

## **LA CONTINUITA' AZIENDALE NELLO STATO DI CRISI ED INSOLVENZA**

di

**Francesco Pedoja**

*SOMMARIO: I. Premessa. II. La legislazione europea III. La legislazione nazionale IV. La riforma V. La bozza Rordorf del codice della crisi e dell'insolvenza.*

### **I. PREMESSA**

La continuità aziendale costituisce ormai un valore primario acquisito sia a livello nazionale che europeo, oggetto di tutela nelle rispettive legislazioni sia per quanto riguarda l'entità oggettiva dell'azienda sia con riferimento alla figura dell'imprenditore, nella considerazione che la crisi e l'insolvenza costituiscono fatti "naturali" nella vita dell'impresa e che all'imprenditore, indipendentemente dalla sua colpevolezza o meno nel causare il dissesto, vada concessa una seconda possibilità di ripartenza.

### **II. LA LEGISLAZIONE EUROPEA**

Il Regolamento europeo sulle procedure di insolvenza n. 848/2015 del 20 maggio 2015, entrato in vigore il 26 giugno 2017, ha sostituito il precedente Regolamento n. 1346/2000 ed ha efficacia per tutte le procedure aperte dopo la sua data di entrata in vigore.

Il Regolamento ha esteso la tipologia delle procedure sottoposte alla sua previsione ed ha indicato quale finalità delle medesime maggiormente la

garanzia della conservazione dell'impresa e della sua sopravvivenza rispetto a quella precedentemente prevalente della sua liquidazione, rilanciando l'efficienza e l'efficacia delle procedure (in tal senso va letta anche la regolamentazione e prevenzione degli abusi del *forum shopping*).

Il Regolamento ha ampliato il suo ambito d'applicazione includendo nell'elenco delle procedure anche quelle finalizzate al salvataggio dell'impresa, alla ristrutturazione del debito ed alla riorganizzazione aziendale indipendentemente dall'insolvenza vera e propria; ciò presuppone una particolare attenzione all'anticipazione dell'insolvenza o della crisi e consente non solo lo spossessamento dell'azienda in capo al suo titolare, ma anche il semplice controllo/vigilanza dell'Organo indipendente senza spossessamento effettivo.

Finalizzata al recupero aziendale è la previsione della sospensione temporanea delle procedure esecutive pendenti nei confronti dell'azienda.

Tralascio in questa sede ogni considerazione sulle norme in tema di competenza giurisdizionale, di procedura principale e secondaria (e relative connessioni) nell'ipotesi di imprese che presentano implicazioni transfrontaliere, richiamando esclusivamente l'elenco (allegato A) delle procedure previste per l'Italia che prevede gli accordi di ristrutturazione, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, il concordato preventivo e la liquidazione giudiziale dei beni (elencazione ripresa anche dal progetto Rordorf di codice della crisi e dell'insolvenza).

### **III. LA LEGISLAZIONE NAZIONALE**

Ricapitolando ed alla luce dell'ultimo intervento legislativo rappresentato dal D.L. n.83/2015 convertito con L. n. 132/2015 e diretto in tal senso alla tutela progressiva della continuità possiamo esaminare i singoli strumenti normativi.

1) Nel C.P. in continuità pura ex art.186 bis L.F. - richiamato espressamente dall'art.160 u.c. -, nel quale allo stato non vi è compatibilità con lo strumento dell'affitto d'azienda che presuppone una etero direzione della stessa non prevista dalla norma suindicata, vengono mantenuti i rapporti commerciali con i creditori e per alcuni viene riconosciuta la prededuzione anche per i crediti anteriori alla domanda concordataria (art. 182 *quinquies* c. 5 L.F.).

Il *favor* per tale forma di concordato appare evidente dalla limitazione, introdotta nel 2015, della necessità della soddisfazione minima dei creditori nella misura complessiva del 20% per il concordato liquidatorio.

A tale misura limitativa si associano altre disposizioni dirette a tutelare maggiormente l'interesse dei creditori, quali l'abrogazione del silenzio – assenso nel voto di approvazione, le possibilità di proposte concorrenti, il ruolo potenziato del Commissario giudiziale, quale garante delle informazioni necessarie per gli stessi creditori, senza dimenticare l'introduzione delle offerte concorrenti di cui all'art.163 *bis* L.F. dirette a massimizzare il valore degli *assets* aziendali.

2) Nel fallimento le alternative per la continuità sono l'esercizio provvisorio, l'affitto d'azienda e la costituzione di una Newco cui cedere/conferire l'intera azienda.

L'esercizio provvisorio:

L'esercizio provvisorio di cui all'art. 104 L.F. ha come presupposti di segno negativo il non pregiudizio economico per i creditori e di segno positivo la necessità di evitare un danno grave (quale ad esempio l'interruzione di un processo produttivo, la perdita verticale dell'avviamento, il completamento essenziale di commesse e/o costruzioni, ecc.).

Rispetto all'affitto d'azienda vi è un aggravio per il Curatore di un maggior impegno e di una maggiore responsabilità (anche imprenditoriale che il più delle volte non rientra nella preparazione professionale specifica) e per i creditori l'aumento indiscriminato della prededuzione per i crediti sorti nel periodo; vi è invece un vantaggio sotto il profilo della sterilizzazione di tutte le azioni esecutive e cautelari anche per le obbligazioni sorte nel predetto periodo (ex art. 51 L.F.) - anche a differenza di quanto avviene nel C.P. ove la sterilizzazione avviene solo per le obbligazioni sorte anteriormente alla domanda -, la parziale parentesi applicativa del regime della sospensione ed eventuale scioglimento dai contratti pendenti che viene rinviato alla cessazione dell'esercizio provvisorio (con il vantaggio per il Curatore di valutare con maggior ponderazione da quali contratti sciogliersi), la maggiore tempestività di accesso alla procedura ed infine la cessazione dell'esercizio senza alcun indennizzo da corrispondere a terzi.

L'affitto d'azienda:

Si deve innanzitutto distinguere tra l'affitto preesistente alla dichiarazione di fallimento - cd. comune - (e che in alcune ipotesi quando stipulato nell'imminenza del fallimento può costituire ipotesi di bancarotta per distrazione) e quello endofallimentare stipulato dal Curatore; il primo è oggetto di valutazione dagli Organi della procedura in ordine alla sua prosecuzione od al

suo scioglimento mediante recesso entro il termine perentorio di gg.60 e con prestazione all'affittuario di un equo indennizzo in prededuzione da liquidarsi ad opera del G.D.; vanno valutate attentamente tutte le clausole del contratto in essere: il canone locativo, la durata del contratto (se compatibile con i tempi di liquidazione), la presenza di una prelazione convenzionale, la entità e qualità delle garanzie prestate, la presenza di contratti di leasing e la garanzia fornita in ordine al numero dei posti di lavoro acquisiti.

Il secondo va ugualmente ponderato nella sua scelta e comunque va operata una particolare selezione competitiva per la ricerca della controparte contrattuale, dovendosi tener conto in varia misura di alcuni coefficienti, quali l'entità del canone, l'entità e qualità delle garanzie promesse ed il numero di posti di lavoro assicurati.

Un particolare problema è costituito dalla retrocessione alla procedura dell'azienda affittata, prevista dall'art.104 bis u.c. L.F. e cioè quello che riguarda i debiti già maturati prima del trasferimento e per i quali l'art. 2560 C.C. – escluso dalla norma fallimentare – prevede un accollo cumulativo *ex lege* ma con *beneficium excussionis* in capo all'acquirente.

Una recentissima sentenza della Cassazione (Cass. Civ. 9 ottobre 2017 n. 23581) ha fornito una lettura innovativa dell'art.104 bis u.c. precisando che la stessa ha natura eccezionale e si applica solo ai contratti endofallimentari stipulati dal Curatore, per cui fuori di tale ipotesi deve ritenersi operante l'art. 2560 C.C..

Peraltro, come già rilevato da attenta Dottrina, l'art. 2560 C.C. si applica alla vendita dell'azienda e non anche all'affitto previsto espressamente dal successivo art. 2562 C.C., a differenza di quanto avviene per i rapporti di lavoro,

previsti dall'art. 2112 C.C. il cui V comma. equipara l'affitto alla cessione dell'azienda.

Si tratta infatti nell'affitto di un trasferimento temporaneo, meno rischioso per i creditori.

Inoltre la norma fallimentare in esame, posta a tutela comunque della massa passiva dei creditori, non distingue in alcun modo tra affitto comune ed affitto endofallimentare e si riferisce quindi a qualsiasi ipotesi di retrocessione nei confronti del Curatore.

#### **IV. LA RIFORMA**

Alcune sommarie osservazioni sulle modifiche che la Riforma in cammino (?) ha previsto per la continuità aziendale ed i singoli strumenti su esaminati.

In particolare la Legge Delega n.115/2017 ha evidenziato i seguenti principi che dovranno trovare applicazione nei decreti delegati:

art. 2 prevalenza delle misure alternative per il superamento della crisi in continuità aziendale rispetto alla liquidazione giudiziale; il contenimento della prededuzione;

art. 5 estensione della procedura ex art.182 septies L.F. a tutte le categorie di creditori; eliminare o ridurre il limite del 60% dei crediti di cui all'art.182 bis L.F.;

art. 6 ammissibilità del concordato preventivo liquidatorio solo se il debitore apporta risorse esterne apprezzabili e comunque assicura il pagamento complessivo dei creditori chirografari nella misura minima del 20%; prededucibilità per i corrispettivi spettanti ai professionisti solo se il concordato viene ammesso; indicazione della competenza in ordine alla liquidazione

dell'indennizzo in ipotesi di scioglimento dei contratti pendenti ex art. 169 bis L.F. e determinazione dei criteri di quantificazione del medesimo; il concordato preventivo in continuità può prevedere nel piano il pagamento dei creditori privilegiati generali e speciali anche oltre il periodo di un anno, ma riconoscendo in tal caso a detti creditori il diritto di voto; nel concordato cd. misto si applica la disciplina del concordato in continuità in ipotesi che il soddisfacimento dei creditori sia prevalente con il ricavato prodotto dalla continuità (secondo il criterio già oggi seguito dalla giurisprudenza maggioritaria); la continuità va riconosciuta anche nella forma cd. indiretta e cioè nell'ipotesi che sia stato stipulato un contratto d'affitto dell'azienda ante domanda di concordato; stabilità della prededuzione per i finanziamenti autorizzati dal Giudice in ipotesi di successiva liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria, salvo il caso di atti in frode ai creditori; art. 7 potenziamento complessivo della procedura di liquidazione giudiziale (es. escluso il privilegio processuale del Privilegio fondiario ed accertamento del passivo più rapido, snello e concentrato anche nel tempo); prededuzione in caso di prosecuzione dei contratti pendenti solo per i crediti maturati nel corso della procedura (a differenza di quanto prevede attualmente l'art.74 L.F.); massima trasparenza ed efficienza della liquidazione dell'attivo (in particolare i creditori possono partecipare alle vendite con titolo proporzionato al loro probabile soddisfacimento); chiusura anticipata della procedura con risoluzione dei problemi interpretativi attualmente sorti nell'interpretazione dell'art.118 c. 2 L.F.; nuova disciplina incentivante il concordato liquidatorio giudiziale da parte dei creditori e dei terzi (il debitore può proporlo solo se apporta risorse ulteriori per incrementare l'attivo in modo apprezzabile).

## V. LA BOZZA RORDORF DEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

Alcune brevissime indicazioni contenute nella bozza in ordine all'affitto di azienda ed all'esercizio provvisorio:

Sull'affitto d'azienda (art.189) evidenzio come il termine di gg.60 per il recesso del Curatore dal contratto pendente, oggi previsto per tutte le ipotesi, permane solo se si tratta della liquidazione giudiziale del concedente, mentre nell'ipotesi della liquidazione giudiziale dell'affittuario il recesso è possibile in ogni tempo; in ogni caso, in applicazione della direttiva sulla riduzione della prededuzione contenuta nella Legge delega, l'equo indennizzo acquista natura di credito concorsuale.

Quanto all'affitto endofallimentare (art. 217) lo stesso viene autorizzato come oggi dal Giudice delegato in caso di utilità per la futura vendita ed i criteri di scelta dell'affittuario ripercorrono quelli attuali, così come i contenuti obbligatori del contratto.

Anche le disposizioni in materia di retrocessione dell'azienda al Curatore ricalcano pedissequamente quelle attuali, con l'unica differenza importante che per i contratti pendenti al momento di detta retrocessione la prededuzione dei crediti riguarda solamente quelli sorti dopo tale momento (art. 177 c. 3).

Per quanto riguarda l'esercizio provvisorio (art. 216) le norme previste in materia riprendono integralmente quelle oggi previste dall'art. 104 L.F., permanendo la natura in prededuzione dei crediti sorti nel periodo.

Ribadisco comunque, come affermato in un precedente scritto ("Sogno o realtà. Una riforma necessaria" - in questa Rivista -), che la bozza di codice presenta

cose egregie, anche se non posso non sottolineare alcune evidenti incongruenze, come preliminarmente l'assenza tra le definizioni del termine "insolvente" adoperato dal Legislatore delegante espressamente all'art. 7 c. 9 lett. C per definire l'ex fallito quale sottoposto alla procedura di liquidazione giudiziale e come la omessa considerazione delle passività nella quantificazione dei corrispettivi per le prestazioni dei professionisti: come già sottolineato forse gli estensori hanno troppo subito lo spirito di *spending review* del Legislatore, giungendo ad un criterio assolutamente non praticabile in caso di procedure con ingenti passivi e relativi modesti attivi (come generalmente nelle procedure di liquidazione giudiziale).