

D.L. 27.6.2015, n. 83, conv. con modif. con L. 6.8.2015, n. 132
Decisione 29.10.2015 del Tribunale di Pistoia

Federico Ariano e Antonio Pezzano

Riforma del diritto concorsuale

Regime transitorio, concordati «assicurati», continuità indiretta e sopravvenienze attive

Un'interessante decisione del Tribunale di Pistoia dello scorso 29 ottobre (si veda *Il Sole 24 ore* del 12 novembre 2015)¹ affronta tanti aspetti della recente riforma del diritto concordatario: dal **delicato tema della percentuale minima «assicurata» del 20% ai chirografi**, problematica dalla quale scaturiscono una serie di variegate questioni (come quale sia l'effettiva valenza i del termine «assicurare», il rapporto tra il nuovo concetto di «utilità» rispetto al sostantivo «pagamento» di cui all'art. 160, co. 4, L.f., il trattamento dei prelatizi incapienti al di sotto del 20%, la possibilità di prevedere classi a percentuali inferiori qualora comunque il precetto del pagamento del 20% minimo risulti osservato rispetto alla totalità del monte-crediti chirografi, ed infine le eventuali ricadute sul delicato tema della fattibilità economica e giuridica), al **tema della distinzione tra concordati in continuità e non** (come noto i primi non sono assoggettati al menzionato limite del 20%, quantunque per il Tribunale toscano un limite minimo sia individuabile sistematicamente anche per tali concordati ed è pari al 5%), sino ad accennare alla **valenza (ritenuta decisiva) dell'attestazione** rispetto ai limiti percentuali (30 o 40, a seconda se in continuità o non) da assicurarsi a cura del debitore per inibire l'accesso alle eventuali proposte concorrenti.

La moltitudine delle tematiche non consente la trattazione di ciascuna.

Si sono quindi scelte quelle ritenute di maggiore interesse.

Con la **decisione 29 ottobre 2015** il **Tribunale di Pistoia** effettua un'ampia carrellata sulle principali **novità** introdotte dalla riforma estiva del **diritto concorsuale** di cui al **D.L. 83/2015** (conv. dalla L. 132/2015), dopo essersi lasciato alle spalle, con un'eccentrica tesi, il problema pregiudiziale della decorrenza delle nuove norme. Inoltre, alla luce dell'intervento di cui al **D.Lgs. 147/2015**, la poliedrica pronuncia del giudice toscano offre agli Autori lo spunto per creare una **nuova occasione di collegamento tra diritto concorsuale ed erariale**.

Disciplina transitoria rispetto ai pre-concordati «a cavallo»

In ogni caso l'aspetto preliminare trattato dal Tribunale di Pistoia ha riguardato il **regime transitorio**, e segnatamente se i concordati con riserva *ex art. 161, co. 6, L.f.* «a cavallo» (cioè i pre-concordati presentati *ante* entrata in vigore della novella *ex D.L. 83/2015* conv. con modif. con L. 132/2015, ma con proposta ancora da depositare) risultino o meno da assoggettare alla nuova disciplina.

Ci riferiamo alla statuizione preliminare del giudice toscano che ha escluso l'assoggettamento del concordato in esame alla precedente disciplina, nonostante domanda e ricorso *ex art. 161, co. 6, L.f.* fossero state depositate anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa. In sintesi, secondo il Tribunale di Pistoia con il cd. pre-concordato il debitore non introduce un procedimento concordatario, ma si riserva soltanto la possibilità di farlo in alternativa al deposito della domanda di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis, L.f.

Invero, alla luce del chiaro precetto dell'art. 23, co. 1, D.L. 83/2015, che parla di «**procedimento di concordato preventivo introdotto**», ci sembra evidente che sia da considerare tale anche quello già proposto con

1. Negri, «Il creditore privilegiato va pagato almeno al 20%». Il decreto pistoiese è pubblicato in forma integrale su www.ilcaso.it.

domanda di concordato con riserva.

Infatti l'art. 161, co. 6, L.f. si limita solo a stabilire **una delle due** modalità con cui si dà vita ad un procedimento di concordato preventivo, il quale, anche nel caso di introduzione a mezzo di pre-concordato, mantiene sempre la stessa **domanda** ed il medesimo **ricorso di cui all'art. 161, co. 1, L.f.** con la conseguenza che il procedimento (processuale) è già pendente, tanto da conservare anche lo stesso numero di ruolo una volta depositati piano e proposta.

Non a caso, dal **deposito della domanda di concordato** (anche) con riserva, si verifica tutta quella serie di effetti riguardanti, senza soluzione di continuità, la (unica) procedura di concordato preventivo sin dal suo inizio (compresi, tra gli altri, gli effetti penali ex art. 236, L.f. ed oggi anche quelli ex art. 163-bis, ultimo comma, L.f. ed ex art. 182, co. 5, L.f., norma che, tra l'altro, chiarisce espressamente come sia sufficiente il **deposito della domanda di concordato** per conseguire alcuni effetti propri della concorsualità, quali la cancellazione dei vincoli afflittivi e l'esclusione dalla solidarietà passiva).

Non solo: già dalla domanda di pre-concordato può esser nominato il Commissario ed aperto procedimento ex art. 173, L.f. Ed ancora: il mancato rispetto del termine ex art. 161, co. 6, L.f. ovvero degli obblighi di cui all'art. 161, co. 8, L.f. provoca il procedimento ai sensi dell'art. 162, co. 2 e 3, L.f. (dichiarazione di inammissibilità della proposta da parte del Tribunale e reclamo da parte del debitore) che nuovamente è fenomeno proprio della procedura di concordato già introdotta o pendente che dir si voglia.

D'altra parte è sempre e solo l'unica domanda di c.p. che consente lo scaturire di quanto previsto dagli artt. 182-quinquies e 182-sexies, L.f.

Né colpisce nel segno la considerazione del Tribunale di Pistoia secondo cui «*ove il legislatore avesse voluto ancorare il discrimine temporale al deposito del-*

*la domanda di concordato avrebbe chiaramente utilizzato la diversa espressione: "domande di concordato depositate successivamente o anteriormente (...)" ovvero avrebbe fatto ricorso alla locuzione "procedimenti pendenti"». Difatti, la relazione legislativa all'art. 23, D.L. 83/2015 parla di «**procedimenti pendenti**»,^[2] assimilando quindi all'evidenza il concetto di «introduzione» a quello di «pendenza». E ricordiamo poi che risulta *ius receptum* che la *vacatio in ius* nei procedimenti con ricorso si determina già con il deposito del ricorso introduttivo.*

In ogni caso decisamente confortanti sul punto sono gli insegnamenti del Supremo Collegio a Sezioni Unite che proprio recentemente^[3] ha avuto modo di chiarire che nella stessa crisi d'impresa vi è dicotomia solo tra fasi fallimentare e concordataria, atteso che il procedimento di concordato preventivo resta **comunque unico (e già pendente)**, ove anche introdotto ex art. 161, co. 6, L.f.

Tanto che in sede di redazione dei principi di diritto il Supremo Collegio ha stabilito:

- › rispetto al principio *sub* 1, che: «**in pendenza di un procedimento di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, il fallimento dell'imprenditore (...) può essere dichiarato (...) quando la domanda di concordato (...)**».
- › rispetto al principio *sub* 4, che: «**la domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, presentata dal debitore non per regolare la crisi d'impresa (...)**».

Alla luce delle pur brevi considerazioni *supra* esposte, speriamo risulti comunque chiaro che sullo specifico tema del regime transitorio la decisione del Tribunale di Pistoia non è condivisibile, **come peraltro confermato dalle prime pronunce sul tema di altri giudici di merito**,^[4] fidando così che almeno sulla problematica *de qua* l'odiosa municipalizzazione del diritto concorsuale non trovi ulteriore spazio di diffusione.^[5]

2. Per immediato memo ecco il primo paragrafo della relazione legis rispetto all'articolo 23:

«L'articolo reca le norme transitorie. Sono state individuate quelle che possono applicarsi anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto e quelle, invece, che per la loro natura non possono che applicarsi ai procedimenti introdotti successivamente a tale data».

3. Evidentemente ci riferiamo alle note Cass., Sez. Unite, 15 maggio 2015, nn. 9935 e 9936, che hanno trovato conferma anche recentemente in Cass. 18 dicembre 2015, n. 25586, in www.ilcodicedeconcordati.it.

4. Cfr. Trib. Benevento, 18 novembre 2015, in www.osservatorio-oci.org, Trib. Trento, 15 ottobre 2015, in www.ilcaso.it. In dottrina

contra Lamanna, «Le norme transitorie della miniriforma di cui al D.L. n. 83/2015: il significato di "procedimenti introdotti" dopo la legge di conversione», in www.IIFallimentarista.it.

5. Cfr. Fabiani, «L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche», in www.ilcaso.it. E sembra che il

nostro auspicio si stia realizzando poiché è prossimo alla pubblicazione un protocollo assunto volontariamente fra molti giudici delegati italiani che indica l'indirizzo giurisprudenziale comune che i medesimi assumeranno rispetto alle tante questioni poste dalla novella estiva 2015, affrontate per buona parte anche dalla decisione qui in commento.

D'altra parte, opinare diversamente, e cioè aderire alla tesi del giudice toscano, condurrebbe a cancellare, quasi con un «colpo di spugna», tantissimi pre-concordati presentati *ante* riforma nel legittimo affidamento sull'applicazione della normativa vigente al momento della presentazione della domanda di concordato con riserva.¹⁶¹

Al contempo, deve riconoscersi che le altre statuizioni del Tribunale di Pistoia possono rappresentare davvero una pietra miliare nell'interpretazione sistematica della Novella,¹⁷¹ che di certo saranno fonti di interessanti spunti per un dibattito sulla tema appena agli albori.¹⁸¹

TERMINE «ASSICURARE»

Tra le tematiche di sicuro interesse affrontate dal Tribunale di Pistoia, senz'altro quella di maggior rilievo afferisce quale sia il **significato** da attribuire al **termine «assicurare»**.

E cioè se il legislatore abbia voluto imporre al debitore concordatario unicamente l'obbligo di assumere un serio impegno concordatario rispetto alla percentuale minima di pagamento (a differenza di quanto accadeva in precedenza rispetto ai concordati liquidatori, in cui né l'indicazione della percentuale né la soddisfazione della percentuale stessa era obbligatoria; si veda Cass. S.U. 1521/2013 e Cass. 6022/2014)¹⁹¹ o se, invece, con tale termine si sia stabilito che la percentuale minima del 20% dev'essere garantita in via reale o personale.

Oppure ancora se, come sostenuto dal giudice pi-

stoiese, sostanzialmente nulla di rilievo è cambiato rispetto al regime *ante* ultima novella estiva, nel senso cioè che il debitore neppure ora è tenuto ad assumere alcuno specifico obbligo concordatario in ordine alla percentuale minima di pagamento, quantunque debba comunque **assicurare** la soddisfazione di tale percentuale minima, nel senso che «*in qualche modo, il legislatore del 2015 ha completato il suo parziale ritorno al passato adottando una formula che riecheggia da vicino quella dell'originario art. 160, co. 1 n. 2 ("fondatamente ritenere" che (...)). Dunque, il comma IV dell'art. 160 novellato può essere letto nel senso che in ogni caso il debitore deve proporre fondatamente il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari. Pur con tutte le possibili sfumature del caso, il criterio di qualificazione della proposta adottato si pone a metà strada fra quello della garanzia e quello della ragionevole previsione: meno del primo, più del secondo*».¹⁰¹

Orbene, ci pare evidente che la seconda interpretazione non sia percorribile, considerato che il verbo di «garantire» ha un significato giuridico ben diverso e noto da sempre anche al legislatore concordatario (si vedano gli artt. 172 e 185/136 L.f.). Pertanto, se il legislatore avesse voluto davvero seguire tale strada, senz'altro sarebbe stato inequivocabile sull'aspetto *de quo*, se del caso ritornando alla formulazione adottata nell'originario art. 160, co. 2, n. 1), L.f. («*che il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare almeno (...)*»).

D'altra parte «assicurare» era stato già utilizzato

6. Cfr. Ambrosini, «Introduzione a La nuova riforma del diritto concorsuale – Commento operativo al D.L. 83/2015 conv. in L. 132/2015», in Giappichelli, 2015.

7. D'altra parte il foro pistoiese non è nuovo a decisioni di rilievo sulla materia del diritto concorsuale; per tutte si veda l'oramai leggendaria Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in www.ilcaso.it.

8. Tra i primi commenti editi, si veda Ambrosini, «La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015», in www.ilcaso.it; Becucci-Bogoni-Bombardelli-Bottai-Pesciaroli-Pezzano-Ratti-Spadaro, «La nuova riforma del

diritto concorsuale – Commento operativo al D.L. 83/2015 conv. in L. 132/2015», cit.; Bozza, «Brevi considerazioni su alcune norme dell'ultima riforma», in www.fallimentsocieta.it; Fabiani, «L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche», in www.ilcaso.it; Guidotti, «Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti», ivi; Lamanna, «La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un

primo commento», in www.ilfallimentarista.it; Ranalli, «Gli accordi di ristrutturazione con intermediari. Alcune considerazioni critiche», in www.ilfallimentarista.it; Varotti, «Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare», in www.ilcaso.it; Zanichelli, «Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno», in www.ilcaso.it.

9. Cfr. Ambrosini, «Introduzione a La nuova riforma del diritto concorsuale – Commento operativo al D.L. 83/2015 conv. in L. 132/2015», cit.; negli stessi termini Bottai, *ibidem*, sub art. 160 L.f.; sostanzialmente in senso analogo D'Orazio, «Attestazioni e controllo

giudiziario nelle procedure concorsuali, Ipsoa, 2015.

Abbiamo effettuato il riferimento ai concordati liquidatori poiché rispetto a quelli con garanzia ovvero in continuità, la percentuale offerta anche prima della riforma doveva essere corrisposta nella misura indicata in proposta (si veda in tema Trib. Lecco, 10 luglio 2015; Trib. Monza, 13 febbraio 2015, ambedue in www.ilcaso.it).

10. Cfr. in dottrina Zanichelli, «Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno», cit. In giurisprudenza, si veda il Trib. Firenze, 8 gennaio 2016, in www.ilcaso.it.

dal legislatore concorsuale nell'art. 182-bis, co. 1, L.f. con riferimento all'integrale pagamento dei creditori estranei. E nessuno ha mai dubitato che con tale previsione l'attestatore dovesse anche certificare che il piano posto a base dell'Accordo di ristrutturazione dei debiti fosse in grado di **garantire, tecnicamente parlando**, il pagamento integrale di tali creditori.^[11]

Invece le chiavi di lettura prima e terza sostanzialmente si equivalgono nel senso che, a prescindere se sarà assunto un espresso impegno concordatario al pagamento di una percentuale minima, ovvero il debitore si limiterà ad *assicurare* il pagamento di tale percentuale, in ambedue i casi l'attestazione dovrà comunque far senz'altro emergere che il piano sarà in grado di **fondatamente** attribuire ai creditori le percentuali offerte (ovviamente compresa quella minima di legge del 20%).

Tanto che tale nuova attestazione viene definita suggestivamente quando «aggravata»^[12] quando «rafforzata»^[13] e comunque dovrà esser tale da rappresentare una «*fattibilità ampia, coerente e solida in cui il professionista asseveratore*» deve attestare «*che la proposta assicuri una determinata percentuale di pagamento*».^[14]

Neppure in sede di eventuale risoluzione del concordato sussisterà differenza di effetti tra tali due ipotesi interpretative, nel senso che qualora le percentuali offerte non risultassero conseguite, il concordato omologato sarà destinato alla risoluzione solo qualora si concretizzi un inadempimento di non scarsa importanza di natura concorsuale.^[15] Pertanto, ad esempio, pur se la percentuale minima del 20% non risultasse corrisposta, non basterà comun-

que uno scollamento percentuale marginale per provocare la risoluzione del concordato.^[16]

La decisione in commento è inoltre significativa anche perché puntualizza che l'assicurare il pagamento di cui all'art. 160, co. 4, L.f. non deve essere interpretato letteralmente, nel senso che l'utilità proposta per l'estinzione dell'obbligazione *ante* concordato non deve essere necessariamente rappresentata dal denaro, ma potrà concretizzarsi in «qualsiasi forma», visti gli espressi e chiari riferimenti in proposito contenuti nelle tuttora vigenti disposizioni di cui ai co. 1 e 2 dello stesso art. 160 L.f. e considerato anche che il legislatore aveva già dimostrato di considerare i due termini «pagamento» e «soddisfazione» come sinonimi (si vedano i disposti dei co. 2 e 3 dell'art. 177, L.f.).^[17]

La decisione del Tribunale di Pistoia si segnala anche per le interessanti riflessioni sviluppate sul tema della fattibilità economica e fattibilità giuridica che secondo il giudice toscano, nonostante la previsione della percentuale minima «assicurata» del 20%, sono concetti da valutarsi sempre alla stessa stregua degli insegnamenti delle Sez. Unite 1521/2013, cioè sono sempre i creditori, salvo i casi di manifesta irrealizzabilità economica o di infattibilità giuridica, che devono stabilire se il piano prospettato dal debitore risulti o meno tale da fondatamente far ritenere che la percentuale loro proposta, *recte*: assicurata, sia effettivamente pagabile.

Le conclusioni del Tribunale di Pistoia sembra abbiano trovato l'autorevole conforto anche della Commissione cd. Rordorf che, infatti, nella propria relazione di consegna dei lavori ha avuto modo di preci-

11. Cfr. in tema Bottai-Pezzano, «La responsabilità civile dell'attestatore», in Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore, Ambrosini e Tron (a cura di), Zanichelli, 2016.

12. Cfr. Zanichelli, «Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno», cit.

13. Cfr. Ambrosini, «Introduzione a La nuova riforma del diritto concorsuale – Commento operativo al d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015», cit.

14. Cfr. Trib. Firenze, 8 gennaio 2016, cit.

15. Sulla natura «concorsuale» dell'accordo concordatario omologato e quindi sulla conseguente ricaduta sempre «concorsuale» in ordine al concetto «di non scarsa importanza», tanto che quello che rileva ex art. 186 L.f. non è la gravità rispetto alla singola obbligazione, bensì in relazione al complesso degli obblighi assunti dal debitore in sede concordataria, cfr. Trib. Modena 3 febbraio 2012, in www.osservatoriooci-oci.org; Trib. Ravenna 7 giugno 2012, in www.ilcaso.it. In dottrina si veda Filocamo sub art. 186, in La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico, Ferro (a cura di), Cedam, 2014.

Tra l'altro tali considerazioni inducono a ritenere che colpisce nel segno il Tribunale di Pistoia (anche) allorché afferma che l'obbligo di pagamento minimo del 20% afferisce esclusivamente la totalità del monte-crediti chirografi, a prescindere quindi dalla eventuale diversa ripartizione effettuata in proposta fra differenti classi di creditori chirografari.

16. Cfr. in tali termini Ambrosini, «Introduzione a La nuova riforma del diritto concorsuale – Commento operativo al D.L. 83/2015 conv. in l. 132/2015», cit. che ipotizza anche la formulazione di una

proposta fra un range minimo e massimo. Contra Lamanna, «L'inammissibilità di una promessa di pagamento nel concordato preventivo entro un "range" tra un minimo e un massimo», in www.ilfallimentarista.it.

17. Contra Fabiani, «Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa», in Nuove Leggi Civili Commentate, 2015, secondo cui almeno sino alla percentuale minima del 20% il debitore concordatario è tenuto a soddisfare solo in denaro la propria obbligazione concordataria.

sare che «(...) non è parso opportuno in questa sede, pur dopo le modifiche normative introdotte nel testo dei vigenti artt. 160 e 161 della legge fallimentare dal D.L. n. 83 del 2015, convertito nella legge n.132 del 2015, ulteriormente specificare i poteri di verifica della fattibilità del piano concordatario spettanti al tribunale, essendo sufficiente richiamare in proposito l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità quale parametro di riferimento per l'eventuale futuro legislatore delegato».^[18]

Distinzione fra concordato in continuità diretta ed indiretta in campo concorsuale ed in campo erariale In campo concorsuale

Quanto alla differenza fra concordati in continuità e concordati liquidatori, ricomprendendosi, se del caso, tra questi ultimi quelli in continuità indiretta (differenza ancor più rilevante dopo la riforma, tanto rispetto alla percentuale minima del 20% quanto rispetto alla maggiore difficoltà di accesso per le eventuali proposte concorrenti^[19]), il Tribunale di Pistoia afferma che «il vero problema interpretativo è quello di stabilire quando il concordato in continuità di sottragga alla regola di cui al comma IV dell'art. 160, essendo pacifico che l'istituto di cui all'art. 186-bis non è incompatibile con possibili declinazioni liquidatorie, quand'anche non si traduca in un concordato in toto diretto alla liquidazione (concordato con continuità indiretta), caso in cui, anche quando fosse predeterminata la cessione dell'azienda ad un prezzo già convenuto, la deroga di

cui al secondo periodo del comma IV dell'art. 160 si configurerebbe come irragionevole.

Il criterio guida sembra dover essere quello diretto ad evitare l'abuso di un facile aggiramento della regola sullo sbarramento del 20%, il che può ottenersi ove, valorizzando la ratio legis, si ritenga integrata l'eccezione solo quando l'attivo concordatario sia connotato dall'alea insita nella continuità.

Ciò non si verifica quando, come nel caso di continuità indiretta, la soddisfazione dei creditori provenga dal ricavato della liquidazione e non già dalla gestione interinale, il cui scopo non è quello di creare flussi satisfattori per i creditori, ma di valorizzare l'azienda (o, meglio, di non svilarla) in vista della futura liquidazione».^[20]

Quantunque trattasi di conclusione che stride con lo spirito della riforma estiva (mirante all'evidenza a favorire tutte le tipologie di concordati di risanamento rispetto a quelli liquidatori puri), l'attuale dato normativo di cui all'art. 186-bis, L.f. non sembra lasciare scampo.^[21]

Ci sembra infatti evidente che tuttora l'art. 186-bis, L.f., che peraltro mai parla d'affitto (a differenza di altre norme della legge concorsuale; si veda ad es. artt. 79 e 104-bis, L.f. o lo stesso nuovo art. 163-bis, L.f.), disciplini il solo scenario concordatario in cui l'esercizio d'impresa avviene ad opera **diretta** del debitore in c.p.^[22] (e, nell'ipotesi in cui il piano preveda poi la vendita o il conferimento d'azienda, sembra intuitivo che la continuità varrà esclusivamente nella

18. In www.ilcodicedeconcordati.it.

19. Sul tema delle proposte concorrenti, il pensiero non può che correre veloce verso le poliedriche riflessioni di Ratti sub art. 163 L.f. in «La nuova riforma del diritto concorsuale – Commento operativo al D.L. 83/2015 conv. in L. 132/2015», cit.; come alle ponderose considerazioni di Bozza, «Le proposte e le offerte concorrenti», in www.fallimentiesocieta.it, quanto alle argute analisi di D'Attorre, «Le proposte di concordato preventivo concorrenti», in Fallimento, 2015. Specificatamente, quanto ai possibili profili di incostituzionalità che potrebbero attanagliare alcune previsioni

delle proposte concorrenti in fase esecutiva, si veda Pezzano, sub art. 185 L.f. in «La nuova riforma del diritto concorsuale – Commento operativo al D.L. 83/2015 conv. in L. 132/2015», cit.

20. Il giudice toscano prosegue poi sotto altro angolo visuale affermando che «La questione si pone in termini analoghi nel concordato in continuità c.d. misto ovvero quello che prevede inserti liquidatori, non essendo credibile che qualsivoglia segmento di continuità possa trasformare il concordato liquidatorio in concordato sottratto alla regola dello sbarramento, col che la regola verrebbe agevolmente aggirata. Il limite dell'abuso del diritto, induce a ritenere che in

tali casi (come per altro si è ritenuto quando si sia trattato di valutare l'applicazione dell'art. 182, l.f. al concordato in continuità) debba farsi ricorso al criterio della prevalenza, così ritenendo applicabile la regola di cui al IV comma, primo periodo dell'art. 160 ogni qual volta il ricavato dalla liquidazione dei beni estranei al segmento della continuità rappresentino la quota principale dell'attivo concordatario, rispetto ai flussi di cassa in tutto o in parte destinati alla soddisfazione dei creditori».

Contra, nel senso che ciò che conta è l'aspetto qualitativo in sé della continuità aziendale, si veda il Trib. Siracusa 23 dicembre 2015, in www.centrostudisiracus.wix.com;

Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in www.ilcaso.it.

21. Fortunatamente sembra che l'indirizzo dei lavori della Commissione Rordorf sia votato ad inquadrare il concordato a continuità indiretta come species del genus continuità diretta (e cioè con le peculiarità derivanti quasi ontologicamente dal fatto che l'imprenditore in concordato, una volta affittata l'azienda, non è più il soggetto che ha l'esercizio diretto dell'attività d'impresa).

22. Recita, infatti, il primo comma dell'art. 186-bis, L.f.: «Prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore».

fase anteriore tali fenomeni ablativi).^{23]}

Quindi intanto può esserci un concordato preventivo in continuità, fruente perciò di ogni relativo beneficio, compresa l'assenza della percentuale minima obbligatoria del 20%, solo ove riguardi *crisalide & farfalla* (cioè imprenditore in concordato e relativa impresa in sue mani).

Infatti, solo l'imprenditore che presenta la domanda di c.p. può beneficiare per la sua impresa dei particolari vantaggi di cui agli artt. 169-bis, 182-quater, quinquies, sexies e – ovviamente – 186-bis L.f. Tanto che, allorché il legislatore ha inteso estendere i benefici della continuità ad un soggetto terzo rispetto all'imprenditore concordatario, lo ha dovuto espressamente fare come con la disposizione di cui alla parte finale del co. 3 dell'art. 186-bis.

Quindi per il «186-bis» è indispensabile che l'impresa in c.p. risulti sempre in dirette mani del debitore/imprenditore concordatario. Tutto ciò all'evidenza non avviene qualora l'impresa sia gestita direttamente dall'imprenditore affittuario.

E quindi neppure v'è il rischio di dilapidare con la «continuità indiretta» ricchezze appartenenti in qualunque modo già, ex art. 2740 c.c., ai creditori ante,^{24]} tanto da costringere l'attestatore, sia a valutare «costi e ricavi attesi dall'attività d'impresa» (da riportarsi ex art. 186-bis, co. 2, lett. «a» e «b»), L.f. nel piano attestato del debitore concordatario solo quando quest'ultimo si trovi ad esercitare direttamente l'attività d'impresa), sia ad apprezzare se la prosecuzione dell'attività d'impresa sia o meno «funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori» rispetto a qualun-

que tipologia di soddisfazione alternativa dei creditori: tanto rispetto alla liquidazione concordataria atomistica dei singoli beni aziendali, ed ancor di più rispetto a quella analoga fallimentare.

Pertanto in caso di contratto d'affitto d'azienda, a maggior ragione allorché finalizzato alla cessione, *recte*: liquidazione del bene «azienda», non si è – giuridicamente parlando – di fronte ad un c.p. in continuità ex art. 186-bis L.f., bensì – come correttamente affermato dal Tribunale di Pistoia – innanzi ad un c.p. in continuità indiretta di ex artt. 160-161 L.f.^{25]}

Ovviamente – come accennavamo all'inizio – l'auspicio è che il legislatore metta presto mano alla penna, precisando inequivocabilmente che il concordato in continuità indiretta deve considerarsi equivalente a quello a continuità diretta, potendo così beneficiare di tutti quei vantaggi che attualmente rischia di non fruire, a partire dall'esenzione dall'obbligo di pagamento del 20% minimo ai chirografi, come al rischio di subire proposte concorrenti in difetto di pagamento di almeno il 40% dei chirografi.

In campo erariale

Della distinzione fra concordato in continuità diretta ed indiretta si è occupato anche il legislatore fiscale.

Infatti l'art. 13, D.Lgs. 147/2015 ha completamente modificato il co. 4, art. 88, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 [CFF @ 5188], inserendo (per la parte che qui interessa) il nuovo comma 4-ter che recita: «Non si considerano, altresì, sopravvenienze attive le riduzioni dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimenta-

23. D'altra parte basterebbe ricordare l'origine del «186-bis». Tutti lamentavano la mancanza di una norma che favorisse la continuità diretta da parte del debitore/imprenditore e che quindi bisognava favorire attraverso una disciplina ad hoc. E nessuno si sognava di considerare come c.p. in continuità quelli indiretti a mezzo (appunto) affitto d'azienda, perché comunque non permettevano il salvataggio, sia della *crisalide* (il debitore/imprenditore concordatario) che della *farfalla* (la sua impresa). D'altra parte risultava (come risulta tuttora forse non del tutto condivisibilmente, visto anche il novellato art. 182-quinquies, co. 3,

L.f. che espressamente valorizza la funzionalità, non pro imprenditore in crisi o relativi creditori, bensì pro impresa) inconcepibile pensare di offrire il beneficio della prededuzione ai finanziatori dell'imprenditore affittuario, come di consentirgli lo scioglimento dei contratti in corso. Al contempo si avvertiva l'esigenza di preservarsi dai concordati preventivi in continuità «al buio», cioè privi di qualunque disciplina ad hoc e quindi non esenti dal rischio di consumare senza controllo giudiziale ulteriore patrimonio, in fondo, già appartenente ex art. 2740 c.c. ai creditori anteriori. Ed il 186-bis, L.f. (e collegati articoli) è finalmente giunto con il

D.L. 83/2012 conv. in L. 134/2012, quantunque oggi richieda senz'altro una riscrittura che tenga conto delle peculiarità tanto della continuità diretta che indiretta.

24. Sebbene sotto altro angolo visuale il rischio potrebbe, quantomeno indirettamente, riverberarsi sul debitore concordatario, *recte*: relativa massa dei creditori, qualora l'affittuario non paghi i canoni, ovvero svalisca il valore aziendale.

25. Cfr. al riguardo le interessanti considerazioni del Trib. Terni, 29 gennaio 2013, 20 febbraio 2013, e, in modo ancora più approfondito, 2 aprile 2013,

nonché quelle del Trib. Trento, 6 aprile 2013, tutte su www.osservatorio-oci-org; in dottrina, illuminanti sono sul punto le considerazioni di F. Lamanna, «Ancora sull'incompatibilità tra affitto d'azienda e concordato con continuità aziendale», in www.ilfallimentarista.it. *Contra Tombari*, «Alcune riflessioni sulla fattispecie del concordato con continuità aziendale», in www.ilfallimentarista.it. In giurisprudenza, ex multis, Trib. Roma, 24 marzo 2015; Trib. Bolzano, 10 marzo 2015, ambedue in www.ilcaso.it.

re o preventivo liquidatorio o di procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni, o per effetto della partecipazione delle perdite da parte dell'associato in partecipazione. In caso di concordato di risanamento, di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, pubblicato nel registro delle imprese o di procedure estere equivalenti a queste, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84, senza considerare il limite

dell'ottanta per cento, e gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati di cui al comma 4 dell'articolo 96 (...).

In questo caso il legislatore parla da un lato di «**Concordato preventivo liquidatorio**», per il quale si ha una detassazione integrale delle plusvalenze derivanti dallo stralcio dei debiti, dall'altro di «**Concordato di risanamento**» per il quale tale detassazione si ha solo parzialmente ovvero per la parte eccedente le perdite pregresse e di periodo (fiscalmente riconosciute) e per la parte di interessi passivi ancora non dedotti e deducibili negli anni successivi secondo regole ormai note.

Si veda a tal riguardo la tabella successiva.

CONCORDATO PREVENTIVO LIQUIDATORIO E CONCORDATO DI RISANAMENTO

Concordato preventivo liquidatorio	Detassazione integrale delle plusvalenze	Senza alcun limite
Concordato di risanamento	Detassazione parziale delle plusvalenze	Solo per la parte eccedente le perdite fiscalmente riconosciute e gli interessi non ancora dedotti

Resta quindi da comprendere cosa debba intendersi per «**concordato di risanamento**».

La legge fallimentare infatti non fa alcun riferimento al concordato di risanamento richiamato dal Legislatore fiscale nel nuovo co. 4-ter dell'art. 88, D.P.R. 917/1986.

Considerato da un lato che l'interesse del «Fisco» è rivolto non tanto alla farfalla «azienda» quanto alla crisalide «soggetto passivo/contribuente» e che dall'altro la finalità evidente della introduzione della norma è stata quella di non creare disparità di trattamento tra debitori/soggetti passivi che per **continuare ad esistere** ricorrono a procedure concorsuali diverse, si potrebbe ipotizzare una corrispondenza

tra il concordato di risanamento del legislatore fiscale e il concordato con continuità aziendale diretta ex art. 186-bis, L.f. Se tale interpretazione fosse corretta la agevolazione «integrale» spetterebbe quindi anche in tutti quei concordati nei quali viene previsto l'affitto e/o la cessione dell'azienda (cd. concordati con continuità indiretta). Tale interpretazione parrebbe la più «logica» alla luce del fatto che l'intento del Legislatore fiscale è finalizzato ad evitare una doppia agevolazione (ovvero detassare le plusvalenze al netto di altri «sconti fiscali») e che tale intento potrà essere perseguito «fruttuosamente» soltanto nei confronti di soggetti passivi che continueranno ad esistere.^[26] ●

²⁶. Cfr. negli stessi termini quanto asserito dal Dott. Gianfranco Ferranti e dal Dott. Paolo Meneghetti nell'articolo redatto e pubblicato sul *Il Sole* 24 Ore di lunedì 15 ottobre 2015.