

Il concordato in continuità: la continuità indiretta alla luce del codice della crisi

INTRODUZIONE

Prima della trattazione del nucleo centrale della mia relazione, cioè la continuità indiretta, ritengo interessante effettuare una breve premessa su alcune disposizioni che fanno da corollario al concordato preventivo in genere, utili a mio modo di vedere per comprendere meglio lo spirito complessivo della riforma.

Nell'ambito della disciplina del Codice della Crisi entrata in vigore lo scorso 15 luglio, il concordato preventivo assume un ruolo centrale: la rimodulazione del sistema concorsuale avviene già a livello classificatorio. Il concordato viene iscritto nel recinto largo degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui al nuovo **art. 2, c. 1 lett. m bis**) per poi rappresentare, nel prosieguo delle disposizioni di legge e nell'accezione della continuità aziendale, uno degli strumenti più interessati da interventi normativi fra i mezzi di risanamento e ristrutturazione delle realtà produttive.

Il concetto di sostenibilità dei debiti - economica ma anche finanziaria - diviene il baricentro del diritto concorsuale ed interessa preliminarmente **l'adozione di misure idonee** a rilevare tempestivamente lo stato di crisi (per l'imprenditore individuale, **art. 3 c. 1**) mediante **l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili** (per l'imprenditore collettivo **art. 3 c. 2**) la cui adeguatezza (**art. 3 c. 3 lettera b**) deve essere tarata sull'esigenza costante di **"verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale"** per i dodici mesi successivi e di rilevarne prontamente i segnali.

Inoltre il CCII, nel proporre un approccio alla crisi di impresa **tendenzialmente stragiudiziale** – mediante il ricorso alla composizione negoziata – nell' **art. 7** innova profondamente la parte "giudiziale" della crisi di impresa introducendo, nel **comma 1**), un **procedimento "unitario" di accertamento della crisi e dell'insolvenza**, in quanto i due fenomeni, seppure distinti, debbono trovare una sede comune di risoluzione giudiziale.

La relazione governativa è stata chiara nel precisare che **in sede di procedimento unitario sono destinate a confluire tutte le domande ed istanze** – ancorché di diversa provenienza e finalità – **da parte del debitore, dei creditori e del pubblico ministero**, affinché l’organo giurisdizionale competente possa adottare (anche mediante il giudizio di omologazione) la decisione più appropriata alle situazioni di crisi e di insolvenza accertate, nell’ambito del principio del contraddittorio. Peraltro **i problemi di coordinamento tra molteplici procedure concorsuali**, specie nella sovrapposizione tra concordato preventivo e rito fallimentare, sono ora stati risolti **con la prevalenza degli strumenti negoziali della crisi** di impresa e di ristrutturazione **rispetto a quelli disgregatori** che svolgono un ruolo residuale. Infatti **l’art. 7 comma 2)** non lascia scelta al Tribunale che deve esaminare *“in via prioritaria”* le domande dirette a regolare la crisi o l’insolvenza *“con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata”* a tre condizioni, l’ultima delle quali (**lettera c)**, declinata nell’ipotesi di concordato in continuità aziendale, riduce la sua rigidità rispetto ad altre modalità, in quanto non richiede che la proposta indichi espressamente la convenienza per i creditori ma ritiene sufficiente che la stessa contenga *“le ragioni dell’assenza di pregiudizio per i creditori”*.

E’ pertanto evidente anche da queste prime tre disposizioni esaminate che il profilo sul quale la riforma ha inteso incidere maggiormente è rappresentato dalla messa a punto di una normativa volta a **rafforzare e preservare l’azienda e ciò ha favorito una più approfondita regolamentazione del concordato in continuità aziendale.**

Venendo quindi al tema della mia relazione, punto centrale a cui collegare tutte le disposizioni normative sulla continuità aziendale è **l’art. 84** denominato *“finalità del concordato preventivo e tipologie di piano”*.

Presupposto per l’accesso alla procedura di concordato preventivo (**comma 1)** è, in primo luogo (**presupposto soggettivo**), essere **imprenditore commerciale** non minore cioè **sopra**

soglia e pertanto tale da non dimostrare il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 2 comma 1 lettera d (il concordato minore è disciplinato dagli artt. da 74 a 83 CCI e riguarda l'imprenditore anche agricolo in stato di sovraindebitamento che presenta congiuntamente i tre requisiti di: A.P. non superiore ad ammontare annuo di 300.000 nei tre esercizi antecedenti; ricavi non superiori ad ammontare annuo di 200.000 nei tre esercizi antecedenti e ammontare di debiti anche non scaduti non superiori ad € 500.000).

In secondo luogo (presupposto oggettivo) l'imprenditore non minore deve **trovarsi in stato di crisi o di insolvenza**. Il CCI definisce in maniera distinta i due concetti (**art. 2 comma 1 lettera a e lettera b**, ... lo stato di squilibrio economico finanziario, *che si manifesta con l'inadeguatezza flussi di cassa prospettici*, il primo; ... *inadempimenti ed altri fatti esteriori che dimostrino che l'imprenditore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*, il secondo) ma gli stessi costituiscono **condizione alternativa**, anche se **indispensabile**, per l'accesso alla procedura di concordato. Indispensabile per evitare che l'imprenditore, non in crisi e non insolvente, si trovi ad avvantaggiarsi, in maniera anticoncorrenziale rispetto agli altri imprenditori, con evidente abuso dello strumento concordatario.

Il terzo aspetto per l'accesso alla procedura concordataria riguarda il **contenuto sostanziale** del piano che deve prevedere *“il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile con la liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assuntore o in qualsiasi altra forma.”*

Il **secondo comma dell'art. 84** indica, nel primo periodo, le finalità della continuità aziendale cancellando, con gli ultimi interventi normativi succedutisi dal 2020 al 2022 i riferimenti obbligatori, per il soggetto diverso dal debitore, al mantenimento o alla riassunzione di un certo numero di lavoratori. Si legge infatti che **“La continuità aziendale tutela l'interesse**

dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro”; pertanto scompare la previsione del legislatore del 2019 che costituiva un preciso impegno a garantire, per **un anno dall’omologazione**, la conservazione o la riassunzione della forza lavoro pari almeno il 50% della media dei lavoratori impiegati dall’imprenditore nei due anni antecedenti il ricorso. La norma diventa pertanto più elastica essendo assente un criterio utile a conteggiare il “possibile”.

Vi è comunque nella nuova formulazione del concordato preventivo in continuità maggior spazio per la **salvaguardia dei lavoratori** rispetto alla legge fallimentare, ma sempre però **in misura subordinata al soddisfacimento dei creditori e senza la necessità di rispettare parametri occupazionali**. L’attuale previsione normativa appare più coerente e aderente alla realtà dei contesti di risanamento aziendale.

Andando avanti nella lettura del secondo comma dell’art. 84 **estende i confini della continuità** così come disciplinata dalla legge fallimentare e dopo aver affrontato, nel secondo periodo il concetto di **continuità diretta** (cioè con prosecuzione dell’attività d’impresa da parte dell’imprenditore che ha presentato la domanda di concordato oltre a quella che pone di fianco ad esso nuovi soggetti, mediante una conversione dei crediti in capitale sociale in esito all’omologazione del concordato, con un’esecuzione impostata su una datio in solutum di azioni di nuova emissione) introduce quello di **continuità indiretta** che sappiamo non essere stato espressamente previsto dall’art. 186 bis L.F. (cioè con intervento di un soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento in una o più società anche di nuova costituzione o in forza di affitto).

Neppure occorre più che l’azienda, al momento della presentazione della domanda, sia “*in esercizio*” (com’era stabilito nel primo comma dell’art. 186- bis l.fall.), posto che il secondo comma dell’art. 84 del Codice rende possibile anche la “*ripresa dell’attività da parte di soggetto diverso dal debitore*” (ciò che evidentemente presuppone una precedente

cessazione); ma, **ove l'affitto sia anteriore alla presentazione del concordato, occorre che fra i due atti** (contratto di affitto e domanda di concordato) **vi sia una precisa relazione** (“in funzione”), da illustrare adeguatamente nel successivo piano concordatario.

Gli espliciti e puntuali riferimenti al contratto di affitto di azienda nel CCI sono volti ad evitare il ripetersi delle problematiche incorse a seguito della scarsa trattazione del tema nella vecchia legge fallimentare.

Nel recente passato inserire il contratto di affitto di azienda nel perimetro della continuità aziendale, nonostante il silenzio della legge, consentiva di sottrarre la proposta concordataria al vincolo del pagamento del 20% del ceto chirografario.

Il problema, com'è noto, è stato oggetto in dottrina e nella giurisprudenza di merito, di un amplissimo dibattito, fra chi negava che l'affitto di azienda rientrasse nel perimetro del concordato in continuità aziendale e chi viceversa lo riconosceva in ogni caso. Nel silenzio della legge fallimentare, in particolare nella norma che definiva il perimetro di applicazione della “continuità aziendale” c.d. indiretta (cioè l'art. 186-bis, comma 1), la scelta interpretativa delle ultime sentenze della Suprema Corte (tra cui le recenti pronunce di Cassazione Civile, Sez. I, 1° marzo 2022, n. 6772 e Cassazione Civile, Sez. I, 5 aprile 2022, n. 10988 e ancor prima Cass. Civile n. 29742 del 2018) è stata orientata nell'attribuire alla continuità aziendale una **natura oggettiva** (a tutela del mantenimento dei valori aziendali e dei portatori dei variegati interessi legati alla continuità, da chiunque assicurata, debitore concordatario o terzo, cessionario, conferitario o affittuario) a discapito della tesi, peraltro più aderente al contesto normativo, che si fondava sulla **natura meramente soggettiva** (in cui cioè la continuità doveva essere assicurata dal medesimo debitore concordatario fino al momento dell'effettiva cessione dell'azienda o del suo conferimento in altra società: ipotesi questa pienamente coerente con i vincoli imposti dal secondo comma dell'art. 186-bis (in particolare alla lett. a).

Risolta positivamente la questione principale circa la collocazione dell'affitto nell'area della continuità aziendale alla luce del Codice della crisi e dell'insolvenza, resta tuttavia da esaminare le due diverse fattispecie, in quanto vi sono evidenti differenze operative tra affitto anteriore o posteriore alla presentazione della domanda.

L'affitto posteriore alla presentazione della domanda

Iniziando da quest'ultima fattispecie, nulla impedisce al debitore, che al momento della presentazione della domanda abbia conservato l'esercizio effettivo e diretto dell'impresa di chiedere l'autorizzazione a stipulare un contratto di affitto della sua azienda con un terzo, quale atto di straordinaria amministrazione; ma con una differenza: **dopo il deposito della domanda di accesso e fino al decreto di apertura il richiedente deve fornire "idonee informazioni sul contenuto del piano"** (art. 46, comma 2) che dunque deve essere quanto meno abbozzato e l'autorizzazione può essere concessa dal tribunale solo se si tratta di atto "urgente" (art. 46, comma 1); **dopo il decreto di apertura e fino all'omologazione** l'autorizzazione può essere concessa dal giudice delegato, sentito il commissario giudiziale, "se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" (art. 94, comma 3)

Inoltre, una volta ottenuta l'autorizzazione, l'affitto di azienda (o di rami di azienda) deve essere "effettuato" tramite **procedure competitive, previa stima del canone ed adeguata pubblicità** (art. 94, comma 5) , **a meno che il tribunale** (non più quindi il giudice delegato), **in caso di urgenza** (art. 94, comma 6) e **sentito il commissario giudiziale, ne escluda l'obbligo** "quando può essere compromesso irreparabilmente l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento" e a condizione che del compimento dell'atto sia "data adeguata pubblicità e comunicazione ai creditori".

Peraltro occorre notare che nella liquidazione giudiziale (come già nel fallimento) l'affitto di azienda da parte del curatore è disciplinato in modo molto più dettagliato di quanto previsto per il concordato preventivo, non limitandosi alla stima o alle modalità della relativa

procedura competitiva, ma dovendo tenere conto (oltre che dell'ammontare del canone offerto) delle **garanzie prestate** e della attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla **conservazione dei livelli occupazionali** (art. 212 c.2); e dovendo prevedere: il diritto del curatore di procedere alla **ispezione della azienda**, la prestazione di idonee garanzie per tutte le obbligazioni dell'affittuario derivanti dal contratto e dalla legge, **il diritto di recesso del curatore dal contratto** (art. 212 c. 3 che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo da corrispondere in prededuzione), **una durata compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni** (art. 212 c. 4), l'eventuale diritto di prelazione a favore dell'affittuario, ma soprattutto **le regole relative alla retrocessione dell'azienda alla procedura di liquidazione giudiziale, che non comporta la responsabilità di questa per i debiti maturati sino a quel momento** (art. 212 c.6), in deroga a quanto previsto dagli artt. 2112 e 2560 c.c., oltre all'applicazione ai rapporti pendenti al momento della retrocessione delle disposizioni di cui alla sezione V del Capo I del Titolo V.

Sta di fatto che sia la vecchia che la nuova disciplina non prevedono per il concordato preventivo con continuità aziendale specifiche forme di controllo e di intervento sulla gestione dell'affittuario da parte degli organi della procedura salvo quelle di cui agli artt. 2561 e 2562 c.c., né si sono preoccupate di preservare i creditori concorsuali dalle possibili conseguenze negative di un'eventuale retrocessione dell'azienda, quali le obbligazioni dell'affittuario rimaste inadempite o il subingresso nei rapporti preesistenti. Difficile ipotizzare l'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato alla stipulazione di un contratto di affitto di azienda che non preveda almeno forme di controllo o garanzie simili a quelle di cui agli art. 212, CCII.

Una fattispecie particolare di contratto di affitto successivo alla presentazione della domanda di concordato può scaturire anche dal disposto di cui all'art. 84, comma 9, CCII, e cioè in

presenza di un'offerta (rectius proposta) irrevocabile di affitto da parte di un terzo, inserita quale parte integrante del piano di concordato; quindi a seguito dell'offerta il tribunale o il giudice delegato devono disporre che sia data idonea pubblicità al fine di acquisire proposte concorrenti, come previsto dall'art. **91, comma 1** CCII nonché se pervengono manifestazioni di interesse disporre con decreto (art. **91, comma 3**) l'apertura della procedura competitiva per le proposte concorrenti e la modalità di svolgimento della procedura medesima.

L'affitto anteriore alla presentazione della domanda

Per il contratto stipulato anteriormente alla presentazione della domanda è opportuno distinguere due fattispecie: **la prima** tiene conto di una stipulazione progettata **in funzione della presentazione del concordato**, **la seconda** riguarda una stipulazione **del tutto indipendente**, magari perché avvenuta a significativa distanza temporale, quindi strumentalmente e cronologicamente slegato dal concordato. Questo secondo caso dovrebbe essere ragionevolmente suscettibile di ricadere nell'ambito applicativo del regime del concordato liquidatorio, non potendosi giovare dei benefici propri della disciplina della continuità; tuttavia entrambe le fattispecie presentano una caratteristica comune: quella di costituire comunque un rapporto giuridico pendente e a prestazioni corrispettive, rientrando quindi nell'area normativa dell'art. 97 CCII.

In ipotesi di liquidazione giudiziale soccorre la disciplina specifica dell'art. **184 CCII**, secondo cui l'apertura del procedimento (tanto a carico del concedente, quanto a carico dell'affittuario) **non scioglie il contratto**, ma il curatore (solo lui) **può recedere** da esso, previa autorizzazione del comitato dei creditori, entro sessanta giorni (se la procedura riguarda il concedente) o senza limiti di tempo (se la procedura riguarda l'affittuario), corrispondendo alla controparte un "equo indennizzo".

Ma per il concordato preventivo, si deve applicare la regola generale, secondo cui i contratti pendenti in corso di esecuzione “proseguono anche durante il concordato” (art. 97, I c. primo periodo), a meno che il contraente in crisi o insolvente (tanto se concedente, quanto se affittuario) non chieda al tribunale (o al giudice delegato), con autonoma istanza, l’**”autorizzazione alla sospensione”** (art. 97, I c. terzo periodo) o allo **“scioglimento” del rapporto** (ma art. 97, II c. solo dopo la presentazione del piano e della proposta), prevedendo altresì una **quantificazione dell’indennizzo** “equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento” (art. 97, IX c.) la condizione per la concessione dell’autorizzazione è che **la prosecuzione del rapporto non sia “coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione”**, condizione che evidentemente, in ipotesi di concordato preventivo del concedente, può ricorrere solo nell’ipotesi che la stipulazione dell’affitto sia stata del tutto indipendente dalla successiva presentazione della domanda di concordato ed anzi confligga con l’esecuzione del piano. **Il diritto alla prosecuzione dei contratti ineseguiti rende “inefficaci eventuali patti contrari”** (art. 97, I c. primo periodo).

E allora ci si potrebbe chiedere perché mai nel concordato preventivo a fronte di rischi di impresa del tutto analoghi a quelli presenti anche nella liquidazione giudiziale, il debitore concordatario sia libero di esonerare l’affittuario da qualunque strumento di controllo e di intervento sulla gestione dell’azienda posta nelle sue mani, diverso da quelli previsti in generale dagli artt. 2561 e 2562 c.c. (ma decisamente insufficienti in relazione ad un’impresa in crisi o insolvente) e di utilizzare a tal fine il principio di conservazione del contratto enunciato nell’art. 97 CCII.

Un equilibrato assetto degli obblighi contrattuali a fronte di quei vantaggi non dovrebbe prescindere comunque dall’inserimento negoziale di clausole di salvaguardia del tutto simili a quelle stabilite dall’ art. 212 CCII, in assenza delle quali il piano di concordato potrebbe tutt’al

più essere qualificato come meramente liquidatorio (e sempre salvo il caso di abuso dello strumento concordatario).

Resterebbe poi un ultimo interrogativo da considerare in relazione al fatto che l'affitto dell'azienda potrebbe comportare la cessazione della qualità di imprenditore del concedente ed eventualmente anche la sua cancellazione dal registro delle imprese, con ogni conseguenza sulla stessa legittimazione di detto imprenditore ai fini dell'accesso al concordato preventivo, a norma dell'art. 33, comma 4, CCII che ne dichiara l'inammissibilità.

Se si parte dal presupposto, seguito dal legislatore della riforma (ed anche dalla Suprema Corte con riferimento alla legge fallimentare), che la nozione medesima di “continuità aziendale” debba essere intesa in senso oggettivo e non soggettivo, anche **il fatto che formalmente il concedente si sia cancellato dal registro delle imprese, prima di presentare (entro l'anno) una domanda di concordato preventivo, non dovrebbe condurre in realtà ad alcuna preclusione**, magari persino dannosa per i creditori, a loro volta impediti di esprimersi sull'eventuale proposta del loro comune debitore.

In conclusione il codice della crisi conferma il carattere ambivalente della continuità (art. 84, secondo comma) declinandola sia come diretta (risanamento in capo al medesimo imprenditore) che indiretta (affidamento ad un terzo della gestione dell'azienda).

Le nuove norme risolvono le questioni controverse sempre nel senso del favore per la prosecuzione dell'attività e pertanto della continuità che ricorre anche se al momento della presentazione della domanda, l'imprenditore non gestisce l'azienda perché l'ha affittata ad un terzo, purché l'affitto sia stipulato in funzione del concordato ma anche se sia prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio (o anche temporaneamente quiescente, l'art. 84 secondo comma parla di “*ripresa*”) da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto conferimento o affitto di azienda.

D'altro canto, l'esaltazione della continuità aziendale, spesso declinata nel contratto di affitto d'azienda, trova una particolare chiave di lettura guardando alle norme in tema di concordato liquidatorio (art. **84, 4 comma**) che appare ammissibile, in quanto vi sia la finanza apportata da un terzo (pari ad almeno il 10% dell'attivo disponibile) tale da giustificare una maggior soddisfazione per i creditori e assicuri il pagamento dei creditori chirografari e privilegiati degradati nella misura pari ad almeno il 20% del loro ammontare complessivo.

Il favore del concordato con continuità rispetto al liquidatorio appare evidente dal raffronto tra il citato art. 84, 4 comma e le previsioni di cui all'art. **84, 3 comma**. Quest'ultima disposizione consente nel **concordato con continuità aziendale il soddisfacimento dei creditori "in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità diretta ed indiretta"**.

Risulta quindi venuto meno il criterio del discrimine tra le due forme di concordato, che interessava i cosiddetti "concordati misti" legato alla prevalenza dei flussi da destinarsi alla soddisfazione dei creditori (liquidatorio se prevalevano i flussi delle dismissioni, in continuità se prevalevano quelli generati dalla prosecuzione delle attività). Inoltre il CCII **non contiene alcuna previsione sul quantum minimo da assicurare ai creditori nel concordato in continuità**. A questi ultimi non va, d'altronde, necessariamente promessa una soddisfazione monetaria, men che meno legata al successivo andamento dell'impresa e alimentata dall'attribuzione di una fetta di utili futuri o di quote di capitale o strumenti finanziari partecipativi. In questa cornice, l'art. **84, comma 3, ultimo periodo**, riprendendo una puntualizzazione già espressa nell'art. 161, comma 2, lett. 2, L. fall., esige che a ciascun creditore sia assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa. E' chiaro che la proposta di concordato non si può limitare a rappresentare sommariamente in favore dei creditori l'intenzione di proseguire il rapporto, ma l'utilità per essere tangibile deve essere circostanziata, il che implica

esemplificativamente che sia fatta consistere nel conferimento di un'esclusiva al creditore sulle forniture successive, o nell'impegno a praticare prezzi predeterminati per un certo segmento temporale oppure ad acquistare un determinato contingente di beni o prestazioni con cadenze predefinite, o, ancora, nel rilascio di garanzie anche per mano di terzi.

Ed inoltre l'art. **84, 6 comma**, stabilisce più elastici criteri di distribuzione rispetto al liquidatorio, infatti nel CCA “ per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano un trattamento complessivo almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi inferiori”. Il cd. Principio della relative priority rule attribuisce all'imprenditore un ben più esteso margine di manovra rispetto a quello abituale. La nuova regola di distribuzione è rispettosa del principio di non alterabilità delle cause di prelazione. In effetti, il valore di liquidazione dell'impresa continua a dover essere distribuito in ossequio alla graduazione delle prelazioni, soggiacendo quindi alla absolute priority rule, in base al quale in caso di soddisfacimento non integrale dei crediti di una classe, niente è distribuibile in favore dei crediti di rango inferiore. Ad essere liberato, ma non del tutto è il solo plusvalore da continuità, ossia il maggior valore prodotto dalla prosecuzione dell'impresa. Con il ricavato collegato ad esso diviene ora possibile pagare i creditori appartenenti alle classi di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale di creditori di rango superiore, a condizione che detto pagamento non sia globalmente più vantaggioso di quello riservato a questi ultimi (cioè ai crediti poziori, con diritto di precedenza). Fanno eccezione i crediti da lavoro di cui al 2751 bis n.1 in quanto l'art. 84, 7 comma esonera i lavoratori dall'applicazione dalla regola di priorità relativa. **In ogni caso la “relative priority rule” può risultare un meccanismo efficace di governo del consenso;** essa infatti può facilitare il buon esito delle ipotesi ristrutturatorie nella misura in cui possa permettere al debitore una gestione discrezionale e tattica dei flussi della continuità, indirizzando una parte delle risorse prodotte a vantaggio di categorie di creditori non muniti di

prelazioni e come tali per definizione non disponibili verso una procedura concordataria nella quale fanno tradizionalmente da spettatori alla soddisfazione altrui.

Questa disposizione è direttamente collegata all'art. 85, 3 comma che aggiunge nella casistica del **classamento obbligatorio** non solo i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, o per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi anche il CCA. Il classamento è la modalità più proficua per differenziare le categorie, in quanto distribuisce le utilità economicamente rilevanti, anche non monetarie, in relazione alle concrete e divaricate aspettative dei creditori.

Gli incentivi alla continuità diretta o indiretta nel CCI avviene anche attraverso altre agevolazioni normative.

Il **primo importante caposaldo** è il nuovo art. 94 bis, rubricato “**Disposizioni speciali per i contratti pendenti nel contratto in continuità aziendale**” rende più esplicito il principio già scolpito al comma 2 dell'art. 186 bis, in virtù del quale i rapporti negoziali dell'impresa che accede alla procedura concorsuale proseguono, in quanto i creditori non possono unilateralmente rifiutare o modificare l'adempimento dei contratti mentre, come abbiamo visto, sono inefficaci art. 97 gli accordi contemplativi della risoluzione per effetto dell'apertura del procedimento concordatario dei contratti pendenti alla data di deposito del ricorso. Solo al debitore è riconosciuto il diritto categorico di sciogliersi, dietro autorizzazione, dai contratti in corso e quello autoprotettivo di sospenderli per un lasso di tempo, con il solo contrappeso per il contraente in bonis di un indennizzo parametrato all'inadempimento sofferto, riconosciuto peraltro in moneta concorsuale. Il valore della continuità è corroborato anche dalla disciplina della liquidazione concordataria. Le regole sulle proposte e quelle sulle offerte concorrenti sono snodi di verifica della sussistenza di alternative più favorevoli rispetto a quelle originariamente disponibili. L'introduzione infine dell'art. 92, 3 comma CCII contiene una nuova interessante previsione d'impulso alla ricerca

della continuità, attribuendo al commissario giudiziale, unitamente al compito di sorveglianza, un ruolo proattivo d'ausilio, non solo alla negoziazione fra debitore e creditori, ma all'elaborazione del piano. Egli “affianca” le parti del procedimento di concordato in continuità mirando all’obiettivo della regolazione efficace della crisi, “*se richiesto o in caso di concessione delle misure protettive di cui all’art. 54, 2 comma*”. Il commissario cessa d’essere avvertito come un mero vigilante, e non può limitarsi a negare o stigmatizzare comportamenti e dovendo “ove occorra” formulare suggerimenti per la redazione del piano.

La **seconda** agevolazione attiene alla salvaguardia imposta dall’art. **95 CCII dei rapporti**, non solo quelli in corso di esecuzione, **con la Pubblica Amministrazione**, sempre che sia asseverata dal professionista la “ragionevole capacità di adempimento” da parte dell’impresa (comma 2). Quest’ultima può anche farsi autorizzare a partecipare a procedure ulteriori di affidamento di contratti pubblici su “*parere del commissario giudiziale*” (**comma 3**). Altro incentivo è nella moratoria dei creditori prelatizi, che l’art. **86 CCII consente ora senza limiti di tempo**, mentre nella vecchia legge fallimentare era limitata a due anni. L’istituto consente di concentrare nell’immediato tutte le risorse monetarie disponibili per porle a sostegno della continuità, sempre che non sia ipotizzata la liquidazione dei beni o diritti sui quali grava la causa di prelazione e comunque limitandola a 6 mesi per i crediti da lavoro ex art. 2751 bis n.1.

Altra spinta è nella possibile soddisfazione extra concorsuale dei **fornitori strategici** nel concordato con continuità aziendale. L’art. **100 CCII, comma 1**, riprendendo il contenuto del vecchio art. 182 quinquies, comma 5, permette un trattamento di riguardo per i creditori dell’impresa essenziali allo svolgimento dell’attività economica che possono ottenere autorizzazione giudiziale al pagamento, in deroga alle regole del concorso. Serve una duplice attestazione, di essenzialità delle prestazioni rese per la prosecuzione dell’attività e di funzionalità ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L’art. **100, comma 2**, CCII,

sulla falsariga dell'art. 182 quinquies, comma 6, L. fall., prevede per i soggetti in continuità un ulteriore supporto, costituito dalla possibilità di ottenere l'autorizzazione a pagare alle scadenze le rate di mutuo con garanzia reale sui beni strumentali all'esercizio dell'impresa, eventualmente saldando gli insoluti. Il presupposto è l'attestazione di un professionista indipendente relativa alla circostanza *“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”*.

La linea d'orizzonte della continuità è rimarcata anche dall'art. 89 CCII, che riprende la regola della sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione già prevista dall'art. 182 sexies L. fall. Le società di capitali che abbiano sofferto perdite tali da attingerne il capitale in misura superiore al terzo, sono sollevate qualora abbiano fatto ricorso all'istituto concordatario dall'obbligo di ricapitalizzarsi o di trasformarsi in altro tipo societario in costanza di procedura.

Nel CCII la continuità aziendale diventa lo strumento per mezzo del quale perseguire **l'obiettivo prioritario** che appare ora essere l'interesse alla continuazione ed alla preservazione dell'entità aziendale, mentre il miglior soddisfacimento dei creditori (comunque non peggiore rispetto alla liquidazione giudiziale) risulta la seconda finalità. La proposta di CCA risulta favorita da disposizioni che prevedono “semplicemente” che nella domanda siano “indicate le ragioni dell'assenza di pregiudizio dei creditori”, in coerenza con i principi statuiti nella direttiva comunitaria Insolvency. Ed è, anche ai fini della disciplina dell'art **53 comma 5 bis** (effetti della revoca dell'omologazione del concordato), l' *“interesse generale dei creditori e dei lavoratori che prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno”*.