

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Brevi riflessioni a margine dell'art. 100 CCII
in tema di «Autorizzazione al pagamento di crediti pregressi»

ANNAMARIA DENTAMARO

Che il *leitmotiv* della disciplina di cui agli artt. 99 ss. CCII sia la *continuazione dell'attività d'impresa* nell'ottica della salvaguardia del *miglior soddisfacimento dei creditori* (da intendere, quest'ultimo, nel più ampio senso quantitativo e qualitativo) anche in deroga al principio della *par conditio creditorum* è pure confermato dall'art. 100 CCII in tema di concordato preventivo (al quale non rinviano gli art. 57, comma 4-bis, CCII e l'art. 64-bis, nono comma, CCII).

L'art. 100 CCII, si legge nella Relazione illustrativa al CCII, consente eccezionalmente, come già l'art. 182-*quinquies* l.fall., il pagamento di crediti per prestazioni di beni o servizi maturati prima della presentazione della domanda di concordato preventivo, previa autorizzazione del tribunale se la richiesta è accompagnata dalla relazione di un professionista che attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. La disposizione, è evidente, autorizza un *vulnus* al principio della *par conditio creditorum* giustificato dalla opportunità di consentire al debitore di indurre i fornitori strategici di beni o servizi indispensabili per la gestione dell'impresa, che potrebbero legittimamente rifiutarsi, ad aderire alla richiesta di ulteriori forniture, con la prospettiva di ottenere anche l'immediato e integrale pagamento di quelle pregresse. Giova al riguardo sin da subito evidenziare come i criteri di individuazione in questa sede dei contratti essenziali sono diversi da quelli di cui all'ultima parte dell'art. 94-bis CCII secondo cui «Sono essenziali i contratti 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».

La norma innovativamente prevede, al fine di ovviare ad una lacuna molto contestata, che il tribunale possa autorizzare, alle medesime condizioni, anche il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione. È parso infatti irragionevole imporre ai lavoratori un sacrificio maggiore di quello chiesto ai fornitori di beni e servizi, tanto più che, essendo essi titolari di crediti assistiti da privilegio di rango elevato, il pagamento rappresenta semplicemente un'anticipazione di quanto sarebbe in ogni caso (o con elevato grado di probabilità) loro corrisposto. La differenza tra il trattamento previsto per i fornitori, nei cui confronti potrebbe essere in tesi autorizzato il pagamento dell'intero credito anteriore e i lavoratori, per i quali è previsto, in questa fase, un limite di ordine quantitativo, si spiega proprio in ragione dell'elevato grado di privilegio spettante ai crediti retributivi, destinati comunque ad essere soddisfatti. Secondo una recentissima giurisprudenza di merito, «Ancorché il disposto dell'art. 100 CCI si riferisca solo ai pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi e di crediti dei lavoratori, non sembrano esservi ostacoli ad estendere la previsione normativa anche ai pagamenti di crediti che, quali quelli relativi ai contributi previdenziali dovuti per i lavoratori, appaiono strettamente correlati ai crediti retributivi e, quindi, strumentali alla soddisfazione di diritti dei lavoratori di cui si avvale l'impresa in crisi ai fini della continuità aziendale su cui si fonda la proposta di concordato»¹.

L'egemonia dei principi della *continuazione dell'attività d'impresa* e del *miglior soddisfacimento dei creditori* sulla *par conditio creditorum* è del resto confermata dalla stessa norma quando recita che l'attestazione del professionista, normalmente necessaria per inoltrare una richiesta di questo tipo al tribunale, «non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori» (creditori postergati che per ipotesi potrebbero in esecuzione del piano ai sensi dell'art. 102, secondo

¹ Trib. Roma, 17 Aprile 2024. Pres., est. Cardinali, su www.ilcaso.it.

comma, CCII sottoscrivere una partecipazione anche portando in compensazione il proprio credito con il debito da conferimento). In tal caso il pagamento non intacca il patrimonio del debitore. Ritiene una parte della dottrina che l'attestazione del professionista non sarebbe altresì necessaria anche quando si chieda al tribunale il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione ².

Altra disposizione innovativa ed eccezionale, poiché deroga alla regola della cristallizzazione del patrimonio, è quella che consente al debitore, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, il pagamento delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. Tutto ciò a condizione che un professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. Si è inteso in questo modo evitare che il debitore, al fine di soddisfare un debito per la restituzione di un prestito, sia costretto a contrarre un nuovo debito, anche a condizioni deteriori (stante il peggioramento del merito creditizio), con danno per i creditori ³.

L'art. 100 CCII va rapportato all'art. 94-bis CCII, rubricato «Disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale», nel cui primo

² A. IRACE e V. SANTORO, sub *artt. 99-101 CCII*, in P. Valensise, G. Di Cecco e D. Spagnuolo (a cura di), *Il Codice della Crisi. Commentario*, Torino, 2024, p. 594 ss. e p. 604.

³ A. IRACE e V. SANTORO, sub *artt. 99-101 CCII*, cit., p. 605, aggiungono che «L'obiettivo del legislatore, appena descritto, impone i seguenti limiti alla possibilità per l'imprenditore di avvalersi della deroga: a) che alla data di presentazione della domanda di concordato abbia adempiuto alle proprie obbligazioni o che, sempre a tale data, sia stato autorizzato dal tribunale al pagamento dei debiti per capitale ed interessi scaduti; b) che un professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non leda i diritti degli altri creditori. In questi casi l'essenzialità dell'attestazione è evidente e il compito dell'esperto non sarà semplice. L'equivalenza richiesta dalla condizione sub b) – presupposto per attestare che il pagamento non lede i diritti degli altri creditori – sarà riscontrabile soltanto nelle ipotesi in cui sin dall'origine l'importo del credito finanziario e garantito sia significativamente inferiore al valore del bene gravato da ipoteca oppure da domanda di concordato intervenga in una fase avanzata del rapporto contrattuale con un residuo credito coperto dal valore del bene».

comma, relativamente ai contratti in corso di esecuzione [al momento della domanda di accesso, anche presentata ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera a) che perciò hanno potuto già aver fatto maturare un credito a favore del terzo per la parte adempiuta], tutti i contratti in corso di esecuzione, si legge che «I creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 oppure della richiesta e o della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari».

Di estremo rilievo, ai fini di cui in questa sede si discute, è tuttavia il secondo comma dell'art. 94-*bis* CCII secondo cui, fermo quanto previsto dal primo comma, i creditori interessati dalle misure protettive concesse ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, CCII non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti *essenziali* in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale. In tendendo in questa sede per contratti essenziali, come già anticipato, «i contratti 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».

In questa norma non vi è corrispondenza tra gestione corrente e contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore: se le forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore appartengono (ed anzi devono appartenere) alla gestione corrente, non è vero che tutta la gestione corrente è essenziale alla prosecuzione dell'attività del debitore. E ciò risulta di estremo rilievo ai fini di cui all'art. 100 CCII relativo infatti ai (soli) «crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi» (prestazioni completate, ma delle quali ancora si necessita in quanto) «essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa», ma non

solo, dovendo trattarsi di prestazioni anche «funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori».

Considerazione queste ultime da cui derivano, ad avviso di chi scrive, evidenti implicazioni pratiche sull'effettivo potere di gestione del debitore nel corso della procedura di concordato: se, da un lato, il debitore *ex art. 94*, primo comma, CCII «conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale», dall'altro, l'effettiva portata pratica di questa norma viene notevolmente e sostanzialmente limitata dal primo comma dell'art. 100 CCII (diversamente da quanto accade per gli accordi di ristrutturazione e per i piani di ristrutturazione soggetti ad omologazioni per i quali infatti non si rinvia all'art. 100 CCII).

Considerazioni che suscitano una riflessione di più ampia portata e che meriterebbe in altra sede un maggiore approfondimento. Per i creditori anteriori alla domanda di accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

- non già prededucibili (*ex art. 99*, quinto comma, CCII)
- non già soddisfatti (*ex art. 100* CCII)

quella di cui al secondo comma dell'art. 102 CCII (secondo cui il medesimo beneficio di cui al primo comma della medesima disposizione ⁴ «opera per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti») rappresenta a ben vedere una modalità di ristrutturazione del debito dell'impresa in crisi scevra dal rischio, di recente evidenziato da una parte della dottrina e legato al «potere di controllo, in senso economico, esercitato dai creditori sulle società di capitali» (e che spiegherebbe i suoi effetti nell'arco dell'intero ciclo vitale dell'impresa, sia essa solvente ovvero insolvente), della «estrazione di ricchezza dall'impresa» e dunque di un controllo in senso economico e che mira ad ottenere il «rimborso

⁴ Secondo cui «In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il beneficio della prededuzione previsto agli articoli 99 e 101 si applica ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, fino all'ottanta per cento del loro ammontare».

(auspicabilmente celere e integrale) di quanto erogato [...], piuttosto che [al]la produzione, specie di lungo periodo, della ricchezza medesima, obiettivo, quest'ultimo, invece, tipicamente perseguito dai soci e che meriterebbe, invero, di essere adeguatamente tutelato»⁵.

Ed infatti, in esecuzione del piano o dell'accordo i creditori anteriori non vengono soddisfatti a mezzo rimborso, prevedendo il piano (a) la conversione del loro credito in partecipazione sociale (anche a mezzo compensazione grazie alla prededucibilità riconosciuta al credito al momento della sottoscrizione ai sensi dell'art. 102 CCII) o (b) la sola sottoscrizione di una partecipazione sociale che farà in ogni caso assurgere la posizione creditoria pregressa al rango della prededucibilità.

In questi termini, l'obiettivo di soddisfazione dell'interesse del ceto creditorio verrebbe sì accompagnato «da quello di evitare, correlativamente, il pregiudizio, quanto meno irragionevole, dell'interesse dei soci», come auspicato da questa stessa dottrina⁶, ma questo senza tuttavia dover necessariamente garantire che l'impresa torni a funzionare nelle mani dei soci, degli stessi soci o quanto meno dei soci nella loro originaria composizione⁷.

E ciò potrebbe aiutare a comprendere la ragione per cui una disciplina analoga a quella di cui al secondo comma dell'art. 102 CCII non sia stata prevista a beneficio di creditori anteriori sottoscrittori (in esecuzione di piani o accordi) non già di azioni, bensì di strumenti finanziari diversi dalle azioni di cui all'art. 2346, ultimo comma, c.c. E ciò sebbene questi ultimi, oltre ad attribuire diritti patrimoniali o anche amministrativi, possono anche vedersi riconosciuto il diritto di nominare un amministratore indipendente ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2351 c.c. (ed alla cui

⁵ D. STANZIONE, *Il «controllo finanziario» dei creditori sulle società di capitali, tra solvenza e insolvenza dell'impresa*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2024, p. 601 ss. e p. 641, al quale si rinvia per una compiuta trattazione del tema nonché per ogni riferimento bibliografico.

⁶ D. STANZIONE, *Il «controllo finanziario» dei creditori sulle società di capitali, tra solvenza e insolvenza dell'impresa*, cit., p. 641.

⁷ In senso parzialmente difforme da quanto sostenuto da D. STANZIONE, *Il «controllo finanziario» dei creditori sulle società di capitali, tra solvenza e insolvenza dell'impresa*, cit., p. 641 secondo cui «se si intende garantire coerente attuazione alla diffusa corrente ideologica, parimenti sposata dal Codice della crisi, che qualifica oggi la “crisi” come una fase “fisiologica” della vita dell'impresa», «l'impresa ben potrebbe (e dunque dovrebbe poter) tornare a funzionare, nelle mani dei soci, una volta che la crisi sia stata, auspicabilmente, superata».

emissione sono oggi legittimate pure le società a responsabilità limitata PMI innovative ai sensi dell'art. 26, settimo comma, D.L. 179/2012).