



# NEWSLETTER

22/10/2024

## N.0

### Editoriale

Con questo numero "zero" si inaugura la nostra nuova newsletter attraverso la quale potremo diffondere le principali attività di A.S.G.E. -Associazione studi giuridico economici, ma anche leggere gli articoli che verranno pubblicati a beneficio dei soci nelle materie care ai professionisti del diritto e dell'economia. Verranno ospitati i contributi di chi di noi vorrà condividere spunti di riflessione su alcune novità normative o commenti ed analisi ad argomenti che verranno considerati utili e che saranno sin d'ora molto graditi, ma anche editoriali e commenti di alcune firme eccellenti relativi al panorama giuridico-economico. Lo scambio di esperienze e l'interazione tra i professionisti di diversi settori delle materie a noi funzionali rappresentano, infatti, uno degli scopi della nostra Associazione, che è volta ad integrare punti di vista che provengono da angolature diverse e che facilitano i percorsi che ciascuno di noi ha intrapreso nell'esercizio della propria Professione. Chi volesse pertanto rendersi parte attiva può scrivere alla mail [asge@asge.it](mailto:asge@asge.it) contribuendo così a fare crescere la nostra newsletter. Oggi pubblichiamo due preziosi contributi. Il primo in materia di diritto della crisi d'impresa che è stato curato dall'avv. Mauro Contin e relativo al concordato preventivo ed in particolare al pagamento dei crediti strategici e l'altro da parte dell'avv. Carlo Alberto Perina in materia di concordato preventivo biennale (fiscale), il cui termine per eventualmente aderire sarà quello del 31 ottobre 2024.

Il Consiglio Direttivo di A.S.G.E.

avv. Andrea Bertuzzo avv. Corinto Bertuzzo avv. Andrea Bortolotto avv. Mauro Contin avv. Matteo De Meo avv. Nuccia Figatti avv. Gherardo Ghirini avv. Bertilla Lain avv. Roberto Rigoni



## CONCORDATO PREVENTIVO: PAGAMENTO DEI CREDITI STRATEGICI TRA VECCHIA E NUOVA DISCIPLINA

di Mauro Contin

### **SOMMARIO:**

1. Differenze testuali: il miglior soddisfacimento dei creditori. 2. Il tempo di presentazione della domanda ed il confronto con i crediti predefinitivi; 3. Essenzialità della prestazione e rapporti pendenti; 4. Il procedimento autorizzativo e la sua inosservanza; 5. La misura della soddisfazione; 7. Le eccezioni contemplate dall'art. 100 CCII: a. il pagamento dei debiti pregressi dei lavoratori 7. Il pagamento del mutuo su beni strumentali

### **1. Differenze testuali: il migliore soddisfacimento dei creditori.**

Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza all'art 100 disciplina il pagamento dei crediti sorti anteriormente all'ingresso in procedura concordataria, introducendo una deroga alla par condicio creditorum giustificata dall'esigenza di assicurare la continuità aziendale.

L'art. 100 CCII ripete, con alcune specificazioni e modifiche, il previgente art. 182 quinquies, quinto e sesto comma, L.F., prevedendo che i crediti anteriori, per prestazioni di beni e servizi, possano essere onorati solo se si persegue "la migliore soddisfazione dei creditori" e sempre che tale presupposto venga attestato da un professionista indipendente nell'ambito di un piano concordatario in continuità aziendale, risultando implicitamente escluso che si possa giustificare il pagamento di un credito anteriore nell'ambito di un concordato liquidatorio, posto che è proprio l'art. 100 CCII a giustificare il pagamento in funzione della prosecuzione dell'attività di impresa.

In tal senso, si potrà far riferimento anche alla "continuità" di un solo ramo aziendale, pertanto potrà essere autorizzato un pagamento funzionale ad una prospettiva di continuità aziendale anche solo parziale, in ragione della migliore attuazione della proposta qualora si preveda anche la cessione di un solo ramo aziendale<sup>1</sup>

Occorre considerare che nella previgente disciplina il criterio della "migliore soddisfazione dei creditori" costituiva il discrimen utilizzato dal Legislatore per valutare la preferenza della proposta di concordato in continuità rispetto all'alternativa fallimentare, tant'è che l'art. 186 bis, secondo comma, L.F., stabiliva che un professionista dovesse attestare la sussistenza di tale presupposto, e così, allo stesso modo ed applicando lo stesso parametro valutativo, un credito sorto anteriormente all'ingresso in procedura si sarebbe potuto onorare, ai sensi del previgente art. 182, quinquies, quinto comma, L.F., solo se un professionista attestatore avesse dichiarato che il pagamento si giustificava per garantire il migliore soddisfacimento dei creditori, sussistendo quindi piena identità letterale ed omogeneità di fini tra il presupposto fondante la proposta concordataria in continuità aziendale ed il pagamento di un credito in deroga alla par condicio creditorum.

<sup>1</sup> Tribunale Bergamo, 18 marzo 2019, in [www.ilFallimentarista.it](http://www.ilFallimentarista.it), 24 luglio 2019, nella vigenza dell'art. 182-quinquies, L. Fall.



Si evidenzia così un primo disallineamento rispetto al passato, posto che l'art. 87, terzo comma, CCII, nel disciplinare il contenuto della relazione dell'attestatore che accompagna il piano concordatario, si limita ora a pretendere che quest'ultimo dichiari che il piano concordatario in continuità aziendale riconosca a ciascun creditore un trattamento "non deteriore" rispetto all'alternativa liquidatoria (e non un migliore soddisfacimento dei creditori), mentre l'art. 100 CCII consente il pagamento di crediti pregressi solo se l'attestatore dichiara (come in passato) che con tale pagamento si perseguirà il migliore soddisfacimento dei creditori (e, quindi, non solo un trattamento non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria giudiziale).

La differenza non parrebbe attribuibile ad un difetto di armonizzazione tra i vari articoli del Codice della Crisi, piuttosto ed in conformità al testo dell'art. 100 CCII, l'attestatore viene tutt'oggi chiamato ad operare una valutazione prognostica più stringente, dovendo utilizzare un parametro valutativo più rigido rispetto al giudizio che dovrà formulare in ordine all'intero piano concordatario, in tal modo il requisito del "miglior soddisfacimento dei creditori" permane all'intero del CCII quale criterio di attestazione da utilizzarsi per giustificare il pagamento di crediti anteriori all'ingresso in procedura.

## **2. Il tempo di presentazione della domanda ed il confronto con i crediti prededuttivi**

Il CCII supera le passate incertezze in ordine alla possibilità di ottenere, sin dalla fase prenotativa della domanda concordataria, l'autorizzazione al pagamento di un credito anteriore all'entrata in procedura.

L'art. 100 CCII, infatti, richiama espressamente l'art. 44, che disciplina la presentazione della domanda con riserva di produzione dei documenti: in passato alcuni Tribunali avevano sostenuto che nel concordato "in continuità aziendale" non si potesse autorizzare il pagamento di un credito pregresso sin dalla fase "prenotativa" (concordato in bianco) poiché il debitore non risultava ancora in grado di fornire piena evidenza del piano di risanamento dell'impresa e di come avrebbe gestito la continuità aziendale.<sup>2</sup>

L'art. 46 CCII prevedendo che l'imprenditore conservi la gestione ordinaria dell'impresa, stabilisce che gli atti di straordinaria amministrazione vadano preventivamente autorizzati dal tribunale, in difetto l'atto compiuto risulterà inefficace (e quindi nullo) con revoca del decreto di ammissione alla procedura e possibile apertura della liquidazione giudiziale su "ricorso di uno dei soggetti legittimati" (art. 49, secondo comma, CCII che a propria volta richiama l'art. 44, secondo comma, CCII).

Va rimarcato come l'art. 46 CCII, nel definire il contenuto dell'istanza formulata dal debitore per il compimento di un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, preveda che tale richiesta debba contenere "idonee informazioni" sul contenuto del piano e che il Tribunale potrà acquisire informazioni da terzi nonché il parere del CG se nominato".

*2 Tribunale di Milano, verbale riassuntivo del 18.12.2012 "i pagamenti di crediti anteriori vanno autorizzati solo nel ricorso delle condizioni di legge strettamente intese, e solo quando siano presentati i piani definitivi, non solo perché non si comprende come l'esperto possa attestare la funzionalità senza aver visionato un piano definitivo, ma anche perché lo stesso concetto di concordato in continuità presuppone che il piano sia già definitivo e abbia le caratteristiche richieste dall'art. 186-bis, compreso il corredo dell'attestazione specifica sulla possibilità/funzionalità della continuazione", in [www.unijuris.it](http://www.unijuris.it);*



Pur consapevoli dei contrasti insorti sulla riconducibilità dei pagamenti di crediti anteriori agli atti di straordinaria amministrazione<sup>1</sup>, si ritiene, in coerenza con la giurisprudenza già formatasi<sup>2</sup>, che nell'ipotesi di pagamento di crediti anteriori, il debitore debba operare una disclosure sul piano di risanamento, quantomeno nelle linee essenziali e sin dalla fase prenotativa, e ciò nell'intento di verificare se il pagamento (e, nella maggioranza dei casi, la conseguente non interruzione delle prestazioni di rapporti continuativi) si riveli realmente essenziale per la continuazione dell'attività di impresa e funzionale a garantire (per l'appunto) il miglior soddisfacimento dei creditori. La conclusione appare viepiù avvalorata dal fatto che l'attestatore, dovendosi esprimersi sul migliore soddisfacimento dei creditori, necessariamente dovrà tratteggiare le linee principali del piano concordatario operando una necessaria comparazione con l'alternativa liquidatoria, idonea a giustificare il pagamento.

In senso opposto, si segnala un recente precedente giurisprudenziale formatosi nella vigenza del CCII che, pur esprimendosi sul pagamento di retribuzioni (cfr infra), ritiene non necessario che l'istante anticipi le linee guida del piano concordatario posto che l'art. 100 CCII non richiama l'art. 46, vertendosi in ipotesi di mera richiesta di un termine per la formulazione del piano concordatario<sup>5</sup>.

Assume, in ogni caso, fondamentale rilievo verificare il momento dell'insorgenza del credito posto che solo qualora si tratti di credito insorto antecedentemente all'ingresso in procedura lo si potrà considerare "credito di massa", con tutti gli effetti che ne derivano ai fini del pagamento, della sua rilevanza per la continuità aziendale ed in ultima analisi per l'attivazione della procedura prevista dall'art. 100 CCII.

*3 Cass. Civ. sez. I, 19 febbraio 2016, n. 3324, che propende nel trattare i pagamenti di crediti anteriori alla stregua di atti di straordinaria amministrazione, aspramente criticata sul punto da LAMANNA "I pagamenti non autorizzati non comportano la revoca automatica del concordato" nel Fallimentarista, ora JUS Crisi di Impresa Giuffrè*

*4 Trib. Roma sez. fallimentare, 21 dicembre 2012, Trib. Rovigo, 6 marzo 2014 in ilcaso.it; Trib. Monza, 16 gennaio 2013; Trib. Catanzaro, 23 gennaio 2013, entrambe in ilFallimentarista.it; Trib. Vercelli, 20 settembre 2013, in ilcaso.it; recentemente, in ipotesi di continuità limitata nel tempo dell'attività di impresa, Tribunale Bergamo, 18 marzo 2019, in [www.ilFallimentarista.it](http://www.ilFallimentarista.it), 24 luglio 2019*

*5 Tribunale Ordinario di Milano, Sez. II civ., 09 marzo 2023 (data della pronuncia) – Pres. Luisa Vasile, Rel. Rosa Grippo, Giud. Vincenza Agnese: "Ai sensi del primo comma dell'art. 100, CCII, può trovare accoglimento la richiesta del debitore, che abbia presentato domanda di concordato preventivo ex art. 44 CCII con riserva di presentazione della proposta e del piano, di autorizzazione da parte del tribunale (assunte sommarie informazioni e se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, quando è prevista appunto la continuazione di detta attività) al pagamento ai lavoratori in forza della impresa della "mensilità in corso" al momento della presentazione del ricorso per l'accesso alla procedura, viepiù in quanto la terza parte di detto primo comma prevede che il tribunale possa autorizzare, alle medesime condizioni, anche il pagamento delle retribuzioni dovute "per le mensilità" antecedenti il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione. Merita al riguardo di essere segnalato che l'art. 100, diversamente dall'art. 46, comma 2, CCII, in tema di autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione per il periodo anteriore all'apertura di una procedura di quel tipo non esige che la domanda di autorizzazione contenga anche idonee informazioni sul contenuto del piano, laddove sia stata presentata una semplice domanda di concessione del termine"*



E noto che il tempo dell'insorgenza del credito, nella previgente legge fallimentare, costituisca un presupposto, unitamente alla funzione teleologica ed all'utilità del pagamento per i creditori, per qualificare come prededuttiva la pretesa creditoria ai sensi dell'art. 111, secondo comma, L.F.6.

Orbene, il CCII ha inciso sulle prededuzioni almeno in due modi:

a. impedendo il riconoscimento della prededuzione ai crediti insorti anteriormente all'ingresso in procedura, in tal modo eliminando l'applicazione del criterio temporale operante nella vigenza dell'art. 111 L.F. che, all'accertamento di determinate condizioni, consentiva il riconoscimento della prededuzione anche ai crediti sorti anteriormente all'ingresso in procedura [rimane a tutt'oggi confermata l'eccezione fissata -in percentuale- per i crediti professionali di cui alle lett. b) c) dell'art. 6 CCII];

b. riconoscendo la natura sostanziale, e non solo processuale, dei crediti prededuttivi insorti per la gestione del patrimonio e la continuazione dell'attività, tant'è vero che la prededucibilità permane espressamente anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali (cfr art. 6, secondo comma, CCII) e grava indifferentemente sulla massa mobiliare ed immobiliare, tanto da ipotizzare (a ragione) l'insorgenza di crediti superprivilegiati<sup>7</sup>.

In coerenza con tale approccio volto a limitare il più possibile l'allargamento della schiera dei creditori prededuttivi, fenomeno che in molti casi assorbe la maggior parte dell'attivo residuando ben poco ai restanti (e pre-esistenti) creditori, il CCII ha pure abolito il riconoscimento della prededuzione ai crediti derivanti dall'esecuzione di contratti ad esecuzione continuata o periodica, attenzione che, pur nell'ambito del solo fallimento, veniva riservata ai servizi già erogati ed alle consegne avvenute prima del fallimento ex art 74 L.F., mentre ora l'art. 179 CCII esclude espressamente che debbano essere onorate le prestazioni sorte prima od a cavallo della liquidazione giudiziale, limitandosi a riconoscere in prededuzione le sole prestazioni rese dopo l'ingresso in procedura, a condizione che il Curatore sia subentrato nel contratto.

*6 Le SS.UU. della Cassazione (Cass. SS.UU 31.12.2021, 42093), in tema di credito professionale hanno enucleato tra gli altri il seguente principio di diritto: "il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art.161 l.f., sia stata funzionale, ai sensi dell'art.111 co.2 l.f., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'art.163 l.f., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatorie" nello stesso senso, Cassazione civile sez. I, 07/06/2022, (ud. 03/06/2022, dep. 07/06/2022), n.18345*

*7 MASSIMO FABIANI, "La prededuzione nel Codice della crisi di Impresa e dell'Insolvenza", in Diritto della Crisi, 27 Aprile 2023*



Ne consegue, in estrema sintesi e senza ambizioni di completezza, che l'art. 6, lett. d) CCII nel definire i limiti della prededuzione, la riconosce ai soli crediti insorti legalmente durante la procedura escludendo, secondo l'astratta previsione normativa, i crediti sorti anteriormente all'ingresso in procedura che non potrebbero mai ambire a tale qualifica nell'ambito di una procedura di concordato [ad eccezione dei crediti professionali di cui alla lett. c) dell'art. 6] risultando indifferente che il rapporto risulti ad esecuzione continuativa o periodica.

A ben vedere, l'autorizzazione ex art. 100 CCII finisce ex facto per integrare la nuova disciplina delle prededuzioni, attribuendo ai crediti strategici, ancorchè sorti prima dell'ingresso in procedura, un effetto prededuttivo, inteso nella primigenia accezione di prelievo anticipato dell'attivo<sup>1</sup>, si aggiunga, inoltre, che nei rapporti di durata il riconoscimento giudiziale dell'essenzialità delle prestazioni maturate antecedentemente all'ingresso in procedura confermerebbe il carattere prededuttivo delle prestazioni successive, sorte in corso di esecuzione del contratto, e così per tutto il tempo in cui il rapporto verrà ritenuto essenziale ai fini della gestione (e non solo conservazione) del patrimonio e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa.

### **3. Essenzialità della prestazione e rapporti pendenti**

Il Legislatore del CCII, sempre con riferimento ai rapporti di durata che preesistono rispetto all'ingresso in procedura e con riguardo all'essenzialità delle prestazioni si esprime in due disposizioni: a. all'art. 94 bis, secondo comma, CCII, che disciplina l'adozione delle misure protettive chiedibili durante la procedura di concordato in continuità aziendale, definendo quali siano i contratti essenziali ovvero quelli "necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore"; b. nell'art. 100 CCII, ipotesi già presente nel previgente art. 182, quinquies, quinto comma, L.F., ove si prevede che il Tribunale possa autorizzare, senza il parere dell'attestatore, il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione<sup>1</sup> purchè nei limiti degli apporti di finanza esterna pervenuta "al" debitore senza obbligo di restituzione, o postergati rispetto ai crediti concorsuali (cfr *amplius infra*).

*8 MASSIMO FABIANI, ibidem, e richiami ivi indicati "Certo è che la letteratura e la giurisprudenza hanno sempre continuato a ripetere che la prededuzione è una sorta di prelievo nel processo, una antergazione derivante dai costi del processo di attuazione della garanzia patrimoniale. Si sopravvalutava l'idioma "prededuzione" (come accennato privo di derivazione normativa e desunto dal gergo della prassi) e ad esso si riconnetteva il fatto che evocasse l'idea del prelievo che veniva prima degli altri (...)"*

*9 Luca Jeantet, Leonarda Martino: "L'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori nel concordato preventivo nella nuova formulazione del CCII" ne Il Fallimentarista ora JUS, 11 Aprile 2023*

*10 La disposizione si limita in via esclusiva alle sole retribuzioni, la deroga non varrebbe per il TFR, in tal senso Trib. Firenze 9 Gennaio 2014, Fall, 14, 479 e Trib. Padova, 9 Maggio 2013)*



L'art. 100 CCII, come già detto, pretende che il Tribunale autorizzi il pagamento se un professionista indipendente attesti che le prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare il migliore soddisfacimento dei creditori.

L'essenzialità della prestazione non andrà ovviamente giudicata in astratto ma calata nella gestione "corrente" dell'impresa, mentre il miglior soddisfacimento dei creditori presuppone (per quanto già detto) un giudizio prognostico sugli esiti finali della continuità, in tal modo non ci si discosta dai preesistenti criteri di utilità e teleologicità elaborati dalla giurisprudenza nell'applicazione dell'art. 111 L.F. già operanti per qualificare prededucibili i crediti sorti anteriormente all'ingresso in procedura.

I due criteri in parola ("essenzialità" e "migliore soddisfacimento") risultano collegati dalla congiunzione "e" a dimostrazione che debbano sussistere congiuntamente risultando di paritaria importanza ai fini dell'autorizzazione che potrà concedere il Tribunale.

A ben vedere, tuttavia, nell'applicazione giurisprudenziale si ritiene che il miglior soddisfacimento (finale) dei creditori possa considerarsi requisito prevalente e sinanco da solo sufficiente ai fini dell'autorizzazione del Tribunale, tanto da autorizzare pagamenti non immediatamente correlati a specifiche prestazioni essenziali per la continuità, che tuttavia si giustificano per ragioni di "grande opportunità del pagamento, in sé stesso decisivo non per la prosecuzione dell'attività bensì per l'ottimizzazione dei fattori di produzione"<sup>1</sup>, con l'effetto che si sono autorizzati pagamenti fiscali di creditori anteriori non correlati all'essenzialità di specifiche prestazioni contrattuali, bensì al solo effetto di conseguire benefici finanziari (ad esempio, per evitare il maturare di penali o sanzioni oppure per accedere a normative agevolative)<sup>2</sup>.

Quanto all'essenzialità della prestazione, non ci si potrà richiamare tout court al criterio dell'infungibilità, manifestamente eccessivo e penalizzante se ragguagliato al vero obiettivo che si pone la disposizione in parola, piuttosto si dovrà considerare essenziale la prestazione se i tempi di sostituzione interrompono o rendono meno efficiente la continuità corrente dell'impresa, in via esemplificativa pregiudicando i risultati di produzione o commerciali già programmati, l'esecuzione di forniture, la gestione ed il flusso di dati informativi tra i diversi reparti/aree aziendali, l'acquisizione di ordini, etc.

Pertanto, ai fini dell'essenzialità della prestazione andrà considerata la non immediata sostituibilità del fornitore con altri operatori sul mercato, oppure la difficoltà di reperimento di un fornitore alle medesime condizioni contrattuali, assumendo quale criterio discriminante dell'autorizzazione l'operatività aziendale e la convenienza per i creditori<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> FABRIZIO DI MARZIO, *DIRITTO DELL'INSOLVENZA*, Milano, 2023, pag. 506

<sup>12</sup> Tribunale di Ravenna, 28 Luglio 2017. Est. Farolfi.

<sup>13</sup> *Ibidem* Luca Jeantet, Leonarda Martino



Non si ritiene, invece, condivisibile l'orientamento secondo cui il piano concordatario risulterebbe inattuabile per il sol fatto che venga negata l'autorizzazione al pagamento di una prestazione qualificata essenziale, il tutto secondo un determinismo meccanicistico che risponde al seguente entitima: se la prestazione è essenziale al piano concordatario, la mancata autorizzazione al pagamento della stessa determina l'inattuabilità del piano. Proprio muovendo dalla precitata definizione di "essenzialità", il diniego del Tribunale non necessariamente renderebbe in-fattibile la proposta concordataria, ben potendo il debitore adottare contromisure idonee a modificare il piano oppure a rinvenire soluzioni (interne o sul mercato) anche se con costi maggiori ed in tempi più lunghi.

#### **4 Il procedimento autorizzativo e la sua inosservanza**

L'art. 100 CCII subordina l'esecuzione del pagamento del creditore strategico all'autorizzazione del Tribunale, assunte sommarie informazioni e (come già riferito) sulla scorta di un'attestazione che concluda nel senso di ritenere il pagamento funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori.

Ci si interroga se l'intervenuto pagamento, in assenza di preventiva autorizzazione del Tribunale e di attestazione, possa costituire motivo di revoca della domanda di concordato ai sensi dell'art. 106, secondo comma, CCII (già art. 173, terzo comma, L.F.).

La Giurisprudenza di Cassazione, nella vigenza della legge fallimentare, aveva da tempo chiarito, con plurime pronunce succedutesi dal 2016<sup>14</sup>, che il pagamento non autorizzato, di per se solo, non costituisce motivo di revoca del concordato, né potrà -sic et simpliciter- ricondursi alle ipotesi di atti frodati previste dall'art. 173 L.F. ritenuto che:

a. il concetto di frode, all'epoca declinato dall'art. 173 L.F. ed ora dall'art. 106, secondo comma CCII, presuppone l'accertamento del disvalore oggettivo dell'atto, non risultando più previsto, né sindacabile dal Tribunale, il principio di meritevolezza con l'effetto che l'atto -ancorchè non autorizzato- potrà qualificarsi di per sé meritorio se ragguagliato all'interesse dei creditori che si intendeva perseguire attuando il piano concordatario;

b. il potere autorizzativo del Tribunale, già esercitabile ai sensi dell'art. 167, secondo comma, L.F., si riferiva ai soli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e doveva comunque coniugarsi con l'esercizio dell'impresa in continuità aziendale, attività che rimane ad appannaggio dell'imprenditore;

c. il giudizio sulla convenienza dell'atto non autorizzato, necessariamente eseguito ex post, dovrà verificare se lo stesso sia funzionale o meno al migliore soddisfacimento per i creditori (lemma confermato dall'art. 100 CCII nonostante quanto sopra riferito dall'art. 87 CCII che si richiama al concetto di "trattamento non deteriore") con l'effetto che non si potrà mai pervenire ad una pronuncia di disvalore oggettivo dell'atto in-autorizzato per violazione della regola della par condicio: "essendo, per contro, ben possibile che il pagamento di crediti anteriori si risolva in un accrescimento, anzichè in una diminuzione, della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e

<sup>14</sup> Cass., 24 giugno 2019, n. 16808, la cui motivazione si conforma a Cass., n. 3324/2016 e Cass., 29-31 maggio 2019, nn. 14713-15001



tenda dunque all'obiettivo del loro miglior soddisfacimento (si pensi, in via meramente esemplificativa, ai pagamenti di crediti di lavoro - che impedisce che sul capitale maturino ulteriormente interessi e rivalutazione monetaria - od ai pagamenti di utenze, eseguiti al fine di evitare l'interruzione dell'erogazione del servizio, di prestazioni di manutenzione, di spese legali sostenute per difendere i beni dalla pretese avanzate da terzi, che risultano volti, direttamente o indirettamente, a conservare valore al patrimonio aziendale, in modo da ricavarne un maggior prezzo in sede di liquidazione)”; conseguentemente non potranno ritenersi atti di frode i pagamenti che, benchè non autorizzati, non pregiudichino le possibilità di adempimento della proposta e, dunque, di ripartizione dell'attivo fra i creditori concordatari secondo i tempi e le percentuali previste dal piano concordatario <sup>15</sup>.

I principi ricavabili da tale approccio giurisprudenziale risultano attuali anche dopo l'entrata in vigore del CCII, poichè:

- il principio del “migliore soddisfacimento dei creditori” viene ancora richiamato dall'art. 100 CCII e risulta (come già ricordato in precedenza) più stringente rispetto al trattamento “non deteriore” che la proposta concordataria dovrà riservare ai creditori rispetto all'alternativa liquidatoria giudiziale (cfr art. 87, terzo comma, CCII) rimane, quindi, un parametro attuale di giudizio, applicabile in coerenza con i precedenti sopra richiamati ed utilizzabile al fine di comprendere se un pagamento ab origine non autorizzato risulti atto esecutivo del piano e consenta un vantaggio (dal punto di vista della conservazione della garanzia patrimoniale) per i creditori;

- il principio di “par condicio creditorum” nel recente passato veniva garantito dal cd automatic stay, previsto dall'art. 168 L.F. che impediva, in modo universale ed automatico, l'aggressione od il sequestro del patrimonio del debitore sin dal deposito della domanda di cd concordato “in bianco”. Nella vigente disciplina tale effetto potrà essere conseguito solo se il debitore richieda l'adozione di misure protettive che, comunque, non potranno mai superare (anche in ipotesi di modifica dello strumento di risoluzione della crisi) la durata di un anno (cfr art. 8 CCII), con l'effetto che il patrimonio del debitore, in assenza di misure protettive, rimane esposto alle azioni dei creditori. Tale scelta legislativa indebolisce il principio di par condicio creditorum, di cui costituiva plastico paradigma il divieto assoluto di eseguire il pagamento di creditori anteriori per il solo fatto del deposito della domanda di concordato “in bianco”, in tal senso parrebbe ancor più giustificato l'intervento del Tribunale che potrebbe assumere un ruolo riparatore volto a verificare ex post l'utilità del pagamento in-autorizzato, laddove funzionale al perseguimento del miglior soddisfacimento dei creditori anche in assenza di misura protettiva;

- nella legge fallimentare l'art. 173, ultimo comma, L.F., (ora art. 106 CCII) prevedeva che il decreto di ammissione alla procedura fosse revocato qualora il debitore avesse posto in essere atti non autorizzati ai sensi dell'art. 167 L.F. (ora artt. 46 e 94 ccii), ovverosia atti di straordinaria amministrazione. Sulla scorta di tale richiamo, la precitata giurisprudenza di legittimità concludeva per la non revocabilità automatica del concordato in ragione del pagamento di un credito anteriore, non potendosi qualificare quale atto di straordinaria amministrazione, né (strettamente) rientrando nella categoria degli atti in frode, non risultando a rigore frodatorio il pagamento di un debito pregresso, né rinvenendosi disposizione alcuna, all'interno della previgente legge fallimentare, che impedisse il pagamento di un credito anteriore, principio ricavabile -solo indirettamente- quale corollario dell'art. 168 L.F. che vietava automaticamente e dal deposito della domanda di concordato (o dalla domanda cd prenotativa) l'avvio o la prosecuzione di atti esecutivi-cautelari al solo fine di garantire il pari trattamento dei creditori <sup>16</sup>, misura quest'ultima che neppure più risulta operare automaticamente nella vigenza del CCII;

<sup>15</sup> Cass., n. 3324/2016, parte motiva

<sup>16</sup> *Ibidem* Filippo LAMANNA “I pagamenti non autorizzati non comportano le revoca automatica del concordato” nel *Fallimentarista*, ora *JUS Crisi di Impresa Giuffrè*



nel CCII la decisione che è chiamato ad assumere il Tribunale sulla revocabilità del concordato in ragione del compimento di un pagamento non autorizzato, investe non solo il giudizio di migliore soddisfacimento dei creditori bensì di permanenza della fattibilità economica del piano concordatario che risulta ora delegata al Tribunale, posto che l'art. 47, comma 1, CCII, nel testo novellato dal D.Lgs. n. 83 del 2022, stabilisce espressamente che l'“ammissibilità” della proposta di concordato in continuità si estenda alla verifica di idoneità economica/finanziaria del piano dovendosi dichiarare inammissibile il piano “manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali”, formula questa che all'evidenza evoca il concetto della c.d. “fattibilità economica”. Il giudizio di fattibilità economica, nel consentire un presidio di ulteriore e maggior tutela dei creditori, sembra avvalorare (anziché superare) l'orientamento giurisprudenziale surrichiamato circa la possibile “convalida” postuma dei pagamenti eseguiti dal debitore che non si dimostrino lesivi del contenuto della proposta e non impediscano il riparto dell'attivo secondo i tempi e le percentuali previste dal piano concordatario.

In definitiva, la Giurisprudenza formatasi nella vigenza della Legge Fallimentare non solo potrà utilmente richiamarsi per giustificare la non revocabilità del concordato in ipotesi di pagamento non autorizzato, ma le stesse modifiche introdotte dal CCII e sopra richiamate, sembrano avvalorare ex post questa conclusione.

## **5. La misura della soddisfazione**

La natura strategica del credito non consente al debitore di formulare tout court una richiesta di pagamento integrale.

Il pagamento sarà autorizzabile nei limiti previsti dal piano, né la natura strategica del credito consentirà di derogare quantitativamente ai principi concorsuali di soddisfazione fissati dalla, in primo luogo il rispetto delle cause di prelazione.

La differenza di trattamento del creditore strategico si sostanzia pertanto:

a. dal punto di vista temporale, poiché il pagamento viene anticipato rispetto ai tempi di durata di esecuzione del piano concordatario, sempre che il Tribunale in via prognostica ritenga che, nonostante l'anticipato prelievo di attivo, il piano verrà comunque rispettato;

b. dalla possibilità di venir trattato diversamente rispetto ai creditori della medesima categoria (privilegiati o chirografi) in ragione della natura strategico-funzionale del credito, sempre che il piano presti osservanza alle regole normative in materia di gradazione dei privilegi ed all'allocazione dell'attivo di liquidazione e di continuità ai sensi dell'art. 84, sesto comma, CCII;

c. nell'eventualità di poter prevedere, all'interno del piano, l'utilizzo di risorse esterne (finanza di terzi) per il pagamento del creditore strategico, nel qual caso non pare vi siano particolari limiti quantitativi di soddisfacimento, come chiarito di seguito.



## 7. Le eccezioni contemplate dall'art. 100 CCII:

### a. il pagamento dei debiti pregressi dei lavoratori

L'art. 100 consente al Tribunale di autorizzare "alle medesime condizioni" il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori, senza limite di tempo, e quindi anche per tutte le mensilità antecedenti il deposito del ricorso (superando il limite di un'unica mensilità prevista nell'originaria versione), sempre che tale richiesta sia finalizzata a garantire il miglior soddisfacimento dei creditori e tale presupposto venga attestato da un professionista indipendente.

La richiesta, poiché volta a garantire la continuità aziendale, potrà giustificarsi anche per un solo ramo aziendale e per i lavoratori ivi addetti, si potrà inoltre, ove ne sussistano i presupposti finanziari, proporre anche il pagamento integrale dei relativi crediti in ragione del rango elevato del privilegio.

La particolare natura del credito di lavoro trova un proprio specifico "statuto" all'interno del CCII, ne sia prova, tra l'altro, l'art. 54, settimo comma, CCI, che esclude i diritti dei lavoratori dalle misure protettive richieste nell'ambito delle trattative che precedono il deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Nello stesso senso l'attestazione non sarà necessaria se l'esborso finanziario viene coperto con nuova finanza, per la quale non è previsto l'obbligo di restituzione oppure se postergata.

### b. il mutuo con garanzia reale

Il secondo comma dell'art. 100 CCII introduce un'ulteriore eccezione alla cristallizzazione del patrimonio stabilita dall'art. 154, secondo comma, CCII, a.-

In definitiva, se viene a scadere un rata del mutuo ipotecario acceso sull'immobile strumentale all'azienda in data successiva all'ingresso in procedura, il debitore potrà procedere ugualmente a richiedere il pagamento delle rate future del mutuo, salvaguardando il bene aziendale, alle seguenti condizioni:

1) l'istanza sia funzionale alla continuità dell'azienda;

2) il debitore non sia inadempiente alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo, in alternativa il debitore dovrà chiedere al tribunale l'autorizzazione al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduti a tale data;

3) vi sia un attestatore indipendente che dovrà certificare, sulla scorta di dati oggettivi, benchè prospettici, ricavabili dal piano di risanamento, come: (i) il mutuo ipotecario possa venire soddisfatto con il ricavato della liquidazione del bene al valore di mercato; (ii) il rimborso a scadere delle rate non leda i diritti degli altri creditori, evidentemente l'attestatore dovrà operare un'analisi comparativa rispetto al costo che dovrebbe altrimenti sostenere il debitore ai fini di garantire la continuità aziendale, in assenza dell'immobile ipotecato; (iii) il tempestivo adempimento del mutuo si ponga quale condizione essenziale per la continuazione dell'attività di impresa nonché (utilizzando la medesima formulazione valevole anche per i pagamenti prededuttivi) tali adempimenti siano idonei ad assicurare il miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

L'attestazione non sarà necessaria qualora si utilizzi, ai fini dell'adempimento del pagamento del mutuo, finanza esterna all'attivo concordatario.

La disposizione in parola sopperisce validamente ad una delle maggiori problematiche emerse in sede di continuità aziendale.



Nella vigenza della Legge Fallimentare l'imprenditore, inadempiente nei confronti della banca, si vedeva costretto a vedersi inesorabilmente risolto il contratto di mutuo, né poteva richiedere la prosecuzione del rapporto durante la procedura (già prevista dall'art. 160 bis L.F. ed ora disciplinato dall'art. 97 CCII) posto che la prestazione della banca, pur essendo il mutuo un contratto di durata, era già stata totalmente adempiuta con l'erogazione del finanziamento, mentre la disciplina in tema di prosecuzione dei rapporti pendenti (ed eventuale sospensione/interruzione) prevede che i contratti debbano essere ineseguiti o non compiutamente eseguiti, da entrambe le parti.

L'eccezione in parola rappresenta un meccanismo che supera tale impedimento, consentendo all'imprenditore di evitare la risoluzione automatica di un contratto essenziale per l'impresa, molte volte coincidente con il bene ove risulta operare la sede produttiva.



## Concordato Preventivo Biennale

*di Carlo Alberto Perina*

Con decreto legislativo 12 febbraio 2024, n. 13 è stato introdotto il concordato preventivo biennale (di seguito anche “CPB”).

L’istituto è riservato agli esercenti nel territorio dello Stato attività d’impresa, arti o professioni – che applicano gli indici sintetici di affidabilità (ISA) od il regime forfettario (ma, in quest’ultimo caso, il CPB vale solo per un anno) – ed è produttivo di effetti in materia di imposte sui redditi e di imposta regionale sulle attività produttive.

In pratica, si tratta di soggetti con ammontare di ricavi o di compensi non superiore a 5.164.569 euro o di quelli che, avendo prodotto un volume d’affari inferiore a 85.000 euro, hanno optato per il forfettario.

Inizialmente, il regime consentiva agli interessati soltanto di blindare in via preventiva il reddito imponibile d’impresa o di lavoro autonomo per il biennio concordato, col preciso scopo di sottoporre ad imposizione una ricchezza inferiore a quella effettiva.

Tuttavia, stante la tiepida accoglienza ricevuta dall’istituto, il legislatore è intervenuto con alcuni correttivi diretti, da un lato, a rendere più “conveniente” il regime di determinazione del reddito “futuro” e, dall’altro, ad aprire anche alla possibilità di sanare le annualità 2018-2022.

Il decreto legislativo 5 agosto 2024, n. 108 ha dunque permesso di assoggettare ad aliquota ridotta il delta tra reddito concordato e reddito dichiarato nel periodo di imposta antecedente il CPB.

Per l’effetto, i contribuenti ISA possono applicare, su tale differenziale, un’aliquota del 10%, del 12% o del 15% in base al proprio punteggio ISA, mentre per quelli forfettari è prevista l’aliquota del 10% (ridotta al 3% in caso di start up ai sensi dell’art. 1, comma 65, della Legge n. 190/2014).

Con legge 7 ottobre 2024, n. 143, di conversione del decreto-legge 9 agosto 2024, n. 113, si è invece introdotta la possibilità – per i soli contribuenti sottoposti agli ISA (esclusi, quindi, i forfettari) – di accedere ad una particolare forma di ravvedimento speciale per le annualità 2018-2022.

In base a questa norma i contribuenti ISA possono versare una somma aggiuntiva per evitare rettifiche del reddito d’impresa o del reddito di lavoro autonomo per i periodi di imposta 2018-2022, sanando così gli eventuali redditi non dichiarati.

Il vantaggio del CPB, pertanto, può essere duplice: innanzitutto, sarà possibile concordare le imposte da versare nel biennio successivo e trattenere i maggiori redditi realizzati optando, se del caso, anche per una flat tax sul reddito incrementale; in secondo luogo, si potrà versare un quid per controllare il rischio fiscale, precludendo all’Agenzia delle Entrate di notificare atti impositivi di rettifica dei redditi d’impresa/lavoro autonomo per i periodi 2018-2022, salvo che in ipotesi eccezionali.

Invero, l’Agenzia delle Entrate potrà notificare tali accertamenti, pur in presenza di ravvedimento speciale, in caso di:

- decadenza dal CPB (vd. infra);



- applicazione di una misura cautelare, personale o reale, ovvero notifica di un provvedimento di rinvio a giudizio per uno dei reati tributari ex d.lgs. n. 74/2000 (ad eccezione delle fattispecie di cui agli articoli 4, 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1), art. 2621 cod.civ. o artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 cod.pen. se commessi nel corso degli anni d'imposta dal 2018 al 2022;
  - mancato perfezionamento del ravvedimento speciale per decadenza dalla rateazione.
- Il termine finale entro cui siglare il CPB è attualmente fissato per il 31 ottobre 2024.

Più tempo è invece previsto per il ravvedimento speciale (31 marzo 2025), ma potrebbe essere interesse del contribuente non attendere, atteso che il ravvedimento è improduttivo di effetti se il pagamento interviene dopo la notifica di verbali, schemi d'atto od altri atti di recupero di crediti inesistenti.

È comunque chiaro che il CPB comporta anche dei rischi: in particolare, decadere dal regime o dover versare un'imposta superiore a quella effettiva.

Per tale motivo, è bene valutare attentamente, oltreché la convenienza dell'accordo, anche le cause di "uscita" dal regime.

Ad esempio, la decadenza si concretizza se:

- a seguito di accertamento, nei periodi di imposta oggetto del concordato o in quello precedente, risulti l'esistenza di attività non dichiarate o l'inesistenza o l'ineducibilità di passività dichiarate, per un importo superiore al 30 per cento dei ricavi dichiarati;
- a seguito di dichiarazione integrativa, i dati e le informazioni dichiarate dal contribuente determinino una quantificazione diversa dei redditi (o del valore della produzione netta), rispetto a quelli in base ai quali è avvenuta l'accettazione della proposta di concordato;
- sono indicati, nella dichiarazione dei redditi, dati non corrispondenti a quelli comunicati ai fini della definizione della proposta di concordato;
- ricorre una delle ipotesi di cui all'articolo 11, d.lgs. n. 13/2024, ossia:
  - a) non viene presentata la dichiarazione fiscale, nei casi in cui ricorra tale obbligo, in relazione ad uno dei tre periodi d'imposta precedenti il concordato;
  - b) il contribuente viene condannato per un reato tributario (d.lgs. n. 74/2000), per il reato di riciclaggio (art. 648-bis cod.pen.), per il reato di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter cod.pen.) o per il reato di autoriciclaggio (art. 648-ter1 cod.pen.), commessi negli ultimi tre periodi d'imposta antecedenti a quelli di applicazione del concordato;
  - c) il contribuente consegue, nell'esercizio d'impresa o di arti e professioni, con riferimento al periodo d'imposta precedente a quelli cui si riferisce la proposta, redditi o quote di redditi, comunque denominati, in tutto o in parte, esenti, esclusi o non concorrenti alla base imponibile, in misura superiore al 40 per cento del reddito derivante dall'esercizio d'impresa o di arti e professioni;
  - d) il contribuente aderisce, per il primo periodo d'imposta oggetto del concordato, al regime forfetario di cui all'articolo 1, commi da 54 a 89, della legge n. 190/2014;
  - e) la società o l'ente, nel primo anno cui si riferisce la proposta di concordato, risulta interessato da operazioni di fusione, scissione, conferimento, ovvero, la società o l'associazione di cui all'articolo 5 del d.p.r. n. 917/1986 è interessata da modifiche della compagine sociale nel medesimo periodo.



- viene meno il requisito di cui all'articolo 10, comma 2, d.lgs. n. 13/2024, ossia l'assenza, nel periodo di imposta precedente il CPB, di debiti per tributi (comprensivi di interessi e le sanzioni amministrative) amministrati dall'Agenzia delle entrate o di debiti contributivi, accertati con sentenza irrevocabile o con atti impositivi non più soggetti a impugnazione, in misura pari o superiore a 5.000 euro;

- è omesso il versamento delle somme dovute a seguito delle attività ex articolo 12, comma 2, d.lgs. n. 13/2024, ovvero non vengono versate le imposte, sanzioni e interessi a seguito di liquidazione automatica, ai sensi dell'articolo 36-bis, d.p.r. n. 600/1973 (salvo regolarizzazione dell'illecito prima della sua contestazione e comunque prima che abbiano avuto inizio accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali si ha avuto formale conoscenza).

Ed ancora, conducono a decadenza:

- le violazioni constatate che integrano le fattispecie penali tributarie ex d.lgs. n. 74/2000, relativamente ai periodi di imposta oggetto del concordato (salvo regolarizzazione dell'illecito prima della sua contestazione e comunque prima che abbiano avuto inizio accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali si ha avuto formale conoscenza);

- la comunicazione inesatta o incompleta dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli ISA, in misura tale da determinare un minor reddito (o valore netto della produzione) oggetto del concordato per un importo superiore al 30% (salvo regolarizzazione dell'illecito prima della sua contestazione e comunque prima che abbiano avuto inizio accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali si ha avuto formale conoscenza);

- le violazioni, relative agli anni oggetto del concordato, di omissione della dichiarazione dei redditi, Irap, Iva o dei sostituti d'imposta;

- le violazioni (legate ai corrispettivi, ricevute fiscali e documenti di trasporto, se commesse in numero pari o superiore a tre ed in giorni diversi) di cui all'art. 6, commi 2-bis e 3, d.lgs. n. 471/1997, relative agli anni oggetto del concordato;

- le violazioni (legate all'ispezione e alla verifica di documenti, registri e scritture contabili) di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 471/1997, relative agli anni oggetto del concordato;

- le violazioni (legate alla mancata installazione o manomissione del registratore di cassa) di cui all'articolo 11, commi 5 e 5-bis, d.lgs. n. 471/1997 ed all'articolo 2, L. n. 18/1983, relative agli anni oggetto del concordato.

Rimane fermo che, in caso di decadenza, qualora le imposte concordate risultino superiori a quelle effettive, dovranno comunque essere versate le prime.

Quanto alla valutazione di convenienza, occorre considerare che al reddito di lavoro autonomo concordato devono comunque aggiungersi:

- le plusvalenze e le minusvalenze;

- i redditi relativi a partecipazioni in soggetti di cui all'articolo 5 del d.p.r. n. 917/1986;

- i corrispettivi percepiti a seguito di cessione della clientela o di elementi immateriali, riferibili all'attività artistica o professionale.

E così, anche per il reddito d'impresa si aggiungono:

- le plusvalenze e le minusvalenze, le sopravvenienze attive e quelle passive, le perdite su crediti;

- gli utili o le perdite derivanti da partecipazioni in soggetti di cui all'articolo 5 del d.p.r. n. 917/1986, in un Gruppo europeo di interesse economico (GEIE) di cui all'articolo 11, comma 4, del d.lgs. n. 240/1991, o derivanti



- da partecipazioni in società di capitali aderenti al regime di cui all'articolo 115 ovvero all'articolo 116 del d.p.r. n. 917/1986, o utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, da società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1 del d.p.r. n. 917/1986.

In conclusione, nonostante il possibile realizzo di un vantaggio fiscale sul reddito futuro, l'interesse per l'istituto sembra dipendere soprattutto dalla possibilità di accedere al ravvedimento speciale per le annualità pregresse, anche se non si può tacere la disparità di trattamento rispetto a coloro che, non potendo accedere al CPB, non hanno diritto a sanare il passato.

Avv. Carlo Alberto Perina – Studio Tosi Vicenza