale, né tantomeno limitare il vaglio del giudice alla relazione del professionista circa la «correttezza» e «congruità» dell'attestazione stessa. Soluzione, quest'ultima, che si risolverebbe in un mero controllo di secondo grado.

Nel momento in cui si afferma, da un lato, che il criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» entra nel giudizio di «fattibilità», in quanto il «miglior soddisfacimento dei creditori» rappresenta uno specifico impegno del debitore, caratterizzando, così, la funzione stessa del concordato in continuità aziendale; e dall'altro, che la significativa novità del «Codice della crisi» è rappresentata dall'espressa attribuzione al giudice del controllo di «fattibilità»,

⁵⁹¹ Così R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 19.

inteso, quest'ultimo, quale, ripetesi, pieno controllo di merito tanto sugli aspetti giuridici quanto economici, deve, dunque, in virtù di un principio di coerenza sistematica, giungersi alla seguente conclusione: il controllo sul parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori» appartiene al perimetro cognitivo dell'autorità giudiziaria.

Pertanto, il giudice in sede di ammissione dovrà non solo verificare che il piano è idoneo ad assicurare il riequilibrio economico-finanziario dell'impresa in stato di crisi, ma, altresì, che la fuoriuscita dell'impresa dallo stato di crisi avvenga realizzando il «miglior soddisfacimento dei creditori»⁵⁹²: se il Tribunale dovesse ritenere ciò «non fattibile», non ammetterà il debitore al concordato; si delinea, in tal modo, un controllo di merito pieno. Inoltre, considerando che il giudice gode degli stessi poteri interdittivi nelle tre fasi della procedura concordataria⁵⁹³, il Tribunale dovrà arrestare la procedura stessa se dovesse ritenere che la continuità aziendale non sia più funzionale al «miglior soddisfacimento dei creditori»⁵⁹⁴, in quanto, appunto, non vi è più la condizione di «fattibilità» del piano.

⁵⁹² Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 33.

⁵⁹³ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, *cit.*

⁵⁹⁴ Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 33.

2. La questione del significato da attribuire alla clausola del «miglior soddisfacimento dei creditori».

L'ampia trattazione svolta sulla «fattibilità», ci ha consentito, come appena visto, di giungere alla seguente conclusione: anche l'indagine sul parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori» rientra nel perimetro cognitivo del giudice. Quest'ultimo, infatti, dovrà ritenere «fattibile» solo quel piano concordatario in continuità aziendale che sia idoneo, altresì, a «migliorare» le prospettive di soddisfacimento dei creditori⁵⁹⁵.

Così come in passato, anche il «Codice della crisi» non specifica il significato da attribuire alla locuzione del «miglior soddisfacimento dei creditori». Pertanto, si cercherà, in primo luogo, di comprendere la portata del suddetto parametro, specie alla luce delle nuove disposizioni, e, successivamente, valutare il possibile tentativo di ricondurre tale parametro nell'ambito di una «clausola generale», che ne ampli, così, la portata oltre i casi in cui esso è espressamente richiamato. Rimandando per il momento la seconda questione, bisogna concentrare l'attenzione sul significato attribuibile alla locuzione del «miglior soddisfacimento dei creditori».

In primo luogo, deve tuttora condividersi il risultato cui era in passato pervenuta la prevalente dottrina⁵⁹⁶: il giudizio che qui ci occupa si riferisce alla «platea dei creditori da soddisfare»⁵⁹⁷. Infatti, il controllo sul miglioramento delle prospettive soddisfattive deve essere riferito ai creditori intesi collettivamente e non *uti singuli*⁵⁹⁸. Sarebbe, invero, del tutto irragionevole, finanche arbitrario, ritenere

⁵⁹⁵ Cfr. P. G. CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, su www.ilfallimentarista.it, p.1 ss. Secondo tale A., infatti, tale parametro sussiste se: «sia ragionevole prevedere la generazione di risorse finanziarie addizionali tali da incrementare le risorse a disposizione dei creditori medesimi, nonostante le riduzioni di valore e le predeuzioni nel frattempo maturate».

⁵⁹⁶ Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori, (quattro tesi)*, in *Fall.*, 2017, p. 638; P. G. CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità*, cit., p.1 ss.; G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti*, cit., p. 148 ss.

⁵⁹⁷ Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 637 ss.

⁵⁹⁸ Cfr. P. VELLA – F. LAMANNA – S. PACCHI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di M. FERRO – P. BASTIA – G.M. NONNO, Milano, 2013, p. 187.

che il giudice debba valutare un miglioramento delle aspettative di ogni singolo creditore, ovvero del grado di soddisfazione individuale di ciascun creditore: ciò, infatti, attiene alla sfera soggettiva del creditore.

La soluzione testè esposta si lascia preferire, in quanto, diversamente opinando, non solo verrebbe esteso immotivatamente il perimetro cognitivo del giudice, ma ciò rappresenterebbe, altresì, una soluzione del tutto impraticabile.

Pertanto, la dottrina⁵⁹⁹ ha specificato che rileva solo il grado di soddisfacimento assicurato complessivamente alla massa dei creditori: e ciò emerge, altresì, in relazione alle ulteriori e specifiche ipotesi⁶⁰⁰ in cui il parametro è espressamente richiamato⁶⁰¹. In particolare, quanto alla fattispecie dei finanziamenti prededucibili, prevista dall'art. 99, del CCII,⁶⁰² deve rilevarsi che il richiamo alla «migliore soddisfazione dei creditori»⁶⁰³ induce a ritenere che, il giudice al fine di rilasciare tale autorizzazione dovrà effettuare un'attenta comparazione tra gli oneri⁶⁰⁴ derivanti dalla concessione dei suddetti finanziamenti e gli esiti positivi scaturenti dalla disponibilità delle nuove risorse⁶⁰⁵: quest'ultimi

⁵⁹⁹ G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, cit., p. 150.

⁶⁰⁰ Ipotesi, queste, che richiedono, altresì, il rilascio della specifica attestazione del professionista circa la funzionalità, tanto dei finanziamenti prededucibili, ex art. 99, del CCII, quanto dei pagamenti dei crediti anteriori, ex art. 100, del CCII, alla «migliore soddisfazione dei creditori».

⁶⁰¹ A tal riguardo, v. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti*, cit., p. 150 ss.

⁶⁰² Il nuovo art. 99, comma 1, del CCII, statuisce che: «il debitore, anche con la domanda di accesso di cui agli articoli 40 e 44 e nei casi previsti dagli articoli 57, 60, 61 e 87, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, può chiedere con ricorso al Tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori».

⁶⁰³ Sebbene le locuzioni utilizzate dal legislatore non siano identiche, in quanto, da un lato fa riferimento al «miglior soddisfacimento dei creditori», e dall'altro, alla «migliore soddisfazione dei creditori», si è, tuttavia, dell'avviso che non vi sia alcuna differenza di significato: cfr. P. G. CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, cit., p. 2 ss.

⁶⁰⁴ In termini di aumento del valore complessivo del patrimonio aziendale, detratti gli oneri finanziari a seguito dei suddetti finanziamenti: cfr. Trib. Terni, 14 gennaio 2013, su www.ilcaso.it.

⁶⁰⁵ Cfr. S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 477.

dovranno necessariamente ritenersi superiori, valutando tanto gli utili derivanti dalla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, quanto dell'accrescimento del valore dei beni non funzionali all'esercizio dell'attività dell'impresa e, quindi, da liquidare⁶⁰⁶. Apportando, così, un beneficio per l'intera massa dei creditori.

Analoghe considerazioni valgono per l'altra fattispecie di espressa menzione della summenzionata locuzione: ovvero, quella, *ex art.* 100, del CCII, dei pagamenti dei crediti anteriori per «prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori»⁶⁰⁷. In questo caso, il giudice riterrà sussistente tale parametro se la diminuzione delle risorse da destinare al soddisfacimento della collettività dei creditori nell'immediato, sia compensato per tutti i creditori dall'aumento dei flussi finanziari prodotti dalla continuità aziendale⁶⁰⁸.

Appurato ciò, bisogna comprendere il valore da attribuire all'aggettivo «miglior»: già in passato ci si è chiesti se tale parametro andasse inteso in senso «assoluto», oppure «relativo»⁶⁰⁹. Sotto il vigore della precedente legge fallimentare, infatti, la dottrina prevalente⁶¹⁰ e parte della stessa giurisprudenza⁶¹¹, avevano respinto un'interpretazione «assoluta» del significato del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori»: ovvero, nel senso di miglior soddisfacimento «astrattamente possibile»⁶¹², con la conseguenza di attribuire ai creditori tutte le utilità ed i beni ritraibili dalla continuità aziendale.

Orbene, tale opzione esegetica deve essere respinta anche alla luce del «Codice della crisi»: *in primis*, perché non risulta compatibile con il dato

⁶⁰⁶ Cfr. Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁰⁷ Cfr. art. 100, del CCII, ove statuisce che: «il debitore che presenta domanda di concordato ai sensi degli articoli 44 e 87, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori».

⁶⁰⁸ Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, cit., p. 151.

⁶⁰⁹ Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 640 ss.

⁶¹⁰ Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 640 ss.; P. VELLA – F. LAMANNA – S. PACCHI, *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*.

⁶¹¹ Cfr. Trib. Firenze, 2 novembre 2016, cit.

⁶¹² Così A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1099 ss.

normativo, che espressamente utilizza il termine «miglior» presupponendo, così, un giudizio comparativo⁶¹³. In secondo luogo, l'accoglimento di un'interpretazione rigida ed assoluta del parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori», come attentamente rilevato dalla giurisprudenza⁶¹⁴, renderebbe «impraticabile» la stessa soluzione concordataria in continuità aziendale, nella misura in cui obblighi il debitore a destinare ai creditori tutti i redditi ritraibili dalla prosecuzione, sottraendoli al sostegno della continuità stessa, e rendendo, così, difficile il raggiungimento del riequilibrio finanziario dell'impresa in crisi.

L'accoglimento di un significato «relativo» del parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori», pertanto, comporta in via consequenziale l'individuazione dei termini di confronto rispetto ai quali il Tribunale deve formulare il giudizio che qui ci occupa: ovvero, detto altrimenti, quali sono gli «scenari alternativi» rispetto alla continuità aziendale che consentono di ritenere «migliori» le prospettive di soddisfacimento dei creditori.

Orbene, anche il «Codice della crisi», nelle specifiche ipotesi di menzione del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori», nulla statuisce quanto all'alternativa da prendere in considerazione⁶¹⁵.

Com'è noto, sotto il vigore della legge fallimentare, al fine di rendere tale giudizio, sebbene limitato, quest'ultimo, al professionista attestatore, si riteneva che il termine di comparazione implicitamente richiesto dall'art. 186-*bis*, comma 2, lett. *b*), legge fallim., fosse costituito dalle c.d. «alternative concretamente praticabili», locuzione, quest'ultima, mutuata dal previgente art. 180, comma 4, legge fallim., che in sede di opposizione all'omologazione subordinava il potere di c.d. *cram down* del Tribunale, circa la positiva verifica che il credito dell'opponente risultasse «soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

⁶¹³ In questi termini, già A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 638.

⁶¹⁴ Cfr. Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *cit.*

⁶¹⁵ E ciò a differenza dell'art. 112, del CCII, che in sede di opposizione all'omologazione limita il giudizio comparativo del Tribunale alla «liquidazione giudiziale»: l'opposizione risulterà infondata, se il creditore opponente verrà soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Ebbene, tutto ciò ci induce alla seguente riflessione. Considerando che le «alternative concretamente praticabili» venivano ravvisate, in sostanza, nel concordato liquidatorio, da un lato, e nella liquidazione fallimentare, dall'altro, e considerando, altresì, che il «Codice della crisi» nulla statuisce a tal proposito, è necessario chiedersi se il termine di paragone sia tuttora ravvisabile in tali ipotesi di risoluzione «alternativa» della crisi d'impresa.

In primo luogo, si è dell'avviso che l'alternativa da prendere in considerazione, al fine di svolgere il giudizio sul «miglior soddisfacimento dei creditori», non possa essere ravvisata nel concordato liquidatorio⁶¹⁶: resta pur sempre al debitore la libertà di scelta delle modalità di risoluzione della crisi dell'impresa. Pertanto, se quest'ultimo avesse voluto optare per tale strada, avrebbe orientato in tal senso la propria autonomia decisionale: comparare il risultato prospettato e promesso con la prosecuzione dell'attività aziendale anche con quanto conseguibile in sede di concordato liquidatorio, mal si concilia con l'ampia autonomia riconosciuta al debitore.

Non resta pertanto che considerare l'alternativa della liquidazione giudiziale, rispetto a cui vanno, tra l'altro, svolte le seguenti considerazioni, al fine di svolgere correttamente il giudizio comparativo tra il risultato offerto in sede di concordato in continuità aziendale, e il risultato conseguibile dalla liquidazione giudiziale.

A tal riguardo, la dottrina⁶¹⁷ ha evidenziato che il *quantum* ritraibile dalla liquidazione atomistica in sede di liquidazione giudiziale non esaurisce il perimetro del giudizio comparativo: andrebbe, infatti, considerata, sempre nell'ambito della liquidazione giudiziale, anche l'ipotesi della vendita in blocco del complesso produttivo, *ex art.* 214 del CCII, nonché la liquidazione del patrimonio posta in essere a seguito dell'esercizio provvisorio dell'impresa.

Peraltro, sebbene tali ipotesi siano in astratto possibili, eventualmente determinando anche una massimizzazione degli interessi dei creditori, si è dell'avviso che l'ampliamento del giudizio comparativo anche a queste ulteriori

⁶¹⁶ In tal senso, v. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo*, cit., p. 12.

⁶¹⁷ Cfr. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 638.

fattispecie renda piuttosto ardua non solo la prognosi dell'esperto⁶¹⁸ ma anche, e soprattutto, il controllo del giudice.

Invero, da un lato l'esercizio provvisorio, *ex art. 211*, del CCII, in sede di liquidazione giudiziale, è rimessa all'accertamento di peculiari e specifici presupposti, che dovrebbero così essere accertati in via ipotetica nella sede di accesso al concordato e, quindi, anche da organi diversi; dall'altro, l'ipotesi eventuale della vendita in blocco in sede di liquidazione giudiziale, quale ulteriore termine di paragone, porterebbe il giudice, a porre a confronto le utilità economiche ritraibili dalla stessa con l'attivo derivante dalla liquidazione giudiziale: e ciò, in aggiunta, sempre nell'ambito del giudizio comparativo, al risultato conseguibile in sede di liquidazione concordataria, con evidenti complicazioni. Dovendo, altresì, considerare anche la concreta possibilità che in sede di liquidazione giudiziale avvenga una cessione in blocco, che, cioè, possa essere individuato il soggetto a ciò interessato.

In conclusione, si è dell'avviso che il giudizio sul «miglior soddisfacimento dei creditori» debba esclusivamente prendere in considerazione l'unica alternativa «concretamente praticabile»: ovvero, la liquidazione atomistica in sede di liquidazione giudiziale. Dovrà, pertanto, essere svolta una valutazione «quantitativa», rivolta cioè a stabilire in via prognostica le risorse economiche ritraibili dalla vendita degli *asset* del patrimonio del debitore, in aggiunta ai proventi dell'eventuale esercizio delle azioni recuperatorie e risarcitorie⁶¹⁹. In particolare, va aggiunto che, ai sensi dell'art. 87, comma 1, lett. *d*), del CCII, le utilità ricavabili dalle azioni risarcitorie e recuperatorie integrano l'oggetto della

⁶¹⁸ Secondo la dottrina prevalente, il professionista attestatore non deve comparare il contenuto del piano con altre possibili soluzioni giuridico-economiche: cfr. S. AMBROSINI - A. TRON, *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC e il ruolo del professionista*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 8 marzo 2015, p. 18; G. LO CASCIO, *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, p. 1331; *contra* F. CASA, *Questioni giuridiche circa la relazione dell'esperto attestatore*, in *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore. Principi di attestazione e riforma del 2015*, a cura di S. AMBROSINI - A. TRON, Bologna, 2016, p. 35 ss.

⁶¹⁹ Cfr. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo*, cit., p. 12 ss.

domanda del debitore, rappresentando così un contenuto necessario del ricorso per l'ammissione al concordato⁶²⁰.

Solo in tal modo potrà accertarsi se la liquidazione giudiziale sia idonea a generare risorse finanziarie addizionali rispetto a quelle messe a disposizione dal debitore con la proposta concordataria⁶²¹.

⁶²⁰ In aggiunta a quanto statuisce l'art. 105 del CCII, in merito al contenuto della relazione del commissario giudiziale.

⁶²¹ P. G. CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, cit., p. 2 ss.

2.1. Segue: Spunti interpretativi ricavabili dal «Codice della crisi» sul significato del «miglior soddisfacimento dei creditori».

L'idoneità del piano concordatario in continuità aziendale ad assicurare un soddisfacimento dei creditori non inferiore a quello ritraibile dalla liquidazione giudiziale⁶²², deve, dunque, indurci a riflettere se, anche alla luce del nuovo «Codice della crisi», la locuzione del «miglior soddisfacimento dei creditori», debba essere intesa in termini meramente «quantitativi»: ovvero, quale «mero incremento del riconoscimento economico»⁶²³.

Invero, già sotto il vigore della vecchia legge fallimentare, parte della dottrina⁶²⁴, aveva prospettato un'opzione interpretativa volta a ricomprendere nel significato del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori», qualsiasi «utilità» che il creditore ritenesse «idonea a compensare il proprio credito»⁶²⁵ e, pertanto, anche la mera prosecuzione del rapporto commerciale.

Orbene, le nuove disposizioni del «Codice della crisi» sembrano piuttosto spingere l'interprete verso un significato del giudizio del «miglior soddisfacimento dei creditori» diverso da quello fino ad ora accolto, e che la dottrina prevalente aveva⁶²⁶, invece, sempre respinto: ovvero, la possibilità di includere nel suddetto perimetro anche entità non propriamente valutabili in termini monetari. Il «miglior soddisfacimento dei creditori» non può più essere identificato unicamente in termini «quantitativi», ovvero quale «maggiore attribuzione patrimoniale»⁶²⁷,

⁶²² Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, cit., p. 151. Infatti, ad avviso di tale A. :«nel sottoporre il piano di continuità aziendale, in altri termini, il proponente (debitore o creditore che formula una proposta concorrente) può conseguire l'obiettivo del mantenimento in vita dell'impresa nella misura in cui mette a disposizione della collettività dei creditori nel suo complesso risorse maggiori di quelle che avrebbero potuto ottenere se a farsi carico della tutela dei loro interessi fosse stato il curatore nel rispetto delle regole della liquidazione fallimentare».

⁶²³ Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 18 ss.

⁶²⁴ R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 34 ss.; *contra* M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Milano, p. 8 ss.

⁶²⁵ R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 34.

⁶²⁶ Cfr. A. PATTI, *Il migliore soddisfacimento*, cit., p. 1107; M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, cit., 10 ss.; P. G. CECCHINI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, cit., p. 3 ss.

⁶²⁷ Cfr. R. RANALLI – F. ROLFI, *Il concordato in continuità*, cit., p. 34.

infatti, l'art. 84, primo comma, del CCII, specifica che con «il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio», ed aggiunge poi, al terzo comma del medesimo articolo, riprendendo il vecchio art. 160, legge fallim., che: «a ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa».

Pertanto, la ricostruzione del suddetto giudizio anche in termini «qualitativi» trova ora un solido appiglio normativo, consentendone un'estensione non ad altri ambiti applicativi, quali ad es. il concordato liquidatorio e, quindi, oltre quelli in cui esso è espressamente richiamato e da cui potrebbe inferirsene una sua declinazione in termini di clausola generale, come più attentamente si dirà, quanto piuttosto dello «spettro applicativo» del concetto stesso. E, cioè, del possibile significato ascrivibile al precetto valutativo del «miglior soddisfacimento dei creditori».

Ebbene, poiché il dato normativo permette di ricomprendere nelle «utilità economicamente valutabili» anche la prosecuzione dei rapporti commerciali, non credo sorga alcuna necessità per l'attestatore, prima, e per il giudice, poi, di quantificare in termini strettamente monetari i benefici scaturenti dalla continuazione del rapporto commerciale, quale specifica modalità di soddisfacimento.

Invero, sebbene ai fini dell'analisi comparativa sia più semplice considerare beni materiali o immateriali suscettibili di valutazione economica e, quindi, pecuniaria, nel caso della prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali può, comunque, rinvenirsi un certo valore monetario: ovvero, considerando i futuri guadagni previsti per tali creditori.

Tutto ciò comporta che l'oggetto del giudizio comparativo non sarà più costituito esclusivamente da grandezze meramente economiche e, quindi, omogenee; pertanto, se la prospettiva del «miglior soddisfacimento dei creditori» può essere posta in relazione a valori «non strettamente misurabili in termini

monetari»⁶²⁸, tale parametro diventa in parte più evanescente. Ed, indubbiamente, viene reso più difficile il giudizio del Tribunale.

⁶²⁸ Cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, cit., p. 153.

3. Argomenti a sostegno della tesi che nega la riconducibilità del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito del concetto di «clausola generale».

L'indagine sin qui svolta sulla portata del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» ha preso le mosse, in particolare, dalla fattispecie del concordato in continuità aziendale, che nell'art. 87, commi 1, lett. f) e 3, del CCII, contiene l'espressa menzione del parametro qui in commento.

È stato, invero, dimostrato che la «fattibilità» di un concordato con un piano in continuità aziendale richiede la positiva verifica giudiziale circa l'idoneità del piano stesso a conseguire la «migliore realizzazione» degli interessi del ceto creditorio, mediante la prosecuzione dell'attività dell'impresa; e ciò in alternativa a quanto i creditori conseguirebbero in sede di liquidazione giudiziale⁶²⁹.

Bisogna ora cercare di dare una risposta all'altra questione prospettata sul tema che qui ci occupa: è legittima una trasposizione del parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori» al di fuori delle ipotesi in cui esso è espressamente richiamato, interpretandolo quale «regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura», così come sostenuto, in passato, da parte della giurisprudenza⁶³⁰ e da certa dottrina⁶³¹, tanto da averne esteso il perimetro applicativo anche al concordato liquidatorio.

La declinazione del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» in termini di «clausola generale» incontra diversi ostacoli.

In particolare, risulta difficile pensare al suddetto parametro quale regola generale di scrutinio della legittimità degli atti di gestione del debitore: il «Codice

⁶²⁹ Si richiede, quindi, che il debitore metta a disposizione dell'intero ceto creditorio «risorse maggiori» di quelle che costoro otterrebbero in sede di liquidazione giudiziale, risorse, queste, che ben potrebbero essere rappresentate dall'attuazione di «bisogni diversi dalla massima realizzazione della pretesa creditoria», consentendo così ai «creditori di beneficiare di un *surplus* di risorse consistente in nuova ricchezza o in un risparmio di spesa»: cfr. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, cit., p. 154-155.

⁶³⁰ Cfr. Cass. civ., 19 febbraio 2016, n. 3324, in *Fall.*, 2016, p. 791, con nota di F. DE SANTIS, *Procedimento di revoca del concordato preventivo e pagamenti non autorizzati di debiti concordatari*. Per la giurisprudenza di merito, in particolare, v. App. Venezia, 30 gennaio 2014, su www.ilcaso.it

⁶³¹ A. PATTI, *Il miglior soddisfacimento*, cit., p. 1099.

della crisi», invero, ha preso posizione quanto al criterio che deve orientare il debitore nel compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Infatti, l'art. 94, comma 3, del CCII, recependo l'interpretazione prevalente in passato sotto il vigore del previgente art. 167, comma 2, legge fallim.,⁶³² ha statuito che l'autorizzazione del Tribunale al compimento di tali atti «può essere concessa prima dell'omologazione se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori». Ancora una volta è rimesso al Tribunale una valutazione dell'impatto dell'autorizzando atto sulle aspettative di soddisfacimento dei creditori.

Orbene, questo significa che la legittimità degli atti che comportano maggiori rischi per i creditori richiede il rispetto del «miglior soddisfacimento dei creditori». Per il resto, il debitore potrà godere di un certo margine di libertà, purchè la gestione non rechi pregiudizio ai creditori; pertanto, non vi è un obbligo del debitore di finalizzare qualsiasi atto gestorio alla massimizzazione degli interessi dei creditori.

Come si è detto, parte della giurisprudenza aveva esteso il criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» al concordato liquidatorio. Invero, la lettura piuttosto ampia del criterio qui in commento, poteva trovare giustificazione nella necessità di approntare una maggiore tutela degli interessi dei creditori: quest'ultimi, stante l'assenza nel concordato liquidatorio, fino al 2015, di una percentuale minima di pagamento, venivano, infatti, soddisfatti con percentuali di pagamento del tutto irrisorie, vicine allo zero/virgola per cento. Tuttavia, non può non evidenziarsi come si trattasse di una «forzosa»⁶³³ estensione del perimetro applicativo del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori», che era, ed è, previsto espressamente solo per il concordato in continuità aziendale.

Pertanto, possono essere svolte le seguenti considerazioni funzionali a dimostrare l'erroneità di una trasposizione nel concordato liquidatorio del criterio qui in commento.

⁶³² A. PATTI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato*, cit., p. 1099 ss.; R. TIZZANO, *L'indeterminatezza del giudizio di migliororia e l'attestazione ex art. 186-bis, comma 2, lett. b), legge fallim.*, in *Fall.*, 2014, p. 137 ss.; A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 637 ss.

⁶³³ S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo*, cit., p. 10 ss.

La «causa in concreto», ovvero la funzione, del concordato liquidatorio, che conforma e caratterizza il giudizio di «fattibilità», *ex art. 84, comma 4, del CCII*, consiste nell'obbligo del debitore di liquidare tutto il suo patrimonio al fine di soddisfare i creditori, almeno nella percentuale minima del venti per cento.

Tale fattispecie concordataria si caratterizza, pertanto, per l'assenza di rischi per i creditori, non essendoci alcuna prosecuzione dell'attività dell'impresa. In tale fattispecie, il giudizio di «fattibilità» richiede una prognosi circa le reali probabilità di raggiungere la percentuale minima prescritta, in aggiunta, poi, *ex art. 84, comma 4, del CCII*, all'attitudine dell'apporto di «risorse esterne» ad aumentare del dieci per cento il soddisfacimento dei creditori.

Si è detto, in particolare, che quest'ultima prescrizione può essere letta in termini di «migliore realizzazione» delle pretese dei creditori in sede di concordato liquidatorio rispetto alla liquidazione giudiziale. Invero, sebbene il vaglio giudiziale sull'apporto di «risorse esterne» rappresenti un giudizio diverso rispetto a quello sul «miglior soddisfacimento dei creditori», il legislatore ha investito, ai sensi dell'art. 84, comma 4, ultima parte, del CCII, il giudice di un controllo in sostanza molto vicino al criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori»: e ciò in quanto mediante l'apporto di «risorse esterne» si ha un aumento delle prospettive di soddisfacimento dei creditori, ovvero una massimizzazione dei loro interessi⁶³⁴.

Invero, quando il legislatore ha voluto assegnare al «miglior soddisfacimento dei creditori» un ruolo di «filtro preliminare», conformando così il vaglio di «fattibilità», lo ha fatto espressamente: si consideri, a tal riguardo, la disciplina in tema di concordato di gruppo. Infatti, ai sensi degli artt. 284, comma 4, e 285, comma 4, del CCII, il Tribunale deve accertare, attraverso una valutazione complessiva, che la soluzione concordataria di gruppo sia funzionale al «miglior soddisfacimento dei creditori» e, pertanto, assicuri ai creditori un trattamento non inferiore a quello ad essi attribuibile in sede di liquidazione giudiziale di ciascuna società. E ciò, in particolare, anche quando la soluzione concordataria di gruppo sia meramente liquidatoria.

⁶³⁴ Nello stesso senso, v. S. AMBROSINI, *Il nuovo concordato*, cit., p. 9.

Orbene alla luce di tali considerazioni, rispetto al concordato liquidatorio il giudizio di «fattibilità» non richiede anche il vaglio sul «miglior soddisfacimento dei creditori», nei termini che qui si è cercato di spiegare: come ha affermato autorevole dottrina⁶³⁵, ben potrebbe accadere che, fermo il rispetto delle condizioni *ex art. 84*, comma 4, del CCII, la proposta di concordato realizzi un soddisfacimento inferiore rispetto a quello conseguibile in sede di liquidazione giudiziaria; tale valutazione, infatti, è rimessa unicamente ai creditori in sede di approvazione della proposta, purchè ne siano adeguatamente informati, accettando, così, una «proposta meno conveniente»⁶³⁶.

Deve, altresì, aggiungersi che la difficoltà di ricondurre il parametro del «miglior soddisfacimento dei creditori» nell'ambito dei principi generali del concordato preventivo, si coglie, altresì, dal fatto che il testo definitivo dell'art. 3, del CCII, intitolato inizialmente «finalità delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza», non menziona più il «miglior soddisfacimento dei creditori», quale principio generale ed obiettivo delle procedure concorsuali: infatti, tale disposizione enunciava espressamente nella versione non definitiva che «obiettivo delle procedure disciplinate dal presente codice è pervenire al migliore soddisfacimento dei creditori salvaguardando i diritti del debitore (...)». Al suo posto, invero, il «Codice della crisi» menziona più genericamente l'obbligo del debitore di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte».

Pertanto, il Capo II, intitolato «Principi generali», del «Codice della crisi», sembra rispecchiare una gerarchia assiologica parzialmente diversa dall'originaria impostazione del legislatore delegato.

A ciò si aggiunga un'ulteriore riflessione che, implicitamente, conferma la tesi qui sostenuta, ovvero quella di negare carattere generale al criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori». Si fa, dunque, riferimento al nuovo art. 109, comma 5, del CCII, che stabilisce la sospensione dal voto e dal computo delle

⁶³⁵ Cfr. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo*, cit., p. 12 ss.

⁶³⁶ Cfr. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo*, cit., p. 12 ss.

maggioranze per tutti i creditori «in conflitto di interessi»⁶³⁷. Ebbene, considerando le variazioni tra quanto previsto nelle prime bozze dei decreti legislativi attuativi e quanto previsto nel testo definitivo del «Codice della crisi», si deve rilevare che l'art. 114, del CCII, nella versione non definitiva enunciava espressamente la fattispecie del «conflitto d'interessi»⁶³⁸ dei creditori come quella situazione nella

⁶³⁷ Il «Codice della crisi» enuncia per la prima volta la fattispecie del «conflitto d'interessi» tra creditori nel concordato preventivo. Infatti, nei «Principi e criteri direttivi per la riforma della disciplina delle procedure di crisi e dell'insolvenza», della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, all'art. 6, il legislatore delegato ha imposto l'adozione di un'apposita disciplina delle situazioni di «conflitto di interessi» tra creditori nel concordato preventivo. Il legislatore ha, pertanto, posto fine al precedente dibattito sull'ammissibilità di un «conflitto di interessi» tra creditori nel concordato. Infatti, l'orientamento prevalente aveva tratto dall'assenza di una specifica disciplina, l'argomento decisivo dell'inammissibilità del «conflitto di interessi» tra creditori in sede concordataria: in particolare, l'impossibilità di concepire la massa dei creditori quale soggetto giuridico titolare di un proprio interesse distinto da quello del singolo creditore, a differenza di quanto invece accade nella fattispecie di diritto societario, dove è lecito discorrere di «interesse sociale», stante la presenza, appunto, di un soggetto di diritto al quale riferire tale interesse, ha indotto l'orientamento prevalente a negare la fattispecie qui in commento. Ad avviso di tale orientamento, la massa dei creditori rappresenterebbe solo una collettività casualmente ed involontariamente costituita in un corpo deliberante, a differenza della collettività dei soci avvinti dal vincolo contrattuale. Inoltre, secondo tale dottrina, le fattispecie di esclusione dal voto, ai sensi degli artt. 127, commi 5 e 6, e 177, ultimo comma, tanto nel concordato fallimentare quanto in quello preventivo, costituendo delle ipotesi del tutto eccezionali, confermavano l'irrelevanza generale della situazione conflittuale nelle procedure concorsuali: cfr. L. SCHIAVON, *Sub art. 37-bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2008, p. 329; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 724 ss.; L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio di maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Fall.*, 2008, p. 257; in giurisprudenza, v. Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *www.ilcaso.it*; cfr. Trib. Reggio Emilia, 1° marzo 2007, in *www.ilcaso.it*. Al contrario, la dottrina minoritaria aveva ammesso la configurabilità del «conflitto d'interessi» ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 2373 c.c.: invero, malgrado non vi siano i presupposti per attribuire soggettività giuridica alla massa dei creditori, diversamente dalle società di persone o di capitali, la collettività dei creditori costituisce indubbiamente un centro autonomo di interessi. Ciò che rileva, infatti, tanto nel fallimento quanto nel concordato preventivo, allora, è l'idoneità alla titolarità di un proprio interesse distinto da quello dei singoli creditori. Così che, quando il singolo creditore ha un interesse proprio incompatibile con quello «comune», il rimedio per tutelare la genuinità e neutralità della votazione, ad avviso di tale dottrina, è dato dall'esclusione dal voto: cfr. G. D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, cit., p. 400 ss.; ID., *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, cit., p. 757 ss.; ID., *Esclusione dal voto del creditore in conflitto d'interessi*, con nota a Trib. Verona, 27 marzo 2013, in *Fall.*, 2014, p. 328 ss. Per una trattazione di più ampio respiro sul tema del «conflitto di interessi» tra creditori nelle procedure concorsuali, v. R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 1 e ss.; nonché più di recente dello stesso A.: cfr. *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, p. 32 ss.

⁶³⁸ Di recente, per la giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. civ., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Fall.*, 2018, p. 960 ss., con nota di G. D'ATTORRE, *Le Sezioni Unite riconoscono (finalmente) il conflitto d'interessi nei concordati*, a mente della quale: «nel concordato fallimentare manca una previsione di carattere generale sul conflitto di interessi, come succede invece nell'ambito delle società (art. 2373 c.c. per la società per azioni e art. 2479-ter per quella

quale vi sono «creditori portatori di un interesse in conflitto con il miglior soddisfacimento dei creditori», fornendo così un'espressa definizione della fattispecie del «conflitto d'interessi» tra creditori nel concordato preventivo.

In tal modo, leggendo l'art. 114, del CCII, in combinato disposto con l'art. 3, del CCII, sempre nella versione non definitiva, poteva ricavarsi una definizione del «conflitto d'interessi» dei creditori in perfetta armonia con la finalità del concordato preventivo, ovvero quella del «miglior soddisfacimento dei creditori».

Ciò avrebbe, pertanto, potuto dare maggiore fondamento alla tesi volta a riconoscere al criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» la natura di principio informatore dell'intera procedura concordataria, e, così, estendendone la portata anche al concordato liquidatorio. Il condizionale è d'obbligo, in quanto l'articolato normativo approvato in via definitiva presenta non irrilevanti divergenze rispetto a quanto appena esposto, infatti, non vi è più traccia della definizione del «conflitto d'interessi»: l'art. 109, comma 5, del CCII, si limita a stabilire la sospensione del diritto di voto e dal computo delle maggioranze per tutti i creditori in conflitto di interessi. Diversamente, infatti, la tesi volta a riconoscere carattere generale al criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori», e che qui si critica, avrebbe trovato un appiglio normativo non irrilevante.

Deve giungersi, pertanto, alla conclusione che il vaglio di «fattibilità» del concordato liquidatorio non include anche quello sul «miglior soddisfacimento dei

a responsabilità limitata), essendo indicate, all'art. 127, commi 5 e 6, legge fallim., soltanto alcune ipotesi di esclusione dal voto, dettate dall'esigenza di neutralizzare un conflitto in atto tra l'interesse comune della massa e quello del singolo, sicché il divieto di voto va esteso anche agli altri casi, pure non espressamente disciplinati, in cui sussiste il detto contrasto, come accade tra chi abbia formulato la proposta di concordato e i restanti creditori del fallito». Orbene, in primo luogo, il principio così sostenuto ai più alti livelli del diritto vivente ha ricondotto la massa dei creditori nella più ampia fattispecie di «collettività», sottolineando che la mancanza di soggettività giuridica in capo a quest'ultima non impedisce che si determini una situazione di contrasto tra l'interesse individuale e quello comune all'intera collettività, che, tra l'altro, viene definita «volontaria», in quanto ciascun creditore vi aderisce con la domanda di insinuazione al passivo. In secondo luogo, va posto in evidenza che le Sezioni Unite accolgono quella ricostruzione interpretativa che collega il fondamento della vincolatività dell'approvazione dei concordati di massa al noto «principio di maggioranza»: il ricorso a tale regola è compatibile con il principio di autonomia privata solo «in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti».

creditori»: ragionando diversamente si forzerebbe il dato normativo che, invece, va nell'opposta direzione⁶³⁹.

⁶³⁹ L'integrazione del suddetto criterio anche al concordato liquidatorio rappresenterebbe, invero, un «tentativo di applicazione «transtipica» che sembra tuttavia trovare un ostacolo non facilmente sormontabile nel canone dell'interpretazione letterale»: cfr. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo con continuità aziendale*, cit., p. 5 ss.

4. Il «miglior soddisfacimento dei creditori» e la tutela di interessi concorrenti nel concordato con continuità aziendale.

L'indagine sin qui condotta ha dimostrato che il criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori» caratterizza e conforma il giudizio di «fattibilità» del concordato preventivo con un piano in continuità aziendale: se il Tribunale dovesse ritenere il piano stesso non idoneo al raggiungimento di tale criterio, non potrà ammettere il debitore alla procedura. In ciò, com'è noto, trova fondamento il carattere «strumentale» della continuità aziendale rispetto al «miglior soddisfacimento dei creditori»⁶⁴⁰, ritenendo, così, del tutto secondari e recessivi altri profili coinvolti nella crisi dell'impresa, che restano, pertanto, estranei alla «funzione» del concordato in continuità aziendale.

Peraltro, tale assunto viene «messo in crisi» da una lettura sistematica delle nuove disposizioni, che evidenziano anche una tutela di altri interessi coinvolti nel processo di risanamento: interessi, questi, che entrano per la prima volta nel giudizio di «fattibilità», condizionando così la «causa in concreto» del concordato in continuità aziendale.

Se fino ad oggi, com'è noto, la salvaguardia dei complessi aziendali e con essi dei livelli occupazionali ha assunto una posizione di «secondo piano» rispetto alla tutela degli interessi primari dei creditori, dal nuovo «Codice della crisi», invece, emerge un approccio meno *creditor-oriented*⁶⁴¹.

In particolare, come suaccennato, l'art. 84, comma 2, del CCII, impone al cessionario «il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno il trenta per cento di quelli in forza al momento del deposito del piano»; inoltre, il comma terzo della medesima disposizione pone una presunzione assoluta di «prevalenza» c.d. quantitativa dei flussi di cassa, proprio in rapporto alla forza lavoro.

⁶⁴⁰ Cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1127 ss.

⁶⁴¹ In argomento: cfr. D. CORRADO, *Aspetti critici della disciplina del concordato in continuità nel Codice della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, doc. n. 16 agosto 2019, p. 1 ss. L'A. ritiene, infatti, che dal nuovo quadro normativo ne discende un «sistema sovraccaricato di obiettivi», che in taluni casi possono entrare in conflitto tra loro, e la cui soluzione può spesso condurre ad un arretramento della tutela dei creditori stessi.

Se come si è cercato di spiegare, l'obbligo in capo al terzo circa il mantenimento o la riassunzione del trenta per cento dei lavoratori rappresenta un'ulteriore condizione di ammissibilità, allora, ai fini del giudizio di «fattibilità» del concordato in continuità aziendale, non sarà sufficiente valutare, tra l'altro, la funzionalità del piano al «miglior soddisfacimento dei creditori». Il mantenimento dei livelli occupazionali, pertanto, rappresenterebbe un ulteriore obiettivo che incide e condiziona l'andamento della procedura concordataria⁶⁴².

Pertanto, la tutela degli interessi dei lavoratori, nell'ambito della prosecuzione dell'esercizio dell'attività dell'impresa, acquista uno spazio inedito, tale da ampliare gli stessi poteri interdittivi del Tribunale, per le ragioni suaccennate, ed influenzare così il controllo sulla «fattibilità», nonché condizionare quello del «miglior soddisfacimento dei creditori».

Allo stesso modo, le disposizioni del «Codice della crisi», con una novità che non potrà di certo essere sottaciuta, evidenziano la «funzionalità» della continuità aziendale anche agli interessi dell'imprenditore. Invero, l'art. 84, comma 2, ultima parte, del CCII, statuisce 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».

Pertanto, bisognerebbe interrogarsi sul rilievo della continuità aziendale anche rispetto agli interessi del debitore, ovvero dei soci, e chiedersi se sia legittima una soluzione concordataria che riservi anche a quest'ultimi «un valore», ovvero la possibilità di rimanere nella compagine societaria risanata.

Com'è facilmente intuibile, la questione si intreccia con il giudizio di «fattibilità» del concordato, per le ragioni che da qui a breve verranno illustrate.

Mentre nel concordato liquidatorio, come si è visto, il debitore è tenuto a soddisfare i creditori mediante la liquidazione di tutto il suo patrimonio, nel rispetto della regola generale della responsabilità patrimoniale, *ex art. 2740 c.c. e*, pertanto, della «causa in concreto» di tale fattispecie concordataria; invece, rispetto

⁶⁴² A meno che non si voglia addirittura includere nella locuzione del «migliore soddisfacimento dei creditori», anche gli interessi degli stessi lavoratori.

al concordato in continuità aziendale, ci si chiede se effettivamente possa parlarsi di una deroga legale alla regola generale dell'art. 2740 c.c., tale da consentire all'imprenditore la possibilità di trattenere una parte delle utilità derivanti dalla continuità⁶⁴³.

A ben guardare, si tratta di una questione che vede divisa tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, e sulla quale possono ritenersi riaccesi i riflettori per le novità introdotte del «Codice della crisi».

L'orientamento prevalente della giurisprudenza⁶⁴⁴ esclude la legittimità di una proposta concordataria in continuità in cui il debitore trattenga una parte del c.d. «surplus concordatario»⁶⁴⁵, sottraendolo così ai creditori⁶⁴⁶: tanto la regola generale della responsabilità patrimoniale del debitore, quanto quella in merito al sistema verticale di distribuzione del patrimonio stesso, *ex art. 2741 c.c.*⁶⁴⁷, non subiscono eccezioni rispetto al valore generato dalla continuità aziendale.

⁶⁴³ Cfr. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, su www.ilcaso.it, doc. 4 agosto 2013, p. 22 ss.; *contra* D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 342 ss.

⁶⁴⁴ Cfr., in particolare, App. Firenze, 31 Agosto 2018, su www.ilcaso.it; Trib. Roma, 3 agosto 2017, *ivi*; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, *ivi*; Trib. Bergamo, 26 settembre 2013, *ivi*; Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 77 ss.

⁶⁴⁵ Con tale locuzione si fa riferimento ai «flussi finanziari conseguiti al netto dei costi», ovvero alla c.d. «ricchezza del risanamento imprenditoriale»: cfr. G. D'ATTORRE, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall.*, 2017, p. 1015 ss.

⁶⁴⁶ Si è ben consapevoli che la tematica qui affrontata tocca solo una parte della ben più ampia questione circa la regola dell'inalterabilità dell'ordine delle cause di prelazione, in particolare, nel concordato in continuità aziendale. In estrema sintesi, la concezione c.d. «forte» della regola, di cui al previgente art. 160, comma 2, legge fallim., circa il divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione nei rapporti tra creditori privilegiati e chirografari, impone il pagamento integrale dei primi, prima di assegnare alcunchè ai creditori chirografari. L'unica eccezione, ad avviso di tale tesi, è data dall'apporto di risorse estranee e «neutrali» al patrimonio del debitore, che in quanto non rientranti nel patrimonio di quest'ultimo, consentono una deroga al summenzionato divieto. All'opposto, altro orientamento ha fatto propria un'interpretazione c.d. «debole» della regola sancita dall'art. 160, comma 2, legge fallim., che legittima un'attribuzione di valori ai chirografari anche se i creditori con privilegio generale mobiliare siano stati pagati solo parzialmente. Pertanto, è sufficiente che i creditori chirografari non vengano trattati «meglio» di quelli con privilegio generale: per una sintesi delle due posizioni suaccennate, si rinvia a G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 40 ss.

⁶⁴⁷ In dottrina: cfr. D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule*, cit., p. 346 ss.; A. ROSSI, *Le proposte indecenti nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 334; L. MANDRIOLI, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *Commentario teorico - pratico*, cit., p. 1729 ss.

Infatti, ad avviso di tale orientamento, le «utilità» ritraibili dalla prosecuzione non rientrerebbero nella fattispecie della c.d. «finanza esterna», che, invece, a differenza delle prime è liberamente allocabile⁶⁴⁸; piuttosto, il plusvalore concordatario è ricompreso tra i «beni futuri», ex art. 2740 c.c. e, quindi, sopravvenuti.

Pertanto, tali valori non potrebbero essere distribuiti discrezionalmente dal debitore, essendo soggetti alla garanzia offerta dal patrimonio di quest'ultimo e dovendo, quindi, essere destinati al soddisfacimento dei creditori, rispettando l'ordine legittimo delle cause di prelazione⁶⁴⁹.

Concentrando il discorso sul solo rapporto tra debitore e creditori, e tralasciando quello concernente il rapporto tra quest'ultimi, ne consegue da ciò un'interpretazione «assoluta» e rigida non solo del divieto di alterare le cause legittime di prelazione, ma anche del principio del «miglior soddisfacimento dei creditori» nel senso che qui si è cercato di spiegare: il debitore sarebbe, pertanto, tenuto a devolvere a costoro ogni utilità e profitto derivanti dalla continuità, non potendo trattenere per sé alcunchè⁶⁵⁰.

A tal riguardo, invece, un'altra parte della giurisprudenza e della dottrina⁶⁵¹ ha fornito una lettura più «estensiva», equiparando il «surplus concordatario» alla c.d. «finanza esterna», e giungendo ad opposte conclusioni.

⁶⁴⁸ Tali apporti, invece, in quanto provenienti da soggetti terzi sono liberamente utilizzabili dal debitore: cfr. G. D'ATTORRE, *La finanza esterna tra vincoli all'utilizzo e diritto di voto dei creditori*, su www.ilcaso.it, doc. n. 20 maggio 2014, p. 1 ss.; M. SANDULLI, *Sub art. 160, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 21 ss.; L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1240 ss.; G. BOZZA, *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fall.*, 2009, p. 1441; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 616 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 80; in giurisprudenza, nel senso della necessaria «neutralità» di tali apporti rispetto al patrimonio del debitore, al fine della libera disponibilità della suddetta finanza: cfr. Cass. civ., 8 giugno 2012, n. 9373, in *Fall.*, 2012, p. 1409, con nota di D. BIANCHI, *L'utilizzo della nuova finanza e il necessario rispetto dell'ordine legale delle prelazioni*.

⁶⁴⁹ Cfr. L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p. 1240 ss.

⁶⁵⁰ D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, cit., p. 345 ss.

⁶⁵¹ Una parte della dottrina ha cercato una solida argomentazione, «rimodulando» la regola della responsabilità patrimoniale, ex art. 2740 c.c., nell'ambito del concordato preventivo: cfr. G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità*, cit., p. 49 ss. Ad avviso di tale A., infatti, «la regola della responsabilità patrimoniale, ex art. 2740 c.c., assume un significato peculiare ed autonomo rispetto alla disciplina di diritto comune, dovendosi coordinare con l'effetto esdebitatorio che consegue all'omologazione e con il principio di separazione patrimoniale, che caratterizza ogni

Contrariamente a quanto avviene per il concordato liquidatorio, in quello in continuità aziendale la legge autorizza una parziale deroga all'art. 2740 c.c., nella misura in cui consente all'imprenditore di liquidare quei beni non funzionali alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, conservando, così, solo quelli che siano strumentali alla continuità aziendale. In tal modo, «la finalità, favorita dal legislatore, di risanamento e conservazione dell'impresa, pur nell'ottica della massimizzazione degli interessi dei creditori, giustifica la deroga *tout court* al principio della responsabilità patrimoniale *ex art. 2740 c.c.*»⁶⁵².

Pertanto, la possibilità per il debitore di trattenere una parte delle risorse provenienti dalla prosecuzione, trova fondamento, tra l'altro⁶⁵³, nella differente «causa» del concordato in continuità: il piano è infatti finalizzato al riequilibrio economico-finanziario dell'impresa, ed i flussi finanziari, ritraibili dall'esercizio dell'impresa, consentono una «patrimonializzazione sufficiente»⁶⁵⁴ per fronteggiare e prevenire⁶⁵⁵ future situazioni di crisi⁶⁵⁶.

Alla luce di tali considerazioni, le utilità prodotte dalla continuità aziendale possono ricondursi nella fattispecie della c.d. «finanza esterna»⁶⁵⁷: come gli

procedura di concordato preventivo». Pertanto, a seguito dell'estinzione dell'obbligazione originaria e della sostituzione con quella concordataria secondo termini e condizioni diverse, e, quindi, del consequenziale effetto interamente liberatorio per il debitore, i creditori anteriori non vantano più pretese sul patrimonio successivo dell'imprenditore, ma solo su quello esistente alla data di presentazione della domanda; sottoposto, quest'ultimo, al vincolo delle rigide regole di distribuzione, *ex art. 2741 c.c.* Tuttavia, prosegue l'A., nella misura in cui la continuità dell'attività aziendale deve essere funzionale agli interessi dei creditori anteriori, le nuove risorse così generate devono essere indirizzate anche a quest'ultimi, ma non più nel rispetto della regola *ex art. 160, comma 2, legge fallim.*

⁶⁵² Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *cit.*

⁶⁵³ Nello stesso senso, ma con argomentazioni diverse, v. G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità*, *cit.*, p. 49 ss.

⁶⁵⁴ Cfr. Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *cit.*

⁶⁵⁵ A tal riguardo, deve aggiungersi che a mente dell'art. 374, comma 2, del CCII: «all'articolo 2086 del codice civile, dopo il primo comma è aggiunto il seguente:

L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale». Sul punto, in dottrina, v. S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, reperibile su www.ilcaso.it, doc. n. 15 ottobre 2019, p. 1 ss.

⁶⁵⁶ Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *cit.*

⁶⁵⁷ Cfr. Trib. Perugia, 4 giugno 2019, *inedita*; Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *cit.*

apporti esogeni di risorse finanziarie provenienti da un terzo, così il c.d. «surplus concordatario» non è soggetto alla garanzia patrimoniale del debitore ed al conseguente rispetto delle cause legittime di prelazione, restando liberamente distribuibile da parte del debitore⁶⁵⁸.

A tal riguardo, il «Codice della crisi» non ha dato una risposta soddisfacente alla questione testè riportata, anzi ha finito per renderla più intricata.

Da un lato, infatti, l'art. 85, comma 6, del CCII, conferma l'impostazione del previgente art. 160, comma 2, legge fallim.: il piano deve rispettare l'ordine delle cause legittime di prelazione, ponendosi, così, sulla stessa linea dell'interpretazione c.d. «forte» testè esposta. Dall'altro, l'art. 84, comma 2, del CCII, ripetesi, subordina la continuità aziendale anche agli interessi del debitore, ovvero dei soci.

Orbene, si tratta, a ben guardare, di due disposizioni difficilmente compatibili: quanto alla prima, viene confermata la lettura dominante in relazione alla rigida distribuzione verticale del c.d. «surplus concordatario», la cui allocazione, quindi, non ammetterebbe deroghe.

Viceversa, il principio contenuto nell'art. 84, comma 2, del CCII, sembra legittimare l'assegnazione parziale del *surplus* da ristrutturazione anche ai soci, ovvero consentire che costoro possano restare nel capitale ristrutturato, in quanto il concordato in continuità aziendale risponde anche ai loro interessi.

Pertanto, da un lato il «Codice della crisi» conferma la regola della «*absolute priority rule*», ma nel contempo stabilisce che la «continuità aziendale» è, altresì, finalizzata alla tutela degli interessi dell'imprenditore. Invero, la strada adatta potrebbe essere costituita proprio dall'accoglimento di una nozione c.d. «relativa» del criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori»: se mediante la continuità aziendale, il debitore si prefigge, altresì, il raggiungimento dell'obiettivo del «miglior soddisfacimento dei creditori», allora, la destinazione a costoro dell'intero *surplus* concordatario priverebbe lo stesso debitore dei mezzi necessari

⁶⁵⁸ Cfr. G. D'ATTORRE, *Concordato con continuità*, cit., p. 45 ss.; ID., *La finanza esterna tra vincoli all'utilizzo e diritto di voto*, cit., p. 3 ss.; A. PEZZANO – M. RATTI, *La finanza «terza» e «nuova» nella prospettiva riformatrice*, su www.osservatorio-oci.org, p. 8 ss.

al raggiungimento della suddetta finalità. Così ragionando, infatti, la continuità aziendale non sarebbe più «strumentale» al criterio del «miglior soddisfacimento dei creditori».

A tal riguardo, si ritiene che la Direttiva UE 2019/1023 possa fornire preziose indicazioni, al fine di giungere ad un coordinamento più agevole tra le summenzionate disposizioni del «Codice della crisi», nonché tra quest'ultime e le previsioni del diritto comunitario. Infatti, l'art. 11 della stessa Direttiva disciplina, al contrario, la regola della c.d. «priorità relativa», in base alla quale, ai fini del giudizio di ammissibilità e «convenienza» del piano di risanamento, è sufficiente che ciascuna classe di creditori dissenziente non riceva meno di quanto otterrebbe in sede di liquidazione giudiziale; inoltre, che nessuna classe dissenziente riceva meno di quanto ricevono le altre classi di pari grado.

In particolare, in più punti la summenzionata Direttiva prende in considerazione anche gli interessi dei «detentori di strumenti di capitale»⁶⁵⁹: attribuisce a quest'ultimi il diritto di voto in merito all'adozione del piano, se non è diversamente stabilito dal diritto nazionale; statuisce, che la «riduzione delle quote dei detentori di strumenti di capitale sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione»⁶⁶⁰; inoltre, dà, altresì, rilievo ai diritti di costoro anche in sede di omologazione, tanto da attribuire all'autorità giudiziaria o amministrativa il potere di respingere il piano, se i diritti dei detentori dissenzienti di strumenti di capitale vengano incisi in misura superiore rispetto al caso della liquidazione dell'impresa del debitore⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, n.3, della Direttiva UE 2019/1023, per «detentore di strumenti di capitale» deve intendersi: «una persona che detiene una partecipazione al capitale di un debitore o di un'impresa del debitore, compreso un azionista, nella misura in cui tale persona non sia un creditore».

⁶⁶⁰ Cfr. Considerando n. 48.

⁶⁶¹ Cfr. Considerando n. 49.

5. I poteri di controllo del Tribunale in sede di opposizione all'omologazione ed i punti di «frizione» con la Direttiva UE 2019/1023.

In sede conclusiva, il Tribunale ripeterà la verifica di «fattibilità» del concordato già svolta in sede di ammissione, disponendo di un quadro informativo completo. Infatti, il nuovo art. 48, comma 3, del CCII, statuisce che «il Tribunale verifica la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale (...)».

Pertanto, quanto al concordato in continuità aziendale dovrà, in particolare, accertare che il piano sia ancora idoneo al raggiungimento del «miglior soddisfacimento dei creditori», ex art. 87, commi 1, lett. f) e 3, del CCII, mentre, quanto, invece, al concordato liquidatorio, che sussistano le condizioni di «fattibilità», ex art. 84, comma 4, del CCII.

È del tutto evidente la differenza con il previgente art. 180, comma 3, legge fallim., che, com'è noto, limitava il controllo del Tribunale alla verifica di «regolarità della procedura», locuzione, quest'ultima, che aveva indotto l'orientamento prevalente⁶⁶² a negare il controllo giudiziale sulla «fattibilità» anche in sede conclusiva, limitandone la portata al riscontro formale della documentazione richiesta e al rispetto delle norme procedurali, salva l'ipotesi di opposizioni. Ebbene, alla luce del nuovo «Codice della crisi», tale impostazione non è più riproponibile.

In particolare, quanto allo *spatium operandi* del giudice in sede di opposizioni all'omologazione, l'art. 112, del CCII⁶⁶³, conferma il potere, c.d. di *cram down*, del Tribunale di omologare il concordato anche in presenza di creditori dissenzienti.

⁶⁶² Cfr. G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, in *Fall.*, 2006, p. 1067 ss.; V. GIORGI, *I poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo*, cit., p. 10386 ss.; G. LO CASCIO, *Giudizio di ammissibilità e di omologazione e crediti postergati*, in *Fall.*, 2006, p. 1420 ss.

⁶⁶³ L'articolo 112, del CCII, rubricato «giudizio di omologazione», disciplina solo alcuni aspetti del giudizio di omologazione del concordato, dovendosi, per il resto, fare riferimento alle norme sul procedimento unitario e quindi, in particolare, all'art. 48, del CCII.

In tal caso, il creditore appartenente ad una classe dissenziente, ovvero colui o coloro che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, così come statuito dall'art. 112, comma 1, del CCII, possono contestare, altresì, la «convenienza» della proposta concordataria. In sede di opposizione all'omologazione, pertanto, l'oggetto del giudizio del Tribunale potrà concernere la «convenienza»⁶⁶⁴ della proposta concordataria, ma solo in relazione alla posizione del singolo creditore opponente, ovvero dei singoli creditori dissenzienti.

Contrariamente all'art. 180, comma 4, legge fallim., ai sensi dell'art. 112, del CCII, al Tribunale è richiesto un giudizio comparativo tra quanto promesso dal debitore al creditore dissenziente, e quanto presumibilmente costui riceverebbe in sede di liquidazione giudiziale: ai fini dell'operatività del *cram down*, ovvero dell'omologazione del concordato preventivo, è sufficiente che costui non riceva meno di quanto otterrebbe in sede di liquidazione giudiziale.

Pertanto, non è più richiesta una comparazione con le «alternative concretamente praticabili», così come statuito dal vecchio art. 180, comma 4, legge falli., che nei fatti avrebbe potuto richiedere il confronto anche con altre soluzioni di risoluzione della crisi diverse dal fallimento, come quella offerta dal concordato liquidatorio.

A tal proposito, un aspetto interessante quanto ai poteri di indagine del giudice in sede di *cram down*, può rinvenirsi nell'ipotesi di opposizione all'omologazione da parte del creditore il cui soddisfacimento sia costituito dalla prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore, così come statuito dall'art. 84, comma 1, del CCII. Si potrebbe obiettare che la scelta di soddisfare tale creditore, o creditori mediante la prosecuzione, ovvero rinnovazione dei rapporti contrattuali, possa indurre costoro a rifiutare la proposta, votando contro.

Ci si chiede, infatti, cosa accade in tale peculiare fattispecie, se in sede di omologazione un creditore dissenziente appartenente alla classe dissenziente

⁶⁶⁴ Cfr. art. 112, comma 1, del CCII.

faccia opposizione⁶⁶⁵. A tal riguardo, tre sembrano gli scenari ipotizzabili. L'art. 112, comma 1, del CCII, statuisce che «il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale»: pertanto, se al momento dell'approvazione del piano, nulla viene loro riservato se non la prosecuzione del rapporto contrattuale, mentre nella procedura di liquidazione giudiziale si ipotizza una certa percentuale di pagamento, se ne dovrebbe dedurre che non vi sia mai spazio per l'omologazione. Il Tribunale non potrebbe ritenere soddisfatta la condizione prevista, *ex art. 112, comma 1, del CCII*, ai fini del c.d. *cram down*: non è «conveniente» la prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale che, invece, assegnerebbe all'opponente comunque una percentuale di pagamento.

Oppure, potrebbe affermarsi che il giudice debba mettere a confronto con la percentuale ritraibile in sede di liquidazione giudiziale, i futuri guadagni derivanti dalla continuazione del rapporto contrattuale.

Infine, si potrebbe, in ultima istanza, ritenere che, rispetto alla rinnovazione, o prosecuzione del rapporto commerciale, operi una sorta di presunzione di «convenienza» rispetto al *quantum* percepibile in sede di liquidazione giudiziale; peraltro, tale assunto sembra alquanto opinabile.

Orbene, se si condividesse la prima delle suaccennate ipotesi, si arriverebbe alla conclusione dell'inutilità della prosecuzione dei rapporti contrattuali quale modalità di soddisfacimento: l'eventuale opposizione determinerebbe sempre il rigetto del piano. L'ultima soluzione prospettata, invece, mal si attaglia al dato normativo, pertanto, resterebbe la seconda ipotesi prospettata, quale sola accoglibile.

Al Tribunale sarebbe così rimesso il compito, certamente non semplice, di confrontare i futuri guadagni con la percentuale conseguibile in sede di liquidazione giudiziale. Soluzione, quest'ultima, che si lascia preferire, affinché la

⁶⁶⁵ Ai sensi dell'art. 85, comma 5, del CCII, il debitore è, infatti, obbligato a classare quei creditori destinatari di modalità di soddisfacimento diverse dal denaro.

previsione *ex art.* 84, comma 3, del CCII, abbia un significato tale da rendere possibile l'omologazione anche in caso di opposizione.

Anche in sede di omologazione, il nuovo «Codice della crisi» presenta alcuni punti di frizione con le previsioni contenute nella Direttiva UE 2019/1023.

Quanto al potere di opposizione, in particolare, il «Codice della crisi» ha confermato le limitazioni contenute nel previgente art. 180, legge fallim. Orbene, facendo un raffronto con il diritto comunitario non può ritenersi che tale scelta sia in linea con la succitata Direttiva: quest'ultima, al contrario, riconosce il potere di opporsi all'omologazione⁶⁶⁶ a ciascun creditore dissenziente, senza, pertanto, alcuna limitazione, come invece previsto dal «Codice della crisi».

Inoltre, con una previsione di spiccato *favor* per la sistemazione della crisi dell'impresa, l'art. 16, comma 4, della summenzionata Direttiva, ha previsto un procedimento particolarmente modulabile in relazione alle esigenze del caso concreto.

Invero, il diritto comunitario riconosce al giudice il potere di omologazione anche in caso di accoglimento dell'opposizione del creditore dissenziente e, quindi, anche quando gli interessi di costui siano lesi dal piano.

In tal caso, infatti, sebbene il creditore dissenziente abbia «subito una perdita monetaria» e l'impugnazione da questi proposta sia stata accolta, l'autorità giudiziaria può, tuttavia, riconoscergli un risarcimento monetario nei limiti in cui l'opponente ne abbia diritto, e ciò se il giudice ritenga, sulla base degli elementi raccolti, che sia più «opportuna» l'omologazione del piano di salvataggio.

Si assiste, così, ad un arretramento della tutela, che da reale quale era, ovvero «invalidante», si riduce ad una tutela meramente risarcitoria.

Un altro punto di «frizione» tra le previsioni del «Codice della crisi» e la Direttiva UE 2019/1023 sussiste più in generale nei presupposti di accesso per il giudice al giudizio del «miglior soddisfacimento dei creditori»: mentre per il diritto nazionale, il concordato in continuità aziendale deve necessariamente essere «funzionale» al «miglior soddisfacimento dei creditori», richiedendo infatti tale controllo da parte del Tribunale già in fase di accesso, al contrario, la

⁶⁶⁶ Cfr. art. 14 Direttiva UE 2019/1023.

summenzionata Direttiva subordina⁶⁶⁷ la verifica sul «miglior soddisfacimento» all'ipotesi dell'opposizione all'omologazione, e ciò «onde evitare che sia effettuata in tutti i casi una valutazione sul migliore soddisfacimento»⁶⁶⁸. Tra l'altro, secondo tale «Direttiva» la prospettiva del «miglior soddisfacimento dei creditori» sussiste quando al creditore dissenziente venga riservato un trattamento «migliore» tanto rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, quanto rispetto all'alternativa rappresentata dalla c.d. continuità indiretta.

Infine, va aggiunto che l'art. 10 della Direttiva UE 2019/1023⁶⁶⁹ menziona i casi in cui sia realmente necessaria in sede di omologazione una valutazione precipuamente di «merito» del Tribunale, qual è, appunto, la valutazione sul «migliore soddisfacimento dei creditori»: la *ratio* della suddetta Direttiva è indubbiamente quella di preservare una maggiore flessibilità delle procedure di regolazione della crisi dell'impresa, pur non rinunciando al controllo dell'autorità giudiziaria, ma «relegando» quest'ultimo ai casi in cui esso sia realmente indispensabile e necessario.

⁶⁶⁷ In tale sede, infatti, tale giudizio si rende necessario al fine di vincolare i creditori dissenzienti.

⁶⁶⁸ Cfr. Considerando n. 50 Direttiva UE 2019/1023.

⁶⁶⁹ Cfr. art. 10 della Direttiva UE 2019/1023: «Gli Stati membri provvedono affinché almeno i seguenti piani di ristrutturazione vincolino le parti solo se sono omologati dall'autorità giudiziaria o amministrativa:

a) piani di ristrutturazione che incidono sui crediti o sugli interessi delle parti interessate dissenzienti;

b) piani di ristrutturazione che prevedono nuovi finanziamenti;

c) piani di ristrutturazione che comportano la perdita di più del 25 % della forza lavoro, se tale perdita è ammessa dal diritto nazionale. (...).

6. Riflessioni sul nuovo ruolo dell'eteronomia giudiziale ai sensi del «Codice della crisi».

Volendo sintetizzare i risultati dell'indagine finora svolta, è possibile affermare che, l'analisi condotta nell'elaborazione del concetto di «fattibilità» e nella comprensione delle tematiche ad essa sottese, ha rappresentato il punto d'osservazione migliore al fine di comprendere l'attuazione dell'eteronomia giudiziale nel concordato preventivo, in rapporto all'autonomia privata; e ciò specie in un contesto, quale quello della crisi d'impresa, di forte «conflittualità».

È proprio sul terreno della «fattibilità» che si è assistito allo «scontro» tra la tesi volta ad amplificare i profili negoziali della procedura e che affida, pertanto, ai soli creditori il vaglio sulla prognosi di «fattibilità economica», sostenibilità, realizzabilità ed attendibilità del concordato; e all'opposto, la tesi volta a contrastare l'erosione dell'area di intervento del giudice, dislocando, appunto, su quest'ultimo la verifica sulla «fattibilità». Pertanto, tale controllo ha costituito lo strumento per spostare l'ago della bilancia nell'una o piuttosto nell'altra direzione, con evidenti riflessi sulla gerarchia degli interessi tutelati.

Invero, non è mai stato dimostrato che l'arretramento del giudice dalla summenzionata procedura concorsuale abbia rappresentato la scelta più congrua per costruire un modello «ideale» di risoluzione della crisi d'impresa; anzi, la spinta alla c.d. «privatizzazione» del concordato ha delineato nei fatti un modello «debole» di tutela degli stessi interessi dei creditori.

Sebbene non si sia mai rinunciato all'intervento giudiziario, tuttavia, la sottrazione al giudice del controllo sulla «fattibilità», avvenuta con la riforma del 2005, ha reso, peraltro, evidente che una forma «debole» di tale controllo sia irrinunciabile. E ciò è emerso, in particolare, con il riconoscimento per via giurisprudenziale della verifica sugli aspetti economici del piano, in presenza di una «manifesta inattitudine» di quest'ultimo a raggiungere gli obiettivi indicati.

Il «Codice della crisi» nell'attribuire espressamente al giudice il controllo pieno sulla «fattibilità», disvela l'irrinunciabilità dell'intervento pubblicistico nella composizione concordataria della crisi d'impresa, celando così una certa

diffidenza nell'autonomia privata. Invero, appurata la necessaria verifica giudiziale sulla «fattibilità», si potrebbe pensare ad una diversa modulazione dell'esercizio del relativo potere in sede preliminare, così come previsto dalla Direttiva UE 2019/1023; e ciò al fine di trovare un giusto equilibrio tra le opposte esigenze.

A tal riguardo, se si legge attentamente il «Codice della crisi», si perviene ad affermare che esso «circoscrive» il controllo giudiziale sulla «fattibilità» in sede di ammissione: ovvero, ciò può essere visto nella necessità per il giudice di attendere la relazione del commissario giudiziale, salvo, come visto, non vi siano già tutti gli elementi che dimostrino la «manifesta inattitudine del piano». Pertanto, quello del Tribunale non sarà un giudizio avventato e superficiale.

L'estensione dei poteri interdittivi dell'autorità giudiziaria trova, altresì, spiegazione nell'emersione nel «Codice della crisi» di altri interessi, accanto al «miglior soddisfacimento dei creditori», ritenuti ugualmente meritevoli di tutela. Il «Codice della crisi», infatti, è il portato di istanze diverse, che da un lato, nel caso del «miglior soddisfacimento dei creditori», impongono di arginare possibili abusi e frodi del debitore e tutelare il consenso informato dei creditori; dall'altro, nell'interesse alla conservazione dei complessi aziendali, nonché nel mantenimento dei livelli occupazionali, finiscono per influenzare e condizionare il giudizio sulla «fattibilità» del concordato, potendo, tra l'altro, entrare «in conflitto» con l'interesse al «miglior soddisfacimento dei creditori», di cui, come visto, il «Codice della crisi» sembra accogliere un significato «nuovo».

A tal riguardo, stante l'esistenza di ulteriori interessi, l'accoglimento di un'accezione ampia della clausola del «miglior soddisfacimento dei creditori», sembra essere la strada adatta per raggiungere un punto di incontro, ovvero di equilibrio tra le diverse istanze sottese alla soluzione concordataria della crisi d'impresa.

Alla luce di quanto finora detto, pertanto, non sembra erroneo ritenere che proprio quest'ultimo controllo, ovvero la verifica sul «miglior soddisfacimento dei creditori», incarni la volontà del legislatore di «controbilanciare» gli ampi spazi operativi del giudice in sede di «fattibilità». Orbene, nella misura in cui al giudice

vengono riconosciuti tali poteri, decidendo così le sorti della soluzione della crisi del debitore, la «tenuta del sistema» viene, in ultima istanza, affidata all'accertamento sulla massimizzazione degli interessi dei creditori, che in tal modo finisce per condizionare il vaglio sulla «fattibilità», come poc'anzi visto; a meno che non si tratti di un concordato liquidatorio, in cui, invece, il legislatore ha adeguatamente tutelato le ragioni dei creditori con la previsione del *minimum* legale del venti per cento, nonché con l'immissione di «risorse esterne».

In conclusione, non può negarsi che mediante la verifica piena sulla «fattibilità» del concordato, si vogliano non solo tutelare interessi ulteriori, ma si voglia, altresì, assicurare maggiore speditezza alla procedura, che indirettamente consente di raggiungere le principali istanze sottese alla procedura concordataria.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI, N. – PANZANI, L., *Crisi ed insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO e L. PANZANI, vol. 1, Torino, 2014, p. 2991.

ALESSI, C., *Autonomia privata nel concordato preventivo e il ruolo del Tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 443.

AIELLO, M., *L'administration alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 2015, p. 1107.

AMATORE, R., *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 109.

AMBROSINI, S., *Il concordato preventivo e accordi di ristrutturazione*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. XI, Padova, 2008, p. 151.

AMBROSINI, S., *Concordato preventivo, fattibilità del piano e atti di frode*, in *Fall.*, 2011, p. 933.

AMBROSINI, S., *Il nuovo concordato preventivo: «finalità», «presupposti» e controllo sulla fattibilità del piano*, su www.ilcaso.it, doc. n. 25 febbraio 2019;

AMBROSINI, S., *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, reperibile su www.ilcaso.it, doc. n. 15 ottobre 2019, p. 1 ss.

AMBROSINI, S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 2013, p. 1 ss.

AMBROSINI, S., *Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori*, in www.ilcaso.it, doc. n. 25 aprile 2018, p. 1 ss.

AMBROSINI, S., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «miniriforma»*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 359.

AMBROSINI, S., *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 477.

AMBROSINI, S., *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, su www.ilcaso.it, doc. n. 4 agosto 2013, p. 1 ss.

AMBROSINI, S. – DE MARCHI, P.G., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 89.

AMBROSINI, S. - TRON, A., *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC e il ruolo del professionista*, in www.ilcaso.it, doc. n. 8 marzo 2015, p. 18.

ARATO, M., *Il piano di concordato e la soddisfazione dei creditori concorsuali*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO e L. PANZANI, vol. 1, Torino, 2014, p. 3454.

ARATO, M., *Il concordato con continuità nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Fall.*, 2019, p. 855.

ARATO, M., *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in *Crisi d'impresa: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, p. 157.

ARATO, M., *Il concordato preventivo con riserva*, Torino, 2013, p. 68.

ARATO, M., *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*, doc. del 9 agosto 2016, in www.ilcaso.it, p. 1 ss.

AUDINO, A., *Sub art. 161, legge fallim.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2013, p. 1087.

AZZARO, A. M., *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017, p. 1 ss.

BAISTER, S., *An Introduction to the Insolvency Law of England and Wales*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO e L. PANZANI, vol. 1, Torino, 2014, p. 153.

BALESTRA, L., *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383.

BALP, G., *I finanziamenti infragruppo: direzione e coordinamento e postergazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 329.

BASTIA, P. – BROGI, R., *Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*, Assago, 2016, p. 1 ss.

BERSANI, G., *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle «classi dei creditori». Transazione fiscale*, Milano, 2012, p. 1 ss.

BERTACCHINI, E., *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica «vaghezza», Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo*, in *Contratto e Impr.*, 2013, p. 330.

BOLAFFIO, L., *Del concordato preventivo e della procedura dei piccoli fallimenti*, Milano – Napoli – Palermo – Roma, 1915, p. 1 ss.

BOLAFFIO, L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinari*, Torino, 1932, p. 1 ss.

BONELLI, G., *Del fallimento, Commento al codice di commercio*, vol. 3, Milano, 1923, p. 189.

BOSTICCO, P., *Dubbi e incertezze sull'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione nel nuovo pre-concordato*, su www.ilfallimentarista.it, p. 1 ss.

BOTTAI, L. A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e*

disciplina bancaria: dopo le riforme 2015 e 2016, a cura di S. AMBROSINI - M. AIELLO, Bologna, 2017, p. 213.

BOTTAI, L. A., *Sub art. 160, legge fallim.*, in *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo al d.l. n. 83/2015, conv. in l. 132/2015*, Torino, 2015, p. 102.

BOTTAI, L. A., *Trattamento dei crediti privilegiati, nuova finanza e rapporto tra classi e privilegi*, in *Fall.*, 2010, p. 90.

BOTTAI, L. A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: profili applicativi e prime prassi*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria: dopo le riforme 2015 e 2016*, a cura di S. AMBROSINI - M. AIELLO, Bologna, 2017, p. 213.

BOZZA, G., *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2011, p. 175.

BOZZA, G., *La facoltatività della formazione nelle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 424.

BOZZA, G., *L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Fall.*, 2009, p. 1441.

BORK, R., *I poteri dei creditori nella procedura tedesca di riorganizzazione*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 767.

BRADLEY, M. - ROSENZWEIG, M., *The Untenable Case for Chapter 11*, in *Yale Law Journal*, 1992, (101), p. 1043.

BREUER, W., §231, *InsO*, in H. P. KIRCHHOF u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band III, München, 2014, Rn. 18-19.

BROGI, R., *Il concordato con continuità aziendale nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, p. 854.

BRUGGER, G. B., *Sub art. 160 legge fallim. Profili aziendali*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, a cura di A. JORIO-M. FABIANI, Bologna, 2007, p. 2309.

BURBIDGE, P., *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da F. VASSALLI - F.P. LUISO - E. GABRIELLI, vol. 4, Torino, 2014, p. 270.

CALAMANDREI, P., *Del fallimento*, vol. 2, Torino, 1883, p. 105.

CALANDRA BUONAURA, V., *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 16.

CALANDRA BUONAURA, V., *Fattibilità del concordato: la prevalenza della tesi privatistica*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 236.

CALANDRA BUONAURA, V. – JORIO, A. – MEO, G. – MONTALENTI, P. – SACCHI, R. – SCOGNAMIGLIO, G. – TERRANOVA, G., *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 915.

CANDIAN, A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p. 207.

CASA, F., *Gli «atti di frode» e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo. L'architettura dell'art. 173 legge fallim. nella lettura della Corte di Cassazione: fratture, ricomposizioni, rimedi*, in *Fall.*, 2015, p. 317.

CASA, F., *Questioni giuridiche circa la relazione dell'esperto attestatore*, in *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore. Principi di attestazione e riforma del 2015*, a cura di S. AMBROSINI - A. TRON, Bologna, 2016, p. 35.

CARBONI, F. C., *Il processo di omologazione del concordato preventivo*, Padova, 1994, p. 1 ss.

CARMELLINO, G., *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fall.*, 2015, p. 1057.

CATALLOZZI, P., *Le classi dei creditori e la votazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, p. 109.

CATALLOZZI, P., *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, p. 583.

CECCHINI, P. G., *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, su www.ilfallimentarista.it, p. 1 ss.

CECCHERINI, E., *Il concordato preventivo con prenotazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 316.

CENSONI, P.F., *I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 343.

CENSONI, P.F., *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. JORIO-B. SASSANI, vol. 4, Milano, 2014, p. 265.

CENSONI, P.F., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, reperibile in www.ilcaso.it, doc. n. 22 gennaio 2013, p. 1 ss.

CIERVO, G., *Fattibilità del piano di concordato e atti di frode: i poteri del giudice ex art. 173 legge fallim. secondo le Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 621.

CIERVO, G., *Il giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *NDS*, 2015, p. 28.

CHAPUT, Y., *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. V, Torino, 2014, p. 167.

CHARLES G. CASE II, *A Short Summary of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code*, in *NDS*, 2010, p. 62.

COSTA, C., *Il concordato con cessione dei beni*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. BARACHINI, Torino, 2014, p. 61 ss.

CORRADO, D., *Aspetti critici della disciplina del concordato in continuità nel Codice della crisi*, in *www.ilfallimentarista.it*, doc. n. 16 agosto 2019, p. 1 ss.

COSTA, C., *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il diritto dell'impresa in crisi tra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. BARACHINI, Torino, 2014, p. 61 ss.

DAMMANN, R. - LUCAS, F. X., *Faut-il déjà, reformer la réforme du 12 mars 2014?*, in *Bulletin Joly Enterprises en Difficulté*, 2014, p. 143.

D'ATTORRE, G., *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in *Fall.*, 2017, p. 1015.

D'ATTORRE, G., *La finanza esterna tra vincoli all'utilizzo e diritto di voto dei creditori*, su *www.ilcaso.it*, doc. n. 20 maggio 2014, p. 1 ss.

D'ATTORRE, G., *Esclusione dal voto del creditore in conflitto d'interessi*, in *Fall.*, 2014, p. 328.

D'ATTORRE, G., *Le Sezioni Unite riconoscono (finalmente) il conflitto d'interessi nei concordati*, in *Fall.*, 2018, p. 960.

D'ATTORRE, G., *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 419.

DE CESARI, P. - MONTELLA, G., *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, 2017, p. 1 ss.

DE CICCIO, O., *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Napoli, 2007, p. 1 ss.

DE CRESCIENZO, U., *Sub art. 173 legge fallim.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, Bologna, 2007, p. 2472.

DELGRANGE WENNER, O. - CARBONE, C., *Le procedure concorsuali in Francia*, in *Foro padano*, II, 2010, p. 194.

DE MATTEIS, S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, p. 317.

DE SANTIS, F., *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, p. 279.

DE SANTIS, F., *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio «permanente» di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, p. 279.

DE SANTIS, F., *Procedimento di revoca del concordato preventivo e pagamenti non autorizzati di debiti concordatari*, in *Fall.*, 2016, p. 792.

DE SANTIS, F., *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2016, p. 1045.

DIDONE, A., *Le sezioni Unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 20001.

DIDONE, A., *Note minime sull'art. 173, legge fallim.*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2033.

DI MAJO, A., *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, p. 279.

DI MAJO, A., *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, p. 279.

DI MAJO, A., *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Torino, 2012, p. 1 ss.

DI MARZIO, F., *Il principio di diritto in tema di giudizio di fattibilità della proposta di concordato stabilito dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in www.ilfallimentarista.it, doc. 25 gennaio 2013, p. 1 ss.

DI MARZIO, F., *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in www.ilfallimentarista.it, 2013, p. 1 ss.

DI NICOLANTONIO, V., *La continuità aziendale nella gestione dell'impresa in concordato*, in *Dir. fall.*, I, 2018, p. 412.

DONATIVI, V., *I requisiti della domanda di concordato con riserva (e il difficile equilibrio tra prevenzione degli abusi ed eccessi di formalismo)*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1167.

FABBRINI, M., *Nuove modifiche al diritto delle imprese in difficoltà francese*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 745.

FABIANI, M., *Il concordato preventivo (art. 2221 c.c.)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna- Roma, 2014, p. 1 ss.

FABIANI, M., *La questione fattibilità del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative*, relazione tenuta al convegno *Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*, Roma, 11 ottobre 2012, reperibile su www.cortesupremadicassazione.it.

FABIANI, M., *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, in *Fall.*, 2011, p. 167.

FABIANI, M., *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, p. 423.

FABIANI, M., *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 2016, n. 7.

FABIANI, M., *Vademecum per la domanda «prenotativa» di concordato preventivo*, reperibile su www.ilcaso.it.

FABIANI, M., *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2016, p. 268.

FABIANI, M., *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 298.

FABIANI, M., *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le Sezioni Unite un po' oltre la metà del guado*, in *Foro it.*, 2013, c. 1573.

FAROLFI, A., *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 22 maggio 2019, p. 1 ss.

FAUCEGLIA, G., *Brevi considerazioni sui poteri del Tribunale in tema di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, II, p. 18.

FAUCEGLIA, G., *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA – L. PANZANI, vol. 3, Milano, 2009, p. 1693.

FERRARO, P.P., *Ultime novità giurisprudenziali in materia di concordato preventivo*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 243.

FERRI, C., *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 69.

FERRO, M., *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 922.

FERRO, M. – D'AMORA, R. – FABIANI, M., *Il concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di M. FERRO - P. BASTIA – G. M. NONNO, Milano, 2013, p. 111.

FILOCAMO, F. S., *L'art. 173, primo comma legge fallim. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 1467.

FILOCAMO, F. S., *Sub art. 173 legge fallim.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico- pratico*, a cura di M. FERRO, Padova, 2011, p. 1955.

FINCH, V. – MILMAN, D., *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles*, 2017, Cambridge University Press, p. 1 ss.

FRASCAROLI SANTI, E., *La convenienza del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 165.

FRASCAROLI SANTI, E., *Il diritto fallimentare nella legge tedesca*, Padova, 1977, p. 1 ss.

GALANTI, L., *Scritture contabili, dissimulazione dell'attivo e limiti al sindacato giudiziale nella revoca alla procedura di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 419.

GALLETTI, D., *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, II, 2006, p. 907.

GALLETTI, D., *La formazione di classi nel concordato preventivo, ipotesi applicative*, in *www.ilcaso.it*, p. 1 ss.

GALLETTI, D., *Sub art. 160, legge fallim.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, Milano, 2010, p. 373.

GALLETTI, D., *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p. 1 ss.

GALLETTI, D., *Il migliore soddisfacimento dei creditori: brevi note sui principi generali e sugli interessi tutelati*, su *www.ilfallimentarista.it*, doc. 28 febbraio 2019, p. 1 ss.

GALLETTI, D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, p.730.

GAMBINO, A., *Ruolo del giudice nella fase di superamento della crisi dell'impresa*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 239.

GIORGI, V., *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 387.

GRACI, G., *La revoca del concordato preventivo: verifica in concreto della natura fraudolenta degli atti non autorizzati*, in *Dir. fall.*, 2017, II, p. 934.

GREGGIO, M. – VIDAL, G., *Il mantenimento della continuità aziendale mediante la costituzione di una special purpose vehicle da parte della società debitrice*, reperibile su www.ilcaso.it, doc. n. 30 settembre 2017, p. 1 ss.

GUERNELLI, M., *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 256.

GUGLIELMUCCI, L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 321; *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000, p. 1 ss.

HIRTE, H., *Corporate Groups Insolvency*, in *ECFR*, 2008, p. 213.

JACHIA, G., *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. FAUCEGLIA - L. PANZANI, vol. 3, Torino, 2009, 1618.

JEANTIN, M. - LE CANNU, P., *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, 2007, p. 107.

JORIO, A., *Sub art. 160 legge fallim.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di M. SANDULLI – A. NIGRO – V. SANTORO, vol. 3, Torino, 2010, p. 2045.

JORIO, A., *Poteri valutativi del Tribunale e requisiti per l'ammissione del debitore alla procedura di concordato*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 215.

JORIO, A., *La nuova legge francese sull'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 625.

JORIO, A., *Legislazione francese, raccomandazione della commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015, p. 1070.

KAMLAH, K., *The New German Insolvency Act: Insolvenzordnung*, in *70 Am. Bankr. L. J.*, 1996, p. 417.

KASTRINOU, A., *Comparative Analysis of the Informal, Non-Insolvency Procedures of the UK and France*, in *Int. Insol. Rev.*, 2016, p. 99.

KATZ, A., *Scheme of Arrangement: An English Law Cram Down Procedure*, reperibile su www.mayerbrown.it, doc. marzo 2012, p. 1 ss.

KINDLER, P., *La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. V, Torino, 2014, p. 198.

KORCH, S., *Chapter 11, corporate governance and the role of examiners*, in *34 Emory Bankr. Dev. J.*, 2018, p. 411.

IODICE, F., *Scheme of arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Fall.*, 2015, p. 1093.

LA CROCE, G., *La «confessio» salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco particolare, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Fall.*, 2014, p. 300.

LAMANNA, F., *Il controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, su www.ilfallimentarista.it, doc. del 09 novembre 2012, p. 1 ss.

LAMANNA, F., *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: così è se vi pare*, in www.ilfallimentarista.it, doc. del 26 febbraio 2013, p. 1 ss.

LAMANNA, F., *Il concordato senza piano - the so-called «concordato senza piano»*, in *NDS*, 2013, p. 59.

LAMANNA, F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, p. 1 ss.

LAMANNA, F., *Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale*, in *www.ilfallimentarista.it*, p. 1 ss., doc. 18 giugno 2015, p. 1 ss.

LAMANNA, F., *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, p. 1 ss.

LEBEL, C., *Le plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008*, in *Gaz. proc. coll.*, 6/7 mars 2009, p. 46.

LIBONATI, B., *La crisi dell'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 1 ss.

LICCARDO, P., *Sub art. 173 legge fallim.*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di M. SANDULLI – A. NIGRO – V. SANTORO, vol. 3, Torino, 2010, p. 2168.

LO CASCIO, G., *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, in *Fall.*, 2009, p. 1129.

LO CASCIO, G., *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fall.*, 2014, p. 7.

LO CASCIO, G., *Il professionista attestatore*, in *Fall.*, 2013, p. 1331.

LO CASCIO, G., *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, p. 387.

LOLLI, A., *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, in *Contratto e Impr.*, 2013, p. 1086.

LÜER, H. J. – STREIT, G., §250, *InsO*, in W. UHLENBRUCK u.a. (Hrsg.), *Uhlenbruck Insolvenzordnung Kommentar*, XV, München, 2019, Rn. 8-11.

MACRÌ, U., *Il sindacato del Tribunale sul corretto utilizzo dei criteri di formazione delle classi*, in *Fall.*, 2010, p. 951.

MACAGNO, G. P., *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fall.*, 2014, p. 671.

MAIOLI CASTRIOTA STANDERBECH, M. E., *L'irrelevanza della natura giuridica del concordato preventivo in relazione al controllo dell'autorità giudiziaria*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1088.

MANGANELLI, P., *Chapter 11 e raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in *Fall.*, 2015, p. 1136.

MANGANO, R., *L'insolvenza nell'esperienza tedesca, in stato di crisi e stato di insolvenza*, a cura di G. TERRANOVA, Torino, 2007, p. 103.

MARENCO, F., *Un approccio di analisi economica del diritto sulla crisi d'impresa: l'absolute priority rule statunitense e le sue deroghe giurisprudenziali. – prospettive di riforma del dato normativo italiano*, su www.ilcaso.it, doc. n. 13 ottobre 2014, p. 1.

MARKELL, B. A., *Fair Equivalentes and Market Prices: Bankruptcy Cramdown Interest Rates*, in *Emory Bankr. Dev. J.*, vol. 33, 2016, p. 91.

MAROTTA, F., *Il concordato misto: prevalenza quantitativa o qualitativa? La soluzione legislativa e gli (opposti) orientamenti giurisprudenziali*, su www.ilcaso.it, doc. n. 23 luglio 2018, p. 1.

MENJUCQ, M., *Perspective européenne et approche internationale de la prévention*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, p. 1.

MINERVINI, V., *Insolvenza e mercato. Itinerari per la modernizzazione delle discipline sulla crisi d'impresa*, Napoli, 2018, p. 1.

MINUTOLI, G., *Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente «classamento» dei creditori: il punto della prassi e della giurisprudenza*, in *Fall.*, 2010, p. 46.

MIOLA, M., *Mercato delle regole e diritto societario della crisi alla luce della disciplina europea delle procedure di insolvenza*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole: il diritto societario e il ruolo del legislatore. Atti del*

Convegno di Venezia 13-14 novembre 2015, a cura di G. CARCANO – C. MOSCA - M. VENTORUZZO, Milano, 2015, p. 637.

MONTALENTI, P., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra giurisprudenza della Suprema Corte e nuove clausole generali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, p. 14.

MONTALENTI, P., *Valorizzazione dell'autonomia privata nella procedura di concordato preventivo*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 230.

MONTANARI, M., *Questioni in tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, p. 338.

MONTELLA, G., *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fall.*, 2015, p. 1039.

MORTARA, L., *Sull'interpretazione dell'art. 825 del codice di commercio*, in *Giur.it.*, 1894, p. 187.

NARDECCHIA, G. B., *La proposta di concordato preventivo per cessione dei beni ed i poteri del tribunale nella fase di liquidazione*, in *Fall.*, 2012, p. 78.

NARDECCHIA, G. B., *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 80.

NARDECCHIA, G. B., *Concordato preventivo e mantenimento dei posti di lavoro*, in AA.VV., *La riforma del fallimento. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2019, p. 187.

NARDECCHIA, G. B., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Molfetta, 2019, p. 1.

NARDECCHIA, G. B., *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 185.

NIEDDU ARRICA, F., *Il sindacato del Tribunale in sede di revoca dell'ammissione a concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 709.

NIEDDU ARRICA, F., *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 826.

NIEDDU ARRICA, F. – CINCOTTI, C., *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1240.

NIGRO, A., *Proposta, piano, fattibilità del piano e «causa concreta» del concordato: gli «snodi» cruciali delle Sezioni Unite*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 234.

NIGRO, A. - VATTERMOLI, D., *Sub art. 186-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO, Torino, 2013, p. 560.

NUZZO, G., *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo interessi protetti e regola di correttezza*, in *L'unità del diritto, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza*, Roma, 2018, p. 148.

PACCHI, S. - D'ORAZIO, L. - COPPOLA, A., *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Torino, 2009, p. 1858.

PAGNI, I., *Il controllo di fattibilità del piano di concordato*, in *Fall.*, 2013, p. 286.

PAGNI, I., *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE -A. BASSI, vol.1, Padova, 2010, p. 586.

PAGLIUGHI, C., *Concordato preventivo: attestazione del piano*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 5 ottobre 2016, p. 1.

PAJARDI, P., *Sub art. 160 legge fallim.*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di C. CELORIA e P. PAJARDI, Milano, Messina, 1963, p. 890.

PAJARDI, P. - PALUCHOWSKI, A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 843.

PAYNE, J., *The role of the court in debt restructuring*, in *The Cambridge Law Journal*, 77(1), March 2018, p. 124.

PAYNE, J., *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge, 2014, p. 1.

PANZANI, L., *I nuovi poteri autorizzatori del Tribunale e il sindacato di fattibilità nel concordato*, in *Società*, 2013, p. 573.

PANZANI, L., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, p. 1 ss.

PANZANI, L., *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, p. 1013.

PANZANI, L., *La dimensione internazionale dell'insolvenza. Recenti sviluppi*, in *Nuovo. dir. soc.*, 2014, p. 12.

PANZANI, L., *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, reperibile su www.ilcaso.it, doc. n. 11 settembre 2017, p. 1 ss.

PASQUARIELLO, F., *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 581.

PATTI, A., *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1099.

PATTI, A., *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. DI MARZIO, Padova, 2010, p. 332.

PATTI, A., *Il pagamento dei debiti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, legge fallim., in favore dell'affittuario in continuità aziendale*, in *Fall.*, 2014, p. 194.

PATTI, A., *Esclusione della sindacabilità del Tribunale della fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2012, p. 39.

PATTI, A., «Atti di frode» e revoca dell'ammissione al concordato preventivo, in *Riv. dir. soc.*, 2015, II, p. 848.

PATTI, A., *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.*, 2013, p. 261.

PENTA, A., *La sottile linea di demarcazione tra le valutazioni di convenienza del ceto creditorio ed il giudizio di fattibilità del Tribunale*, in *Fall.*, 2013, p. 452.

PENTA, A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 673.

PERRINO, A. M., *Sub art. 161, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2017, p. 2051.

PESUCCI, S., *Poteri e limiti del Tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, p.188.

PETROSILLO, A. – RUGGIERO, F., *L'obbligo di preservazione dei limiti occupazionali nel concordato in continuità indiretta*, reperibile su www.ilfallimentarista.it, doc. del 14 marzo 2019, p. 1.

PETTIROSSI, V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015, I, p. 10209.

PEZZANO, A. – RATTI, M., *La finanza «terza» e «nuova» nella prospettiva riformatrice*, su www.osservatorio-oci.org, p. 1.

PIAZZA, P., *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza e le forme di autotutela del contraente in bonis*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 691.

POLI, S., *Il «concordato di gruppo»: I) Profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contratto e Impr.*, 2014, p. 1346.

PENTA, A., *Il concordato di gruppo: II) Verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale*

superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (parte II), in *Contratto e Impr.*, 2015, p. 104.

POSNER, R., *Corporate Bankruptcy: economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, 1996, p. 20.

POTOTSCHNIG, P., *Misura del soddisfacimento e azione di risoluzione del concordato con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2015, p. 35.

PRESTI, A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 16.

PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1979, p. 2225.

QUATRARO, B. – BURCHI, B., *La deliberazione e l'omologazione del concordato preventivo*, in *NDS*, 2016, p. 1.

QUATRARO, B. - BURCHI, B., *Gli istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere*, in *NDS*, 2016, p. 7.

QUATTROCCHIO, L. M. - RANALLI, R., *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in www.ilfallimentarista.it, p. 1 ss.

RACUGNO, G., *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 893.

RACUGNO, G., *Concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE – A. BASSI, vol. I, Padova, 2010, p. 503.

RAGO, G., *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, p. 264.

RAGO, G., *Il concordato preventivo. Dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, p. 1 ss.

- RAMELLA, A., *Trattato del fallimento*, vol. 2, Milano, 1915, p. 386.
- RANALLI, R. – ROLFI, F., *Il concordato in continuità*, Milano, 2015, p. 1 ss.
- RASILE, F. - PEZZOLI, G., Il nuovo concordato preventivo nello schema di decreto delegato, in *www.ilfallimentarista.it*, doc. n. 13 febbraio 2018, p. 1 ss.
- REZZARA, J., *Il concordato nella storia, nella dottrina, nella giurisprudenza. Studio di diritto commerciale*, Torino, 1903, p. 685.
- RICCIARDIELLO, E., *Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del «fallimento del contrattualismo concorsuale»*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 736.
- RINALDI, P., *La finanza esterna nel concordato liquidatorio: incentivi e istruzioni per l'uso*, su *www.ilfallimentarista.it*, doc. n. 01 aprile 2019, p. 1 ss.
- RIVIEZZO, G., *L'impresa in tempo di crisi*, Milano, 2010, p. 1 ss.
- ROSSI, P., *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, 1956, p. 1 ss.
- ROSSI, P., *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fall.*, 2017, p. 637.
- ROVELLI, G., *Regolare tenuta della contabilità per l'ammissione al concordato e all'amministrazione controllata*, in *Dir. fall.*, 1953, I, p. 65.
- SACCHI, R., *Margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 225.
- SACCHI, R., *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, p. 32.
- SACCHI, R., *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 1 e ss.
- SAINT ALARY, C. - HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2009, p. 1 ss.

SALVATO, L., *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del Tribunale nel concordato preventivo*, in *Corr. giur.*, 2012, II, p. 42.

SANDRINI, G., *L'affitto d'azienda ed il concordato preventivo con continuità aziendale*, su www.unijuris.it, p. 1 ss.

SANDULLI, M., *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fall.*, 2006, p. 611.

SANTAGATA, R., *Concordato preventivo «di gruppo» e «teoria dei vantaggi compensativi»*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 216.

SANTAGATA, R., *Il concordato di gruppo nel progetto di riforma Rodorf: prime impressioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 681.

SAVIOLI, G., *La redazione e l'attestazione del piano di risanamento nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, in *The italian change for restructuring. Un diritto per le imprese in crisi*, Milano, 2014, p. 1 ss.

SCHIANO DI PEPE, G., *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 304.

SCHIAVON, L., *Sub art. 37-bis, legge fallim.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2008, p. 329.

SCIUTO, M., *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 566.

SKEEL, D.A., jr., *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton University Press, 2003, p. 1.

SPLIEDT, J.D., §231 *InsO*, in K. SCHMIDT u.a. (Hrsg), *Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 27, München, 2016, p. 1815.

SPIOTTA, M., *Fattibilità giuridica versus fattibilità economica – Il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1122.

STANGHELLINI, L., *Il ruolo dei finanziamenti nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008, p. 1075.

STANGHELLINI, L. – PAULUS, C. G. - MOKAL, R., - TIRADO, I., *Best Practices in European Restructuring. Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law, The Italian legal framework*, reperibile su www.codire.eu, p. 1 ss.

STAUNOVO POLACCO, E., *Il concordato con riserva*, Milano, 2015, p. 1 ss.

TABB, C. J., *The law of Bankruptcy*, IV ed., New York, 2016, p. 1 ss.

TEDOLDI, A., *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173, legge fallim., nel concordato preventivo: la Cassazione e il «cigno nero»*, in *Giur. it.*, 2012, p. 94.

TEIL, S., §231 *InsO*, in W. UHLENBRUCK – H. HIRTE – H. VALLENDER u.a., *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, Band X, München, 2010, p. 2445.

TEXIER, L. – RUSSO, *Le nouveau droit entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009*, in *LPA* N°43, 2 marzo 2009.

TERENGI, M., *Verso un superamento della distinzione tra «fattibilità giuridica» e «fattibilità economica» nel concordato in continuità?*, in *Fall.*, 2017, p. 923.

TERENGI, M., *«Il procedimento unitario» per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, su www.ilfallimentarista.it, doc. n. 12 giugno 2019, p. 1 ss.

TERENGI, M., *Il concordato preventivo e giudiziale*, in *Crisi di impresa e insolvenza. Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 1 ss.

TERRANOVA, G., *La fattibilità del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 189 ss.;

TERRANOVA, G., *Intervento dell'autorità giudiziaria nel giudizio di fattibilità del concordato*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 219.

TIZZANO, R., *L'indeterminatezza del giudizio di migioria e l'attestazione ex art. 186-bis, comma 2, lett. b), legge fallim.*, in *Fall.*, 2014, p. 137.

VAROTTI, L., *Appunti veloci in tema di riforma della legge fallimentare del 2012*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 25 ottobre 2012.

P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, p. 434 ss.

P. VALENSISE, *Sub art. 182-bis, legge fallim.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di A. NIGRO- M. SANDULLI - V. SANTORO, Torino, 2014, p. 420 ss.

VATTERMOLI, D., *Gruppi insolventi e consolidamento di patrimoni (substantive consolidation)*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 591 ss.; ID., *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, p. 342.

VELLA, P., *Il controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione e la nullità o inefficacia degli atti prodromici o interni al concordato*, relazione tenuta al convegno *Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*, Roma, 11 ottobre 2012, reperibile su *www.cortesupremadicassazione.it*, p. 1 ss.

VELLA, P., *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, reperibile su *www.osservatorio-oci.org*, p. 1 ss.

VELLA, P., *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo «con riserva»*, in *Fall.*, 2013, p. 82.

VELLA, P., *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 659.

VERNA, G., *La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 237.

VICARI, A., *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 483.

VITIELLO, M., *Il nuovo concordato preventivo e le classi dei creditori*, in *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa*, a cura di S. BONFATTI, Torino, 2008, p. 121.

VITIELLO, M., *Concordato preventivo e classi di creditori: infondatezza de iure condito della tesi della obbligatorietà delle classi*, in www.ilfallimentarista.it.

VITIELLO, M., *L'omologazione del concordato*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, a cura di AMBROSINI, S., – P. G. DEMARCHI – M. VITIELLO, Bologna, 2009, p. 184.

VITIRITTI, A., *Riflessioni su offerte concorrenti e operazioni societarie straordinarie nel concordato preventivo con continuità aziendale indiretta*, in *Dir. fall.*, II, 2018, p. 195.

WOODWARD, W. J., JR, *Insolvency procedures in the U.S.A.*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI, vol. V, Torino, 2014, p. 354.

ZANICHELLI, V., *La revoca dell'ammissione per non fattibilità del piano*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2017, p. 190.

ZIGNONI, P., *Dell'accordo amichevole della maggioranza dei creditori nella moratoria*, in *Gazz. giur. it.*, 1897, p. 331.

ZYWICKI, T. J., *The Past, Present, and Future of Bankruptcy Law in America*, in *Michigan Law Review*, Volume 101 | Issue 6, 2003, p. 1 ss.

ZORZI, A., *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1237.

ZORZI, A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, p. 993 ss.

ZORZI, A., *Il concordato atipico nel Codice della Crisi, tra concordato con continuità aziendale e concordato liquidatorio*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 4 novembre 2019, p. 1 ss.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA ITALIANA

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., 27 dicembre 1901, in *Giur. it.*, 1902, I, p. 262.
- Cass. civ., 3 giugno 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 627.
- Cass. civ., 23 luglio 1932, n. 2482, in *Riv. dir. comm.*, 1933, II, p. 30.
- Cass. civ., 30 maggio 1953, n. 1639, in *Dir. fall.*, 1953, II, p. 311.
- Cass. civ., 13 dicembre 1969, n. 3963, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 393.
- Cass. civ., 18 gennaio 1979, n. 357, in *Foro it.*, 1980, I, p. 454.
- Cass. civ., 21 giugno 1984, n. 3663, in *Fall.*, 1985, p. 34.
- Cass. civ., 9 aprile 1988, n. 2809, in *Fall.*, 1988, p. 582.
- Cass. civ., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, p. 1248.
- Cass. civ., 18 giugno 1992, n. 7557, in *Fall.*, 1992, p. 1121.
- Cass. civ., 2 ottobre 2005, n. 20291, in *www.ilcaso.it*.
- Cass. civ., 13 aprile 2005, n. 7661, in *Fall.*, 2005, p. 1435.
- Cass. civ., 25 gennaio 2007, n. 1655, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2033.
- Cass. civ., 04 febbraio 2009, n. 2706, in *www.ilcaso.it*.
- Cass. civ. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fall.*, 2011, p. 167.
- Cass. civ., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Fall.*, 2012, p. 39.
- Cass. civ., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, p. 933.
- Cass. civ., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 298.
- Cass. civ., 5 agosto 2011, n. 17038, in *Fall.*, 2011, p. 1161.
- Cass. civ., 23 maggio 2014, n. 11497, in *www.ilcaso.it*.
- Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12549, su *www.ilcaso.it*.
- Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12964, su *www.ilcaso.it*.
- Cass. civ., 20 dicembre 2016, n. 26329, in *www.ilcodicedeiconcordati.it*.
- Cass. civ., 27 febbraio 2017, n. 4915 in *Giur. it.*, 2017, p. 1122.
- Cass. civ., 7 aprile 2017, n. 9061, in *Dir. fall.*, 2019, II, p. 203.

Cass. civ., 23 marzo 2017, n. 7959, su *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 22691, su *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., 28 settembre 2017, n. 22691, in *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, su *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5825, su *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., 21 giugno 2018, n. 16348, in *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., 5 febbraio 2018, n. 2729, su *www.unijuris.it*.
Cass. civ., 16 aprile 2018, n. 9378, in *www.ilcaso.it*.
Cass. civ., 8 Febbraio 2019, n. 3863, su *www.ilcaso.it*.

CORTI DI APPELLO

App. Aquila, 23 ottobre 1906, in *La Giurisprudenza abruzzese*, 1906, p. 515.
App. Napoli, 18 marzo 1908, in *Giur. it.*, 1908, p. 293.
App. Torino, 13 giugno 1930, in *Giur. tor.*, 1930, p. 1496
App. Milano, 9 gennaio 1951, in *Dir. fall.*, 1951, II, p. 42.
App. Perugia, 7 maggio 1952, in *Dir. fall.*, 1952, II, p. 277.
App. Catanzaro, 20 agosto 1953, in *Rep. Giur. it.*, 1954, v. concordato preventivo, n. 2.
App. Bologna, 30 giugno 2006, in *Fall.*, 2007, p. 471.
App. Milano, 4 ottobre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 317.
App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, p. 1315.
App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 961.
App. Roma, 18 aprile 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p.188.
App. Torino, 3 novembre 2009, in *Fall.*, 2010, p. 951 ss.
App. Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18.
App. Firenze, 14 ottobre 2015, su *www.ilcaso.it*.
App. Lecce, 26 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*.
App. Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, p. 338.
App. Catania, 24 ottobre 2011, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 419.
App. Cagliari, 22 febbraio 2011, *inedita*.
App. Venezia, 18 aprile 2016, reperibile su *www.ilcaso.it*.
App. Trieste, 20 aprile 2017, su *www.unijuris.it*.

TRIBUNALI

- Trib. Vicenza, 25 luglio 1903, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 642.
- Trib. Bergamo, 22 gennaio 1909, in *Giuris. ital.*, 1909, p. 234.
- Trib. Lecco, 16 novembre 1911, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 9.
- Trib. Vicenza, 25 luglio 1913, in *Foro veneto*, 1913, p. 411.
- Trib. Busto Arsizio, 10 giugno 1950, in *Dir. fall.*, 1950, II, p. 278.
- Trib. Firenze, 24 agosto 1950, in *Dir. fall.* 1951, II, p. 286.
- Trib. Lecce, 7 marzo 1972, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 528.
- Trib. Bologna, 1° giugno 1987, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 165.
- Trib. Torino, 23 giugno 1988, in *Fall.*, 1989, p. 420.
- Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1402.
- Trib. Mondovì, 16 settembre 2005, *inedito*.
- Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 891.
- Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 56.
- Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1297.
- Trib. Milano, 17 marzo 2006, in *Fall.*, 2006, p. 729.
- Trib. Salerno, 4 luglio 2006, su www.ipsoa.it.
- Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 570.
- Trib. Torino, 6 marzo 2006, *inedita*.
- Trib. Torino, 20 dicembre 2006, su www.ilcaso.it.
- Trib. Milano 9 febbraio 2007, in *Fall.*, p. 1218.
- Trib. Milano, 20 luglio 2007, in *Dir. fall.*, II, p. 451.
- Trib. Ancona, 19 novembre 2007, in *Fall.*, 2008, p. 245.
- Trib. Roma, 24 aprile 2008, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce concordato preventivo, n. 105.
- Trib. Roma, 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 104.
- Trib. Firenze, 14 giugno 2008, su www.ilcaso.it.
- Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 423 ss.
- Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, in www.ilcaso.it.
- Trib. Mondovì, 17 dicembre 2008, reperibile su www.ilcaso.it.
- Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 1464.

Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551.

Trib. Parma, 10 luglio 2008, *www.ilcaso.it*.

Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, p. 857.

Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 91 ss.;

Trib. Biella, 23 aprile 2009, in *Fall.*, 2010, p. 46,

Trib. Messina, 4 marzo 2009, in *Fall.*, 2009, p. 795 ss.

Trib. Messina, 18 febbraio 2009, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Monza, 7 aprile 2009, reperibili in *www.ilcaso.it*.

Trib. Cagliari, 12 marzo 2009, reperibile su *www.ilcaso.it*.

Trib. Bologna, 8 ottobre 2009, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Bari, 7 aprile 2010, in *Fall.*, 2010, p. 999.

Trib. Napoli, 19 maggio 2010, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Trento, 29 dicembre 2010, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Biella, 10 febbraio 2011, in *Fall.*

Trib. Lodi, 2 novembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1088.

Trib. Udine, 16 maggio 2011, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 408.

Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 78.

Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 78.

Trib. Udine, 14 febbraio 2011, in *Fall.*, 2011, p. 1007.

Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 247 ss.

Trib. Milano, 28 aprile 2011, reperibile su *www.dejure.it*.

Trib. Firenze, 27 luglio 2012, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Roma, 14 novembre 2012, *www.ilcaso.it*.

Trib. Siena, 23 ottobre 2012, *www.ilcaso.it*.

Trib. Ancona, 15 ottobre 2012, *www.ilcaso.it*.

Trib. Perugia, 4 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 73.

Trib. Tortona, 8 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 80.

Trib. Modena, 22 ottobre 2012, su *www.ilcaso.it*.

Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 101.

Trib. Ravenna, 24 dicembre 2012, *www.ilcaso.it*.
Trib. Arezzo, 31 ottobre 2012, *www.ilcaso.it*.
Trib. Roma, 19 dicembre 2012, reperibile su *www.ilfallimentarista.it*.
Trib. Terni, 14 gennaio 2013, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Torino, 3 gennaio 2013, reperibile su *www.ilfallimentarista.it*.
Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Cagliari, 7 febbraio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 709.
Trib. Monza, 16 gennaio 2013, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Monza, 13 settembre 2013, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Trento 6 aprile 2013, *www.ilcaso.it*.
Trib. La Spezia, 19 settembre 2013, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Padova, 30 maggio 2013, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Busto Arsizio, 1° ottobre 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Pordenone, 4 agosto 2015, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Arezzo, 27 febbraio 2015, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Roma, 24 marzo 2015, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Roma, 24 marzo 2015, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Vercelli, 13 agosto 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Cassino, 31 luglio 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Venezia, 8 maggio 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Pordenone, 10 aprile 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Arezzo, 19 dicembre 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Trento, 19 giugno 2014, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Crotone, 15 Aprile 2015, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Bergamo, 23 dicembre 2015, su *www.ilfallimentarista.it*.
Trib. Rimini, 1° dicembre 2016, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Massa, 29 settembre e 29 novembre 2016, *www.ilcaso.it*.
Trib. Monza, 13 febbraio 2016, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Torre Annunziata, 29 luglio 2016, in *Dir. fall.*, II, 2018, p. 195.

Trib. Roma, 3 agosto 2017, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Monza, 25 ottobre 2017, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Macerata, 12 gennaio 2017, in *www.ilcaso.it*.
Trib. Napoli, 4 luglio 2018, in *www.unijuris.it*.
Trib. Como, 27 febbraio 2018, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018, su *www.ilcaso.it*.
Trib. Perugia, 4 giugno 2019, *inedita*.

GIURISPRUDENZA FRANCESE:

Trib. Toulouse, 22 novembre 1968, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1969, p. 169.
Trib. Lille, 20 dicembre 1970, in *Juris Classeur Périodique*, 1970, II, p. 16388.
CA Colmar, 26 sept. 2006, *Sté Heuler Hermès c/Schlumberger*.

GIURISPRUDENZA INGLESE:

Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration) [2009] EWCA Civ 1161.
Re Sneath v. Valley Gold Ltd [1893] 1 Ch 477.
Re Guardian Assurance Company [1917] 1 Ch 431.
Re Drax Holdings Ltd [2003] EWHC 2743 (Ch).
Re Rodenstock GmbH [2011] EWHC 1104 (Ch).
Re Scottish Lion Insurance Co Ltd v. Goodrich Corp [2009] CSIH 6 (Inner House of the Court of Session).
Re Anglo American Insurance Co Ltd [2001] BCC 300, p. 506.

GIURISPRUDENZA TEDESCA:

BGH, 20.07.2017, *IX ZB 13/16*.

GIURISPRUDENZA STATUNITENSE:

In re Wolf, 61 B.R. 1010, 1011 (Bankr. N.D. Iowa 1986).

In re Monnier Bros, 755 F.2d 1336.

In re Repurchase Corp., 332 B.R. 343.

In re Johns-Manville Corp., 843 F.2d 636, 649 (2d Cir. 1988).

In re American Consol. Transp. Cos., Inc., 470 B.R. 478, 489 (Bankr. N.D. Ill. 2012)

In re U.S. Truck Co., Inc., 800 F.2d 581, 589 (6th Cir. 1986).

In re Creekside Landing Ltd., 140 B. R. 713 (Bankr. M.D. Tenn. 1992);

Federal Sav. & Loan Ins. Corp. v. D & F Constr., Inc. (In re D & F Constr., Inc.), 865 F.2d 673, 675 (5th Cir. 1989).

In re Apple Tree Partners, L.P., 131 B.R. 380, 395 (Bankr.W.D. Tenn.1991).

In re Outlook/Century, 127 B.R. 650, 656 (Bankr.N.D.Cal.1991).

In re Triple R Holdings, L.P., 134 B.R. 382, 389 (Bankr. N.D.Cal.1991).

In re Pullman Constr. Ind., Inc., 107 B.R. 909, 939 (Bankr. N.D. Ill. 1989).