

**ATAC: SECONDO ATTO,
L'AMMISSIONE AL CONCORDATO IN CONTINUITA'**

di

Antonio Caiafa

SOMMARIO: I. Premesse – II. Il controllo del collegio – III. La prededucibilità del credito dei professionisti – IV. La verifica della criticità – V. La fattibilità giuridica – VI. La relazione attestativa - VII. Lo scenario comparativo.

I. PREMESSE.

La società istante ha proposto, sulla base di un piano in continuità aziendale, l'integrale pagamento delle spese prededuttive, entro un anno dalla omologazione; dei creditori assistiti da privilegio, entro tre anni; di quota parte dei debiti chirografari, mediante l'attribuzione di due strumenti finanziari partecipativi, a fronte della conversione del credito chirografario, da soddisfare con i **risultati utili della gestione** e con i **proventi derivanti dalla vendita dei beni non rientranti nella continuità aziendale**.

Il piano risulta fondato su progetti di *riorganizzazione, razionalizzazione del servizio e delle risorse umane, digitalizzazione del sistema di vendita dei titoli di viaggio, miglioramento della performance del servizio*, attraverso nuovi autobus, e delle *manutenzioni*.

L'esame della proposta, dell'attestazione e della documentazione presentata a corredo, in quanto ritenute inadeguate, e comunque insufficienti e, per certi aspetti, anche non attendibili, in relazione alle raggiunte conclusioni, aveva indotto il tribunale ad esercitare i poteri riconosciutegli dall'art.162, comma primo, L.F., ed a disporre la

convocazione della società proponente, del redattore del piano e dell'attestatore, perché fossero resi i chiarimenti ritenuti indispensabili e predisposte le inevitabili integrazioni, al piano ed all'attestazione, in ragione degli indicati profili di possibile inammissibilità¹.

Il controllo era stato esercitato dal tribunale al fine di ottenere quegli indispensabili chiarimenti che, ove non fossero stati resi, in modo convincente e ragionevole, avrebbero determinato l'adozione di una pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato e, nel caso della società proponente, ricorrendone i presupposti, l'assoggettamento alla procedura dell'amministrazione straordinaria, in ragione della pendenza di una istanza, in tal senso, da parte dei creditori.

L'esercizio di un tale potere da parte del tribunale è parso essere del tutto ragionevole se si considera che il Collegio mantiene un potere di controllo sulla proposta e sulla documentazione allegata, ed anche se non può sovrapporsi alla valutazione di fattibilità contenuta nella relazione attestativa può, tuttavia, effettuare gli accertamenti ritenuti indispensabili e svolgere le considerazioni in ordine alla veridicità dei dati ed alla operata ricostruzione, atteso che non avrebbe senso alcuno un decreto di ammissione alla procedura con successiva rimessione di tale indagine al commissario giudiziale come, poi, per alcuni aspetti vi è menzione nel decreto, in concreto.

Il provvedimento, difatti, dopo aver svolto – ma ciò in seguito – alcune puntuali considerazioni positive e ritenuto, quindi, appaganti i chiarimenti resi all'esito della disposta convocazione e, dunque, operati i dubbi precedentemente espressi, tuttavia, rimette ai commissari la verifica ulteriore degli stessi precisando dover essere, peraltro, *“...oggetto di approfondimento l'impatto delle recenti iniziative delle Autorità competenti in ordine alla disposta proroga biennale del contratto di servizio in essere con Roma Capitale ed in ordine alle procedure di acquisizione dei mezzi previsti dal piano”*, pur in presenza di dati, al riguardo, certamente non rassicuranti con riferimento, per l'appunto, alla difficoltà di rinnovare il parco degli

¹ CAIAFA A., *Atac: quando i numeri modificano gli scenari*, in *Fallimenti e Società* (www.fallimentiesocieta.it), in relazione al Decreto dello stesso tribunale del 21 marzo 2018.

automezzi da autorizzare, in ragione della obsolescenza e impossibilità di utilizzazione di quelli esistenti².

Ebbene, mentre il decreto del 21 marzo 2018, con il quale era stata disposta la convocazione della società proponente, perché fornisse i chiarimenti necessari al fine del superamento delle evidenti criticità in esso individuate, si caratterizzava per lo svolgimento di una analisi esaustiva delle stesse, per essere stati lasciati in ombra aspetti particolarmente significativi, sui quali i creditori, sarebbero stati chiamati ad esprimere il loro consenso, non può offrirsi una identica interpretazione per quello di ammissione alla procedura, proprio sulla base della analisi comparativa svolta, non risultando convincente la conclusione cui è giunto il collegio di ritenere che la continuazione dell'attività aziendale costituisca la migliore soluzione possibile per il soddisfacimento dei creditori, realizzabile, tuttavia, nell'ambito del concordato preventivo rispetto a quello “...scenario verosimile, di continuazione liquidatoria, ovvero di una perduranza dell'attività di impresa finalizzata al subentro di altro soggetto nel servizio e nel patrimonio strumentale all'esercizio di tali attività di servizio”, cui responsabilmente il tribunale ha fatto cenno nel precedente decreto³.

II. IL CONTROLLO DEL COLLEGIO.

Laddove si considerino le condizioni di ammissibilità della proposta, con specifico riguardo ai profili attinenti alla fattibilità del piano, ancor prima che questo possa essere oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, va precisato – pur nella consapevolezza delle diverse opzioni interpretative proposte – essere recessiva la tesi che attribuisce all'organo giudiziario un ruolo esclusivamente volto all'accertamento dei requisiti formali estrinseci di ammissibilità alla procedura concordataria, bensì diverso e

² ROSSI, *Atac, odissea guasti ai bus 4.000 corse perse al giorno nuovo buco da trenta milioni*, *Il Messaggero*, 15 settembre 2018, ove nell'affrontare il tema ha individuato i disagi rappresentati dal servizio offerto ed i danni che ne sono conseguiti, in ragione del minor numero di chilometri coperti, con una conseguente perdita di trenta milioni, dovuta ai minori incassi, dal momento che il contratto di servizio prevede la corresponsione del corrispettivo, da parte del Comune, commisurato alla quantità dei servizi erogati.

³ CAIAFA A., *Atac, quando i numeri modificano gli scenari*, in www.FallimentieSocietà.it, cit..

più pregnante, pur non travalicando nel merito della sussistenza sostanziale dei requisiti di ammissione, e tra questi la “*fattibilità*” del piano per come certificato nella relazione di accompagnamento.

Non avrebbe, infatti, giustificazione effettiva la facoltà che l’art.162 primo comma L.F. riconosce al tribunale di richiedere non solo la produzione di “*nuovi documenti*”, bensì anche di “*apportare integrazioni al piano*”, sì da lasciar ritenere che non si tratta di incompletezze formali ma anche di integrare dati contabili, temporali, tali da rendere intellegibile la effettiva fattibilità della proposta e mettere in condizione i creditori di esprimere una valutazione ponderata in vista della votazione.

Con particolare riferimento al giudizio che il tribunale è chiamato ad esprimere occorre considerare che la Suprema Corte⁴, ha affermato che “*il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall’attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e, dall’altro, all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori*”.

In altri termini, ferma la valutazione dei creditori in ordine alla fattibilità economica della soluzione concordataria proposta, il tribunale è comunque chiamato a verificare la legittimità della stessa, e garantire la più corretta e trasparente informazione ai creditori, in ragione del consenso che essi sono chiamati ad esprimere, nonché a valutare la sussistenza

⁴ Cass.,Sez.Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in CAIAFA A., *Codice dell’udienza fallimentare*, Roma, 2015, sub art.161 l.f., . 503.

della “**causa concreta**” nella proposta concordataria oggetto dell’auspicata accettazione da parte dei creditori.

Il sindacato di fattibilità non resta, difatti, escluso dall’attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti, quante volte venga proposta una soluzione concordataria.

Al riguardo i giudici di legittimità hanno sottolineato che il controllo in “*applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di **ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo***”, deve attuarsi mediante la diretta verifica della “**effettiva realizzabilità della causa concreta**”. Quest’ultima è da intendersi “**come obiettivo specifico perseguito dal procedimento**”, che va scrutinato con la necessaria attenzione dal momento che non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata ed inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della crisi dell’imprenditore ed all’assicurazione del miglior soddisfacimento, sia pur modesto e parziale, dei **creditori**, non già dei **crediti**, consentendo così di ritenere che la valutazione non è esprimibile in termini **quantitativi** ma anche **qualitativi**, dati questi dalla possibilità del mantenimento del rapporto commerciale in essere.

L’esplicito riferimento alla **causa concreta** evoca il richiamo di una prospettiva funzionale e suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l’idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi, mediante il previsto **miglior soddisfacimento dei creditori**.

Ne consegue che la fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all’assetto di interessi ipotizzato dal proponente, in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue, ed esso ben può e deve essere svolto dal tribunale con il decreto con il quale pronuncia l’ammissione, attraverso il riscontro di legalità degli atti in cui la

procedura si articola, al di là di quanto attestato in termini di attuabilità del programma, senza con ciò sconfinare ed esercitare, indirettamente un controllo di fattibilità economica, che è vietato.

Ed allora, non par dubbio che può e deve essere svolta dal tribunale, già al momento della ammissione, una verifica della sussistenza o meno di una inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente, ciò in quanto è riservata ai creditori solo la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all'alternativa liquidatoria, oltre che, ovviamente, la realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione prevista per ciascuno di essi.

I riportati principi tanto più vengono in rilievo quando si discorra di **concordato in continuità aziendale**, supponente un piano industriale pluriennale, inteso a generare specifici flussi di cassa, sol che si consideri richiedere la fattibilità “*in concreto*” un’analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici, attesa la necessità che il piano con continuità sia idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità, sì da dover contenere l’analitica indicazione dei costi e dei ricavi, attesi dalla prosecuzione dell’attività, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura, dovendo la continuazione, in una impresa in crisi, essere assicurata da una serie di cautele inerenti il piano e l’attestazione, tese ad evitare il rischio di un aggravamento del dissesto a danno dei creditori, stante la necessità che la prosecuzione sia “**funzionale al miglior soddisfacimento**” degli stessi.

III. LA PREDEDUCIBILITÀ DEL CREDITO DEI PROFESSIONISTI.

Il piano concordatario condiziona l’esercizio e la realizzazione dei diritti dei terzi, paralizzati dal divieto di azioni esecutive, per la durata della procedura, ed esposti ad una falcidia aggravata dal concorso di creditori aventi diritto alla prededuzione ed al pagamento anticipato (art.161 e 182-*quinquies*l.f.) e, pertanto, richiede un vaglio rigoroso,

già in sede di ammissione, in ragione anche delle conseguenze che discendono dal relativo decreto, in ordine alla natura *prededucitiva* dei crediti vantati dai professionisti che a vario titolo hanno svolto l'attività per consentire la presentazione della proposta.

E' noto, al riguardo, l'orientamento dei giudici di legittimità pervenuti alla conclusione del riconoscimento della prededucibilità del credito dei professionisti, che hanno assistito il debitore nella redazione del ricorso o nelle attestazioni richieste dalla relativa disciplina normativa, sul presupposto che l'unico requisito, per attribuire natura prededucibile, andrebbe individuato nella circostanza di essere stato il debitore ammesso alla procedura di concordato preventivo, pur in presenza dell'esistenza di *diverse*, contrastanti, soluzioni accolte dalla stessa Suprema Corte, sulla prededuzione nel fallimento dei crediti sorti in occasione del concordato preventivo, che hanno consentito di manifestare giustificate perplessità sulla pertinenza e coerenza di una siffatta conclusione, quante volte il concordato non venga poi omologato, o l'ammissione sia revocata ai sensi dell'art.173 L.F., sì da non essere, invero, apprezzabile l'utilità per i creditori la stessa continuazione dell'attività di impresa⁵.

L'orientamento della Suprema Corte non può ritenersi consolidato atteso che, diversamente, in alcune circostanze, i giudici di legittimità hanno affermato poter essere riconosciuta la collocazione in prededuzione al credito dei professionisti, che abbiano prestato la loro opera per il risanamento dell'impresa, nella misura in cui le relative prestazioni siano state, in concreto, utili per avere consentito una, sia pur contenuta, realizzazione dei diritti vantati dai creditori, ciò in ragione della ***consecuzione delle procedure***, volte ad affrontare la medesima crisi ritenuta, in un primo momento, suscettibile di regolazione attraverso un accordo con i creditori, ma successivamente risultata tale da condurre alla liquidazione giudiziale⁶.

⁵ Cass., 21 novembre 2017, n. 27694; Cass., 17 marzo 2017, n. 6517; Cass., 5 dicembre 2016, n. 24791, Cass., 15 aprile 2016, n. 7579; Cass., 9 novembre 2015, n. 22450; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013, tutte in *RedazioneGiuffrè*.

⁶ Cass., 19 luglio 2016, n. 14781; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031, in *Il fallimento*, 2014, 516; Trib. Roma, 23 febbraio 2015, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 3 aprile 2014, *ivi*.

E' alla stregua di tale orientamento, che è stato escluso, per un verso, che tra la domanda di ammissione al concordato preventivo e la dichiarazione di fallimento vi sia **collegamento funzionale** e, per altro verso, che l'attività professionale svolta abbia comportato, sempre, un beneficio per il ceto creditorio sia nel caso in cui la pronuncia sia stata resa a norma dell'art.162 l.f., oppure ai sensi dell'art.173 l.f., o in ragione del mancato raggiungimento delle maggioranze o del diniego di omologa, ovvero, ancora, per risoluzione o annullamento del concordato *ex* art.186 l.f.

Per tale ragione è stata ritenuta non condivisibile l'offerta interpretazione, seppur a seguito della riforma dell'art.111 l.f., del concetto di **occasionalità** sino a ricomprendere, nel novero dei crediti prededucibili, tutti quelli sorti, anche precedentemente, solo perché finalizzati alla risoluzione dello stato di crisi o insolvenza dell'impresa, pur in assenza di una specifica norma, ed indipendentemente dal **collegamento funzionale** tra la prestazione effettivamente eseguita dal creditore e la successiva dichiarazione di fallimento.

Orbene, omettendo di considerare gli aspetti di diritto sostanziale connessi alla qualificazione del credito, vale evidenziare che la riforma dell'art. 111 l.f.⁷, nel **subordinare** il riconoscimento della prededucibilità di una posta attiva – chiaramente al di fuori dell'ipotesi in cui sussista un'espressa qualificazione legislativa in tal senso – ad un nesso di tipo **occasionale** o **funzionale** alle procedure concorsuali, abbia inteso valorizzare tanto il legame **temporale**, quanto **strumentale**, tra il credito e il procedimento o, più correttamente, gli scopi e le finalità dello stesso.

Ne deriva che il **collegamento occasionale** o **funzionale** con la procedura concorsuale, alla cui configurabilità l'art. 111, secondo comma, l.f. subordina il riconoscimento della prededucibilità dei crediti, andrebbe accertato, non soltanto, con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche, e soprattutto, con riguardo

⁷ VALERIO, *Sub art.111 l.f.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2017, p. 520 per una ricostruzione ed attenta individuazione dei presupposti in presenza dei quali può essere riconosciuta natura prededucitiva ai crediti in ragione del collegamento funzionale o occasionale.

alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, risponda agli *scopi* della procedura stessa, per i *benefici* arrecati in termini di **accrescimento** dell'attivo e di **salvaguardia** della sua integrità, indipendentemente dalla presenza, o meno, di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura⁸.

Per affermare la prededucibilità dei crediti, sorti in *occasione* o in *funzione* delle procedure concorsuali, occorrerebbe il duplice criterio, cronologico e teleologico, in tal modo prefigurando un meccanismo soddisfacente destinato a regolare, non solo, le obbligazioni della massa, sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono, per l'effetto, sugli interessi dell'intero ceto creditorio. Il carattere alternativo dei predetti criteri non consente, tuttavia, di estendere la prededucibilità a qualsiasi obbligazione caratterizzata da un sia pur labile collegamento con la procedura concorsuale, dovendosi, in ogni caso, accertare il *vantaggio* arrecato alla massa dei creditori, nei termini dianzi indicati.

Sono non a caso considerati prededucibili quei crediti che sorgono *in occasione o in funzione* della procedura fallimentare e vanno distinti dai crediti per i quali la procedura viene instaurata, ovvero dai crediti sorti in seguito all'attività dell'imprenditore prima che venga dichiarato fallito.

Per questi crediti è lo stesso art.111 l.f. a chiarire che sono tali quelli definiti dalla legge e **sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali.**

La nozione dei crediti prededucibili, è, dunque, collegata, partitamente, a due criteri della *occasionalità* e della *funzionalità* che non devono necessariamente coesistere, in quanto sono alternativi tra loro.

La *occasionalità* è pacificamente individuabile nell'elemento cronologico che copre l'arco della procedura, finendo per attribuire la prededuzione a tutti i debiti sorti in corso di procedura, indipendentemente dalla loro utilità per i creditori o per il funzionamento della procedura.

⁸ Cass., 10 settembre 2014, n. 19013; 17 aprile 2014, n. 8958; 5 marzo 2012, n. 3402; Corte di Cassazione - Ordinanza 18 dicembre 2015, n. 25589.

Più dirimpente è l'assunzione del criterio della **funzionalità** ad autonomo titolo di prededucibilità del credito, ciò in quanto un riferimento solo **strumentale**, e non anche **temporale**, porterebbe ad attribuire la prededuzione, ai crediti anteriori alla stessa proposta di concordato sol perché ritenuti, nel successivo fallimento, sulla base quindi di una valutazione *ex post*, **funzionali** alla procedura di concordato.

Le modifiche introdotte dalle diverse riforme intervenute hanno profondamente ridefinito l'ambito applicativo della norma, estendendola, da un lato, a tutte le procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare, ed introducendo, dall'altro, criteri generali per il riconoscimento della prededuzione anche al di fuori dei casi disciplinati da specifiche disposizioni di legge, quali: il corrispettivo per il subentro del curatore nei contratti ad esecuzione continuata e periodica (art.74 l.f.); l'equo indennizzo riconosciuto al locatore per l'anticipato recesso dal contratto di locazione nel caso di fallimento del conduttore (art.80 l.f.); i premi per l'assicurazione contro i danni in caso di subentro del curatore (art.82l.f.); il controvalore del bene di cui il curatore ne perda il possesso, dopo averlo acquisito (art.103 l.f.); i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio (art.104 l.f.); i crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dopo il deposito del ricorso *ex art.161* (art.161 comma settimo l.f.); i crediti per finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati, in esecuzione del concordato preventivo, o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art.182 *quater* l.f.); i finanziamenti contratti dal debitore, ai sensi dell'art. 182 *quinqesl.f.*.

L'**occasionalità** rappresenta, dunque, il criterio **cronologico**, in base al quale sono considerati prededucibili i crediti **sorti durante** la procedura concorsuale, sia di fallimento che di concordato preventivo⁹

Più articolata, appare, invece, la riflessione sulla possibilità di riconoscere il beneficio ai crediti **sorti anteriormente**, quando al concordato preventivo segua il fallimento (c.d. **consecuzione tra procedure**).

⁹ Cass., 5 marzo 2014, n. 5098.

Il massimo grado di preferenza accordato al credito presuppone, infatti, l'accertamento del **nesso funzionale tra l'attività prestata da soggetti terzi ed il vantaggio per l'intero ceto creditorio**, tanto da poter riconoscere nell'obbligazione assunta **uno strumento** imprescindibile per l'accesso alla procedura concorsuale.

Tale presupposto appare ancor più significativo nella valutazione delle attività professionali svolte su incarico del debitore ai fini dell'ammissione al concordato preventivo.

Alla luce di ciò, al credito dei professionisti che abbiano prestato la loro opera per il risanamento dell'impresa o per prevenirne la dissoluzione, sembrerebbe logico riconoscere la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni siano state, in concreto, utili per aver consentito una sia pur contenuta realizzazione dei diritti vantati dai creditori¹⁰.

E d'altronde, è in tal senso che, non a caso, la legge 19 ottobre 2017 n.155 di “*delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*” all'art.2 primo comma lett. l)¹¹ ha, espressamente, individuato, tra i principi generali, la necessaria riduzione dei costi delle procedure, “...*anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure*”.

¹⁰ Tribunale Rimini, 10 dicembre 2014, in Banca Dati Pluris UTET; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098.

¹¹ Per i primi commenti alla legge delega si veda LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Il fallimento*, 2017, p. 1253, ove, svolta una breve analisi, evidenzia la difficoltà di attuazione in relazione ad alcuni principi normativi non considerati e che, di contro, avrebbero dovuto avere una collocazione per il risanamento delle imprese in crisi; ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa: una prima lettura*, in *Le società*, 2017, p. 1375, che, nel commentare la prossima riforma, sottolinea la mancanza di organicità, pur se si prospetta di considerevole impatto su un ordinamento scosso, nell'ultimo decennio, da plurimi interventi di cui è stato difficile comprendere la ragione; DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir.fall.*, 2017, I, p. 1291, che, nel sottolineare l'intento del legislatore di programmare un intervento sistematico ed organico, in materia di crisi di impresa, evidenzia come alcune delle soluzioni adottate sono condivisibili, in particolare per quel che attiene all'introduzione della misura di *allerta*, alla definizione dello *stato di crisi*, al favore indiscusso per il *concordato con continuità aziendale* ed alla stessa disciplina del *sovraindebitamento* e dei gruppi di impresa, mentre manifesta perplessità in ordine alla previsione del *miglior soddisfacimento dei creditori*, quale condizione di ammissibilità del concordato con continuità aziendale; Id., *L'emersione anticipata della crisi di impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017, per una associazione tra valore etico ed attività di impresa; D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Rin.soc.*, 2017, p. 519; RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it.

Tali principi hanno trovato applicazione e riconoscimento nella bozza del decreto delegato del **Codice della crisi e dell'insolvenza**, che ha dedicato, al tema, il capo II, sezione seconda che, sotto il titolo “**economicità delle procedure**”, all'art. 8, ha previsto che i compensi complessivamente pattuiti per le prestazioni professionali sono “...*proporzionalmente ripetibili nell'ambito delle procedure medesime e revocabili nella procedura di liquidazione giudiziale eventualmente aperta, per la parte eccedente gli importi per scaglioni*”, che la norma ha espressamente regolato individuando, **alla lett. c)**, per le prestazioni correlate al **concordato preventivo**, precise percentuali in funzione dell'importo e, dunque, in termini di congruità dello stesso compenso convenuto.

L'art. 9 ha, poi, ancorato la **prededucibilità dei crediti professionali**, sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato, nonché del deposito della relativa proposta del piano che la correda, nei limiti del **75%** dell'importo convenuto, alla condizione che la procedura sia aperta.

Dunque, **de iure condendo**, non essendosi completato, ancora, il relativo *iter*, descritto all'art.1, comma tre, della legge n.155 del 2017, per l'espressione dei pareri delle rispettive Commissioni Parlamentari, non può ignorarsi che la questione sia stata attentamente considerata in sede di riforma per le conseguenze che ne discendono per il ceto creditorio, attraverso la previsione di una limitazione, laddove, al contrario, ove la proposta non fosse poi approvata ovvero omologata i diritti dei creditori concorrenti risulterebbero fortemente incisi dai compensi prededuttivi di coloro che sono stati chiamati a collaborare, a diverso titolo, con la proponente.

Allo stato la posizione della giurisprudenza è però di segno contrario non potendo l'evoluzione della vicenda concorsuale escludere la **funzionalità** ravvisabile quante volte le prestazioni compiute dal terzo, per il momento ed il modo con cui sono state assunte, confluiscono nel disegno di risanamento predisposto, sì da rientrare in una complessiva **causa economico-organizzativa**, preparatoria della procedura concorsuale, a meno che non ne risulti dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo rispetto all'iniziativa

assunta.

La collocazione in prededuzione prevista dall'art. 111, comma secondo, l.f. costituisce un'eccezione al principio della *par condicio* che intende favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa e rimane soggetta alla verifica delle sole condizioni previste dalla norma in parola. L'utilità concreta per la massa dei creditori discenderebbe dalla consecuzione delle procedure, in ragione della cristallizzazione e della retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento delle revocatorie¹².

IV. LA VERIFICA DELLA CRITICITÀ.

Ebbene, mentre con il primo decreto, con il quale era stata disposta la convocazione della società proponente il concordato, il tribunale non aveva inteso esercitare un controllo esteso al merito della proposta quanto, piuttosto, ritenuto indispensabile indicare le integrazioni al piano e sottolineare le criticità e le inadeguatezze presenti nelle perizie e nelle correlate conclusioni che avrebbero potuto comportare uno scrutinio negativo, in sede di ammissione, non vi è dubbio però che la valutazione della fattibilità del piano, in quanto presupposto di ammissibilità della proposta, avrebbe dovuto indurre il collegio a più approfondite valutazioni, non solo per gli effetti perniciosi, discendenti dalla pronuncia di un provvedimento di ammissione, che, ormai, sulla base dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità consente di ritenere i costi interamente prededuttivi, anche quando fosse accertato l'insuccesso della procedura concordataria minore, attesa la imprescindibile necessità di verificare la compatibilità del piano con norme inderogabili, non incontrando essa particolari limiti, al contrario del controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità del programma, pur tuttavia censurabile quante volte risulti manifesta l'inefficienza di esso al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Sotto il riferito profilo il decreto non permette di pervenire a conclusioni motivate diverse, evidenziando *l'iter* argomentativo motivazionale una assoluta genericità nell'offrire

¹² Cass., 16 maggio 2018, n. 12017.

una risposta a quelle criticità che erano state evidenziate dallo stesso tribunale nel precedente provvedimento di convocazione.

E difatti, una volta illustrati i pilastri del piano concordatario individuati, partitamente, nell'*incremento quantitativo dell'offerta chilometrica e connesso dei ricavi da contratti di servizio*, riporta dati ed opera descrizioni in relazione al *“nuovo modello manutentivo messo in opera”*, basato sulla revisione delle politiche ed organizzazione dei turni di lavoro, tale da far conseguire da queste un sicuro incremento della produttività, individuato nella *“correlata riduzione del tempo di fermo dei mezzi”*, così offrendo uno scrutinio poco convincente in ragione delle constatate difficoltà da parte di coloro che vivono in una città nella quale il servizio pubblico, che dovrebbe essere assicurato con continuità e celerità, soffre proprio in ragione di quel *deficit strutturale* coinvolgente, in termini negativi, la valutazione del secondo pilastro basato sull'aumento della qualità del servizio offerto.

La circostanza che il piano concordatario sia condizionato dal miglioramento di alcuni elementi, indicati nella *“regolarità, manutenzione, pulizia”*, sui quali la proponente ha previsto di poter intervenire *“attraverso un modello organizzativo”*, senza che ne venga in minima parte descritto il relativo contenuto, non permette di poter stabilire se effettivamente sarà possibile il raggiungimento di quella *“crescita della percorrenza chilometrica”* ed *“un miglioramento della qualità del servizio”*, ed ha tuttavia consentito al tribunale di discostarsi dal precedente giudizio negativo espresso con i rilievi sollevati.

La stessa trasformazione digitale ed il potenziamento dei canali di vendita, seppur consentono di individuare la descritta *“...finalità di migliorare la qualità del servizio e di consentire una maggiore accessibilità alla fase di acquisto”*, tuttavia non è dato comprendere come possano permettere il raggiungimento degli obiettivi previsti della continuità, pur se asseverati nel piano attestato, non apparendo proporzionata la valutazione in positivo che si è reputato di poter svolgere con riferimento ad un elemento che solo in parte – davvero minima – può avere incidenza sul passivo della proponente.

Il “**riposizionamento commerciale**”, che si dice essere stato esplicitato attraverso la illustrazione delle strategie commerciali, tali da postulare che “*l’implementazione e l’efficientamento del servizio comporti anche un proporzionale progressivo aumento della domanda*” viene condiviso in ragione del “*complesso degli interventi*” non descritti, ritenuti “*logicamente apprezzabili*” e coerenti, in quanto assicurati dal “*numero dei controllori sull’ammontare delle sanzioni, calcolate sugli importi stimati come incassi e non sulle sanzioni irrogate*”, elemento questo negativo ma certamente non significativo per poter ancorare ad esso parte del passivo e far discendere dal proposto intervento un’implementazione apprezzabile dell’attivo.

Infine, il quinto pilastro, individuato nella **razionalizzazione dei costi indiretti** e di **struttura** rappresenta la voce estremamente significativa, sol che si consideri il numero del personale occupato e la difficoltà di un utilizzo dello stesso, in ragione della problematica situazione che affligge la proponente e la collettività, che da quel servizio indispensabile dovrebbe vedere soddisfatti i bisogni primari risultando del tutto insufficienti – quanto meno perché non descritti nei particolari – “*le nuove turnazioni, il blocco del turn over, l’accordo sindacale raggiunto e la soppressione di quattro posizioni organizzative coperte da figure dirigenziali*”, per poter giustificare e garantire la riduzione dei costi e la indicata ottimizzazione degli oneri per il personale.

Tutto ciò è determinato dal raffronto tra le considerazioni svolte dallo stesso tribunale in relazione ai “*pilastr*” del piano, sin qui presi in considerazione, che avevano determinato la necessaria convocazione del legale rappresentante della proponente, che nel successivo decreto di ammissione, non hanno trovato una illustrazione tale da lasciar ritenere superata ogni incertezza valutativa evidenziata nel decreto precedente, per non essere chiaro come la società potesse far fronte al pagamento di ottantanove milioni per il parziale rinnovamento del parco mezzi e non essere chiaro il proposto “*nuovo modello manutentivo*”, sì da poter compiutamente valutare l’efficacia della dedotta riorganizzazione e, ancora, essere del tutto incerta ed indeterminata la descritta “*ottimizzazione delle linee di esercizio*”.

Il decreto, al riguardo, usa espressioni che non permettono di andare al di là di una incerta valutazione in assenza di una comparazione tra le criticità evidenziate e gli elementi indicati per far ritenere le stesse inesistenti e superate.

Si precisa, ancora, nel provvedimento avere l'attestatore "*svolto una convincente analisi*" volta a valutare la tenuta del piano anche qualora non fosse possibile il realizzo di un significativo incasso in quanto i flussi generati dalla continuità aziendale consentirebbero l'adempimento della proposta.

Si richiamano, poi, i nuovi elaborati, in precedenza ritenuti insufficienti, relativi alla effettuata valutazione dei beni, sulla base delle fornite integrazioni, tali da lasciar ritenere condivisibili criteri e metodologie utilizzati e, pertanto, venute meno le perplessità in precedenza sollevate in riferimento ai valori indicati; conclusioni queste che in assenza della documentazione, sulla base della quale il tribunale ha espresso il proprio convincimento sarebbe erroneo esprimere non condivisione ma, quanto meno, incertezza non risultando riportati, seppur in estrema sintesi, i dati indispensabili per effettuare una valutazione comparativa e poter pervenire allo stesso risultato, ovvero, che alla luce dei chiarimenti resi, le difformità originariamente individuate, nella indicazione dei valori, possano ritenersi effettivamente poggiare su argomentazioni logiche e quindi condivisibili. Ora non vi è dubbio che il parametro valutativo, anche in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, non può ritenersi limitato alla verifica della regolarità formale e della presenza dei presupposti per l'accesso alla procedura essendo richiesta anche una presa d'atto e considerazione della fattibilità del piano, intesa come coerenza e realizzabilità del programma prospettato dalla proponente, dovendosi escludere che una siffatta valutazione debba essere compiuta esclusivamente nella fase successiva di omologa, una volta intervenuta l'approvazione da parte dei creditori, essendo, di contro, richiesto tale scrutinio anche in assenza di opposizioni, sì da non costituire tale verifica una fase eventuale ma indispensabile e che, peraltro, richiede il tempestivo intervento del tribunale quante volte sia chiamato a pronunciare la revoca dell'ammissione per aver

constatato l'esistenza di situazioni tali da incidere negativamente sulla sussistenza di quei presupposti voluti dal legislatore, sì da essere, dunque, il deliberato consenso dei creditori non sufficiente per escludere una pronuncia di non omologa.

E' indubitabile, difatti, che qualora dagli atti della procedura o da successive indicazioni dell'organo commissariale dovessero emergere fatti non valutati in sede di ammissione il tribunale sarebbe tenuto ad intervenire tempestivamente una volta valutata l'incidenza sulla proposta e pervenire alla revoca dell'ammissione.

V. LA FATTIBILITÀ GIURIDICA.

La fattibilità del piano va intesa in senso non soltanto *economico* ma anche *giuridico* circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, scrutinio non escluso dalla attestazione del professionista, risolvendosi questa nella descritta possibilità di successo economico del piano e dei rischi inerenti mentre spetta al tribunale, anche una volta intervenuta l'ammissione e, naturalmente, anche prima di pronunciare essa valutare la effettiva realizzabilità della *causa concreta*, ovvero il perseguimento dell'obiettivo specifico del procedimento e, dunque, il concreto superamento della crisi, attraverso la predisposta proposta, la sua realizzabilità e compatibilità con norme inderogabili.

La valutazione comparativa tra piano *liquidatorio* o in *continuità aziendale*¹³ non deve tener conto solo, ed esclusivamente, del *miglior soddisfacimento dei creditori*, che non è necessariamente quantitativo, potendo questi anche fare affidamento sul diverso vantaggio loro derivante dalla prosecuzione dei rapporti, ma anche dalla circostanza che il secondo è inciso fortemente dalla norma che prevede, in modo espresso, la disapplicazione delle disposizioni relative alla riduzione del capitale sociale per perdite e la non operatività delle cause di scioglimento della società per riduzione¹⁴ e per perdita del

¹³ CAIAFA A.-PANZANI, *Sub art.182 sexies l.f.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, 2017, p. 847.

¹⁴ Cass., 2 aprile 2007, n. 822.

capitale sociale¹⁵, ciò a far data dal deposito della domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, fino alla omologazione, anche se prenotativo - in virtù del richiamo espresso dell'art.161 sesto comma l.f. - e, specularmente, della proposta “...a norma dello stesso comma dello stesso articolo”¹⁶.

Dalla pubblicazione del ricorso, dunque, nel registro delle imprese si ha la disapplicazione delle disposizioni relative alla riduzione del capitale e viene meno l'obbligo per l'organo gestorio, quante volte si sia realizzato lo scioglimento, di operare una gestione esclusivamente conservativa assumendo specifico rilievo, al riguardo, quanto previsto dal piano.

La sospensione delle norme che impongono la capitalizzazione o determinano lo scioglimento dell'ente societario, che abbia perso il capitale sociale, trova giustificazione nella circostanza di aver ritenuto il legislatore che alla sottocapitalizzazione non consegue, necessariamente, uno squilibrio economico finanziario, sicché l'attività può essere continuata non identificandosi la perdita del capitale con lo *stato di insolvenza*, potendo da esso conseguire solo una situazione di *crisi, reversibile* o meno, dalla quale l'impresa può uscire attraverso il ricorso ad una delle soluzioni concordate e, peraltro, anche prima della stessa presentazione della domanda o dell'accordo definitivo¹⁷.

In pratica la *ristrutturazione del debito* può incidere sul reale passivo, in conseguenza della dismissione di beni ritenuti non strategici, ovvero la riduzione dei debiti o conversione di questi, sì da generare delle plusvalenze o, comunque, variazioni in grado di ricapitalizzare la società¹⁸.

Il legislatore ha, dunque, inteso consentire all'impresa, attraverso il deposito di un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, di evitare la fase liquidatoria senza, tuttavia, incidere negativamente sui creditori sociali tutelati attraverso il consenso di

¹⁵ Cass., 13 gennaio 2006, n. 543.

¹⁶ MONTELEONE, *La gestione della crisi d'impresa*, in *Le procedure concorsuali tra economia e diritto*, a cura di CAIAFA A., Roma, 2015, II, p. 830.

¹⁷ D'ATTORRE, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita del capitale*, in *Ifallimentarista.it* 3 agosto 2012.

¹⁸ RANALLI, *Art.182 sexies l.f.*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2013, p. 2242.

questi o, comunque, in ragione della prevista obbligatorietà del concordato per tutti coloro che abbiano dissentito.

E d'altronde, dal momento del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, l'organo gestorio dovrà tenere un comportamento coerente con le previsioni del programma attestato dal piano che intenda sottoporre al controllo ed alla valutazione omologativa del tribunale.

Sarà, pertanto, indispensabile che il piano contenga una esplicitazione della strategia futura, con evidenziazione delle soluzioni poste a base della proposta concordataria, sia dal punto di vista *macro-economico* che *settoriale*, con una rappresentazione dei tempi e delle figure responsabili per la sua attuazione sotto il profilo industriale e societario¹⁹.

E' per tale ragione che la disciplina societaria posta a tutela della conservazione del capitale sociale non opera dal momento che si ritiene che la necessità di intervenire a garanzia del mantenimento di esso potrebbe ostacolare l'opera di risanamento o addirittura essere inutile quando il concordato o l'accordo prevedano la liquidazione della società²⁰.

La neutralizzazione della disciplina codicistica, che consente di rinviare ad un momento successivo l'adozione delle misure necessarie a rimuovere la situazione di sottocapitalizzazione, ovvero di impedire la messa in liquidazione della società, trova coerente giustificazione nel bilancio previsionale aggiornato che il piano deve, necessariamente, contenere, attraverso una corretta rappresentazione che la situazione di sottocapitalizzazione, ovvero il bilanciamento delle perdite, troveranno riscontro nella sopravvenienze attive, derivanti dalla dismissione dei beni, o dallo stralcio dei crediti concorsuali.

La situazione ora descritta, però, viene meno nel momento dell'uscita dal concordato, con la omologa, in ragione della necessità che la società sia in regola con le disposizioni in tema di capitale sociale, sicché per evitare di incorrere nella causa di scioglimento

¹⁹ SALVI, *Il piano di concordato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di CAIAFA A.-SALVI, Pisa, 2016, p. 379.

²⁰ PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *Il fallimentarista.it* 14 settembre 2012.

dovranno essere attivati i rimedi previsti dalla disciplina codicistica non potendo, ormai, l'ente societario più essere operativo in mancanza del capitale minimo, non trovando più giustificazione la relativa previsione operata nel piano²¹.

Ed infatti, seppure il concordato, una volta omologato, è obbligatorio per tutti i creditori anteriori (art.184, primo comma l.f.), tuttavia non possono essere pregiudicate le ragioni di coloro che siano divenuti creditori in data successiva al decreto di omologa.

Solo, dunque, il riassorbimento delle perdite, per effetto delle sopravvenienze attive, derivanti dalla esdebitazione realizzata attraverso il concordato, potrebbe far venir meno l'obbligo di procedere alla copertura.

Ebbene, di tutto ciò non vi è menzione nel decreto di ammissione che non richiama, sul punto, nonostante la evidente essenzialità della relativa problematica e delle criticità da essa discendenti, l'attestazione così determinando incertezza sulla **fattibilità giuridica** non essendo dato comprendere, sulla base di quali valutazioni, sia stato possibile per il tribunale ritenere che una società priva di capitale sociale possa continuare ad operare sul mercato, senza essere prima ricapitalizzata ovvero trasformata, dovendo, in presenza di patrimonio netto negativo, una volta intervenuta la omologazione, ed in assenza della necessaria ricapitalizzazione, essere disposta, necessariamente, la liquidazione tornando ad applicarsi i principi codicistici che vietano il compimento di operazioni non meramente conservative a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento.

Non risulta, ancora, svolta un'analisi realistica in relazione alla ritenuta possibilità, del tutto indimostrata, per poter ritenere realizzabili sufficienti utili, a fronte di un così

²¹ Atteso il tenore della norma di legge, la dottrina è unanime nel ritenere che il concordato si chiuda con l'omologazione. PAJARSI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 884; GALLETTI, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur.comm.* 2006, II, p. 927; AUDINO, *Sub art.181*, in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1206; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da VASSALLI, LUISO, GABRIELLI, Torino, 2014, p. 382; VITIELLO, in AAVV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2015, *sub art.181*, p. 2145; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di JORIO, SASSANI, Milano, 2016, 353; AMATORE-JANTET, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano 2016, p. 223; Cass., 14 giugno 2016, n. 12265; Cass., 18 giugno 2008, n. 16698; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23271; Tribunale Monza, 13 febbraio 2015, www.ilcaso.it; Tribunale Padova, 29 luglio 2015, in www.ilcaso.it; Tribunale Asti, 7 aprile 2014, in *Giur.comm.*, 2015, ii, 1287, con nota adesiva di CASTAGNOLA, *La chiusura del concordato preventivo con continuità aziendale*.

rilevante passivo pregresso, attraverso i pilastri, divenuti oggetto di una positiva valutazione, nonostante le serie criticità evidenziate nel precedente decreto di convocazione, per poter reputare raggiungibile la prospettata ristrutturazione del debito, attraverso il recupero dell'equilibrio economico-finanziario.

VI. LA RELAZIONE ATTESTATIVA.

La relazione del professionista attestatore²² si muove in un perimetro che concerne la fattibilità del piano ai fini dell'assicurazione del pagamento proposto nel ricorso nei tempi ipotizzati e, pertanto, è necessario ed indispensabile che questa non si limiti ad una mera prospettazione ai creditori di un verosimile pagamento dovendo, invece, contenere l'assunzione di un vero e proprio impegno, fondato su elementi certi e riscontrabili, senza tuttavia che esso si trasformi in una vera e propria obbligazione di risultato.

Con riferimento alla veridicità dei dati aziendali la relazione deve soffermarsi ed indicare i riscontri effettuati per le singole poste ed offrire una adeguata motivazione circa la conferma o meno dei valori nominali espressi nella documentazione contabile messa a disposizione dall'impresa e dal professionista, comunque, in ogni caso ricercata e scrutinata, in quanto i dati aziendali non sono solo quelli risultanti, esclusivamente, dalle scritture contabili, la cui regolare tenuta, dopo la riforma, non è neppure più prevista tra le condizioni di ammissibilità del concordato. E' tuttavia, evidente che la relazione dovrà sottolineare la eventuale diversa consistenza materiale giuridica degli elementi patrimoniali ovvero l'incongruenza della relativa determinazione, che è stata di essi formulata con la proposta²³. Ed allora, perché una relazione attestativa soddisfi le esigenze informative e

²² Sul contenuto della relazione e l'analisi richiesta si veda MANDRIOLI, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo: la ricostruzione giuridico aziendalista*, in AA.VV. *La legge fallimentare d.lgs. 12 settembre 2007, n.169. Disposizioni integrative e correttive*, in *Commentario teorico-pratico*, a cura di FERRO, Padova, 2008, p. 304; Cass., 23 maggio 2014, n.11497; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860; Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706 tutte in CAIAFA A., *Codice dell'udienza fallimentare*, Roma, 2015, sub art.161, p. 503.

²³ Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, in www.ilcaso.it in relazione alla veridicità dei dati aziendali come presupposto del giudizio di fattibilità del piano di concordato; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, p. 1082, con particolare riferimento al giudizio prognostico sulla concreta realizzabilità delle operazioni previste.

consenta, quindi, di dare concretezza oggettiva in relazione ai risultati che, ovviamente, la proposta e nel piano possono ritenersi, invero, solo ipotizzati è necessario che si soffermi ed analizzi le prospettive della conservazione attraverso la prosecuzione dell'attività economica dell'impresa comparandole con l'alternativa della liquidazione della stessa.

Nel caso del risanamento il piano non è molto diverso dal *businessplan* dovendo tener conto della ristrutturazione, per come proposta, ed evidenziare le relazioni tra dimensione patrimoniale, economica e finanziaria della gestione aziendale non limitandosi, evidentemente, ad individuare le modalità di ristrutturazione dei debiti, ovvero di pagamento integrale o meno degli stessi, con i relativi tempi previsti ma, soprattutto, gli strumenti attraverso i quali si intende procedere alla ristrutturazione: ovvero nuova finanza, recupero di efficienza e redditività, operazioni di finanza straordinaria, cessione dei beni non strumentali.

L'attestazione, nel prendere in considerazione il piano, deve soffermarsi sulla duplice funzione di esso e, dunque, *interna*, al fine di valutare se fornisce gli strumenti gestionali per il risanamento, definendo ruoli, mansioni, responsabilità, interventi e, in particolare, gli obiettivi che la proponente si prefigge di raggiungere nel corso dell'attuazione del programma e, al tempo stesso, *esterna*, dovendo dimostrare ai terzi la sussistenza delle concrete ed effettive possibilità di risanamento²⁴.

E d'altronde, il concetto di *continuità aziendale* implica la capacità dell'impresa di essere in grado di mantenere e consolidare la propria attività nel tempo. Per tale ragione è opportuno che l'attestatore analizzi i fattori critici di insuccesso, nel contesto competitivo in cui opera l'impresa, attesa la necessità di verificare se lo strumento prescelto per la

²⁴ CANZIANI, *Illiquidità, insolvenza e operazioni di straordinaria gestione*, in AA.VV, *Economia e finanza aziendale*. Scritti in onore di EDUARDO ARDEMANI, Milano, 1997, p. 140, laddove nel delineare il percorso per la attenta valutazione delle crisi aziendali così si esprime “nei percorsi tipo delle crisi aziendali, l'impresa peggiora le proprie coordinazioni lucrative, poi perde l'equilibrio reddituale, quindi ricorre a sempre maggiori crediti di banca mentre riduce la capacità competitiva e il proprio potere negoziale, dunque danneggia e la situazione patrimoniale e, ulteriormente, la reddituale (anche per la maggiore incidenza degli oneri finanziari), infine – debba o meno “rientrare” – dà vita a flussi di cassa netti insufficienti anche per il solo equilibrio monetario della gestione tipica” con ciò volendo sottolineare l'Autore che nella predisposizione dei piani di risanamento mai il percorso può essere fondato su un recupero tendenziale stabile della capacità dell'azienda di produrre margini di profitti adeguati al ritorno allo sviluppo ed alla remunerazione dei fattori produttivi.

risoluzione della crisi sia il risultato di un'approfondita analisi, effettuata a livello di settore in relazione alle politiche aziendali.

E' richiesto, quindi, al professionista attestatore di valutare le cause dell'origine della crisi, in mancanza delle quali è difficile poter formulare un giudizio sulla capacità dell'impresa di riuscire a realizzare un piano funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, dovendosi distinguere, in ragione dell'origine della crisi, interventi strategici da quelli che possono avere un contenuto meramente operativo.

L'inadeguatezza del *management*, uno scarso controllo finanziario, o una gestione non adeguata della liquidità inducono a ritenere che la crisi dipenda, prevalentemente, da fattori interni all'azienda e, pertanto, l'assenza di una ricerca di adeguate soluzioni in passato non può far ritenere salvifiche quelle proposte, se non sulla base di un'attenta ed oggettiva determinazione.

Nella valutazione della fattibilità del piano si richiede, pertanto, che il professionista valuti la fondatezza delle ipotesi che ne sono alla base, ovvero quelle che il *management* ha ritenuto di porre a fondamento delle proprie convinzioni di risanamento nell'impresa in crisi, verificando anche se questa sia o meno reversibile²⁵.

La peculiarità del ruolo dell'attestatore e la rilevanza della posizione da questi coperta, in termini di affidabilità, giustifica il risvolto della responsabilità nei confronti dell'imprenditore, in favore del quale ha svolto l'attività professionale, di tipo evidentemente contrattuale (art.1218 cod. civ.), in ragione dello specifico rapporto instaurato²⁶.

²⁵ GARZONI, *La relazione del professionista attestatore nel concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di CAIAFA A.-SALVI, Pisa, 2016, p. 411, ove sottolinea essere indispensabile la verifica, da parte dell'attestatore, della presenza nel piano di un adeguato sviluppo articolato, dovendo questi attestare che le azioni ipotizzate consentono la realizzazione delle intenzioni strategiche; la descrizione degli investimenti ipotizzati; l'impatto organizzativo delle singole azioni e la loro portata, in termini di cambiamento, del modello di *business* di ridisegnazione organizzativa, di sviluppo commerciale e di miglioramento tecnologico e produttivo; le condizioni abilitanti e i vincoli alla realizzabilità delle azioni ipotizzate.

²⁶ FORTUNATO S., *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, in *Il fallimento*, 2009, 893; FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, Roma, 2014, p. 934.

L'attestatore è responsabile anche nei confronti dei terzi in ragione dell'affidamento che questi ripongono nell'attività da egli svolta, in considerazione della rilevanza del ruolo e della posizione assunta e riconosciutagli dal legislatore, e può riguardare sia i creditori anteriori che i successivi, dovendo questi mantenere e rispettare determinati *standard* di diligenza in relazione all'attività richiesta e svolta (art.1176 secondo comma cod. civ.)²⁷

VII. LO SCENARIO COMPARATIVO.

Il decreto, ai fini della valutazione della funzionalità “...*al miglior soddisfacimento dei creditori dell'esercizio dell'impresa in continuità aziendale, secondo le previsioni della proposta concordataria, rispetto all'alternativa liquidatoria concorsuale*”, ritenuti sussistenti i parametri dimensionali di indebitamento e del numero dei dipendenti occupati, per l'accesso alla procedura concorsuale alternativa della amministrazione straordinaria, ha affermato che quest'ultima avrebbe determinato, nella società proponente, la perdita della “...*qualità di soggetto in house*” e, per l'effetto, non avrebbe consentito l'attuazione degli scenari di prosecuzione del servizio pubblico essenziale, sì da essere l'unica opzione individuabile “...*nel subentro di un nuovo gestore che avrebbe dovuto acquistare il complesso aziendale*”²⁸.

Si precisa che, in siffatta ipotesi, il *contratto di servizio* in vigore non disciplinando il trasferimento dei beni strumentali né, peraltro, prevedendo un obbligo di acquisto, da parte del nuovo concessionario, non garantirebbe quel **soddisfacimento dei creditori** assicurato dalla continuità aziendale.

²⁷ Cass., 18 aprile 2011, n. 8863, che ha affermato che “*ai fini del giudizio di responsabilità nei confronti del professionista, rileva non già il conseguimento del risultato utile per il cliente, ma il modo come l'attività è stata svolta avuto riguardo, da un lato, al dovere primario del professionista di tutelare le ragioni del cliente e, dall'altro, al parametro della diligenza fissato dall'art.1176 comma secondo cod. civ., che è quello della diligenza del professionista di media attenzione preparazione*”; CARAVITA, *Nuovo concordato preventivo: la responsabilità dell'attestatore*, in *Supplemento altalex quotidiano*, 2013, p. 14.

²⁸ Tribunale Catania, 27 giugno 2018, che dichiarata l'inammissibilità della proposta concordataria con decreto ha pronunciato lo stato di insolvenza, ai sensi dell'art.3 del d.lgs. n.270/1999 in applicazione dell'art.14, comma primo, e art.2 lett.n) che ha previsto che le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche consente di ritenere non escluse dall'applicazione della normativa sulla crisi di impresa le società in house, ciò in quanto l'espressione utilizzata “*società a partecipazione pubblica*”, cui fa riferimento la normativa, deve ritenersi *inclusiva* anche della *species* della società in house, con tutte le sue peculiarità.

E' risultata condivisa la illustrazione operata, al riguardo, dalla società proponente con riferimento, partitamente al *“perimetro e durata del contratto di servizio”*; al *“criterio della redditività negativa biennale”* (art.63, primo comma, d.lgs. n.270/2009), con riferimento all'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali, in relazione alla *“necessaria dotazione di risorse finanziarie in prededuzione per la prosecuzione degli approvvigionamenti e delle manutenzioni nel corso della procedura”*, tenuto conto anche dei tempi *“per lo svolgimento della gara per l'affidamento del servizio”*, sì da poter ragionevolmente ritenere la vendita dell'azienda, i flussi finanziari derivanti dalla prosecuzione dell'attività prima del subentro del cessionario, l'incasso dei crediti pregressi e la vendita dei beni non strumentali, le disponibilità liquide iniziali, i vantaggi derivanti dall'esperimento delle azioni revocatorie nei confronti di alcuni intermediari bancari, tali da consentire uno scrutinio comparativo alternativo e pervenire, per l'effetto, alla conclusione di essere la procedura concordataria in grado di realizzare il miglior soddisfacimento dei creditori.

Risulta, sulla base di tali argomentazioni, escluso e ritenuto, in concreto, non attuabile *“alcuno degli scenari di prosecuzione del servizio di T.P.L. (affidamento in house né aggiudicazione del servizio ad ATAC né gara c.d. a doppio oggetto per l'acquisto della partecipazione nella società a cui verrebbe contestualmente affidato il servizio)”* mostrando, così, di condividere le conclusioni dell'attestatore, attraverso il descritto *iter* argomentativo, tuttavia estremamente sintetico, con ciò volendo, dunque, affermare che la continuità aziendale sarebbe possibile solo attraverso la procedura concordataria e non già quella liquidatoria, propria della amministrazione straordinaria, che, tuttavia, anch'essa prevede, in alternativa, la possibilità che l'impresa possa realizzare la ristrutturazione economica e finanziaria, sulla base di un programma di risanamento, di durata non superiore a due anni, ovvero tramite la cessione del complesso aziendale, in tal caso, in esecuzione di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, di durata non superiore ad un anno [art.27, rispettivamente, lettere a) e b), del d.lgs. n.270/1999].

E' evidente, dunque, il richiamo implicito all'art.80, comma cinque, lett.b), del codice degli appalti e delle concessioni, regolato dalla legge 28 gennaio 2016 n.11, che ha previsto la esclusione dalla partecipazione alla gara di quegli operatori economici che si trovino in stato di *fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo*, salvo che non sia stata formulata una proposta in continuità aziendale, regolata dall'art.186 *bis* l.f.

Va però a tal riguardo considerato che l'*esercizio provvisorio* non era contemplato dal d.lgs. n.163/2006, sicchè prima della intervenuta modifica, ragionevolmente, si riteneva impossibile per il curatore del fallimento, ancorchè la continuazione dell'attività fosse in grado di produrre benefici per la massa dei creditori concorrenti, di poter, seppur con l'autorizzazione del giudice delegato, partecipare alle procedure di affidamento di concessioni ed appalti di lavoro, forniture e servizi, o essere affidatario di un subappalto e, ancora, di poter dare esecuzione ai contratti già stipulati dall'impresa, poi dichiarata insolvente, seppur l'art.81 l.f. non lo esclude.

E difatti, il fallimento non è necessariamente incentrato sulla liquidazione dell'attivo, per la distribuzione ai creditori, avendo il legislatore inteso ridisegnare un modello di procedura concorsuale che persegue altri obiettivi, come risulta evidente da alcune disposizioni presenti nella legge di riforma delle procedure concorsuali che ha previsto e regolato l'istituto non solo dell'*esercizio provvisorio*, in modo diverso dal precedente modello, ma anche l'*affitto* e regolamentato la *vendita dell'azienda*, attraverso procedure competitive imposte, che tengano conto, tuttavia, non solo del risultato economico ma anche, nel caso dell'affitto, del piano industriale e del mantenimento dei livelli occupazionali, ciò in modo, sostanzialmente, non difforme da quanto è previsto per la amministrazione straordinaria nella quale è consentita la prosecuzione dei contratti in corso, anche quando conclusi con la Pubblica Amministrazione²⁹.

Lo stesso art.57, paragrafo 4, lett.b) della direttiva comunitaria 26 febbraio 2014, n.24 stabilisce, d'altronde, che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere dalla

²⁹ Consiglio di Stato, 17 novembre 2006, n. 6727; Consiglio di Stato, 6 agosto 2001, n. 4241.

partecipazione alle procedure di appalto un operatore economico qualora questi è *“in stato di fallimento o è soggetto ad una procedura di insolvenza o di liquidazione, se è in stato di amministrazione controllata, se ha stipulato un concordato preventivo con i creditori, se ha cessato le sue attività o si trova in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile ai sensi di legge regolamenti nazionali”*, ma, al tempo stesso, precisa che gli Stati membri possono prevedere la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non escluda un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni descritte dalla richiamata norma, quante volte si ritenga che questi sia in grado di dare esecuzione al contratto tenendo conto delle norme nazionali applicabili volte a garantire la prosecuzione dell'attività.

Non vi è dubbio, dunque, che nel caso dell'amministrazione straordinaria non può essere esclusa la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, forniture e servizi qualora l'impresa sia in possesso delle necessarie attestazioni ed è stata autorizzata la continuazione temporanea dell'attività, sol che si consideri che l'art.110 della legge n.11/2016, richiamato dall'art.80 comma quinto lett.b), della stessa legge, consente di ritenere che il commissario straordinario, così come il curatore nel caso del fallimento. ove sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio, possa partecipare a procedure di affidamento di concessioni ed appalti, così come proseguire nell'esecuzione dei contratti già stipulati³⁰.

Ed allora, la relazione del professionista, nel caso di proposta concordataria in continuità aziendale, deve attestare la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto in essere a tutela delle ragioni del ceto creditorio; ne consegue che, sotto il profilo comparativo, le considerazioni svolte e ricostruite in estrema sintesi nel decreto in commento non appaiono, invero, essere condivisibili anche in ragione della disciplina che tende ad assicurare la tutela del reddito al personale in organico perfettamente oggi

³⁰ FAUCEGLIA, *Disciplina concorsuale e art.110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir.fall.*, 2017, p. 476, ove sottolinea che dalle direttive comunitarie e, in particolare, dall'art.72, comma quarto, lett.d) e comma cinque della Direttiva n. 24 del 2014, emerge una preferenza nel diritto eurocomunitario in ragione della quale, invero, si è inteso escludere ogni automatismo nello scioglimento dei contratti ed *“...assicurare la conservazione delle capacità produttive, dando luogo ad un approccio non meramente liquidatorio al fenomeno dell'insolvenza”*.

omologa, all'esito dell'abrogazione intervenuta dell'art.3 della legge n.223 del 1991, per la procedura fallimentare e concordataria laddove, al contrario, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con circolare del 28 novembre 2017 n.20, ha precisato non avere il d.lgs. n.148 del 2015, recante "*disposizioni e riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costante dei rapporti di lavoro in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n.183*", modificato né integrato la disciplina in materia di trattamento integrativo straordinario, in favore dei lavoratori dipendenti dalle aziende assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria, con autorizzazione all'esercizio dell'impresa, avendo previsto, espressamente, l'art.20, comma otto, il permanere della vigenza dell'art.7, comma dieci *ter* della legge 19 luglio 1993, n.236, in ragione di una interpretazione della disposizione normativa, per quel che attiene la decorrenza, ai fini dell'applicazione, del trattamento integrativo dalla data della dichiarazione di insolvenza, quante volte, successivamente al primo periodo, faccia seguito, senza soluzione di continuità, l'apertura della procedura fallimentare per inesistenza dei relativi presupposti mentre, al tempo stesso, riconosce all'impresa, espletato l'esame congiunto, in sede istituzionale, di presentare l'istanza corredata dal decreto del MISE, al fine di ottenere il riconoscimento del trattamento per un periodo iniziale di dodici mesi, che può essere poi prorogato quante volte venga rilasciata l'autorizzazione all'esecuzione del programma presentato.

Altra particolarità è rappresentata, nel caso della procedura di amministrazione straordinaria, dalla circostanza che i servizi ispettivi sono esonerati dallo svolgimento delle verifiche, di cui all'art.25 del d.lgs. n.148 del 2015, proprio in quanto le disposizioni da questo previste non trovano applicazione relativamente alle imprese in amministrazione straordinaria, per le quali il controllo dei programmi è svolto esclusivamente dal Ministero dello Sviluppo Economico³¹.

In ragione del numero dei dipendenti - oltre dodici mila - mentre la proponente sarà tenuta a sostenere il costo previsto per il riconoscimento del trattamento integrativo per

³¹ CAIAFA A., *Jobs Act e procedure concorsuali*, Roma, 2018, p. 683.

crisi, nel caso dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria sarebbe stato agevole prevedere, nei confronti del personale eccedentario, possibile l'applicazione, in via analogica, della disciplina prevista dalla normativa già varata per l'Ilva (legge 27 febbraio 2017, n.18), essendo stato da essa stabilito che per il termine di durata del programma il trattamento di integrazione salariale si intende esteso fino alla scadenza del termine ultimo per l'attuazione del piano approvato.

Nel caso dell'amministrazione straordinaria, dunque, quante volte sia possibile la prosecuzione dell'attività, attesa la finalità della procedura, che si sostanzia nella conservazione, in tutto o in parte, dell'azienda e, in pratica, tende a tutelare il personale occupato, non sussistono quelle incertezze, al contrario, rappresentate dal tribunale nel decreto nella parte in cui ha scrutinato lo *scenario comparativo*.

Non può ignorarsi, d'altronde, che il ***fine istituzionale dell'impresa*** è rappresentato dalla realizzazione della ricchezza mediante svolgimento della relativa attività, e l'obiettivo che essa persegue si identifica nella necessità che il valore complessivo finale sia superiore a quello dei fattori produttivi impiegati e tale, pertanto, da consentire la realizzazione di un ***marginе economico***, inteso come differenza positiva tra i ricavi derivanti dalle vendite ed i costi, perché la gestione possa dirsi in equilibrio, sì da assicurare le sue prospettive di continuità e di funzionamento, identificandosi esso con le condizioni necessarie in grado di garantirle, nel tempo, ***stabilità***, per quel che concerne i risultati economici perseguibili, e ***continuità*** nelle relazioni di scambio.

Nei momenti di crisi si ha, difatti, una alterazione che potrà incidere, alternativamente, sulla situazione finanziaria o patrimoniale, tuttavia, ancora recuperabile in tempi brevi attraverso forme, più o meno complesse, di ***ristrutturazione*** o di ***consolidamento del debito***, tali che possano ancora consentire all'impresa di rimanere, quindi, sul mercato.

La soluzione dipende dallo stadio della crisi nel momento in cui questa viene affrontata, sicché la tempestiva individuazione, sin dal manifestarsi dei primi sintomi, attraverso la ricerca di opportuni indicatori e la costante verifica dell'andamento di questi, può

consentire la pronta adozione di interventi opportuni per la immediata eliminazione delle cause che hanno determinato la crisi, mediante lo scrutinio delle decisioni prese in passato e la ricerca di quelle, eventualmente, risultate errate.

Non possono, inoltre, essere ignorati gli assetti strutturali specifici, nonché le politiche di gestione e, ancora, le decisioni operative, potendo la crisi dipendere ed essere influenzata dalla stessa qualità dei servizi offerti, dall'immagine aziendale, dalla struttura organizzativa, dalla efficacia dei sistemi di programmazione e controllo e dal mutato livello tecnico.

I fatti ora evidenziati possono essere conseguenza di ***carenze manageriali ed organizzative***³² e comportare squilibri patrimoniali e finanziari che hanno costituito il primo indice rilevatore della crisi.

L'individuazione, l'analisi descrittiva e la misurazione dei vari fattori di crisi appare premessa non solo utile, ma decisamente necessaria, per la ricerca dei programmi di intervento e di risanamento o, in via alternativa, per stabilire l'inutilità di ogni tentativo di recupero di efficienza quando, in pratica, il futuro dell'impresa appare essere, definitivamente, compromesso³³.

Non sembra che lo scenario di cui si dà atto nel decreto e le soluzioni rappresentate siano tali da lasciar ritenere possibile il raggiungimento degli attesi risultati³⁴.

³² CODA, *Crisi di impresa e comportamento direzionale*, p. 8, in AA. VV., *Crisi di impresa e sistemi di direzione*, Milano, 1977; GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, p. 39

³³ ONIDA, *La logica ed il sistema delle rilevazioni quantitative di azienda*, 1970, p. 106; BISACCHI, *Delle crisi di impresa e delle procedure fallimentari*, in *Riv.dot.comm.*, 1995, p. 305; GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1987, p. 12, per il quale la crisi finanziaria rappresenta più che la causa l'effetto dell'eventuale dissesto; BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni novanta*, Milano, 1996, p. 13, che identifica le cause della crisi, alternativamente, negli errori strategici del gruppo di comando, nell'eccessivo indebitamento, nella situazione di mercato, o, ancora, nella crescita eccessiva.

³⁴ GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, cit. 54, ove vengono analizzate le diverse strategie di intervento volte al risanamento, realizzabile attraverso la ristrutturazione, la conversione, il ridimensionamento e la riorganizzazione.